

Vrijheid van meningsuiting op de werkplek in twee maten en gewichten: de werknemer mag blaffen, de ‘watchdog’ wordt gemuilkorfd

EHRM 21 juli 2011, Application nr. 28274/08 (Heinisch/Duitsland) en EHRM 12 september 2011, Application nr. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06 (Palomo Sanchez e.a./Spanje)

F. Dorssemont

1 Inleiding

Tijdens de zomermaanden oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over twee verzoekschriften waarin de vrijheid van meningsuiting van werknemers centraal stond. De eerste zaak (Heinisch/Duitsland)¹ betrof naar de woorden van het Hof een zaak van *whistle-blowing* (klokkenluiders). Een werknemster maakte van haar vrijheid van meningsuiting gebruik om wantoestanden in de onderneming aan te klagen die een kwestie van algemeen belang raken: de zorg die aan ouderlingen in een rusthuis werd besteed. Concreet legde ze, na intern haar grieven kenbaar te hebben gemaakt, een strafklacht neer tegen haar werkgever. Van die strafklacht werd melding gemaakt in een vakbondspamflet. Mevrouw Heinisch liet niet na haar werkgever een dergelijk pamflet te verzenden. In de tweede zaak (Sanchez e.a./Spanje)² behandelde een Grote Kamer een beroep tegen een arrest³ van een gewone Kamer. Enkele vakbondsleden klaagden hun ontslag op staande voet aan wegens een naar de mening van de werkgever diffamerende cartoon in een vakbondspublicatie. Op deze cartoon werden twee leden van de ondernemingsraad en de humanresourcesmanager in een ‘compromitterende’ positie uitgebeeld. Het seksueel geladen ‘standje’ werd als een metafoor gebruikt voor de weinig onafhankelijke en kritische houding van de leden van een ondernemingsraad. Zij werden ervan beschuldigd in een burgerlijke procedure met de werkgever tegen de vakbond te hebben samen geheuld. Niettegenstaande de vakbond de werkgever had gedagvaard wegens een miskenning van het Spaanse arbeidsrecht, weigerde het Hof de term ‘whistle-blowing’ in de mond te nemen. Niettegenstaande ook in de Duitse zaak een vakbondspublicatie in het geding was, riepen de vakbondsleden *enkel* in de Spaanse zaak de schending in van artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de

1 EHRM 21 juli 2011 (Heinisch/Duitsland), Application nr. 28274/08.

2 EHRM 12 september 2011 (Palomo Sanchez e.a./Spanje), Application nr. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06.

3 EHRM 8 december 2009 (Aguilera Jiménez/Spanje), Application nr. 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 en 28964/06.

mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Dit artikel waarborgt de vakverenigingsvrijheid. In eerste aanleg oordeelde het Hof dat de vrijheid van expressie in casu niet dienstbaar was aan enig maatschappelijk debat.

De verhouding van de verzoekers in beide zaken tot de litigieuze vakbondspublicatie was sterk verschillend. De ontslagen Spanjaarden hadden een redactionele verantwoordelijkheid voor de tekst. De Duitse dame werd in het litigieuze pamflet slechts genoemd, maar ze had het wel verspreid. In beide gevallen heeft de expressievrijheid een schriftelijk karakter. In geen van beide gevallen kan met zekerheid worden gesteld dat de werknemers hun werkgever 'tijdens de uren van de baas' bekritiseerden. Evenwel drong de kritiek wel degelijk in de perimeter van de onderneming door. De pamfletten werden immers binnen de onderneming verspreid. In de zaak Heinisch neemt de werkneemster enkel de werkgever (de vennootschap) op de korrel. In de zaak Sanchez strekt de kritiek zich verder uit tot een leidinggevende en zelfs tot werknemersvertegenwoordigers aan wie een te meegaande houding werd verweten.

Een onderliggende vergelijking van beide zaken laat toe te appreciëren of werknemers in de uitoefening van een vertegenwoordigend mandaat dat zij van aangesloten vakbondsleden hebben gekregen, over een grotere dan wel een kleinere expressievrijheid beschikken dan geïsoleerde werknemers die 'onrecht' aanklagen. Zo rijst de vraag of een mandaat aan een werknemer die niet enkel zichzelf vertegenwoordigt meer bescherming oplevert tegen de patronale toorn dan aan een geïsoleerd individu. Na een afzonderlijke analyse van beide zaken, een beschouwing over de tussenkomst van de vakbond in de zaak Heinisch en een beschouwing over de formele methodologie van het Hof worden beide arresten vanuit enkele kernvragen rond expressievrijheid op de werkplek op een meer vergelijkende wijze beschouwd. Het arrest Sanchez krijgt beduidend meer aandacht en wel om twee redenen. Het betreft vooreerst een arrest van een Grote Kamer. Ten tweede is het arrest mijns inziens meer omstreden, niet in het minst in de ogen van sommige rechters van het EHRM.

2 De zaak Heinisch

2.1 Feiten

Mevrouw Heinisch werkt sedert januari 2002 als verpleegster in een geriatrische instelling. De oudjes zijn zeer zorgbehoevende patiënten. Deze instelling maakt deel uit van een vennootschap, het Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH. Het Land Berlin is de belangrijkste aandeelhouder van deze privaatrechtelijke vennootschap, die zich op de ziekenzorg van ouderlingen toelegt. Mevrouw Heinisch werkt al sedert september 2000 voor deze werkgever. Op de nieuwe werkplek gaat het echter mis. Na een jaar klagen mevrouw Heinisch en enkele van haar collega's dat ze overwerkt zijn. Door de onderbezetting van de staf kunnen zij de ouderlingen niet de vereiste zorgen toedienen. Ze klagen ook over de wijze waarop de dienstverlening werd gedocumenteerd. Deze klachten sporen met een zeer kritisch rapport dat een officieel controleorgaan Medizinischer Dienst der Krankenkassen (MDK) kort voordien opstelde. Mevrouw Heinisch valt door

ziekte geregeld uit. *L'histoire se répète*. Ze blijft bij haar hiërarchische oversten klagen. De MDK blijft kritische rapporten opstellen over de onderbezetting en de gebrekkige zorg. De dienst dreigt er zelfs mee om de dienstverleningsovereenkomst te beëindigen. In oktober 2004 wordt mevrouw Heinisch weer ziek. Tijdens haar ziekteverlof raadpleegt ze haar advocaat. Haar raadsman kruipt in zijn pen. Begin november 2004 schrijft hij aan haar werkgever dat de onderbezetting van die aard is dat geen hygiënisch verantwoorde zorg meer kan worden verstrekt. Die wantoestand brengt volgens hem de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de instelling en van het personeel in het gedrang. Hij eist dat actie wordt ondernomen en waarschuwt de werkgever dat een strafklacht en een publiek debat onafwendbaar worden. In een daaropvolgend rapport dat na een onaangekondigde visitatie volgt, mildert de MDK zijn toon. Het management voelt zich daardoor gesterkt en verwerpt de door de advocaat naar voren gebrachte beschuldigingen.

Haar raadsman dient in naam van mevrouw Heinisch een strafklacht in. Hij wil daarmee het risico van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van zijn cliënte definitief ontmijnen. De gebrekkige dienstverlening wordt als frauduleus omschreven. Ze staat haaks op de beloftes die worden gemaakt in de door de vennootschap gemaakte publiciteit. Hij beweert dat de staf van de instelling door de werkgever werd aangezet om schriftelijke rapporten over de dienstverlening te vervalsen. De gezondheid van de ouderlingen zou eveneens gevaar lopen. Hij schrijft eveneens de raad van bestuur van de vennootschap aan. Hij maakt evenwel geen melding van de strafklacht. Het Berlijnse Openbaar Ministerie besluit in januari 2005 om aan deze strafklacht geen gevolg te verlenen. Twee weken later wordt de arbeidsovereenkomst met mevrouw Heinisch opgezegd tegen 31 maart 2005. Het is onduidelijk of de werkgever weet had dat zij achter de strafklacht zat. De werkgever roept integendeel haar veelvuldig ziekteverzuim in. Mevrouw Heinisch laat het hier niet bij. Ze vecht dit ontslag aan bij de Berlijnse arbeidsrechtbank aan. Ze contacteert ook haar vakbond (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, alias Ver.di).

Ver.di organiseert een vakbondsactie ten faveure van zijn lid. In een pamflet wordt dit ontslag een intimidatie genoemd. Ver.di eist een intrekking van de ontslagmaatregel. Om die claim hard te maken stelt Ver.di in het pamflet dat het ontslag een reactie was op de door Heinisch ingediende strafklacht. Opdat ook de instelling waar mevrouw Heinisch werkte kennis zou krijgen van dit pamflet, faxt Heinisch dit vakbondspamflet naar de instelling.

Het conflict escaleert. Haar werkgever wacht het einde van de opzegtermijn niet af en beslist om mevrouw Heinisch op staande voet te ontslaan. Ze werd voorafgaand uitgenodigd om over dit pamflet een verklaring af te leggen, maar dat weigert ze. De dringende reden die werd opgegeven raakt formeel niet de strafklacht. Wel wordt de vermeende rol van Heinisch in de redactie en de verspreiding van het pamflet aan de kaak gesteld.

Het ontslag op staande voet veroorzaakt in de Duitse pers enige deining. Het Openbaar Ministerie zet daarop het strafonderzoek voort. Niettegenstaande mevrouw Heinisch nu formeel als getuige wordt verhoord, wordt de strafklacht opnieuw geseponeerd. Ze vecht ook het ontslag op staande voet aan bij de Berlijnse arbeidsrechtbank.

2.2 Procesverloop

Mevrouw Heinisch krijgt in augustus 2005 gelijk van de Berlijnse arbeidsrechtbank. Het redigeren en het verspreiden van het pamflet worden niet als een dringende reden erkend. De arbeidsrechtbank oordeelt integendeel dat Heinisch legitiem gebruikmaakte van de vrijheid van meningsuiting én dat die expressie geen schending uitmaakte van de verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiden. De arbeidsrechtbank neemt geen aanstoot aan de polemische toon. De rechters oordelen dat objectieve gronden aan het pamflet ten grondslag lagen. Ze menen dat de werksfeer in de instelling niet werd verstoord door het pamflet.

In beroep wordt die uitspraak evenwel hervormd. Het Berlijnse Arbeidshof oordeelt op 28 maart 2006 dat niet het pamflet, maar de strafklacht een reden vormde die de samenwerking onmiddellijk onmogelijk maakte. Het Arbeidshof neemt aanstoot aan het lichtzinnige karakter van de strafklacht. Het Arbeidshof oordeelt dat het loutere feit van de onderbezetting de beschuldiging van fraude niet staafde. Het Arbeidshof meent dat het hier om een nooit eerder geformuleerd verwijt aan de werkgever gaat. Veeleer dan de 'vuile was' buiten te hangen, had de werkneemster de zaak eerst intern moeten aankaarten en de resultaten van de lopende inspectie moeten afwachten. Mevrouw Heinisch put netjes alle rechtsmiddelen uit. Het Bundesarbeitsgericht verwerpt het beroep. Het Grondwettelijk Hof weigert haar beroep in behandeling te nemen.

2.3 Arrest

Mevrouw Heinisch dient op 9 juni 2008 een verzoekschrift in bij het EHRM tegen de Duitse Republiek. Zij voert een schending aan van artikelen 10 (vrijheid van expressie) en 6 EVRM (behoorlijke rechtspleging). Het Hof oordeelt in een en hetzelfde arrest over de ontvankelijkheid én de gegrondheid van de zaak. Door deze beslissing van het Hof kon het verzoekschrift binnen een relatief korte tijdsperiode van ongeveer drie jaar worden behandeld.

Het Hof dient na te gaan of het ontslag op staande voet om dringende reden wegens het neerleggen van een strafklacht een onoorbare beperking vormt van de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM. Dit verdragsartikel waarborgt 'the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers'.

Het Hof geeft aan dat klokkenluidersgedrag (*whistle-blowing*) wegens het vermeende onrechtmatige gedrag van de werkgever binnen de toepassingsfeer van artikel 10 EVRM valt. De partijen in het geding erkennen dat in casu van *whistle-blowing* sprake was. Evenmin wordt betwist dat het ontslag op staande voet door die demarche werd ingegeven en dat er sprake was van een inmenging in de expressievrijheid.

Het Hof geeft aan dat zijn rechtspraak over *whistle-blowing* in het verleden betrekking had op werknemers die in de publieke sector werkten.⁴ Het Hof ging daarbij steeds over tot een afweging van de vrijheid van expressie tegenover de belangen van de werkgever. De privaatrechtelijke of statutaire aard van de arbeidsverhouding in de publieke sector doet volgens het Hof evenwel *niet* ter

4 Zie § 63 arrest Heinisch.

zake.⁵ De omstandigheid dat de staat zich niet rechtstreeks of via een positieve handeling heeft ingemengd in de vrijheid van expressie, ontlast de Duitse Republiek niet. De verdragsluitende staten dienen hun burgers door overheidsop treden te beschermen tegen de inmenging in hun vrijheid van meningsuiting door derden.

De vraag rijst of deze inmenging de verdragsrechtelijke toets aan artikel 10 § 2 EHRM kan doorstaan. De tweede paragraaf lijst de cumulatieve voorwaarden op waaraan beperkingen van het grondrecht moeten voldoen teneinde legitiem te zijn. Deze voorwaarden zijn genoegzaam bekend. Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting dienen rechtens te zijn voorgeschreven (*prescribed by law*), een specifieke legitieme doelstelling te dienen en ze moeten 'noodzakelijk' zijn in een democratische samenleving.

Het Hof toetst eerst of de beperking van de vrijheid van meningsuiting wel rechtens was voorgeschreven. De verzoekster betwistte dit. Voor de goede orde mag worden opgemerkt dat naar Duits recht geen bijzondere klokkenluidersregeling voor contractuelen geldt. De grenzen die aan *whistle-blowing* worden gesteld vloeien voort uit de rechterlijke interpretatie van de vage norm over het ontslag op staande voet. Het Grondwettelijk Hof en het Bundesarbeitsgericht kleuren die dringende reden in via de vage norm van de arbeidsrechtelijke loyaliteit. Het Hof neemt daaraan geenszins aanstoot. Het merkt op dat vage normen geenszins beletten dat burgers wel degelijk in staat zijn te voorzien dat het neerleggen van een strafklacht een dringende reden *kan* opleveren. Het Hof aanvaardt dat het wettelijke kader niet elke specifieke casuspositie kan beschrijven.⁶ Het is eveneens onvermijdelijk dat juridische normen voor meer dan één uitleg vatbaar zijn.⁷ Dat de beperking van de vrijheid van meningsuiting was ingegeven door een legitieme doelstelling, wordt niet door de partijen betwist. Beide partijen erkennen dat de zorg van de werkgever om zijn goede naam te vrijwaren, zijn commerciële reputatie (*business reputation*) en zelfs zijn materiële belangen een legitieme grond konden vormen om de vrijheid van meningsuiting te beperken. Artikel 11 § 2 EHRM erkent immers uitdrukkelijk dat 'the protection of the reputation or rights of others' een legitieme doelstelling is om de vrijheid van meningsuiting te beperken.

Het gros van de overwegingen is gewijd aan het derde onderdeel van de toets. De grote lijnen van deze klassieke proportionaliteitstoets, waarin in beginsel de beperking van het grondrecht wordt afgewogen tegen de legitieme doelstelling van die beperking, zijn bekend. Die klassieke proportionaliteitstoets blinkt niet steeds uit door voorspelbaarheid. Het Hof geeft het skelet van de proportionali-

5 Zie § 64 arrest Heinisch. Het Hof geeft in § 71 aan dat de betrokken onderneming die institutionele zorg verstrekke een overheidsonderneming betrof ('state-owned'). Ze situeert zich om die reden mijns inziens in de publieke sector, niettegenstaande het begrip 'publieke sector' niet wordt gedefinieerd.

6 Zie § 48 Heinisch: 'domestic legislation cannot be expected in any case to provide for every eventuality'.

7 Zie § 48 Heinisch: 'and the mere fact that a Legal provision is capable of more than one Construction does not mean that it does not meet the requirement implied in the notion prescribed by law'.

teitstoets in deze situatie van *whistle-blowing* het nodige vlees. Het ontwikkelt een set van meer precieze criteria die toelaten die abstracte evenredigheidstoets concreter te maken.⁸

Het Hof stelt vooreerst voorop dat het beschermenswaardig karakter van *whistle-blowers* een functie is van de mate waarin die expressie een *public interest* dient. Het Hof voegt er wel aan toe dat een aspirant-klokkenluider in beginsel verplicht is om eerst te klagen bij zijn hiërarchische overste of bij een bevoegde publieke autoriteit. Slechts indien dergelijke demarche niet werkzaam is (*clearly impracticable*), kan het openbaar maken van de klacht overwogen worden.

Indien de klager een klacht toch in de openbaarheid brengt, dient hij de nodige waakzaamheid aan de dag te leggen om na te gaan of de openbaar gemaakte informatie accuraat is en betrouwbaar. Zelfs indien deze informatie accuraat en betrouwbaar is, dient nog te worden nagegaan of de gebeurlijke schade die de werkgever door deze openbaarmaking lijdt, opweegt tegen het belang dat het 'publiek' zou hebben bij de bekendmaking van de klacht. Het Hof schuwt bovendien geen intentieonderzoek naar de motieven die het slachtoffer zouden bewegen een klacht in te dienen. Rancune en winstbejag vinden geen genade in de ogen van het Hof. De klager dient de klok te luiden omwille van een zorg voor het algemeen belang.

Last but not least zal een inmenging van de werkgever in de vrijheid van meningsuiting sneller een schending opleveren indien de *tegen* de werknemer getroffen maatregel onevenredig zwaar is. In dergelijke hypothese dreigt immers de beperking van de expressievrijheid disproportioneel te zijn.

Het Hof past die criteria vervolgens op de concrete casuspositie toe.⁹ Die toetsing valt gunstig uit voor mevrouw Heinisch. Het Hof oordeelt dat het ontslag om dringende reden een onoorbare inmenging vormt in de expressievrijheid die geenszins noodzakelijk kon worden geacht in een democratische samenleving. De Duitse rechters hebben de in het geding zijnde belangen verkeerd afgewogen.

3 De zaak Sanchez

3.1 Feiten

Een aantal werknemers van de industriële bakkerij Panrico heeft zich verenigd in een 'alternatieve' vakbond (de Nueva alternativa asamblearia) die enkel in die onderneming was vertegenwoordigd. Het betrof een categoriale bond die de werknemers organiseerde die het brood tot bij de klanten brachten (*delivery men* of dragers). Tussen de vakbondsleden en de werkgever bestond al jarenlang een *juridische* betwisting over de aard van de arbeidsverhouding van deze dragers. De werknemers beweerden dat zij in loondienst waren, terwijl de industriële bakkerij hun blijkbaar een statuut van zelfstandige toedichtte. De juridische actie vormt een belangrijk strijdmiddel voor de alternatieve vakbond. Wanneer een aantal van de dragers die in een juridische procedure over de kwalificatie van de arbeidsver-

8 Zie § 63-70 arrest Heinisch.

9 Zie § 71-92 Heinisch.

houding ten faveure van het door de bakkerij verdedigde standpunt getuigt, komt dit hard aan. In een door de vakbond uitgegeven nieuwsbrief waarvoor de ontslagen vakbondsleden redactionele verantwoordelijkheid dragen, wordt het 'verraad' van de collega's zwaar op de korrel genomen. In een artikel wordt gesuggereerd dat de human resourcesdirecteur (HR-directeur) en de twee collega's onder één hoedje zouden spelen. Het artikel wordt verlucht met een cartoon. Op deze afbeelding worden de belaagde collega's voorgesteld als lieden die om beurt wachten om de HR-directeur seksueel te bevredigen. Het bestaan van deze nieuwsbrief ontgaat de werkgever niet. Hij wordt immers in de onderneming verspreid onder de werknemers en werd ook in het vakbondslokaal in de onderneming geafficheerd. De werkgever beslist daarop alle redactiemedewerkers van de nieuwsbrief op staande voet te ontslaan.

3.2 *Procesverloop*

De werknemers betwisten de dringende reden voor de Spaanse arbeidsrechtbank. Noch de arbeidsrechtbank, noch het hof van beroep oordeelt dat de vrijheid van meningsuiting werd geschonden. Zij gaan over tot een afweging van dit grondrecht tegenover de verplichting van de werknemer tot eerbied, tegenover de eer en de waardigheid van de HR-manager en de belaagde dragers en tegenover de goede naam van de vennootschap. De beroepen bij het hof van cassatie en bij het Grondwettelijk Hof worden niet ontvankelijk geacht. Twee van de werknemers haalden wel hun slag thuis en werden gereïntegreerd. Zij waren op het ogenblik van de litigieuze feiten tijdelijk arbeidsongeschikt. Om die reden werd de publicatie van de nieuwsbrief hen niet ten kwade geduid.

3.3 *Arrest*

Het EHRM heeft op 8 december 2009 een verzoekschrift van de ontslagen werknemers behandeld.¹⁰ Het Hof verklaarde het verzoekschrift in zoverre het van de gereïntegreerde werknemers uitging, niet-ontvankelijk. Zij konden niet als slachtoffer van de vermeende mensenrechtenschendingen worden beschouwd. Het verzoekschrift van de overige vier verzoekers werd toelaatbaar geacht, maar niet gegrond. Het Hof oordeelde dat de afweging van de Spaanse rechters legitiem was. De vrijheid van expressie wordt beperkt door het recht op de eer en de waardigheid van de geviseerde HR-directeur en de twee belaagde werknemers. Het Hof ontwikkelt een aantal criteria die toelaten na te gaan of de beperking van de vrijheid van expressie de proportionaliteitstoets kon doorstaan. Opmerkelijk is de overweging van het Hof dat de tolerantie ten aanzien van grensoverschrijdende expressies lager ligt indien de expressie een schriftelijk karakter heeft. In dergelijk geval is immers geen sprake van een ogenblikkelijke of onbezonnen reactie. Deze

10 EHRM 8 december 2009 (Aguilera Jiménez/Spanje), Application nr. 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 en 28964/06. Dit arrest wordt hier aangehaald als Aguilera Jiménez.

overweging is de negatieve spiegel van de tolerantie waarvan het Hof in het arrest Fuentes Bobo blijk gaf.¹¹

Het Hof oordeelde dat het gebruik van de cartoon en het artikel niet *noodzakelijk* was om de uitgedrukte gedachte te formuleren. De toevlucht tot de cartoon en de offensieve toon werden voor de vrijheid van expressie in vakbondsangelegenheden niet noodzakelijk geacht. Het Hof oordeelt dat evenmin sprake kon zijn van een schending van artikel 11 EVRM, omdat de werknemers onvoldoende *indicaties* aanvoerden om aan te tonen dat het ontslag zou zijn geïnspireerd door de wil van de werkgever om een represaillemaatregel te treffen.

Tegen dit arrest werd beroep aangetekend bij het EHRM. Het beroep werd toegestaan, waardoor een zogeheten 'Grote Kamer' zich opnieuw over deze zaak kon buigen. Voor de goede orde mag worden opgemerkt dat de naam van de zaak werd gewijzigd door het wegvallen van de gewezen verzoeker Aguilera Jiménez. Het verzoekschrift werd immers eerder in hoofde van Jiménez en een andere verzoeker niet-ontvankelijk geacht omdat hun ontslag door de Spaanse rechter was vernietigd. Om die reden zal het beroep de annalen ingaan als Palomo Sanchez e.a./Spanje.¹²

Het Hof heeft het verzoekschrift ongegrond verklaard. De eerste uitspraak werd om die reden bevestigd. Evenwel verdient het arrest een bijzondere analyse om diverse redenen. De structuur en de methodologie van het arrest is vooreerst wezenlijk verschillend. De motivering van het arrest is ten tweede geenszins identiek. *Last but not least* legt het arrest een ernstige verdeeldheid bloot. Van de zeventien rechters die aan de deliberatie deelnamen, stemden twaalf in met de tekst van het arrest. Vijf rechters stelden een buitengewoon scherp geformuleerde *dissenting opinion* op. In eerste aanleg kwam een kleinere Kamer tot een meer eensgezinde uitspraak, in weerwil van een lezenswaardige *dissenting opinion* van slechts één rechter.

Het Hof weigert de feiten op een separate wijze te toetsen aan de artikelen 10 en 11 EVRM. In tegenstelling tot het arrest in eerste aanleg worden de feiten op een meer geïntegreerde wijze getoetst aan artikel 10, gelezen in het licht van artikel 11 EVRM. Om de draagwijdte van de expressievrijheid in 'syndicale' aangelegenheden beter te appreciëren betreft het Hof internationale instrumenten met betrekking tot vakverenigingsvrijheid in zijn analyse. Het betreft instrumenten die niet in de schoot van de Raad van Europa tot stand kwamen. Opvallend is dat één instrument, de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens, niet eens door Spanje werd ondertekend. Het Hof voert ook een vluchtig rechtsvergelijkend onderzoek uit naar de disciplinaire macht van de werkgevers in het geval van onoorbare geachte meningsuitingen van werknemers in arbeidsverhoudingen.

Het Hof benadrukt nog sterker dan in het eerste arrest dat de rechterlijke macht van verdragssluitende staten die het EVRM ondertekenen, over een 'zekere'

11 EHRM 29 februari 2000 (Fuentes Bobo/Spanje), Application nr. 39293/98, § 46. Dit arrest werd eerder door P.B. Cliteur besproken in ArA 2001/1, p. 73-84.

12 In wat volgt verwijst 'Sanchez' naar dit arrest van de Grote Kamer. De aanduiding 'Jiménez/Sanchez' verwijst naar beide arresten indien bepaalde overwegingen gelijkkluidend zijn.

appreciatiemarge beschikt bij de (af)weging van rechtmatige belangen die de vrijheid van expressie kunnen beperken. Deze rechters hebben immers een rechtstreekser en bestendiger contact met de dagdagelijkse werkelijkheid van de betrokken samenleving dan een internationaal rechtscollege. De rol van het Hof bestaat erin om na te gaan of de motivering van de nationale rechters die de vrijheid van expressie afwegen tegenover de eer, de goede naam en de reputatie, afdoende is en spoort met de door het Hof ontwikkelde criteria. Indien dit het geval is, moet het Hof al over sterke argumenten beschikken om zijn visie in de plaats van de nationale rechters te stellen. Het Hof lijkt op een marginale toetsing aan te sturen, waar het stelt dat de afweging van de Spaanse rechters niet ongegrond of verstoken van een redelijke grond was.

In tegenstelling tot het arrest in eerste aanleg erkent het Hof dat de vrijheid van expressie wel degelijk werd aangewend om een kwestie van algemeen belang aan te snijden. De expressievrijheid kaderde in een (collectief) arbeidsgeschil dat onlosmakelijk was verbonden met de verdediging en de bevordering van werknemersbelangen in de onderneming. Het was geen louter private kwestie. Het Hof merkt ook op dat het geschil aan de rechterlijke macht werd voorgelegd. Het lijkt daarmee aan te geven dat een geschil tussen werknemers en een werkgever zich in een publieke ruimte situeert. In dergelijke sfeer dient ruimte voor debat te bestaan. De vrijheid van expressie is erop gericht die ruimte te faciliteren. Het Hof voegt hieraan evenwel een belangrijk *caveat* toe. Het heeft er moeite mee dat de vakbond zijn pijlen niet louter tegen de werkgever richt, maar zeer concreet tegen diens HR-manager en tegen twee werknemers. Het Hof herinnert in dit verband aan zijn oudere rechtspraak. De tolerantie tegenover kritiek die zich richt op private burgers is kleiner dan deze tegenover meer 'publieke' figuren zoals politici en ambtenaren.

Het Hof ontwikkelt ook een tweede parameter om de tolerantiegraad te meten. Het maakt een onderscheid tussen expressies die in een opwelling worden geformuleerd en deze die na iets rijper beraad werden geformuleerd. Dit onderscheid wordt opgehangen aan de differentie tussen het vluchtige, spontane en snelle mondelinge debat waar plaats is voor *overdrijving* en het bij hypothese meer berekeneerde schriftelijke debat.

Het Hof ontwikkelt een onderscheid tussen expressies die zonder meer kritisch zijn en expressies die beledigend zijn (*insult*). Het Hof verduidelijkt wat met beledigend wordt bedoeld door het gebruik van enkele synoniemen. Verregaand aanstootgevende (*grossly offensive*), tergende (*vexatious*) en kwetsende (*injurious*) expressies vinden geen of minder genade in de ogen van het Hof. Het Hof volgt de Spaanse rechters in hun appreciatie dat de litigieuze expressie een dergelijk beledigend karakter had.

De toets van het Hof, men leze de marginale controle op de door de Spaanse rechter toegepaste toetsing, valt opnieuw ten nadele van de vakbondslieden uit. Dat de beperkingen van de vrijheid van expressie rechtens voorgeschreven waren (*prescribed by law*) en aan een legitieme doelstelling beantwoordden, is niet geheel verwonderlijk. Wat de zaak ten nadele van de werknemers doet kantelen, is de vaststelling dat de beperking van de vrijheid van meningsuiting, inzonderheid via het ontslag op staande voet, geen disproportioneel karakter had. Het Hof geeft

immers aan dat de publicatie eveneens louter private burgers trof die zich minder in een publieke ruimte situeren. De toon van de kritiek was te hard, te 'beledigend'. *Last but not least* konden de vakbondsleden zich niet verschuilen achter het argument dat de te ongezoete kritiek in een opwelling was geformuleerd. De kritiek lag immers verankerd in een (vakbonds)publicatie. Het betreft bewuste handelingen die met voorbedachten rade werden gesteld.

4 Bespreking

4.1 *De tussenkomst van de vakbond*

In de zaak Heinisch besluit het EHRM de schriftelijke derden-interventie van de vakbond Ver.di toe te laten.¹³ Deze vakbond is actief in de dienstensector, inclusief de zorgsector. Mevrouw Heinisch was er lid van. Er is niet veel verbeeldingskracht voor nodig om te vermoeden dat deze vakbond een stuwende rol heeft gespeeld in de procedures. Het staat de voorzitter van de Kamer vrij in het belang van een behoorlijke rechtspleging om dergelijke schriftelijke interventies toe te laten. Hij kan de interveniënten ook tot de hoorzitting uitnodigen. Mevrouw Heinisch wierp in casu geenszins een schending van de vakverenigingsvrijheid (artikel 11 EVRM) in, niettegenstaande het verspreiden van een vakbondspamflet wel degelijk aan de basis van het ontslag op staande voet lag.

Deze mogelijkheid voor vakbonden om te interveniëren dient te worden onderscheiden van het indienen door vakbonden van een verzoekschrift bij het Hof om een beperking van de vrijheid van expressie van de leden aan te klagen. In het verleden nam het Hof een rekkelijke houding aan ten aanzien van de ontvankelijkheid van door vakbonden ingediende verzoekschriften over de schending van de individuele dimensie van de vrijheid van vereniging. Het Hof is evenwel preciezer waar de vrijheid van expressie in het geding is. Collectieve actoren die opkwamen ter verdediging van de vrijheid van expressie van hun leden dreigen bot te vallen. Zo werd een verzoekschrift ingediend door een vereniging van beroepsjournalisten die zich beklagden over de schending van de vrijheid van expressie van haar leden, niet-ontvankelijk verklaard.¹⁴

4.2 *De invloed van het arrest Demir en Baykara*

Het arrest van de Grote Kamer in de zaak Sanchez is een schoolvoorbeeld van de tekstuele interpretatiemethode waartoe het Hof zich sedert het arrest Demir en Baykara verbond. In dit arrest stelde het Hof onomwonden

"The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by compe-

13 Zie arrest Heinisch, § 44.

14 Zie D. Voorhoof, *Vrijheid van meningsuiting*, in: J. Vandelanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 941. De door Voorhoof aangehaalde zaak (Ernst and Others/België) betrof een verzoekschrift ingediend door een vereniging van beroepsjournalisten (25 juni 2002, nr. 33400/96).

tent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.'

Het Hof verwierp de kritiek die de Turkse staat formuleerde op het arrest in eerste aanleg. Turkije had grote problemen met het gegeven dat het Hof artikel 11 EVRM interpreteerde in het licht van artikel 5 en artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH). Turkije had immers het ESH wel geratificeerd, maar uitdrukkelijk een voorbehoud gemaakt tegen beide verdragsartikelen. Artikel 20 ESH laat dergelijke ratificatie *à la carte* binnen bepaalde perken toe. Turkije kon niet aanvaarden dat het op slinkse wijze zou gebonden worden aan een verdragsbepaling die het in wezen niet had geratificeerd. Deze slinkse inperking van de staatssoevereiniteit werd door sommige commentatoren gehekeld.¹⁵ In casu gaat het Hof nog een stapje verder. Het betreft in zijn analyse een verdrag dat in zijn geheel nooit door een verdragssluitende staat werd ondertekend. Sterker: het is uitgesloten dat Spanje ooit zou toetreden tot deze Conventie.

Het arrest laat ook zien hoe het engagement uitwerkt om die internationale instrumenten te interpreteren in het licht van de 'interpretation by competent organs'. In het arrest Demir en Baykara werd de vakverenigingsvrijheid daardoor opgerekt. De interpretatie van een verdragsartikel over de vakverenigingsvrijheid hield volgens het Hof eveneens een impliciete erkenning in van de vrijheid van collectief overleg. Het Hof ging daarbij zelf tegen zijn vaste rechtspraak in. Voor de vakbondsleden valt die toets in casu slecht uit. Het Hof vindt in de *Digest* van het Freedom of Association Committee steun voor het door hem gemaakte onderscheid tussen louter kritische en beledigende expressies.¹⁶

5 Vrijheid van expressie in de arbeidsverhouding

5.1 Arbeidsverhoudingen, publieke of private?

Ruim tien jaar geleden suggereerde P.B. Cliteur¹⁷ in een opmerkelijke annotatie in dit blad dat de 'aard van het beroep en de situatie grenzen stellen aan de vrijheid van meningsuiting'. Ook het 'veld' waarin de titularis van de vrijheid van expres-

15 Zie in dit verband vooral de analyse van J.-F. Renucci & C. Birsan, *La Cour européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne*, Recueil Dalloz 2007, p. 410. Jacobs en Van Drongelen hebben deze methode niet openlijk bekritiseerd, maar lijken wel te wijzen op het gevaar dat de workload van het Hof door deze interpretatie nog groter zou worden. H. Van Drongelen & A. Jacobs, Nieuwe vleugels voor de vakverenigingsvrijheid van artikel 11 EVRM, *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2345-2347. Voor een diepgaande analyse van deze interpretatiemethode: S. van Drooghenbroeck, *Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009, p. 811-834 en J.H. Gerards, noot onder EHRM, 12 november 2008, nr. 34503/97 (Demir & Baykara/Turkije), p. 69-73.

16 Zie § 23 en 67 Sanchez.

17 Zie annotatie aangehaald in noot 11.

sie zich begeeft, zou relevant zijn. Met dit veld wordt mijns inziens in wezen op het voorwerp van de expressievrijheid gedoeld. De auteur bepleit dat de vrijheid van expressie samengevat afhangt van de 'context' waarin deze wordt uitgeoefend. Hij onderscheidt op deze wijze de context waarin de expressievrijheid door de burger, door de werknemer en door de ambtenaar wordt uitgeoefend. Hij bepleit een degressief model waarin de vrijheid van expressie in deze wisselende contexten afneemt. De ambtenaar is in het systeem Cliteur de klos. Hij geniet principieel geen vrijheid van meningsuiting. Cliteur geeft zelf te kennen de vrijheid van expressie functioneel te willen benaderen. Het is, anders gezegd, geen vrijheid die aangeboren humane kwaliteiten beschermt die de burger in beginsel voor zelf gekozen doeleinden kan benutten.¹⁸ Vrijheid van expressie moet primair de waarheidsvinding dienen in de *politieke* en de *wetenschappelijke* sfeer. De academicus Cliteur dient zich om die reden niet al te grote zorgen te maken, ondanks zijn dubbele hoedanigheid van werknemer en ambtenaar.

De *professionele sfeer* van de arbeidsverhoudingen wordt niet genoemd. Cliteur lijkt te betwijfelen of andere expressies een *publiek* belang dienen. De beschouwingen van Cliteur hadden mijns inziens niet tot doel de rechtspraak van het EHRM samen te vatten. Men ontsnapt evenwel niet aan de indruk dat de auteur die de relevantie van Fuentes Bobo voor de rechtsontwikkeling relativeert, uitgang van de vooronderstelling dat zijn leer nog wel door de Straatsburgse beugel kon, minimaal er niet door werd tegengesproken. De vraag rijst of dit *anno 2011* nog steeds het geval is. Deze meer rekkelijke interpretatie van de vrijheid van expressie hoeft evenwel niemand te beletten de rechtspraak van het Hof te bekritisieren.

In abstracto acht ik de gedachte dat de vrijheid van expressie *kan* worden ingeperkt door de hoedanigheid van de titularis van de expressievrijheid en door het voorwerp van de meningsuiting, niet onjuist. Het EVRM dwingt mijns inziens niet tot dergelijke beperkingen. Beide beperkingsgronden zijn nauw met elkaar verweven. Minder overtuigend acht ik het vermeende onderscheid tussen ambtenaar en werknemer. Van twee zaken één. Als men erg veel belang hecht aan de 'politieke sfeer', lijken mij ambtenaren die dag in dag uit de publiek zaak dienen eerder méér dan minder recht van spreken te hebben. Zonder de relevantie van in het geding zijnde belangen te willen ontkennen, moeten thans ook kanttekeningen worden geplaatst bij de reductie van het publieke belang tot expressies in de politieke of wetenschappelijke sfeer.¹⁹

In haar monografie *Freedom of Speech and Employment* (2002) beschreef Vickers de pleinvrees van het EHRM om het domein te betreden van de vrijheid van expressie in de arbeidsverhoudingen.²⁰ In het arrest Vogt/Duitsland²¹ werd die plein-

18 Verhulp onderscheidt naast de waarheidsvinding en de democratische functie als grondslagen van de expressievrijheid ook de zelfverwerkelijking. Het komt ons voor dat deze grondslag de instrumentalisering van de expressievrijheid tegengaat en meer autonomie waarborgt. E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu 1996, p. 78-84. Zo stelt hij letterlijk en terecht: 'een vastgesteld doel is daarbij (lees: bij zelfverwerkelijking) niet gegeven'.

19 Deze kwestie komt aan bod onder paragraaf 3.3.

20 L. Vickers, *Freedom of Speech and Employment*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 78-84.

21 EHRM 26 september 1995 (Vogt/Duitsland), Application nr. 17851/91.

vrees overwonnen. Het Hof toetste de schorsing van een vast benoemde leerkracht omwille van het feit dat zij militeerde in de zogeheten anticonstitutionele Kommunistische Partei Deutschland. Het oordeelde dat de disciplinaire maatregel de proportionaliteitstoets niet kon doorstaan. Vickers merkt terecht op dat het Hof door deze benadering afstapte van de vermeende neutraliteit van het EVRM ten aanzien van de arbeidsverhoudingen in een aantal zaken die betrekking had op de *toegang* tot het openbare ambt. Het Hof beklemtoont om die reden het onderscheid tussen *toegang* tot het openbaar ambt en verwijdering uit het openbaar ambt. Vickers werpt de vraag op in welke mate artikel 10 EVRM toepasselijk is op werkgelegenheid in de private sector.

Het komt me voor dat het onderscheid private *versus* publieke sector niet fijnmazig is. Vooreerst is het niet erg duidelijk hoe dit onderscheid moet worden gedefinieerd. Geldt een organisch dan wel een meer functioneel criterium? In een organieke opvatting horen slechts entiteiten die door de overheid zijn opgericht en/of een publiekrechtelijk statuut hebben tot de publieke sector. In een meer functionele opvatting behoren entiteiten tot de publieke sector die overheids-taken uitvoeren. Het is overigens niet duidelijk hoe overheidstaken van private taken moeten worden onderscheiden.

Zelfs indien men het eens wordt over de vraag wat aan werkgeverszijde onder de publieke sector dient te worden begrepen, blijft de vraag open of een gebeurlijke beperking van de werkingssfeer van artikel 10 EVRM tot de 'publiek sector', betekent dat het artikel *niet* door contractuelen in overheidsdienst kan worden ingeroepen. Het Hof heeft die vragen na het verschijnen van het boek beantwoord.

In de zaak Fuentes Bobo beriep de Spaanse overheid zich op het argument dat de litigieuze werkgever, de Spaanse staatstelevisie TVE, een louter privaatrechtelijk statuut had en dat de ontslagen werknemer een contractueel was. Er was geenszins sprake van een ambtenaar. Dit argument werd door het Hof genegeerd. Het Hof ging impliciet uit van de toepasselijkheid van artikel 10 EVRM op contractuele werknemers die werkzaam waren voor een privaatrechtelijke vennootschap. Dit standpunt werd op meer expliciete wijze nagevolgd in Heinisch.²² Het betrof ook in deze zaak een ontslag van een contractuele werknemer die werkzaam was voor een privaatrechtelijke vennootschap. In beide zaken kan in redelijkheid worden gesteld dat de Spaanse staatstelevisie en de onderneming die actief was in de bejaardenzorg tot de publieke sector behoorden in een meer functionele zin van het woord. Betoogd kan worden dat²³ van een openbare dienstverlening sprake is. Aangenomen mag worden dat TVE subsidies kreeg van de Spaanse staat. Het Duitse Vivantes was financieel in handen van het Land Berlijn.

In Jiménez/Sánchez is evenwel sprake van contractuele werknemers die werken voor een industriële broodbakkerij. Het bakken en uitdelen van brood is sedert de val van het Romeinse Rijk geen staatszaak meer. Het Hof geeft evenwel duidelijk en in zeer algemene termen aan dat een staat een verplichting heeft om zijn burgers te beschermen tegen de aantasting door het optreden van private personen van door het EVRM gewaarborgde grondrechten. Staten zijn in een dergelijk geval

²² Zie § 44 arrest Heinisch.

²³ Zie § 64 arrest Heinisch.

aansprakelijk voor hun stilzitten. De vraag rijst of het EHRM daarmee 'uitgaat' van een horizontale doorwerking van grondrechten in private verhoudingen. Het antwoord moet zijn: het Hof doet zelf nooit aan horizontale werking (*Drittwirkung*)²⁴ van grondrechten in private verhoudingen. Private personen kunnen slechts de verdragssluitende staten voor het Hof dagen. Dit betekent evenwel geenszins dat een geschil tussen private personen niet ten grondslag kan liggen aan een verzoekschrift. De rechtspraak in de zaken Heinisch en Jiménez/Sánchez laat zien dat de private personen die grondrechten in private verhoudingen hebben geschonden, evenmin zijn tussengekomen ex artikel 44 van de Rules of Court. Niet het geschil tussen personen is de aanleiding, maar wel de uitkomst of de wijze waarop de rechterlijke macht omgaat met de handhaving van grondrechten in private rechtsverhoudingen. De rechterlijke macht dient in bepaalde omstandigheden zijn burgers te beschermen tegen aantastingen van die grondrechten door private personen. Dit betekent mijns inziens dat de rechterlijke macht van een verdragssluitende staat de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen moet waarborgen. Deze horizontale werking kan evenwel slechts op indirecte wijze worden afgedwongen via een verzoekschrift voor het EHRM.

Kortom, het Hof geeft te kennen dat het onderscheid tussen ambtenaren en contractuelen en tussen private en publieke sector niet relevant is om de *toepasselijkheid* van artikel 10 EVRM te beoordelen. De vraag rijst of dit onderscheid relevant is voor de *afweging* van de vrijheid van expressie tegenover de loyaliteit die de arbeidsverhouding kenmerkt. Het Hof lijkt het onderscheid tussen werknemer en ambtenaren te relativiseren. Het merkt immers op dat de ambtelijke plicht tot loyaliteit, reserve en discretie die het ambtenarenstatuut kenmerkt, eveneens de privaatrechtelijke arbeidsverhouding kenmerkt.²⁵ Er kan hoogstens sprake zijn van een gradueel, maar niet van een wezenlijk verschil.

5.2 *Whistle-blowing*

Het Hof stelt in Heinisch dat in casu sprake was van *whistle-blowing*.²⁶ Dit werd evenmin door de partijen in het geding ontkend. Het Hof verduidelijkt niet wat als *whistle-blowing* moet worden beschouwd. Uit een onmiddellijk daarop volgende passage kan evenwel worden afgeleid dat *whistle-blowing* verband houdt met de vrijheid van expressie op de werkplek (*at the workplace*).

In zijn proefschrift bouwt Verhulp²⁷ voort op een door Bovens geformuleerde definitie van klokkenluiden. De volgende componenten lijken constitutief. Klok-

24 Zie in dit verband: F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs: Puf 2011, nr. 167, p. 261-265; L. Zwaak, *General Survey of the European Convention*, in: P. Van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 28-32.

25 Zie § 64 arrest Heinisch.

26 Zie § 43 arrest Heinisch.

27 E. Verhulp 1996, p. 183-185. Zie ook de definitie van *whistle-blowing* door L. Vickers. Zij definieert het als 'raising the alarm in public about a wrong committed in private'. De auteur merkt op dat de informatie die wordt vrijgegeven 'can be used to prevent harm or loss to the public'. Vickers 2002, p. 41-42.

kenluiden betreft objectief (*corpus*) het gedrag van het ontsluiten van informatie met betrekking tot een organisatie. Deze informatie heeft in de regel een vertrouwelijk karakter. Subjectief (*animus*) betreft het bewust geïntendeerd gedrag dat specifiek gericht is op het aanklagen van misstanden die voor het publiek relevant zijn. De informatie wordt publiek gemaakt om die misstanden aan te klagen. Verhulp merkt op dat er niet noodzakelijk een arbeidsrechtelijke verhouding hoeft te bestaan tussen de klokkenluider en de organisatie. Deze laatste dient evenmin een werkgever te zijn. De *animus* oftewel de intentie die een vermeende klokkenluider drijft, is wel degelijk relevant. Een recente beschikking in kort geding van de Rechtbank Rotterdam is ter zake illustratief.²⁸ De bvba HRP Thruster Systems BV vorderde een breed geformuleerd publiceerverbod tegen een van zijn gewezen werknemers. In zijn arbeidsovereenkomst was een verbod opgenomen om 'op enigerlei wijze aan derden indirect of indirect, in welke vorm ook, enige mededeling te doen aangaande enige bijzonderheden omtrent de onderneming van de werkgever betreffende of daarmee verband houdende'. Deze clausule werkte ook na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door. De gewezen werknemer had gedurende zijn dienstverband een e-mail verstuurd naar het moederbedrijf dat hij zinnens was een vergelijkende studie te publiceren over de betrouwbaarheid van de roerpropellersystemen die op de markt voor handen waren. Die vergelijking dreigde allicht ongunstig uit te vallen voor zijn werkgever. De gewezen werknemer die werd ontslagen toen bleek dat hij bedrijfsdocumenten naar zijn privé e-mailadres had verstuurd, beriep zich op zijn status van klokkenluider. Niet-tegenstaande de kortgedingrechter de draagwijdte van het gevorderde expressieverbod inperkte, oordeelde hij dat de gewezen werknemer zich ten onrechte beriep op zijn status van klokkenluider. De werknemer slaagde erin het maatschappelijk belang van zijn publicatie (bescherming van de veiligheid en beperking van milieuschade) aannemelijk te maken. De rechtbank weigerde evenwel in hem een klokkenluider te zien. De omstandigheid dat hij de litigieuze informatie slechts tegen betaling ter beschikking wenste te stellen aan belangstellenden uit de branche en niet aan een breed publiek, deed twijfels rijzen over zijn motieven. In het arrest Heinisch onderstreept het Hof trouwens dat de motivatie die aan de expressievrijheid ten grondslag ligt, relevant is. Het Hof geeft duidelijk te kennen dat persoonlijke wrok (*personal grievance*) en eigenbelang, inzonderheid pecuniair belang, aan een sterke bescherming in de weg staan.²⁹

Het hoeft geen betoog dat in de zaak Heinisch van *whistle-blowing* sprake was. Mevrouw Heinisch werkte voor een organisatie waarvan de werking publiek relevant was. Haar activiteiten situeerden zich immers in de zorgsector. De omstandigheid dat die organisatie en de arbeidsverhouding van Mevrouw Heinisch een contractueel in tegenstelling tot een statutair karakter hadden, is niet relevant.³⁰ Het is bij mijn weten de eerste maal dat het Hof zelf de term *whistle-blowing* in de

28 Rb. Rotterdam 8 juni 2010, 353736/KG ZA 10-399 (<www.rechtspraak.nl>).

29 Zie § 69 arrest Heinisch.

30 Zie § 44 arrest Heinisch.

mond neemt.³¹ In het arrest Fuentes Bobo was sprake van een journalist die voor de Spaanse staatstelevisie werkte. In een mondeling radio-interview hekelde hij bepaalde wantoestanden bij de Spaanse staatstelevisie. Hij verweet onder meer de te geringe onafhankelijkheid van de openbare omroep ten aanzien van de regerende politieke partij. Het Hof oordeelde dat de disciplinaire ontslagmaatregel die op deze interviews volgde een onoorbare beperking van de vrijheid van expressie betrof. Het vermeed in dit arrest evenwel het gebruik van *whistle-blowing*.

In het arrest Aguilera Jiménez tilde het Hof wel zwaar aan het feit dat de door de vakbond gepubliceerde artikelen niet kaderden in enig 'maatschappelijk debat dat een kwestie van algemeen belang zou raken'.³² De kritiek betrof slechts de interne keuren van de vennootschap. Omdat het Hof in dit arrest de zaak Fuentes Bobo op vrij systematische en uitdrukkelijke wijze als een soort negatieve spiegel voorhield, lijkt deze passage me erop te wijzen dat het Hof ook in die passage deze case voor ogen had. Daarmee werd gesuggereerd dat een expressie op de werkplek die slechts de interne arbeidsverhoudingen en arbeidsorganisatie raakte en die geenszins in verband stond met het maatschappelijke belang van andere 'stakeholders' dan de werknemers, *minder* beschermenswaardig zou zijn. Die overweging in het arrest werd om die reden zwaar gehekeld.³³ Het Hof lijkt me voor die kritiek niet geheel ongevoelig te zijn geweest. In de zaak Sanchez distantieert het Hof zich immers van een door de Spaanse regering gemaakte opmerking dat de inhoud van de vakbondspublicatie geenszins een kwestie van algemeen belang raakte. Het Hof vond dat de publicatie geenszins een louter private kwestie betrof. Het oordeelt integendeel dat de kwestie voor de werknemers van de vennootschap wel degelijk 'a matter of general interest' betrof.³⁴ Maatgevend was de gedachte dat sprake was van een collectief arbeidsgeschil ('a labour dispute'). Er waren eisen kenbaar gemaakt en de publicatie stond niet los van het verdedigen en bevorderen van werknemersbelangen. Dit alles volstond voor het Hof om ervan uit te gaan dat de vrijheid van expressie in casu wel degelijk beschermenswaardig was. Het Hof eist niet dat het collectief arbeidsgeschil het voorwerp uitmaakte van een *juridische* betwisting, niettegenstaande dit wel het geval was.

Aangezien het Hof in de zaak Sanchez de term *whistle-blowing* vermeed, kan worden aangenomen dat het de mening is toegedaan dat van klokkenluiden sprake is indien de expressie kadert in een debat waarin een breder maatschappelijk belang centraal staat dat andere *stakeholders* dan de werknemers raakt. Evenwel is niet

31 De term 'whistle-blowing' duikt eveneens op in de arresten Guija/Moldavië (12 februari 2008) en Stoll/Zwitserland (10 december 2007). Het Hof vermeldt deze term evenwel niet in een gedeelte dat betrekking heeft op de door het Hof zelf gemaakte overwegingen (zie in dit verband ook V. Junod, La liberté d'expression du whistleblower, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009/77, p. 228, voetnoot 4).

32 Zie § 32 Aguilera Jiménez.

33 D. Voorhoof & J. Englebert, La liberté d'expression syndicale mise à mal par la Cour Européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2010/83, p. 744-745, in het bijzonder noot 7. Zie in dezelfde zin ook D. Voorhoof en F. Dorssemont in de annotatie onder EHRM 8 december 2009 (Aguilera Jiménez/Spanje), *European Human rights cases* 2010/3, 276.

34 Zie § 72 arrest Sanchez.

vereist dat de expressie dergelijk breed maatschappelijk belang raakt, *opdat* zij beschermenswaardig zou zijn.

5.3 *Vrijheid van vereniging en expressievrijheid*

Beide arresten doen vragen rijzen over de wijze waarop de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vakvereniging zich tot elkaar verhouden. Een dergelijke vraag kan enkel door het Hof worden geïdentificeerd indien verzoekers zich de moeite getroosten om de schending van zowel artikel 10 (vrijheid van expressie) als artikel 11 (vrijheid van vakvereniging) EVRM in te roepen. In Heinisch werd artikel 11 EVRM niet ingeroepen. De formele reden die door de werkgever ter motivering van het ontslag op staande voet werd ingeroepen, betrof nochtans de inhoud van het vakbondspamflet dat zij zelf aan haar werkgever had verzonden. Mevrouw Heinisch droeg evenwel geen redactionele verantwoordelijkheid voor dit pamflet. In de arresten Jiménez en Sanchez werden beide artikelen door de vakbondsleden ingeroepen. In eerste aanleg werd het ontslag op staande voet op separate wijze aan beide artikelen getoetst. Het betreft bij mijn weten de eerste maal dat *vakbondsleden* artikel 10 EVRM voor het Hof gebruiken om de collectieve verdediging van de belangen van hun leden in rechte te beschermen. Die collectieve belangenverdediging waarnaar artikel 11 EVRM uitdrukkelijk verwijst, vormt de finaliteit van de vrijheid van vakvereniging. Het Hof heeft in het verleden geoordeeld dat die passage niet overbodig is.³⁵ Het vormde dan ook de verdragsrechtelijke basis voor de erkenning van een aantal vakbondsprerogatieven waarvan de beperking slechts legitiem is indien zij de toets van artikel 11 § 2 EVRM kan doorstaan.

In het verleden werden de artikelen 9 en 10 jo. artikel 11 EVRM vooral ingeroepen door werknemers die geenszins lid wensten te worden van een vakbond. Het gebruik van artikel 10 EVRM raakte de individuele dimensie van de vakverenigingsvrijheid. Deze werknemers bekritiseerden het feit dat er een onoorbare druk op hen werd uitgeoefend om lid te worden van een bepaalde vakorganisatie. Zij riepen vaak hun persoonlijke, politieke of levensbeschouwelijke overtuigingen in om aan te tonen dat dergelijke dwang eveneens een schending van de artikelen 9 en 10 EVRM inhield. Dergelijk argument is niet geheel ongerijmd, omdat bepaalde vakbonden gestoeld zijn op een uitgesproken *ideologisch* en *levensbeschouwelijk* fundament. Voor meer neutrale vakbonden geldt overigens dat sommige burgers het 'politiek' oneens kunnen zijn met de door hen gevoerde strijd. Het Hof heeft in een aantal van die zaken artikel 11 *in het licht* van artikel 10 EVRM geapprecieerd.³⁶ De vrijheid van meningsuiting werd met andere woorden in de toetsing aan de vakverenigingsvrijheid verdisconteerd. In de meest recente

35 Zie in dit verband: F. Dorssemont, De vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM, méér dan een sequel van de vrijheid van vereniging?, *ArA* 2006/2, p. 21-32. Maatgevend was de overweging § 39 van het Hof in *Syndicat national de la police belge* (27 oktober 1975).

36 Zie § 57 EHRM 13 augustus 1981 (Young, James & Webster/Verenigd Koninkrijk). Zie § 37 EHRM 30 juni 1991 (Sigurdur A Sigurjonsson/IJsland): 'the protection of personal opinion being also one of the purposes of the freedom of association guaranteed by Article 11'.

case die de negatieve vakverenigingsvrijheid betrof, betrok het Hof de artikelen 9 en 10 EVRM zelfs ambtshalve in de overweging.³⁷

In de zaak Sanchez vindt een opmerkelijke inversie plaats. Het Hof toetst immers de expressievrijheid in het licht van de vakverenigingsvrijheid. Het Hof stapt om die reden af van de in het arrest Aguilera Jiménez voltrokken separate behandeling.

Dit alles klinkt uiteraard veelbelovend. In theorie zou de vrijheid van vakvereniging als een katalysator hebben kunnen werken om de specificiteit van de vrijheid van expressie in de vakbondsstrijd uit te werken. De vrijheid van vakvereniging zou op deze wijze een bouwsteen kunnen vormen voor *Rechtsfortbildung*.

Het Hof kondigt dan ook een onderzoek aan van de vrijheid van expressie 'in the context of labour relations' (collectieve arbeidsverhoudingen).³⁸ Het kan immers niet voorbijgaan aan de door de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) bij herhaling geformuleerde relevantie die de expressievrijheid heeft voor een effectieve vakverenigingsvrijheid. Zo maakt de Verklaring van Philadelphia (1944) die aan de Constitutie van de IAO werd gehecht in één adem gewag van de vrijheid van expressie én van de vrijheid van vereniging.³⁹ In een door het Hof aangehaalde IAO-Aanbeveling nr. 143 van 23 juni 1971 wordt de vrijheid van vakbonden erkend om in de onderneming bepaalde documenten te afficheren en deze onder de werknemers te verspreiden. Een oudere resolutie (1970) van de Algemene Conferentie van de IAO onderstreept de onlosmakelijke band tussen de klassieke burgerrechten (inclusief de expressievrijheid) en de vakverenigingsvrijheid. Het Hof onderzoekt ook de draagwijdte van de expressievrijheid ten faveure van vakbonden op basis van de door de *monitoring bodies* van de IAO opgestelde rapporten. Deze jurisprudentie keert weliswaar als een boemerang tegen de vakbondsleden terug. Het Hof ontdekt een passage in de zogeheten *Digest* van de beslissingen van het Freedom of Association Committee (FAC), waarin werknemersorganisaties worden aangemaand zich in hun communicatie te houden aan de regels van de welvoegelijkheid en zich te onthouden van beledigend taalgebruik. Hierbij mag worden opgemerkt dat het FAC een tripartiet orgaan is dat niet primair tot doel heeft juridische interpretaties te verstrekken van de IAO-normen. Het biedt veel eerder goede diensten aan in geval een lidstaat geconfronteerd wordt met collectieve klachten over de vermeende schending van de vakverenigingsvrijheid.⁴⁰ Het lijkt ons dan ook problematisch om in deze goedbedoelde politieke raadgevingen van het Comité een advies te lezen over de legitieme grenzen die aan de syndicale expressievrijheid kunnen worden gesteld. Het Hof put eveneens uit een opinie die het zogeheten Inter-american Court of Human Rights opstelde over de interpre-

37 Zie § 54 EHRM 11 januari 2006 (Sorensen & Rasmussen/Denemarken): 'Furthermore, regard must also be had in this context to the fact that the protection of personal opinions guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention is one of the purposes of the guarantee of freedom of association, and that such protection can only be effectively secured through the guarantee of both a positive and a negative right to freedom of association.'

38 Zie § 61 arrest Sanchez.

39 'Freedom of expression and of association are essential to sustained progress.'

40 Zie J.M. Servais, *International labour law*, Den Haag: Kluwer Law International 2005, p. 293-295.

tatie van de Amerikaanse Conventie voor de Mensenrechten. In Opinie OC-5/85 luidt het dat de vrijheid van expressie een *conditio sine qua non* is voor effectieve vakverenigingsvrijheid. Het Hof besluit om die reden dat de vrijheid van expressie een *essentieel* middel is om de belangen van werknemers te verdedigen.⁴¹

Het gebruik door het Hof van de terminologie ‘essential means’ is buitengewoon significant. Het Hof heeft in constante rechtspraak immers een onderscheid aangebracht tussen louter belangrijke middelen en essentiële middelen.⁴² Essentiële middelen behoren tot het *Kernbereich* van het grondrecht. Niettegenstaande beide beperkingen door het Hof aan hetzelfde artikel 11 § 2 EVRM worden getoetst, lijkt toch grote waakzaamheid geboden wanneer vakbondsleden van essentiële middelen worden beroofd. Het arrest is in dit opzicht relevant. Nooit eerder werd de expressievrijheid als een *essential means* gekwalificeerd.

Alle lippendienst aan de vrijheid van expressie als ‘essential means’ ten spijt, valt de concrete toepassing door het Hof bijzonder ontgoochelend en verontrustend uit. Die ontgoocheling, ongerustheid en verontwaardiging werd op ongemeen scherpe en eloquente wijze in de *dissenting opinion* verwoord. De vraag rijst terdege of de Straatsburgse rechters veel ‘fromage’ hebben gegeten van collectieve arbeidsverhoudingen. Dit veronderstelt het vermogen om zich een adequaat oordeel in feite te vormen. Minder vergeeflijk is dat juridische uitgangspunten en de rechtspraak van het Hof zelf onvoldoende recht wordt gedaan. Contradicties in het oordeel in rechte kunnen bij wijze van voorbeeld niet door de beugel. Deze contradicties werden door de rechters van de *dissenting opinion* blootgelegd.

Het Hof spreekt zich inhoudelijk tegen waar het enerzijds de vrijheid van expressie als essentieel voor vakverenigingsvrijheid kwalificeert en anderzijds in navolging van de Spaanse rechters stelt dat het litigieuze ontslag niet interfereert met vakverenigingsvrijheid. Er wordt immers gesteld dat de ontslagen werknemers niet omwille van het lidmaatschap, maar omwille van de inhoud van de publicatie werden ontslagen.⁴³ Het Hof reduceert de vakverenigingsvrijheid daardoor tot haar louter individuele lidmaatschapsdimensie. Deze benadering staat haaks op de progressieve ontwikkeling door het Hof in de laatste jaren van de collectieve dimensie van de vakverenigingsvrijheid.⁴⁴ In hun *dissenting opinion* wijzen de rechters op gelijkaardige contradicties. Het Hof vat zijn oordeel immers aan met de vaststelling dat de feiten in het geding erop wijzen dat de litigieuze expressie nauw verweven was met de vrijheid van vakvereniging. Ze stellen enerzijds dat het ontslag los stond van het lidmaatschap en anderzijds dat het geen *beslissende* rol speelde in het ontslag.⁴⁵ In de *dissenting opinion* wordt terecht gewag gemaakt van een artificiële abstractie van de collectieve (*trade union*) dimensie van de zaak. Dat de patronale toorn zich precies richt tot het bestuur van de vakbond, inclusief

41 Zie § 56 arrest Sanchez.

42 Zie in dit verband F. Dorsssement, The right to form and joint trade union for the protection of his interest under article 11 ECHR, *European Labour Law Journal* 2010/2, p. 210-212.

43 Zie § 65 arrest Sanchez.

44 Voor een recente analyse van deze evolutie, die contrasteert met de eerdere pessimistische analyse in dit blad (Dorsssement 2006, p. 21-32): Dorsssement 2010, p. 210-232.

45 Zie § 3 van de *dissenting opinion* van Tulkens, David Thor Björvinsson, Jociene, Popovic en Vucinic.

de leden die arbeidsongeschikt waren, spreekt mijns inziens boekdelen. Men ontsnapt niet aan de indruk dat het ontslag er gewoon op gericht was om de vakbondstop te onthoofden. Indrukken zijn wel degelijk relevant. Ze leveren indicaties op dat sprake is van discriminatie wegens lidmaatschap. Een juist begrip van discriminatie zou impliceren dat het de werkgever is die moet aantonen dat het ontslag niet discriminatoir is, eenmaal ernstige en eensluidende indicaties in die zin werden aangeleverd.^{46,47} In eerste aanleg (Aguilera Jiménez) motiveerde het Hof de verwerping van de vermeende schending geheel anders.⁴⁸ Het Hof stelde dat de verzoekers geen indicaties hadden aangeleverd die aantoonde dat hun ontslag een represaille was van de werkgever omwille van hun lidmaatschap van de vakbond. Het gebruik van de term 'indicaties' lijkt te suggereren dat een volledig en onomstootbaar bewijs niet vereist is. Problematisch is evenwel dat men indicaties moet aanleveren van een represaillemaatregel. Dit lijkt erop te wijzen dat men een bepaalde geestesgesteldheid (*animus*) moet aantonen. Indicaties van een ondernemersbeleid dat de vakbondswerking objectief frustreert, is in die lezing onvoldoende.

In de *dissenting opinion* vergelijken de rechters in navolging van de *dissenting opinion* in eerste aanleg de rol van vakbonden in de onderneming met de rol die de media in een democratie vervult als 'watch dog'. Het EHRM heeft vanuit een

46 Het EHRM introduceerde het begrip 'anti Union discrimination' in het arrest Danilenkov. In deze zaak oordeelde het Hof slechts dat de dwingende noodzaak om deze discriminatie in een strafprocedure aan te tonen via een zware strafrechtelijke bewijslast een disproportionele beperking opleverde van de vrijheid van vakvereniging. Dit arrest laat niet toe om de toegelaten bewijslast in de door het Hof gewenste civiele procedures te meten. EHRM 30 juli 2009 (Danilenkov e.a.), nr. 67336/01, § 143. Zie in dit verband: Dorssemont 2010, p. 207-209. In een recente civiele zaak waarin een werknemster discriminatie wegens syndicale overtuiging inriep, verwierp het Hof die klacht omdat zij niet had aangetoond ('demonstrated') dat 'she had been prevented by her former employer from forming or participating in a trade union or otherwise restricted in the exercise of the right to freedom of association on the whole, the Court considers that the applicant failed to demonstrate that she had been prevented'. Er waren in deze zaak nochtans indicaties dat de ontslagmaatregel die formeel werd gemotiveerd wegens schending van de veiligheidsvoorschriften en ongewettigde afwezigheid, geïnspireerd werd door de wens de oprichting van een vakbond door de werknemster te frustreren. De 'ongewettigde afwezigheid' hield verband met de deelname aan een staking, en de tekortkomingen die werden vastgesteld, waren het resultaat van controles die plaatsvonden na de aanzegging van de staking (EHRM 28 oktober 2010 (Trofimchuk/Oekraïne)).

47 Een dergelijke verlichting van de bewijslast wordt bij wijze van voorbeeld door artikel 8 van Richtlijn 2000/43 en artikel 10 van Richtlijn 2000/78 voorgeschreven. Geen van beide richtlijnen laat evenwel toe discriminatie wegens syndicale overtuiging doeltreffend te bestrijden. Een recente uitspraak van de Kantonrechter Roermond, die oordeelde over een verzoek tot opheffing van het opzegverbod ten faveure van leden van een ondernemingsraad, getuigt van een prudente aanpak. Daar indicaties voorhanden waren van een gespannen verhouding tussen de ondernemingsraad of een lid van de OR en de werkgever, werden van de werkgever overtuigende elementen gevraagd om aan te tonen dat zijn verzoek (dat formeel op andere gronden werd ingediend) géén verband hield met het uitoefenen van dit mandaat. De kantonrechter plaatste zich dus niet op het standpunt dat het lid van de OR moest aantonen dat er een dergelijk verband bestond, laat staan het bewijs van een bijzondere intentie bij de werkgever. Ktr. Roermond 9 december 2010, 288117\AZ VERZ 10-281 (rechtspraak.nl).

48 Zie § 39 Aguilera Jiménez. D. Voorhoof & F. Dorssemont, annotatie onder EHRM 8 december 2009, (Aguilera Jiménez/Spanje), European Human rights cases 2010/3, 277-278.

democratische reflex de vrijheid van expressie door de media een bijzondere bescherming verleend.⁴⁹ Die bescherming is immers dienstbaar aan een algemeen maatschappelijk belang. In dezelfde lijn betogen de dissidente rechters dat de vakbonden een analoge rol hebben te vervullen bij het waken over de professionele belangen van de werknemers. Ze roepen het Hof op om de analogie die in eerdere arresten tussen de pers en bepaalde non-gouvernementele organisaties (ngo's) werd gelegd, tot vakbonden uit te breiden.⁵⁰ Om twee redenen kan ik deze stelling enkel bijtreden. Vooreerst behoren de vakbonden tot de oudste ngo's van de geïndustrialiseerde samenleving. Ten tweede spelen vakbonden veel meer dan rechters of de sociale inspectie een eerstelijnsrol als waakhonden van de arbeidsrechtelijke legaliteit.⁵¹ In casu was immers geen sprake van een belangenconflict, maar van een *juridisch* conflict dat in rechte werd uitgevochten. De vakbond bestreed de door het management verdedigde visie dat de dragers zelfstandigen waren. Het geschil draait over een juridische kwalificatie. Naar Belgisch recht wordt bij wijze van voorbeeld aan de leden van de vakbondsafvaardiging en de ondernemingsraad de taak toevertrouwd om toe te zien op de naleving van de wettelijkheid in de onderneming. Voor de naleving van het arbeidsrecht op de werkplek is dergelijke legaliteitscontrole van levensbelang.

Door de vakbond als *watchdog* te erkennen suggereren de dissidente rechters in feite dat vakbondsmensen als vertegenwoordigers van een collectiviteit de expressievrijheid dienen te krijgen die aan lieden van de media toekomt. De meerderheid binnen de Grote Kamer draait de zaken evenwel om. De vrijheid van expressie die werknemersvertegenwoordigers toekomt is *kleiner* dan deze die de burger toekomt.⁵² Wie de onderneming betreft, dient zich blijkbaar terdege te beseffen dat hij ophoudt staatsburger te zijn. Een en ander blijkt een kwestie te zijn van de noodzaak van het wederzijds vertrouwen waarmee arbeidsverhoudingen staan of vallen.⁵³ De vraag is of dergelijk wederzijds vertrouwen ernstig kan worden geleverd van werknemersvertegenwoordigers, ongeacht of zij verkozen of door de vakbond aangeduid zijn. In onzalige tijden werd in Duitsland vanuit dergelijke visie de *Betriebsrat* afgeschaft en vervangen door een *Vertrauensrat*. Vertrouwen moet men verdienen. De vraag rijst wat de geloofwaardigheid is van een vorm van vertrouwen die staat of valt met de beperking van grondrechten.

Dat de vakverenigingsvrijheid onmiskenbaar in het geding was, blijkt volgens de *dissenting judges* uit de collectief arbeidsrechtelijke context van het geschil.⁵⁴ Ze reiken daarbij een overtuigend argument aan. Het geschil draaide in essentie ook

49 Sudre 2011, nr. 591-595; A. van Rijn, Freedom of expression, in: P. Van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 797-801. Zie Voorhoof 2004, p. 860-862.

50 Zie § 7 van de *dissenting opinion* in Sanchez.

51 Zie T. Van Peijpe, Industrial relations processes, in: J. Malmberg (red.), *Effective enforcement of EC labour Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 77-108.

52 Zie § 76 van het arrest Sanchez: 'Certain manifestations of the right to freedom of expression that might be legitimate in other contexts are not legitimate in that of labour relations.'

53 Zie de overweging (om in te kaderen) § 76 Sanchez: 'labour relations must [cursivering door de auteur] be based on mutual trust'.

54 Zie § 4 en 13 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

om een strijd *tussen* vakbonden.⁵⁵ Op basis van de in het arrest geboekstaafde feiten lijkt het eerder te gaan om een strijd tussen een ondernemingsvakbond en verkozen werknemersvertegenwoordigers. In de *dissenting opinion* wordt in wezen een breder idee van collectief arbeidsrecht uitgedrukt. Collectief arbeidsrechtelijke verhoudingen kunnen niet worden gereduceerd tot de enge professionele verhoudingen tussen werkgevers en vakbonden. Het collectief arbeidsrecht is een schouwtoneel waar ook andere actoren een rol spelen. Zo kan gedacht worden aan de rol van de staat en van verkozen werknemersvertegenwoordigers die in bepaalde comités (bijvoorbeeld de ondernemingsraad) zetelen. Een effectieve vakverenigingsvrijheid vooronderstelt dat vakbonden beschermd worden tegen de inmenging van deze actoren. De meerderheid van de rechters in de Grote Kamers miskent die complexiteit op een dubbele manier. De kritiek die op de HR-manager en de verkozen leden van een vertegenwoordigend orgaan wordt geuit, wordt er gehegeld. Deze lieden worden voorgesteld als private burgers die geen uitstaans hebben met het collectief arbeidsrechtelijke geschil dat tussen de vakbond en de werkgever bestond. De HR-manager incarneert evenwel als geen ander lid van het leidinggevend personeel het werkgeversgezag in een bestel van collectieve arbeidsverhoudingen. Hij is immers de gesprekspartner van de vakbonden. De verkozen werknemersvertegenwoordigers traden niet op als geïsoleerde burgers, maar opereerden als collectieve actoren die met de vakbonden concurreerden. Zoals een vakbond bloot moet kunnen staan aan kritiek, mag dit toch ook geëist worden van een HR-manager en de verkozen vertegenwoordigers.

Tegen deze analyse bestaat evenwel een denkbaar verwijt. De Spaanse rechters hebben geenszins onderzocht of de vermeende aantasting van de eer van de HR-directeur én van de twee werknemers door het optreden van enkele collega's de werkgever tot een (re)actie dwong. Een werkgever heeft krachtens de Europese Kaderrichtlijn 89/391 een verplichting om alle werkgerelateerde aspecten van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te (doen) waarborgen. Een juist begrip van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers veronderstelt dat de werkgever optreedt tegen vormen van pesten op het werk. De plicht voor een werkgever om op te treden tegen pesten op het werk kan volstrekt legitieme beperkingen van de vrijheid van meningsuiting met zich meebrengen.⁵⁶ Sterker: het grovelijk beledigen door een werknemer van (zijn werkgever of) zijn medewerkers vormt een van de wettelijke voorbeelden van een dringende reden die het ontslag op staande voet kan rechtvaardigen.⁵⁷ De vraag of de verspreiding van een publicatie door toedoen van zijn eigen werknemers de eer en de waardigheid van enkele collegae aantastte, is legitiem. De betrokken werknemers werden in de karikatuur op herkenbare wijze geportretteerd in een pose die alleszins weinig eerbaar is. Indien dergelijk gedrag als een vorm van pesten kon worden aangezien, bestaat immers een plicht voor de werkgever om daartegen op te treden. De vraag blijft evenwel overeind of het genre van de satire en de karikatuur wel degelijk toelaat om van een aantasting van de eer en de waardigheid te gewagen. Zo mer-

55 Zie vooral § 4 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

56 Verhulp 1996, p. 131-132.

57 Zie artikel 678 2 f, titel 10, Boek 7 NBW. Zie in dit verband: Verhulp 1996, p. 126-131.

ken de rechters in hun *dissenting opinion* op dat de 'belaagde' werknemers voor zover bekend zelf geen juridische stappen hadden ondernomen wegens laster en eerroof. Ter vergelijking voegen ze eraan toe dat het Hof in de zaak Fuentes Bobo een gelijkaardig stilzitten van de bekritiseerde instanties had meegewogen.⁵⁸

6 Verontrusten, schokken, aanvallen, maar niet beledigen: *c'est le ton qui fait la musique*

Het Hof maakt een onderscheid tussen beledigende expressies en 'louter' kritische expressies. Wat daarbij opvalt is dat ten aanzien van kritiek binnen collectieve arbeidsverhoudingen wordt geëist dat deze niet 'offensive' zou zijn. In de *dissenting opinion* wordt zeer terecht herinnerd aan de constante rechtspraak van het Hof die ruimte biedt voor expressies die schokken, aanstootgevend zijn (*which offend*) en verontrustend (*disturb*).⁵⁹ Indien men meent dat aanstootgevende kritiek (*offensive*) in arbeidsaangelegenheden niet kan, hanteert men twee maten en twee gewichten. Offensieve kritiek werd door het Hof *normaliter* steeds toegelaten. In de *dissenting opinion* wordt terecht opgemerkt dat de vrijheid van expressie net dan broos en kwetsbaar (*precious*) is indien de uitgedrukte opvattingen schokken en aanstootgevend zijn.⁶⁰

In hun *dissenting opinion* betwisten de rechters overigens dat de artikelen met de begeleidende cartoon redelijkerwijze als beledigend konden worden aangezien. Niettegenstaande de rechters erkennen dat de cartoons smaakloos en vulgair zijn, beklemtonen zij terecht dat de cartoons een satirisch karakter hadden.⁶¹ Het satirische karakter wordt duidelijk indien men de cartoons situeert als een illustratie bij het artikel dat zij dienden te verluichten. In hun *dissenting opinion* merken de rechters bovendien op dat het artikel in het bestaande collectief arbeidsrechtelijke geschil moet worden gekaderd dat aan alle betrokkenen genoegzaam bekend was. Deze kritiek is des te overtuigender omdat het Hof in het verleden reeds blijk gaf van een verhoogde tolerantie ten aanzien van satirische cartoons.⁶² Dit werd eerder reeds opgemerkt in de *dissenting opinion* van de rechter Power in de zaak Aguilera Jiménez. Kenmerkend voor de satire is dat ze gebruikmaakt van beeldspraak. Een lange traditie van parabels getrouw, wordt naar een 'gelijkenis' teruggegrepen. Men dient het gebruikte beeld niet letterlijk, maar parabolisch te begrijpen. Het is zonneklaar dat niet ernstig wordt beweerd dat tussen de HR-manager en de verkozen vertegenwoordigers ongepaste betrekkingen zouden hebben plaatsgevonden.⁶³ De cartoon onthult, zoals de rechters in de *dissenting opinion* stellen,

58 Zie § 12 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

59 Zie § 10 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

60 Zie § 10 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

61 Zie § 11 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

62 Zie in de zin ook de kritiek van Voorhoof en Englebert, die aantonen dat Het Hof zich in constante rechtspraak coulant heeft opgesteld ten aanzien van satirische publicaties. Voorhoof & Englebert 2010, p. 738, in het bijzonder noot 7. Zie in dezelfde zin ook D. Voorhoof & F. Dorssemont, annotatie onder EHRM 8 december 2009 (Aguilera Jiménez/Spanje), European Human rights cases 2010/3, 271.

63 Zie § 12 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

geen enkel detail dat het privéleven van de betrokkenen raakt. De vakbondsleden haalden in het verzoekschrift hun beste Latijn boven. Ze stelden dat de cartoon een *animus jocandi* had, geenszins een *animus iniuriandi*. Ze bedienden zich van humor, zonder bewust te willen kwetsen. Dat hun gevoel voor humor of dat van hun werkgever bedenkelijk was, doet niet echt ter zake.

In hun *dissenting opinion* merken de rechters terecht op dat het Hof door de geringere bescherming van syndicale cartoons de indruk wekt 'of placing trade Union freedom of expression at a lower level than that of artistic freedom and of treating it more restrictively'.⁶⁴

De meerderheid van de rechters van de Grote Kamer probeerde de verminderde tolerantie te verklaren door het weinig overtuigende argument dat in de zaak Sanchez geen sprake zou zijn van de uitdrukking van een democratische openbare opinie die op artistieke wijze werd uitgedrukt, doch slechts van opmerkingen in de context van een werkgever-werknemerverhouding.⁶⁵ Wederom hervalt het Hof in een contradictie. Het Hof had immers eerder tot uitdrukking gebracht dat de publicatie wel degelijk een kwestie betrof die het algemeen belang raakte.

De vraag rijst overigens of uitgerekend het *collectief arbeidsrechtelijke* karakter van het dispuut niet moet worden meegewogen. Vakbondsmensen opereren immers in een bestel van collectieve arbeidsverhoudingen. Ze spelen er als acteur in een spel een bepaalde rol. De vertegenwoordiger zet een masker op. Hij is niet slechts zichzelf. Dit spel gaat van nature met enige retoriek en theatraliteit gepaard. Er mag best wat kabaal bij komen kijken. De toevlucht tot de cartoon is daar slechts een uiting van. Het Hof lijkt te suggereren dat in arbeidsverhoudingen minder sprake kan zijn van dergelijke grootspraak. Theatraliteit wordt door het Hof sneller door de vingers gezien in mondelinge, spontane interactie. Retoriek wordt daarbij ten onrechte gereserveerd voor spontane producties en moet blijkbaar uit het schriftelijke betoog worden geweerd. Vakbondspublicaties beloven saaiere literatuur te worden als een dergelijke opvatting zich doorzet.

In eerste aanleg eiste het Hof dat offensieve expressies noodzakelijk moesten zijn teneinde legitiem te zijn.⁶⁶ Deze zeer ongelukkige overweging werd om twee redenen zwaar bekritiseerd.⁶⁷ Vooreerst wordt noodzakelijkheid gebruikt om een directe grens te stellen aan de expressievrijheid. Artikel 10 § 2 EVRM concipieert de noodzakelijkheid integendeel als een grens die aan restricties moet worden gesteld. Ten tweede is dergelijke noodzakelijkheid moeilijk te appreciëren. Men kan immers steeds beweren dat de toon iets milder, iets diplomatischer had kunnen zijn om de boodschap over te brengen.

De Grote Kamer voert nu al een even subjectieve grens in: de grens tussen beledigend en zéér beledigend. Burgers moeten offensieve expressies van elkaar dulden. In arbeidsverhoudingen wordt die tolerantie verminderd: zeer beledigende expressies kunnen er niet.⁶⁸ Hoe dient men evenwel de grens te bepalen tussen

64 Zie § 11 van de *dissenting opinion* bij Sanchez.

65 Zie § 76 arrest Sanchez.

66 Zie § 34 arrest Aquilera Jiménez.

67 Zie D. Voorhoof & F. Dorssemont, annotatie onder EHRM 8 december 2009 (Aquilera Jiménez/ Spanje), European Human rights cases 2010/3, 278.

68 Zie § 76 arrest Sanchez.

wat beledigend is en *zéér* (*grossly*) beledigend? Hangt dit af van de lange tenen van de werkgever of van de preutsheid van de Spaanse rechters?

De stelling dat mondelinge interventies per se onvoorbereid, onberedeneerd zijn en schriftelijke interventies beredeneerd en geformuleerd na rijp beraad, lijkt ons in haar algemeenheid meer dan ooit voorbijgestreefd. Mondelinge interventies, inclusief interview, zijn zoals de beste conferences vaak ingestudeerd, terwijl de schriftelijke communicatie in tijden van e-mails, blogs en tweets meer en meer vluchtig wordt.

7 Proportionaliteit en ontslag op staande voet

De beperking van de vrijheid van meningsuiting in de zaak Sanchez betrof de meest extreme sanctie waarnaar een werkgever kan grijpen. De werknemers werden omwille van de inhoud van een publicatie waarvoor zij redactionele verantwoordelijkheid droegen op staande voet ontslagen. Het Hof stelt in een beknopt rechtsvergelijkend onderzoek vast dat disciplinaire macht een essentieel werkgeversprerogatief is. Werkgevers zouden op *discretionaire* wijze kunnen beslissen welke sancties zij kunnen toepassen om een bepaald wangedrag te sanctioneren.⁶⁹ Het ontslag op staande voet maakt van dit scala deel uit.

Het kwam ons voor dat dit rechtsvergelijkend onderzoek ietwat kort door de bocht gaat. De *discretionaire* marge waarover werkgevers beschikken bij de keuze van de sanctie wordt immers beperkt door het proportionaliteitsbeginsel. De toegepaste sanctie dient proportioneel te zijn aan de zwaarte van het disciplinair vergrijp. In het geval een disciplinaire sanctie een door het EVRM gewaarborgd grondrecht beperkt, dient die beperking van het grondrecht bovendien proportioneel te zijn aan de legitieme doelstelling die met die beperking wordt nagestreefd. Noch in eerste aanleg, noch in beroep heeft het EHRM het proportioneel karakter van de disciplinaire sanctie mijns inziens grondig onderzocht.

In beide *dissenting opinions* vallen de rechters over zoveel onachtzaamheid. Het ontslag op staande voet wordt er terecht als de meest zware (*harshes*t) of de ultieme sanctie gekwalificeerd.^{70,71} De rechters betreuren dan ook dat niet werd onderzocht of de werkgever het bij hypothese verwijtbare gedrag op een wijze kon sanctioneren die de vrijheid van expressie op een meer proportionele wijze kon beperken. In de zaak Fuentes Bobo werd de zwaarte van de sanctie uitdrukkelijk meegewogen in de beoordeling van de proportionaliteit van de beperking van de expressievrijheid.⁷² In dit arrest nam het Hof bijvoorbeeld uitdrukkelijk de

69 Zie § 75 arrest Sanchez.

70 Zie *dissenting opinion* van judge Power (Aguilera Jiménez), die gewag maakt van een ultieme sanctie, en § 15 en 17 van de *dissenting opinion* in Sanchez.

71 Zie in dezelfde zin ook de kritiek die op het arrest in eerste aanleg werd geformuleerd, in zoverre dat de zwaarte van de sanctie die tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting leidde, in tegenstelling tot constante rechtspraak *niet* werd meegewogen: Voorhoof & Englebert 2010, p. 740-742, in het bijzonder noot 7. Zie in dezelfde zin ook D. Voorhoof & F. Dorssemont, annotatie onder EHRM 8 december 2009 (Aguilera Jiménez/Spainje), European Human rights cases 2010/3, 273-274.

72 Zie § 49 arrest Fuentes Bobo.

anciënniteit en de leeftijd van de journalist in overweging om de impact van het ontslag op staande voet te appreciëren. Van dit alles geen spoor in het arrest Sanchez. De rechters van de *dissenting opinion* merken terecht op dat de werknemersvertegenwoordigers niet enkel in eigen naam optraden, maar als vertegenwoordigers van de werknemers. Het lijkt ons niet ongerijmd dat een van de rechters, een eminent specialist van het strafrecht, vragen had bij het 'persoonlijke' karakter van de disciplinaire sanctie. Werknemers worden immers *persoonlijk* gestraft voor een fout die zij in hun hoedanigheid als *vertegenwoordiger* van derden hebben gesteld.

De rechters wijzen er in de *dissenting opinion* zeer terecht op dat het ontslag op staande voet in de restrictieve rechtspraak rond *closed shops* als een bijzondere vorm van dwang werd beschouwd die de vrijheid van vereniging in de kern dreigt aan te tasten.⁷³ Normaliter zouden bij de toepassing van een dergelijke maatregel rechterlijke knipperlichten moeten flikkeren.

8 Vergelijking: wat kan er nog?

De rechters die de *dissenting opinion* schreven, zijn verbolgen over het feit dat de artistieke expressie beter beschermd wordt dan de syndicale expressie. De eerste dient immers *l'art pour l'art*, terwijl de tweede gericht is op de verbetering van sociale noden. Een vergelijking tussen de zaak Heinisch en de zaak Sanchez brengt nog een andere vorm van discriminatie aan het licht. Men ontsnapt niet aan de indruk dat het Hof meer sympathie heeft voor geïsoleerde Don Quichottes dan voor de klassieke werknemersvertegenwoordigers die hun werkgever op de korrel nemen. De eersten kunnen onder bepaalde voorwaarden zelfs ongefundeerde strafklachten indienen, terwijl de tweeden de spreekwoordelijke tong in twee moeten bijten indien zij als woordvoerder optreden in een collectief arbeidsrechtelijk geschil. Het Hof biedt werkgevers een stok om de hond te slaan. Zelfs criminele werkgevers die inhoudelijk problemen hebben met een vakbondsstandpunt (bijvoorbeeld de door rechters bevestigde schending van de soms strafrechtelijk betugelde arbeidsrechtelijke legaliteit), kunnen zich beroepen op de toon waarop legitieme kritiek werd geformuleerd om zich te ontdoen van lastposten.

Het Hof mag dan wel zeggen dat klokkenluiders én vakbondslieden problemen aankaarten die het algemeen belang raken, de tolerantie ten aanzien van de klokkenluiders die de belangen van het publiek pretenderen te verdedigen is merkbaar groter. Het onderscheid tussen de belangen van het publiek en de collectieve werknemersbelangen kan in de praktijk niet steeds haarscherp zijn. Mevrouw Heinisch leed onder de te grote werkdruk wegens de onderbezetting. De gebrekkige zorgverstrekking aan de oudjes die daarvan de dupe waren, werd gebruikt als argument in een geschil tussen de werkgever en de werknemers. Oudjes komen immers sympathieker over dan klagende werknemers. Dit geldt des te sterker indien de klachten door vermeende syndicale querulanten wordt verwoord.

⁷³ Zie § 17 *dissenting opinion* bij Sanchez.

De vrijheid van expressie van werknemers die in ondernemingen werken die een dienst van algemeen belang vervullen, wordt daardoor opgerekt in vergelijking tot die van werknemers die in de klassiek private sector werken. De vraag rijst of een dergelijke vorm van discriminatie in het genot van expressievrijheid verantwoord kan worden.⁷⁴ Dit kan indien men de vrijheid van expressie reduceert tot een functie. Ze is in die optiek gericht op wetenschappelijke waarheidsvinding of op een abstracte politieke sfeer. De professionele sfeer wordt daarbij strik gescheiden van de politieke.

Daarbij rijzen evenwel tal van problemen. Het eerste betreft de artificiële scheidingslijn tussen de professionele en de politieke sfeer. Bepaalde politieke beleidskeuzes raken onvermijdelijk de professionele belangen van werknemers. Een tweede vaststelling is dat werknemersvertegenwoordigers en vakbonden in de onderneming in een aantal landen niet wordt toegelaten 'politieke' actie te voeren. Zo dicht de Franse wetgever de vakbonden een rol toe om de *professionele* belangen van de werknemer te verdedigen.⁷⁵ Dit wordt *a contrario* vaak geïnterpreteerd als een verbod van politieke actie en expressie. Indien men ook de expressie omtrent louter professionele aangelegenheden aan banden legt, rijst de vraag wat er nog rest aan expressievrijheid. De vraag is wat een stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen te winnen heeft met beperkingen van de expressievrijheid. Dergelijke stelsels dienen sociaal ongenoegen op de werkvloer 'een plek' te geven. De Franse rechtsgeleerde Supiot⁷⁶ wond zich na de arresten Viking en Laval op over de te verregaande beperkingen die het Hof van Justitie oplegde aan het recht op collectieve actie. In zijn visie werd daardoor een belangrijke uitlaatklep voor ongenoegen afgegrendeld. Een dergelijke strategie genereerde in zijn ogen slechts geweld. Op dit thema is ook een variant denkbaar. De expressie van ongenoegen in een vroeg stadium is allicht de beste uitlaatklep om een toevlucht tot collectieve acties en juridische procedures te vermijden. Enkel om die reden is het bevoogden van deze interne expressievrijheid uiterst onverstandig.

Het arrest Sanchez betekent niet het einde van elke vorm van syndicale propaganda in de onderneming. Er is ook opbeurend nieuws te melden. In het recente arrest Sisman e.a./Turkije⁷⁷ veroordeelde het Hof de Turkse staat die als werkgever een disciplinaire boete had opgelegd aan vier fiscale ambtenaren. De fiscale administratie kon niet tolereren dat zij in hun burelen een affiche hadden opgehangen die werknemers opriep om deel te nemen aan een nakende 1 mei-

74 Zie in dit verband de kritische blog van mediaspecialist Dirk Voorhoof en Rónán Ó Fathaigh: 'Finally, it is reasonable to argue that the Court failed to grasp the distinction between trade union expression and employee expression. There is a clear distinction between employees as union members engaging in critical expression, and employees in their capacity as employees engaging in critical expression. The former is trade union expression, while the latter is not'. <<http://strasbourgobservers.com/2011/09/14/grand-chamber-judgment-on-trade-union-freedom-of-expression/>>.

75 Zie artikel L 2131-1 van de Code du Travail. Zie vooral P. Humblet, Moeten werknemers hun mond houden?, in: W. Debeuckelaere, J. Meeusen & H. Willekens, Met rede ontleed, met rede ontkleed, Gent: Mys en Breesch 2002, p. 278-280.

76 Voor een bespreking van Supiots kritiek, zie de annotatie van Supiots L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, in ArA 2011/2, p. 99-106.

77 EHRM 27 september 2011 (Sisman e.a./Turkije), nr. 1305/05.

manifestatie. Die disciplinaire maatregel werd via een merkwaardige *a contrario* redenering verdedigd. Uit de omstandigheid dat de vakbonden recht hadden om op een bepaalde plek in de gebouwen aankondigingen op te hangen, werd een afficheverbod afgeleid op elke andere plek. Nog ridiculer kwam het argument over dat de werkgever wou optreden om de netheid van de gebouwen te vrijwaren. Een kamer voorgezeten door een van de dissidente rechters stelde openlijk vragen bij de legitimiteit van de doelstellingen die deze beperking van de expressievrijheid diende te rechtvaardigen. Het Hof besloot dat de beperkingen de proportionaliteitstoets niet konden doorstaan. In een democratische samenleving was zoveel selectieve smetvrees ten aanzien van de muren van de burelen niet vereist. Minder anekdotisch is het arrest Vellutini & Michel/Frankrijk.⁷⁸ In deze zaak diende het Hof zich te buigen over strafrechtelijke sancties die werden uitgesproken tegen twee gemeentelijke politieagenten. Beide agenten waren vakbondsmandatarissen die in een vakbondspublicatie de burgervader van Vendays-Montalivet op de korrel namen. Ze verweten hem dictatoriale neigingen en een hang naar persoonlijkheidscultus. Concreter werd hem verweten dat hij in enkele nummers van het gemeentelijk tijdschrift het gedrag van een vakbondslid, een politieagente, had gehekeld die enkele collega's van financiële malversaties en van belaging (*harcèlement*) had beschuldigd. Het Hof oordeelde dat de strafrechtelijke veroordeling wegens smaad (*diffamation*) van de vakbondsbonzen die hun werkgever hadden bekritiseerd, de proportionaliteitstoets niet kon doorstaan. Problematisch was dat de vakbondsbonzen om procedurele redenen de kans niet werd geboden hun aantijgingen in rechte aan te tonen. Interessant is dat het Hof erkent dat een zekere maat van overdrijving en provocatie inherent is aan het publieke debat in dergelijke omstandigheden. Het komt me voor dat het Hof hiermee getuigt van een juister inzicht in het taalgebruik dat collectieve arbeidsverhoudingen kenmerkt. Sterker, het Hof stelt zelfs dat van vakbondsmandatarissen niet mag worden verwacht dat zij in hun expressie even rigoureuus zijn als journalisten. De grenzen van de toelaatbare kritiek die vakbondsvertegenwoordigers zich in een publiek debat mogen permitteren, was niet overschreden. Het Hof woog uitdrukkelijk de ernst van de sanctie. Beide politieagenten dienden immers een strafrechtelijke boete te betalen en werden veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding van 5000 euro.

78 EHRM 6 oktober 2011 (Vellutini & Michel/Frankrijk), nr. 32820/09.