

[JAR2016/190 Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem, 08-07-2016, C/15/244818/KG ZA 16-457, ECLI:NL:RBNHO:2016:5638 Invliegen piloten uit buitenland niet in strijd met onderkruipersverbod, Verplichting aankondiging staking minimaal zes uur tevoren, Stakingsverbod in vier weekenden](#)

Wetsbepaling(en): [WAADI artikel 1. BEGRIPSBEPALINGEN](#), [WAADI artikel 10. VERBOD TER BESCHIKKING STELLEN BIJ ARBEIDSCONFLICT](#), [BW BOEK 6 artikel 162](#), [BW BOEK 7 artikel 611](#)

Ook gepubliceerd in: [ECLI:NL:RBNHO:2016:5638](#), [AR-Updates.nl 2016-0752](#), Prg. 2016/209



Aflevering 2016 afl. 11
College Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem
Datum 08 juli 2016
Rolnummer C/15/244818/KG ZA 16-457
Rechter(s) mr. Schotman
Partijen De vereniging Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers te Badhoevedorp, eiseres in conventie, verweester in reconventie, advocaat: mr. J.W. Stam te Utrecht, tegen de private limited company Easyjet Airline Company Limited te Luton (Verenigd Koninkrijk), kantoorhoudende te Schiphol, gedaagde in conventie, eiseres in reconventie, advocaat: mr. H.M.J. Bogaard en mr. M.C.E. Peels te Amsterdam.
[Noot](#) *mr. M. van Woerden en mr. H.H.M.A. Foesenek*
Trefwoorden Invliegen piloten uit buitenland niet in strijd met onderkruipersverbod, Verplichting aankondiging staking minimaal zes uur tevoren, Stakingsverbod in vier weekenden
Regelgeving ESH - 6 lid 4 WAADI - 1 lid 3
WAADI - 10
BW Boek 6 - 162
BW Boek 7 - 611

**JAR 2016/190 Voorzieningenrechter
Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem,**

**08-07-2016, C/15/244818/KG ZA 16-457,
ECLI:NL:RBNHO:2016:5638**

**Invliegen piloten uit buitenland niet in
strijd met onderkruipersverbod,
Verplichting aankondiging staking
minimaal zes uur tevoren, Stakingsverbod
in vier weekenden**

»Samenvatting

Vliegersvakbond VNV en EasyJet voeren overleg over collectieve arbeidsvoorwaarden voor de in Nederland werkzame piloten (AMS-based piloten). Op 12 juni 2016 heeft VNV een staking uitgeroepen voor 14 juni 2016. Op die dag hebben 15 piloten gestaakt. EasyJet heeft 14 buitenlandse piloten, afkomstig van andere arbeidsplaatsen dan Amsterdam, ingezet om de vluchten uit te voeren. VNV stelt dat het onderkruipersverbod wordt geschonden en vordert een verbod om bij toekomstige stakingen werkzaamheden te laten uitvoeren door andere piloten. EasyJet vordert in reconventie een gebod om een staking minimaal 48 uur van tevoren aan te kondigen.

De voorzieningenrechter stelt vast dat EasyJet niet betwist dat de aangekondigde actie bij kan dragen tot doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, zij het dat zij wel de proportionaliteit betwist. Inzet van personeel om de effecten van een staking op te vangen, kan op velerlei wijzen plaatsvinden. Gelet op art. 10 WAADI en de wetsgeschiedenis daarbij heeft het onderkruipersverbod uitsluitend het oog op niet “eigen” personeel: personeel dat niet al een kostenpost voor de ondernemer vormde voordat de behoefte aan inzet ontstond. Bij het inzetten van eigen personeel is immers geen sprake van het ter beschikking stellen van personeel aan “een ander” in de zin van de WAADI. Ook indien niet al het personeel in dienst zou zijn van één vennootschap maar sprake zou zijn van een concern met meerdere ondernemingen, verhindert het bepaalde in art. 1 lid 3 WAADI dat sprake is van ter beschikking stellen. Voorts is relevant dat het onderkruipersverbod internationaal gezien allerm minst een uniform geldende norm is. Zo erkent de ILO het niet en net zomin het EU-recht. Het voorgaande zou anders zijn indien EasyJet piloten van buiten het bedrijf had ingehuurd of vliegers met wie zij al voor de aankondiging van de staking nul-urencontracten had gesloten, had opgeroepen, maar daarvan is geen sprake. De door VNV overwogen acties – kortdurende stakingen – vormen geen disproportionele actie. Het opleggen van een plicht tot voorafgaande aankondiging doet in aanzienlijke mate afbreuk aan de effectiviteit van het stakingsmiddel. Een belangenafweging brengt mee dat VNV een actie minimaal zes uur van tevoren moet aankondigen. Voorts mogen geen stakingsacties plaatsvinden in het weekend direct volgend op dit vonnis en gedurende de daaropvolgende drie weekenden tussen vrijdag 6.00 uur en zondag 6.00 uur Nederlandse tijd.

NB. De werkgever zet hier buitenlands personeel in om het werk doorgang te laten vinden. Deze personeelsleden zijn niet gebaseerd in Amsterdam en zullen geen lid zijn van de Nederlandse vakbond, zodat zij geen belang hebben bij de staking. De uitleg die de rechtbank hier geeft aan het onderkruipersverbod lijkt juridisch juist, maar holt het verbod wel uit. Zie voor een ruimere uitleg in een andere context Hof 's-Hertogenbosch, «JAR» 2016/94.

[beslissing/besluit](#)

»Uitspraak

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. VNV is een vakbond die als doelstelling heeft het creëren van goede arbeidsvoorwaarden voor verkeersvliegers. VNV heeft 3.500 leden die bijna allemaal in dienst zijn van Nederlandse luchtvaartmaatschappijen.

2.2. EasyJet is een Engelse besloten vennootschap die een luchtvaartmaatschappij exploiteert in het low-cost segment van de markt. Zij heeft haar hoofdkantoor op Airport London Luton in het Verenigd Koninkrijk en heeft daarnaast vestigingen (hierna ook: bases) in diverse landen in Europa. Alle Europese piloten, met uitzondering van de piloten gestationeerd in Zwitserland, zijn in dienst van EasyJet en hebben een arbeidsovereenkomst gesloten met EasyJet.

2.3. In december 2014 heeft EasyJet VNV als vakbond erkend.

2.4. Sinds maart 2015 heeft EasyJet een basis op Schiphol Airport, easyJet Airline Company Holland (hierna: EasyJet Holland). EasyJet Holland heeft piloten aangenomen op basis van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht (hierna: AMS-based piloten). Thans zijn 73 piloten in dienst van EasyJet Holland en daarvan zijn 61 piloten aangesloten bij VNV. EasyJet Holland beschikt over 7 vliegtuigen waarmee zij dagelijks vluchten uitvoert.

2.5. Op 19 augustus 2015 is op initiatief van VNV een overleg gestart tussen partijen over de collectieve arbeidsvoorwaarden van de bij EasyJet Holland werkzame piloten.

2.6. Op 12 juni 2016 heeft VNV in een persbericht aangekondigd dat zij haar leden, die werkzaam zijn bij EasyJet Holland en die vluchten uitvoeren vanuit Schiphol als basis, heeft opgeroepen om op 14 juni 2016 van 06.00 uur tot 14.00 uur het werk neer te leggen.

2.7. Bij brief van 14 juni 2016 van VNV aan EasyJet is onder meer als volgt vermeld:

“We have announced a work stoppage on June 14, 2016 from 6 AM until 2 PM. We received information that easyJet has asked or ordered pilots from other foreign easyJet bases to perform the flights of today. In our view, this practice is unlawful. We ask you to

confirm that you will not hire pilots from foreign bases as a replacement for pilots who are striking. (...)

As the planned strikes may get long-term in nature, we hereby announce that the industrial actions will continue as long as no substantial approach on the part of easyJet is made. The coming period we shall scale up the work stoppages (in time and frequency). Because easyJet is familiar with the industrial action as such and has initiated a protocol with this regard, our further actions (such as work stoppage) will be announced less than 48 hours in advance.

Of course further industrial actions can be prevented by easyJet by making an offer which meets our (reasonable) requests.”

2.8. Op 14 juni 2016 hebben 15 piloten van EasyJet Holland gestaakt. EasyJet heeft 14 piloten afkomstig van andere bases dan Amsterdam ingezet om de vluchten uit te voeren van de stakende piloten van EasyJet Holland.

2.9. Bij brief van 15 juni 2016 van EasyJet aan VNV is onder meer als volgt vermeld:

“In response to your letter dated 14 June 2016, we hereby confirm that we have operated lawfully and we will continue to protect our customers by lawful means. To ensure that we are able to protect our customer’s interests and in order to prevent unnecessary damages to the business, we trust that you will continue to notify us at least 48 hours in advance of any future industrial action, recognising that this is a reasonable notification period. In default of which we reserve the right to initiate legal proceedings to address any unreasonable notification and/or proceedings in relation to damages resulting.

We again ask you to consider our previous invitations to engage with us directly as opposed to the alternative approaches you set out in your letter.”

3. Het geschil in conventie

3.1. VNV vordert – samengevat – EasyJet te verbieden om gedurende 12 weken na betekening van dit vonnis gedurende een door VNV aangekondigde werkonderbreking of staking vluchten die gedurende de stakingsperiode normaliter door AMS-based piloten worden uitgevoerd, te laten uitvoeren door andere piloten dan AMS-based piloten van EasyJet, op straffe van een dwangsom van € 1.000.000,= per dag, met veroordeling van EasyJet in de kosten.

3.2. VNV legt aan haar vordering het volgende ten grondslag. VNV stelt dat de handelwijze van EasyJet door de inzet van buitenlandse piloten teneinde de staking te doorbreken onrechtmatig is omdat de werkonderbrekingen onder het bereik van artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest (hierna: ESH) vallen en daarom in beginsel door EasyJet moet worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht. VNV stelt dat zij belang heeft om collectieve acties te voeren aangezien zij met EasyJet in onderhandeling is over een vliegers-cao. EasyJet is, aldus VNV, echter op essentiële onderdelen niet bereid om een wezenlijke stap in de onderhandelingen te zetten, waardoor een patstelling is ontstaan. VNV is voornemens op korte termijn wederom van haar stakingsrecht gebruik te maken en stelt derhalve belang te hebben bij het voorkomen dat EasyJet de staking doorbreekt door de inzet van andere piloten.

3.3. EasyJet voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. EasyJet vordert – samengevat –

1. Primair:

VNV te verbieden om in verband met de door haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties te organiseren of daaraan deel te (laten) nemen voor een periode van 12 weken vanaf datum vonnis,

Subsidiair:

VNV te verbieden om in verband met de door haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties te organiseren of daaraan deel te (laten) nemen voor een periode van 12 weken vanaf datum vonnis, voor zover die werkonderbrekingen en/of stakingsacties plaatsvinden op enig moment binnen het tijdvak van vrijdag 06.00 uur tot en met zondag 23.59 uur,

2. VNV te verbieden dat zij in verband met de door haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties organiseert of daaraan deelneemt zonder aankondiging aan EasyJet, waarin in ieder geval wordt vermeld de aard van de stakingsactie of werkonderbreking alsmede de tijd en datum waarop deze stakingsactie of werkonderbreking zal plaatsvinden, welke aankondiging uiterlijk 48 uren vóór de aanvang van iedere stakingsactie of werkonderbreking per e-mail moet zijn ontvangen op het e-mailadres van de heren C. en E. van EasyJet,

3. te bepalen dat VNV aan EasyJet een dwangsom verbeurt van € 1.000.000,= voor iedere dag dat VNV verzuimt aan de verplichtingen onder 1. en 2. te voldoen.

4.2. EasyJet legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de gevoerde en nog te voeren stakingsacties van VNV disproportioneel en daarom onrechtmatig zijn, althans dat de voornoemde acties moeten worden beperkt. EasyJet stelt daartoe dat veel eisen van VNV reeds zijn ingewilligd of dat EasyJet daaraan is tegemoetgekomen en dat slechts op een enkel punt nog geen overeenstemming is bereikt. Voorts veroorzaken de acties schade zowel voor passagiers als voor EasyJet, hetgeen niet in verhouding staat tot het nagestreefde doel, aldus EasyJet. EasyJet stelt dat een beperking van het recht van VNV op staking maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is.

4.3. VNV voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling in conventie en in reconventie

5.1. Gelet op de samenhang zullen de vorderingen hierna gezamenlijk worden besproken.

5.2. De huidige stand van het stakingsrecht als uiteengezet in de arresten van HR 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3077, FNV c.s./Enerco) en HR 19 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1687, Amsta/FNV) kan, voor zover in dit geding van belang, als volgt worden omschreven.

(1) Artikel 6, aanhef en onder 4, ESH erkent het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten.

(2) Dit recht strekt tot het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen.

(3) Een werknemersorganisatie is in beginsel vrij in de keuze van middelen om haar onderhandelingsdoel te bereiken. Of (nog) sprake is van een collectieve actie in de sub (1) genoemde zin wordt vooral bepaald door het antwoord op de vraag of de actie redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen.

(4) Indien de organisatoren van een collectieve actie aannemelijk maken dat dit het geval is, valt de actie onder het bereik van artikel 6, aanhef en onder 4, ESH en moet deze in beginsel worden aangemerkt als een rechtmatige uitoefening van het sociale grondrecht op collectieve actie.

(5) Het ligt dan op de weg van degene die eist dat de uitoefening van het recht op collectieve actie in het concrete geval wordt beperkt of uitgesloten, om aannemelijk te maken dat deze beperking of uitsluiting gerechtvaardigd is.

(6) Dit laatste is slechts het geval indien beperkingen aan het recht op collectieve actie maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk zijn.

(7) Bij de beantwoording van de vraag of dat het geval is, dient de rechter alle omstandigheden mee te wegen, in het bijzonder de aard en duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden en de aard van die belangen en die schade.

(8) In dat verband kan ook (onder omstandigheden zelfs beslissende) betekenis toekomen aan het antwoord op de vraag of de in de rechtspraak aanvaarde processuele spelregels voor de uitoefening van het recht op collectief optreden zijn nageleefd.

5.3. Eén van de in dit geding aan de orde gestelde kwesties betreft de vraag of het EasyJet is toegestaan de effecten van de staking op te vangen door piloten uit andere vestigingen van EasyJet in te vliegen en die piloten de vluchten te laten uitvoeren die door stakende AMS-based piloten zouden worden uitgevoerd. Het antwoord op die vraag heeft gevolgen voor de effectiviteit van de voorgenomen acties, alsmede voor de grenzen die bij de uitoefening van het recht op collectieve actie in acht moeten worden genomen. Het komt daarom systematisch juist voor om de geschilpunten te bespreken aan de hand van de volgende drie vragen.

A. Zijn de voorgenomen stakingen in beginsel rechtmatige collectieve acties?

Deze overwegingen betreffen de beoordeling van de actie aan de hand van de hiervoor in 5.2 sub 1 tot en met 4 genoemde stappen.

B. Is het invliegen van piloten uit een andere vestiging een in beginsel rechtmatige reactie?

Deze overwegingen betreffen de uitleg van de verboden in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) en gaan in op de relatie tussen de regeling in die wet en de in artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) opgenomen norm van goed werkgeverschap.

Zij zullen uitmonden in beslissingen op de vordering in conventie.

C. Indien vraag A bevestigend wordt beantwoord: is het, mede gelet op het antwoord op vraag B, maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk om aan de voorgenomen uitoefening van het recht op collectieve actie één of meer van de in reconventie gevorderde beperkingen te stellen?

Deze overwegingen betreffen de toepassing van de in 5.2 genoemde stappen 6 tot en met 8. Zij gaan in op de rechtvaardiging voor de voorgenomen acties, de mogelijke effectiviteit daarvan en de te verwachten gevolgen van de acties, waaronder de schadelijke gevolgen voor de reizigers.

Zij zullen uitmonden in beslissingen op de vorderingen in reconventie.

Ad A: Zijn de voorgenomen stakingen in beginsel rechtmatige collectieve acties?

5.4. VNV heeft betoogd dat de aangekondigde collectieve actie redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Volgens VNV is aan dit criterium reeds voldaan indien de collectieve actie degene tegen wie deze zich keert kan prikkelen om uit de impasse te geraken en is dat hier het geval. De werkonderbreking en de daaraan verbonden gevolgen kunnen EasyJet bewegen om opnieuw met VNV om de tafel te gaan en toenadering te zoeken ten aanzien van de nog openstaande punten in de te sluiten cao.

EasyJet heeft ter zitting opgemerkt dat VNV het recht heeft om te staken. De voorzieningenrechter stelt op die grond vast dat EasyJet niet betwist dat de aangekondigde actie bij kan dragen tot doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Zij betwist wel dat de acties onder de geschetste omstandigheden proportioneel zijn.

Op dat standpunt zal onder C worden ingegaan.

Ad B: Is het invliegen van piloten uit andere EasyJet vestigingen een rechtmatige reactie?

5.5. Het debat tussen partijen over dit geschilpunt heeft zich toegespitst op het zgn. onderkruipersverbod, sedert 1 juli 1998 opgenomen in artikel 10 van de Waadi. Die bepaling luidt als volgt:

“Artikel 10. Verbod ter beschikking stellen bij arbeidsconflict

(Externe link)

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”

Voor een goed begrip zijn ook de volgende bepalingen uit de Waadi van belang.

“Artikel 1. Begripsbepalingen

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

c. 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;

d. onderneming: de onderneming, bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden;

(...)

3. In afwijking van het eerste lid, onderdeel c, wordt onder ter beschikking stellen van arbeidskrachten niet verstaan:

(...)

c. het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor het verrichten van arbeid in een onderneming, die door dezelfde ondernemer in stand wordt gehouden als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt.”

5.6. VNV betoogt dat het uitgangspunt van artikel 10 Waadi is dat geen arbeidskrachten ingezet mogen worden met het doel werkzaamheden te verrichten die normaliter door de stakers worden verricht. Dat is volgens VNV nu echter juist wat EasyJet doet door buitenlandse vliegers in te schakelen. Daarmee verstoort EasyJet de doelmatigheid en effectiviteit van de staking van VNV op zo ernstige wijze dat dit onrechtmatig moet worden geacht.

5.7. EasyJet heeft daarop primair gereageerd met de stelling dat de Waadi in het onderhavige geval niet van toepassing is omdat geen sprake is van “het ter beschikking stellen van arbeidskrachten”. Zij voert daartoe aan dat zij haar onderneming(en) zodanig heeft georganiseerd dat alle betrokken arbeidskrachten in dienst zijn van één en dezelfde werkgever.

Subsidiair doet EasyJet een beroep op de uitzondering van artikel 1 lid 3 sub c Waadi, de zgn. intra-concern uitzondering. In het geval er arbeidskrachten van een andere

branchvestiging van EasyJet ter beschikking worden gesteld aan de branchvestiging van EasyJet te Schiphol worden er arbeidskrachten ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid in een onderneming (branchvestiging easyJet Airline Company Holland) die door dezelfde ondernemer (easyJet Airline Company Ltd.) in stand wordt gehouden als de onderneming die de arbeidskrachten ter beschikking stelt (de andere branchvestiging). Blijkens artikel 1 lid 3 sub c Waadi valt deze situatie volgens EasyJet niet onder “ter beschikking stellen van arbeidskrachten” in de zin van artikel 1 sub c Waadi.

5.8. VNV heeft naar aanleiding van dat subsidiaire betoog opgemerkt dat uit artikel 10 jo 1 lid 3 sub c Waadi, gelezen in samenhang met artikel 1 lid 1 sub c Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) volgt dat de bedoeling van de wetgever is geweest dat (uitsluitend) werkwilligen van de zelfstandige eenheid waar wordt gestaakt, taken van stakende werknemers intern zouden kunnen oppakken. Een andersluidende uitleg zou volgens VNV een uitholling van het stakingsrecht betekenen aangezien multinationals in dat geval met een beroep op artikel 1 lid 3 sub c Waadi iedere staking kunnen breken door personeel van andere deelondernemingen of buitenlandse vestigingen in te zetten. VNV is van opvatting dat de uitzondering van artikel 1 lid 3 sub c Waadi uitsluitend ziet op ondernemingen in concernverband binnen Nederland.

5.9. Ter beoordeling van deze standpunten zijn de volgende passages uit de witte stukken van de Waadi (TK 1996-1997, 25 264) van belang.

Memorie van toelichting, nr 3, p. 4:

“Naar de huidige inzichten inzake de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen het publiek domein en het private domein dient de overheid zich te beperken tot haar kerntaken. Wat aan de private sector kan worden overgelaten valt buiten de bemoeienis van de overheid. Slechts waar basisniveaus van bescherming en ordening in het geding zijn ligt er een taak voor de overheid. In de vigerende regulering van de intermediairs op de arbeidsmarkt schuilen elementen die het kabinet thans niet meer tot het publiek domein zou rekenen.”

p. 12:

“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.”

p. 18:

“In het derde lid wordt uitgewerkt wat niet onder ter beschikking stellen van arbeidskrachten wordt verstaan.

Onderdeel c. van dit artikellid regelt, dat intra-concern uitlenen niet valt onder de regels die van toepassing zijn voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, die in deze wet zijn opgenomen. Hiertoe is aangesloten bij het begrip ondernemer in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden (artikel 1, eerste lid, onderdeel d, van die wet: ondernemer is de natuurlijke of rechtspersoon die een onderneming in stand houdt).”

Nota naar aanleiding van het verslag, p. 15:

“Bij een collectief arbeidsconflict is het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de conflicterende partijen om te bepalen welke middelen zij willen inzetten om hun argumenten kracht bij te zetten. Dat is een logisch gevolg van de onderhandelingsvrijheid zoals deze onder meer in het Europees Sociaal handvest wordt gegarandeerd. De overheid heeft slechts een taak wanneer hogere belangen in het spel komen. In deze situatie is de stelling denkbaar dat de ondernemer tegen wie gestaakt wordt vrij moet zijn in de keuze van de middelen welke hij aanwendt om zijn schade te beperken, waaronder het inhuren van uitzendkrachten. De ervaring leert evenwel dat door de inzet van uitzendkrachten het effect van de staking wordt afgebroken en dat daarmee de arbeidsverhoudingen als regel ernstige schade oplopen. Dat heeft zowel de SER, als de Stichting van de Arbeid ertoe gebracht om – onder volledige erkenning van het primaat van de onderhandelende partijen in het conflict – unaniem handhaving van het onderkruipersverbod te bepleiten. Het hogere, belang van instandhouding van goede collectieve arbeidsverhoudingen rechtvaardigt de continuering van deze bepaling die al sedert haar instelling – voor wat betreft arbeidsbemiddeling sinds 1930, voor wat betreft het ter beschikking stellen van arbeidskrachten sinds 1970 – haar nut heeft bewezen.

(...)

Uitgangspunt is, dat de arbeidskrachten niet worden aangetrokken of worden ingezet met het oog op het arbeidsconflict en voor de werkzaamheden, die door de stakers normaliter worden verricht. De bepaling ziet er zowel op toe, dat zittende uitzendkrachten het verloop van staking niet beïnvloeden door neergelegd werk van stakers over te nemen als dat gedurende de staking geen nieuwe uitzendkrachten worden aangetrokken.

Indien ter beschikking gestelde arbeidskrachten reeds werkzaam zijn bij de onderneming en niet worden ingezet voor de werkzaamheden, die door de stakers normaliter worden verricht dan kunnen zij blijven werken, ook wanneer zij door de vakvereniging worden opgeroepen tot staking, maar zij er de voorkeur aan geven om werkwillig te blijven. Wordt het contract verlengd met een zittende uitzendkracht dan ziet de bepaling van het onderkruipersverbod er op toe dat de zittende uitzendkracht geen werk gaat verrichten dat normaliter door de stakende werknemers wordt verricht.”

5.10. Inzet van personeel om de effecten van een staking op te vangen of te mitigeren kan op velerlei wijze plaatsvinden. Gelet op de tekst van artikel 10 Waadi en op de hiervoor vermelde toelichtende passages heeft het daarin opgenomen verbod uitsluitend het oog op niet “eigen” personeel: personeel dat niet al een kostenpost voor de ondernemer vormde vóórdat de behoefte aan inzet ontstond. Daartoe bevat artikel 10 jo artikel 1 Waadi een nauwkeurige omschrijving van wat wel en niet is toegestaan.

5.11. Gegeven de sub 2.2 vermelde vennootschapsrechtelijke structuur van de door EasyJet gedreven onderneming brengt dat mee dat het primaire standpunt van EasyJet juist moet worden geacht. Nu het door EasyJet ingezette personeel al vóór die inzet bij haar op de loonlijst stond, is immers van het ter beschikking stellen van personeel aan “een ander” in de zin van de Waadi geen sprake.

De omstandigheid dat EasyJet in organisatorische zin wellicht meer trekken heeft van een concern met meerdere ondernemingen ontnemt aan de genoemde juridische werkelijkheid niet de zelfstandige betekenis. En wanneer dat wel zo zou zijn, komt VNV er ook niet, want dan verhindert het bepaalde in artikel 1 lid 3 Waadi dat er sprake is van ter beschikking stellen.

5.12. De stelling van VNV dat bij multinationals het verband tussen de centrale en de buitenlandse vestiging zover verwijderd is dat het invliegen in weerwil van de tekst van die bepaling toch kwalificeert als terbeschikkingstelling van arbeidskrachten vindt in de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis van de Waadi geen enkele steun. Die stelling is bovendien veel te algemeen om een betrouwbaar kompas te kunnen zijn bij de uitleg en toepassing van de onderhavige regeling. Daarbij is mede van belang dat het onderkruipersverbod internationaal gezien allerm minst een uniform geldende norm is. De International Labour Organization (ILO) kent het niet. Het EU-recht evenmin; het laat in de Richtlijn Arbeidsvoorwaarden (2008/104EC) enkel blijken dat het de werking van nationale verboden niet beoogt te verhinderen, en de diverse nationale rechtsstelsels lopen op dit punt uiteen (zie: mr. J.M. van den Bergh en mr. F.B.J. Grapperhaus, Het onderkruipersverbod in het Nederlandse recht, TRA 2011/46, pp 1-15). Dat betekent dat internationaal opererende ondernemers zich bij het structureren van hun activiteiten bij gebrek aan een internationaal kompas (noodgedwongen moeten) oriënteren op de nationale rechtsstelsels van de landen waarin ze actief (willen) zijn. Het ook voor hen geldende belang van de rechtszekerheid zou onder die omstandigheden met een door teleologische desiderata gestuurde interpretatie die tegen de tekst van de regeling ingaat en in de wetsgeschiedenis geen steun vindt, te zeer in het gedrang komen.

5.13. Bij een en ander verdient ook nog opmerking dat in het onderhavige geval niet alleen het grondrecht van werknemers op collectieve actie in het geding is, maar ook het recht op vrijheid van ondernemen. Dit omvat het recht om de onderneming in vrijheid te structureren en te besturen en om door de inzet van eigen personeel schade aan de eigen belangen van de onderneming te voorkomen. De door VNV bepleite uitleg is ook om die reden niet te verkiezen, temeer niet nu de wetgever blijkens een hiervoor aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting slechts wil reguleren “waar basisniveaus van bescherming en ordening in het geding zijn” en het hier dus gaat om uitzonderingsrecht.

5.14. VNV heeft ter onderbouwing van haar betoog aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat EasyJet gebruik maakt van personeel in andere vestigingen, welk personeel aanzienlijk betere arbeidsvoorwaarden heeft, buiten het cao-conflict staat, eigen medezeggenschap heeft georganiseerd in eigen ondernemingsraden en eigen management en eigen leiding heeft, opererend onder het recht van het vestigingsland. Het kan niet worden ontkend dat dit belangwekkende gezichtspunten zijn, die meebrengen dat het invliegen van piloten feitelijk gezien trekken heeft van terbeschikkingstelling als in de Waadi omschreven. Zij zijn echter onvoldoende voor een ander oordeel dan hiervoor vermeld.

EasyJet zou mogelijk over de schreef gaan indien zij in verband met het invliegen van buitenlandse vliegers piloten van buiten haar bedrijf inhuurt om het tekort aan capaciteit op te vangen, of vliegers met wie zij al voor de aankondiging van de staking 0-urencontracten had daartoe oproept, maar gesteld noch gebleken is dat daarvan sprake is.

5.15. Uit het voorgaande volgt dat ook een beroep op de open norm van art 7:611 BW VNV niet kan baten. Toepassing van deze norm leidt niet tot een andere afweging van de hiervoor vermelde gezichtspunten en belangen of een afweging van andere gezichtspunten en belangen dan hiervoor vermeld.

5.16. De slotsom van het voorgaande is dat het invliegen van piloten door EasyJet uit andere vestigingen niet onrechtmatig is. Dat brengt mee dat de vorderingen van VNV in conventie zullen worden afgewezen.

Ad C: Indien vraag A bevestigend wordt beantwoord: is het, mede gelet op het antwoord op vraag B, maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk om aan de voorgenomen uitoefening van het recht op collectieve actie één of meer van de in reconventie gevorderde beperkingen te stellen?

5.17. Bij het beantwoorden van deze vraag dient de rechter alle omstandigheden mee te wegen, in het bijzonder de aard en duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden en de aard van die belangen en die schade en de vraag of de in de rechtspraak aanvaarde processuele spelregels voor de uitoefening van het recht op collectief optreden, waaronder het in acht nemen van een proportionaliteitstoets en een waarschuwingsplicht, worden nageleefd.

5.18. EasyJet meent dat de stakingsacties ongeoorloofd zijn. Volgens EasyJet staat de aard van de actie niet in verhouding tot het eisenpakket van VNV en de schade die een dergelijke actie met zich kan brengen. EasyJet is niet de “onwillige overlegpartner” zoals door VNV in de pers wordt beweerd. Zelfs na het door VNV gedane eindvoorstel heeft EasyJet nog toenadering gezocht (t.a.v. ziektegeld en sector pay) en de handreiking geboden om met elkaar verder te praten, zij het dat zij wel duidelijk heeft gemaakt dat zij niet bereid is om blind toe te geven op het eisenpakket van VNV. Het gat tussen partijen is klein, met uitzondering van één buitensporige pensioeneis.

Ook is de wijze waarop VNV zoekt naar manieren om belangen van de EasyJet passagiers te raken onevenredig aan het door haar nagestreefde eisenpakket. Impact bij EasyJet is één ding, maar een (langdurige en algehele) staking om de passagiers van EasyJet te raken is van een andere orde. Er moet dan ook een balans worden gevonden tussen de belangen van VNV en de belangen van EasyJet, respectievelijk haar passagiers. EasyJet erkent dat passagiers niet onaantastbaar zijn en dat zij als gevolg van collectieve acties overlast kunnen en mogen ervaren, maar is van opvatting dat een algehele stakingsactie onder de geschetste omstandigheden disproportioneel is, zeker indien de actie wordt ingezet in drukke weekenden. Om dezelfde reden zou VNV moeten worden verboden te staken indien die stakingen niet minimaal 48 uur van tevoren zijn aangekondigd.

5.19. VNV stelt dat EasyJet weigert om aan volkomen normale en gebruikelijke wensen tegemoet te komen. Anders dan EasyJet suggereert wil VNV geen KLM voorwaarden opleggen aan EasyJet. Ook na inwilliging van het door VNV neergelegde wensenpakket liggen de arbeidsvoorwaarden nog steeds vele tientallen procenten onder dat van andere in Nederland gevestigde maatschappijen. Verder zijn de arbeidsvoorwaarden die EasyJet in haar vestiging op Schiphol hanteert zo'n 20% lager dan die van EasyJet op ander bases en zo'n 30% a 40% lager dan die van andere low cost carriers in Nederland, zoals Transavia. Desalniettemin weigert EasyJet op essentiële onderdelen (indeling rooster, pensioen, verbetering loondoorbetaling bij ziekte) een wezenlijke stap te maken. EasyJet is dan ook niet zo meegaand als zij doet voorkomen.

VNV stelt dat zij ongeveer een jaar met EasyJet in gesprek is geweest over een cao. Het "onderhandelingsgat" is nog steeds niet gering. Het vertegenwoordigt ongeveer 10% aan loonwaarde. EasyJet wil hieraan vooralsnog niet tegemoetkomen. In die zin bestaat er een patstelling. Er is derhalve alle belang om de voorgenomen acties te voeren.

De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

5.20. Vooropgesteld moet worden dat het niet aan de voorzieningenrechter is om te beoordelen wat een redelijk arbeidsvoorwaardenpakket is en evenmin welk type actie op een gegeven moment proportioneel is aan een concreet eisenpakket. Collectieve actie is de voortzetting van de communicatie met andere middelen, waarbij ook in de keuze van actiemiddelen, de duur daarvan en de communicatie daarover, de verantwoordelijkheid primair bij de strijdende partijen ligt. Voor ingrijpen door de voorzieningenrechter is slechts plaats wanneer die aan partijen toekomende ruimte te buiten wordt gedaan.

5.21. Bij de beoordeling of en in hoeverre dat in casu het geval is verdient allereerst opmerking dat de voorzieningenrechter niet is gebleken dat VNV haar leden heeft opgeroepen tot een langdurige en algemene staking en evenmin dat VNV dat in de (nabije) toekomst van plan is. Dat zal in het navolgende dan ook uitgangspunt zijn.

5.22. De voorzieningenrechter stelt vast dat EasyJet onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de arbeidsvoorwaarden van de AMS-based piloten in aanzienlijke mate ongunstig afsteken bij die van de piloten in haar vestigingen in het buitenland en van andere budgetcarriers in Nederland. Zo heeft zij de percentages die VNV heeft gehanteerd in de door haar gemaakte vergelijking met de arbeidsvoorwaarden bij andere budgetmaatschappijen niet bestreden.

Voorts heeft EasyJet niet aannemelijk gemaakt dat zij zich in de onderhandelingen redelijk heeft opgesteld. Tot die vaststelling draagt bij dat EasyJet niet heeft betwist dat zelfs integrale inwilliging van de verlangens van VNV zouden leiden tot een pakket dat nog steeds achterstaat bij piloten in vergelijkbare omstandigheden. De voorzieningenrechter stelt op grond van de ter zitting door EasyJet gegeven antwoorden op de haar gestelde vragen vast dat EasyJet VNV thans tot 1/3 van de kosten van het door VNV verlangde pakket tegemoet is gekomen. Zij heeft niet kunnen aangeven wat haar argumenten zijn voor die zuinige opstelling. Gelet op de kleine miljard winst die zij over 2015 heeft geboekt zal die niet gelegen zijn in financieel onvermogen.

Ten slotte is van belang dat op vragen ter zitting naar wat men in verdere onderhandelingen nog kon bieden alleen antwoorden zijn gegeven die geen enkel houvast boden.

In aanmerking genomen de terughoudendheid die de voorzieningenrechter ten aanzien van de beoordeling van de posities van partijen past, is er dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de door VNV overwogen acties – kortdurende stakingen – een disproportionele reactie vormen op de opstelling van EasyJet in de onderhandelingen.

Dat oordeel heeft uiteraard betrekking op de onderhandelingen zoals die tot aan de zitting zijn gevoerd. Eventuele resultaten van het overleg na de zitting zijn de voorzieningenrechter niet bekend en dus ook niet in de beoordeling betrokken.

5.23. De voorzieningenrechter komt nu toe aan een bespreking van de door EasyJet verlangde beperkingen op het punt van aankondiging vooraf en tijdvakken waarin.

De voorzieningenrechter stelt daarbij het volgende voorop.

5.24. De rode draad in het betoog van EasyJet is de zorg voor het belang van haar passagiers. Dat is – uiteraard – een te respecteren belang. Bij de weging van dat belang in relatie tot andere belangen mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat de effectiviteit van een stakingsactie in publieksgerichte ondernemingen, zoals het openbaar vervoer bij uitstek is, groter is naarmate het publiek meer door de actie wordt geraakt. Dat publiek zal daardoor immers worden gestimuleerd om zich een opvatting te vormen over de inzet van het arbeidsconflict en de opstelling van de partijen daarin. Dat kan leiden tot een maatschappelijke discussie over die opstelling, die tot gevolg kan hebben dat partijen in het conflict gedwongen worden hun opstelling publiekelijk toe te lichten. In het geval die toelichting leidt tot publieke afkeuring van de opstelling van de partij wier positie het betreft, zal die daardoor (kunnen) worden geprikkeld om te gaan bewegen in de richting van een oplossing.

Deze maatschappelijke dynamiek kan aldus stimulerend werken op de oplossing van het conflict. De omstandigheid dat het publiek last heeft van de actie mag dan ook niet alleen negatief worden gewaardeerd. Dit oordeel kleurt mede hetgeen hierna wordt overwogen over de omvang van de aankondigingsplicht die aan VNV moet worden opgelegd.

5.25. Wat betreft de omvang van die plicht moet voorop staan dat de voorheen geldende opvatting dat het niet (tijdig) waarschuwen voor een collectieve actie op zichzelf voldoende grond is om die actie onrechtmatig te achten in de sub 5.2 aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad is verlaten. Of tevoren wordt/moet worden aangekondigd en zo ja op welke termijn is één van de factoren die bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de actie moet worden betrokken.

5.26. Vast staat dat VNV bij de staking van 14 juni 2016 aan de eis van aankondiging van een staking op een termijn van minimaal 48 uur van tevoren is tegemoetgekomen. EasyJet heeft ter zitting verklaard dat alle op 14 juni geplande vluchten konden worden uitgevoerd. Naar valt aan te nemen is dat met name gelukt doordat EasyJet dankzij de aankondiging voldoende tijd heeft gekregen om piloten uit andere vestigingen in te vliegen.

Het lijkt dan ook geen twijfel dat het opleggen van een plicht tot voorafgaande aankondiging in aanzienlijke mate afbreuk wordt gedaan aan de effectiviteit van het stakingsmiddel, in die zin waarin die sub 5.24 is opgevat. EasyJet heeft dat weliswaar bestreden door te verwijzen naar de uitspraken van VNV zelf, die de staking van 14 juni 2016 in de media als “succesvol” heeft bestempeld, maar de voorzieningenrechter acht

aannemelijk dat, indien het door EasyJet bepleite regime (invliegen mag en stakingen moeten op een minimale termijn van 48 uur worden aangekondigd) de uitkomst van dit kort geding zou zijn, al spoedig sprake zal zijn van een situatie waarin een staking op Schiphol tot niet veel meer leidt dan tot het opnieuw aflopen van een reeds beproefd draaiboek en het ongetwijfeld daarin opgenomen communicatieplan voor het effectief waarschuwen van reizigers.

Daarmee is niet gezegd dat een staking EasyJet dan helemaal niet meer zou raken, maar de scherpe kanten gaan er wel af.

De door EasyJet gevraagde aankondigingstermijn is dan ook een forse beperking van het aan VNV toekomende stakingsrecht, waarvoor zeer zware argumenten moeten kunnen worden gegeven. Die ziet de voorzieningenrechter op dit moment niet.

5.27. Met het voorgaande is niet gezegd dat er geen enkele aankondigingstermijn zou moeten gelden.

VNV heeft ter zitting de bereidheid uitgesproken om een voorgenomen actie aan te kondigen op een termijn gelijk aan 2 maal de duur van de aangekondigde actie, met een maximum van 24 uur. Die toezegging impliceert dat VNV ook de ruimte wil hebben om op bepaalde data bijvoorbeeld gedurende 1 uur te staken, met een aankondiging vooraf van 2 uur. Niet duidelijk is of zij dit type prikactie overweegt, maar aan de vrijheid om (bijna) onaangekondigd te staken moeten wel wat verdergaande grenzen worden gesteld, al was het maar om onrust op de luchthaven en paniek bij passagiers die op het punt staan om zich naar Schiphol te begeven of daarnaar onderweg zijn, te voorkomen.

De voorzieningenrechter zal dan ook voorschrijven dat VNV haar acties op een termijn van minimaal 6 uur voorafgaand aan de actie moet aankondigen, op de hierna te vermelden wijze. Gegeven de vrijheid die EasyJet heeft om personeel uit andere vestigingen in te vliegen, en haar voornemen die vrijheid te benutten, acht de voorzieningenrechter het niet op zijn weg liggen om op dit punt op dit moment verdergaande beperkingen te stellen, aangezien de balans in de machtsmiddelen die de strijdende partijen hebben daardoor te zeer ten gunste van EasyJet zou worden verstoord.

5.28. Ten slotte is er aanleiding om de mogelijke schadelijke effecten van de stakingen voor de reizigers te beperken wat betreft de tijdvakken waarin de stakingen mogen plaatsvinden, maar ook hier minder vergaand dan door EasyJet gewenst.

De voorzieningenrechter zal voorschrijven dat in het weekeinde direct volgend op dit vonnis in het geheel geenstakingsacties mogen plaatsvinden en dat deze gedurende de daaropvolgende drie weekeinden niet zijn toegestaan tussen vrijdag 6:00 uur en zondag 6:00 uur Nederlandse tijd.

Voor die beperking is redengevend dat Schiphol voor een groot aantal Nederlandse vakantiegangers luchthaven van vertrek pleegt te zijn en dat de genoemde weekeinden de pieken zijn van de komende zomervakantie.

5.29. In het algemeen genomen wordt partijen voorgehouden dat zij er gezamenlijk voor dienen te zorgen dat inzet van het stakingswapen zo min mogelijk plaatsvindt op een manier die er toe leidt dat reizigers daadwerkelijk niet naar hun vakantiebestemming kunnen

komen. De schade voor het reizend publiek moet zoveel mogelijk beperkt blijven tot de overlast ten gevolge van onzekerheid of ze zullen worden geraakt en de daardoor gestimuleerde behoefte aan het annuleren of omboeken van hun vluchten. Het staat EasyJet vrij om de kordaatheid die zij heeft laten zien wat betreft het invliegen van piloten ook ten toon te spreiden bij het afhandelen van de te verwachten omboekingsaanvragen en annuleringen en om ruimhartig om te gaan met schadeclaims van gedupeerde passagiers.

5.30. Het voorgaande leidt ertoe dat de vorderingen in reconventie onder 1, subsidiair, en onder 2 als hierna vermeld zullen worden toegewezen. Voor toewijzing van een verdergaand verbod op collectieve acties is geen aanleiding. De primaire vordering in reconventie onder 1 zal daarom worden afgewezen. Teneinde executiegeschillen te voorkomen zal de waarschuwingsplicht iets anders vorm worden gegeven dan gevorderd.

5.31. De dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als hierna in het dictum vermeld.

5.32. VNV zal als de in het ongelijk gestelde partij in conventie in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van EasyJet worden begroot op:

– griffierecht € 619,=

– salaris advocaat € 816,=

Totaal € 1.435,=

Aangezien elk van partijen in reconventie als op enig punt in het ongelijk gesteld is te beschouwen, zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te vermelden wijze.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

6.1. wijst de vorderingen af,

6.2. veroordeelt VNV in de proceskosten in conventie, aan de zijde van EasyJet tot op heden begroot op € 1.435,=,

6.3. verklaart dit vonnis in conventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in reconventie

6.4. verbiedt VNV om in verband met de door haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties te organiseren of daaraan deel te (laten) nemen in het weekeinde (waaronder begrepen de vrijdag) direct volgend op dit vonnis en gedurende de daaropvolgende drie weekeinden (waaronder begrepen de vrijdag) tussen vrijdag 6:00 uur en zondag 6:00 uur Nederlandse tijd,

6.5. gebiedt VNV om in het geval dat zij in verband met de door haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties organiseert en daaraan deelneemt, EasyJet daarvan aankondiging te doen, waarbij in ieder geval wordt vermeld de aard van de stakingsactie of werkonderbreking alsmede de tijd waarop deze zal plaatsvinden, welke aankondiging uiterlijk 6 uur voorafgaand aan de aanvang van de stakingsactie of werkonderbreking per e-mail en per whatsapp moet zijn verzonden aan het e-mailadres van de heren [C.] en [E.] van EasyJet ([e-mailadres]), [e-mailadres]) en het daartoe door deze adressanten op te geven whatsapp telefoonnummer,

6.6. veroordeelt VNV om aan EasyJet een dwangsom te betalen van € 100.000,= voor iedere keer dat het verbod onder 6.4 wordt geschonden, en € 50.000,= voor iedere keer dat aan de sub 6.5 vermelde waarschuwingsplicht geen gevolg wordt gegeven, tot een maximum van in totaal € 400.000,= is bereikt,

6.7. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

6.8. compenseert de kosten van deze procedure in reconventie tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

6.9. wijst het meer of anders gevorderde af.

»Annotatie

In deze zaak is in het bijzonder aan de orde het ‘onderkruipersverbod’ uit art. 10 Waadi, dat het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in een bestaakte onderneming - ter vervanging van stakende werknemers - verbiedt. Kern van het geschil is de vraag of easyJet het onderkruipersverbod schendt door piloten uit andere (buitenlandse) vestigingen in te vliegen en deze piloten in te zetten op de vluchten die door de stakende (in Nederland gestationeerde) piloten zouden worden uitgevoerd.

Initieel legt VNV aan haar vordering ten grondslag dat de handelwijze van easyJet onrechtmatig is, omdat de werkonderbreking valt onder het bereik van art. 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) en dus door easyJet geduld moet worden. Art. 6 lid 4 ESH behelst het recht op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen (waaronder het stakingsrecht). easyJet betwist het stakingsrecht van VNV *an sich* niet, maar vindt de uitoefening daarvan disproportioneel en dus onrechtmatig. easyJet heeft de schade zoveel mogelijk proberen te beperken door piloten uit andere vestigingen in te zetten. Aan de rechtbank ligt de vraag voor of dit een rechtmatige actie is, gelet op art. 10 Waadi. Het doel van dit artikel is voorkomen dat de effectiviteit van het stakingsrecht wordt verstoord.

Uit de beperkte rechtspraak over het onderkruipersverbod blijkt dat verschillende elementen van art. 10 Waadi doorslaggevend kunnen zijn voor het verloop van de zaak. In het *NedTrain*-arrest (Hof Amsterdam 24 januari 2008, «JAR» 2008/105, m.nt. Beltzer) oordeelde het hof dat de Waadi niet van toepassing was, omdat art. 10 Waadi zich slechts tot de bestaakte werkgever richt en niet tot een derde die buiten het arbeidsconflict staat. *NedTrain* was “een derde”, nu niet bij *NedTrain* zelf werd gestaakt maar in het schoonmaakbedrijf dat in opdracht van *NedTrain* werkte. Door deze strikte uitleg stond het *NedTrain* vrij ander personeel in te zetten voor die ‘besmette’ schoonmaakwerkzaamheden. In een recente zaak van het Hof Den Bosch (Hof ‘s-Hertogenbosch 8 maart 2016, «JAR» 2016/94, m.nt. Van Eck) stond een ander element van art. 10 Waadi centraal. Getoetst werd

of de extern ingehuurde bootlieden die werden ingezet tijdens een staking in de haven van Vlissingen, hun werkzaamheden verrichtten *in dat bedrijf of die onderneming* van de bestaakte werkgever. Het hof hanteerde hier een ruime uitleg. De samenwerking tussen de externe bootlieden en de niet-stakende werknemers werd beschouwd als werken “onder de vlag” van de bestaakte onderneming, waarmee aan het vereiste werd voldaan.

easyJet was – in tegenstelling tot NedTrain – zelf bestaakt. Cruciaal verschil met de eerder besproken zaken is echter dat easyJet geen externe maar ‘eigen’ werknemers had ingezet om de stakers te vervangen. Onderhavige zaak draaide dan ook om de vraag of de arbeidskrachten ‘ter beschikking waren gesteld’ aan het bestaakte bedrijf, zoals art. 10 Waadi vereist. Dit element wordt in art. 1 lid 1 sub c Waadi uitgelegd als: “*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*”.

easyJet voert aan dat van ‘het ter beschikking stellen van personeel aan een ander’ geen sprake is, omdat alle betrokken arbeidskrachten in dienst zijn van één en dezelfde werkgever. De rechtbank geeft easyJet op dit punt gelijk. De ingezette werknemers stonden immers al vóór de inzet bij easyJet op de loonlijst. Het argument van VNV dat easyJet in organisatorische zin meer trekken heeft van een concern met meerdere ondernemingen – die als zelfstandige eenheden moeten worden beschouwd – kan VNV niet redden. In art. 1 lid 3 sub c Waadi is namelijk expliciet bepaald dat onder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten niet verstaan wordt “*het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor het verrichten van arbeid in een onderneming, die door dezelfde ondernemer in stand wordt gehouden als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt*”. Intra-concern uitlenen valt dus niet onder de reikwijdte van de Waadi.

Zowel in onderhavige zaak als in het *NedTrain*-arrest was sprake van een situatie die niet onder het bereik van de Waadi viel. In beide zaken verloor de staking feitelijk aan effectiviteit en doelmatigheid doordat de besmette werkzaamheden alsnog werden verricht. VNV voert – gelijk aan FNV in het *NedTrain*-arrest – aan dat de staking hierdoor in zodanige mate wordt verstoord, dat dit onrechtmatig moet worden geacht. Het alsnog laten verrichten van besmet werk zou inbreuk maken op het recht op collectief optreden. Het hof oordeelde echter in het *NedTrain*-arrest al dat aan het onderkruipersverbod geen ruimere betekenis toekomt dan hieraan expliciet in de wet of in de toelichting is gegeven (zie in dit kader ook: F.B.J. Grapperhaus en J.M. van den Bergh, “Het onderkruipersverbod in het Nederlandse recht”, *TRA* 2011/46). Deze beperkte uitleg komt overeen met de bedoeling van de wetgever. Na het *NedTrain*-arrest heeft de Minister nogmaals duidelijk gemaakt dat de Waadi niet van toepassing is indien het besmette werk door eigen werknemers wordt verricht of indien door een andere onderneming van hetzelfde concern werknemers worden gezonden naar de bestaakte onderneming (*Kamerstukken II* 2009/10, 17 050, nr. 397). Er is dus geen grondslag in een zaak als onderhavige de Waadi (analoog) toe te passen. Ook art. 6 ESH lid 4 biedt daartoe geen opening.

Het standpunt van VNV dat het stakingsrecht op deze wijze eenvoudig kan worden omzeild, is op zich begrijpelijk. Grote concerns zoals easyJet kunnen relatief makkelijk eigen personeel inzetten om het besmette werk alsnog te laten uitvoeren. Gesteld kan worden dat de effectiviteit van het stakingsrecht hierdoor wordt verstoord, aangezien de prikkel die van de staking moet uitgaan minimaal is. Aan de andere kant moeten ook de rechten van de (bestaakte) werkgever worden gerespecteerd, zoals het recht de schade zoveel mogelijk te

beperken. Deze belangenafweging heeft de voorzieningenrechter in onderhavige zaak ook gemaakt door de aankondigingstermijn te bepalen op 6 uur voor de geplande actie. Enerzijds wordt hiermee de effectiviteit van de actie gewaarborgd (easyJet kan geen draaiboek aflopen) en anderzijds wordt tegemoet gekomen aan het recht van easyJet om tijdig schadebeperkend op te treden (hetgeen niet mogelijk is bij een onaangekondigde actie). Blijkbaar is er – gezien deze praktische oplossing – behoefte aan manieren om de effectiviteit van collectieve acties te waarborgen, ook in situaties die buiten de reikwijdte van de Waadi vallen. De mogelijkheden hiertoe zijn echter beperkt. De vraag is of dat wenselijk is. Een taak voor de wetgever wellicht.

mr. M. van Woerden en mr. H.H.M.A. Foesenek,