

De vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM, méér dan een sequeel van de vrijheid van vereniging?

F. Dorssemont

1 Probleemstelling

Artikel 11 EVRM waarborgt op *algemene wijze* de vrijheid van vereniging. Uitdrukkelijk wordt bepaald dat in deze erkenning het recht ligt besloten 'met anderen *vakverenigingen* op te richten en zich bij *vakverenigingen* aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen'.

In de authentieke Engelstalige en Franstalige versie wordt gewag gemaakt van 'trade unions' en van 'syndicats'. Het betreft de enige *specifieke* vereniging die wordt genoemd in het verdragsartikel. De vakverenigingsvrijheid wordt tekstueel benaderd als een sequeel van de vrijheid van vereniging.

Deze benadering verschilt grondig van de wijze waarop de vakverenigingsvrijheid in meer gespecialiseerde internationale instrumenten gestalte krijgt. Vooreerst wordt de vakverenigingsvrijheid er op een zelfstandige wijze benaderd.¹ Ze wordt niet als een afgeleide van de vrijheid van vereniging beschouwd. Vervolgens valt op dat de werkgevers en werknemers in deze instrumenten uitdrukkelijk als de titularissen worden genoemd.² De vraag rijst of de specificiteit van de vakverenigingsvrijheid ruimte biedt voor een ontwikkeling van enkele *correlaria* die niet als inherente aspecten van de vrijheid van vereniging worden opgevat.

Het recht (*vak*)verenigingen op te richten en zich daarbij aan te sluiten parafraseert slechts de harde kern van de vrijheid van vereniging. Deze harde kern raakt de louter *individuele* dimensie van de vakverenigingsvrijheid. Het verdragsartikel reikt wel een criterium aan om de *Rechtsfortbildung* te sturen. De finaliteit van de vakverenigingsvrijheid betreft de 'bescherming van de belangen' (*protection of interests - protection des intérêts*). Deze *pas-sus* doet enkele gelijkaardige formules in meer specifieke instrumenten

1 Zie in dit verband artikel 5 van het herziene Europees Sociaal Handvest (Raad van Europa); artikel 8 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (UNO) en de IAO-Conventies nr. 87 en 98.

2 Deze vaststelling geldt voor alle in de vorige voetnoot aangehaalde instrumenten met uitzondering van het IVESCR.

dunnetjes over.³ In de andere instrumenten wordt de aard van de in het geding zijnde belangen uitdrukkelijk en ruim omschreven. Er wordt niet enkel gewag gemaakt van een statische bescherming, maar ook van een dynamische bevordering van die belangen.

De vrijheid van vakvereniging zou van elk nuttig effect ontbloot worden, indien ze niet het recht inhield om (vakbonds)actie te kunnen ontplooiën om die belangen te verdedigen. In deze vrijheid van vakbondsactie (*trade union freedom*) komt de *collectieve* dimensie van de vakverenigingsvrijheid tot uiting. Ze raakt aan het handelen van de vakbond. De vakbond treedt op als een *actor* die rechtshandelingen verricht (bijvoorbeeld het sluiten van cao's) of als een instantie die het standpunt van de bij haar aangesloten leden bij derden vertolkt. Deze derden kunnen zowel werkgevers(organisaties) als politieke overheden betreffen. Dergelijke vakbondsrechten zullen in de praktijk slechts nuttig effect hebben voor zover vakbonden over pressiemiddelen beschikken om de onderhandelingspartner in het cao-overleg of de beleidsmaker op andere gedachten te brengen. De meer gespecialiseerde instrumenten verankeren deze actierechten in bijzondere bepalingen.⁴ De vraag of deze rechten voortvloeien uit de geïsoleerde vakverenigingsvrijheid is om die reden iets academischer. Relevant blijft de vraag of dergelijke bijzondere rechten in de betreffende bepaling worden opgevat als exclusieve vakbondsrechten. In het andersluidende geval kunnen deze rechten los van vakbonden worden uitgeoefend.

In het geval van het EVRM liggen de zaken anders. Concrete vakbondsrechten worden niet uitdrukkelijk gewaarborgd. Deze leemte wordt niet zonder meer geredimeerd door de erkenning in andere internationale instrumenten. De handhaving van deze instrumenten in de schoot van de betreffende internationale organisaties heeft geen klassiek jurisdictioneel karakter. De toezichthoudende organen zijn geen rechtscolleges die juridische geschillen beslechten op een voor procespartijen bindende wijze. In tegenstelling tot het Europese Hof voor de rechten van de mens blijven individuele burgers verstoken van een toegang tot deze toezichthoudende organen.⁵ Deze toegang blijft in de regel beperkt tot organisaties van werkgevers en werknemers. De collectieve klachtenprocedure in het kader van het Europees Sociaal Handvest is slechts toegankelijk voor erkende organisaties van

3 Zie artikel 5 Herziane ESH ('for the protection of their economic and social interests'), artikel 8 IVESCR ('for the promotion and protection of his economic and social interests'); artikel 10 IAO-Conventie nr. 87 ('for furthering and defending the interests of workers or employers').

4 Zie bijvoorbeeld de vrijheid van het collectief overleg (artikel 6 Herziane ESH; IAO-Conventie nr. 98) en het recht op collectieve actie (artikel 6.4 Herziane ESH; artikel 8 onder d IVESCR).

5 Deze vaststelling geldt voor de klachten die worden ingeleid bij het *Committee on Freedom of Association* (IAO) en voor de collectieve klachtenprocedure in het kader van het Europees Sociaal Handvest.

werkgevers en werknemers.⁶ De opstelling van rechtscolleges in de interne rechtsorde kan enig soelaas bieden. Dit veronderstelt dat de verdragsluitende Staat een monistische opvatting huldigt over de plaats van deze instrumenten in zijn rechtsorde en dat de directe werking van bepaalde verdragsbepalingen wordt erkend. Het beroep op deze instrumenten tegen particulieren is slechts succesvol, indien deze rechtscolleges aan deze instrumenten een horizontale werking toekennen.

Tussen 1975 en 2006 deed het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in ruim negen arresten en acht eindbeslissingen uitspraak over de draagwijdte van de vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM. In deze bijdrage wordt dit *corpus* kritisch doorgelicht. Twee nauw verwante onderzoeksvragen staan centraal. De eerste vraag luidt of het Hof de in artikel 11 EVRM gewaarborgde vakverenigingsvrijheid als een doordrukje van de algemene vrijheid van vereniging benadert. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord als het Hof bepaalde *correlaria* ontwikkelt die *niet* uit de algemene erkenning van de vrijheid van vereniging kunnen worden afgeleid. De vermelding van de 'vakverenigingsvrijheid' biedt dan een onbetwiste meerwaarde. De tweede vraag betreft de kwestie of het Hof naast de individuele dimensie van de vakverenigingsvrijheid, voldoende recht doet aan haar collectieve dimensie.

2 Een *corpus* van rechtspraak

Het *corpus* valt uiteen in arresten en beslissingen.⁷ Het Hof spreekt zich slechts in een *arrest* uit over de gegrondheid van een ingediend verzoekschrift, voor zover het niet in een aparte *beslissing* tot de onontvankelijkheid besluit.⁸ Sommige beslissingen over de onontvankelijkheid werpen licht op de draagwijdte van artikel 11 EVRM. Het Hof kan immers besluiten tot onontvankelijkheid, indien het verzoekschrift 'kennelijk ongegrond is'. Beslissingen waarbij verzoekschriften ontvankelijk werden verklaard en die tot

6 Artikel 1 van het Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints (9 november 1995).

7 Voor een zeer recent overzicht: E. Brems & Y. Haeck, 'Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging', in Y. Haeck & J. Vande Lanotte, Handboek EVRM, volume II, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 1-40. Zie ook J.M. Beraud, 'Aspects de la liberté syndicale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme', Droit social 1986, p. 384-394; P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 474-487.

De arresten worden in wat volgt aangeduid met de naam van de verzoekende partij. Alle arresten zijn terug te vinden in de officiële database HUDOC van de Raad van Europa <cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

8 Zie in dit verband Protocol nr. 11 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms restructuring the control machinery (11 mei 1994). De beslissingen die door de Human Rights Commission werden getroffen in de periode die voorafging aan het in werking treden van dit protocol, worden buiten beschouwing gelaten.

op heden niet werden gevolgd door een arrest ten gronde, worden uit het onderzoek geweerd. De rechtspraak werd ontwikkeld over een periode van ruim dertig jaar. Het oudste arrest⁹ dateert van 1975. Het meest recente arrest is van 2006.¹⁰

Deze rechtspraak kwam tot stand onder druk van zeer verschillende procespartijen. Procedures werden zowel van werkgeverszijde (2) als van werknemerszijde (15) geëntameerd. Het gros van de verzoekschriften werd ingeleid door individuele burgers (11). Op enkele uitzonderingen na hadden ze een problematische relatie met een bepaalde vakbond. De vakbonden trokken slechts viermaal 'op eigen houtje' naar het Hof. In twee van de vier zaken betrof het categorale bonden die een 'probleem' hadden met het te exclusieve karakter van de prerogatieven die aan 'intercategorale' representatieve bonden werden toegekend. Tweemaal vindt men een verzoekschrift dat uitgaat van werknemers én van een werknemersorganisatie.¹¹ De casusposities bestrijken zowel de private als de publieke sector. De door de litiganten bestreden overheden zijn: het Verenigd Koninkrijk (4), enkele Scandinavische landen (9: Denemarken, Zweden, Noorwegen, IJsland), België (1), Italië (1), Oostenrijk (1) en Spanje (1).

De aansprakelijkheid van de Staat voor vermeende schendingen van de vakverenigingsvrijheid werd zowel geïncrimineerd omwille van zijn eigen handelen als omwille van zijn verzuim om op te treden tegen belemmeringen van de vakbondsvrijheid die worden opgeworpen door derden. Het Hof heeft bevestigd dat de Staat aansprakelijk is voor zijn eigen handelen in zijn hoedanigheid van werkgever als in zijn hoedanigheid van titularis van publiekrechtelijke prerogatieven. Het verweer dat artikel 11 zich slechts richt tot de overheid als titularis van publiekrechtelijke autoriteit faalt.¹² Van een directe inmenging van de overheid *qualitate qua* was sprake, wanneer een Staat een reeds verstrekte licentie die noodzakelijk is om het zelfstandige beroep van taxichauffeur uit te oefenen, afhankelijk stelt van het lidmaatschap van een privaatrechtelijke vereniging.¹³

9 EHRM 27 oktober 1975, *Syndicat national de la Police belge v. Belgium*.

10 EHRM 11 januari 2006, *Sørensen v. Denmark en Rasmussen v. Denmark*. Voor een recente annotatie bij dit arrest, zie: F. Dorsssement, noot onder EHRM 11 januari 2006, *Sørensen v. Denmark en Rasmussen v. Denmark*, EHRC 2006, p. 371-375.

11 Zie in dit verband EHRM 2 juli 2002, *Wilson & the National Union of Journalists, Palmer, Wyeth & National Union of Rail, Maritime & Transport Workers v. United Kingdom* en EHRM 27 juni 2002, *Federation of offshore workers' trade unions & others v. Norway*, nr. 38190/97. Voor een analyse: K.D. Ewing, 'The Implications of Wilson and Palmer', *Industrial Law Journal* 2003, p. 1-22.

12 EHRM 6 februari 1976, *Schmidt & Dahlström v. Sweden* en EHRM 6 februari 1976, *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*.

13 EHRM 24 juni 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*. Voor een analyse, zie: W.K. Davis, 'Sigurjónsson v. Iceland: The European Court on Human Rights expands the negative right of association', *Case Western Reserve Journal of International Law* 1995, p. 301-319.

Het Hof verplicht de ondertekenende verdragspartijen om op te treden tegen de aantastingen van de vakbondsvrijheid door *derden*. De grondrechten van het EVRM zijn meer dan *Abwehrrechte*. Zij houden positieve verplichtingen in.¹⁴

3 Het begrip ‘trade union’ of ‘syndicat’

Artikel 11 EVRM bevat géén definitie van de term vakvereniging. De IAO-Convention nr. 87 (1948) definieert werknemers- en werkgeversorganisaties in de zin van de Conventie als ‘any organisation of workers or of employers for furthering and defending the interests of workers or of employers’. Werkgevers worden op ondubbelzinnige wijze ingesloten binnen de personele toepassingsfeer van de vakverenigingsvrijheid. Artikel 5 van het Herziene Europees Sociaal Handvest is uitdrukkelijk van toepassing op werkgevers en werknemers. Artikel 8 IVESCR verduidelijkt evenmin als het EVRM de titularis van de vakverenigingsvrijheid.

Het gebruik van de termen ‘trade union’ en ‘syndicat’ in de authentieke Engelstalige en de Franstalige versies doet spontaan de vraag rijzen of deze termen eveneens op werkgeversorganisaties betrekking hebben. Een bevestigend antwoord impliceert dat deze termen een *autonome* betekenis hebben. De term ‘syndicat’ in de Franse Wet Waldeck Rousseau dekt lieden die een beroep (*une profession*) uitoefenen.¹⁵ Deze omschrijving maakt het gebruik van deze rechtsvorm slechts toegankelijk voor werkgevers die zelf een (bijvoorbeeld vrij) beroep uitoefenen. Klassieke werkgeversorganisaties organiseren zich niet in de vorm van ‘syndicats’, doch van ‘associations’. Het statuut van de ‘association’ wordt door een ander wettelijk kader beheerst. Werkgeversorganisaties kunnen geenszins als ‘trade unions’ in de zin van artikel 1 van de Britse *Trade Union and Labour Relations Consolidation Act* worden gekwalificeerd. Het betreft géén verenigingen die in hoofdzaak of uitsluitend uit werknemers bestaan.

Betoogd zou kunnen worden dat de vraag of een bepaalde organisatievorm als een ‘vakvereniging’ kan worden gekwalificeerd niet relevant zou zijn. Veelal zal dergelijk verband als ‘vereniging’ onder de toepassingsfeer vallen van artikel 11 EVRM. Deze bedenking berust evenwel op de onbewezen aanname dat de bescherming van de vakverenigingsvrijheid specificiteit mist. Voor zover het EHRM aan de vakverenigingsvrijheid bepaalde *correla-*

14 Zie EHRM 20 april 1993, *Sibson v. United Kingdom*; EHRM 25 april 1996, *Gustafsson v. Sweden*; EHRM 2 juli 2002, *Wilson & National Union of Journalists en Others v. the United Kingdom* en EHRM 11 januari 2006, *Sørensen v. Denmark* en *Rasmussen v. Denmark*.

15 Zie artikel L 411-2 Code du Travail. Voor een commentaar: R. Brichet, *Associations et syndicats*, Paris: Litec 1992, p. 444-451.

ria verbindt die niet inherent zijn aan de vrijheid van vereniging, blijft het belang van de definitie overeind.

De definitiorische kwestie kwam slechts in één uitspraak *expliciet* aan bod. In *Sigurjónsson*¹⁶ rees de vraag of een vereniging waarbij taxichauffeurs zich dienden aan te sluiten om van overheidswege een vergunning te verkrijgen als een *trade union* kon worden geduid. Deze kwalificatie werd door de IJslandse regering betwist. *In casu* rees de vraag of de IJslandse Staat op basis van een wettelijke bepaling de toekenning van een vergunning tot het besturen van een taxi afhankelijk kon stellen van het voorafgaande lidmaatschap van Frami. De wettelijke bepaling stelde een *pre-entry closed shop* in.

De regering ging ervan uit dat *trade unions* werknemersorganisaties betroffen die de belangen van hun leden verdedigden in conflicten met hun werkgever. Het litigieuze Frami bestond primair uit zelfstandigen zonder personeel. De IJslandse regering benaderde het begrip vakvereniging dus in de lijn van de hoger geschetste TULRCA. Het hoeft mijns inziens geen betoog dat een dergelijke organisatie als een *syndicat* kon gelden in de Franse zin van het woord. Het Hof weigerde de definitiorische draagwijdte van het begrip 'trade union' te verhelderen. Het wierp op dat Frami alleszins als een vereniging kon worden gekwalificeerd. In een erg ongenueanceerd *obiter dictum* wierp het Hof op dat de vrijheid van vakvereniging geen 'separate right' betrof.

De draagwijdte van een dergelijke stelling is onduidelijk. Indien het Hof bedoelt dat de vrijheid van vakvereniging geen enkele bestaansreden heeft buiten de vrijheid van vereniging, heeft de vermelding in artikel 11 EVRM geen enkele toegevoegde waarde. De toepasselijkheid van artikel 11 EVRM stond *in casu* als een paal boven water. De eiser beriep zich evenmin op een aspect van de verenigingsvrijheid dat specifiek betrekking had op de vakverenigingsvrijheid.

Het Hof heeft in vaste rechtspraak uitsluitend gegeven over de draagwijdte van het begrip 'vereniging'.¹⁷ Het Hof hanteert een organiek en functioneel criterium. Maatgevend is de wijze van oprichting van de entiteit en de aard van haar doelstelling. In het geval van Frami betrof het een door particulieren opgerichte organisatie, die zich in hoofdzaak onledig hield met de particuliere belangenbehartiging ten gunste van haar leden. De omstandigheid dat haar beperkte administratieve bevoegdheden werden toevertrouwd, deed daaraan geen afbreuk.

Het hoeft nauwelijks betoog dat ondernemingsraden geen vakbonden zijn. Een verzoekschrift van een Turkse onderdaan die zijn lidmaatschap van een

16 EHRM 30 juni 1993, *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*.

17 Zie E. Brems & Y. Haeck 2004, p. 17-20.

Oostenrijkse ondernemingsraad ontnomen werd op grond van zijn nationaliteit werd kennelijk ongegrond verklaard. Het Hof overwoog in *Karakurt*¹⁸ dat ondernemingsraden krachtens de Oostenrijkse wet werden opgericht. Het betrof geen privaatrechtelijke vrijwillige vereniging in de zin van artikel 11 EVRM. De overweging in een *obiter dictum* dat aan de term vereniging een autonome betekenis moet worden toegekend, lijkt er wel op te wijzen dat ook aan de termen 'trade union' of 'syndicat' in de zin van artikel 11 EVRM een autonome betekenis moet worden toegedicht.

In *Gustafsson*¹⁹ en *Kellermann*²⁰ werden de referenties naar de vakverenigingsvrijheid op impliciete wijze toegepast op werkgevers die betoogden dat hun vrijheid werd beperkt om zich *niet* bij een werkgeversorganisatie aan te sluiten. *In casu* werden deze werkgevers ingevolge collectieve acties onder druk gezet om toe te treden tot een collectieve arbeidsovereenkomst. Geen van beide werkgevers was lid van de werkgeversorganisatie die de bedrijfstak-cao had ondertekend. De toetreding tot de cao impliceerde evenmin een verplichting om tot die organisaties toe te treden. Het Hof nam uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid die Staten hebben om vorm te geven aan stelsels van collectief overleg in overweging om te besluiten dat deze vorm van druk géén beperking vormde van de negatieve vrijheid van vereniging. De bevoegdheid van Staten om collectieve acties te reguleren die de 'coverage'²¹ van cao's beogen te verhogen, werd als een 'social and political issue' met een 'sensitive character' gezien. Het hoeft geen betoog dat het Hof zich bewust was van de omstandigheid dat de vrijheid van vakvereniging in het geding was.

4 De individuele dimensie

4.1 De negatieve vakverenigingsvrijheid

De *negatieve* vakverenigingsvrijheid wordt in tegenstelling tot andere internationale instrumenten (Universele verklaring van de rechten van de mens; het Gemeenschapshandvest van sociale grondrechten van werknemers) niet *uitdrukkelijk* door het EVRM gewaarborgd. Een dergelijk stilzwijgen kenmerkt ook de proclamatie van de vakverenigingsvrijheid in het IVESCR,

18 EHRM 14 september 1999, *M. Karakurt v. Austria*, nr. 32441/96.

19 EHRM 25 april 1996, *Gustafsson v. Sweden*. Zie L. Schut, 'De cao als spin in het web: het recht om geen cao af te sluiten valt niet onder artikel 11 EVRM', NCJM Bulletin 1998, p. 18-36.

20 EHRM 1 juli 2003, *A.B. Kurt Kellermann v. Sweden*, nr. 41579/98.

21 Het Hof maakt gewag van 'extending a system of collective agreements'. Deze term is ongelukkig. Extension wordt veelal geprediceerd met betrekking tot de uitbreiding van de reguliere binding. De binding die ontstaat door ondertekening van een cao of door het lidmaatschap van een ondertekenende organisatie is regulier. Een dergelijke binding was in beide zaken aan de orde.

in het herziene Europees Sociaal Handvest, in de gezaghebbende IAO-Convention nr. 87 en in het Charter van Nice. In *Young, James & Webster*²² weigerde het Hof de vraag te beantwoorden of artikel 11 de negatieve vrijheid van vereniging omvat. In *Sigurjónsson* verklaarde het Hof ondubbelzinnig dat de vrijheid van vereniging ook de erkenning inhield van de *negatieve* verenigingsvrijheid. Het liet daarbij uitdrukkelijk in het midden of de positieve en de negatieve vrijheid van vereniging in gelijke mate werden beschermd. In *Sørensen en Rasmussen* luidde het dat niet kan worden uitgesloten dat beide aspecten van de verenigingsvrijheid op gelijke hoogte moeten worden geplaatst. Het Hof meent dat een dergelijke vraag nooit *in abstracto* kan worden beantwoord. In een belangwekkende passage in *Young, James & Webster* werd terecht gesuggereerd dat het onderscheid tussen de negatieve en de positieve vakverenigingsvrijheid ietwat artificieel is.²³ De verplichting om lid te worden van de ene vakbond zet de vrijheid onder druk om lid te worden van de andere vakbond. *Closed shop*-clausules beperken de positieve *keuzevrijheid* van werknemers om lid te zijn van deze of gene vakbond. Dergelijk bezwaar is enkel te ontgaan indien men opwerpt dat *closed shop*-clausules een werknemer niet verbieden van diverse vakbonden lid te worden.²⁴ Bescherming van de negatieve vakverenigingsvrijheid kan relevant zijn voor werknemers die zich bij een *andere* bond willen aansluiten. *Sørensen* was bij een andere bond aangesloten. *Rasmussen* had een voorkeur voor een christelijke 'vakbond' die het gebruik van collectieve actie afzwoer. *Young, James* en *Sigurjónsson* waren radicaal gekant tegen het lidmaatschap van om het even welke vakbond.

In de arresten waarin de draagwijdte van de negatieve vakverenigingsvrijheid voor werknemers wordt verduidelijkt, staan *closed shop*-praktijken centraal. Ze werden aangespannen door werknemers die weigerachtig stonden om tot een bepaalde vakbond toe te treden. Van een *closed shop* is sprake indien de *toegang* tot een arbeidsverhouding of de *continueren* van de arbeidsverhouding afhankelijk wordt gesteld van het lidmaatschap van bepaalde vakbonden. In de regel ligt een *closed shop* verankerd in een cao die een vakbond met een werkgever of een werkgeversorganisatie sluit. In *Sigurjónsson* werd een *closed shop*-stelsel wettelijk verankerd. De IJslandse wet stelde de toekenning van een vergunning aan taxichauffeurs afhankelijk van het lidmaatschap bij Frami. Klassiek wordt een onderscheid gemaakt tussen *pre-entry* en *post-entry closed shops*. Bij een *post-entry-clau-*

22 EHRM 13 augustus 1981, *Young, James & Webster v. United Kingdom*. Zie M. de Blois, 'De Closed shop zaak', NJCM Bulletin 1982, p. 400-412; A. Drezemczewski & F. Woolbridge, 'The closed shop case in Strasbourg', International and Comparative Law Quarterly 1982, p. 396-402; M. Forde, 'The Closed shop Case', Industrial Law Journal 1982, p. 1-15.

23 Zie overweging nr. 56 in *Young, James & Webster*.

24 In die zin: M. Forde, t.a.p., p. 8-10.

sule is lidmaatschap van een vakvereniging een voorwaarde om een job te behouden. Bij een *pre-entry-clausule* is lidmaatschap een voorwaarde om te worden aangeworven. Van een andere orde is de kwestie of *closed shop*-akkoorden worden gesloten *nadat* een bepaalde werknemer reeds in dienst is getreden. Niettegenstaande een werknemer pas na de aanwerving wordt geconfronteerd met een *closed shop*-clausule, dient een dergelijke clausule om die reden niet als een *post-entry*-clausule te worden gekwalificeerd. Denkbaar is de hypothese dat gedurende de duurtijd van de arbeidsovereenkomst een cao wordt gesloten die een *pre-entry closed shop*-clausule bevat. Ten aanzien van de reeds aangeworven werknemers zal een dergelijke bepaling als een *post-entry*-clausule werken.

In *Young, James & Webster* sprak het Hof zich uit over het ontslag van enkele Britse spoorwegbeambten. Zij werden ontslagen toen hun werkgever *na* hun indiensttreding met enkele vakbonden een *closed shop agreement* had gesloten. De maatschappij verbond zich om nog enkel bij die bonden georganiseerde werknemers tewerk te stellen. *Young, James & Webster* weigerden zich aan te sluiten. Ze werden ontslagen. Het Hof oordeelde dat de afwezigheid van een ontslagbescherming naar Brits recht in die omstandigheden strijdigheid opleverde met artikel 11 EVRM. In *Sigurjónsson* kwam de litigieuze reglementering van de uitvoerende macht die taxichauffeurs verplichtte zich bij Frami aan te sluiten, tot stand *nadat* aan de litigant reeds een licentie was verstrekt. In beide gevallen was niet alleen de vrijheid, maar ook de rechtszekerheid in het geding. De keuze om de negatieve vakverenigingsvrijheid te beschermen, kwam de rechtszekerheid van de werknemers ten goede. Deze werknemers werden 'verschalkt' door nadien opduikende verplichtingen. De precieze feiten van het geval doen de vraag rijzen of het Hof anders had geoordeeld indien de betrokken werknemers *ab initio* weet hadden van het bestaan van een dergelijke verplichting.²⁵ In een dergelijke hypothese gaan de bescherming van de negatieve vakverenigingsvrijheid, de contractsvrijheid en de rechtszekerheid niet meer hand in hand. Het bevorderen van de negatieve vakverenigingsvrijheid gaat in een dergelijke hypothese in *tegen* de contractsvrijheid en tegen de rechtszekerheid die de werkgever daaruit meent te kunnen putten. Aan de gebeurlijke instemming van de werknemer *tijdens* de duurtijd van de arbeidsovereenkomst kan geen grote waarde worden toegekend. Immers aan de premisse van de contractsvrijheid is niet voldaan. Er is geen sprake van een akkoord dat gesloten wordt tussen

25 In die zin de bijdrage van Forde die de draagwijdte van *Young, James & Webster* relateert door op te merken dat de feiten in deze zaak uitzonderlijk karikaturaal waren. Hij meent dat er nog ruimte zou bestaan voor rechtsgeldige *pre-entry-clausules* (M. Forde, t.a.p., p. 3 en 14). Ook De Blois hecht veel belang aan het gegeven dat de lidmaatschapsverplichting in *Young, James & Webster* niet bekend was op het ogenblik van de indiensttreding. Het Hof heeft deze omstandigheid uitdrukkelijk in zijn 55e overweging meegewogen.

vrije en gelijke burgers. De werknemer is een ondergeschikte die onder gezag staat van zijn contractspartner. In de precontractuele fase liggen de kaarten theoretisch beschouwd geheel anders.

In *Sørensen en Rasmussen* kreeg het Hof de kans zich uit te spreken over de vraag of het moment waarop de werknemer weet krijgt van het bestaan van een verplichting zich bij een vakbond aan te sluiten, maatgevend is. In *casu* wisten de sollicitanten vanaf het begin dat zij gehouden waren zich bij een vakbond aan te sluiten bij de indienstneming. *Sørensen* weigerde dit en werd ontslagen. *Rasmussen* deed dit schoorvoetend. Het is niet geheel duidelijk of in beide gevallen sprake was van een *post-entry* of een *pre-entry closed shop*. Het Hof distantieerde zich alleszins uitdrukkelijk van de door de Deense overheid gehuldigde interpretatie dat de toepassing van de in *Young, James & Webster* gehuldigde beginselen slechts zou gelden voor *pre-entry closed shop agreements*. Een dergelijke overtuiging lag ten grondslag aan een Deense wet die als gevolg van dit arrest werd goedgekeurd. Formeel hadden de werknemers door het sluiten van de arbeidsovereenkomst ingestemd met een dergelijke gecontractualiseerde verplichting. De opmerkelijke stelling van het Hof dat de werknemer in dergelijke omstandigheden *niet* door die wilsverklaring is gebonden, relativeert het belang dat aan contractsvrijheid moet worden gehecht. In deze hypothese rijst een conflict tussen rechtszekerheid en vrijheid. Het Hof stelt dat de precare positie van de sollicitant (*vulnerable situation*) in aanmerking moet worden genomen. Zijn wilsverklaring weerlegt geenszins dat van onoorbare dwang (*compulsion*) sprake is geweest. Van een rechtsgeldige afstand van een grondrecht kan in die omstandigheden geen sprake zijn. Immers: 'individuals are only too eager to comply with the terms of employment offered'.

Het Hof gaf in *Hoffman Karlskov*²⁶ aan dat een schadevergoeding een adequate sanctionering vormt voor een ontslag dat in strijd was met de negatieve vrijheid van vakvereniging. De omstandigheid dat een op een ongeldige *closed shop*-praktijk gebaseerd ontslag niet via een reïntegratie (*restitutio in integrum*) werd gesanctioneerd, vormde geen schending van artikel 11 EVRM. Het Hof besliste dat het verzoekschrift kennelijk ongegrond was. Het argument dat de verzoekster in de betrokken sector geen baan dreigde te vinden, overtuigde niet.

Het Hof gaf eerder blijk van een ruime interpretatie van 'compulsion'. Niet alleen de stok, ook een wortel kan 'compulsion' vormen. In *Wilson*²⁷ leidde het Hof het bestaan van 'compulsion' af uit het verstrekken van financiële voordelen aan werknemers indien zij ervan afzagen hun vakbond een man-

26 EHRM 20 maart 2003, *K. Hoffman Karlskov v. Denmark*, nr. 62560/00.

27 EHRM 2 juli 2002, *Wilson & the National Union of Journalists, Palmer, Wyeth & National Union of Rail, Maritime & Transport Workers*.

daat te geven om hun belangen in het cao-overleg en in een interne geschillenregeling te verdedigen. In een zeer formele zin werd de contractsvrijheid reeds in *Young, James & Webster* gerelativeerd. In hun overeenkomst stond al bij de aanvang een wijzigingsbeding, waardoor de inhoud van later gesloten cao's hun arbeidsverhouding zou beheersen.

Het ware evenwel verkeerd te stellen dat het Hof op geen enkele wijze rekening houdt met de contractsvrijheid. In *Sibson*²⁸ beweerde de eisende partij dat de werkgever toepassing had gemaakt van een contractuele mobiliteitsclausule teneinde hem onder druk te zetten om lid te worden van een bepaalde vakbond. Sibson was een gewezen bestuurslid van een vakbond. Hij verliet de vakbond, nadat hij van fraude werd beschuldigd. Hij sloot aan bij een andere bond. De vroegere strijdmakkers dreigden met een staking als Sibson zijn lidmaatschap niet hernieuwde of als hij hun werkplek niet zou verlaten. De werkgever wendde de staking af door Sibson op basis van een mobiliteitsclausule met behoud van loon over te plaatsen naar een andere afdeling. Het Hof relativeerde de vermeende aantasting van de vrijheid van vereniging door erop te wijzen dat de werkgever in essentie slechts gebruik had gemaakt van zijn instructiebevoegdheid.

De *Sibson*-case toont aan dat niet elke beperking van de negatieve vakverenigingsvrijheid problematisch wordt geacht. Het Hof heeft vooral problemen met druk die ertoe leidt dat werknemers in hun bestaanszekerheid worden aangetast. Druk die er niet toe leidt dat een werknemer in zijn bestaanszekerheid wordt aangetast, tast de negatieve vrijheid van vakvereniging niet in de kern aan. In die lijn rijst de vraag of de toekenning van exclusieve voordelen aan de leden van vakbonden met uitsluiting van de niet-georganiseerde werknemers door het Hof problematisch zou worden bevonden. De omstandigheid dat de niet-georganiseerde werknemers dergelijke voordelen niet plukken, zal er niet toe leiden dat zij in hun bestaanszekerheid worden aangetast.

In *Kajanan & Tuomaala*²⁹ was al helemaal geen sprake van de aantasting van de bestaanszekerheid van niet-georganiseerde ambtenaren. *In casu* genoten georganiseerde ambtenaren het 'voorrecht' om een geschil over een toepasselijke cao te laten beslechten door de arbeidsrechtbanken. Niet-georganiseerde ambtenaren dienden dergelijke geschillen voor te leggen aan een administratieve rechtbank. Het Hof besloot tot de onontvankelijkheid wegens kennelijke ongegrondheid.

28 EHRM 20 april 1993, *Sibson v. United Kingdom*.

29 EHRM 19 oktober 2000, *P. Kajanan & Pekka Tuomaala v. Finland*, nr. 36401/97.

4.2 De negatieve vakverenigingsvrijheid van de werkgever

De negatieve vrijheid van vakvereniging werd tot tweemaal toe door werkgevers ingeroepen. In *Gustafsson en Kellermann* beklagden de werkgevers zich erover dat zij via een boycot onder druk werden gezet om ofwel lid te worden van een werkgeversorganisatie dan wel tot een bedrijfstak-cao toe te treden. De toetreding tot de bedrijfstak-cao via een toetredingsovereenkomst had als nadeel dat de werkgevers de inhoud van de op hen toepasselijke cao-clausules nauwelijks of niet konden beïnvloeden.

In beide casusposities staat een potentieel conflict tussen vrijheden centraal. Indien het Hof zou meegaan in de stelling dat de boycotacties de negatieve vakverenigingsvrijheid van de werkgevers zouden beperken, zou het met noodzaak het recht op collectieve actie van de werknemersorganisaties aan banden leggen. Deze conclusie is slechts ontkoombaar indien het recht op collectieve actie geen boycotacties omvat. Boycotacties betreffen een bijzondere vorm van actie. Kenmerkend is dat werknemers (en hun organisaties) een actie ondernemen die is gericht tot een ondernemer die geenszins de eigen werkgever is. Werknemers (en hun organisaties) voeren de boycotactie om druk uit te oefenen op een 'derde'. Het pressiemiddel komt erop neer dat zij weigeren een deel van hun arbeidsprestaties uit te voeren, in de mate dat die ten goede komen aan een cliënt van hun werkgever. Zo weigerden Zweedse transportarbeiders het restaurant van Gustafsson te bevoorraden. Deze actie was succesvol. Gustafsson diende zijn restaurant enkele jaren later te verkopen aan een restauranthouder die wel degelijk bereid was een cao te sluiten. A.B. Kurt Kellerman werd met een gelijkaardige blokkade (boycot) geconfronteerd toen hij weigerde tot een cao toe te treden of lid te worden van de werkgeversorganisatie van de textielsector.

Het Hof heeft zich in beide zaken erg terughoudend opgesteld. Het maakte een duidelijk onderscheid tussen de dwangmiddelen om tot een cao toe te treden én de dwang om lid te worden van een werkgeversorganisatie. Het meende dat Gustafsson noch A.B. Kurt Kellerman werd gedwongen om lid te worden van een werkgeversorganisatie. Het Hof oordeelde dat uit de vrijheid van vakvereniging geenszins een recht kon worden afgeleid om *niet te worden gedwongen tot een cao toe te treden*. Deze regel leidt slechts uitzondering indien de concrete modaliteiten van de cao de vrijheid van vereniging onder druk zouden zetten. Het Hof vermijdt door deze benadering dat de vrijheid van vakvereniging paradoxalerwijze wordt ingeroepen om het recht op collectieve actie te beknotten. Klassiek wordt de vrijheid van vakvereniging ingeroepen als een denkbare grondslag ten gunste van het recht op collectieve actie. Het Hof vermijdt op deze wijze dat het tot een delicate evenwichtsoefening diende over te gaan. In wezen oordeelde het Hof formeel dat de negatieve vakverenigingsvrijheid van de werkgever *in casu* niet

wordt beperkt. Het stond de werkgever immers vrij toe te treden tot de cao zonder lid te worden van de werkgeversorganisatie. Over de oorbaarheid van een beperking diende niet te worden nagedacht. Het Hof erkende in een opvallend *obiter dictum* van *Gustafsson* dat aan Staten een grote soevereine appreciatiemarge toekomt bij de inrichting van stelsels van cao-overleg. Het wees op de grote gevoeligheid van de maatschappelijke en politieke kwesties die bij een belangenafweging tussen werkgevers- en werknemersbelangen in het geding zijn. Het verwees in het bijzonder naar de regulering van de collectieve actie die erop gericht is de 'extensie' van het cao-overleg te vrijwaren. Deze *obiter dicta* houden geen erkenning in van de vrijheid van het collectieve overleg, noch van het recht op collectieve actie als een logisch *correlarium* van de vrijheid van vakvereniging. Het Hof doet wel een ernstige poging om de vermeende beperking aan de negatieve vakverenigingsvrijheid in een context te plaatsen. De door de bonden ondernomen acties moeten worden gesitueerd in het Zweedse stelsel van cao-overleg. Zweedse cao's kunnen *niet* algemeen verbindend worden verklaard. Teneinde sociale concurrentie tussen werknemers en sociale dumpingpraktijken vanwege werkgevers te vermijden, bestaat geen andere weg dan werkgevers via het stakings- en boycotwapen te dwingen om zich aan de cao's te conformeren. Het boycotwapen zal uitstekende diensten bewijzen, daar waar slechts een beperkt deel van de tewerkgestelde werknemers lid zijn van een vakbond. De door het Hof gemaakte scheiding tussen de negatieve vrijheid van vakvereniging van de werkgever en de dwang om een cao toe te passen wars van het lidmaatschap van de ondertekenende werkgeversorganisatie, staat haaks op de wijze waarop dit spanningsveld in het EG-recht wordt benaderd. In zijn proefschrift wees Van Straalen op de *ratio legis* achter artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 (Overgang van Onderneming).³⁰ Dit artikel verplicht de verkrijger om bij overgang van onderneming de in een collectieve arbeidsovereenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden te handhaven in dezelfde mate als deze voorwaarden in de overeenkomst waren vastgesteld voor de overdrager. Deze verplichting blijft bestaan 'tot op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve arbeidsovereenkomst in werking treedt of wordt toegepast'. De Commissie meende dat een andersluidende formule waarbij de verkrijger die géén lid was van een ondertekenende werkgeversorganisatie als zodanig zou gebonden worden aan een bedrijfstak-cao, in strijd was met de negatieve vakverenigingsvrijheid.³¹ In een recent arrest heeft het Hof deze

30 P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, Deventer: Kluwer 1999, p. 163-164.

31 P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, Deventer: Kluwer 1999, p. 163-164.

conceptuele band tussen de negatieve vakverenigingsvrijheid en de verplichting om de arbeidsvoorwaarden van een bedrijfstak-cao toe te passen bevestigd.³² Om die reden meende het Hof dat de Richtlijn Overgang van Onderneming niet dwong tot een 'dynamische interpretatie' van een incorporatiebeding dat in de individuele arbeidsovereenkomst van de overgedragen werknemer verankerd was. Een dergelijke dynamische interpretatie zou de negatieve vakverenigingsvrijheid van de verkrijger te sterk onder druk zetten. Aangenomen mag worden dat het Hof meende dat de verkrijger een te groot belang zou hebben bij het lidmaatschap van de werkgeversorganisaties. In een dynamische interpretatie zou hij immers gehouden zijn de arbeidsvoorwaarden te handhaven die werden verankerd in de bedrijfstak-cao's die na de overgang werden gesloten. De A-G gaf in zijn conclusie aan dat in een dergelijke situatie de verkrijger geconfronteerd wordt met cao's die 'beyond his back' gesloten zijn.³³ De verleiding om toe te treden tot de werkgeversorganisatie om op deze wijze het collectief overleg te beïnvloeden wordt dan groot. Het mag verbazing wekken dat het Hof van Justitie zich *in casu* uitgerekend op *Gustafsson* beroept om de negatieve vakverenigingsvrijheid als een algemeen beginsel van het EG recht binnen te halen. Het Hof ontkent in *Gustafsson* immers dat de negatieve vakverenigingsvrijheid conflicteert met een dwang om de arbeidsvoorwaarden van een bedrijfstak-cao toe te passen. Een wezenlijk verschil met *Gustafsson* is de aard van de dwang. In *Werhof* wordt onderzocht of een juridische verplichting bestaat om de arbeidsvoorwaarden van latere bedrijfstak-cao's toe te passen. In *Gustafsson* is eerder sprake van een door derden (de vakbonden) uitgeoefende druk om toe te treden tot een bedrijfstak-cao.

4.3 De *ratio legis* achter beperkingen van de negatieve vakverenigingsvrijheid

Het lijkt me erg plausibel dat beperkingen van de vakverenigingsvrijheid aan werknemerszijde door het vermijden van sociale concurrentie worden geïnspireerd. In het Verenigd Koninkrijk geldt dat werkgevers wettelijk niet verplicht zijn om de cao op niet-georganiseerde werknemers toe te passen. Van een *extension automatique* is geen sprake. In de Britse en Deense cases staan de beperkingen van de negatieve vakbondsvrijheid niet los van een behoefte om sociale concurrentie tussen werknemers te beperken en de slagkracht van de vakbonden op peil te houden. Een dergelijke doelstelling veronderstelt dat de bonden kunnen terugvallen op werknemers die sta-

32 Hof van Justitie 9 maart 2006, Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co KG, JAR 2006/83. Zie ook annotatie van R. Beltzer bij dit arrest in dit nummer.

33 Zie de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 15 november 2005 bij het arrest Werhof.

kingsbereid zijn om een werkgever te dwingen een cao te sluiten of om toe te treden tot een cao. Het stakingswapen is erg dienstig om het respect voor gesloten cao's te handhaven.

Het Hof lijkt in *Sørensen en Rasmussen* geenszins van groot inzicht te getuigen in de dynamiek van collectieve arbeidsverhoudingen door enkel oog te hebben voor de *geldigheid* van een cao. De geldigheid van een cao wordt, aldus het Hof, niet aangetast door de onwettigheid van een *closed shop*-clausule voorop te stellen. Die bedenking is evenwel naast de kwestie. Maatgevend is of überhaupt cao's worden gesloten, op welke werknemers deze van toepassing zijn en of deze ook op buitengerechtelijke wijze kunnen worden afgedwongen.

In dit opzicht had de opstelling van de vakbonden te maken met hun zorg om de groep van gebonden werknemers zo ruim mogelijk te houden. Het Hof nam die bezorgdheid in *Gustafsson* en *Kellerman* in overweging, toen het weigerde een boycotactie als strijdig met de negatieve vakverenigingsvrijheid te kwalificeren. Het is bepaald inconsequent om een dergelijke contextuele benadering te verlaten, wanneer de negatieve vakverenigingsvrijheid van werknemers centraal staat. Dit verschil in benadering wordt mogelijk verklaard doordat de beperking van de negatieve vakverenigingsvrijheid van werknemers sneller hun bestaanszekerheid zal aantasten dan het geval is bij een werkgever.

In *Sigurjónsson* is duidelijk sprake van een beperking van de negatieve vakverenigingsvrijheid om het aanbod van arbeidskrachten op de arbeidsmarkt te beperken. Het betreft een techniek uit het *ancien régime* om de belangen van werknemers te bevorderen. Door de instroom van het aantal taxichauffeurs te beperken, konden de toegelaten leden van Frami beter de spreekwoordelijke boterham verdienen.

4.4 De positieve vakverenigingsvrijheid

De oudste beperkingen van de vakverenigingsvrijheid betreffen werkgeverspraktijken die erop gericht zijn individuele werknemers te 'ontraden' om lid te worden van de vakbond. De weigering om georganiseerde werknemers aan te werven en het ontslag van georganiseerde werknemers om reden van hun vakbondslidmaatschap zijn de meest klassieke voorbeelden. In de rechtspraak van het EHRM treft men dergelijke 'klassieke' voorbeelden niet aan.³⁴ De praktijken om werknemers te ontraden lid te zijn van een bepaalde vakbond zijn 'subtieler'.

34 De ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in *S. Danilenkov and others v. Russia*, 19 oktober 2004 raakt aan een feitenrelaas waarin harrassment tegen werknemers om redenen van hun militante gedrag binnen een vakbond centraal staat. In deze zaak werd tot op heden geen oordeel ten gronde uitgesproken.

Noch in *Schmidt en Dahlström*³⁵ noch in *Wilson*³⁶ werden werknemers via de stok onder druk gezet om hun vakbond te verlaten. In *Schmidt en Dahlström* grepen een professor en een militair beiden naast de retroactieve toepassing van bepaalde voordelen in een cao, omdat hun vakbond in het verleden een collectieve actie had gevoerd. Geen van beiden had aan die actie deelgenomen. Ambtenaren werden daardoor in feite aangemoedigd om zich aan te sluiten bij tamme of brave bonden die niet naar het stakingswapen grepen. Beide verzoekers meenden dat het recht om actie te voeren wezenlijk begrepen ligt in de vrijheid van vakvereniging. Dit grondrecht zou onder druk worden gezet door de weigering van de Zweedse Staat bepaalde voordelen uit een cao retroactief toe te passen op leden van actievoerende bonden. In *casu* werd het recht op collectieve actie in verband gebracht met de *individuele dimensie* van de vakverenigingsvrijheid. In *Unison*³⁷ stonden de individuele en de collectieve dimensie centraal. Aan de zijde van de verzoekers treft men vakbondsleden en vakbond aan. De vakbond *Unison* meende dat de beperkingen van de vrijheid om actie te voeren de vakverenigingsvrijheid van de vakbond onder druk zetten. Het Hof meende in *Schmidt & Dahlström* dat het recht op collectieve actie één naast vele middelen is om de professionele belangen te beschermen. De beperkingen die het stakingsrecht onderging, lieten beide ambtenaren niet zonder mogelijkheden om via hun vakbond hun professionele belangen op een andere wijze te beschermen. Het Hof boog zich in een tweede beweging over de vraag of het verschil in behandeling waaraan de Zweedse ambtenaren werden onderworpen, discriminatoir was. De motivering van dit onderdeel van het arrest laat te wensen over. Het Hof merkte op dat het beginsel 'a strike destroys retro-activity' legitiem was. Een dergelijke overweging is eerder een parafrasering van het gemaakte onderscheid. Het ware verkieslijker dat het Hof had aangegeven welke legitieme doelstelling werd nagestreefd. Het Hof onderzocht verder of het discriminatoir was om *alle* leden van de litigieuze bond op dezelfde wijze te behandelen. In *casu* hadden beide verzoekers niet gestaakt. Het Hof overwoog evenwel dat zij door hun lidmaatschap de stakeholders financieel en psychologisch zouden hebben ondersteund.

In *Wilson* was de druk zo mogelijk nog subtieler. Een journalist en twee havenarbeiders werden door hun werkgever betere arbeidsvoorwaarden aangeboden, indien zij afstand deden van hun recht om zich bij hun werkgever te laten vertegenwoordigen door hun vakbond. Dit recht liet de vakbonden toe om namens hun leden aan het cao-overleg deel te nemen en hen in een interne geschillenregeling bij de werkgever te vertegenwoordigen. De

35 EHRM 6 februari 1976, *Schmidt & Dahlström v. Sweden*.

36 EHRM 2 juli 2002, *Wilson & others v. United Kingdom*.

37 EHRM 10 januari 2002, *Unison v. United Kingdom*, nr. 53574/99.

uitkomsten van dat overleg konden dan doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. Er werd hun niet gevraagd om het lidmaatschap van de bonden op te zeggen. Het nuttig effect van dergelijk lidmaatschap werd ontkracht. Het Hof oordeelde dat de handelswijze van de werkgevers de vrijheid van de werknemers om zich bij een vakvereniging aan te sluiten wezenlijk aantastte. Artikel 11 EVRM hield een recht in voor werknemers 'to be free to instruct or permit the union to make representations to their employer or to take action in support of their interests on their behalf'. De werkgevers miskenden deze vrijheid. De Britse Staat schoot tekort in zijn verplichting werknemers tegen een dergelijke handelswijze te beschermen. Deze uitspraak relateert eens te meer het belang van de contractsvrijheid. Het werd werkgevers verboden om hun werknemers aan te bieden de individuele arbeidsovereenkomst te wijzigen. Het aanbod was erop gericht dat arbeidsvoorwaarden van toepassing zouden worden die van eerder gesloten cao's afweken. De aanvaarding zou een afstand inhouden van het recht om zich door hun vakbond te laten vertegenwoordigen en te laten bijstaan. Zo werd een individuele klachtenprocedure voorgesteld die gespeend was van vakbondsbijstand.

4.5 Tussenconclusie

Het Hof heeft een belangrijke rol gespeeld in het beschermen van de individuele vakverenigingsvrijheid. Alle verzoekschriften die door het Hof werden gegrond verklaard, werden door individuele burgers ingediend. Op een enkele uitzondering (*Wilson*) na, betrof het burgers die zich beriepen op hun *negatieve* vakverenigingsvrijheid. In de regel betrof het optreden van hun werkgever een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van het individu om zich al dan niet bij een vakbond aan te sluiten. In *Sigurjónsson* werd die vrijheid rechtstreeks door de Staat bedreigd. Met enige slechte wil kan worden betoogd dat het Hof vooral de burger helpt om geen lid te worden van een bepaalde vakbond.

Een schrale troost biedt de vaststelling dat het Hof weinig geneigd is om het beroep te onderschrijven dat werkgevers doen op de negatieve vakverenigingsvrijheid om zich aan stelsels van collectief overleg te onttrekken. Het Hof lijkt wel sterker gekant tegen cao-clausules die de vakverenigingsvrijheid van werkgevers aan banden leggen dan tegen zogeheten *closed shop*-clausules die de negatieve vakverenigingsvrijheid van werknemers beperken. Het Hof heeft steeds geweigerd een ondubbelzinnig antwoord te geven op de vraag of artikel 11 EVRM op gelijke wijze de positieve en de negatieve vrijheid van vakvereniging waarborgt. Deze vraag kan op basis van de rechtspraak wel worden beantwoord. Het Hof lijkt beperkingen van de negatieve vakverenigingsvrijheid slechts te beschermen voor zover ze werknemers in

hun bestaanszekerheid *bedreigen*. De bescherming van de positieve vakverenigingsvrijheid valt veel strenger uit. Beperkingen van de positieve vakverenigingsvrijheid die de bestaanszekerheid van werknemers *verbeteren* werden in het verleden onverenigbaar geacht met het verdragsartikel.

5 De collectieve dimensie: *trade union freedom*

De vrijheid van vakvereniging wordt in het EVRM benaderd als het recht om vakbonden op te richten en er zich bij aan te sluiten. In tegenstelling tot wat voor de verenigingsvrijheid en voor andere vrijheden geldt, wordt de *finaliteit* van deze vrijheid uitdrukkelijk verwoord. De vakverenigingsvrijheid wordt gewaarborgd teneinde de belangen van de werknemer te beschermen. De werknemer maakt deel uit van een collectiviteit. Vakbonden strekken ertoe om het collectieve belang van de werknemers als groep te verdedigen. De effectieve verdediging van die werknemersbelangen onderstelt dat vakbonden enige vrijheid hebben van vakbondsactie. Vakverenigingsvrijheid impliceert een aantal collectieve rechten. Zij zijn de *correlaria* zonder welke het lidmaatschap zinloos zou zijn. Het Hof maakt in dit verband gewag van *trade union freedom*. Het Hof heeft in constante rechtspraak beklemtoond dat de verdragspartijen over een grote marge beschikken om te bepalen op welke wijze de vrijheid voor vakbonden om de werknemersbelangen te verdedigen het best kan worden verzekerd. Een tot op heden erg beperkt aantal *correlaria* wordt omschreven als onontbeerlijk. Zij vormen het kernbereik van de vakverenigingsvrijheid in haar collectieve dimensie. De vaststelling dat bepaalde vakbondsrechten niet onontbeerlijk zijn, is geen vrijgeleide om deze te beperken. De beperking van niet onontbeerlijke vakbondsrechten kan onder bepaalde voorwaarden strijdigheid opleveren met het EVRM.

5.1 Het recht te worden gehoord

Het recht voor vakbonden 'om te worden gehoord' (the right to be heard) betreft het oudste recht dat het Hof op onbetwistbare wijze heeft erkend als een wezenlijk *correlarium* van de collectieve vakverenigingsvrijheid. Hiervoor werd gewezen op een ander wezenlijk onderdeel van de individuele vakverenigingsvrijheid, dat onlosmakelijk verbonden is met de collectieve vakverenigingsvrijheid. In *Wilson* bleek het recht zich door een vakbond te laten vertegenwoordigen de rechtspositie van de vakbond als verzoeker aan te tasten. In *Syndicat national de la Police belge* erkende het Hof dat een categorale politiebond het recht had om te worden gehoord bij de overheid. Hij had het recht om zijn standpunt kenbaar te maken bij de overheid en om een audiëntie te krijgen om de belangen van zijn leden te verdedigen. De liti-

gieuze bond genoot dit recht. Hij had evenwel geen recht om te worden geraadpleegd in het kader van het overleg over de vaststelling van het statuut van het gemeente- en provinciepersoneel. Aangezien dit statuut door een eenzijdige administratieve rechtshandeling werd vastgesteld, was geenszins sprake van cao-overleg. Het standpunt van het Hof verbaast niet voor zover het overleg betrekking had op de arbeidsvoorwaarden van het ganze gemeente- en provinciepersoneel. Het hoeft geen betoog dat de politiebond ter zake geen enkele representativiteit bezat. Het Hof meende in tegenstelling tot enkele rechters die ter zake *dissenting opinions* huldigden dat de politiebond evenmin diende te worden betrokken bij de vaststelling van de statutaire regels die exclusief betrekking hadden op de leden van de politie. De politiebond gold ter zake onbetwistbaar als de meest representatieve bond.

Het recht te worden gehoord lijkt me een meerwaarde te bieden ten opzichte van de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting impliceert geenszins dat een werkgever verplicht is lieden te ontvangen om 'hun' mening te 'aanhoren'. Het verschil is klein.

Geenszins is sprake van een verplichting voor de werkgever om een afwijzing van zijn standpunt te motiveren, laat staan om zich constructief op te stellen en een akkoord na te streven met de betrokken bond. Het recht te worden gehoord raakte slechts de relatie van de vakbond tot de werkgever. Het Hof heeft zich niet uitgelaten over de vraag of de bond het recht had te worden gehoord bij de actuele of potentiële achterban van werknemers. In Italië werd uit de erkenning van de vakverenigingsvrijheid afgeleid dat de leden van de bonden het recht hadden om in een onderneming propaganda te voeren en leden te werven, voor zover dit het productieproces niet verstoort.³⁸ De erkenning van dit recht toont de meerwaarde aan van de categorie van de vakbondsvrijheid. Uit de algemene erkenning van de vrijheid van vereniging wordt geenszins een recht afgeleid om in ondernemingen 'binnen te wandelen'.

5.2 De vrijheid van collectief overleg

Een van de belangrijkste technieken om werknemersbelangen te verdedigen betreft het reguleren van arbeidsvoorwaarden via het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten. Het betreft bij uitstek een prerogatief van vakbonden. Klassiek wordt het collectief overleg benaderd als een *vrijheid*. Het betreft een sfeer waarin *voluntarisme* en *autonomie* troef zijn. Een goed

³⁸ Zie in dit verband artikel 26 Wet 20 mei 1970 (Lo Statuto dei lavoratori). Voor Duitsland: R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: Beck'sche Verlagbuchhandlung 1993, p. 129-130.

functioneren van een stelsel van collectief overleg veronderstelt dat contractspartijen *elkaar* erkennen. Er is zelden sprake van een afdwingbaar recht om tot het overleg te worden uitgenodigd. Deze situatie kan uitzondering lijden, indien de Staat het collectief overleg heeft geïnstitutionaliseerd. Een zeldzame keer wordt een *duty to bargain* opgelegd.³⁹ Een rechtens afdwingbaar recht om iemand te dwingen een cao te sluiten is onuitgegeven. Tegenpartijen worden veelal met buitengerechterlijke middelen gedwongen om een cao te sluiten. De dreiging met collectieve acties of gevoerde collectieve acties kunnen een partij tot meer inschikkelijkheid bewegen. Akkoorden komen tot stand in een sfeer van *Waffengleichheit*. Een zeldzame keer werkt de dreiging van een wettelijk kader dat bij afwezigheid van een akkoord toepasselijk wordt verklaard of dreigt te worden aangenomen.⁴⁰ Stelsels van collectief overleg nemen zeer uiteenlopende vormen aan. De concrete vormgeving is afhankelijk van maatschappelijke en politieke keuzes. De verplichtingen die voor de Staat voortvloeien uit de vrijheid van het collectief overleg betreffen vaak onthoudingsplichten. De Staat kan de vrijheid van het collectief overleg schenden door partijdige of excessieve tussenkomst. Delicater ligt de vraag in welke mate de Staat de contracterende partijen moet beschermen tegen druk die wordt uitgeoefend op een van de contractspartijen door het handelen van een andere contractspartij. Het uitoefenen van druk is inherent aan het spel van onderhandelen. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen oorbare en onoorbare druk. Oorbare druk zorgt voor een gezonde dosis dialectiek. Onoorbare druk houdt vaak verband met druk die een tegenstrever of erger het stelsel van overleg structureel ondermijnt. De verplichting van de Staat om tussen te komen teneinde het stelsel van collectief overleg tegen dergelijke druk te vrijwaren, is steeds een delicate evenwichtsoefening. De regulering van de collectieve actie mag de wapengelijkheid noch het voluntarisme verstoren. Het EHRM is uiterst behoedzaam om uit artikel 11 EVRM gevolgtrekkingen af te leiden voor de juridische vormgeving van de vrijheid van het collectief overleg. Het heeft bij herhaling overwogen dat de concrete vormgeving nauw samenhangt met het maken van politieke en maatschappelijke keuzes. Het Hof is terughoudend om in de beoordeling van deze keuzes te tre-

39 Indien van werknemerszijde wordt verzocht om de instelling van een Europese ondernemingsraad, ontstaat een verplichting voor het hoofdbestuur om in overleg te treden met een bijzondere onderhandelingsgroep.

40 In dit verband kan worden gedacht aan de dynamiek die de Europese Sociale Dialoog kenmerkt, telkens wanneer de Europese Commissie overweegt om krachtens artikel 137 EG-Verdrag een richtlijn vast te stellen. Het overleg tussen sociale partners vindt dan plaats 'under the shadow of the law'. Een ander voorbeeld betreft de dynamiek die op gang wordt gebracht bij een verzoek om een Europese ondernemingsraad op te richten. In een dergelijke situatie vindt het overleg tussen het hoofdbestuur en de bijzondere onderhandelingsgroep plaats onder de schaduw van de 'subsidiare voorschriften'.

den. Typerend is het leerstuk van de binding van de cao. Zo erkende het Hof dat de techniek om niet-georganiseerde werkgevers via boycots te dwingen tot een bedrijfstak-cao toe te treden, nauw samenhangt met de behoefte de binding van de cao te verruimen. Het Hof weigerde in *Gustafsson* en *Kellerman* het gebruik van een boycot te veroordelen om een werkgever te dwingen tot een cao toe te treden. Hiervoor werd opgemerkt dat dit argument met evenveel recht opgaat voor de werknemer die via *closed shops* wordt gedwongen toe te treden tot een ondertekenende organisatie. Het Hof lijkt minder erbarmen te hebben met de noodzaak van een goed functionerend en in brede kring werkend stelsel van collectief overleg, zodra daartoe de negatieve vakverenigingsvrijheid van de *werknemer* wordt beperkt.

Van een andere orde is het gebruik van werkgeverstechnieken om het draagvlak van een vakbond te ondermijnen. Het toekennen van voordelen aan werknemers om af te zien van hun recht zich door een vakbond te laten vertegenwoordigen, werd door het Hof in *Wilson* als een schending van de vakverenigingsvrijheid gezien.

De vraag rijst of het een werkgever vrijstaat bepaalde bonden aan de onderhandelingstafel te weigeren. Deze vraag kwam zowel aan bod in *Syndicat national de la Police belge* als in *Swedish Engine Drivers' Union*. In het eerste arrest was geen sprake van eigenlijk cao-overleg. In *Swedish Engine Drivers' Union* verduidelijkte het Hof dat er geen *recht bestaat om een cao te sluiten*. En categorale bond van het spoorwegpersoneel stelde dat de weigering van de regering om met hem in onderhandeling te treden de vrijheid van vakvereniging schond. Deze uitspraak complementeert de regel van *Gustafsson* dat er evenmin een recht bestaat *om géén cao te moeten sluiten*. Het Hof steunt in *Swedish Engine Drivers' Union* op artikel 6 paragraaf 2 Europees Sociaal Handvest om het voluntaristische karakter van het collectief overleg te verdedigen. De vaststelling dat het recht om een cao te sluiten niet verankerd lag in artikel 11 EVRM, ontsloeg het Hof niet van een verdergaand onderzoek naar de schending van de syndicale gelijkheid. Het Hof erkende dat de door de regering beoogde centralisatie binnen de arbeidersbeweging een legitieme doelstelling vormde. Syndicale anarchie diende te worden vermeden. De door de Staat verkozen bonden waren intercategoriaal. Ze groepeerden overheidsambtenaren uit diverse sectoren. Een gelijkaardige doelstelling werd ook in *Syndicat national de la Police belge* gebillijkt. Een wezenlijk verschil met deze zaak betreft het niveau van het overleg. Het cao-overleg in *Swedish Engine Drivers' Union* situeert zich op het sectorniveau van de spoorweg. Het Hof overweegt dat de beperking van de syndicale gelijkheid niet disproportioneel was. Een van de erkende intersectorale ambtenarenbonden was voor het spoorwegpersoneel numeriek manifest representatiever. Dit argument overtuigt om twee redenen niet. Het verklaart niet waarom de categorale bond opzij gezet kon worden ten gunste

van twee andere erkende bonden die manifest minder representatief waren. Het argument is weinig geloofwaardig of consistent. Het *Syndicat national de la Police belge* was voor het politiepersoneel de meest representatieve bond. Die omstandigheid werd in die zaak niet in rekening gebracht, omdat het overleg op een intersectoraal niveau werd gevoerd.

De regel dat artikel 11 EVRM geen recht op het sluiten van een cao omvat, werd in *Francesco Schettini*⁴¹ verscherpt tot de regel dat de vakverenigingsvrijheid geen recht omvat om *tot het cao-overleg toe te treden*. Het Hof besliste om die reden dat het verzoekschrift van een lid van een vakbond die niet behoorde tot de meest representatieve ambtenarenbonden, kennelijk ongegrond was. Het Hof vond het onderscheid tussen de meest representatieve bonden en de minder representatieve bonden evenmin discriminatoir. Het beantwoordde aan de legitieme doelstelling om het cao-overleg leefbaar en efficiënt te houden.

In *Swedish Transport Workers' Union*⁴² oordeelde het Hof dat er evenmin *een recht bestaat op de handhaving van een cao*. De werkgevers gaven *in casu* gevolg aan een beslissing van de Zweedse mededingingsautoriteit om een cao-clausule op te zeggen wegens strijdigheid met het mededingingsrecht. De betreffende clausule dwong een werkgever om te voorzien dat hun medecontractanten in geval van *outsourcing* aan de cao gebonden werden. Het Hof besloot tot de kennelijke ongegrondheid van dit onderdeel van het verzoekschrift. De redenering lijkt me erg kort door de bocht. De Zweedse Transportbond bekritiseerde niet het gedrag van de werkgevers. Centraal in de kritiek stond de bevoogding van staatswege van de vrijheid van het collectief overleg. Deze bevoogding was volgens haar in strijd met artikel 11 EVRM.

5.3 Het recht op collectieve actie

5.3.1 *Het recht op collectieve actie als achtergrond*

De mogelijkheid om collectieve actiemiddelen aan te wenden vormt de meest efficiënte wijze om de belangen van werknemers te verdedigen in conflicten met de werkgever en de Staat. De vraag rijst of het Europees Hof voor de rechten van de mens het recht op collectieve actie heeft erkend als een *correlarium* van de *trade union freedom*.

De problematiek van de collectieve actie duikt in drie arresten en één beslissing op.⁴³ In *Gustafsson* en *Kellerman* vormden collectieve acties de achter-

41 EHRM 9 november 2000, *Francesco Schettini v. Italy*, nr. 29529/95.

42 EHRM 30 november 2004, *Swedish Transport Workers' Union v. Sweden*, nr. 53507/99.

43 *Gustafsson*, *Unison*, *Kellerman*, *Schmidt & Dahlström*.

grond van het geding. Het Hof diende zich te beraden over de vraag of de omstandigheid dat werkgevers via een boycot onder druk werden gezet om tot een cao toe te treden, hun negatieve vakverenigingsvrijheid beperkte. Deze vraag werd ontkennend beantwoord. Het oordeel werd *niet* gebaseerd op een uitdrukkelijke erkenning van een recht op collectieve actie. Centraal stond de overweging dat werkgevers door het toetreden tot een cao de uitgeoefende druk om lid te worden van een werkgeversorganisatie konden afwenden. Het Hof maakt in een *obiter dictum* van *Gustafsson* wel een voorbehoud voor cao's die clausules bevatten die de vrijheid van vakvereniging van werkgevers zouden beperken. Het stakingswapen kan niet worden aangewend om werkgevers te dwingen dergelijke cao's te ondertekenen. Op het eerste gezicht lijkt een parallel aanwezig met de terughoudendheid van het Hof om *closed shop*-clausules te erkennen ten laste van werknemers. De parallel is niet volkomen. Het Hof besluit tot de onoorbaarheid van dergelijke clausules voor zover de weigering van de werknemers om toe te treden hun bestaanszekerheid onder druk zet. Deze voorwaarde wordt blijkbaar niet gesteld aan werkgevers.

5.3.2 *Verhouding recht op collectieve actie tot de vakverenigingsvrijheid*

In *Schmidt & Dahlström* stond voor het eerst de vraag centraal of het stakingsrecht integrerend deel uitmaakte van artikel 11 EVRM.⁴⁴ Beide litiganten betoogden dat de weigering van werkgevers om bepaalde voordelen uit een cao retroactief op hen toe te passen, ontradend werkte op het gebruik van het stakingswapen. Het Hof stelde op ondubbelzinnige wijze dat het stakingsrecht een van de meest belangrijke technieken betrof om de belangen van werknemers te verdedigen. Het merkte op dat het geenszins de enige techniek betrof. Sterker, een beperking van het stakingsrecht bracht niet met zich dat de vakbonden in het geheel niet meer in staat waren op afdoende wijze de belangen van de werknemers te verdedigen. Het recht te staken werd geenszins als een onontbeerlijk middel gezien om de werknemersbelangen te verdedigen. De Staten beschikken over een discretionaire marge om zelf de middelen te reguleren die de vakbonden en hun leden ter beschikking staan om op een afdoende wijze de belangen van hun leden te verdedigen. Beperkingen van het stakingsrecht lijken in die optiek nooit een beperking van de vrijheid van vakvereniging te impliceren. Deze vaststelling leidt slechts in twee hypothesen uitzondering. In de eerste hypothese ontkent de Staat de vakbond alternatieve technieken om op afdoende wijze de belangen van de werknemers te verdedigen. In een tweede hypothese

⁴⁴ Zie de volgende passus: 'their right to strike which is, in their submission an organic right included in Article 11 of the European Convention'.

wordt de beperking van het stakingsrecht op een discriminatoire wijze toegepast.

Het arrest *Schmidt & Dahlström* is geen schoolvoorbeeld van rechterlijk activisme. Een kans werd gemist om in een moment van *Rechtsfortbildung* de harde kern van de *trade union freedom* uit te bouwen. Het arrest werd uitgesproken met unanimiteit. De zuinige benadering van het Hof contrasteert met de wijze waarop de *supervisory bodies* van de IAO het recht te staken hebben ontwikkeld als een afgeleide van de vrijheid van vakvereniging.⁴⁵ In de belangwekkende IAO-Conventies nr. 87 en 98 ontbreekt eveneens een uitdrukkelijke verwijzing naar het recht op collectieve actie. Het is passend het arrest in een historische context te plaatsen. Het arrest werd uitgesproken op 19 januari 1976. De weigerachtige houding van de Nederlandse rechter⁴⁶ om het recht te staken als een integrerend onderdeel te zien van de vrijheid van vakvereniging verbaast niet. Het recht te staken zou pas tien jaar later door de Nederlandse Hoge Raad in het *NS-arrest* op ondubbelzinnige wijze worden erkend.

Het arrest *Schmidt & Dahlström* lijkt ontradend te hebben gewerkt voor vakbonden en werknemers. Het duurde bijna een kwart eeuw voordat beperkingen van het stakingsrecht via een beroep op artikel 11 EVRM opnieuw voor het Hof werden gecontesteerd. Op 20 oktober 1999 leidde de Britse bond *Unison* een verzoekschrift in. Unison was een ambtenarenbond. Verschillende werknemers van het UCLH waren lid van deze bond. De bond nam in het kader van de zogeheten *Whitley Councils* deel aan het overleg over arbeidsvoorwaarden in de gezondheidszorg. Het UCLH overwoog om onderdelen van het hospitaal over te dragen van de 'publieke' naar de 'private sector'. Unison eiste garanties dat de overgedragen werknemers en de door de verkrijger nieuw aan te werven werknemers gedurende ruim dertig jaar zekerheid hadden over de in een cao van de overdrager vastgelegde arbeidsvoorwaarden. De overdrager werd onder druk gezet om deze garanties in de overnameovereenkomsten te verankeren. De overdrager weigerde een dergelijke clause op te nemen. Unison zegde na een interne stemming onder de leden de staking aan. Het UCLH liet de staking via rechterlijke tussenkomst verbieden. Maatgevend was de overweging dat de bestaakte werkgever als een derde werd gezien in een conflict dat wezenlijk tussen de bond en de verkrijger ging. Een bepaling in de Britse *Trade Union and Labour Relations Consolidation Act* maakte de immuniteit van de bonden afhankelijk van de eis dat het litigieuze *trade dispute* een geschil betrof tussen werknemers en 'their employer'. Unison betoogde dat het structurele stakings-

45 Zie in dit verband: T. Novitz, *International and European Protection of the right to strike*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 192-203.

46 Het betrof G.J. Wiarda.

verbod hem belette op een effectieve wijze de belangen van zijn werknemers te verdedigen in het strategisch cruciale tijdsscharnier van de onderhandelingen over de overgang. De vakbond wierp op dat het recht te staken niet een van de middelen was om de belangen van de werknemers te verdedigen. Het recht te staken werd als een onontbeerlijk middel beschouwd om de werknemersbelangen te verdedigen. Een stakingsverbod tastte de vrijheid van vakvereniging in de kern aan. De verzoeker wees op de intieme verwevenheid tussen de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectieve actie in de rapportering en de conclusies van de toezichthoudende organen van de IAO en de Raad van Europa.

Op 10 januari 2002 besliste het Hof dat dit verzoekschrift onontvankelijk moest worden beschouwd, gelet op de kennelijke ongegrondheid. Op eerste gezicht leest het arrest als een bevestiging van *Schmidt & Dahlström*. Het Hof herhaalde zijn bekende opvatting over de discretionaire marge waarover Staten beschikken om de *trade union freedom* te reguleren. Het distantieerde zich van de these dat het recht op collectieve actie *onontbeerlijk* was om de belangen van de werknemers te verdedigen. Het Hof had in de lijn van *Syndicat national de la Police belge* kunnen volstaan met een onderzoek naar de vraag of de beperking van het stakingsrecht een discriminatoir karakter had. De schending van artikel 14 EVRM werd evenwel door Unison niet opgeworpen. Het Hof had om die reden kunnen volstaan met de vaststelling dat het recht te staken geen onontbeerlijk onderdeel vormt van de vakverenigingsvrijheid. Een dergelijke benadering zou in de lijn van de bestaande rechtspraak hebben gelegen. Het Hof *innoveert* door het stakingsverbod alsnog als een beperking van de verdragsrechtelijke vakverenigingsvrijheid te kwalificeren. Maatgevend was de vaststelling van het Hof dat het stakingsverbod de vakbond hindert in het verdedigen van de belangen van *zijn* werknemers. Het neemt uitdrukkelijk afstand van de these van de Britse overheid dat die belangen slechts mogen worden verdedigd binnen het enge kader van zogeheten *trade union disputes*. Het toetste dergelijke beperkingen uitdrukkelijk aan de beperkingssystematiek van artikel 11 paragraaf 2 EVRM. Deze passage houdt een omwenteling in.⁴⁷ Het Hof beperkte er zich vroeger toe om enkel die beperkingen aan artikel 11 paragraaf 2 EVRM te toetsen die tot het *Kernbereich* behoren.

De onderdelen van deze beperkingssystematiek zijn bekend. Ze moeten 'prescribed by law' zijn. Ze moeten worden gemotiveerd door een in artikel 11 paragraaf 2 EVRM genoemde *legitieme* doelstelling. Een dergelijke beperking moet 'necessary in a democratic society' zijn. Hoe legitiem bepaalde doelstellingen mogen zijn, er wordt van de lidstaten een zin voor proportionaliteit verwacht. *In casu* was de beperking van het stakingsrecht verankerd

47 In die zin ook K.D. Ewing, t.a.p., p. 18 ('This is progress').

in een uitdrukkelijke wettelijke bepaling van de *TULRCA-Act*. Relevanter is het door het Hof erkende legitieme doel. Het Hof kwalificeert het particuliere economische belang dat de onderneming had bij de continuïteit van haar dienstverlening en de uitoefening van haar contractsvrijheid als een legitieme doelstelling voor de beperking van het stakingsrecht. Het Hof lijkt daarbij de door de Britse regering gehanteerde opvatting te huldigen dat deze 'belangen' onder de 'rights of others' in de zin van artikel 11 paragraaf 2 EVRM vallen.

Bij deze benadering passen kritische kanttekeningen. Het Hof weegt wat een fundamentele vrijheid heet te zijn af tegen het loutere economische belang van de werkgever. Hier is geen sprake van een 'belangenafweging'. Het gaat om de afweging tussen een mensenrecht en louter particuliere economische belangen. Pro memorie: de contractsvrijheid duikt in geen enkel mensenrechtenverdrag op. Het Hof schrikt er niet voor terug om het economische belang van de bestaakte werkgever als een beperkingsgrond op te vatten voor het recht op collectieve actie. Collectieve acties beogen via het toebrengen van schade een werkgever onder druk te zetten om een bepaalde eis te aanvaarden. Indien men de aan de werkgever berokkende schade zonder meer meeweegt als een oorbare beperkingsgrond, dreigt het recht te staken van zijn *effet utile* te worden beroofd. Er gaat van een staking onvoldoende druk uit. De grens tussen collectieve actie en demonstratie wordt smaller. Men grijpt niet naar het stakingswapen zoals men naar een flesje Grolsch grijpt. 'Met mate' staken is zinloos. De Nederlandse Hoge Raad heeft in het *NS-arrest* uitdrukkelijk het economische belang van de werkgever geweerd als een oorbare beperkingsgrond. Deze regel lijdt slechts uitzondering voor zover de werkgever een *derde* is in het conflict. *In casu* was de Britse overheid een dergelijke overtuiging toegedaan. Feit blijft dat werd gestaakt om het gedrag van de overdrager te beïnvloeden die onderhandelde met potentiële overnemers. Het Franse en het Italiaanse Hof van Cassatie zijn minder rabiaat dan de Hoge Raad.⁴⁸ Zij zijn evenwel erg terughoudend om de schade aan de werkgever zonder meer als een oorbare beperkingsgrond te aanvaarden. Slechts wanneer die schade leidt tot een desorganisatie van de onderneming of een aantasting van de productiviteit, kan een grond bestaan om het stakingsrecht te beperken. De loutere schade aan de productie is niet relevant. Het *European Committee on Social Rights* verwerpt in zijn controle op de naleving van het ESH de idee dat het zogeheten proportionaliteitsbeginsel (evenredigheid van de schade aan de nagestreefde

⁴⁸ Zie in dit verband onze analyse van de Franse rechtspraak in F. Dorsssement, *Rechtspositie en actievrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge: Die Keure 2002, p. 546-548. Voor Italië: G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari: Cacucci editore 2000, p. 252-253A; Vallebona, *Il diritto sindacale*, Torino: G. Giappichelli editore 2000, p. 224-225.

eis) als beperkingsgrond inpasbaar is in de beperkingssystematiek van artikel 31 ESH.⁴⁹

Het Hof meende dat het door de Engelse rechter uitgesproken stakingsverbod geen disproportionele beperking vormde van de vrijheid van vakvereniging. Maatgevend was de overweging dat het stakingsverbod in essentie tijdelijk was. De vakbond zou na de overname ruim de tijd hebben om voor de geformuleerde eisen tegen de overnemer te strijden. Een dergelijke redenering komt er in wezen op neer dat de vakbond het recht had de put te dempen als het kalf verdronken was.

De drieste lijn van *Unison* werd doorgetrokken in *Federation of offshore workers' trade unions*.⁵⁰ Centraal in het geding stond een ander stakingsverbod dat via een administratieve dwangmaatregel werd opgelegd. Niettegenstaande een dergelijke procedure om een staking in een niet-essentiële dienst te verbieden door het IAO *Freedom of Association Committee* én het *European Committee on Social Rights unisono* als onverenigbaar werd beschouwd met de IAO-normen en artikel 6 paragraaf 4 *juncto* artikel 31 ESH, werd het verzoekschrift door het Hof als kennelijk ongegrond beschouwd. De decalage tussen de beperkingssystematiek van artikel 31 ESH en artikel 11 paragraaf 2 EVRM werd nooit treffender geïllustreerd.

5.3.3 De vrijheid van vergadering en het Eerste Protocol

Het Hof lijkt de vrijheid van vakvereniging geenszins op te vatten als de natuurlijke grondslag om modaliteiten van de collectieve actie te verankeren. Dit betekent geenszins dat het EVRM voor deze problematiek geheel betekenisloos is. Vooreerst waarborgt artikel 11 de vrijheid van *vreedzame vergadering*. Tussen *vreedzame vergaderingen* en *collectieve acties* bestaat een onderscheid. Collectieve acties beogen druk uit te oefenen op een antagonist om diens gedrag te beïnvloeden. *Demonstraties* (vreedzame vergaderingen) beogen een mening kenbaar te maken. Vreedzame vergadering en collectieve actie kunnen niet volmaakt gescheiden worden. Elke collectieve actie drukt een mening uit. Ze staat in het teken van een eisenbundel. Geenszins kan worden uitgesloten dat van vreedzame vergaderingen enige druk uitgaat. Zo kunnen bepaalde vreedzame vergaderingen de vorm van geweldloos verzet aannemen. Typerend is een *sit-in* op de openbare weg waarbij de toegang tot een Amerikaanse legerbasis werd verstoord. Een dergelijke actievorm werd door de Commissie voor de rechten van de mens eer-

49 Zie in dit verband onze analyse: F. Dorsssement, 'De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht?', *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2002, p. 320-331.

50 EHRM 27 juni 2002, *Federation of offshore workers' trade unions & others v. Norway*, nr. 38190/97.

tijds beschouwd als een uiting van de vrijheid van vreedzame vergadering.⁵¹ *Per analogiam* kan worden gewezen op het arrest *Schmidberger*.⁵² Het Hof van Justitie erkende daarin het beroep dat door de Oostenrijkse overheid werd gedaan op de vrijheid van vreedzame vergadering als een beperkingsgrond van het vrije verkeer van goederen. *In casu* hadden enkele milieuactivisten de *Brennerpas* geblokkeerd. Een transporteur beriep zich op het vrije verkeer van goederen om de Oostenrijkse Staat aansprakelijk te laten stellen voor de door hem geleden schade. Hoe ruimer men de notie 'vreedzaam' interpreteert, hoe meer vreedzame vergaderingen kunnen worden gebruikt als een middel om druk uit te oefenen op werkgevers. De sprong naar de *sit-in* op de openbare weg of voor de toegangspoort naar een bedrijf is niet ver weg.

Ten tweede rijst de vraag of het EVRM kan worden gebruikt om bepaalde modaliteiten van collectieve actie als onoorbare aantastingen te kwalificeren van de aldaar erkende mensenrechten. In dit verband mag herinnerd worden aan het beroep dat in *Gustafsson* werd gedaan op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Gustafsson beweerde dat de door de Zweedse bonden ondernomen boycot een aantasting vormde van het vreedzame genot van zijn eigendom. *In casu* werd Gustafsson getroffen door een 'blokkade'. De bonden boycotten zijn bedrijf. Zijn restaurant werd niet meer bevoorraad door de actie in de transportsector. Er was geen sprake van een fysieke poortblokkade. Het Hof oordeelde dat een dergelijke boycot géén aantasting van het eigendomsrecht inhield. Niet betwist werd dat de acties de contractuele relaties tussen Gustafsson en zijn leveranciers bemoeilijkten.

5.4 Het recht op syndicaal verlot

Voor een adequate vorming van werknemersvertegenwoordigers is het opnemen van bezoldigd 'syndicaal verlot' tijdens de arbeidsuren een erg nuttig instrument. Een verzoekschrift van een Spaanse vakbondsvertegenwoordiger die de weigering van de burgemeester om hem dergelijk bezoldigd verlot toe te kennen als een schending van de vakverenigingsvrijheid opvatte, werd door het Hof kennelijk ongegrond geacht. Het Hof meende in *Sanchez Navajas*⁵³ dat een aanvraag om 15 uur betaald verlot op te nemen

51 Commissie voor de rechten van de mens 6 maart 1989, X v. Federal Republic of Germany, nr. 13079/87.

52 Hof van Justitie 12 juni 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge tegen Republik Österreich, C-112/00, Jurisprudentie 2003, I-05659. Voor een annotatie: F. Dorssemont, "Met de vlam in de pijp ..." Vrijheid van vergadering en meningsuiting, recht op collectieve actie versus vrij verkeer: primaat of belangenafweging?, ARA 2004/1, p. 77-93.

53 EHRM 21 juni 2006, Juan Sanchez Navajas v. Spain, nr. 57442/00.

teneinde de nieuwe wetgeving met betrekking tot sociale verkiezingen te bestuderen, door de werkgever kon worden geweigerd. Het besloot dat het verzoekschrift kennelijk ongegrond was. Het Hof achtte niet bewezen dat een dergelijke studie zinvol was voor de vakbondswerking. Niettegenstaande de gedachte dat dit geschil van het Gerechtshof van Andalusië tot het Straatsburgse EHRM geraakte beslist de lachlust opwekt, is de uitspraak meer dan een *fait divers*. Het Hof overweegt op positieve wijze in een *obiter dictum* 'that it may infer from Article 11 of the Convention, read in the light of Article 28 of the European Social Charter (Revised), that workers' representatives should as a rule, and within certain limits, enjoy appropriate facilities to enable them to perform their trade-union functions rapidly and effectively'. De concrete en harde contouren van dit vakbondsrecht werden niet verduidelijkt.

6 Conclusies

De in de titel van deze bijdrage geformuleerde vraag moet op genuanceerde wijze worden beantwoord. De vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM is *ietwat* méér dan een sequel van de vrijheid van vereniging. Het Hof heeft in het verleden enkele *correlaria* ontwikkeld als onontbeerlijke componenten van de collectieve vakverenigingsvrijheid. Het recht te worden gehoord en het recht om leden-werknemers te vertegenwoordigen bij de werkgever verlenen een vakbond bijzondere prerogatieven die niet om het even welke vereniging krachtens de vrijheid van vereniging kan claimen. Voor de beoefenaar van het collectief arbeidsrecht laat een kennismaking met de rechtspraak van het Hof een weinig bevredigende indruk na. De oorzaken van dit onbehagen zijn talrijk. De als onontbeerlijk opgevatte vakbondsprerogatieven wegen niet erg zwaar. Het Hof heeft tot op heden nooit een verzoekschrift gegrond verklaard dat op exclusieve wijze door een vakbond werd ingediend of op exclusieve wijze op vakbondsrechten betrekking had. De intellectuele eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de contouren van deze erkenning erg vaag blijven. Het is niet erg duidelijk of een vakbond een minimale representativiteit dient te bezitten opdat een werkgever gedwongen zou zijn deze bond te erkennen als een instantie die gehoord moet worden of die zijn leden moet kunnen 'vertegenwoordigen'. Voor zover niet als onontbeerlijk opgevatte vakbondsrechten in het geding zijn, geldt vanouds dat lidstaten en werkgevers deze niet op een discriminatoire wijze mogen erkennen. In *Unison* lijkt het Hof de relevantie van het vraagstuk of bepaalde rechten tot de harde kern behoren, te relativeren. Niet onontbeerlijke vakbondsrechten worden immers getoetst aan de beperkingssystematiek van artikel 11 paragraaf 2 EVRM. De wijze waarop het Hof dit doet is zonder meer ontgoochelend. Enige progressie op dit terrein is slechts denkbaar voor zover

het Hof op een minder selectieve en meer consequente wijze lering trekt uit de *Rechtsfortbildung* door meer gespecialiseerde toezichthoudende lichamen in de schoot van de eigen Raad van Europa en de IAO. Het Hof heeft zelf in *Sigurjónsson* het EVRM omschreven als 'a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions'. Dit bracht het Hof ertoe om abstractie te maken van de *Travaux Préparatoires* die weinig ruimte boden voor activisme op het vlak van de negatieve vrijheid van vakvereniging. Een benadering waarbij men slechts een recht om te worden gehoord vastknoopt aan vakverenigingsvrijheid is alles behalve 'eigentijds'. Tegen deze vaststelling pleit geenszins het argument dat het EHRM 'moet' uitgaan van een 'individualistische' benadering van de in het EVRM verankerde grondrechten. Het systematisch veronachtzamen van de collectieve dimensie van de vakverenigingsvrijheid ondergraaft het nuttige effect van het individuele recht om vakverenigingen op te richten en er zich bij aan te sluiten.