

**JAR 2016/94 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 08-03-2016, 200.163.195/01,  
ECLI:NL:GHSHE:2016:864**

**Schending onderkruipersverbod, Arbeidskrachten hebben in opdracht van  
een derde in de bestaakte onderneming gewerkt, Immateriële  
schadevergoeding**

<b>Publicatie</b>	JAR 2016 afl. 5
<b>Publicatiedatum</b>	05 april 2016
<b>College</b>	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
<b>Uitspraakdatum</b>	08 maart 2016
<b>Rolnummer</b>	200.163.195/01 LJN ECLI:NL:GHSHE:2016:864
<b>Rechter(s)</b>	mr. Den Hartog Jager mr. Venner-Lijten mr. Heenk
<b>Partijen</b>	De Federatie Nederlandse Vakbeweging, rechtsopvolgster van de Vereniging FNV Bondgenoten, te Amsterdam, appellante, advocaat: mr. P.H. Burger te Utrecht, tegen 1. de Gemeenschappelijke Regeling Zeeland Seaports te Terneuzen, 2. Zeeland Seaports NV te Terneuzen, hierna gezamenlijk aan te duiden als ZSP, advocaat van beide partijen: mr. C.W.L. van de Merbel te Middelburg, 3. Nederlandse Bootlieden Vereniging te Rotterdam, verder te noemen NBV, advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam, geïntimeerden.
<b>Noot</b>	mr. M. van Eck
<b>Trefwoorden</b>	Schending onderkruipersverbod, Arbeidskrachten hebben in opdracht van een derde in de bestaakte onderneming gewerkt, Immateriële schadevergoeding,
<b>Regelgeving</b>	WAADI - 10 Rv - 156 lid 2 BW Boek 6 - 162

» **Samenvatting**

In 2010 ontstaat tussen FNV en VLB, vergunninghouder voor het aan- en afmeren van schepen in de haven van Vlissingen, een cao-conflict. Daarop volgen stakingen. De havenautoriteit berust bij Zeeland Seaports (ZSP), een publiekrechtelijk rechtspersoon. Omdat zij vreest dat een veilige en vlotte verkeersafwikkeling in de Vlissingse Haven in het geding komt, benadert ZSP de Nederlandse Bootlieden Vereniging (NBV). Tijdens de staking zijn bootlieden van NBV behulpzaam bij het aan- en afmeren van schepen. FNV stelt dat ZSP en NBV in strijd handelen met art. 10 WAADI, inhoudende een verbod om arbeidskrachten ter beschikking te stellen aan een bedrijf waar wordt gestaakt. De kantonrechter wijst de vordering deels af. FNV gaat in hoger beroep.

Het hof overweegt, onder verwijzing naar de NedTrainzaak uit 2008, dat voor de toepasselijkheid van art. 10 WAADI de rechtsverhouding tussen degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt en de werkgever waar gestaakt wordt, in beginsel niet bepalend is. Het gaat om de vraag of arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld aan het bestaakte bedrijf (door dat bedrijf zijn "ingehuurd"), althans dat daarbij is bemiddeld, en het antwoord op die vraag kan niet reeds worden afgeleid uit die rechtsverhouding. Dat ZSP geen uitzendbureau of anderszins intermediair in arbeidskrachten is, is niet relevant. Ook als zij dat niet is, dient zij het verbod van art. 10 WAADI na te leven. De vraag is of de door ZSP/NBV ingeschakelde arbeidskrachten ter beschikking van VLB zijn gesteld. Daarvoor is niet voldoende dat de

ingeschakelde bootlieden hetzelfde werk deden als aan VLB was gegund en zich aldus mengden in het arbeidsconflict tussen VLB en FNV. Vereist is dat de bootlieden het werk deden in het bedrijf van VLB, hetgeen hier het geval was. Daarbij geldt dat aan het vereiste van toezicht en leiding niet al te zware eisen kunnen worden gesteld. Het gaat immers, zo ook hier, om kortdurende inhuur van arbeidskrachten die zelfstandig kunnen werken. Voor voldoening aan dit vereiste is dan ook voldoende dat zij “onder de vlag” van de werkgever waar wordt gestaakt (de vergunninghouder) hebben gewerkt. Daarmee is voldaan aan het vereiste van “in dat bedrijf of die onderneming” (art. 10 WAADI). Of is betaald en zo ja wie de ingeleende arbeidskrachten heeft betaald, is niet van belang. Een goede intentie, in dit geval een veilige en vlotte verkeersafwikkeling, is geen rechtvaardiging voor een inmenging in een staking. FNV krijgt een immateriële schadevergoeding van € 15.000,= toegewezen.

NB. In eerste aanleg, «JAR» 2014/254, was geoordeeld dat het onderkruipersverbod zich alleen tot de werkgever richt en niet tot derden. Daarbij had de rechtbank aansluiting gezocht bij het NedTrain-arrest (Hof Amsterdam, «JAR» 2008/105). Het Hof 's-Hertogenbosch legt art. 10 WAADI echter in ruimere zin uit: niet de rechtsverhouding tussen het bedrijf waar gestaakt wordt en degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, is bepalend, maar *of* arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld, althans daarbij is bemiddeld.

#### » Uitspraak

##### **1. Het geding in eerste aanleg (zaak- en rolnummer C/12/84485/HA ZA 12-177)**

(...; *red.*)

##### **2. Het geding in hoger beroep**

(...; *red.*)

##### **3. De beoordeling**

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. Tussen de FNV en de Vlissingse Bootliedenwacht – VLB – is in december 2010 een conflict ontstaan met betrekking tot een af te sluiten CAO. De VLB is vergunninghouder voor het behulpzaam zijn bij het aan- en afmeren van schepen in de Vlissingse haven en heeft daartoe ongeveer 30 werknemers in dienst. Deze vergunning is verleend door ZSP. Van die werknemers van VLB vielen er tussen de 20 en de 25 onder de werking van de CAO, afgesloten met de FNV. Omdat de onderhandelingen over een nieuwe CAO niet tot resultaat hebben geleid, heeft de FNV op 13 december 2010 acties en werkonderbrekingen aangekondigd. Van 18 december 2010 t/m 27 december 2010 was sprake van een staking. Een deel van de werknemers (ongeveer de helft) heeft het werk neergelegd; de andere helft heeft doorgewerkt.

3.1.2. Ten behoeve van een efficiënte en veilige exploitatie van de Zeeuwse Havens (Vlissingen en Terneuzen) hebben de diverse betrokken gemeenten en de provincie Zeeland, met gebruikmaking van de bevoegdheden uit de Wet Gemeenschappelijke Regelingen en de Provinciewet in 2003 het openbare lichaam Zeeland Seaports opgericht, in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon (geïntimeerde 1). De gemeenschappelijke regeling draagt als havenautoriteit niet alleen zorg voor de veiligheid van de havens maar is ook verantwoordelijk voor de ontwikkeling, het aanleggen en het beheren van de natte en droge infrastructuur in de Zeeuwse havens. De gemeenschappelijke regeling is verder bevoegd havengelden te innen, vergunningen te verlenen en verordeningen vast te stellen. Zeeland Seaports heeft een vergunning verleend aan de onderneming VLB, welke verantwoordelijk is voor het aanmeren en afmeren van schepen in de Vlissingse haven.

In de Vlissingse haven heeft alleen VLB een vergunning.

3.1.3. Geïntimeerde 2 heeft blijkens het handelsregister als bedrijfsomschrijving (punt 2 inl. dagv.):

“Het (doen) uitoefenen van het havenbedrijf en in dat kader de positie van het Zeeuwse haven- en industriecomplex in internationaal perspectief zowel op de korte als lange termijn te versterken. Onderdeel van het doel van de vennootschap zijn: – de bevordering van een effectieve, veilige en efficiënte afhandeling van het scheepvaartverkeer en het zorgdragen voor nautische en maritieme orde en veiligheid, alsmede het optreden als bevoegde havenautoriteit

in het Zeeuwse havengebied; en – ontwikkeling, aanleg, beheer en exploitatie van het haven- en industriegebied in Zeeland.”

Zij is rechtsopvolgster van geïntimeerde 1. Zij is opgericht per 22 december 2010 ten einde geleidelijk alle dan wel grotendeels de voordien aan geïntimeerde 1 toebedeelde publiekrechtelijke taken uit te voeren.

3.1.4. Het verzoek per email van 20 december 2010 van de Havenmeester van ZSP aan NBV luidt:

“In uw hoedanigheid van voorzitter van de Nederlandse Bootlieden Vereniging (NBV) wil ik uw aandacht vragen voor de gevolgen van een situatie betreffende de Vlissingse Bootliedenwacht. Omdat de VLB in een arbeidsconflict is verwickeld komt een veilige en vlotte verkeersafwikkeling in de Vlissingse Haven van Zeeland Seaports in het gedrang. De VLB heeft op korte termijn hulp nodig om een veilige afhandeling van scheepvaartverkeer in mijn havengebied te garanderen. Ik verzoek u hiermee of u de VLB daarin kunt assisteren.”

Aan dit verzoek is door NBV gevolg gegeven.

3.1.5. Tijdens de staking zijn er bootlieden behulpzaam geweest bij het aan- en afmeren van schepen.

In het rapport van de Arbeidsinspectie van 14 april 2011 (cva NBV, prod. 9) staat onder meer:

“De heer X (vertegenwoordiger van VLB) deelde verder mede dat hij, met betrekking tot de ontstane situatie, contact heeft gehad met de havenmeester van Zeeland Seaports. Volgens de havenmeester kon de nautische veiligheid in de Vlissingse haven hierdoor niet meer worden gegarandeerd. De havenmeester zou hierop contact hebben opgenomen met de heer Y (vertegenwoordiger van NBV) van de Nederlandse Bootlieden Vereniging te Rotterdam. (...)

Op maandag 27 december 2010 had ik, rapporteur telefonisch contact met de heer Y. Hij deelde mij mede dat de hulp van de NBV, door Zeeland Seaports was ingeroepen. Hierop heeft hij een oproep gedaan aan de leden van de aangesloten verenigingen en coöperaties, waarop enkele bootlieden zich hebben aangemeld. Desgevraagd deelde de heer Y mede, dat de factuur van de NBV omtrent de door deze bootlieden gewerkte uren geadresseerd zou worden aan Zeeland Seaports.

(...)

Op donderdag 29 december 2010 (...) heb ik, (...). Aldaar heb ik, rapporteur (...), in eerste instantie gesproken met één van de bestuurders van VLB, hij toonde mij de dagelijkse werkwijze van VLB.

De bestuurder vertelde mij, rapporteur (...) dat Zeeland Seaports, de havenautoriteit, een contract heeft met VLB voor het aan- en afmeren van schepen in de Vlissingse haven. Het is Zeeland Seaports zelf die bepaalt waar een schip moet worden aangemeerd, maar het fysieke aan- of afmeren wordt gedaan door de bootlieden van VLB.

Vervolgens nam de bestuurder mij, rapporteur (...) mee naar de receptie annex coördinatiecentrum van de VLB. Hij vertelde dat deze plaats werd bemand door een zogenaamde werkleider die in loondienst is van het bedrijf C-Ports. C-Ports heeft daaromtrent een contract met VLB. De VLB heeft de taak van werkleider sinds ongeveer 2 jaar afgestoten omdat dit teveel tijd en manuren in beslag nam. Zonder tussenkomst van VLB ontvangt de werkleider opdrachten van onder andere Zeeland Seaports. Eveneens zonder tussenkomst van VLB geeft de werkleider vervolgens deze opdrachten door aan de bootlieden. De werkleider bepaalt in samenspraak met de bootlieden wie welke opdracht tot aan- en afmeren op zich neemt. De bootlieden behoeven verder geen aansturing van de werkzaamheden op zich.

(...)

Inmiddels werd het gesprek verder gevoerd in aanwezigheid van alle bestuurders van VLB, namelijk (...). Desgevraagd vertelden zij mij, rapporteur (...) dat er momenteel 4 eigen mensen aan het werk waren en 4 door Zeeland Seaports ingehuurde mensen via de NBV. (...)

Door mij rapporteur, (...) werd op dat moment een van ingehuurde bootlieden aangesproken. Hij vertelde mij, rapporteur (...) dat hij ZZP-er was, dat hij zonder aansturing een schip had aangemeerd. Dat hij geen aansturing nodig heeft omdat het werk in de haven van Vlissingen hetzelfde is als in de haven van IJmuiden. Dat hij via zijn eigen coöperatie voor zijn geleverde werk wordt uitbetaald. (...)

(...)

De heer X vertelde mij, rapporteur (...) dat Zeeland Seaports de ZZP-bootlieden van de NBV heeft ingehuurd om de veiligheid in de Vlissingse haven te garanderen en dat er door de ZZP bootlieden van de NBV in geen geval gefactureerd wordt aan VLB. De heer X vertelde mij, rapporteur (...) dat hij wel opdracht heeft gekregen van Zeeland Seaports om onderdak te regelen voor de door Zeeland Seaports ingehuurde ZZP-bootlieden en te zorgen dat zij uniform gekleed gaan in verband met de herkenbaarheid cq veiligheid in de haven, tevens wordt ook het benodigde materiaal in de vorm van portofoons en plaatselijk vervoer ter beschikking gesteld door VLB.”

De conclusie van het rapport van de Arbeidsinspectie luidt als volgt:

“Van overtreding van artikel 10 van de Waadi is sprake als een ‘uitlener’ arbeidskrachten ter beschikking stelt aan een opdrachtgever terwijl in diens onderneming wordt gestaakt. Uit het vorenstaande onderzoek is niet gebleken dat de bootlieden (...) als arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld voor het verrichten van werkzaamheden in de onderneming waar de werkstaking heerste, in casu de Vlissingse Bootliedenwacht BV.

Uit het vorenstaande onderzoek is voorts gebleken dat Zeeland Seaports opdracht heeft gegeven om de werkzaamheden te verrichten. Zeeland Seaports heeft van de Nederlandse Bootlieden Vereniging te Rotterdam facturen ontvangen voor de verleende diensten. Uit jurisprudentie blijkt dat het verbod als bedoeld in artikel 10 van de Waadi zich uitsluitend richt tot de werkgever die in plaats van zijn stakende werknemers andere werknemers, bijvoorbeeld via een uitzendbureau zou willen inschakelen. Het verbod richt zich niet tot derden zoals in dit geval Zeeland Seaports.”

3.1.6. ZSP erkent dat de havenmeester arbeidskrachten (onafhankelijke bootlieden) naar de haven heeft gehaald om – in opdracht van ZSP – het werk te doen dat ten gevolge van het arbeidsconflict tussen de FNV en VLB niet door VLB werd verricht, uit te voeren. ZSP erkent ook hen – naar het hof begrijpt (mede?) door tussenkomst van NBV (3.7 mva NBV) – daarvoor te hebben betaald. Zij erkent tevens dat VLB daarnaast de hotelrekening voor enkele (door ZSP gecontracteerde) bootlieden heeft betaald (10, 11, 15 en 17 mva geïntimeerden 1 en 2).

### **3.2. Het geschil**

3.2.1. De FNV heeft ZSP en NBV aangesproken uit onrechtmatige daad, namelijk handelen in strijd met artikel 10 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), althans in strijd met de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt, hierin bestaande dat zij arbeidskrachten (bootlieden) hebben ingezet bij de bestaakte werkgever. De procedure strekt tot vergoeding van de schade die de FNV stelt te hebben geleden.

Omdat de vordering voortvloeit uit het onrechtmatig handelen (van een vertegenwoordiger, de havenmeester) van Zeeland Seaports in de periode december 2010-januari 2011, heeft de FNV in deze procedure, zo stelt zij, beide partijen (de Gemeenschappelijke Regeling Zeeland Seaports en ZSP N.V.) betrokken zodat discussie over de vraag ten behoeve van welke rechtspersoon dit handelen heeft plaatsgevonden in deze procedure niet behoeft plaats te vinden.

De FNV vordert geïntimeerden bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad voor zover de wet zulks toelaat, gezamenlijk en hoofdelijk dan wel één der geïntimeerden afzonderlijk te veroordelen tot betaling van:

- a. het bedrag van € 15.000,= aan immateriële schadevergoeding in verband met de geschonden naam en reputatie en het verlies van werfkracht;
- b. het bedrag van € 70.761,64 ter zake van door de FNV gemaakte kosten ten behoeve van een manifestatie;

- c. het bedrag van € 30.000,= in verband met de kosten van door de FNV gedane stakingsuitkeringen;
  - d. het bedrag van € 42.796,91 in verband met door de FNV gemaakte kosten van het voeren van juridische procedures ten behoeve van werknemers van VLB;
  - e. het bedrag van € 8.500,= ter zake van twee door de FNV gevoerde kort geding procedures;
  - f. een bedrag van € 5.877,93 in verband met gemaakte buitengerechtelijke kosten;
  - g. wettelijke rente ter zake van de onder a tot en met f. ingediende vorderingen vanaf 25 april 2012;
- met veroordeling van geïntimeerden in de kosten in eerste aanleg.

### 3.2.2. ZSP voert samengevat het volgende verweer:

- ZSP heeft niet onrechtmatig jegens de FNV gehandeld, nu ZSP artikel 10 Waadi niet heeft overtreden. De andere grondslagen voor onrechtmatig handelen die de FNV lijkt te stellen, komen steeds weer neer op vermeend overtreden van de Waadi. Nu van overtreding van de Waadi geen sprake is, is er van onrechtmatig handelen door ZSP geen sprake.
- Er was een rechtvaardigingsgrond voor het handelen van ZSP. Het was destijds heel slecht weer en de financiële gevolgen van een incident in de haven hadden in de miljoenen euro's kunnen lopen.
- De door de FNV aan ZSP verweten handelingen kunnen niet aan ZSP worden toegerekend.
- Er is niet voldaan aan de relativiteitseis.
- Het causaal verband tussen de door de FNV gestelde schadeposten en het handelen van ZSP ontbreekt en de diverse door de FNV genoemde schadeposten kunnen niet aan ZSP worden toegerekend.
- Er is sprake van eigen schuld aan de zijde van de FNV, zodat de door de FNV gestelde schade c.q. schadeposten voor rekening van de FNV behoren te blijven.
- ZSP betwist de hoofdelijkheid (mva ZSP punt 96).

3.2.3. NBV voert dezelfde verweren en wijst erop dat zij slechts de oproep van ZSP heeft doorgezonden aan haar leden, de verenigingen en coöperaties. Enkele zelfstandige bootlieden hebben gehoor gegeven aan de oproep. NBV zelf heeft geen personeel in dienst. Zij betwist te hebben bemiddeld bij het leveren van arbeidskrachten en arbeidskrachten ter beschikking te hebben gesteld.

### 3.3. De Waadi

3.3.1. Artikel 10 van de Waadi, het zogenaamde onderkruipersverbod, luidt:

“Artikel 10. Verbod ter beschikking stellen bij arbeidsconflict

Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt, voor zover hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, geen arbeidskrachten ter beschikking voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf of die onderneming of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.”

Artikel 1 (begripsbepalingen) onder c Waadi luidt:

“ter beschikking stellen van arbeidskrachten: het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid;”

Artikel 3 lid 2 Waadi luidt:

“Degene die arbeidsbemiddeling verricht en bekend is of redelijkerwijs bekend kan zijn, dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, bemiddelt niet in het plaatsen van werkzoekenden in dat bedrijf of die onderneming, of het gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.”

Artikel 1 onder b Waadi luidt:

“arbeidsbemiddeling: dienstverlening in de uitoefening van beroep of bedrijf ten behoeve van een werkgever, een werkzoekende, dan wel beiden, inhoudende het behulpzaam zijn bij het zoeken van arbeidskrachten onderscheidenlijk arbeidsgelegenheid, waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht dan wel een aanstelling tot ambtenaar wordt beoogd;”

3.3.2. Artikel 10 van de Waadi is de opvolger van artikel 85 van de Arbeidsvoorzieningenwet 1990, luidende:

“1. Het is de vergunninghouder verboden:

a. (...)

b. voor zover aan hem bekend is of redelijkerwijs bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, bemiddeling te verlenen tot het plaatsen van werkzoekenden in dat bedrijf of die onderneming, of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.

2. (...)”

Artikel 1 onder i van die wet is grotendeels gelijklopend aan artikel 1 onder c van de Waadi. In artikel 85 wordt, anders dan artikel 10 Waadi niet verwezen naar de begripsbepaling.

3.3.3. De memorie van toelichting op de Waadi (25 264, nr. 3) luidt:

“3.2.2. Het ‘onderkruipersverbod’

Naast het anti-fraudebeleid hebben ook andere bestanddelen van de adviezen het kabinet aanleiding gegeven om in dit wetsvoorstel een zekere mate van regulering van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op te nemen.

Evenals bij de particuliere arbeidsbemiddeling wil het kabinet gehoor geven aan het unanieme pleidooi van de SER en van de Stichting van de Arbeid om het verbod om arbeidskrachten ter beschikking te stellen aan een bedrijf waar een arbeidsconflict heerst te continueren. De adviesorganen zijn op verschillende gronden van oordeel dat het geen pas geeft wanneer door het ter beschikking stellen van arbeidskrachten het verloop van een collectief arbeidsconflict wordt beïnvloed. Daarom wordt het handhaven van het huidige verbod noodzakelijk geacht voor de bescherming van goede arbeidsverhoudingen.

Het kabinet is het eens met de hier weergegeven opvatting: Het schaadt de arbeidsverhoudingen wanneer een onderneming waarin gestaakt wordt, de aan zijn bedrijf toegebrachte schade en daardoor de kracht van de staking tracht te beperken door het inlenen van ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Het sluitstuk daarvan is dat het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in dergelijke situaties verboden moet zijn.

Daarom wordt in dit wetsvoorstel het verbod gehandhaafd.”

#### **3.4. Grief 1**

3.4.1. In deze grief wijst de FNV op een verschrijving in de feitenvaststelling. Niet aan de onderneming NBV maar aan de onderneming VLB is een vergunning verleend. Het hof zal het vonnis verbeterd lezen. Geïntimeerden hebben daartegen geen bezwaar. Gegrondbevinding van de grief leidt niet tot een ander oordeel.

#### **3.5. De grieven 2 en 3**

3.5.1. Deze grieven keren zich tegen hetgeen werd overwogen in rechtsoverweging 4.1 van de bestreden uitspraak. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling. De rechtbank overwoog:

“Artikel 10 WAADI luidt als volgt: ‘(...) De achtergrond van dit artikel, het zo genaamde onderkruipersverbod, is dat voorkomen moet worden dat “de effectiviteit” van het stakingsmiddel wordt verstoord’. Het Gerechtshof Amsterdam heeft in zijn arrest van 17 maart 2008 onder meer overwogen dat noch uit de tekst van artikel 10 WAADI, noch uit de wetsgeschiedenis steun valt te putten voor de door de FNV voorgestane uitleg dat een derde, niet zijnde de werkgever, door het in artikel 10 WAADI neergelegde verbod wordt getroffen. De minister van sociale zaken en werkgelegenheid heeft op vragen van leden van de Tweede Kamer geantwoord dat het verbod van artikel 10 WAADI zich uitsluitend richt tot de werkgever en niet tot derden. De vraag die derhalve beantwoord dient te worden is of ZSP en NBV in dit geval als werkgever of als derden moeten worden aangemerkt. De Arbeidsinspectie heeft blijkens het overgelegde ‘Rapport van bevindingen’ een onderzoek ingesteld en vastgesteld dat het in artikel 10 Waadi neergelegde verbod zich niet richt tot ‘derden’, zoals in dit geval ZSP. Dit standpunt is in overeenstemming met het eerder aangehaalde arrest en met het antwoord van de minister op vragen van de leden van de Tweede Kamer. De rechtbank is van oordeel dat De Arbeidsinspectie een onafhankelijk en te zake deskundig orgaan is. De rechtbank komt op basis van dit onafhankelijke en niet door ZSP betwiste rapport tot hetzelfde oordeel. Het enkele feit dat NBV het verzoek van de Havenmeester heeft doorgeleid naar haar leden, maakt niet dat NBV zelf arbeidskrachten ter beschikking heeft gesteld. De Waadi geeft een specifieke regeling ingeval van een staking. Het antwoord van de minister van sociale zaken op vragen van de Tweede Kamer en het standpunt van de Arbeidsinspectie na een onderzoek laten geen ruimte voor de stelling van FNV dat de handelwijze van ZSP en NBV niettemin als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. De rechtbank zal de vorderingen van FNV derhalve afwijzen.”

3.5.2. Het bedoelde arrest is dat van hof Amsterdam (de rechtbank noemt de publicatiedatum 17 maart 2008 maar bedoeld is de uitspraakdatum) 24 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC6880.

Het bedoelde antwoord van de minister is de brief van 25 juni 2010 gepubliceerd als stuknummer 254 van 29 544, waar staat te lezen:

“(…) De leden van de SP-fractie merken op dat door de formulering van artikel 10 Waadi feitelijk niet wordt voorkomen dat een staking wordt ondermijnd doordat andere werknemers kunnen worden ingezet om het werk, dat als gevolg van de staking niet wordt gedaan, te verrichten. In reactie hierop wil ik nogmaals benadrukken dat artikel 10 Waadi niet beoogt te voorkomen dat het door een opdrachtgever ingekochte werk wordt uitgevoerd door uitzendkrachten. De stakers hebben geen conflict met de opdrachtgever, maar met hun eigen werkgever. Artikel 10 Waadi beoogt enkel te voorkomen dat het bestaakte bedrijf uitzendkrachten inhuurt om het werk van de stakende werknemers over te nemen. De opdrachtgever staat dus in zijn recht om de opdracht door iemand anders te laten uitvoeren. (...)”

Het hof begrijpt dat de minister hierbij het bovengenoemde arrest van het hof Amsterdam inzake de FNV Bondgenoten tegen Nedtrain B.V. en N.V. Nederlandse Spoorwegen voor ogen heeft gehad (hierna: het NedTrain-arrest).

3.5.3. In het NedTrain-arrest ging het kort gezegd om het volgende.

Tussen de FNV en de Ondernemingsorganisatie Schoonmaak- & bedrijfsdiensten (OSB) bestond een CAO-conflict. Er zijn stakingen uitgebroken bij schoonmaakbedrijven die in opdracht van NedTrain passagierstreinen schoonhielden. NedTrain heeft eigen personeel en andere schoonmaakbedrijven (o.a. Plataco) ingeschakeld om schoonmaakwerkzaamheden uit te voeren.

Er was dus sprake van een conflict tussen opdrachtnemers van NedTrain en haar werknemers, niet tussen NedTrain en de werknemers (stakers) van die schoonmaakbedrijven, noch tussen NedTrain en de tijdens de staking door haar ingeleende schoonmakers en schoonmaakbedrijven. Onder die omstandigheden stond, volgens hof Amsterdam, de Waadi er niet aan in de weg dat NedTrain andere schoonmakers inhuurde, terwijl Plataco geen arbeidskrachten ter beschikking had gesteld aan de bestaakte bedrijven. Nedtrain werd als derde gekwalificeerd tot wie de Waadi zich niet richtte.

3.5.4. ZSP vergelijkt haar positie in het onderhavige geschil met die van NedTrain. Zij stelt dat de door haar (haar havenmeester) ingeschakelde bootlieden niet bij VLB hebben gewerkt maar in opdracht en voor rekening van ZSP in de haven werkzaamheden hebben verricht.

De FNV betwist dat de vergelijking tussen NedTrain en ZSP opgaat omdat de ingeschakelde bootlieden juist wel in de onderneming VLB hebben gewerkt.

3.6. Het hof overweegt als volgt. Daarbij betreft het hof, op grond van de devolutieve werking van het appel, mede de door ZSP en NBV in eerste aanleg gevoerde verweren.

3.6.1. ZSP stelt (hoofdstuk 2 cva) dat het rapport van de Arbeidsinspectie een authentieke akte oplevert als bedoeld in artikel 156 lid 2 Rv. Zij voert aan dat de rechter de daarin door de ambtenaar gedane waarnemingen en verrichtingen voor waar moet aannemen, behoudens tegenbewijs.

Voor zover ZSP meent dat de conclusie – dat ZSP de Waadi niet heeft overtreden – moet worden aanvaard, faalt het verweer. De rechter is niet gebonden aan die conclusie en overigens ook niet aan de rechtsopvattingen, de interpretaties en zelfs niet aan de feiten (die immers vatbaar zijn voor tegenbewijs), verwoord in het rapport van de Arbeidsinspectie.

Voor zover ZSP meent dat de vordering reeds op grond van (de conclusie van) dit rapport moet worden afgewezen, faalt dat verweer.

3.6.2. ZSP voert aan dat artikel 10 Waadi zich niet tot haar richt. De tekst van artikel 10 Waadi is evenwel duidelijk: “Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt, (...), geen arbeidskrachten ter beschikking voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf (...), waar de werkstaking, (...) heerst”. Hier zijn degenen die, volgens de FNV, arbeidskrachten ter beschikking hebben gesteld zowel ZSP als NBV. Het bedrijf waar de werkstaking heerst is VLB.

Het verbod richt zich hier derhalve tot ZSP en NBV (zoals het verbod zich ook richtte tot NedTrain als zou zijn aangenomen dat NedTrain werknemers ter beschikking had gesteld aan de bestaakte werkgever).

Het verweer faalt.

3.6.3. Voor de toepasselijkheid van artikel 10 Waadi is de rechtsverhouding tussen degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt (NedTrain als opdrachtgever/ZSP als vergunningsverlener) en de bestaakte werkgever (het schoonmaakbedrijf c.q. VLB waar gestaakte werd) in beginsel niet bepalend. Het gaat om de vraag of arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld aan het bestaakte bedrijf (door dat bedrijf zijn “ingehuurd”), althans dat daarbij is bemiddeld, en het antwoord op die vraag kan niet reeds worden afgeleid uit die rechtsverhouding.

Dat ZSP geen uitzendbureau of anderszins intermediair in arbeidskrachten is (3.7 cva), is niet relevant (punt 39 mvg en de daar geciteerde passage Tweede Kamer, 1996-1997, 25264, nr. 3, p.17). Ook als zij dat niet is, dient zij het verbod van artikel 10 Waadi na te leven.

De daaraan ontleende verweren van ZSP en NBV falen.

3.6.4. Met een en ander is nog niet gezegd dat ZSP en/of NBV arbeidskrachten ter beschikking hebben gesteld aan VLB. De toepasselijkheid van artikel 10 Waadi spitst zich toe op de vraag of de door ZSP en/of NBV ingeschakelde arbeidskrachten ter beschikking van VLB zijn gesteld. ZSP heeft bovendien gesteld (cva p. 2) dat zij geen arbeidskrachten tegen betaling door VLB aan VLB ter beschikking heeft gesteld. Daarom treft overweegt het hof het volgende.

3.6.5. Voor het aannemen van de terbeschikkingstelling door ZSP is niet voldoende de omstandigheid dat de door ZSP ingeschakelde bootlieden hetzelfde werk deden dat ingevolge de vergunningverlening aan VLB was gegund/opgedragen en zich aldus mengde in het arbeidsconflict tussen VLB en de FNV. Vereist is immers dat die bootlieden het werk deden in het bedrijf van VLB (in de NedTrain-zaak deden de ingehuurde schoonmakers wel het werk van het bestaakte bedrijf, maar niet in dat bedrijf).

In de toelichting op grief 2 (en punt 5 mvg) stelt de FNV dat de opdrachten die tijdens de staking door VLB zijn uitgevoerd door VLB zelf zijn uitgevoerd met behulp van door ZSP



aangeboden bootlieden. Zij boden hulp bij de afhandeling van het scheepvaartverkeer. Daarbij werd gebruik gemaakt van de bedrijfsmiddelen van de VLB bestaande uit boten, veiligheidsvesten en portofoons.

ZSP stelt (p. 10 cva) daarentegen:

“De ambtenaar van de Arbeidsinspectie heeft vastgesteld dat de door ZSP ingehuurde ZZP-ers als zelfstandige weten op welke wijze zij de werkzaamheden moeten uitvoeren, maar dat door de in beginsel gebrekkige topografische kennis van de Vlissingse haven de VLB geadviseerd heeft de door ZSP ingehuurde ZZP-bootlieden te koppelen aan een eigen werknemer van VLB, zodat de ZZP bootlieden kennis zouden krijgen van de Vlissingse haven. Voorafgaand aan het werk zouden de door ZSP ingehuurde ZZP-ers een instructie krijgen van de VLB. Deze instructie zag dus niet op de wijze waarop de werkzaamheden uitgevoerd moeten worden, maar op de topografie van de Vlissingse haven.”

ZSP maakt deze gang van zaken kennelijk tot de hare.

Naar het oordeel van het hof staat hiermee (op grond van de vaststaande feiten) vast dat de door ZSP aangetrokken bootlieden werkzaamheden hebben uitgevoerd in de onderneming van VLB. Immers, aangenomen moet worden dat zij behulpzaam zijn geweest bij het werk van de niet-stakende werknemers van VLB. Het is dan ook niet zo dat de door ZSP aangetrokken bootlieden zelfstandig, buiten de onderneming van VLB om, werkzaamheden hebben verricht.

Het door de Arbeidsinspectie gemaakte onderscheid kan niet worden aanvaard. Ook al waren de ingehuurde bootlieden, naar mag worden aangenomen, bekwaam, dat doet niet af aan het feit dat zij aldus tezamen met niet-stakende werknemers binnen VLB het werk dat aan VLB was vergund, uitvoerden.

ZSP betwist overigens niet dat de door haar aangetrokken bootlieden hebben gewerkt met bedrijfsmiddelen van VLB.

Het komt het hof ook onaannemelijk voor, en dat is ook onvoldoende onderbouwd, dat die bootlieden geheel zelfstandig buiten de onderneming van VLB om werkzaamheden zouden hebben kunnen verrichten. Dat dit niet het geval is, volgt ook uit het hiervoor bij de feiten geciteerde citaat uit het rapport van de Arbeidsinspectie. Overigens blijkt niet dat ZSP aan de bootlieden een vergunning had verstrekt, zoals deze aan VLB was verleend.

Voor de toepassing van artikel 10 Waadi is overigens niet beslissend of werkwilligen hulp van de bootlieden van ZSP hebben gehad of, omgekeerd, dat de werkwilligen hulp hebben geboden aan de bootlieden van ZSP.

Dit verweer faalt.

3.6.6. ZSP voert nog aan dat de door haar aangetrokken bootlieden geen instructie van VLB hebben ontvangen, maar dat zij hun opdrachten kregen van C-port, een onderaannemer van VLB.

Daarbij is artikel 1 onder c Waadi van belang. Terzijde merkt het hof op dat in artikel 1 onder i van de Arbeidsvoorzieningswet 1990 nog stond “toezicht of leiding”.

Naar het oordeel van hof volgt uit het rapport van de Arbeidsinspectie, hiervoor in rov. 3.1.5 aangehaald, hetwelk door ZSP niet wordt betwist, dat de ter beschikking gestelde bootlieden werkten onder toezicht en leiding van VLB. Dat de bootlieden dit werk geheel zelfstandig konden doen, maakt dit niet anders.

Het hof merkt hierbij op dat aan het vereiste van toezicht en leiding niet al te zware eisen kunnen worden gesteld. Het gaat immers, zo ook hier, om kortdurende inhuur, door arbeidskrachten die zelfstandig kunnen werken. Voor voldoening aan dit vereiste is dan ook voldoende dat zij “onder de vlag” van de bestaakte werkgever (VLB) hebben gewerkt. Daarmee is voldaan aan het vereiste van *in dat bedrijf of die onderneming* (artikel 10 Waadi).

Dit verweer faalt.

3.6.7. ZSP betoogt dat niet is voldaan aan het vereiste van “tegen vergoeding” in artikel 1 onder c Waadi. Het hof merkt eerst op dat niet aanstonds duidelijk is wie in deze bepaling de

vergoeding betaalt en wie deze ontvangt. De FNV betoogt mogelijk dat aan dit vereiste reeds is voldaan omdat ZSP erkent de ingehuurde bootlieden te hebben betaald (niet wordt de eis gesteld dat de bestaakte werkgever de onderkruipers betaalt, punt 16 cvr). ZSP, zo begrijpt het hof, stelt dat niet aan dit vereiste is voldaan omdat zij de bootlieden heeft betaald, en juist niet VLB. Terzijde merkt het hof op dat in artikel 1 onder c mogelijk ook kan gaan om een vergoeding van VLB aan ZSP.

Vast staat wel dat de door ZSP aangetrokken bootlieden zijn betaald voor het werk. Naar het oordeel van het hof zou aan de strekking van artikel 10 Waadi op onaanvaardbare wijze afbreuk worden gedaan als de toepasselijkheid van die bepaling afhankelijk zou zijn van de vraag of is betaald en zo ja, wie de bootlieden of degene die de arbeidskrachten ter beschikking heeft gesteld, heeft betaald.

Wat hier ook van zij, de wetgever heeft de toepasselijkheid niet willen koppelen aan de vraag of en door wie aan wie een vergoeding is betaald. In artikel 85 van de Arbeidsvoorzieningenwet wordt die (vergoedingen) eis niet gesteld. Uit de hiervoor (rov. 3.3.3) aangehaalde parlementaire geschiedenis van de Waadi blijkt dat de wetgever het onderkruipersverbod handhaaft, zonder dat een beperking wordt aangebracht. Aangenomen moet worden dat artikel 10 Waadi dan ook niet afhankelijk is van een vergoedingeneis. In de beginwoorden van artikel 10 van de Waadi ligt kennelijk niet een verwijzing naar de begripsbepaling van de Waadi besloten. De Waadi-wetgever heeft aldus de aard en de omvang van het onderkruipersverbod niet willen beperken door het vergoedingenelement in te voeren met de woorden “degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt”.

Dit verweer faalt.

3.6.8. ZSP voert aan dat het de Havenmeester niet was te doen om de staking te breken of te bemoeilijken. Het was hem enkel te doen om een veilige en vlotte verkeersafwikkeling, ter voorkoming van nautisch gevaar en het voorkomen van schade voor ZSP.

Wat er ook van de bedoelingen van de Havenmeester zij, zijn intentie is niet een factor van belang. Ook bij goede bedoelingen had hij zich te onthouden van inmenging in de staking en van het doen uitvoeren van besmet werk. Het eigen (financiële) belang van ZSP is stellig geen grond voor inbreuk op artikel 10 Waadi. Overigens wordt de mogelijke schade niet onderbouwd.

Bovendien is niet onderbouwd of aangetoond op welke gevaren ZSP doelt of hoe reëel deze waren (een deel van het personeel van VLB werkte nog wel) noch dat de inzet van bootlieden uit andere havens de enige optie was om dan die eventuele gevaren te voorkomen. Blijkens het rapport van de Arbeidsinspectie is het ZSP die bepaalt waar een schip moet worden aangemeerd. Gesteld noch gebleken is dat het voor ZSP onmogelijk was te bepalen dat de binnenkomende schepen niet naar andere havens konden worden geleid of waarom vertrekkende schepen in het kader van de veiligheid moesten worden bediend bij de afvaart. Het beroep op “slecht weer”, dat overigens ook niet wordt onderbouwd, is ontoereikend.

Het verweer faalt.

3.6.9. De conclusie is dan dat ZSP in strijd heeft gehandeld met artikel 10 Waadi en daarmee onrechtmatig jegens de FNV.

### **3.7. De overige verweren van ZSP.**

3.7.1. In rechtsoverweging 3.6.8 ligt tevens besloten dat het beroep van ZSP op een rechtvaardigingsgrond niet kan worden gehonoreerd.

3.7.2. In punt 5.1 van de conclusie van antwoord stelt ZSP dat de werkzaamheden die de bootlieden hebben verricht vallen onder de bestuursrechtelijke bevoegdheden van de Gemeenschappelijke Regeling ZSP, en niet onder die van ZSP N.V. De handelingen van de Havenmeester kunnen aldus niet aan ZSP N.V. worden toegerekend.

NV ZSP is opgericht met het doel de publiekrechtelijke taken van de Gemeenschappelijke Regeling uit te voeren. Gesteld noch gebleken is dat ZSP N.V. ten tijde van de staking nog niet (mede) was belast met deze taken. Het is aldus de Gemeenschappelijke Regeling en de ZSP N.V. om onderling te bepalen wie de door de Havenmeester veroorzaakte schade heeft te

dragen. De taakverdeling in hun onderlinge verhouding, welke deze ook moge zijn geweest ten tijde van de staking (dat wordt niet onderbouwd), kunnen zij de FNV niet tegenwerpen.

Het verweer faalt.

3.7.3. ZSP voert aan dat niet is voldaan aan de relativiteitseis van artikel 6:163 BW (onder meer hoofdstuk 6 cva).

3.7.4. Zij voert daartoe eerst aan dat artikel 10 Waadi slechts strekt tot bescherming van de belangen van de stakers, niet die van de FNV.

Aan het onderkruipersverbod ligt ten grondslag het idee dat het geen pas geeft wanneer door het ter beschikking stellen van arbeidskrachten het verloop van een collectief arbeidsconflict wordt beïnvloed. Het verbod wordt noodzakelijk geacht voor de bescherming van goede arbeidsverhoudingen. Het verbod richt zich derhalve tot iedereen en elke onderneming die betrokken is bij het arbeidsconflict. Voor de FNV is dat onmiskenbaar het geval.

Het verweer faalt.

3.7.5. ZSP voert mede aan, onder andere onder verwijzing naar HR 16 februari 1973, NJ 1973/463 en HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219 en NJ 2008/492, dat de FNV ook een norm heeft geschonden en zich daarmee zodanig heeft gedragen dat zij zich heeft onttrokken aan bescherming van de geschonden norm. Zij stelt daartoe dat de FNV misbruik heeft gemaakt van haar recht haar leden op te roepen tot staking. ZSP onderbouwt dit misbruik, stellende dat de FNV haar stakingsrecht heeft gebruikt (misbruikt) om haar positie in de haven te versterken, niet om de belangen van een handvol werknemers van VLB te dienen. Ook wordt aangevoerd dat alle personeelsleden akkoord waren met het nieuwe rooster (inzet van de staking) maar dat twee personeelsleden, kaderleden van de FNV, graag wilden dat dit rooster in de vorm van een CAO zou worden gegoten, waarmee VLB instemde.

Dit "handjevol" stakers wordt door ZSP gekwantificeerd tot 14 van de 29 personen die op de loonlijst staan (6.8 cva).

Deze weerklink betreft een pamflet (prod. 20 bij inl. dagv.) ondertekend door de directeur van ZSP en W waarin het vervoer van bananen via de haven van Vlissingen wordt aanbevolen, onder andere met de aantekening:

"Labor flexibility – no unions, a history of strike-free operations, (...)."

3.7.6. Naar het oordeel van het hof levert hetgeen ZSP stelt volstrekt onvoldoende grond om misbruik van recht van de FNV aan te nemen, zelfs als moet worden aangenomen dat het pamflet de FNV "in het verkeerde keelgat is geschoten". Feit is dat ongeveer de helft van het personeel aan de staking deelnam en dat de staking door de FNV werd ondersteund. Dat die staking was gericht tegen ZSP of NBV is gesteld noch gebleken. Voor hen was de staking mitsdien een gegeven.

3.7.7. ZSP voert in dit verband nog aan (cvd hoofdstuk 2) dat niet is voldaan aan het vereiste van artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH). Er zou onder meer geen stakingsrecht ter zake van verplichtingen uit eerder gesloten cao's bestaan, noch zou sprake zijn van een belangengeschil. ZSP heeft, zo stelt zij, terecht geen gebruik gemaakt van artikel G ESH. De staking zou aldus niet rechtmatig zijn geweest.

3.7.8. Wat er ook zij van de verhouding tussen de stakers en de FNV enerzijds en hun werkgever (VLB) anderzijds, het was niet aan ZSP die staking te ondermijnen. Artikel 10 Waadi maakt geen onderscheid naar geoorloofde of ongeoorloofde stakingen terwijl die bepaling, noch enige andere bepaling ertoe strekt om ZSP te beschermen tegen ongeoorloofde stakingen. Die bepaling strekt ertoe te verbieden dat derden, zoals ZSP en NBV, zich mengen in een arbeidsconflict waar zij zelf buiten staan. De enkele omstandigheid dat de staking achteraf mogelijk onrechtmatig of ongeoorloofd wordt geoordeeld, doet dan niet af aan de gemaakte inbreuk.

Overigens kan niet worden vastgesteld dat de FNV misbreuk heeft gemaakt van haar recht om stakers bij te staan. Wat er ook zij van het nieuwe rooster, kennelijk wilden de 14 stakers zich daar niet aan binden, anders dan ZSP stelt.

### 3.7.9. Het verweer faalt.

#### **3.8. De NBV**

3.8.1. Naar het oordeel van het hof heeft ook de NBV in strijd met de Waadi, hetzij artikel 10, hetzij artikel 3 lid 2, gehandeld. Door haar tussenkomst (bemiddeling) en met haar medewerking zijn immers – met tussenkomst van ZSP – bootlieden ingezet in de bestaakte onderneming VLB, die aldaar besmet werk hebben uitgevoerd. NBV was op de hoogte van de staking. NBV heeft aldus onrechtmatig gehandeld jegens de FNV. Voor zover NBV verweren heeft gevoerd die gelijkkluidend zijn aan die gevoerd door ZSP falen deze op de aangegeven gronden.

3.8.2. NBV stelt nog, kennelijk ten verwere, dat zij een beroepsvereniging is die als koepel- en branchevereniging dient. Zij is geen werkgeversvereniging. Er is geen sprake van een gezagsverhouding tussen haar leden, de verenigingen/coöperaties, en de bootlieden, zo stelt NBV.

Aan deze verhoudingen, welke deze ook moge zijn – de FNV heeft een andere opvatting – kan naar het oordeel van het hof geen verweer worden ontleend. Zowel artikel 3 lid 2 als artikel 10 Waadi richten zich tot “degene die” en maken derhalve geen onderscheid tussen de mogelijke verhoudingen met de arbeidskrachten (bootlieden).

3.8.3. NBV voert aan dat zij slechts de oproep van de havenmeester van ZSP van 20 december 2010 heeft doorgezonden aan haar leden. Zij zou aldus niet hebben bemiddeld.

Naar het oordeel van het hof dient deze handelwijze van NBV te worden gekwalificeerd als bemiddeling. De wet maakt geen onderscheid naar de zwaarte van de bemiddeling. Het hof wijst hier naar de wetsgeschiedenis aangehaald in de rechtsoverweging 3.3.3, waaruit blijkt dat in de tekst van de Waadi, in verband met de begripsbelangen, geen beperking besloten ligt. Het is zonder meer verboden om besmet werk te frustreren.

3.8.4. Voor zover NBV stelt, met een beroep op het NedTrain-arrest, dat zij een derde is, zodat zij niet wordt getroffen door het verbod van de Waadi faalt het (op de gronden uiteengezet in rov. 3.6.2). Voor zover NBV meent dat door haar bemiddeling de bootlieden ter beschikking zijn gesteld aan ZSP en niet aan VLB wordt dit verweer verworpen. De bootlieden zijn ingezet bij VLB en NBV wist dat en dat is toereikend.

### 3.9. De schade, het causaal verband en de toerekening van de schade.

3.9.1. De FNV vordert een bedrag van € 15.000,= aan immateriële schadevergoeding bestaande uit de geschonden naam (imagoschade) en reputatie en het verlies van werfkracht.

Naar het oordeel van het hof is het voldoende aannemelijk dat het inzetten van bootlieden om besmetwerk te doen de FNV immateriële schade heeft toegebracht. Door die inzet werd immers het stakingsmiddel ondermijnd en kon de FNV “haar vuist” niet die kracht geven die zij had beoogd. Het minder goed verlopen van een door de FNV ondersteunde staking wordt de FNV in het maatschappelijk verkeer (mede vanwege de perspublicaties) aangerekend. Zij lijdt gezichtsverlies.

Het hof begroot deze schade op het gevorderde bedrag van € 15.000,=. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de FNV voor haar werfkracht in hoge mate is aangewezen op haar positie bij de onderhandelingen over CAO's en bij het inzetten van het stakingsmiddel. Een inbreuk daarop, zoals hier aan de orde, raakt de FNV hard.

Naar het oordeel van het hof bestaat er voldoende causaal verband tussen de handelwijze van ZSP en NBV en deze schade, die ook zonder meer aan hen – als stakingbrekers – kan worden toegerekend.

3.9.2. De FNV vordert € 70.761,64 terzake van gemaakte kosten ten behoeve van een manifestatie (punt 64 inl. dagv.). Zij voert daartoe aan dat zij, teneinde haar reputatie in de Zeeuwse haven te herstellen en de actievoerende bootlieden (die door de weigering van de werkgever om hen tot het werk toe te laten ook geen inkomen meer hadden) te steunen, op 30 januari 2011 in de Zeelandhallen een manifestatie heeft gehouden. De zaalhuur en de materialen bedroegen € 38.077,69, de kosten ten behoeve van het maken van propagandamateriaal € 32.683,95.

Naar het oordeel van het hof is onvoldoende komen vast te staan dat deze kosten een gevolg zijn geweest van het onrechtmatig handelen van ZSP en NBV. De achtergrond van de manifestatie was veeleer gelegen in de houding van VLB in het arbeidsconflict. Dat de manifestatie in het teken van reputatieherstel stond, is niet onderbouwd en ook niet aannemelijk, behoudens wellicht als een gunstig neveneffect.

Deze vordering wordt afgewezen.

3.9.3. De FNV vordert een bedrag van € 30.000,= (circa 75% van de werkelijk gemaakte kosten) in verband met de kosten van de door de FNV gedane stakingsuitkeringen (punt 62 inl. dagv.), nodig omdat de staking langer heeft geduurd dan gebruikelijk is en verwacht mocht worden zonder de inzet van de ingezette bootlieden.

Naar het oordeel van het hof is voor dit standpunt geen grond te vinden in de omstandigheden van het geval. VLB was de onderhandelingspartner van de FNV en niet is gebleken dat zij zich niet even onverzettelijk en onverzoenlijk zou hebben gedragen jegens de FNV als er geen bootlieden waren ingezet. De staking heeft ook uiteindelijk geleid tot het ontslag van de stakers.

Deze vordering wordt afgewezen.

3.9.4. De FNV vordert € 42.796,16 in verband met gemaakte advocaatkosten vanwege het voeren van juridische procedures (ontslagzaken) ten behoeve van de werknemers van VLB (punt 63 inl. dagv.).

Deze vordering is niet toewijsbaar. Uit niets blijkt dat VLB niet tot ontslag zou zijn overgegaan indien de bootlieden niet waren ingezet.

3.9.5. De FNV vordert een bedrag van € 8.500,= ter zake van twee door de FNV gevoerde kortgedingprocedures. Deze vordering dient te worden afgewezen reeds omdat in die procedures over de proceskosten is geoordeeld en voor toewijzing ook anderszins geen plaats is (HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147).

3.9.6. De FNV vordert ten slotte een bedrag van € 5.877,93 ter zake van buitengerechtigde kosten. Het hof acht toereikend vaststaan dat FNV kosten heeft gemaakt. Toewijsbaar is € 925,= (volgens de staffel BIK) en dat deze kosten de dubbele redelijkheidstoets kunnen doorstaan.

3.9.7. Het beroep van ZSP en NBV op eigen schuld van de FNV en de billijkheidscorrectie faalt, omdat van eigen schuld aan de reputatieschade geen sprake is en er billijkheidshalve niets te corrigeren valt.

3.10. ZSP en NBV hebben hun hoofdelijke aansprakelijkheid betwist op grond van artikel 6:6 BW. Zij miskennen daarbij evenwel dat de terbeschikkingstelling van de bootlieden door hen gezamenlijk is gedaan, zodat zij ook gezamenlijk de onrechtmatige daad hebben begaan, waardoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn, artikel 6:166 BW.

3.11. De wettelijke rente ten aanzien van de buitengerechtigde incassokosten is verschuldigd vanaf de dag der inleidende dagvaarding.

De wettelijke rente over de reputatieschade is verschuldigd vanaf het moment waarop de onrechtmatige daad werd gepleegd, december 2010, dus ook vanaf de dag die de FNV noemt, 25 april 2012.

3.12. Nu de hiervoor gegeven beslissingen zijn gegrond op feiten en omstandigheden die tussen partijen vaststaan, is er geen grond voor verdere bewijslevering.

3.13. Nu partijen over en weer deels in het (on)gelijk zijn gesteld zullen de proceskosten worden gecompenseerd. Grief 4, die betrekking heeft op de proceskosten, faalt.

#### **4. De uitspraak**

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw recht doende:

veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk – zo dat als de een heeft betaald, de andere(n) bevrijd zal/zullen zijn – tot betaling aan de FNV van een bedrag van:

€ 15.000,= te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 25 april 2012 tot de dag der algehele voldoening,

€ 925,= te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der inleidende dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

en verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep aldus dat elk van partijen haar eigen kosten draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

» **Noot**

De kernvraag in deze uitspraak is of Zeeland Seaports (ZSP) en de Nederlandse Bootlieden Vereniging (NBV) in deze omstandigheden als werkgevers of als derden moeten worden aangemerkt in de zin van art.10 Waadi. Daarbij spitst de toepasselijkheid van het onderkruipersverbod zich toe op de vraag of de door ZSP en NBV ingeschakelde arbeidskrachten ‘ter beschikking zijn gesteld’ aan de bestaakte werkgever, de Vlissingse Bootliedenwacht (VLB). Het antwoord van het Hof luidde bevestigend.

Het ‘onderkruipersverbod’ uit art. 10 Waadi ziet op het ‘onderkruipen’ in de onderneming waar gestaakt wordt. Het artikel verbiedt dat arbeidskrachten worden aangetrokken of ingezet voor het verrichten van ‘besmet werk’ vanwege een arbeidsconflict; werkzaamheden die onder normale omstandigheden door de bij het arbeidsconflict betrokken werknemers zouden worden verricht. Uit het artikel volgt dat vereist is dat tegen vergoeding arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld aan de bestaakte onderneming, voor het onder diens leiding of toezicht verrichten van arbeid. Het ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ is nader gedefinieerd in art. 1 lid 1 sub e Waadi.

Alhoewel er relatief weinig rechtspraak en literatuur over dit artikel is gepubliceerd – blijkbaar roept het verbod in de praktijk geen grote problemen op –, heeft het Hof Amsterdam zich eerder uitgesproken over deze kwestie in het *NedTrain*-arrest (Hof Amsterdam 24 januari 2008, «JAR» 2008/105, m.nt. R.M. Beltzer). Kort gezegd ging het daar om het volgende. Er waren stakingen uitgebroken bij schoonmaakbedrijven die in opdracht van NedTrain en NS de passagierstreinen schoonhielden. NedTrain had naast haar eigen personeel andere schoonmaakbedrijven, waaronder Plataco, ingeschakeld om deze schoonmaakwerkzaamheden uit te voeren. Hier was sprake van een arbeidsconflict tussen de opdrachtnemers van NedTrain en hun werknemers, niet tussen NedTrain en de werknemers zelf. Het Hof concludeerde dat art. 10 Waadi zich slechts tot de bestaakte werkgever richt en niet tot een derde die buiten het arbeidsconflict staat. Art. 10 Waadi beoogt enkel te voorkomen dat het bestaakte bedrijf arbeidskrachten inhuurt om het werk van de stakende werknemers over te nemen. NedTrain werd gekwalificeerd als derde tot wie de Waadi zich niet richtte. NedTrain mocht dus de schoonmaakopdracht door anderen laten verrichten.

Waar het Hof Amsterdam in het *NedTrain*-arrest sterk leunde op de beperkte reikwijdte van het verbod en de wetsgeschiedenis van art. 10 Waadi, wordt hier een ruime invulling gegeven aan het verbod. ZSP en NBV worden niet als derden aangemerkt, waardoor het verbod zich wel degelijk tot hen richt. Dit punt lijkt tegenstrijdig met het *NedTrain*-arrest. Een deel van de bestaakte werkzaamheden in de haven werd weliswaar uitgevoerd, maar ZSP of NBV leken geen arbeidskrachten ter beschikking gesteld te hebben aan het bestaakte bedrijf VLB. De ingeschakelde arbeidskrachten (bootlieden) verrichtten de werkzaamheden in opdracht en voor rekening van ZSP. Het Hof oordeelt evenwel dat de door ZSP aangetrokken bootlieden werkzaamheden hebben uitgevoerd *in de onderneming van VLB*. Immers, aangenomen moet worden, aldus het Hof, dat zij behulpzaam zijn geweest bij het werk van de niet-stakende werknemers van VLB. De aangetrokken bootlieden hebben niet zelfstandig, buiten de onderneming van VLB om, werk verricht. Ook werd niet betwist dat de aangetrokken bootlieden gewerkt hebben met bedrijfsmiddelen van VLB. Dat de Arbeidsinspectie andere conclusies had getrokken, acht het Hof niet van belang. Ook oordeelt het Hof dat aan het

vereiste van toezicht en leiding niet al te zware eisen kunnen worden gesteld. Voor voldoening aan dit vereiste is voldoende dat zij 'onder de vlag van' de bestaakte werkgever hebben gewerkt. Hier zijn de bootlieden ingezet bij VLB en NBV wist dat. Het Hof maakt glashelder dat het zonder meer verboden is om besmet werk te frustreren.

Vanuit werknemersbescherming en de effectiviteit van het stakingsrecht is deze ruime uitleg van het onderkruipersverbod begrijpelijk. Gelet op de wetsgeschiedenis lijkt de striktere interpretatie van het onderkruipersverbod in het *NedTrain*-arrest meer aan te sluiten bij de kennelijke bedoeling van de wetgever. Op basis van het *NedTrain*-arrest lijkt het verweer van ZSP en NBV terecht, te weten dat het niet de ingehuurde bootlieden van ZSP en NBS zijn die staakten, maar die van VLB, waardoor zij niet zonder meer gelijk gesteld konden worden met de bestaakte werkgever. Het Hof oordeelt dat dit verweer faalt. Voor toepasselijkheid van art. 10 Waadi is de rechtsverhouding tussen de ondernemingen in beginsel niet bepalend; wel de vraag of arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld in de bestaakte onderneming. Dat oordeel lijkt niet geheel in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Zo heeft de minister op vragen van de leden van Tweede Kamer onder andere geantwoord dat de opdrachtgever in zijn recht staat de opdracht door iemand anders te laten uitvoeren (*Kamerstukken II 2009/10, 29 544, nr. 254*). Voorts heeft de minister op Kamervragen naar aanleiding van het *NedTrain*-arrest zich wederom nadrukkelijk over deze kwestie uitgesproken: het verbod richt zich uitsluitend op de verhouding van de bestaakte werkgever en zijn werknemers en niet tot derden (*Aanhangsel Handelingen II 2007/08, kenmerk AM/BR/08/8299*).

Aan beide zaken ligt evenwel een aanzienlijk verschil in feitencomplex ten grondslag, waardoor de benadering van het Hof Den Bosch mijns inziens wel te billijken is. In de *NedTrain*-zaak hadden de ingehuurde schoonmakers weliswaar het besmette werk verricht, doch zelfstandig en niet in het bestaakte bedrijf, maar in het bedrijf van de opdrachtgever (te weten de treinen van NS). De opdrachtgever kon dan ook als derde worden aangemerkt omdat hij niet de arbeidskrachten in het bestaakte bedrijf ter beschikking had gesteld. Het Hof ziet dat in deze zaak anders en motiveert dat ook uitvoerig. De ter beschikking gestelde bootlieden hebben volgens het Hof samen met de niet-stakende werknemers werk verricht, *onder toezicht en leiding* van VLB en met behulp van bedrijfsmiddelen van VLB. Dat het Hof Den Bosch op basis van deze feiten geconcludeerd heeft dat feitelijk gewerkt is *in het bedrijf of de onderneming van VLB* en materieel het besmette werk daardoor gefrustreerd werd, is vanuit het beoogde doel van artikel 10 Waadi te verdedigen.

mr. M. van Eck,