

**JAR 2018/83, Gerechtshof Amsterdam, 06-02-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:396,
200.197.032/01 (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 06-02-2018
Publicatie: JAR 2018/83 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 5, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. M. van Woerden en mr. C.L. Waterman
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:396
Zaaknummer: 200.197.032/01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHAMS:2018:396 • AR-Updates.nl 2018-0282
Rechtsgebied: Arbeidsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Steenberghe • mr. Cortenraad • mr. Akkaya
Partijen: Easyjet Airline Company Limited te Luton (Verenigd Koninkrijk), appellante in principaal hoger beroep, geïntimeerde in incidenteel hoger beroep procesadvocaat: mr. M.C.E. Peels te Amsterdam, advocaten: mr. H.M.J. Boogaard en mr. J.T. de Bok, beiden advocaat te Amsterdam tegen Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers te Badhoevedorp, gemeente Haarlemmermeer, geïntimeerde in principaal hoger beroep, appellante in principaal hoger beroep, advocaat: mr. J.W. Stam te Utrecht.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 162 • BW Boek 7 - 611 • Waadi - 1 • Waadi - 10 • ESH - 6 lid 4

Inhoudsindicatie

Inzet buitenlandse piloten geen schending onderkruipersverbod, Aankondigingstermijn staking moet langer dan zes uur zijn

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Vliegersvakbond VNV en EasyJet hebben overleg gevoerd over collectieve arbeidsvoorwaarden voor de in Nederland werkzame piloten. Op 12 juni 2016 heeft VNV aangekondigd dat zij haar leden bij EasyJet Holland heeft opgeroepen het werk neer te leggen. De piloten van EasyJet Holland hebben vervolgens meerdere keren gestaakt. EasyJet heeft buitenlandse piloten ingezet om de vluchten van de stakende piloten uit te voeren. VNV heeft in kort geding een verbod hierop gevorderd. Deze vordering is afgewezen. Tevens is het VNV verboden om te staken in het weekend van 8 en 9 juli 2016 en de daaropvolgende drie weekenden. Het is VNV wel toegestaan kortdurende stakingen te organiseren, mits zij deze uiterlijk zes uur van tevoren aankondigt. Zowel EasyJet als VNV gaan in hoger beroep.

Het hof overweegt dat er voorshands van moet ervan worden uitgegaan dat EasyJet heeft te gelden als een en dezelfde werkgever voor de piloten die bij de diverse in Europa gevestigde bases werkzaam zijn en dat sprake is van een economische eenheid. Binnen de gekozen structuur heeft EasyJet als werkgever de bevoegdheid de werknemers te alloceren, zonder dat daarbij sprake is van een terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Aldus is de Waadi niet van toepassing. Ook heeft EasyJet niet in strijd met de norm van goed werkgeverschap of onrechtmatig gehandeld. Het middel dat EasyJet gebruikt, namelijk de inzet van eigen personeel, is geoorloofd en dit laat onverlet het stakingsrecht van VNV en de piloten van EasyJet Holland. Daarnaast heeft EasyJet voldoende aannemelijk gemaakt dat stakingen gedurende de weekenden te grote gevolgen zouden hebben voor de passagiers, gelet onder meer op het belang van de passagiers om hun vakantieplannen uit te voeren. Gelet op enerzijds het belang van VNV bij effectieve uitvoering van het stakingsrecht en anderzijds het belang van EasyJet om tijdig maatregelen te kunnen treffen om de gevolgen voor haar passagiers te beperken, acht het hof een aankondigingstermijn van zes uur te kort, maar de door EasyJet verzochte termijn van 36 uur te lang. Een termijn van twaalf uur zorgt volgens het hof voor een evenwichtige balans tussen de machtsmiddelen van beide partijen.

NB. Door Hof 's-Hertogenbosch werd in **«JAR» 2016/94** een ruimere uitleg gegeven aan het onderkruipersverbod. Een striktere uitleg is te vinden in **«JAR» 2008/105** (NedTrain). Een strikte uitleg ondermijnt uiteraard het stakingsrecht, maar lijkt wel in lijn met de wetsgeschiedenis (zie de noot bij de uitspraak in eerste aanleg in **«JAR» 2016/190**). Het is overigens de vraag of de vakantieplannen van passagiers als een maatschappelijk zwaarwegend belang moeten worden gezien. Hierover kan verschillend gedacht worden, zo blijkt uit **«JAR» 2016/229** (met noot Stege).

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.9 de feiten genoemd die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Tevens hebben zich na het vonnis feiten voorgedaan die tussen partijen niet in geschil zijn. Ook die feiten zal het hof vermelden.

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 vennootschap die een luchtvaartmaatschappij exploiteert in het lowcost 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. Al haar Europese piloten, met uitzondering van de piloten gestationeerd in Zwitserland, zijn in dienst van EasyJet en hebben een arbeidsovereenkomst 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, genaamd 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 a 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 (hierna: (hierna: buitenlandse piloten) ingezet om de vluchten uit te voeren van de stakende piloten van EasyJet Holland.

2.9. Bij brief van 15 juni 2016 heeft EasyJet aan VNV onder meer geschreven:

“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.”

2.10. Partijen hebben in juli 2016 voortgezet cao-overleg gehad.

Bij persbericht van 22 juli 2016 heeft VNV stakingsacties aangekondigd. In de aankondiging staat dat de acties onvoorspelbaarder zullen zijn maar conform het vonnis minimaal zes uur van tevoren worden aangekondigd.

2.11. VNV heeft op 31 juli 2016 om 23:55 uur aangekondigd dat op 1 augustus 2016 tussen 06:00 uur en 10:00 uur stakingsacties zullen plaatsvinden op de basis Schiphol. Als gevolg van deze staking zijn 16 van de 18 vluchten van EasyJet geannuleerd.

2.12. VNV heeft op 10 augustus 2016 om 22:32 uur aan EasyJet en om 23:00 uur bij persbericht, aangekondigd dat

op 11 augustus 2016 tussen 05:00 uur en 10:00 uur stakingsacties zullen plaatsvinden op de basis Schiphol. Als gevolg van deze staking zijn 14 vluchten van EasyJet geannuleerd.

2.13. Op 12 augustus 2016 vond de behandeling van het kort geding plaats dat EasyJet op 9 augustus 2016 tegen de VNV had aangespannen en waarin zij van de voorzieningenrechter een verbod verzocht voor VNV om tijdens de weekenden van augustus en september 2016 te staken. Dezelfde dag heeft de voorzieningenrechter om 16:00 uur vonnis gewezen en de vorderingen van EasyJet toegewezen. VNV heeft tegen dit vonnis ook hoger beroep ingesteld bij dit hof. In dat hoger beroep zal gelijktijdig arrest gewezen worden.

3. Beoordeling

3.1. VNV heeft in eerste instantie bij de voorzieningenrechter gevorderd dat het EasyJet, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, wordt verboden om gedurende twaalf weken tijdens een door VNV aangekondigde werkonderbreking of staking vluchten te laten uitvoeren door andere dan AMS-based-piloten van EasyJet, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000.000,= voor iedere dag dat EasyJet in gebreke is, met veroordeling van EasyJet in de proceskosten.

EasyJet heeft – samenvattend weergegeven – in reconventie (primair) een algemeen werkonderbrekings- en stakingsverbod, en (subsidiar) een voor vrijdag tot en met zondag geldend werkonderbrekings- en stakingsverbod gevorderd gedurende een periode van twaalf weken voor werkonderbrekingen en stakingen die haar niet 24 uur tevoren per e-mail door VNV zijn aangekondigd, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000.000,= per overtreding.

3.2. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van VNV in conventie afgewezen en in reconventie VNV verboden om in verband met de haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties te organiseren gedurende het tweede weekend van 8 en 9 juli en de drie daaropvolgende weekenden, telkens van vrijdag 06:00 uur tot zondag 06:00 uur, en VNV geboden om in het geval van een voorgestane werkonderbreking en/of stakingsactie, daarvan uiterlijk 6 uur tevoren aankondiging te doen met vermelding van de aard en tijd van de actie.

3.3. EasyJet heeft in principaal hoger beroep twee grieven tegen het vonnis, voor zover in reconventie gewezen, gericht. Met de eerste grief bestrijdt zij de beslissing dat door VNV een aankondigingstermijn van 6 uur in acht genomen dient te worden. EasyJet acht die termijn om uiteenlopende en nader te bespreken redenen veel te kort.

Met de tweede grief betoogt EasyJet dat de voorzieningenrechter aan de aankondiging ten onrechte niet de beperking heeft gesteld dat die tijdens kantoortijden (tussen 09.00 en 17.00 uur GMT) dient geschieden.

3.4. VNV heeft in incidenteel hoger beroep het vonnis, voor zover in conventie gewezen, met tien grieven bestreden. De grieven 1 tot en met 5 zijn gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat art. 10 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) niet van toepassing is. De grieven 6 en 7 zijn gericht tegen het oordeel dat de handelwijze van EasyJet niet in strijd is met haar verplichting op grond van art. 7:611 BW om als goed werkgever te handelen en dat dit handelen evenmin onrechtmatig is. Grief 8 is gericht tegen de beperking van het stakingsrecht van VNV dat gedurende het weekend van 9 en 10 juli in het geheel niet mag worden gestaakt en dat dit gedurende de drie daaropvolgende weekenden evenmin is toegestaan gedurende het tijdvak van vrijdag 06:00 uur tot zondag 06:00 uur. De grieven 9 en 10 zijn gericht tegen respectievelijk de beslissingen over de proceskosten in conventie en reconventie.

3.5. Het hof zal eerst de vraag behandelen of de inzet door EasyJet van buitenlandse piloten op de vluchten die door de stakende AMS-based piloten zouden moeten worden uitgevoerd, in strijd is met het zogenoemde “onderkruipersverbod” van art. 10 Waadi omdat die vraag de kern raakt van het debat tussen partijen en het antwoord op die vraag niet zonder betekenis is voor de beoordeling van de inhoud van de mogelijke aankondigingsverplichting van VNV die in het principaal hoger beroep aan de orde is.

3.6. Het debat tussen partijen over de toepasselijkheid van de Waadi spitst zich toe op de vraag of de inzet door EasyJet van buitenlandse piloten is aan te merken als de inzet van eigen personeel (“intra-concern”) of het ter

beschikking stellen van arbeidskrachten van een ander. Het eerste valt niet onder het “onderkruipersverbod” van art. 10 Waadi, het tweede wel.

3.7. VNV neemt als uitgangspunt dat het “onderkruipersverbod” van art. 10 Waadi vanwege de beschermingsgedachte die daaraan ten grondslag ligt, ook van toepassing is indien de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten formeel buiten het toepassingsbereik van art. 1 Waadi valt maar materieel sprake is van inzet van buitenlandse piloten die geen belang hebben bij het cao-conflict met als doel om de werkzaamheden van de stakende piloten te verrichten. EasyJet heeft gesteld dat het formele toepassingsbereik van art. 10 Waadi beslissend is en dat dat door art. 1 Waadi wordt bepaald.

3.8. Art. 1 lid 1 onder c Waadi luidt als volgt:

“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;”

Art. 1 lid 3 onder c Waadi luidt als volgt

“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;”

Art. 10 Waadi luidt als volgt:

“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.”

De tekst noch de wetsgeschiedenis van art. 10 Waadi biedt enig aanknopingspunt voor toepasselijkheid van het “onderkruipersverbod” indien sprake is van (een) terbeschikkingstelling die niet onder de begripsomschrijving van art. 1 lid 1 onder c en lid 3 onder c Waadi valt. Mitsdien dient de vraag beantwoord te worden of de inzet door EasyJet van buitenlandse piloten valt onder de begripsomschrijving “ter beschikking stellen” van art. 1 lid 1 onder c jo lid 3 onder c Waadi.

3.9. Onder “ter beschikking stellen” van art. 1 lid 1 onder c Waadi valt het “ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander”. Volgens art. 1 lid 3 onder c Waadi is van “een ander” geen sprake indien de onderneming waar de arbeid wordt verricht door dezelfde ondernemer in stand gehouden wordt als de onderneming die de arbeidskrachten ter beschikking stelt.

VNV heeft gesteld dat de bases van EasyJet in de Europese landen zijn aan te merken als ondernemingen in de zin van art. 1 lid 1 onder d Waadi en art. 1 sub 1 lid c van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) omdat elke basis acteert als een zelfstandig organisatorisch verband. Volgens VNV dient iedere buitenlandse basis als een “ander” te worden beschouwd.

EasyJet heeft dit betwist en daartoe aangevoerd dat alle Europese bases branches zijn van EasyJet die haar hoofdkantoor in Luton (VK) heeft waar alle management, administratie en roostering is gecentraliseerd en van waaruit het gehele personeelsbestand, als een pool, wordt aangestuurd.

3.10. Voorshands moet ervan worden uitgegaan dat EasyJet heeft te gelden als een en dezelfde werkgever voor de piloten die bij de diverse in Europa gevestigde bases werkzaam zijn en dat sprake is van een economische eenheid. De omstandigheden dat EasyJet in Nederland een eigen handelsnaam en een eigen ondernemingsraad heeft alsmede in het handelsregister van de Kamer van Koophandel is ingeschreven, doen daar niet aan af. Binnen de gekozen structuur heeft EasyJet als werkgever de bevoegdheid werknemers te alloceren en dat maakt niet dat sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten aan een ander als bedoeld in art. 1 lid 1 onder c Waadi. Aldus is de Waadi niet van toepassing op het onderhavige geval. Maar ook indien, bij wijze van veronderstelling, aangenomen zou worden dat sprake is van verschillende ondernemingen, kan dit VNV niet baten. In dat geval is immers de uitzonderingsbepaling van art. 1 lid 3 onder c Waadi van toepassing nu – zoals hiervoor is overwogen – sprake is van 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. Daarmee is het “onderkruipersverbod” van art. 10 Waadi niet van toepassing.

Hieruit volgt dat de grieven 1 tot en met 5 in het incidentele hoger beroep falen.

3.11. Vervolgens is de vraag aan de orde of EasyJet met het inzetten van buitenlandse piloten teneinde de werkzaamheden van de stakende “AMS-based” piloten over te nemen, in strijd heeft gehandeld met haar verplichting zich als goed werkgever te gedragen als bedoeld in art. 7:611 BW en/of zij daarmee onrechtmatig heeft gehandeld.

VNV stelt dat die inzet in strijd is met het goed werkgeverschap en, daarnaast, ook onrechtmatig. Zij acht daarvoor redengevend dat EasyJet, gebruik makend van een leemte in de wet, voorkomt dat de AMS-based piloten effectief gebruik kunnen maken van hun stakingsrecht en zodoende in strijd handelt met art. 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest (ESH). EasyJet heeft dit weersproken.

3.12. Omdat de inzet van de bij EasyJet in dienst zijnde buitenlandse piloten niet in strijd is met art. 10 Waadi, staat het EasyJet als werkgever vrij om het werk van de AMS-based piloten over te laten nemen door buitenlandse piloten. Dat de buitenlandse piloten die EasyJet inzet, niet bij het cao-conflict betrokken zijn en zijn gestationeerd op andere bases in Europa, maakt niet dat EasyJet door die inzet niet als goed werkgever en/of onrechtmatig handelt.

Het uitgangspunt van VNV dat de inzet van de buitenlandse piloten onrechtmatig is en of strijdig is met goed werkgeverschap omdat het gevolg daarvan is dat het stakingsrecht van VNV en de AMS-based piloten volledig wordt uitgehold, is niet juist omdat het middel dat EasyJet gebruikt – de inzet van eigen personeel – geoorloofd is en dit het stakingsrecht van VNV en de AMS-based piloten onverlet laat. Hieruit volgt dat de grieven 6 en 7 in het incidentele hoger beroep falen.

3.13. De eerste grief in principaal hoger beroep is gericht tegen de aankondigingstermijn van 6 uur en de tweede grief stelt het aanvangstijdstip daarvan aan de orde. In incidenteel hoger beroep bestrijdt VNV met grief 8 de beslissing van de voorzieningenrechter dat geen stakingsacties mogen plaatsvinden in het weekeinde volgend op het vonnis en gedurende de daaropvolgende drie weekenden tussen vrijdag 06:00 uur en zondag 06:00 uur.

De beide grieven hebben betrekking op de beperking van het stakingsrecht van VNV.

Omdat die beperking beoordeeld dient te worden aan de hand van art. 6 ESH, zal het hof deze grieven gezamenlijk behandelen.

3.14. EasyJet heeft bij memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep betwist dat de door VNV voorgenomen stakingen onder het bereik van art. 6, aanhef en onder 4 ESH vallen omdat volgens haar die stakingen niet hebben kunnen bijdragen aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectieve onderhandeling. Die stelling kan EasyJet evenwel niet baten omdat de voorzieningenrechter (onder 5.4 van het vonnis) heeft overwogen dat EasyJet niet heeft betwist dat de aangekondigde staking bij kan dragen tot doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen en EasyJet daartegen niet heeft gegriefd. Dit betekent dat in hoger beroep vaststaat dat de voorgenomen stakingen onder het bereik van art. 6, aanhef en onder 4 ESH vallen en mitsdien rechtmatig zijn en dat de beperkingen daarvan getoetst dienen te worden aan art. 6 ESH.

3.15. Art. G ESH luidt als volgt:

“Wanneer de in deel I genoemde rechten en beginselen en de in deel II geregelde doeltreffende uitoefening en toepassing hiervan zijn verwezenlijkt, kunnen zij buiten de in deel I en deel II vermelde gevallen generlei beperkingen ondergaan, met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden.”

3.16. Voor de toepassing van deze norm is een tweetal uitspraken van belang, te weten het Enerco-arrest (HR 31 oktober 2014, [ECLI:NL:HR:2014:3077](#)) en het Amsta-arrest (HR 19 juni 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1687](#)).

In het Enerco-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat een collectieve actie die valt onder de reikwijdte van art. 6, aanhef en onder 4, ESH, in beginsel dient te worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht en dat niettemin de actie in verband met art. G ESG kan worden verboden of beperkt indien die, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens art. 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van een derde, in zodanige mate inbreuk maakt op diens rechten dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Of dit het geval is, zo vervolgt de Hoge Raad, is een vraag die moet worden beslist door – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – de met de uitoefening van het grondrecht gediende belangen af te wegen tegen die waarop inbreuk wordt gemaakt.

In het Amsta-arrest heeft de Hoge Raad (met verwijzing naar: HR 30 mei 1986, [ECLI:NL:HR:1986:AC9402](#), NJ 1986/688 en HR 21 maart 1997, [ECLI:NL:HR:1997:ZC2309](#), NJ 1997/437) overwogen dat de rechter bij de beoordeling óf een beperking of uitsluiting van de uitoefening van het recht op collectieve actie in het concrete geval, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk is, alle omstandigheden dient mee te wegen en dat daarbij onder meer van belang kunnen zijn 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. In dit verband kan ook (onder omstandigheden zelfs beslissende) betekenis toekomen aan het antwoord op de vraag of de spelregels zijn nageleefd, aldus de Hoge Raad.

3.17. EasyJet dient feiten en omstandigheden te stellen en aannemelijk te maken die met zich brengen dat beperking van het stakingsrecht van VNV maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk was. In principaal hoger beroep heeft EasyJet dat gedaan in het kader van de aankondigingstermijn en het aanvangsmoment daarvan. In incidenteel hoger beroep heeft zij dat gedaan in het kader van het stakingsverbod gedurende de weekenden in juli 2016. Het hof zal die beperkingen mitsdien afzonderlijk beoordelen.

3.18.1. In het kader van het stakingsverbod gedurende het weekend van 9 juli 2016 en de daaropvolgende drie weekenden, heeft EasyJet naar voren gebracht dat:

- een algehele staking niet in verhouding stond tot het nagestreefde doel;
- daardoor onnodige schade zou ontstaan voor EasyJet en de passagiers;
- EasyJet door onjuiste berichtgeving van de zijde van VNV aanzienlijke reputatieschade (door een geringer aantal boekingen) heeft geleden;
- vanwege de drukke zomermaanden, en in het bijzonder gedurende het weekend, de stakingen verstrekkende gevolgen voor de passagiers zouden hebben.

VNV meent dat deze feiten en omstandigheden niet opwegen tegen het fundamentele recht van VNV om acties zoals de onderhavige te voeren. VNV heeft erkend dat de voorgenomen stakingen nadelige gevolgen zouden hebben gehad voor een beperkt aantal passagiers, maar meent dat die inherent zijn aan het stakingsmiddel en niet van dien aard en omvang zijn dat beperking van het stakingsrecht dringend maatschappelijk noodzakelijk is.

3.18.2. Naar het oordeel van het hof heeft EasyJet voldoende aannemelijk gemaakt dat stakingen gedurende het

weekend van 8 en 9 juli 2016 en de daaropvolgende drie weekenden grote gevolgen zouden hebben gehad voor de passagiers. Het betreft piekweekenden van de zomervakantie. Het is juist op die weekenden dat vakantiegangers hun vluchten boeken naar of van hun vakantiebestemmingen. EasyJet heeft toegelicht dat door de voorgenomen stakingen niet slechts de vakantiereizigers van en naar Schiphol maar ook die van en naar andere buitenlandse vliegvelden getroffen zouden worden, omdat EasyJet geen eenzijdige retourvluchten, maar per (zogenoemde) "trianglevlucht" van en naar 3 tot 4 bestemmingen vliegt. Als gevolg daarvan zou het vervallen van een vlucht vanuit Amsterdam leiden tot een veelvoud van vervallen vluchten vanuit de andere bestemmingen van de desbetreffende vlucht waardoor, vanwege de doorgaans hoge bezettingsgraad van de vliegtuigen van EasyJet, veel passagiers in hun vakantieplannen en -afspraken getroffen zouden worden. Deze nadelige gevolgen voor veel passagiers, en hun belang om hun vakantieplannen uit te voeren, brengen in dit geval met zich dat het maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk was om VNV te verbieden gedurende het gehele weekend van 9 en 10 juli 2016 en de drie daaropvolgende weekenden, telkens van vrijdag 06:00 uur tot zondag 06:00 uur, te staken.

3.19.1. Met betrekking tot de aankondigingstermijn en het aanvangsmoment daarvan heeft EasyJet naar voren gebracht dat een aankondigingstermijn van 6 uur voorafgaand aan de werkonderbreking of staking:

- gelet op de jurisprudentie in Nederland en het buitenland uitzonderlijk kort is;
- afbreuk doet aan de doelen van de aankondiging;
- de belangen van de passagiers te zeer schaadt;
- voor haar onwerkbaar is (onder meer) omdat zij onvoldoende tijd heeft om piloten in te vliegen, passagiers te waarschuwen, accommodatie voor passagiers te regelen en vluchten om te boeken.

3.19.2. Ter nadere onderbouwing van haar stellingen heeft EasyJet gewezen op de gevolgen van de hiervoor onder 2.11 en 2.12 genoemde de stakingen. Als gevolg van de staking op 1 augustus 2016 van 06:00 tot 10:00 uur zijn de vluchten van 2500 passagiers geannuleerd en dienden 723 passagiers in hotels ondergebracht te worden. Als gevolg van de staking op 11 augustus 2016 van 05:00 tot 10:00 uur zijn 2.250 passagiers gestrand op Schiphol. Door de korte aankondigingstermijn en het feit dat de aankondigingen tegen middernacht plaatsvonden, konden passagiers niet tijdig geïnformeerd worden en was EasyJet evenmin in de gelegenheid om de geannuleerde vluchten zorgvuldig om te boeken. Ter onderbouwing van het belang van tijdige informatie heeft zij nog gewezen op het feit dat zij niet al haar vluchten dagelijks uitvoert. Ten behoeve van de tijdige waarschuwing van haar passagiers en het voor hen treffen van voorzieningen acht EasyJet een aankondigingstermijn zoals gevorderd noodzakelijk omdat zij bij een kortere termijn niet tijdig die maatregelen kan treffen die de toepasselijke wet- en regelgeving van haar vereist.

3.19.3. VNV heeft aangevoerd dat de overlast als gevolg van de stakingen op 1 en 11 augustus 2016 minder is geweest dan EasyJet doet geloven omdat de gemiddelde passagier tevoren thuis zijn vlucht controleert. Een geannuleerde vlucht betekent dus niet dat alle reizigers op Schiphol of elders zijn gestrand. Daarbij komt dat enig nadeel de insteek van het stakingsmiddel is. Volgens VNV wenst EasyJet een langere aankondigingstermijn om de schadelijke gevolgen van de staking geheel te kunnen elimineren. Dat zou de machtsbalans tussen EasyJet en VNV in veel te grote mate naar EasyJet doen doorslaan, zeker indien het EasyJet is toegestaan buitenlandse piloten in te zetten.

3.19.4. Voor de beoordeling van de omvang van de aankondigingstermijn acht het hof het volgende van belang. De aanzegging van een staking of werkonderbreking heeft diverse functies. Voor de onderhavige zaak is de functie van belang derden tijdig te informeren en hen alternatieven aan te bieden zodat de door hen te lijden schade beperkt blijft. Dit belang is bij passagiers van EasyJet reëel omdat de door hen geboekte vluchten bij annulering omgeboekt moeten worden en, indien nodig, accommodatie geregeld moet worden. Dit betreft niet alleen de passagiers op Schiphol, maar ook op de andere bestemmingen van de geannuleerde vlucht(en). Gelet op het aantal passagiers is het voorshands aannemelijk dat een zorgvuldige opvang meer tijd behoeft dan 6 uur, zeker indien aankondiging, zoals bij de stakingen op 1 en 10 augustus, tegen middernacht plaatsvindt. EasyJet heeft evenwel niet met feiten aangetoond dat zij bij een aankondigingstermijn van minder dan 36 uur niet meer in staat is om ten behoeve van de passagiers te voldoen aan haar verplichtingen uit de toepasselijke wet- en regelgeving. Evenmin heeft zij met feiten aangetoond dat zij voor de

opvang van de passagiers minimaal 36 uur nodig heeft.

Gelet op enerzijds het belang van VNV bij effectieve uitoefening van het stakingsrecht, en anderzijds het belang van EasyJet om tijdig maatregelen te kunnen treffen teneinde de nadelige gevolgen van de staking voor haar passagiers te beperken, acht het hof, mede gelet op de mogelijkheid van EasyJet om buitenlandse piloten in te zetten, een aankondigingstermijn van 12 uur, ongeacht of het tijdstip van aankondiging buiten de kantoortijden van EasyJet valt, voorafgaand aan de voorgenomen staking en/of werkonderbreking in overeenstemming met een evenwichtige balans tussen de machtsmiddelen van zowel VNV als EasyJet.

Dit betekent dat in principaal hoger beroep de eerste grief slaagt en de tweede grief faalt.

In incidenteel hoger beroep faalt grief 8. Omdat ook de grieven 1 tot en met 7 in incidenteel hoger beroep falen, treffen de grieven 9 en 10 in incidenteel hoger beroep hetzelfde lot.

3.20. De slotsom is dat grief 1 in principaal hoger beroep slaagt, de overige grieven in principaal hoger beroep falen en dat de grieven in incidenteel beroep eveneens falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd behoudens voor zover onder 6.5 is bepaald dat de aankondigingstermijn 6 uur bedraagt en vernietigt in zoverre die beslissing, en bepaalt dat in plaats van 6 uur gelezen dient te worden 12 uur. De kosten van het principaal hoger beroep zullen worden gecompenseerd nu partijen daarin over en weer in het ongelijk zijn gesteld. VNV zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

in principaal hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, behoudens voor zover daarbij onder 6.5 is bepaald dat de aankondigingstermijn 6 uur bedraagt, en vernietigt in zoverre het vonnis en bepaalt dat in plaats 6 uur gelezen dient te worden 12 uur,

compenseert de proceskosten in principaal hoger beroep in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;

wijst meer of anders gevorderde.

in incidenteel hoger beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt VNV in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van EasyJet begroot op nihil voor verschotten en € 1.341,= voor salaris advocaat;

in principaal en in incidenteel hoger beroep:

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

In deze zaak staat de reikwijdte van het onderkruipersverbod van artikel 10 Waadi centraal. Het onderkruipersverbod verbiedt, kort gezegd, het ter beschikking stellen van arbeidskrachten van een ander in een bestaakte onderneming, ter vervanging van stakende werknemers. Het primaire doel van het stakingsrecht, zoals neergelegd in artikel 6 lid 4 ESH, is een instrument bieden in het systeem van collectieve onderhandeling in geval van een belangengeschil tussen werkgevers en werknemers. Het onderkruipersverbod ziet erop de effectiviteit van een staking te borgen. Wanneer werkgevers immers gemakkelijk een staking kunnen omzeilen door het inzetten van personeel van buitenaf, dan verliest

de staking aan kracht. Het doel van het onderkruipersverbod is dan ook te voorkomen dat met het inzetten van uitzendkrachten de effectiviteit van het stakingsmiddel wordt weggenomen (MvT, Kamerstukken II 1996/97, 25264,3).

Eerder is deze uitspraak in eerste aanleg al besproken (Rb. Noord-Holland, 8 juli 2016, «JAR» 2016/190 m. nt. M. van Woerden en H.H.M.A. Foesenek). In appel komt expliciet de vraag aan bod of de inzet door EasyJet van buitenlandse piloten die binnen een ander concernonderdeel werkzaam zijn, is aan te merken als de inzet van eigen arbeidskrachten binnen de bestaakte onderneming (een situatie die buiten het bereik van artikel 10 Waadi valt) of dat het in casu gaat om het inzetten van arbeidskrachten 'van een ander' in de bestaakte onderneming (in welke situatie artikel 10 Waadi wél van toepassing is en dus sprake is van het onderkruipersverbod). Het hof heeft in de onderhavige zaak geoordeeld dat de verschillende ondernemingen binnen het EasyJet-concern hebben te gelden als een en dezelfde werkgever. Hoewel de piloten bij verschillende bases in Europa werkzaam zijn, oordeelt het hof dat toch sprake is van een economische eenheid die kan worden gezien als dezelfde werkgever.

Dit lijkt op het eerste gezicht een logische uitkomst. De conclusie van het hof is in lijn met de uitleg van de reikwijdte van artikel 10 Waadi door de Minister van Sociale Zaken in 2010 (Kamerstukken II 2009/10, 17 050, nr. 397 Kamerstukken II 2009/10, 17 050, brief van 24 maart 2010). De minister gaf aan dat het onderkruipersverbod niet van toepassing is in het geval een bestaakte onderneming eigen personeel dan wel personeel van een ander concernonderdeel inzet gedurende de staking. Aangenomen wordt dat verschillende ondernemingen in concernverband in stand worden gehouden door dezelfde werkgever.

Dat brengt ons op de vraag of een dergelijke lezing van de wet juist en gewenst is. De interpretatie van artikel 10 Waadi die het hof in de onderhavige zaak heeft bevestigd, kan onzes inziens een onwenselijk effect hebben nu het er in de praktijk toe leidt dat een (inter)nationaal concern de mogelijkheid heeft gemakkelijk de effectieve werking van een staking te omzeilen daar waar kleinere ondernemingen zich wel geconfronteerd zien met de effectieve werking (en schadelijke gevolgen) van een staking. Wat ons betreft leidt dit tot een niet te rechtvaardigen ongelijkheid tussen (inter)nationale concerns enerzijds en ondernemingen die niet in (inter)nationaal concernverband opereren anderzijds. Daarnaast zal een buitenlandse werknemer zich niet belemmerd voelen door een staking in Nederland, daar waar een lokale werknemer de staking wel aangaat.

We vragen ons af of bij de totstandkoming van de Waadi in 1994 en in het bijzonder artikel 1 lid 1 sub c gedacht is aan de toepassing van het onderkruipersverbod in (internationale) concernverhoudingen. Waarom zou de gekozen rechtsvorm invloed mogen hebben op de wijze waarop het stakingsrecht kan worden beperkt? Van belang in dit verband is dat het concern als zodanig geen juridische entiteit is en ook geen rechtspersoonlijkheid bezit. Voor een definitie van het concernbegrip wordt aangesloten bij het juridische groepsbegrip uit artikel 2:24b BW, hetgeen slechts ingaat op het feit dat het concern een economische eenheid betreft. Het concern kent vele verschijningsvormen wat het wat ons betreft lastig maakt bij voorbaat te stellen dat de onderneming in stand wordt gehouden door 'dezelfde' werkgever. Dit geldt temeer nu wij menen dat buitenlandse vestigingen binnen het concern wel degelijk kunnen kwalificeren als 'een ander', gelet op de vestigingsplaats, de personele bezetting, lokale bedrijfsvoering en niet in de laatste plaats andere (arbeids)wetgeving. In het verlengde hiervan heeft een buitenlandse werknemer die weliswaar werkzaam is binnen hetzelfde concern geen enkele connectie met de staking in Nederland en de motieven daarachter. We vragen ons af of de minister hiervan rekenschap heeft gegeven toen hij intra-concerndetachering uitsloot van de reikwijdte van artikel 10 Waadi.

In het verlengde hiervan wijzen we op de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG) en in het bijzonder de definitie van het begrip 'terbeschikkingstelling' in die richtlijn. In artikel 1 lid 3 sub b van de richtlijn is expliciet bepaald dat terbeschikkingstelling aan de orde kan zijn in geval van intra-concerndetachering, zowel in het geval van terbeschikkingstelling aan een andere (concern)onderneming, als aan een andere vestiging. In feite is ook in deze casus sprake van grensoverschrijdende intra-concerndetachering. De minister had voor de duiding van het onderkruipersverbod in het kader van intra-concerndetachering wat ons betreft dan ook beter kunnen aansluiten bij de definitie van terbeschikkingstelling op basis van deze richtlijn, waar het gaat om grensoverschrijdende situaties.

In dat kader had het hof er op zijn beurt ook voor kunnen kiezen het begrip "terbeschikkingstelling aan een ander" richtlijnconform uit te leggen. Dat was in het licht van recente rechtspraak te billijken geweest. We verwijzen bijvoorbeeld naar de Albronicasus (HR 5 april 2013, «JAR» 2013/125 m. nt. dr. R.M. Beltzer), waarin eveneens (in

weerwil van de wettekst) door de concernconstructie werd heen geprikt met een verwijzing naar de richtlijn en het doel van die richtlijn (werknemersbescherming). Bovendien heeft de Hoge Raad recentelijk (HR 14 april 2017, «**JAR**» **2017/136**) artikel 9a Waadi richtlijnconform uitgelegd, in die zin dat een werknemer van een uitzendbureau die na de terbeschikkingstelling als zzp'er werkzaam wenste te zijn bij de inlener, ook de bescherming genoot op basis van het belemmeringsverbod (en ook in dit geval in weerwil van de wetstekst). Met het oog op de ongelijkheid die in casu ontstaat en indachtig het doel van het onderkruipersverbod, zien wij in de Detacheringsrichtlijn een opening tot een andere uitkomst te komen in een dergelijke casus.

mr. M. van Woerden en mr. C.L. Waterman, advocaat bij Liberdock Advocaten in Amsterdam
