

De stakende zzp'er

Een onderzoek naar de vraag of aan de zzp'er een collectief actierecht toekomt

Masterscriptie in het kader van de van de masteropleiding Rechtsgeleerdheid
Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam

Auteur: Diewertje van Kesteren

Datum: 27-06-2017

Studentnummer: 2602362

Afstudeerrichting: Privaatrecht

Scriptiebegeleidster: N. Hummel

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie. Deze scriptie is geschreven in het kader van de masteropleiding Rechtsgeleerdheid in de richting Privaatrecht. In deze scriptie heb ik mij gefocust op de vraag of aan de zzp'er een collectief actierecht toekomt. In de eerste periode van deze opleiding heb ik het vak verdieping arbeidsrecht gevolgd. Mijn interesse in het arbeidsrecht is gedurende dit vak enorm toegenomen. Er werd echter weinig stilgestaan bij de positie van de zzp'er terwijl dit wel een zeer actueel onderwerp is. Nederland kent een grote groep zelfstandigen en hun positie is niet altijd even goed geregeld. Er worden de laatste tijd vaak discussies gevoerd over minimumrechten die al dan niet aan zzp'ers zouden moeten toekomen. Te denken valt aan onderwerpen zoals een minimumloon of een verplichte zzp-verzekering bij arbeidsongeschiktheid. Naar aanleiding hiervan ben ik samen met mijn scriptiebegeleidster, mevrouw Hummel, op het onderwerp 'een stakingsrecht voor zzp'ers' gekomen. Ik wil haar bij dezen graag bedanken voor het actieve meedenken, het tussentijds becommentariëren van de door mij toegestuurde hoofdstukken en de altijd nuttige feedback. Hiernaast wil ik graag mijn lieve familie - waaronder ook de 'aanhang' en mijn vriend - bedanken die een meerdere keren erg lang hebben meegeholpen met de zoektocht naar verscheidene bronnen en het vertalen hiervan.

Diewertje van Kesteren, juni 2017

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Inhoudsopgave	3
Afkortingenlijst	5
Inleiding	6
Hoofdstuk 1 De zzp'er	8
1.1 Kwalificatie van de arbeidsrelatie.....	8
1.1.1 Het Nederlandse werknemersbegrip.....	8
1.1.2 Het werknemersbegrip in Europese verdragen.....	9
1.1.3 De overeenkomsten van een zzp'er.....	9
1.2 Definitie van de zzp'er.....	11
1.2.1 Wet DBA.....	12
1.2.2 De introductie van het schijnzelfstandigenbegrip.....	13
1.2.3 De afbakeningsproblematiek in Nederland.....	13
1.3 De cao en het mededingingsrecht.....	16
1.3.1 De cao.....	16
1.3.2 Het mededingingsrecht.....	17
1.3.3 Collectieve overeenkomsten met zzp'ers.....	19
1.4 Afronding	20
Hoofdstuk 2 Artikel 6 lid 4 ESH	21
2.1 Stakingsrecht in het ESH.....	21
2.1.1 De werking van het ESH.....	21
2.1.2 Voorwaarden voor het recht op staken binnen de grenzen van het ESH	23
2.2 'Worker' voor het ESH.....	25
2.2.1 De Engelse wettekst.....	25
2.2.2 De Nederlandse wettekst.....	27
2.3 Nederlandse zzp'ers en het ESH.....	28
2.3.1 De casus.....	28
2.3.2 De beoordeling.....	29
2.3.3 Commentaar.....	30
2.4 Afronding.....	31
Hoofdstuk 3 De Panhonlibco-leer	32
3.1 De geschiedenis van het stakingsrecht.....	32
3.2 Het Panhonlibco-arrest.....	33
3.2.1 De casus.....	33
3.2.2 De beoordeling.....	33
3.2.3 Commentaar op het arrest.....	34
3.3 De positie van de zzp'er in het Panhonlibco-licht.....	36
3.3.1 De kwalificatie van de stakende arbeider.....	36
3.3.2 De beroepsgrond van de zzp'er.....	37

3.4 Afronding	39
Hoofdstuk 4 Artikel 11 EVRM.....	41
4.1 De inhoud van artikel 11 EVRM.....	41
4.1.1 De wettekst.....	41
4.2 Stakingsrechtjurisprudentie	42
4.2.1 Een beperkte uitleg van vakverenigingsvrijheid.....	42
4.2.2 Demir & Baykara.....	43
4.2.3 Enerji Yapi-Yol Sen.....	43
4.3 De Nederlandse zzp'er en het EVRM	44
4.3.1 ILO-conventies.....	44
4.3.2 Zelfstandigen en het recht om zich te verenigen	46
4.4 Afronding.....	47
Hoofdstuk 5 Conclusie.....	50
Bronnen.....	54

Afkortingenlijst

BW	Burgerlijk Wetboek
ECSR	Europees Comité voor Sociale Rechten
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gw	Grondwet
ILO	International Labour Organization
Mw	Mededingingswet
SER	Sociaal Economische Raad
VAR	Verklaring Arbeidsrelatie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet CAO	Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst
Wet DBA	Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie
Zzp'er	Zelfstandige zonder personeel

Inleiding

Afgelopen zomer kondigde Deliveroo¹ aan het loon van zijn bezorgers in Engeland aan te passen. Het bedrijf wilde in plaats van een uurloon plus een kleine bonus per afgeleverde maaltijd alleen nog per afgeleverde maaltijd loon uitbetalen. De bezorgers, die als zelfstandigen werkzaam zijn bij het bedrijf, waren het met deze verandering niet eens. Uit protest startten zij een staking.² In Nederland vond in de zomer van 2015 ook een staking door zelfstandigen plaats bij PostNL uit onvrede over de arbeidsvoorwaarden.³ Een staking van zelfstandigen voelt vreemd aan. Een van de belangrijkste drijfveren om als zelfstandige aan het werk te gaan is de behoefte aan vrijheid.⁴ Waarom zou een zelfstandige niet nieuwe werkzaamheden zoeken als de arbeidsvoorwaarden bij de huidige opdrachtgever hem niet bevallen? Bovendien hoeft de opdrachtgever hem niet door te betalen tijdens een staking en ontvangt de zelfstandige dus geen loon. Waarom zouden zelfstandigen willen staken?

Niet iedere zzp'er kan floreren in de zelf gekozen vrijheid. Uit cijfers van het Centraal Plan Bureau - van begin 2016 - blijkt dat naast een grote groep zelfstandigen die aan de top van de inkomenspiramide staan ook ongeveer 100.000 van de bijna 800.000 zzp'ers alles moeten bijzetten om rond te kunnen komen.⁵ Bovendien heeft niet iedere zzp'er 'vrijwillig' voor zijn zelfstandigheid gekozen. Bijna één op de vier van de zzp'ers voelt zich gedwongen om zzp'er te zijn omdat hij niet als vaste werknemer aan het werk kon.⁶ De onvrede over bijvoorbeeld hun loon en de moeilijkheid voor sommigen om nieuwe werkzaamheden te vinden, is met behulp van deze cijfers voor te stellen. Bij bedrijven als Deliveroo, waarbij de app eigenlijk de baas van de zelfstandige is, zijn bijkomende mogelijke oorzaken van onvrede: de angst voor inwisselbaarheid en het probleem dat er geen klantenkring wordt opgebouwd omdat alleen wordt bezorgd aan diegene die via een algoritme aan jou worden toegewezen.⁷ De behoefte van zzp'ers om tot een staking over te gaan is dus verklaarbaar.

Niet beide genoemde stakingen zijn succesvol geweest. Bij PostNL heeft de staking niet het gewenste effect gehad. Zelfstandige postbezorgers hebben door middel van blokkades bij depots de bedrijfsvoering proberen te hinderen. PostNL stapte naar de rechter en de staking werd niet rechtmatig geacht. De staking in Engeland bij Deliveroo had meer succes. Deliveroo veranderde de manier van belonen niet en zou met de zelfstandigen in overleg gaan. Via social media hadden de stakers zoveel mogelijk lotgenoten opgeroepen om deel te nemen aan de staking. Ook kregen de bezorgers sympathie van derden. Dit is prettig voor de stakers omdat een bedrijf dan weet dat bij het doordrukken van hun verandering het reputatieschade op kan lopen. Via crowdfunding is ruim 12.000 pond opgehaald om als

¹ Een bedrijf dat via algoritmes zorgt dat klanten, die thuis eten van een restaurant naar keuze bezorgd willen krijgen, via een app worden gekoppeld aan een freelance bezorger die dit eten ophaalt bij het restaurant en bezorgt bij de klant thuis.

² Van der Wiel, *Vrij Nederland* 17 augustus 2016.

³ *NU.nl* 18 juli 2015.

⁴ *GfK onderzoek drijfveren Nederlandse ondernemer* 2015.

⁵ Witteman & de Haan, *Volkscrant* 27 januari 2016.

⁶ Le Clercq, www.rtlz.nl 30 juni 2016.

⁷ Van Noort, *NRC* 28 oktober 2016.

stakingskas te gebruiken voor de stakende zelfstandigen die loon misliepen.⁸ De zzp'ers konden kennelijk op een creatieve manier voldoende druk uitoefenen op hun opdrachtgever. Het feit dat de staking succesvol kon zijn, zegt echter nog niet dat de staking rechtmatig was. In tegenstelling tot de PostNL-staking vond de Deliveroo-staking niet in Nederland plaats. In deze scriptie wordt alleen aan de Nederlandse situatie aandacht besteed. In Nederland is het stakingsrecht voor werknemers in de jurisprudentie de laatste jaren duidelijk vastgelegd. Zzp'ers hebben echter geen arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Zij zijn dus niet te kwalificeren als werknemers. Hierom is het reguliere arbeidsrecht niet standaard op hen van toepassing. De vraag is dus of zzp'ers ook een stakingsrecht hebben.

Bij het onderzoeken van deze probleemstelling is gebruik gemaakt van klassiek wetenschappelijk juridisch onderzoek. Hieronder vallen zowel jurisprudentie- als literatuuronderzoek. De scriptie is opgebouwd uit vier inhoudelijke hoofdstukken. In hoofdstuk 1 zal worden stilgestaan bij het onderscheid tussen werknemers, zzp'ers en de tussenvariant: schijnzelfstandigen. In tegenstelling tot de werknemer kent de zzp'er geen definitie in de wet. Omdat de meeste werknemersrechten niet aan zzp'ers toekomen, is het van belang om de begrippen helder te hebben. Ook zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op het cao-recht, omdat collectieve acties vaak worden gebruikt om bij te dragen aan de collectieve onderhandelingen die tot collectieve afspraken over de arbeidsvoorwaarden moeten leiden. Omdat collectieve prijsafspraken door ondernemers niet altijd zijn toegestaan wordt tot slot ook ingegaan op het mededingingsrecht.

In hoofdstuk 2 zal het ESH aan bod komen. In Nederland is het algemeen geaccepteerd dat werknemers zich op artikel 6 lid 4 van dit Handvest kunnen beroepen om een collectief actierecht te verkrijgen. In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de jurisprudentie waar werknemers zich op beroepen. Voorts wordt gekeken naar de PostNL-staking waarin de rechter een oordeel velde over de vraag of zzp'ers zich kunnen beroepen op artikel 6 lid 4 ESH.

In hoofdstuk 3 zal het *Panhonlibco*-arrest⁹ de revue passeren. In dit arrest werd voor het eerst een stakingsrecht gecreëerd voor werknemers zonder dat hier een grondslag voor was in de wet. Wellicht dat zzp'ers zich op de regels uit dit arrest kunnen beroepen.

In hoofdstuk 4 zal tot slot worden gefocust op artikel 11 EVRM. Dit artikel ziet op de verenigingsvrijheid. In de jurisprudentie is echter uitgemaakt dat aan dit artikel ook een stakingsrecht kan worden ontleend. De vraag is of zzp'ers zich hier ook op kunnen beroepen. In de conclusie zal ik tot een antwoord op de vraag komen: *hebben zzp'ers een collectief actierecht?*

⁸ Van der Wiel, *Vrij Nederland* 17 augustus 2016.

⁹ Hoge Raad 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panhonlibco*).

Hoofdstuk 1 De zzp'ers

Voordat ik kan beginnen aan de behandeling van de vraag of zzp'ers zich op het stakingsrecht kunnen beroepen, moet het helder zijn wie er onder de definitie van de zzp'er vallen. Omdat aan werknemers duidelijk een stakingsrecht is toegekend, moet er allereerst een afbakening komen van het werknemersbegrip (paragraaf 1.1.1). Hierna zal in paragraaf 1.2 een definitie worden gegeven van 'de zzp'er' en het door het Hof van Justitie geïntroduceerde 'schijnzelfstandigenbegrip'. Later in deze scriptie zal voor deze groepen werkenden worden onderzocht in hoeverre zij zich op dezelfde manier als werknemers op het stakingsrecht kunnen beroepen of, wanneer dat niet kan, op welke andere manier. Om inzicht te krijgen in de relevantie van deze vraag moet het duidelijk zijn waarom het maken van collectieve afspraken, die ontstaan naar aanleiding van een collectieve actie, met deze zelfstandigen een probleem kan vormen. Hierom wordt er in paragraaf 1.3 stilgestaan bij het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten en het mededingingsrecht.

1.1 Kwalificatie van de arbeidsrelatie

1.1.1 Het Nederlandse werknemersbegrip

Er is sprake van een werknemer wanneer een persoon op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is. De definitie van een arbeidsovereenkomst is vastgelegd in artikel 7:610 BW. Deze luidt:

De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

Aan deze definitie kan een drietal elementen worden ontleend die de arbeidsovereenkomst typeren:

I. Allereerst, de verplichting van de werknemer om arbeid te verrichten. De aard van de arbeid doet er niet toe; zelfs een slaapdienst kan onder arbeid vallen.¹⁰ Wel is het van belang dat de verrichte werkzaamheden primair strekken ten behoeve van de werkgever. Dit betekent niet dat het niet ook in belangrijke mate aan de persoonlijke ontwikkeling van een werknemer mag bijdragen.¹¹ De arbeid moet persoonlijk worden verricht door de werknemer. Laat de werknemer zich zonder toestemming van de werkgever, anders dan incidenteel, vervangen dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst.¹² Dit volgt tevens uit artikel 7:659 BW.

II. Tegenover het verlenen van arbeid staat de verplichting tot het betalen van loon door de werkgever. Loon is het tweede kenmerk van een arbeidsovereenkomst. Loon is de 'door de werkgever aan de werknemer krachtens de arbeidsovereenkomst verschuldigde

¹⁰ Hoge Raad 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173.

¹¹ Hoge Raad 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935 (*Beurspromovendi*).

¹² Hoge Raad 13 december 1957, NJ 1958/35.

vergoeding ter zake van bedongen arbeid, anders dan het pensioen'.¹³

III. Tot slot moet de werknemer in dienst van de werkgever zijn. Er is sprake van in dienst zijn wanneer de werknemer onder het gezag van de werkgever valt. Omtrent het verrichten van de arbeid of met betrekking tot het bevorderen van de goede orde in de onderneming moet de werkgever aanwijzingen aan de werknemer kunnen geven.¹⁴ Op dit punt onderscheidt de werknemer zich in de praktijk het meest van de zzp'er. Omdat ook door opdrachtgevers vaak aanwijzingen worden gegeven aan zzp'ers kunnen hier problemen ontstaan rondom de afbakening van het werknemersbegrip. Aan deze afbakeningsproblematiek wordt in paragraaf 1.2.3 meer aandacht besteed.

1.1.2 Het werknemersbegrip in Europese verdragen

Omdat het stakingsrecht in Nederland niet in de wet is geregeld zal veelal naar Europese regelgeving moeten worden gekeken. Belangrijk is het om stil te staan bij het feit dat bepaalde begrippen in de nationale wet verschillen kunnen vertonen met de verschillende Europese bronnen; zo ook het werknemersbegrip. De nationale kwalificatie hoeft niet doorslaggevend te zijn.¹⁵ Het Hof van Justitie hanteert bijvoorbeeld voor het kwalificeren van een werknemer, net als Nederland en veel andere Europese landen, de criteria van arbeid, loon en gezag.¹⁶ In hoofdstuk 2 wordt nader op het werknemersbegrip uit het Europees Sociaal Handvest ingegaan. De invullingen van het werknemersbegrip uit het ESH en door het Hof van Justitie zijn het meest van belang voor deze scriptie. Werknemers worden over het algemeen beter beschermd door de wet en rechtspraak dan zzp'ers. Het zal blijken dat deze neiging er ook is in het stakingsrecht. Wanneer het werknemersbegrip in Europese verdragen en rechtspraak ruimer is dan in Nederland, kan het zo zijn dat sommige zzp'ers toch onder het werknemersbegrip van een van de Europese verdragen vallen terwijl zij in Nederland zouden worden aangemerkt als zelfstandigen. Om deze reden is het van belang om te onderzoeken of de begrippen meer ruimte bieden voor bepaalde groepen Nederlandse zzp'ers. Zo is in de rechtspraak van het Hof van Justitie bijvoorbeeld het schijnzelfstandigenbegrip gecreëerd, op welke grond sommige zzp'ers zich toch zouden kunnen beroepen op dezelfde bescherming als werknemers. Hierover volgt in paragraaf 1.2.2 en 1.2.3 meer.

1.1.3 De overeenkomsten van een zzp'er

In Nederland zijn er ongeveer één miljoen zelfstandigen zonder personeel, de zzp'ers.¹⁷ Hiervan zijn er ongeveer 800.000 met een hoofdinkomen als zzp'er.¹⁸ De positie van de zzp'ers is aanzienlijk anders dan die van de werknemers doordat de zzp'ers niet worden beschermd door het reguliere arbeidsrecht. Het idee hierachter is dat zij niet afhankelijk zijn van één opdrachtgever.¹⁹ De zelfstandige is niet werkzaam op grond van een

¹³ Bouwens & Duk 2015, p. 6.

¹⁴ Bouwens & Duk 2015, p. 7.

¹⁵ Heerma van Voss 2014, p. 624.

¹⁶ Hof van Justitie EU 3 juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

¹⁷ *Statline CBS, Werkzame beroepsbevolking; positie in de werkkring.*

¹⁸ *Eindrapport IBO Zelfstandige zonder personeel 2015*, p. vi.

¹⁹ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2013, p. 9.

arbeidsovereenkomst maar op grond van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk.

Opdracht

De overeenkomst van opdracht, artikel 7:400 BW, is gedefinieerd als:

De overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het uitvoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

De grens met de arbeidsovereenkomst is soms vaag. Op de afbakeningsproblematiek zal verder worden ingegaan in paragraaf 1.2.3 maar in deze paragraaf zal alvast kort worden stilgestaan bij enkele elementen. Bij de overeenkomst van opdracht zal iemand niet in dienst zijn. Dat de gezagsverhouding ontbreekt, wil niet zeggen dat de opdrachtgever helemaal geen aanwijzingen kan geven waar de opdrachtnemer zich aan moet houden; dit blijkt uit artikel 7:402 BW. Hoe sterker en groter de aanwijzingsbevoegdheid, hoe eerder er sprake is van een arbeidsovereenkomst.²⁰ De Hoge Raad houdt rekening met het totaal plaatje van wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en met de wijze waarop zij de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd.²¹ Voor de partijbedoeling is het niet van belang welke titel de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven, het gaat om de rechten en plichten die zij onderling hebben afgesproken.²² Nadat is gekeken wat partijen voor ogen stond bij het aangaan van de overeenkomst wordt gekeken naar de feitelijke uitvoering door partijen. Bij de kwalificatievraag wordt onder andere rekening gehouden met de inhoud en de duur van de overeenkomst. De arbeidsovereenkomst kan voor onbepaalde tijd zijn terwijl de overeenkomst van opdracht vaak een incidenteel karakter heeft en is afgerond wanneer de dienst of het product is geleverd.²³ Ook het lopen van ondernemingsrisico,²⁴ het hebben van eigen inkomensverzekeringen en het zelf factureren van gewerkte uren wegen mee bij de kwalificatie van een overeenkomst van opdracht.²⁵ Andere elementen die meewegen, zijn onder andere dat:

- Zzp'ers veelal de vrijheid hebben om zonder toestemming zich te laten vervangen en voor andere opdrachtgevers te werken;
- Instructies van de opdrachtgever vooral zien op het resultaat en minder op de uitvoering van het werk;
- De zzp'er vooral werkt vanuit een eigen werkruimte en met eigen materiaal.²⁶

²⁰ Bouwens & Duk 2015, p. 8.

²¹ Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen / Schroevers*).

²² Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, ro. 3.5 (*Groen / Schroevers*).

²³ Aerts 2007, p. 130.

²⁴ Hoge Raad 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4354.

²⁵ Hof 's-Gravenhage 2 juli 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR5339.

²⁶ Aerts 2007, p. 154.

Aanneming van werk

Het aannemen van werk is gedefinieerd in artikel 7:750 BW:

Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.

In de literatuur wordt het aannemen van werk vaak als species van de overeenkomst van opdracht gezien.²⁷ Het is duidelijk dat de zzp'er bij aanneming wel daadwerkelijk een stoffelijk voorwerp tot stand moet brengen of moet bewerken. Omdat de overeenkomst van opdracht en het aannemen van werk verder in sterke mate op elkaar lijken, zou de problematiek omtrent de grens met de arbeidsovereenkomst hetzelfde kunnen zijn. Toch zijn er enkele verschillen met de overeenkomst van opdracht waardoor het onderscheid tussen een aannemer en een werknemer makkelijker te maken zou kunnen zijn. Bij het aannemen van werk ontbreekt de instructiebevoegdheid voor de opdrachtgever, tenzij anders overeengekomen. Over het tot stand te brengen resultaat zijn afspraken gemaakt maar de manier waarop het resultaat wordt bereikt mag de aannemer zelf bepalen zolang hij binnen de grenzen van de overeenkomst blijft.²⁸ De wetgever ziet het aannemen van werk als een overeenkomst tussen gelijkwaardige partijen.²⁹ Doordat de partijen gelijk zijn en de opdrachtgever bij het aannemen van werk een nog kleinere instructiebevoegdheid heeft dan bij de overeenkomst van opdracht is de scheidslijn tussen het aannemen van werk en de arbeidsovereenkomst over het algemeen iets makkelijker te trekken dan tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst. Toch zal het soms ook lastig zijn om het aannemen van werk te onderscheiden van de arbeidsovereenkomst.³⁰

1.2 Definitie van de zzp'er

De zzp'er is geen wettelijke rechtsvorm. De SER heeft in een advies omtrent de sociaaleconomische positie van de zzp'er wel een definitie gecreëerd. Deze definitie sluit aan bij het ondernemersbegrip dat wel in de wet is opgenomen (art. 3.4 Wet Inkomstenbelasting 2001). Deze definiëring van een zzp'er door de SER zal worden aangehouden in deze scriptie. Volgens de SER is een zzp'er:

Een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting:

- zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;
- het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden;

²⁷ Asser/Van den Berg 2017.

²⁸ Aerts 2007, p. 126.

²⁹ Aerts 2007, p. 126.

³⁰ Zie o.a.: Hoge Raad 6 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4535; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:979.

- het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;
- bekendmaking van het ondernemerschap;
- het streven naar meerdere opdrachtgevers.³¹

1.2.1 Wet DBA

De SER acht het van belang dat, voor de kwalificatie van een zzp'er, het vooraf duidelijk is voor partijen en andere instanties of hij of zij als ondernemer zal worden aangemerkt. Om te zorgen dat niemand voor onaangename verrassingen komt te staan als achteraf blijkt dat de vermeende zzp'er werknemer is - of juist andersom -, is sinds 1 mei 2016 de modelovereenkomst in de Wet DBA in het leven geroepen. Voorheen kon men een Verklaring Arbeidsrelatie opvragen bij de Belastingdienst. De opdrachtnemer kon door middel van zo'n VAR aan de Belastingdienst een oordeel vragen over het feitencomplex.³² Een van de redenen voor het afschaffen van de VAR was de te hoge werkdruk voor de Belastingdienst om alle aanvragen grondig te onderzoeken, hierdoor kregen veel schijnzelfstandigen (par. 1.2.2 en 1.4) te snel een VAR.³³ Een tweede reden voor het afschaffen, is dat de VAR werd afgegeven voor een jaar op grond van prognoses over de omzet en de hoeveelheid opdrachtgevers voor de zzp'er dat jaar. Bleken de prognoses aan het eind van het jaar niet te kloppen dan kon er geen loonbelasting en premies meer worden verhaald op de opdrachtgever. Ondanks dat de VAR geen werkvergunning was, wilden in de praktijk de opdrachtgevers bijna alleen maar zzp'ers met een VAR.³⁴ De VAR is nu vervangen door de modelovereenkomsten uit de Wet DBA. In gevallen waarin de opdrachtgever en zzp'er twijfelen of er al dan niet sprake is van loondienst en dit willen uitsluiten, kunnen zij een modelovereenkomst gebruiken. Op de website van de Belastingdienst zijn de modelovereenkomsten te vinden die zijn gecreëerd voor bepaalde beroepen en branches. Wanneer zo'n modelovereenkomst wordt gevolgd, dan wordt de dienstbetrekking niet als arbeidsovereenkomst gekwalificeerd.³⁵ Ook is het duidelijker voor partijen wanneer de overeenkomst eindigt. In de overeenkomst dient een duidelijk doel van de werkzaamheden te worden opgenomen, wanneer het doel is bereikt zal de overeenkomst eindigen.³⁶ De fiscus heeft tot nu toe veel van de aangevraagde modelovereenkomsten afgewezen; de vermeende zelfstandigen zouden niet als zelfstandigen aan het werk kunnen. Vanwege de onrust en onzekerheid onder opdrachtgevers over de afschaffing van de VAR, is de handhaving van de Wet DBA tot 1 juli 2018 uitgesteld.³⁷

³¹ SER, 'Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel', nr. 2010/04. P. 52.

³² SER, p. 53.

³³ Barentsen & Sagel *NJB* 2016/1819.

³⁴ Barentsen & Sagel *NJB* 2016/1819.

³⁵ Barentsen & Sagel *NJB* 2016/1819.

³⁶ 'Thematische beschrijving, Wet DBA', Xpert Inkoop en Aanbesteding, rechtsorde.nl (zoek op: Wet DBA).

³⁷ Oelen, *Xpert HR* 13 juni 2017.

1.2.2 De introductie van het schijnzelfstandigenbegrip

Het schijnzelfstandigenbegrip is geïntroduceerd door het Hof van Justitie in het arrest *FNV Kiem*.³⁸ FNV Kiem is een vakbond die minimumtarieven wilde vastleggen voor remplaçanten³⁹ die als zzp'ers werkzaam waren. In paragraaf 1.3.3 zal nader in worden gegaan op de inhoud van het arrest. In deze paragraaf wil ik slechts stilstaan bij het begrip dat het Hof introduceert; het Hof gebruikte het begrip 'schijnzelfstandigen'. Een schijnzelfstandige is iemand wiens situatie vergelijkbaar is met die van een werknemer maar als zelfstandige is aangeworven. Het Hof creëerde een aantal handvaten om te bepalen of een persoon kan worden gekwalificeerd als schijnzelfstandige. Hierbij is onder andere van belang dat hij "onder leiding van een werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn eigen tijdschema en de plaats en inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt".⁴⁰ Het Hof verwees hiermee naar het gezag van de werkgever over het tijdschema, de plaats en de inhoud van het werk maar staat niet stil bij andere elementen die bij het Nederlandse werknemersbegrip horen zoals het persoonlijk verrichten van de arbeid bijvoorbeeld. Hierdoor lijkt het schijnzelfstandigenbegrip redelijk ruim te worden uitgelegd.⁴¹ Rechten voor werknemers lijken voor een grotere groep beschikbaar te zijn; de groep die ondergeschikt de feitelijke werkzaamheden verricht en geen ondernemingsrisico loopt. De vraag of iemand al dan niet als werknemer in de zin van de nationale wet kan worden aangemerkt is niet van belang.

1.2.3 De afbakeningsproblematiek in Nederland

Na de uitspraak van het Hof van Justitie is de zaak terugverwezen naar het Hof Den Haag. In deze uitspraak heeft FNV Kiem geëist dat de zelfstandige remplaçanten als schijnzelfstandigen moesten worden aangemerkt.⁴² Het hof begreep het *FNV Kiem*-arrest zo dat remplaçanten die schijnzelfstandigen waren niet als onderneming moesten worden aangemerkt. Ondernemingen onderscheiden zich van schijnzelfstandigen omdat zij zich tijdens de duur van de contractuele verhouding niet in een ondergeschiktheidsrelatie tot het betrokken orkest bevinden en dus meer zelfstandig en flexibel zijn voor wat betreft het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de taken zoals repetities en concerten.⁴³ Remplaçanten waren volgens het hof aan te merken als schijnzelfstandigen in de zin van het arrest van het Hof van Justitie. Zij bevonden zich in een ondergeschiktheidsrelatie omdat zij aanwijzingen van de dirigent opvolgden en volgens het aan hen ter beschikking gestelde rooster aanwezig moesten zijn voor repetities en concerten, net als werknemers die in dienst

³⁸ Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411.

³⁹ Remplaçanten zijn musici die op basis van een overeenkomst van opdracht invallen in orkesten.

⁴⁰ Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, r.o. 36.

⁴¹ Pennings, *TRA* 2015/33.

⁴² Gerechtshof 's-Gravenhage 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

⁴³ Gerechtshof 's-Gravenhage 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, ro. 2.4.

waren.⁴⁴ Het feit dat zelfstandige remplaçanten ook voor meerdere opdrachtgevers konden werken, deed hier niet aan af. De vraag naar aanleiding van deze uitspraak is of het schijnzelfstandigenbegrip ruimer is dan ons nationale werknemersbegrip.

Aan rechters wordt nog steeds slechts de vraag voorgelegd of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Aan de beantwoording van de vraag of er ook sprake kan zijn van deze tussencategorie schijnzelfstandigen komen de rechters niet toe.⁴⁵ Zo ook in de *PostNL*-uitspraken. In een paar maanden tijd werden (eind 2015 / begin 2016) door vermeend zelfstandige pakketbezorgers procedures gestart tegen PostNL waarin de vraag moest worden beantwoord of de feiten en omstandigheden meebrachten dat zij in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst hadden. Gezien de hoeveelheid uitspraken zullen er slechts een paar uitspraken worden behandeld die samen een duidelijk beeld schetsen van de lijn die de rechtbanken hier trekken. PostNL maakt gebruik van zowel werknemers als zelfstandige pakketbezorgers. Een groot deel van deze zelfstandigen hadden zich georganiseerd in Subco Partners. FNV heeft zich op enig moment de belangen van deze groep pakketbezorgers aangetrokken. FNV heeft met PostNL in de loop van 2015 een akkoord bereikt. Op grond van dit akkoord moesten de zelfstandige pakketbezorgers kort gezegd voor de volgende keuze worden gesteld: of in dienst treden bij PostNL of doorgaan als zelfstandige ondernemer met een 10% hoger salaris. Maar een kleine groep pakketbezorgers koos voor een dienstverband. In juli 2015 is een groep zelfstandigen in staking gegaan. De opstelling van negentien zelfstandigen gedurende deze collectieve acties heeft ertoe geleid dat hun overeenkomst werd opgezegd.⁴⁶ De rechtszaken die hierop volgen zijn de *PostNL*-uitspraken. In de uitspraken wordt de vraag of er sprake zou kunnen zijn van schijnzelfstandigheid niet aan de rechters voorgelegd, hoewel dit gezien de problematiek in de zaken wel logisch zou kunnen zijn. De vraag is immers of de vermeende zelfstandigen niet onterecht worden aangemerkt als zelfstandig. Nu de vraag slechts was of er sprake was van een arbeidsovereenkomst zal dit worden bestudeerd. In drie uitspraken oordeelden de rechtbanken dat de pakketbezorgers een arbeidsovereenkomst hadden.⁴⁷ De rechters openen hun beslissingen met de constatering dat de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst holistisch moet worden beoordeeld. Dat wil zeggen dat er naar de alle feiten en omstandigheden wordt gekeken.⁴⁸ Dit is in overeenstemming met de opvatting van de Hoge Raad dat de aan de overeenkomst verbonden rechtsgevolgen in onderlinge samenhang dienen te worden beoordeeld.⁴⁹ Wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond - het criterium dat uit *Groen/Schroevers*⁵⁰ kan worden afgeleid - werd nog steeds van groot belang geacht. Wat zijn nu naar mijn idee, met het arrest *FNV Kiem* in mijn achterhoofd, de belangrijkste elementen die naar voren komen in

⁴⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, ro. 2.6.

⁴⁵ Boot, *TRA* 2016/44.

⁴⁶ Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226.

⁴⁷ Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226; Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232; Kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.

⁴⁸ Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ro. 4.4.

⁴⁹ O.a.: Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen / Schroevers*); Hoge Raad 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (*Logidex*).

⁵⁰ Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schroevers*).

deze uitspraken?

Ten eerste wordt er weinig gewicht toegekend aan het etiket dat partijen op de overeenkomst plakken. Wel wordt er in twee uitspraken beslist dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst omdat die pakketbezorgers eerst uitdrukkelijk de aangeboden arbeidsovereenkomst hebben geweigerd hoewel zij wel waren geweest op de risico's van het ondernemerschap.⁵¹

Ten tweede wordt er in de uitspraken stilgestaan bij het persoonlijk verrichten van arbeid; de rechtbanken lijken hier soepeler tegenover te staan. De pakketbezorgers mogen hun arbeid laten verrichten door een ander, mits deze ander is goedgekeurd door PostNL.⁵² Doordat de ander moet worden goedgekeurd is de pakketbezorger niet geheel vrij zich te laten vervangen en wordt hij dus in zijn ondernemingsvrijheid beperkt.⁵³ Een enkel beding dat iemand zich vrij kan laten vervangen leidt er niet altijd toe dat er geen sprake meer kan zijn van een arbeidsovereenkomst, een regel die voorheen wel leek te bestaan.⁵⁴ Wel wordt het zich structureel laten vervangen gezien als een kenmerk van zelfstandig ondernemerschap.⁵⁵

Tot slot wordt er veel waarde gehecht aan de maatschappelijke positie van de pakketbezorgers. Bij het sluiten van de overeenkomst moet rekening worden gehouden met de vraag of partijen wel maatschappelijk en economisch gelijkwaardig zijn. Wanneer er geen gelijkwaardigheid is, wordt er minder snel rekening gehouden met de partijbedoeling zoals die blijkt uit de gesloten overeenkomst. Een pakketbezorger die pas een onderneming heeft opgericht kort voor het aangaan van de overeenkomst met PostNL zal minder snel als gelijkwaardig worden gezien dan de pakketbezorgers die al jaren zelfstandig ondernemen.⁵⁶ Gedurende de overeenkomst wordt ook rekening gehouden met de maatschappelijke positie van de pakketbezorgers. De focus ligt vooral op de economische afhankelijkheid. Wanneer de bezorger maar één dag per week voor PostNL bezorgt, is hij minder afhankelijk dan de bezorger die enkel voor PostNL werkt. Het feit dat een pakketbezorger slechts voor één bedrijf werkt is niet doorslaggevend, er moet ook altijd naar de overige omstandigheden van het geval worden gekeken.⁵⁷ Überhaupt kan worden gesteld dat niet één van de bovengenoemde elementen doorslaggevend is. Dit is eerder al uitgemaakt in *Groen/Schroevers* en ook in deze zaak wordt duidelijk dat niet één criterium altijd aanwezig moet zijn om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst.⁵⁸

In de literatuur leek men te verwachten dat vermeende zzp'ers eerder als schijnzelfstandigen zullen worden aangemerkt in de zin van het *FNV Kiem*-arrest dan als werknemers in de zin

⁵¹ Kantonrechter Amersfoort 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103 en Kantonrechter 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83.

⁵² Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ro. 2.14.

⁵³ Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ro. 4.28.

⁵⁴ Van den Berg, *AR Updates* 2016/47.

⁵⁵ Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230; Kantonrechter 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81; Kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153.

⁵⁶ Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ro. 4.8-4.9.

⁵⁷ Kantonrechter Amersfoort 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85, ro. 4.25 en Kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152, ro. 19.

⁵⁸ Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schroevers*).

van artikel 7:610 BW omdat het schijnzelfstandigen begrip ruimer zou zijn.⁵⁹ Het schijnzelfstandigenbegrip uit *FNV Kiem* wordt niet overgenomen in de Nederlandse *PostNL*-uitspraken. De handvaten die *FNV Kiem* geeft om een categorie schijnzelfstandigen aan te duiden, worden niet direct overgenomen nu de vraag in de *PostNL*-uitspraken uitdrukkelijk was of er sprake was van arbeidsovereenkomsten. In de *PostNL*-uitspraken lijkt het werknemersbegrip wel iets te worden verbreed door het element van persoonlijke arbeidsverrichting te versoepelen. In het *FNV Kiem*-arrest is voor de kwalificatie van een schijnzelfstandige ook niet vereist dat er persoonlijk arbeid wordt verricht. Of dit met elkaar verband houdt, durf ik niet met zekerheid te zeggen nu in *FNV Kiem* geen sprake was van het zichzelf laten vervangen door andere orkestleden en in de *PostNL*-uitspraken ook niet wordt verwezen naar *FNV Kiem*. In onze Nederlandse jurisprudentie is het schijnzelfstandigenbegrip nog onvoldoende ingekleurd. Of er een goed werkende tussencategorie komt naast de werknemer en zzp'er blijft nog de vraag. Wat de juridische betekenis wordt van een zogenoemde tussencategorie is dan ook nog niet duidelijk. Wanneer het schijnzelfstandigenbegrip ook in de jurisprudentie is geïntegreerd zal de schijnzzp'er door het verkrijgen van werknemersrechten waarschijnlijk ook een recht op staken hebben op dezelfde manier waarop werknemers dat recht hebben. Aan de andere kant is het zinloos om een categorie van werkenden te creëren aan wie exact dezelfde rechten toekomt als aan werknemers; waarom zouden wij deze categorie dan een andere naam geven dan 'de werknemers'? Kortom: er is nog veel onduidelijk over schijnzelfstandigen.

1.3 De cao en het mededingingsrecht

Collectieve acties worden vaak als pressiemiddel gebruikt wanneer het collectief onderhandelen vastloopt. Alvorens in te gaan op het collectieve actierecht van de zzp'er is het van belang om een beter inzicht te krijgen in het collectieve onderhandelen. Eerst zal worden ingegaan op de wenselijke uitkomst van een collectieve onderhandeling: de cao. Vervolgens zal de vraag worden beantwoord in hoeverre de zzp'er kan worden gebonden aan een cao.

1.3.1 De cao

De collectieve arbeidsovereenkomst is van groot belang. Op ongeveer 80% van de werknemers is een cao van toepassing.⁶⁰ In artikel 1 lid 1 Wet CAO is een omschrijving van de cao gegeven, die luidt:

De overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer vereniging met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.

In lid 2 wordt hieraan toegevoegd dat de cao ook kan gelden voor aanneming van werk en de

⁵⁹ Zie o.a: Pennings, *TRA* 2015/33; Grosheide *TRA* 2015/99; Boonstra, *ArbeidsRecht* 2016/43.

⁶⁰ Rojer *TRA* 2015/57.

overeenkomst van opdracht. In de Memorie van Toelichting worden de beweegredenen achter dit besluit niet verder toegelicht maar het is wel expliciet vermeld dat de inhoud van dit lid de bedoeling van de wetgever is geweest.⁶¹ Aan de werknemerszijde kunnen, zoals ook blijkt uit de definitie, alleen vakbonden contractspartij zijn. In de Wet CAO worden vrijwel geen eisen gesteld aan de vakbonden die partij kunnen zijn. De eisen die er wel zijn, zijn dat de vereniging volledige rechtsbevoegdheid heeft en in de statuten van de vereniging de bevoegdheid tot het aangaan van de cao uitdrukkelijk wordt genoemd, artikel 3 Wet CAO. In uitzonderlijke situaties worden er bij wet extra eisen gesteld. Dit geldt bijvoorbeeld voor vakbonden die de mogelijkheid tot een ontslagcommissie creëren bij cao (art. 7:671a BW), de beschrijving van deze extra eisen laat ik achterwege wegens de omvang van deze scriptie. Dat cao's alleen met vakbonden worden gesloten wil overigens niet zeggen dat dit ook een eis is voor collectieve acties. Om een geldig recht op collectieve acties te hebben hoeft de staking niet door een vakbond georganiseerd te zijn. Nu er in beginsel geen nadere eisen aan de vakbonden worden gesteld worden vakbonden voor zzp'ers door de Wet CAO niet uitgesloten als partij bij een cao. Zzp'ers kunnen tegenwoordig lid zijn van vakbonden. Onder andere de grootste vakbond van Nederland, FNV, heeft de belangenbehartiging van zzp'ers opgenomen. Tot 1 februari 2017 waren zelfstandigen verenigd in FNV Zelfstandig, sindsdien zijn zij echter gefuseerd met FNV. In de statuten van FNV vallen nu onder werkenden ook personen die zelfstandig werkzaam zijn.⁶² Op deze manier wil zij bijvoorbeeld opkomen voor betere zzp-tarieven.⁶³ Dit kan van belang zijn om op die manier de 'race to the bottom'⁶⁴ tegen te gaan. Zonder wettelijke of collectieve afspraken kunnen zzp'ers door zich steeds goedkoper aan te bieden op de markt in een negatieve spiraal terecht komen. Zij moeten zich continu goedkoper aanbieden om gekozen te worden door een opdrachtgever en zijn voor werkgevers op die manier voor veel klussen waarschijnlijk financieel aantrekkelijker dan vaste werknemers. Collectieve overeenkomsten waarin bijvoorbeeld minimumtarieven worden vastgelegd zouden dit kunnen voorkomen. Maar mag je deze afspraken maken met zzp'ers?

1.3.2 Het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is het recht met betrekking tot concurrentie in Europa. Door gezonde rivaliteit in stand te houden, wordt de handelsvrijheid beschermd.⁶⁵ Het Nederlandse mededingingsrecht wordt in sterke mate beïnvloed door het Europese recht. In artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU is het kartelverbod opgenomen. Een kartel is een verboden afspraak tussen ondernemingen om niet met elkaar te concurreren. Het begrip onderneming is door het Hof breed uitgelegd; elke eenheid die een economische activiteit uitvoert valt hieronder ongeacht zijn rechtsvorm.⁶⁶ De zzp'er is in beginsel ook aan te merken als een onderneming. Een vakbond kan vaak worden aangemerkt als ondernemingsvereniging.⁶⁷

⁶¹ *Kamerstukken II 1926/27*, 166 nr. 3, p. 4.

⁶² Statuten van Federatie Nederlandse Vakbeweging, p. 5.

⁶³ Leupen, *Financieel Dagblad* 17 juni 2016.

⁶⁴ Deze term wordt in verschillende media en boeken gebruikt, o.a.: Van Drongelen 2012, p. 53.

⁶⁵ Wirtz, p. 92.

⁶⁶ Hof van Justitie EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161.

⁶⁷ Hof van Justitie EU 18 juni 1998, ECLI:EU:C:1998:303.

Omdat vakbonden kunnen worden aangemerkt als ondernemingsverenigingen, is het voor te stellen dat een cao tussen vakbonden waarin prijsafspraken worden gemaakt valt onder het kartelverbod omdat dit de concurrentie kan beïnvloeden. In de arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* heeft het Hof van Justitie zich hierover uitgesproken. In de drie zaken ging het om cao's op het gebied van pensioenfondsen.⁶⁸ De vraag was of de verplichte aansluiting bij het pensioenbedrijfsfonds in strijd is met het mededingingsrecht. Ter verduidelijking zal ik de feiten uit het *Albany*-arrest gebruiken. Albany was een textielonderneming dat zich verplicht op grond van de Wet betreffende verplichte deelneming moest aansluiten bij het Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie. Dit verplicht stellen, gebeurde - op verzoek van belanghebbende werkgevers- en werknemersorganisaties - door de Minister. Albany had een deel van de verzekeringen bij een particuliere verzekeraar ondergebracht. Zij heeft vervolgens vrijstelling gevraagd van het bedrijfspensioenfonds omdat zij van mening was dat zij slechts het optimale resultaat uit het particuliere fonds kon halen wanneer alle verzekeringen daar waren ondergebracht. Deze vrijstelling werd afgewezen.⁶⁹ Albany stelt dat de regels om verplicht te moeten deelnemen aan een bedrijfspensioenfonds in strijd zijn met het EG-verdrag (oud); het verzoek van de sociale partners om deelname verplicht te stellen is volgens Albany een strijd met het kartelverbod. Het nationale hof waaraan dit geding was voorgelegd, heeft vervolgens prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie stelt voorop dat het kartelverbod ziet op alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁷⁰ Het Hof stelt vervolgens vast dat Europa ook regels op sociaal gebied kent. De Commissie heeft tot taak tussen lidstaten een nauw samenwerking op sociaal gebied te bevorderen, met name op het terrein van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers.⁷¹ Daarnaast hebben de Gemeenschap en de lidstaten zich tot doel gesteld o.a. arbeidsvoorwaarden en de sociale dialoog te verbeteren. De sociale dialoog kan tot overeenkomsten leiden.⁷² De overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties hebben een zekere mededinging-beperkende werking. De met de overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek zouden echter ernstig worden belemmerd indien de sociale partners zich bij hun inspanning om werkgelegenheid- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren aan het kartelverbod moeten houden.⁷³ Overeenkomsten die doelstellingen van sociale politiek nastreven in het kader van collectieve onderhandelingen vallen wegens hun aard en doel niet onder het kartelverbod. Of een besluit buiten het kartelverbod valt, hangt dus af van de aard en het doel van de in het geding zijnde overeenkomst. 'De aard' wil zeggen dat het om een

⁶⁸ Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:1999:430 (*Albany*); ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*); ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*).

⁶⁹ Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:1999:430 (*Albany*), ro. 26-29.

⁷⁰ Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:1999:430 (*Albany*), ro. 53.

⁷¹ Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:1999:430 (*Albany*), ro. 55.

⁷² Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:1999:430 (*Albany*), ro. 57-58.

⁷³ Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:1999:430 (*Albany*), ro. 59.

collectieve overeenkomst moet gaan die het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties die zijn aan te merken als sociale partners. ‘Het doel’ moet zijn dat de overeenkomst beoogt bij te dragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden van werknemers.⁷⁴ Een pensioenregeling, zoals in het *Albany*-arrest in het geding zijnde, valt buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU omdat het bijdraagt aan de verbetering van de beloning van werknemers. Het *Albany*-arrest ziet niet direct op het sluiten van cao’s maar omdat het Hof duidelijke kaders stelt voor het aangaan van collectieve overeenkomsten kunnen regels worden afgeleid met betrekking tot het cao- en mededingingsrecht.⁷⁵ In de parallelle uitspraken *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* heeft het Hof van Justitie de mogelijkheid willen bieden om collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties uit te kunnen sluiten van de beperkende werking van het mededingingsrecht. De bescherming van de interne markt mag niet ten koste gaan van de sociale politiek. De regel wordt strikt uitgelegd en bij iedere afspraak dient te worden gekeken of de aard en het doel bijdragen aan die sociale politiek.⁷⁶ De uitzondering is ook opgenomen in artikel 16 sub a Mw. Deze uitzondering is zowel in de genoemde uitspraken van het Hof als in de wetbepaling specifiek gemaakt voor cao’s met werknemers. De vraag of een collectieve overeenkomst met een zelfstandige (die wel aan te merken zijn als onderneming) al dan niet in strijd is met het mededingingsrecht is hier nog niet mee beantwoord.

1.3.3 Collectieve overeenkomsten met zzp’ers

In paragraaf 1.2.2 is al kort stilgestaan bij het *FNV Kiem*-arrest. De aanleiding van het arrest is hier echter nog niet besproken. Het ging in dit *FNV Kiem* om de onderhandelingen tussen de werkgeversorganisatie Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten (VSR) en de Stichting Muziekcentrum van de Omroep met FNV Kiem en de Nederlandse Toonkunstenaarsbond over de vergoeding voor remplaçanten. FNV Kiem had naar aanleiding van deze onderhandelingen een cao gesloten waarin een minimumtarief werd afgesproken voor de remplaçanten die werkzaam waren als zzp’ers. De belangrijkste reden hiervoor was om het onderbieden door zelfstandigen te voorkomen. Werkgevers die niet aan de financiële risico’s, (bijv. minimumloon en doorbetalen bij ziekte) van een arbeidsovereenkomst willen vastzitten, zullen sneller kiezen voor zelfstandigen dan voor vaste werknemers. Volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) was deze reden niet genoeg om de cao niet in strijd te laten zijn met het kartelverbod. De afspraken leidden tot prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁷⁷ In het *Albany*-arrest werden werknemersorganisaties aangemerkt als sociale partners. In *FNV Kiem* werd beslist door het Hof van Justitie dat een vereniging die ook voor zelfstandigenbelangen opkomt niet als sociale partner, maar als ondernemingsvereniging optreedt. Het Verdrag probeert een sociaal dialoog te bevorderen tussen werknemer en werkgever ter versterking van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Dit doel is er echter nooit geweest voor zelfstandigen. Daarom valt een collectieve overeenkomst tussen een werkgever en een werknemersorganisatie die ook

⁷⁴ Hof van Justitie EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:1999:430, r.o. 61-63.

⁷⁵ Stege, *Ondernemingsrecht* 2001/13.

⁷⁶ Stege, *Ondernemingsrecht* 2001/13.

⁷⁷ Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411.

opkomt voor de belangen van aangesloten zelfstandigen niet onder de cao-immuniteit. Zo'n cao is dus in strijd met het kartelverbod van artikel 101 VWEU.⁷⁸ Een collectieve overeenkomst mag dus niet met zzp'ers worden gesloten. Voor schijnzelfstandigen maakt het Hof een uitzondering, zij worden immers niet aangemerkt als ondernemingen of ondernemingsvereniging en de versterking van hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden moet hierom ook worden bevorderd. Zij worden voor het mededingingsrecht als werknemer behandeld.⁷⁹

1.4 Afronding

Het onderscheid tussen werknemers en zzp'ers is soms lastig te maken. Omdat de meeste werknemersrechten niet aan zzp'ers toekomen, is het wel een zeer belangrijk onderscheid. Een van de verschillen is dat werkgevers- en werknemersorganisaties wel collectieve arbeidsovereenkomsten voor werknemers kunnen sluiten maar dat collectieve prijsafspraken met zelfstandigen in beginsel in strijd zijn met het mededingingsrecht. Aangezien collectieve acties een veelgebruikt instrument zijn bij het collectieve onderhandelingen die tot collectieve overeenkomsten hadden moeten leiden, is het van belang om hierbij stil te staan wanneer men wil weten in hoeverre het recht op staken aan zzp'ers toekomt. In het arrest *FNV Kiem* heeft het Hof van Justitie beslist dat met de schijnzelfstandigen wel collectieve afspraken kunnen worden gemaakt, zij worden op dit punt gelijkgesteld aan werknemers. Het schijnzelfstandigenbegrip lijkt echter nog niet geheel geïntegreerd in de Nederlandse jurisprudentie.

In het volgende hoofdstuk zal ik stilstaan bij het collectieve actierecht van werknemers op grond van artikel 6 lid 4 ESH. Het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige is van belang om mee te nemen omdat, zoals ook te zien is in het mededingingsrecht, er in Europa soms meer rechten toekomen aan werknemers dan aan zzp'ers.

⁷⁸ Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, ro. 27-28.

⁷⁹ Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, ro. 42.

Hoofdstuk 2 Artikel 6 lid 4 ESH

Het Nederlandse stakingsrecht is niet in de wet geregeld. Internationale bronnen vormen een kader dat wordt ingevuld in de rechtspraak. Voor werknemers is het erkend dat zij zich kunnen beroepen op het recht op collectief onderhandelen en actievoeren uit artikel 6 ESH. De vraag is of zzp'ers zich ook op dit artikel kunnen beroepen? Hiervoor wordt in paragraaf 2.1 en 2.2 stilgestaan bij de invulling van artikel 6 ESH en vervolgens, in paragraaf 2.3, bij de Nederlandse jurisprudentie die er al is voor zzp'ers die een beroep op dit artikel hebben gedaan.

2.1 Stakingsrecht in het ESH

2.1.1 De werking van het ESH

In artikel 6 aanhef en lid 4 ESH is het recht op collectief actievoeren geregeld:

Ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen erkennen de Overeenkomstsluitende Partijen:

Lid 4: 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.

Het ESH is op 18 oktober 1961 tot stand gekomen en parlementair goedgekeurd op 2 november 1978.⁸⁰ Dat het stakingsrecht voor werknemers wordt beheerst door het ESH is beslist in het NS-arrest.⁸¹ In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat “artikel 6 lid 4 zo geredigeerd is dat de betrokken verdragsstaten niet een verplichting tot regelgeving wordt opgelegd, maar integendeel aldus dat werknemers en werkgevers zich op het door de betrokken verdragsstaten binnen zekere grenzen erkende recht in de nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen”.⁸² Laat een lidstaat de nadere begrenzing van het artikel aan de jurisprudentie over, dan schendt dit het Verdrag niet. Artikel 6 lid 4 ESH kan naar inhoud een ieder verbinden in de zin van artikel 93 Grondwet en heeft daarom rechtstreeks werking.

Artikel 6 lid 4 ESH is geen ongelimiteerd recht, het kan worden beperkt op grond van artikel G ESH. Artikel G ESH luidt:

Wanneer de in deel I genoemde rechten en beginselen en de in deel II geregelde doeltreffende uitoefeningen en toepassing hiervan zijn verwezenlijkt, kunnen zij buiten de in deel I en deel II vermeldde gevallen generlei beperkingen ondergaan, met uitzondering van die welke bij 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.

⁸⁰ Kamerstukken II 1965/66, 8 606, nr. 1-3.

⁸¹ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (NS).

⁸² Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (NS), ro. 3.2.

Het Europees Comité voor Sociale Rechten houdt toezicht op de naleving van het ESH. Wanneer het ECSR een klacht over een schending van het ESH behandelt, neemt het een beslissing. Zo'n klacht kan alleen worden ingediend door organisaties en vakbonden.⁸³ Ook moeten de aangesloten lidstaten jaarlijks een rapport opmaken waarin staat hoe zij het ESH implementeren in hun nationale rechtsstelsels. Hierop volgen conclusies.⁸⁴ Conclusies zijn formeel gezien niet bindend maar in Nederland worden ze als 'gezaghebbend' aangemerkt.⁸⁵ In het verleden heeft het Comité in haar conclusies vaak kritiek geuit op bepaalde onderdelen van de Nederlandse invulling van het stakingsrecht. Eind 2014 heeft de Hoge Raad in zijn arresten *Enerco*⁸⁶ en *Amsta*⁸⁷ de koers gewijzigd. Hierover volgt meer informatie in paragraaf 2.1.2. Niet alle toetsingscriteria zijn gewijzigd; de elementen die ongewijzigd zijn gebleven zullen eerst worden belicht.

Allereerst moet het gaan om een collectief conflict waartegen een collectieve actie wordt gevoerd. Meerdere personeelsleden moeten tezamen actie ondernemen naar aanleiding van een conflict dat niet slechts op één individuele werknemer ziet. Het is geen vereiste dat dit zou moeten worden georganiseerd door een vakbond.⁸⁸

Ten tweede moet het gaan om een belangenconflict dat over arbeidsvoorwaarden gaat. In collectieve onderhandelingen moet over de arbeidsvoorwaarden een regeling tot stand kunnen worden gebracht, wanneer partijen het niet eens kunnen worden dan is er sprake van een belangenconflict.⁸⁹ Het belangenconflict kan niet gaan om een zuiver politiek besluit, hier hebben werkgever en werknemer onvoldoende invloed op.⁹⁰ Een staking kan wel gericht zijn tegen overheidsbeleid op het gebied van arbeidsvoorwaarden die het onderwerp (behoren te) zijn van collectieve onderhandelingen, dit heet een staking met een politiek element.⁹¹

Tot slot moet aan de vredesplicht uit de cao zijn voldaan. In sommige gevallen is door de cao-partijen in de cao een clausule opgenomen dat partijen verbindt om gedurende de looptijd van de cao geen pressiemiddelen gericht op wijziging van de cao tegen elkaar te gebruiken.⁹²

Er zijn twee belangrijke verschillen aan te merken wanneer men de huidige situatie vergelijkt met de toetsingscriteria van vóór *Enerco* en *Amsta*. Ten eerste werd er voorheen gebruik gemaakt van een onderscheid in actievormen. Sinds het *NS*-arrest werden collectieve acties onderverdeeld in drie vormen⁹³:

- De klassieke werkstaking als het normale type waarbij werkenden hun werkzaamheden neerleggen;
- De acties die bijzonderheden vertonen maar wel gelijk zijn te stellen met het normaaltype. Het gaat dan bijvoorbeeld om langzaamaanacties en estafettestakingen;
- De afwijkende actie waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan bedrijfsbezettingen,

⁸³ Donders, AA 2014/04.

⁸⁴ 'Reporting system of the European Social Charter', *Council of Europe*, www.coe.int (zoek op: reporting system European Social Charter).

⁸⁵ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*), ro. 3.2.

⁸⁶ Hoge Raad 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*).

⁸⁷ Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1678 (*Amsta*).

⁸⁸ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 294.

⁸⁹ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 295.

⁹⁰ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402.

⁹¹ Schmahl, *TRA* 2010,3.

⁹² Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 261.

⁹³ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*), ro. 3.3.

poortblokkades en solidariteitsacties.

Tot het *Enerco*-arrest werd geoordeeld dat deze laatste actievorm niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH kon vallen omdat zij te ver van het normaaltype afstond.⁹⁴ In *Enerco* maakt de Hoge Raad ruimte voor een bredere uitleg van de collectieve acties die onder artikel 6 lid 4 kunnen vallen; dit zal in de volgende paragraaf worden besproken.

Een ander belangrijk verschil met de huidige situatie is dat wij vroeger een spelregeltoets kende. De spelregels waren zwaarwegende procedureregels die zijn ontwikkeld in de Nederlandse jurisprudentie. De spelregels zijn dat: een collectieve actie tijdig aan de werkgever behoort te worden aangezegd en dat de actie een ultimatum remedium is. In dit laatste criterium liggen ook de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit besloten.⁹⁵ Wanneer een actie wel onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH viel maar de spelregels niet in acht waren genomen, was de actie alsnog onrechtmatig. Het commentaar zag vooral op het feit dat de Nederlandse rechter mocht beslissen of een staking prematuur was. Volgens het ECSR is het een voorrecht van vakbonden om te bepalen of een staking mag worden ingezet. Het uitgangspunt - dat een staking alleen als ultimatum remedium mocht worden ingezet - was volgens het Comité onjuist.⁹⁶ De Hoge Raad heeft uiteindelijk de criteria, waaraan de rechtmatigheid van de staking wordt getoetst, aangepast in het *Amsta*-arrest.

2.1.2 De voorwaarden voor het recht op staken binnen de grenzen van het ESH

In de rechtspraak zijn criteria ontwikkeld waaraan de rechtmatigheid van de staking wordt getoetst. Zoals ook te zien is in de vorige paragraaf zijn niet alle collectieve acties beschermd door het ESH. Zoals gezegd, hebben de arresten *Enerco* en *Amsta* de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH verbreed. Met behulp van deze twee arresten kunnen de voorwaarden, die tegenwoordig gelden voor een recht op staken in de zin van het ESH, duidelijk uiteen worden gezet.

Het *Enerco*-arrest

In de havens van Amsterdam heeft Enerco een kolenwasserij bij een van de terreinen van Rietlanden, een stuwadoorsbedrijf. De Rietlanden had een belangenconflict met FNV en HZC waarop collectieve acties op het terrein van de Rietlanden volgden. Gedurende een onaangekondigde staking is een schip aangekomen met een lading, bestemd voor Enerco. De opdracht voor het lichten en lossen was gegeven aan Rietlanden. FNV en HZC hebben gevraagd aan andere overslagbedrijven om zich solidair te verklaren en schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen, dit noemt men een besmetverklaring. Het schip met de lading voor Enerco is hierdoor niet gelost.⁹⁷ De vraag in dit arrest is of de besmetverklaring onder de reikwijdte van artikel 6 aanhef en onder 4 ESH valt en, bij een bevestigend antwoord, of met de actie een disproportionele inbreuk is gemaakt op de belangen van Enerco. De Hoge Raad

⁹⁴ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 295.

⁹⁵ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*) en Hoge Raad 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618 (*Douwe Egberts*).

⁹⁶ Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions XVI-1 2003* (Netherlands); Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions XVII-1 2005* (Netherlands); Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions XVIII-1 2006* (Netherlands).

⁹⁷ Hoge Raad 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*), ro. 3.1.

benoemde dat de strekking van artikel 6 lid 4 ESH is: de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen waarborgen. Er bestaat geen aanleiding om het begrip collectief optreden beperkt uit te leggen. Een werknemersorganisatie is in beginsel vrij om middelen te kiezen waarmee zij haar doel kan bereiken. De Hoge Raad oordeelde dat het bepalend is of een collectieve actie, zoals de besmetverklaring, redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, en daarmee tot het actiedoel.⁹⁸ Wanneer een collectieve actie onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt, dan wordt het in beginsel toegestaan. De actie kan wel worden beperkt of verboden op grond van artikel G ESH indien zij, “gelet op de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van derden krachtens artikel 6:162 BW, in zodanige mate inbreuk maakt op diens rechten dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend en noodzakelijk zijn.”⁹⁹ Bij een collectieve actie is het echter onvermijdelijk dat schade wordt veroorzaakt bij derden. Het enige feit dat een derde zoals Enerco schade heeft geleden, kan niet zonder nadere vaststelling over de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval ertoe leiden dat de collectieve actie onrechtmatig is.¹⁰⁰

Het Amsta-arrest

Amsta exploiteert als zorgaanbieder instellingen waarin zorgvoorzieningen aan hulpbehoevenden worden aangeboden. Abvakabo FNV behartigt als vakvereniging onder andere de belangen van werkenden in de sector verpleeg- en verzorgingshuizen. In tegenstelling tot andere jaren was FNV geen partij bij de cao die werd gesloten in 2012 en die geldt in de zorg. FNV heeft Amsta uitgenodigd voor een gesprek over de arbeidsvoorwaarden van de bij Amsta werkzame personen. FNV heeft, omdat de onderhandelingen niet het gewenste resultaat opleverden, driemaal collectieve acties georganiseerd.¹⁰¹ De vraag was of de collectieve acties onder de bescherming van artikel 6 lid 4 ESH vielen. De Hoge Raad begon met het herhalen van het *Enerco*-arrest. Wanneer een staking redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, valt het onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH en kan het recht slechts worden beperkt door artikel G ESH. Artikel G ESH werkt slechts beperkend wanneer het beperken maatschappelijk gezien dringend en noodzakelijk is.¹⁰² De Hoge Raad voegde hieraan toe dat hierin besloten ligt dat de ‘spelregels’ niet langer een zelfstandige maatstaf zijn om te beoordelen of een collectieve actie rechtmatig is. Dat de spelregels niet langer een zelfstandige maatstaf zijn voor men aankomt bij de toetsing aan artikel G ESH, neemt niet weg dat die spelregels nog steeds van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of een collectieve actie moet worden beperkt op grond van artikel G ESH. Zij tellen nog mee als gezichtspunten bij de overweging. In welke mate zij meewegen hangt af van alle omstandigheden van de staking.¹⁰³

⁹⁸ Hoge Raad 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*), ro. 3.5.2 en 3.6.

⁹⁹ Hoge Raad 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*), ro. 3.8.1.

¹⁰⁰ Hoge Raad 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*), ro. 3.8.2.

¹⁰¹ Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1678 (*Amsta*), ro. 3.1

¹⁰² Hoge Raad 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2309 (*Streekvervoer*), ro. 4.3.

¹⁰³ Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1678 (*Amsta*), ro. 3.3.3.

Onder omstandigheden vallen onder andere: de aard en de 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; de aard van die belangen en die schade en de spelregels die nu geen zelfstandige maatstaf meer vormen.¹⁰⁴ Dit wordt in de literatuur ook wel de gezichtspuntencatalogus genoemd.¹⁰⁵ Hiernaast is het van belang dat wanneer de staking personen treft met een bijzondere kwetsbaarheid, die een bijzondere mate van zorg behoeven omdat zij anders mogelijk worden blootgesteld aan het gevaar dat hun geestelijke of lichamelijke gezondheid wordt geschaad, de actie al snel onrechtmatig is op grond van artikel G ESH.¹⁰⁶

Samengevat komt het in de arresten *Enerco* en *Amsta* erop neer dat een collectieve actie onder de bescherming van artikel 6 lid 4 ESH valt als de actie redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Een collectieve actie kan toch nog worden beperkt op grond van artikel G ESH wanneer dit maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is. Dit wordt beoordeeld aan de hand van verschillende gezichtspunten waaronder ook de spelregels vallen. Zoals in paragraaf 2.1.1 aan de orde kwam, gelden hiernaast nog steeds de eisen dat er sprake moet zijn van een collectieve conflict, een belangenconflict over arbeidsvoorwaarden en dat aan de vredesplicht moet zijn voldaan.

2.2 ‘Worker’ voor het ESH

2.2.1 De Engelse wettekst

De Nederlandse wettekst van artikel 6 aanhef en lid 4 ESH kent een recht op staken toe aan werknemers en werkgevers. Aangezien zzp’ers geen werknemers zijn, lijkt het stakingsrecht uit het ESH niet direct toe te komen aan zzp’ers. Het is voor het beantwoorden van de vraag of zzp’ers een stakingsrecht kunnen verkrijgen op grond van het ESH dus van belang om te kijken wie er precies onder de definities uit het Handvest vallen. Ten eerste is het belangrijk om te beseffen dat hoewel het recht niet uitdrukkelijk aan vakbonden wordt gegeven, zij toch een staking mogen organiseren. Vakbonden mogen echter niet van een lidstaat een exclusief recht krijgen op het organiseren van stakingen, tenzij een vakbond in dat land zeer makkelijk op te richten is.¹⁰⁷ Ten tweede is het relevant om op te merken dat er in de Engelse versie van het ESH wordt gesproken over ‘workers’. In de Nederlandse tekst wordt dit vertaald naar werknemers. Zoals is te zien in paragraaf 1.1 is het werknemersbegrip redelijk beperkt en vallen zzp’ers hierbuiten. De Engelse vertaling van het woord werknemer is ‘employee’. ‘Worker’ kan beter worden vertaald met werkende of arbeider.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1678 (*Amsta*), ro. 3.3.5.

¹⁰⁵ Zie bijv. Annotatie Hansma bij Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1678 (*Amsta*).

¹⁰⁶ Hoge Raad 22 november 1991, ECLI:NL:HR:ZC0424.

¹⁰⁷ Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusion XIX-3*, IJsland 2010.

¹⁰⁸ *Van Dale woordenboek: Engels – Nederlands* (online toegankelijk).

De Engelse tekst van het artikel luidt:

With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively, the Contracting Parties undertake:

4. The right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into.

Het ECSR heeft zich één keer uitgesproken over het worker-begrip in het ESH. In de algemene introductie bij zijn Conclusions I stelt het Comité dat de term in veel artikelen terugkomt. Het ECSR bepaalde dat:

One of the most important concepts thus examined was the term “worker” as used in several provisions of the Charter. This carefully considered so as to see whether it covered all categories of workers, including self-employed, or whether it was to be regarded as applying exclusively to wage-earners. In the light of the travaux préparatoires the Committee arrived at the conclusion that in principle the term “worker” was intended to cover both employed and self-employed persons, but that this interpretation could not be applied in all cases. Where the context requires the term “worker” may have to be considered as restricted to employed persons.¹⁰⁹

Het uitgangspunt is dat, voor zover de omstandigheden het toelaten, onder het werkendenbegrip in de zin van het ESH ook zzp'ers vallen. Slechts in uitzonderlijke situaties moet worden geoordeeld dat met werkenden alleen mensen in loondienst worden bedoeld. Per situatie moet naar de omstandigheden van het geval worden gekeken om te oordelen of zelfstandigen worden uitgesloten. Er worden geen voorbeelden gegeven van zulke omstandigheden en er is geen conclusie waarin het ECSR heeft bepaald of het werkendenbegrip uit artikel 6 lid 4 ESH ook ruim moet worden uitgelegd. Toch zijn er twee belangrijke aanknopingspunten met behulp waarvan zzp'ers aanspraak zouden kunnen maken op het stakingsrecht uit het ESH.

Allereerst is er een beslissing over artikel 6 lid 2 ESH waarin het over zelfstandigen gaat. In de beslissing van het ECSR klaagde ICTU, een vakbond uit Ierland, dat de Ierse wetgeving bepaalde werkenden – namelijk zelfstandigen – uitsloot van de werking van artikel 6 ESH doordat zij geen collectieve overeenkomsten konden sluiten. Hier oordeelde het Comité zonder enige toelichting dat dit inderdaad in strijd was met artikel 6.¹¹⁰ In deze beslissing ging het niet om het stakingsrecht maar om het recht op collectief onderhandelen. Deze rechten zijn echter sterk met elkaar verbonden. Over het recht op collectief onderhandelen heeft het Comité bepaald dat een ieder aan wie het recht op collectief onderhandelen toekomt ook een stakingsrecht heeft. Ook groepen werkenden die niet zijn aangesloten bij een vakvereniging

¹⁰⁹ Council of Europe, Committee of independent experts on the European Social Charter 1969/70, p. 8.

¹¹⁰ Europees Comité voor Sociale Rechten, *Decision on Admissibility: Irish Congress of Trade Unions v. Ierland*, no. 123/2016.

hebben dit recht.¹¹¹ De omstandigheden van het geval lijken geen reden te geven om het werkendenbegrip uit artikel 6 ESH slechts te beperken tot werknemers in loondienst. Met de kennis uit de algemene introductie en de beslissing van het ECSR lijken zzp'ers onder het werkendenbegrip uit artikel 6 lid 4 ESH te vallen.

Om zekerder te kunnen zijn van deze aanname kan ten tweede aansluiting worden gezocht bij artikel 5 ESH. In een oud stuk van Bungener¹¹² uit 2002 wordt stilgestaan bij hetzelfde vraagstuk. Hij is van mening dat een collectieve actie door zelfstandigen binnen het bereik van artikel 6 lid 4 ESH kan vallen zolang aan de overige voorwaarden voor de uitoefening van dit recht is voldaan. Als ondersteuning van zijn betoog zoekt Bungener aansluiting bij artikel 5 ESH. Artikel 5 geeft het recht aan werkenden en werkgevers om ter bescherming van hun sociale en economische belangen een organisatie op te richten die deze belangen behartigt of zich hierbij aan te sluiten. Deze aansluiting is mijns inziens logisch nu het recht om jezelf te verenigen nauw samenhangt met het recht op collectief onderhandelen. Het belangrijkste doel van vakverenigingen is immers om tot collectieve overeenkomsten te komen. Zoals ik hierboven al stelde komt aan degene die een recht op collectief onderhandelen hebben ook een stakingsrecht toe. Het ECSR heeft voor artikel 5 ESH bepaald dat alle soorten werkgevers en werkenden volledig geautoriseerd zijn om zich te organiseren in de zin van het Handvest.¹¹³ In latere conclusies wordt specifiek genoemd dat zelfstandigen hier ook onder vallen.¹¹⁴ Wanneer aansluiting wordt gezocht bij artikel 5 ESH, zou hieruit kunnen worden geconcludeerd dat zzp'er ook onder de reikwijdte van artikel 6 ESH vallen. Het stuk van Bungener wordt in recentere stukken nog steeds aangehaald.¹¹⁵ Hieruit leid ik af dat de theorie, dat zelfstandigen onder het stakingsrecht uit artikel 6 lid 4 ESH vallen, nog steeds leeft. Het ESH sluit de ruime werking niet uit: zzp'ers kunnen ook onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vallen.

Toch heeft de voorzieningenrechter Midden-Nederland in 2015 geoordeeld dat het recht niet toekomt aan zelfstandigen. Nadat ik in paragraaf 2.2.2 kort in zal gaan op de Nederlandse wettekst volgt hierover in paragraaf 2.3 meer.

2.2.2 De Nederlandse wettekst

Zoals eerder genoemd, is het Engelse woord 'worker' in de Nederlandse versie vertaald met 'werknemer'. Ook wanneer men kijkt naar de Memorie van Toelichting van de goedkeuring van het herziene Europees Sociaal Handvest staat in de aanhef van artikel 6 expliciet dat dit artikel verdragsstaten verplicht het collectieve actierecht van werknemers te erkennen.¹¹⁶ Er is niet gekozen voor het ruimere begrip van 'werkenden' zoals dat in de oorspronkelijke Engelse

¹¹¹ Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions* IV bij artikel 6 lid 4, Duitsland 1975; Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions* 2004 bij artikel 6 lid 4, Zweden.

¹¹² Bungener, *SMA* nr. 11/12 p. 555-560.

¹¹³ Council of Europe, Committee of independent experts on the European Social Charter 1969/70, p. 31.

¹¹⁴ Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions* 2004 bij artikel 6 ESH, Estland; Europees Comité voor Sociale Rechten, *Conclusions* 2014 bij artikel 5 ESH, Armenië.

¹¹⁵ Zie o.a. Beltzer & Hooegeveen, *Sdu*; Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht, commentaar artikel 6 ESH (herzien)*.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 941, nr. 3 p. 12.

wettekst wel wordt aangehouden. Opvallend is dat niet overal in de Memorie van Toelichting is gekozen om werkenden te vertalen met werknemers. Bijvoorbeeld bij de toelichting van artikel 2 (het recht op billijke arbeidsvoorwaarden) wordt workers wel letterlijk vertaald naar werkenden.¹¹⁷ Het zou dus kunnen dat het een bewuste keuze is geweest van de Nederlandse wetgever om in artikel 6 ESH te kiezen voor een beperktere versie van het begrip. Aan de andere kant zou het ook kunnen dat er gewoon niet goed over is nagedacht. Het aantal zzp'ers is vanaf 2003 tot en met 2016 met 63% gestegen naar ongeveer een miljoen.¹¹⁸ Dat er tegenwoordig meer aandacht is voor hun positie is daarom ook goed in te denken. Het is ook niet onvoorstelbaar dat er niet over is nagedacht om zzp'ers ook op te nemen in het artikel. Omdat de keuze voor het woord werknemer niet wordt toegelicht door de wetgever blijft het echter gissen wat het motief is geweest.

2.3 Nederlandse zzp'ers en het ESH

In Nederland is de vraag of het recht op staken ook aan zelfstandigen toekomt door de Rechtbank Midden-Nederland voor het eerst in 2015 beoordeeld.¹¹⁹

2.3.1 De casus

Zoals in hoofdstuk 1 al eerder is beschreven zijn bij PostNL veel zelfstandige pakketbezorgers werkzaam. Velen van hen zijn zzp'er maar sommigen zijn werkzaam als zelfstandigen met werkend personeel (zmp'er) of zelfstandigen met een zelfstandige (zmz'er). De zelfstandigen zijn verenigd in de vereniging Subco Partners en ook FNV heeft zich op een later moment de belangen van deze groep aangetrokken. Onder de pakketbezorgers bestond al lange tijd onvrede over de wijze waarop zij werk moeten verrichten en de beloning die zij hiervoor krijgen. FNV heeft met PostNL een soort akkoord bereikt over de verbetering van de arbeidsvoorwaarden voor deze zelfstandigen, zie hiervoor ook paragraaf 1.2.3. Een van de belangrijkste resultaten was dat aan zzp'ers een arbeidsovereenkomst werd aangeboden. Dit werd een 'soort akkoord' genoemd omdat voor de status akkoord de volledige achterban van FNV nodig was maar niet iedereen het eens was met de inhoud. Omdat de zelfstandigen van mening waren dat de belangen van de zmz'ers en zmp'ers niet genoeg waren behartigd, ontstond verdere onvrede. Om deze reden ontstond er een staking waarbij de werkzaamheden werden neergelegd en de toegang tot de depots van PostNL werd geblokkeerd voor werkwilligen en derden. Op 14 juli 2015 heeft in dit verband een kort geding plaatsgevonden waarbij Subco, de gedaagde (de actieleider) en PostNL zijn overeengekomen dat: Subco en de stakers verklaren niet achter de blokkades te staan; PostNL geen sancties zal opleggen vanwege deelname aan de blokkades, en; PostNL, Subco en de gedaagde in overleg treden. Toen PostNL de dag erna Subco en de actieleider uitnodigde voor overleg is de laatstgenoemde niet gekomen en heeft er een nieuwe blokkade plaatsgevonden bij een van de depots. Via WhatsAppgesprekken stimuleerde hij anderen om door te gaan met acties. Op 16

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 941, nr. 3 p. 8-9.

¹¹⁸ 'Toename aantal zzp'ers stukt', *Centraal Bureau voor Statistiek* 18-11-2016, cbs.nl (zoek op: zzp'ers).

¹¹⁹ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.

juli vonden hierdoor weer blokkades plaats en pas op 17 juli, na wederom uitgenodigd te zijn door PostNL, is de actieleider met Subco en PostNL in gesprek gegaan. Dit gesprek heeft geleid tot een overeenstemming over de positie van z mz'ers en z mp'ers. Hoewel Subco en de actieleider het plan zouden voorleggen aan hun achterban, hebben toch op 18 en 20 juli opnieuw acties plaatsgevonden. PostNL heeft in deze zaak de stakingen willen eindigen terwijl de zelfstandigen van mening waren dat zij op grond van artikel 6 lid 4 ESH een collectief actierecht hadden.¹²⁰

2.3.2 De beoordeling

De rechter stelde voorop dat het in beginsel onrechtmatig is om de normale bedrijfsvoering van PostNL te frustreren door depots te blokkeren. Op die manier wordt een inbreuk gemaakt op het recht op een ongestoorde bedrijfsvoering en het gebruik van de bijbehorende bedrijfsmiddelen. Een inbreuk kan echter worden gerechtvaardigd door artikel 6 lid 4 ESH.¹²¹ Uit de tekst van dit artikel en de strekking van het Handvest maakte de rechter op dat het recht om collectief actie te voeren is bedoeld voor de verhouding tussen werkgevers en werknemers en dus niet voor zelfstandige ondernemers om op die manier invloed te kunnen uitoefenen op de bedrijfsvoeringen van hun opdrachtgever.¹²² Hieruit kan worden opgemaakt dat z zp'ers zich in beginsel niet kunnen beroepen op artikel 6 lid 4 ESH. Dit zou volgens de rechtbank anders kunnen zijn wanneer de groep zelfstandigen kan worden aangemerkt als schijnzelfstandigen in de zin van het arrest *FNV Kiem* (paragraaf 1.2.2). Omdat de rechtbank concludeerde dat de acties niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vielen, liet zij een oordeel, over of hier daadwerkelijk sprake zou zijn van schijnzelfstandigen, achterwege.¹²³ De acties vielen in deze vorm niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH omdat het niet aannemelijk was - volgens de rechtbank - dat de acties zouden bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. In een groepsgesprek met alle actievoerders op WhatsApp werden voorstellen gedaan om actie te voeren en hier haakten dan andere pakketbezorgers op in. De organisatoren leken hier weinig grip op te hebben. Er was geen sprake van een duidelijke organisatie. Dit blijkt onder andere uit de omstandigheden dat Subco en de actieleider hebben verklaard geen grip te hebben op haar leden / zijn collega's en dat niet bij ieder depot op dezelfde wijze actie is gevoerd en er geen duidelijke vertegenwoordiger zich heeft gepresenteerd. Voorts bleek niet dat het doel van de acties was om te komen tot een doeltreffende manier van onderhandelen. Subco en de actieleider zijn door de achterban naar voren geschoven om te onderhandelen maar zij hadden geen duidelijk mandaat gekregen. Wie nu precies bij de achterban horen, is ook niet evident. Tot slot is het tevens niet duidelijk welke gemeenschappelijke oplossing werd nagestreefd en hoe PostNL dit zou moeten uitvoeren.¹²⁴

¹²⁰ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373, ro. 2.1-2.16.

¹²¹ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373, ro. 4.2 – 4.3.

¹²² Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373, ro. 4.5.

¹²³ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373, ro. 4.6.

¹²⁴ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373, ro. 4.7.2.

2.3.3 Commentaar

Anders dan uit de conclusie en beslissing van het ECSR naar voren leek te komen, oordeelt de voorzieningenrechter in Nederland duidelijk dat zelfstandigen niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vallen. Dit kan slechts anders zijn wanneer zij als schijnzelfstandigen aan te merken zijn. Uit het doel en de strekking van het ESH zou volgens de rechtbank blijken dat het recht op collectief actievoeren alleen is geschreven voor werkgevers en werknemers. Bij deze kijk op de reikwijdte van artikel 6 ESH kan aansluiting worden gevonden wanneer men kijkt naar de Memorie van Toelichting van de goedkeuring van het herziene Europees Sociaal Handvest zoals besproken in paragraaf 2.2.2. Zoals daar ook al werd besproken, blijft het een speculatie of het woord werknemer bewust is geplaatst in de Nederlandse versie van de wettekst. Even heeft de enige annotatie geschreven bij de uitspraak. Hij is het eens met het oordeel dat het ESH is geschreven voor werknemers(organisaties) en werkgevers(organisaties).¹²⁵ Dat zzp'ers hier geen beroep op kunnen doen is volgens hem logisch. Wanneer het ESH inderdaad alleen maar is geschreven voor werknemers en niet voor zelfstandigen dan is het inderdaad een logische conclusie. Waarom hij denkt dat het ESH alleen voor hen is geschreven wordt mij echter niet duidelijk. Ook andere schrijvers lijken het oordeel van de rechtbank te volgen zonder enige toelichting hierbij te geven. Hansma herhaalt dat het bij het collectief actierecht uit het ESH gaat om de verhouding tussen werkgevers en werknemers. Buiten die verhouding zou het ESH geen rol kunnen spelen omdat dat in strijd zou zijn met het doel van het ESH.¹²⁶ Barentsen en Sagel oordelen dat zelfstandigen die staken om betere arbeidsvoorwaarden af te dwingen zich schuldig maken aan kartelvorming en niet worden beschermd door hetzelfde grondrecht (artikel 6 lid 4 ESH) als werknemers.¹²⁷ Niemand licht zijn mening verder toe; zij stellen slechts dat het ESH alleen ziet op de verhouding tussen werkgevers(organisaties) en werknemers(organisaties). Ik zet mijn vraagtekens bij deze stelling en dus ook bij de uitspraak van de rechtbank. Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet is het uitgangspunt van het ECSR dat zelfstandigen ook onder de term werkenden kunnen vallen. Dit uitgangspunt is vastgesteld in een conclusie van het ECSR.¹²⁸ Zoals is beslist in het *NS*-arrest zijn de conclusies gezaghebbend in Nederland.¹²⁹ Dit zou betekenen dat ook in Nederland het uitgangspunt zou moeten gelden dat het ESH in principe eveneens is geschreven voor zzp'ers, tenzij de omstandigheden van het geval zich hiertegen verzetten. Hier is geen blijk van gegeven.

¹²⁵ Even, AR 2015-0666.

¹²⁶ Hansma in: *Arbeidsovereenkomst* (laatst bijgewerkt: 07-12-2016).

¹²⁷ Barentsen & Sagel *NJB* 2016/1819.

¹²⁸ Council of Europe, Committee of independent experts on the European Social Charter 1969/70, p. 8.

¹²⁹ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*), ro. 3.2.

2.4 Afronding

Het stakingsrecht voor werknemers in Nederland is geregeld in artikel 6 lid 4 ESH en beperkt door artikel G ESH. Het is voornamelijk van belang dat zzp'ers in de Nederlandse jurisprudentie en literatuur uitgesloten lijken te worden van de reikwijdte van artikel 6 lid 4. In de Nederlandse tekst van het ESH is 'workers' vertaald met 'werknemers' en Rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat het ESH slechts is geschreven voor werkgevers en werknemers en dus niet voor zelfstandigen. Hierdoor lijkt het erop dat in Nederland zzp'ers niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vallen. Wanneer men naar de Engelse tekst van het ESH kijkt, is er daarentegen een oplossing te vinden in de woordkeuze. Er wordt gesproken van een recht voor werkenden. In een algemene introductie bij Conclusions I oordeelt het ECSR dat het uitgangspunt is dat onder werkenden ook zelfstandigen vallen, tenzij de omstandigheden van het geval dit uitsluiten. Het Comité heeft geen uitspraak gedaan over de vraag of dit uitgangspunt ook van toepassing is bij artikel 6 lid 4 ESH. Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de invulling van het begrip 'worker' in vergelijkbare artikelen zoals artikel 5 (het collectieve verenigingsrecht) en de overige leden van artikel 6 ESH (het recht om collectief te onderhandelen) valt het echter op dat het begrip ruim moet worden uitgelegd en dat zzp'ers hier dus ook onder kunnen vallen. Nu deze rechten zo nauw zijn verbonden met artikel 6 lid 4 ESH, zie ik geen reden waarom artikel 6 lid 4 ESH niet voor zelfstandigen zou zijn geschreven. Een rechtmatige staking moet nog wel voldoen aan alle voorwaarden die zijn gesteld in paragraaf 2.1.2. Het belangrijkste criterium om een aanspraak te kunnen maken op het collectieve actierecht is dat de staking redelijkerwijs moet kunnen bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, dit is bepaald in het *Enerco*-arrest.

Mocht Rechtbank Midden-Nederland nu toch gelijk hebben en vallen zzp'ers niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, dan nog is er een groep zelfstandigen die wel een stakingsrecht op grond van dit artikel behoudt: de schijnzelfstandigen. Een zzp'er is een schijnzelfstandige wanneer hij i) onder leiding van zijn werkgever staat wat betreft onder andere de vrijheid om zijn tijdschema, plaats en inhoud van het werk te kiezen, ii) niet het ondernemingsrisico van de werkgever deelt, en iii) gedurende de arbeidsverhouding een economische eenheid vormt met de onderneming van de werkgever.¹³⁰

Wat opvalt is dat in de uitspraak van de rechtbank slechts werd stilgestaan bij het ESH terwijl ook buiten het ESH om een collectieve actie als rechtmatig kan worden aangemerkt. In de annotatie van Even bij de uitspraak over de stakingen bij PostNL wordt naar mijn idee terecht erop gewezen dat aansluiting kan worden aangesloten bij het oude *Panhonlibco*-arrest.¹³¹ Het *Panhonlibco*-arrest is een uitspraak van de Hoge Raad uit 1960; van voordat het ESH van toepassing was.¹³² In hoofdstuk 3 wordt het arrest beschouwd.

¹³⁰ Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*).

¹³¹ Even, AR 2015-0666.

¹³² Hoge Raad 15 januari 1960, NJ 1960/84 (*Panhonlibco*).

Hoofdstuk 3 De Panhonlibco-leer

Stel, Rechtbank Midden-Nederland had toch gelijk dat zzp'ers geen beroep kunnen doen op artikel 6 lid 4 ESH, dan moet de zzp'er op zoek naar een nieuwe oplossing. Een beroep op het *Panhonlibco*-arrest¹³³ zou een optie kunnen zijn. Voordat de Hoge Raad in 1986 het *NS*-arrest had gewezen, werd de rechtmatigheid van collectieve acties in Nederland nog niet getoetst aan het ESH. Ondanks dat er geen wettelijke basis was om stakingen als rechtmatig aan te merken, werden er toch oplossingen gezocht in het algemene civiel recht. Een van de belangrijkste arresten over dit onderwerp in die tijd is het *Panhonlibco*-arrest. In dit arrest werd er een opening gecreëerd op grond waarvan meer stakingen als rechtmatig werden aangemerkt. Om dit te verduidelijken zal in paragraaf 3.1 worden begonnen met een korte geschiedenis van het stakingsrecht van voor de komst van het ESH. Vervolgens zal in paragraaf 3.2 worden ingegaan op het *Panhonlibco*-arrest en tot slot zal ik in paragraaf 3.3 de vraag beantwoorden of zzp'ers zich tegenwoordig hierop zouden kunnen beroepen.

3.1 De geschiedenis van het stakingsrecht

Een staking was vroeger een strafrechtelijke aangelegenheid. Tot 1872 gold er in Nederland een strafrechtelijk verbod op collectieve actievoering. Dit was geregeld in artikelen 414-416 Code Pénal.¹³⁴ Deze bepalingen werden in 1872 opgeheven. Hiermee kwam een einde aan de strafrechtelijke benadering. Alleen ten tijde van de Duitse bezetting, gedurende de Tweede Wereldoorlog, gold nog korte tijd een stakingsverbod.¹³⁵

Met de opheffing van het stakingsverbod ontstond er nog geen stakingsrecht. De staking werd civielrechtelijk beperkt. Het deelnemen aan een staking was in beginsel een wanprestatie van de werknemer, hierbij kon de vakbond worden verweten zich schuldig te maken aan een onrechtmatige daad vanwege het aanzetten tot een wanprestatie.¹³⁶ In het *Kolynos*-arrest werd uitgemaakt dat het uitlokken tot een wanprestatie onrechtmatig kan zijn wegens strijd met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit is het geval wanneer het niet vervullen van de verbintenis aan hem te wijten is.¹³⁷ Hoewel het in dit arrest niet ging om een collectieve actie kon de gegeven rechtsregel toch relevant zijn voor vakbonden. Een vakbond die een werknemer aanzet tot een wanprestatie, bijvoorbeeld door het organiseren van een staking, pleegde hiermee toentertijd een onrechtmatige daad.¹³⁸

Vrijwel nooit werd over de rechtmatigheid van een collectieve actie geprocedeerd; de oplossingen werden vooral informeel gevonden.¹³⁹ Dit veranderde rond 1958. In dat jaar werd het eerste belangrijke vonnis door de Rechtbank Amsterdam over dit onderwerp gewezen. Er

¹³³ Hoge Raad 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panhonlibco*).

¹³⁴ Asser / Heerma van Voss, 7-V 2008/467.

¹³⁵ Beltzer & Hoogeveen, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*.

¹³⁶ Bakels / Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 290.

¹³⁷ Hoge Raad 11 november 1937, *NJ* 1937/1096 (*Kolynos*).

¹³⁸ Bakels / Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 290.

¹³⁹ Bakels / Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 291.

werd geoordeeld dat een werknemer, op straffe van een dwangsom, zijn arbeid moest blijven verrichten (artikel 1279 BW (oud)). Een beroep op stakingsrecht werd niet geaccepteerd nu de wet wel het feit van een staking kende maar niet het stakingsrecht.¹⁴⁰ Wanneer een staking een wanprestatie oplevert, betekent dit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst mocht ontbinden wegens dringende redenen en dat de arbeider de schade die de werkgever had geleden, moest vergoeden. Velen vonden dit een onredelijke regel en daarom werd er gezocht naar oplossingen.¹⁴¹ Een begin van een oplossing werd in het *Panhonlibco*-arrest gemaakt naar aanleiding van een andere collectieve actie in 1958. Dit leidde tot een nieuwe fase in het stakingsrecht.

3.2 Het Panhonlibco-arrest

3.2.1 De casus

De Internationale Transportarbeiders Federatie (hierna: I.T.F.) had opgeroepen tot collectieve acties over de hele wereld. In de vergadering van het I.T.F. werd gesproken over een algemene boycot tegen Panhonlibco-schepen. De reden hiervoor was dat de werkenden op de schepen die voeren onder de ‘goedkope’ vlaggen van Panama, Honduras, Liberia en Costa Rica (Panhonlibco) onder slechte arbeidsomstandigheden werkten en ook de veiligheidsvoorschriften op die schepen werden niet altijd nageleefd. Voor hen was geen cao afgesloten met I.T.F.. Het tijdstip en overige bijzonderheden zouden worden doorgegeven door het Intern Fair Practices Committee. Het Committee had verzocht om geen laad- en lossingswerkzaamheden te verrichten aan deze schepen tussen 1 en 4 december 1958. De Nederlandse Bond van Vervoerspersoneel en haar zustervereniging Sint Bonifacius hadden hun leden opgeroepen deel te nemen aan deze acties. De werkgevers, grotendeels verenigd in de Scheepsvaartvereniging, hadden voor de rechter geëist dat de bonden af zouden moeten zien van de acties.¹⁴²

3.2.2 De beoordeling

Aan de orde bij de Hoge Raad was de vraag of de (gedeeltelijke) werkweigering, op initiatief van de vakbonden, was aan te merken als een wanprestatie van de werknemers en een onrechtmatige daad van de vakbond. Voor zowel de beoordeling van de collectieve werkweigering door de werknemers als de oproep van de vakbond, werd als uitgangspunt de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en werkgever genomen. Ook bij werkweigering in collectief verband nam de Hoge Raad aan dat weigering van de te verrichten arbeid, waartoe hij eigenlijk wegens zijn arbeidsovereenkomst met de werkgever wel verplicht is, een wanprestatie opleverde. Toch creëerde de Hoge Raad hier een ontsnappingsmogelijkheid om een recht op staken te krijgen. Hij oordeelde dat er geen sprake is van een wanprestatie wanneer de omstandigheden waaronder werknemers moeten werken, “van dien aard zijn dat

¹⁴⁰ Rechtbank Amsterdam (pres.) 27 maart 1958, *NJ* 1958/245.

¹⁴¹ Rutten, *NJ* 1960/84.

¹⁴² Hoge Raad 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panhonlibco*).

naar heersende rechtsovertuigingen in redelijkheid van de werknemers niet kan worden geveerd dat zij hun werk voortzetten”.¹⁴³ Bij de beoordeling hiervan moet onderscheid worden gemaakt tussen acties waarbij het doel de verhouding tussen werkgever en werknemer treft en die waarbij het doel buiten die verhouding ligt. Wanneer het de eerstgenoemde verhouding betreft, mag een collectieve actie de onderhandelingen kracht bijzetten. In deze casus ging het echter om een doel dat niet was gericht op de verhouding tussen werkgevers en werknemers. Het doel was volgens het Hof om de sociale positie van zeelieden op de Panhonlibco-schepen onder de aandacht te brengen. In het middel werd aangevoerd dat het doel was om de scheepslieden van de Panhonlibco-schepen te dwingen een cao met I.T.F. te sluiten. Wanneer dit het geval was, zag het doel ook niet op de verhouding tussen werkgevers en werknemers. De Hoge Raad oordeelde dat het voor het bepalen of de staking een wanprestatie is, het niet voldoende is om te stellen dat de werkweigering en haar gevolgen in redelijke verhouding staan tot het doel of de reden van de actie. Hoewel dit kan bijdragen aan de rechtmatigheid van een staking blijft de vraag of het verrichten van bepaalde arbeid van de werknemers geveerd kan worden. In een situatie als deze, waarbij het doel dat werd beoogd buiten de verhouding van de werknemers en werkgever lag, is hiervan slechts sprake indien bij het doel het algemeen belang of zedelijke beginselen zijn betrokken en met het oog daarop de actie dringend nodig is. Deze actie was niet dringend nodig met het oog op het algemeen belang of de zedelijke beginselen. De collectieve actie leverde een wanprestatie van werknemers, respectievelijk een onrechtmatige daad van vakbonden op.

3.2.3 Commentaar op het arrest

In lijn met de gedachte van vóór het *Panhonlibco*-arrest, beschreven in paragraaf 3.1, oordeelde de Hoge Raad dat bij een staking in beginsel sprake is van een wanprestatie van de werknemer en een onrechtmatige daad van de organiserende vakbond. De Hoge Raad voegde hier echter een belangrijke rechtsoverweging aan toe: wanneer de arbeidsomstandigheden zodanig te wensen overlaten dat van werknemers niet kan worden geveerd dat zij de werkzaamheden voortzetten, kan een staking rechtmatig zijn. De Hoge Raad heeft met zijn uitspraak rechtscheppend opgetreden. Terwijl er geen wettelijke regeling bestond, welke collectieve acties rechtmatig maakte, oordeelde de Hoge Raad dat onder bepaalde omstandigheden een staking een geoorloofd middel kan zijn om in belangengeschillen de positie van werknemers te versterken. De mogelijkheden voor werknemers waren niet heel ruim maar dat is logisch nu er nog geen rechtvaardigende wet was.¹⁴⁴ Advocaat-generaal Loeff heeft in zijn conclusie in het arrest onderzocht of er rechtsgronden waren in de wet waarmee het wanprestatie-karakter kon worden weggenomen.¹⁴⁵ De rechtsgronden die hij aanvoerde zijn: overmacht (artikel 1281 BW (oud)), goede trouw (artikel 1374 BW (oud)), dat de overeenkomst wordt aangevuld met redelijkheid en billijkheid (artikel 1375 BW (oud)), de *exceptio non adimpleti contractus* en dringende redenen waardoor van de arbeider niet kan worden geveerd de overeenkomst voort te zetten (artikel 1639q BW (oud)). Een aantal van deze rechtsgronden wordt in paragraaf 3.3.2 verder uitgewerkt. Loeff kwam in dit arrest tot de

¹⁴³ Hoge Raad 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panhonlibco*).

¹⁴⁴ Rutton, *NJ* 1960/84.

¹⁴⁵ Hoge Raad 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panhonlibco*).

conclusie dat geen van de gronden konden slagen maar dat wil niet zeggen dat het in geen enkele zaak kon. Hij heeft hiermee wel duidelijk gemaakt wat eventueel een rechtvaardiging zou kunnen zijn voor werknemers om zich te beroepen op de rechtmatigheid van hun staking.

Hoewel het er op het eerste oog op lijkt dat de Hoge Raad hier een voor arbeiders en vakbonden positieve stap zet, is het arrest niet door deze gehele groep positief ontvangen. Veel vakorganisaties meenden dat de stakingsmogelijkheden werden verkleind omdat door de hoofdregel de individuele arbeiders en vakbonden in rechtszaken konden worden gevraagd om een schadevergoeding wegens de wanprestatie, respectievelijk onrechtmatige daad.¹⁴⁶ De erkenning van de ontsnappingsmogelijkheid zou tot onzekerheid leiden omdat er geen nadere omgrenzing was gegeven van de omstandigheden waarin werknemers wel een stakingsrecht toekomt. De omgrenzing moest worden gegeven in de jurisprudentie maar dit zou slechts in het nadeel van werknemers en hun bonden werken.¹⁴⁷ Na het *Panhonlibco*-arrest is er nog een aantal uitspraken gepubliceerd waarin de *Panhonlibco*-leer werd gevolgd. In al deze gevallen hebben de rechtbanken besloten dat er geen sprake was van omstandigheden waarin niet van de werknemers kon worden gevergd hun werkzaamheden te verrichten.¹⁴⁸

Er werd in deze tijd ook veel gedacht over het vastleggen van het stakingsrecht in een wet, dit leidde uiteindelijk ook tot een wetsvoorstel.¹⁴⁹ Dit voorstel had onzekerheden kunnen wegnemen, doordat het uitgangspunt werd dat stakingen juist wel rechtmatig zijn, maar is uiteindelijk nooit ingevoerd. Het voorstel is ingetrokken maar het heeft een grote invloed gehad op de jurisprudentie.¹⁵⁰ Zo oordeelde de Rechtbank Utrecht in 1969 voor het eerst dat van de wanprestatiegedachte moest worden afgestapt, net als in het wetsvoorstel. De staking in deze uitspraak was rechtmatig nu het als uiterste middel werd gebruikt tegen de werkgever die zonder goede reden geen cao wilde afsluiten met de werknemers.¹⁵¹ Met de invoer van het ESH werd definitief aangenomen dat werknemers in beginsel een recht op collectief actievoeren hebben. Het Hof Amsterdam heeft in 1972, hierop aansluitend, beslist dat het *Panhonlibco*-arrest achter zich werd gelaten.¹⁵² Deze uitspraak werd veel gevolgd in de lagere jurisprudentie maar pas in 1986, met de komst van het *NS*-arrest, werd definitief beslist dat de regels uit het ESH directe werking hadden op onze Nederlandse stakingspraktijk.¹⁵³

De heersende leer is maar kort door het *Panhonlibco*-arrest bepaald, toch is het een belangrijk arrest doordat het een opening gaf en een discussie heeft losgemaakt. Hierdoor werd uiteindelijk het uitgangspunt dat collectieve acties door werknemers in beginsel rechtmatig zijn. Omdat al vrij snel na het *Panhonlibco*-arrest de stakingsregels werden omgedraaid wordt logischerwijs niet meer naar het arrest omgekeken wanneer een werknemer of vakbond zich

¹⁴⁶ Beltzer & Hoogeveen, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*.

¹⁴⁷ Hommes, *AR Staatskunde* 1961, p. 225-226.

¹⁴⁸ Rechtbank Rotterdam (pres.) 2 oktober 1962, *NJ* 1962/371; Rechtbank 's-Gravenhage (pres.) 13 januari 1964, *NJ* 1964/34; Rechtbank 's-Gravenhage 10 februari 1966 *NJ* 1966/148.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1968/69, 10 111, nr. 1-3.

¹⁵⁰ Grapperhaus, in: *T&C Arbeidsrecht*, artikel 6 ESH (herzien) (online versie).

¹⁵¹ Rechtbank Utrecht (pres.) 6 juni 1969, ECLI:NL:RBUTR:1969:AB7218.

¹⁵² Hof Amsterdam 13 april 1972, ECLI:NL:GHAMS:1972:AC2988.

¹⁵³ Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*).

beroept op het stakingsrecht. Toch zou het eventueel wel een uitkomst kunnen bieden voor zzp'ers wanneer zij willen bereiken dat hun collectieve actie als rechtmatig wordt aangemerkt en het ESH daarbij niet zou kunnen helpen. Dit zal nader worden toegelicht in de volgende paragraaf.

3.3 De positie van de zzp'er in het *Panhonlibco*-licht

3.3.1 De kwalificatie van de stakende arbeider

Zonder dat er een wettelijke grondslag was voor een stakingsrecht voor werknemers oordeelde de Hoge Raad toch in het *Panhonlibco*-arrest dat aan werknemers een recht op collectieve actievoering kon toekomen. Het recht bleef echter een uitzondering. De Hoge Raad gaf buiten de wet om een grondslag voor de rechtmatigheid van stakingen. Dat hij niet in één keer alle stakingen rechtmatig achtte is hierdoor verklaarbaar, dan zou hij te veel op de stoel van de wetgever zijn gaan zitten.¹⁵⁴ In Nederland is de wettelijke grondslag voor werknemers inmiddels te vinden in artikel 6 lid 4 ESH. Hoewel ik van mening ben dat het stakingsrecht uit dit artikel ook aan zzp'ers toekomt is in paragraaf 2.3 te zien dat de rechtbank in Nederland het stakingsrecht uit artikel 6 lid 4 ESH niet toekent aan zzp'ers. Wanneer de rechtbank gelijk krijgt doordat het ECSR zou oordelen dat artikel 6 lid 4 ESH niet van toepassing is op zzp'ers, zou het zo kunnen zijn dat er geen wettelijke grondslag is voor zzp'ers om zich te beroepen op een stakingsrecht. Hun situatie is dan te vergelijken met die van werknemers in het *Panhonlibco*-arrest omdat ook zij geen wettelijk erkend stakingsrecht hadden. Het is dan denkbaar dat de zzp'er zich op de rechtsregel uit het *Panhonlibco*-arrest kan beroepen.¹⁵⁵ Het arrest is niet uitdrukkelijk slechts voor werknemers geschreven. De nadruk ligt op de omstandigheden van het geval. In redelijkheid moet niet van een werkende kunnen worden gevraagd in zulke omstandigheden zijn of haar werk voort te zetten. Omstandigheden waardoor van iemand niet gevergd kan worden werkzaamheden te verrichten, kunnen zowel bij werknemers als bij zzp'ers voorkomen. Er hoeft, mijns inziens, niet aangesloten te worden bij de lijn die door de Nederlandse rechter voor het ESH is gekozen. De situatie is duidelijk anders dan bij het ESH. Daar hangt het toekomen van het recht op collectieve actievoering aan werknemers niet af van de omstandigheden waaronder de werkenden arbeid verrichten. Het kan een keuze van het ECSR zijn om bepaalde rechten wel of niet aan bepaalde groepen toe te kennen, zoals de keuze om artikel 6 lid 4 ESH niet te laten toekomen aan zzp'ers. Wanneer de nadruk ligt op de omstandigheden waaronder werkzaamheden worden verricht, gaat het echter niet om de kwalificatie van de personen die de werkzaamheden verrichten. Of de werkzaamheden nu door werknemers of zzp'ers worden verricht; de omstandigheden waaronder het verrichten van het werk niet van iemand kan worden gevergd blijven hetzelfde. Aan zzp'ers kan naar mijn idee dus ook een recht op staken toekomen op grond van het *Panhonlibco*-arrest. Dat werknemers zich niet meer op het *Panhonlibco*-arrest beroepen doet hieraan niet af. Werknemers zijn gestopt met een beroep doen op het arrest sinds de komst van het wetsvoorstel en de ondertekening van het ESH, dit

¹⁵⁴ Rutten, *NJ* 1960/84.

¹⁵⁵ Even, *AR* 2015-0666.

is besproken in paragraaf 3.2.3. Er is geen wetsvoorstel om stakingen van zzp'ers in beginsel als rechtmatig aan te gaan merken, tenzij een van de uitzonderingen geldt. Ook is een beroep op het arrest slechts relevant wanneer het ESH niet zou gelden voor zzp'ers. Hierom valt niet in te zien waarom het *Panhonlibco*-arrest geen werking meer zou hebben voor zzp'ers. Waarop de zzp'ers zich op grond van dit arrest kan beroepen, wordt besproken in de volgende paragraaf.

3.3.2 De beroepsgrond van de zzp'er

De zzp'er moet in beginsel zijn contractuele verplichtingen, die voortvloeien uit de overeenkomst van opdracht met de opdrachtgever, nakomen. Wanneer dit niet gebeurt, zal er sprake zijn van een wanprestatie in de zin van artikel 6:74 BW. De omstandigheden waaronder werkweigering plaatsvindt, kunnen echter van dien aard zijn dat van de zzp'ers naar heersende rechtsovertuigingen niet kan worden gevergd dat zij hun werkzaamheden voortzetten. In zo'n geval kan er geen sprake zijn van een wanprestatie. Voor de vraag of de omstandigheden een rechtvaardigingsgrond voor de collectieve werkweigering opleveren, moet worden gekeken naar het doel van de acties. Acties kunnen direct zijn gericht op een belangenschil tussen de zzp'ers en hun opdrachtgever, in zo'n geval kunnen collectieve acties kracht aan de onderhandelingen bijzetten. Acties kunnen ook zijn gericht op een doel buiten de verhouding tussen de zzp'ers en de opdrachtgever, hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan solidariteitsstakingen. Bij die laatstgenoemde soort acties kan slechts sprake zijn van bepaalde omstandigheden waaronder van de zzp'ers niet gevergd kan worden om door te werken, wanneer bij het doel "algemene belangen of zedelijke beginselen in zodanige mate zijn betrokken en met het oog op de actie zo dringend is geboden, dat tegenover die opdrachtgevers de doorbreking van de contractuele gebondenheid gerechtvaardigd kan worden".¹⁵⁶ De norm die de Hoge Raad hier geeft, is ruim. Wat precies onder de genoemde omstandigheden zou kunnen vallen wordt niet direct duidelijk uit de jurisprudentie. De rechters hebben op grond van het *Panhonlibco*-arrest nimmer de stakers in hun gelijk gesteld.¹⁵⁷ De uitspraken van de lagere rechters verschillen met de situatie uit het *Panhonlibco*-arrest omdat het in deze uitspraken niet ging om een solidariteitsstaking maar om belangenconflicten tussen werknemers en hun werkgevers. Nu dit als een normalere vorm van staken wordt gezien, kan worden gesteld dat ook voor deze normale vorm niet snel werd aangenomen dat er omstandigheden speelden waardoor het moeten verrichten van werkzaamheden door werknemers onwenselijk zou zijn. Wanneer de rechters tegenwoordig hetzelfde zouden oordelen over zzp'ers, zouden deze zzp'ers met een beroep op het *Panhonlibco*-arrest waarschijnlijk geen hele grote kans van slagen hebben. Nu er veel onduidelijkheid is over de invulling van het *Panhonlibco*-arrest sluit ik aan bij de conclusie van advocaat-generaal Loeff. Zoals in paragraaf 3.2.3 al naar voren kwam heeft Loeff in zijn conclusie in het *Panhonlibco*-arrest onderzocht of er rechtsgronden waren waarmee het wanprestatie-karakter van een werkstaking kon worden weggenomen.¹⁵⁸ Hij heeft in zijn

¹⁵⁶ Hoge Raad 15 januari 1960, NJ 1960/84 (*Panhonlibco*).

¹⁵⁷ Rechtbank Rotterdam (pres.) 2 oktober 1962, NJ 1962/371; Rechtbank 's-Gravenhage (pres.) 13 januari 1964, NJ 1964/34; Rechtbank 's-Gravenhage 10 februari 1966 NJ 1966/148.

¹⁵⁸ Hoge Raad 15 januari 1960, NJ 1960/84 (*Panhonlibco*).

zoektocht naar een rechtvaardigingsgrond voor tijdelijke arbeidsweigering vijf gronden aangevoerd. Ik bespreek hieronder slechts drie van de gronden. Van deze gronden denk ik dat zij ter ondersteuning kunnen worden aangevoerd wanneer een zzp'er zich op omstandigheden beroept waarin niet van hem gevergd kan worden zijn werkzaamheden te verrichten. Een beroep op de goede trouw en redelijkheid en billijkheid heb ik samengevoegd. Het beroep op dringende omstandigheden waardoor de overeenkomst kan worden opgezegd, laat ik achterwege omdat het hoofddoel van de stakende zzp'er niet is om de overeenkomst van opdracht helemaal op te zeggen.

Overmacht

De eerste grond die wordt aangedragen is overmacht. Dit is tegenwoordig geregeld in artikel 6:75 BW. Er is sprake van overmacht wanneer de wanprestatie niet te wijten is aan de zzp'ers omdat het, naar in het rechtsverkeer geldende opvattingen, niet voor hun rekening behoort te komen. In de *Panhonlibco*-zaak was dit niet aannemelijk volgens de advocaat-generaal omdat niet aan te tonen was waarom de werknemers precies gedurende de vier dagen van de internationale staking verhinderd zouden zijn in de uitvoering van hun werk, terwijl zij bij hun werkzaamheden in de voorafgaande dagen aan de staking geen last hadden van de *Panhonlibco*-schepen. De zzp'ers zouden daadwerkelijk moeten aantonen dat zij worden gehinderd in de uitvoering van hun werk. In de stakingsjurisprudentie is het beroep op overmacht niet verder uitgewerkt. In het gewone verbintenissenrecht is wel veel geschreven over overmacht. Wanneer men hier naar kijkt, kan worden geconcludeerd dat voor een beroep op overmacht het werk niet volstrekt onmogelijk hoeft te zijn. Ook wanneer het praktisch bezwaarlijk is voor de zzp'er kan dit voldoende zijn om de tekortkoming niet voor zijn rekening te laten komen. Of dit het geval is, wordt beoordeeld aan de hand van heersende verkeersopvattingen.¹⁵⁹

Redelijkheid en billijkheid

Het tweede rechtsmiddel dat werd aangevoerd zou een soort combinatie van de goede trouw en redelijkheid en billijkheid zijn. In de tijd dat dit arrest is geschreven was het oude Burgerlijk Wetboek nog van toepassing. Het oude artikel 1374 lid 3 BW bevatte een combinatie waarin was bepaald dat overeenkomsten te goeder trouw moesten worden uitgevoerd. De invulling hiervan moest gebeuren naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. In de *Panhonlibco*-casus gold hetzelfde argument als bij het overmacht-argument, ook hier was het niet aannemelijk dat voor de werknemers concrete bezwaren waren ontstaan waardoor tijdens de stakingsperiode het werk zou moeten worden neergelegd. Toch zijn er situaties denkbaar waarin van de zzp'ers niet kan worden gevergd door te werken. Gedacht kan worden aan de omstandigheden dat de zzp'ers al langere tijd onder omstandigheden werken die niet wenselijk zijn, of wanneer de opdrachtgever de arbeidsvoorwaarden voor de zzp'ers negatief wil veranderen. Omdat redelijkheid en billijkheid een open norm is en haar werking afhangt van verschillende omstandigheden, is de precieze werking van dit rechtsmiddel niet duidelijk. Er bestaat geen vaste rangorde tussen of combinatie van factoren die een rol kunnen spelen; ook niet in het algemene verbintenissenrecht. In de jurisprudentie

¹⁵⁹ Asser/ Sieburgh, 6-I 2016/343.

over collectieve acties tussen het *Panhonlibco*- en het *NS*-arrest wordt verder niet stilgestaan bij factoren die een rol kunnen spelen bij dit rechtsmiddel. In het algemene verbintenissenrecht is bepaald dat factoren die mee kunnen wegen onder andere zijn te vinden in normen, gedragingen en gebeurtenissen en de verhouding tussen partijen.¹⁶⁰

ENAC

Tot slot voert Loeff de ‘exceptio non adimpleti contractus’ (ENAC) aan. Dit zou slechts een grond kunnen zijn voor zzp’ers wanneer de opdrachtgever zijn opeisbare verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, artikel 6:262 BW.¹⁶¹ In het arrest is dit niet het geval omdat het gaat om een solidariteitsactie van de stakende werknemers. De werkgevers zijn niet tegenover de werknemers zelf in gebreke gebleven. De zzp’er kan zich hier alleen op beroepen wanneer de opdrachtgever een van zijn verplichtingen uit de overeenkomst van opdracht niet nakomt. De zzp’er hoeft geen werkzaamheden te verrichten als de opdrachtgever bijvoorbeeld te weinig uitbetaalt. Ik denk dat een beroep op deze grond weinig zal voorkomen omdat veel stakingen voortvloeien uit vastgelopen onderhandelingen over nieuwe afspraken. Deze nieuwe afspraken maken dan nog geen deel uit van de wederkerige overeenkomst.

De bovengenoemde drie gronden zouden kunnen worden aangedragen door zzp’ers wanneer zij betogen dat er sprake is van omstandigheden waaronder niet van hen gevergd kan worden om de werkzaamheden te blijven verrichten voor de opdrachtgever.

3.4 Afronding

Het *Panhonlibco*-arrest is een keerpunt geweest in het Nederlandse stakingsrecht. Nadat het strafrechtelijke verbod op collectieve actievoering was afgeschaft, werden stakingen civielrechtelijk benaderd. De regel is lange tijd geweest dat de werknemers die collectieve acties voerden zich schuldig maakten aan een wanprestatie tegenover de werkgever. De Hoge Raad heeft in het *Panhonlibco*-arrest echter een ontsnappingsmogelijkheid gecreëerd waardoor arbeiders onder omstandigheden toch een stakingsrecht toekwam. De regel veranderde van ‘een staking is onrechtmatig’ naar ‘een staking is onrechtmatig, tenzij...’. Het *Panhonlibco*-arrest is geschreven in een tijd dat er nog geen wettelijke grondslag was voor het voeren van collectieve acties. Artikel 6 lid 4 ESH, dat inmiddels voor werknemers een wettelijke grondslag biedt, geldt niet voor zzp’ers volgens de Nederlandse rechters. Hoewel ik van mening ben dat de Nederlandse rechter hier niet genoeg heeft stilgestaan bij de conclusies van het ECSR, kan ik niet volledig voorbij gaan aan de mogelijkheid dat Rechtbank Midden-Nederland toch in zijn gelijk wordt gesteld. Wanneer dit laatste het geval is en er voor zzp’ers geen wettelijke grondslag is, zou het *Panhonlibco*-arrest een oplossing kunnen bieden. Wanneer er sprake is van omstandigheden waaronder niet van de zzp’ers gevergd kan worden hun werkzaamheden voort te zetten, zouden zij een stakingsrecht kunnen verkrijgen. Omdat niet precies uit de jurisprudentie is af te leiden wat onder die omstandigheden valt, kan mijns inziens een beroep hierop worden versterkt met rechtsmiddelen als: overmacht, redelijkheid

¹⁶⁰ Wolters 2013.

¹⁶¹ Van Kooten, in: *Sdu Commentaar*, artikel 6:262 Burgerlijk Wetboek (online versie).

en billijkheid en het bijzondere opschortingsrecht uit artikel 6:262 BW. Aan zzp'ers zou hierdoor in uitzonderlijke gevallen een collectief actierecht toekomen. Wat dat betreft is het een zwakker recht dan dat wat werknemers hebben op grond van het ESH. Een staking die onder de werkingssfeer van artikel 6 lid 4 ESH valt, wordt in principe rechtmatig geacht tenzij een van de beperkingen zoals besproken in paragraaf 2.1 geldt. In het ESH geldt als uitgangspunt dat de staking 'rechtmatig is, tenzij...' terwijl op grond van het *Panhonlibco*-arrest geldt dat het 'onrechtmatig is, tenzij...'. In de lagere jurisprudentie is deze tenzij nog nooit in het voordeel van stakende werknemers ingevuld. Het zou natuurlijk prettig zijn voor zzp'ers wanneer het uitgangspunt is dat zij een stakingsrecht hebben, in plaats van dat zij het slechts hebben in uitzonderingsgevallen. Een beroep op artikel 6 lid 4 ESH heeft hierom de voorkeur maar wat nu als het ECSR hetzelfde oordeelt als Rechtbank Midden-Nederland? In het volgende hoofdstuk zal ik stilstaan bij nog één laatste optie waarop zzp'ers zich wellicht ook zouden kunnen beroepen voor een stakingsrecht dat makkelijker is te verkrijgen dan het recht op grond van het *Panhonlibco*-arrest. Dit is de verenigingsvrijheid uit artikel 11 EVRM.

Hoofdstuk 4 Artikel 11 EVRM

Artikel 11 EVRM erkent de vrijheid van vereniging en in het speciaal de vakverenigingsvrijheid. Het EHRM heeft beslist dat dit artikel ook een stakingsrecht voor werknemers behelst. Omdat de jurisprudentie over het EVRM waarin dit is besloten nog relatief jong is, wordt nog vrijwel altijd gebruik gemaakt van het ESH waarin het stakingsrecht expliciet is erkend.¹⁶² Het betekent echter niet dat artikel 11 EVRM buiten beschouwing moet worden gelaten. In dit hoofdstuk is de vraag of zzp'ers zich ook hierop zouden kunnen beroepen? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, wordt in paragraaf 4.1 en 4.2 stilgestaan bij de wettekst van artikel 11 EVRM en de belangrijkste jurisprudentie van het EHRM omtrent het stakingsrecht. Het EHRM heeft nog geen uitspraak gedaan over het stakingsrecht van zzp'ers. In 4.3 en 4.4 wordt toch geprobeerd een antwoord te vormen op de vraag: hebben zzp'ers een stakingsrecht op grond van artikel 11 EVRM?

4.1 De inhoud van artikel 11 EVRM

4.1.1 De wettekst

Artikel 11 lid 1 EVRM luidt als volgt:

Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

Deze vrijheid kan slechts worden beperkt op grond van lid 2, deze luidt:

De uitoefening van deze rechten mag geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatig beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijke apparaat van de Staat.

Dit artikel heeft directe werking op grond van artikel 94 Gw; Nederlandse burgers kunnen zich voor de Nederlandse rechter op artikel 11 beroepen.¹⁶³

De vakvereniging is de enige soort vereniging die specifiek wordt genoemd in artikel 11 EVRM. De vakverenigingsvrijheid houdt een duidelijk recht in op het oprichten van en het aansluiten bij een vakvereniging. Wanneer men kijkt naar de jurisprudentie is de vakverenigingsvrijheid niet het enige recht dat uit artikel 11 EVRM kan worden afgeleid. Ook

¹⁶² Hansma in: *Arbeidsovereenkomst* (laatst bijgewerkt: 07-12-2016).

¹⁶³ Eijsbouts e.a. 2010.

het collectieve actierecht valt sinds een aantal jaren onder de werking van het artikel. In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de arresten waarin het stakingsrecht onderdeel is gaan uitmaken van de reikwijdte van artikel 11.

4.2 Stakingsrechtjurisprudentie

4.2.1 Een beperkte uitleg van vakverenigingsvrijheid

Het EHRM is niet altijd van mening geweest dat artikel 11 EVRM meer dan een vakverenigingsvrijheid impliceert. Het EHRM oordeelde in *National Union of Belgian Police v. Belgium* dat artikel 11 EVRM een verplichting aan staten geeft om te zorgen dat vakverenigingen de belangen van hun leden kunnen behartigen. Omdat er veel verschillende manieren zijn om dit te waarborgen, krijgen landen zelf de vrijheid om te kiezen welke middelen zij aan vakverenigingen toekennen.¹⁶⁴ In deze zaak ging het om het recht op collectief onderhandelen. Landen mochten ervoor kiezen om andere middelen aan vakverenigingen te verschaffen en het recht op collectief onderhandelen te ontnemen. In *Schmidt & Dalström v. Sweden* kwam de vraag aan de orde of het stakingsrecht onder de reikwijdte van artikel 11 EVRM viel. Het EHRM erkende dat het stakingsrecht zonder twijfel een van de belangrijkste middelen van vakverenigingen is om de belangen van hun leden te kunnen behartigen. Toch is het niet het enige mogelijke middel. Artikel 11 verplichtte landen dus ook niet om een stakingsrecht aan vakverenigingen toe te kennen.¹⁶⁵

Deze koers is vanaf 2002 licht gewijzigd. In het arrest *Unison v. United Kingdom* werd aan de ene kant aansluiting gezocht bij *Schmidt & Dalström / Sweden* doordat het Hof herhaalde dat staten zelf mogen kiezen welke middelen zij aan vakbonden verschaffen zodat zij de belangen van hun leden kunnen behartigen. Het EHRM voegde hier echter aan toe dat het stakingsrecht wel een beperking van de vakverenigingsvrijheid is. Stakingsverboden hinderen vakbonden in het verdedigen van de belangen van de aangesloten werknemers. Een beperking als deze moest worden getoetst aan de lid 2 van artikel 11 EVRM.¹⁶⁶ In de literatuur werd dit als omslagpunt aangemerkt.¹⁶⁷ Een nog belangrijkere omwenteling maakte het EHRM in de Turkse zaak *Enerji Yapi-Yol Sen*¹⁶⁸. Hierin is beslist dat artikel 11 EVRM landen wél verplicht om een stakingsrecht aan vakverenigingen toe te kennen. Voor zijn oordeel heeft het EHRM grotendeels zijn uitspraak *Demir & Baykara v. Turkey*¹⁶⁹ herhaald. Hierom zal in paragraaf 4.2.2, alvorens *Enerji Yapi-Yol Sen* wordt besproken, worden ingegaan op de voor deze scriptie relevante onderdelen uit deze uitspraak.

¹⁶⁴ EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (*National Union of Belgian Police/ Belgium*), par. 39.

¹⁶⁵ EHRM 6 februari 1976, 5589/72 (*Schmidt & Dalström / Sweden*), par. 36.

¹⁶⁶ EHRM 10 januari 2002, 53574/99 (*Unison / United Kingdom*).

¹⁶⁷ Dorsemont, *ArA* 2006/2, p. 28.

¹⁶⁸ EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen / Turkey*).

¹⁶⁹ EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*).

4.2.2 *Demir & Baykara*

Demir en Baykara waren een vakbonds- en bestuurslid van *Tüm Bel Sen*, een vakbond voor ambtenaren. De vakbond had een collectieve overeenkomst afgesloten met de stad Gaziantep. Gaziantep kwam echter de voorwaarde uit de overeenkomst niet na. Hierop werd de zaak bij de nationale rechter en uiteindelijk ook bij het EHRM voorgelegd.¹⁷⁰ Het ging om de vraag of het recht op collectief onderhandelen (voor ambtenaren) wordt beschermd door artikel 11 EVRM. Het Hof maakt in deze zaak duidelijk dat er ook zeker rekening moet worden gehouden met andere internationale rechtsbronnen dan alleen de tekst van het EVRM.¹⁷¹ Tevens benoemde het EHRM het levendige karakter van het verdrag; de tekst moet altijd worden uitgelegd in de hedendaagse context, rekening houdend met recente ontwikkelingen.¹⁷² Het Hof geeft toe dat de regels uit *Schmidt & Dahlström* verouderd zijn. Er moest een heroverweging komen waarin meer werd aangesloten bij de internationale en nationale ontwikkelingen. Zou dit niet gebeuren dan zou dit een barrière kunnen vormen voor veranderingen en verbeteringen in de praktijk.¹⁷³ Het Hof sloot aan bij het ILO-verdrag nr. 98 en artikel 6 lid 2 ESH; in deze verdragen is expliciet bepaald dat ook aan ambtenaren een recht op collectief onderhandelen toekomt. Hoewel het ESH nog niet door Turkije was bekrachtigd kon wel worden geconcludeerd dat de regel, die in het ESH is gesteld, de norm was die in Europa gold. Dit kon onder andere worden geconcludeerd doordat het in veel andere Europese landen wel is bekrachtigd en werd nageleefd.¹⁷⁴ Uiteindelijk concludeerde het EHRM dat gezien deze ontwikkelingen in het arbeidsrecht - zowel nationaal als internationaal en in de praktijk - het recht op collectief onderhandelen een essentieel element is geworden van artikel 11 EVRM. Ambtenaren moeten, met enkele uitzonderingen daargelaten, hetzelfde collectieve onderhandelingsrecht krijgen als werknemers. Beperkingen kunnen slechts worden opgelegd op grond van lid 2.¹⁷⁵ Het EHRM breidde hiermee de toepassing van artikel 11 EVRM uit op grond van een aantal ontwikkelingen. Het sloot hiermee aan bij andere internationale rechtsbronnen en de praktijk in de meeste Europese landen. De vraag bleef na dit arrest echter nog steeds of ook het collectieve actierecht onder de reikwijdte van artikel 11 valt. Het antwoord op deze vraag werd in *Enerji Yapi-Yol Sen* gegeven.

4.2.3 *Enerji Yapi-Yol Sen*

Enerji Yapi-Yol Sen is een ambtenarenbond. De bond had zijn leden opgeroepen om deel te nemen aan een eendaagse staking om het recht op collectief onderhandelen wettelijk erkend te krijgen in Turkije. Ongeveer 5 dagen voor zij wilden staken, liet de Turkse overheid per circulaire weten dat er een algemeen stakingsverbod voor overheidspersoneel gold. Tegen drie ambtenaren, die toch zijn gaan staken, zijn disciplinaire sancties ingesteld. De vakbond

¹⁷⁰ EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 14-19.

¹⁷¹ EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 85.

¹⁷² EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 146.

¹⁷³ EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 153.

¹⁷⁴ EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 147-151.

¹⁷⁵ EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 154.

vond dat de circulaire in strijd was met artikel 11 EVRM.¹⁷⁶ Voor de beoordeling van de vraag of het stakingsverbod voor ambtenaren in strijd was met het verdrag verwees het EHRM grotendeels naar zijn uitspraak *Demir & Baykara v. Turkey*.¹⁷⁷ Het stakingsrecht is, net als het collectieve onderhandelingsrecht, internationaal geaccepteerd in artikel 6 lid 4 ESH en het ILO-verdrag nr. 87.¹⁷⁸ Het Hof herhaalde niet letterlijk zijn overwegingen uit het *Demir & Baykara v. Turkey*. Het werd slechts impliciet duidelijk dat op grond hiervan moest worden geoordeeld dat ook het stakingsrecht inmiddels - op grond van de internationale ontwikkelingen - als een wezenlijk onderdeel van de vakverenigingsvrijheid uit artikel 11 EVRM moet worden gezien. Het EHRM erkende vervolgens dat het stakingsrecht geen absoluut karakter heeft. Een stakingsverbod voor ambtenaren is niet per definitie onverenigbaar met het beginsel van vakverenigingsvrijheid. Wat echter niet kan, is het ontzeggen van het stakingsrecht van alle ambtenaren in algemene zin. De categorieën moeten altijd zo duidelijk mogelijk worden omschreven.¹⁷⁹ Hierom kwam het stakingsrecht ook toe aan de ambtenaren in deze zaak. Het verbod was een beperking op artikel 11 EVRM. In dit arrest heeft het Hof het stakingsrecht gekoppeld aan het recht op vrijheid van vereniging.¹⁸⁰ De uitzonderingen die op dit recht kunnen worden gemaakt, moeten voldoen aan de eisen uit lid 2 van artikel 11 EVRM. De relevante vraag voor deze scriptie is of zzp'ers kunnen worden uitgesloten van het stakingsrecht op grond van artikel 11 EVRM.

4.3 De Nederlandse zzp'er en het EVRM

Door het EHRM zijn geen uitspraken gedaan over de vraag of zzp'ers ook een stakingsrecht op grond van artikel 11 EVRM hebben. Voor een antwoord op deze vraag moet dus aansluiting worden gezocht bij uitspraken over zelfstandigen en hun recht om zich te verenigen in vakbonden en de uitleg van ILO-verdragen omdat het EHRM daar in *Demir & Baykara* ook aansluiting bij heeft gezocht.

4.3.1 ILO-conventies

De International Labour Organization is een organisatie van de Verenigde Naties die zich bezig houdt met het realiseren van goede arbeidsomstandigheden over de hele wereld. Als de ILO-conventies worden geratificeerd door een lidstaat zijn zij bindend.¹⁸¹ De lidstaten die zijn gebonden aan de uitspraken van het EHRM zijn ook gebonden aan de meeste ILO-conventies. Toch is het voor het toepassen van deze verdragen door het Hof niet noodzakelijk dat zij allemaal zijn geratificeerd; dit kwam al aan het licht in paragraaf 4.2.2. Het is voldoende als de normen toonaangevend zijn voor de trend die op dat moment gaande is in Europa en dat in

¹⁷⁶ EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen / Turkey*). De uitspraak is alleen gepubliceerd in het Turks en Frans, omdat ik deze talen onvoldoende beheers heb ik voornamelijk gebruik gemaakt van de officiële samenvatting van het EHRM.

¹⁷⁷ EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen / Turkey*), par. 31.

¹⁷⁸ EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen / Turkey*), officiële samenvatting.

¹⁷⁹ EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen / Turkey*), par. 32.

¹⁸⁰ Van Drongelen & Jacobs, *NJB* 2009, 1781.

¹⁸¹ www.europa-nu.nl (zoek op: IAO).

een groot deel van de lidstaten de regel wel is geratificeerd.¹⁸² Het Hof gebruikt hier de evolutieve interpretatiemethode; de normen die in het EVRM zijn gesteld zijn niet statisch. Doordat het een Verdrag een levend instrument is, kunnen door maatschappelijke ontwikkelingen de normen anders moeten worden geïnterpreteerd.¹⁸³ Het EHRM sluit hierom in *Demir & Baykara* aan bij de regels uit de ILO-verdragen. Twee hele belangrijke ILO-verdragen zijn de nummers 87 (vrijheid van vereniging) en 98 (recht op collectief onderhandelen). Deze verdragen geven een duidelijke weergave van de huidige internationale regels omtrent vakverenigingen en collectief onderhandelen. Naast de wettekst van de verdragen heeft de ILO tevens heeft een comité ingesteld met experts die per staat onpartijdige evaluaties leveren van de toepassing van de geratificeerde verdragen. Het jaarlijkse rapport van het comité bestaat uit drie delen: een algemeen deel waarin de hoogtepunten van de observaties van het comité naar voren komen; een deel met de observaties van het comité met betrekking tot de toepassing van de internationale arbeidsstandaarden in lidstaten; en tot slot een algemeen onderzoek over een specifiek arbeidsrechtelijk onderwerp.¹⁸⁴ Het comité verschaft op deze manier veel informatie over hoe zij vinden dat de ILO-verdragen moeten worden toegepast. Met de kennis uit *Demir & Baykara* en *Enerji Yapi-Yol Sen* is het goed denkbaar dat het EHRM aansluiting zoekt bij de normen die het ILO-comité omschrijft. In IAO-verdrag nr. 87 is geen artikel opgenomen dat het stakingsrecht uitdrukkelijk aan werkenden toekent. Desalniettemin moet volgens het comité worden geoordeeld dat het stakingsrecht is af te leiden uit het verdrag. In artikel 10 staat bijvoorbeeld dat het doel van vakbonden is om de belangen van hun leden te beschermen en in artikel 3 is bepaald dat zij voor het behalen van hun doelen de vrijheid hebben om hun eigen programma te bepalen. Staken zou hieronder kunnen vallen, zeker nu is uitgemaakt dat het stakingsrecht onlosmakelijk is verbonden met de vakverenigingsvrijheid. Zouden vakverenigingen geen stakingsrecht hebben dan worden zij beroofd van hun essentie.¹⁸⁵ Toch is het stakingsrecht geen absoluut recht; het kan in bepaalde gevallen worden beperkt.¹⁸⁶ Zelfstandigen worden echter niet specifiek genoemd als groep die mag worden uitgesloten van het stakingsrecht. Tot zo ver niets nieuws ten opzichte van de uitleg van het EHRM van artikel 11 EVRM. Het comité heeft zich wel duidelijk uitgelaten over de vakverenigingsvrijheid en het collectieve onderhandelingsrecht voor zelfstandigen. Bij gebrek aan informatie over het stakingsrecht van zelfstandigen kan het best hierbij aansluiting worden gezocht. Het comité benadrukt dat artikel 2 van het ILO-verdrag nr. 87 inhoudt dat alle werkenden - zonder enig onderscheid - het recht hebben om vakverenigingen op te richten en zich daarbij aan te sluiten. Ook zelfstandigen vallen hier volgens het comité onder.¹⁸⁷ Zij moeten alle rechten uit het ILO-verdrag nr. 87 krijgen.¹⁸⁸ Het comité staat vervolgens ook stil bij ILO-conventie nr. 98. Zij oordeelt dat zelfstandigen ook collectief

¹⁸² EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx / Belgium*), par. 41; EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*), par. 86.

¹⁸³ Hummel, *MRT* 2015, afl. 3, p. 121.

¹⁸⁴ 'Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations', www.ilo.org (zoek op: Committee of experts).

¹⁸⁵ *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO* 2012, p. 48.

¹⁸⁶ *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO* 2012, p. 49.

¹⁸⁷ *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO* 2012, p. 19.

¹⁸⁸ *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO* 2012, p. 26.

moeten kunnen onderhandelen.¹⁸⁹ Recent heeft het comité deze overwegingen herhaald in haar observatie van de toepassing van de conventies in Ierland. In Ierland werd er door de vakbond ICTU (eerder genoemd in paragraaf 2.2) aandacht gevraagd voor de zwakke positie van veel zelfstandigen. Het comité is zich ervan bewust dat in Europa strenge mededingingsregels gelden waaronder zelfstandigen ook kunnen vallen. Zoals aan de orde kwam in paragraaf 1.3 kan dit een beperking vormen voor zelfstandigen om in groepen (prijs)afspraken te maken. Toch herhaalt het comité dat het recht op collectief onderhandelen ook het vertegenwoordigen van de belangen van zelfstandigen inhoudt.¹⁹⁰ Een jaar later heeft Ierland erkend dat zelfstandigen beter moeten worden beschermd door hen toe te laten tot vakbonden met als doel om collectief te kunnen onderhandelen. Het comité verwelkomt deze verandering met open armen.¹⁹¹ Wanneer het EHRM de ILO-conventies en hun uitleg zou volgen, zouden in ieder geval de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen voor zelfstandigen onder de reikwijdte van artikel 11 EVRM vallen. Nu deze rechten zo nauw met het stakingsrecht zijn verbonden, is de kans groot dat het stakingsrecht ook aan zelfstandigen toekomt.

4.3.2 Zelfstandigen en het recht om zich te verenigen

In *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey* is bepaald dat het stakingsrecht een wezenlijk onderdeel uitmaakt van het vakverenigingsrecht. Dit is goed verklaarbaar: als vakbonden geen collectieve acties kunnen voeren ontbreekt hun sterkste pressiemiddel. De vakverenigingsvrijheid zou veel minder van dienst zijn indien deze vrijheid niet ook een recht inhoudt om collectieve acties te kunnen voeren om hun belangen te verdedigen.¹⁹² Wanneer een antwoord wordt gevonden op de vraag of “zzp’ers een recht hebben om zichzelf te verenigen in een vakbond in de zin van artikel 11 EVRM” kan een antwoord worden gegeven op de vraag of “zzp’ers ook een stakingsrecht hebben op grond van dit artikel”. Wanneer er wordt gekeken naar de wettekst van artikel 11 EVRM staat er dat “een ieder een recht heeft om zich aan te sluiten bij een vakvereniging”. Onder ‘een ieder’ zouden zzp’ers ook kunnen vallen. Omdat het recht niet absoluut is kan door middel van artikel 11 lid 2 EVRM de vakverenigingsvrijheid worden beperkt. De vraag of zelfstandigen moeten worden uitgesloten van de vrijheid om zich aan te mogen sluiten bij vakverenigingen zijn twee uitspraken: *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*¹⁹³ (hierna: *Sigurjónsson*) en *Manole and Romanian Farmers Direct v. Romania*¹⁹⁴ (hierna: *Manole*).

In *Sigurjónsson* ging het om taxichauffeurs in IJsland die om hun beroep te kunnen uitoefenen verplicht aangesloten moesten zijn bij een specifieke organisatie genaamd Frami. In het arrest stond centraal dat dit in strijd was met artikel 11 EVRM. Artikel 11 houdt naast haar positieve

¹⁸⁹ *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO 2012*, p. 85.

¹⁹⁰ *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILO 2016*, p.80.

¹⁹¹ *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILO 2017*, p. 135.

¹⁹² Dorssemont, *ArA 2006/2*, p. 5.

¹⁹³ EHRM 30 juni 1993, 16130/90 (*Sigurdur A. Sigurjónsson / Iceland*).

¹⁹⁴ EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole and Romanian Farmers Direct / Romania*).

verenigingsvrijheid ook een negatieve verplichting in; burgers van de lidstaten kunnen niet worden verplicht lid te zijn van bepaalde organisaties. Een deel van de uitspraak ging echter in op een argument van de overheid: zij voerde aan dat Frami niet was aan te merken als vakbond omdat het gros van de leden zzp'er was. Volgens de overheid zou Frami moeten worden aangemerkt als een organisatie met een publiekrechtelijk karakter; daarom zou het niet onder de reikwijdte van artikel 11 EVRM vallen.¹⁹⁵ Het EHRM weigerde in deze zaak een duidelijke definitie te geven van het begrip vakbond en ontweek de vraag of Frami was aan te merken als vakbond. De organisatie was een vereniging met een privaatrechtelijk karakter en daarom viel zij onder de werking van artikel 11. Vakverenigingsvrijheid is aan te merken als een onderdeel van het bredere begrip verenigingsvrijheid. Het is niet van belang om ook te controleren of Frami was aan te merken als vakvereniging.¹⁹⁶ Het Hof sloot met deze overweging niet uitdrukkelijk uit dat zzp'ers een vakverenigingsvrijheid hebben maar verschaftte ook zeker geen duidelijk. Mijns inziens kunnen zzp'ers die een stakingsrecht willen verkrijgen geen beroep doen op de algemene verenigingsvrijheid. Het stakingsrecht lijkt mij sterk te zijn verbonden met vakverenigingsvrijheid en niet met de 'gewone' verenigingsvrijheid. In de literatuur leek men überhaupt erover te twijfelen of letterlijk iedereen een recht heeft om zich aan te sluiten bij een vakvereniging. Sommigen vrezen dat dit in strijd zou zijn met de regels van het mededingingsrecht zoals omschreven in paragraaf 1.3.¹⁹⁷ Er moet dus een duidelijker antwoord komen op de vraag of zzp'ers een vakverenigingsvrijheid hebben. Pas in 2015 werd opnieuw aan het EHRM voorgelegd of zelfstandigen een recht hebben om zichzelf te verenigen in vakbonden. Manole wilde een vakbond, The Romanian Farmers Direct, oprichten en inschrijven. Voor 2003 konden alle zelfstandigen in Roemenië zich verenigen in een vakbond. Nieuwe wetgeving maakte het slechts mogelijk voor zzp'er om zich aan te sluiten bij een vakvereniging, niet om er een op te richten en deze vervolgens in te schrijven. Het EHRM vond dit een beperking van artikel 11 EVRM. De vraag was of de beperking gerechtvaardigd kon worden op grond van lid 2. Was de inbreuk wel noodzakelijk in een democratische samenleving? Allereerst stond voorop dat aan staten een grote mate van beleidsvrijheid toekomt wanneer het gaat om gevoelige sociale en politieke onderwerpen die gerelateerd zijn aan zaken als werkgelegenheid en waarover grote verschillen bestaan tussen de lidstaten. Bovendien zag het Hof geen strijd met de ILO-conventie nr. 87. Zelfstandigen hielden een recht om professionele organisaties op te richten, hiermee konden zij ook hun belangen behartigen. Hiernaast mochten zij zich ook nog steeds aansluiten bij vakbonden. Volgens het Hof was er geen strijd met artikel 11 EVRM.¹⁹⁸ Het recht van zelfstandigen om zich te verenigen mocht worden beperkt. Toch hielden de zelfstandigen in dit arrest een aantal van hun rechten op grond van artikel 11 EVRM: zij konden zich nog steeds aansluiten bij vakbonden en zij konden ook andere professionele verenigingen oprichten. Ondanks de uitkomst voor de zelfstandigen in dit arrest maakt het EHRM een belangrijke beslissing voor zelfstandigen over het algemeen. Het Hof beslist dat

¹⁹⁵ EHRM 30 juni 1993, 16130/90 (*Sigurður A. Sigurjónsson / Iceland*), par. 30.

¹⁹⁶ EHRM 30 juni 1993, 16130/90 (*Sigurður A. Sigurjónsson / Iceland*), par. 32.

¹⁹⁷ Dorsemont, Lörcher & Schömann, 2013.

¹⁹⁸ EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole and Romanian Farmers Direct / Romania*). Deze uitspraak is alleen gepubliceerd in het Frans, hierom maak ik wederom voornamelijk gebruik van de officiële Engelse samenvatting van het EHRM.

ook aan zelfstandigen een recht toekomt om zich te verenigen. Het Hof oordeelde eerst dat de zelfstandigen ontvankelijk zijn in hun beroep op artikel 11 EVRM. Geen enkele beroepsgroep wordt op voorhand uitgesloten van de werking van artikel 11.¹⁹⁹ Roemenië had onvoldoende duidelijk gemaakt waarom een zelfstandige niet zou mogen vallen onder ‘een ieder’ die zich mag aansluiten bij een vakvereniging.²⁰⁰ Vervolgens kwam het Hof pas tot zijn conclusie dat Roemenië in dit geval niet artikel 11 EVRM had geschonden. De vakverenigingsvrijheid werd echter niet geheel uitgesloten doordat het Hof uitdrukkelijk overwoog dat er geen strijd is met de ILO-conventie nr. 87 omdat de zelfstandigen nog genoeg mogelijkheden hadden om collectief hun belangen te vertegenwoordigen. Hierdoor lijkt deze rechtvaardiging een minimumeis te behelzen. Hoewel in dit arrest geen sprake was van een schending van artikel 11 EVRM, worden zelfstandigen ook niet door het Hof volledig uitgesloten van de werking van artikel 11 EVRM. Het lijkt er sterk op dat aan hen een recht op vakverenigingsvrijheid toekomt. Gezien de beredenering van het EHRM in *Enerji Yapi-Yol Sen* dat het stakingsrecht onlosmakelijk is verbonden met de vakverenigingsvrijheid, kan worden geconcludeerd dat waarschijnlijk aan degene aan wie de vakverenigingsvrijheid toekomt ook een stakingsrecht toekomt.

4.4 Afronding

Artikel 11 EVRM geeft een recht aan een ieder om zich te verenigen. Specifiek wordt de vakverenigingsvrijheid benoemd. In de jurisprudentie van het EHRM is bepaald dat ook het recht op collectief onderhandelen en het recht op staken onder de reikwijdte van dit artikel vallen. Beiden zijn het essentiële elementen van het recht om te verenigen in vakbonden. Zonder deze elementen zouden vakverenigingen een groot deel van hun kracht verliezen. De vraag of deze rechten ook aan zelfstandigen toekomen is echter niet beantwoord door het Hof. Het EHRM heeft in het *Manole*-arrest geaccepteerd dat Roemenië zelfstandige boeren het recht had ontzegd om een vakbond op te richten en in te schrijven. Het Hof oordeelde dat dit een beperking was van artikel 11 EVRM maar dat deze beperking werd gerechtvaardigd op grond van lid 2. Nu de zelfstandigen in Roemenië genoeg andere mogelijkheden kregen om hun belangen te behartigen was er geen reden om te oordelen dat deze beperking niet gerechtvaardigd was. In artikel 11 EVRM worden geen bepaalde beroepsgroepen op voorhand uitgesloten van de vakverenigingsvrijheid, zo ook de zelfstandigen niet. Ook zzp'ers kunnen vallen binnen de reikwijdte van artikel 11 EVRM. Om deze stelling te versterken kan tevens aansluiting worden gezocht bij de ILO-verdragen. In *Demir & Baykara* doet het EHRM dit ook. Het EVRM heeft een levendig karakter; bij de uitleg van het verdrag moet dus rekening worden gehouden met recente ontwikkelingen in de praktijk en in andere verdragen. Wanneer naar de ILO-verdragen nr. 87 en 98 wordt gekeken wordt het duidelijk dat het comité van mening is dat zelfstandigen ook vallen onder de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen. Wanneer het EHRM de lijn uit het *Manole*-arrest en de ILO-conventies volgt, zou kunnen worden geconcludeerd dat aan zelfstandigen ook een stakingsrecht toekomt op grond van artikel 11 EVRM. Het stakingsrecht is immers

¹⁹⁹ EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole and Romanian Farmers Direct / Romania*), par. 62.

²⁰⁰ EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole and Romanian Farmers Direct / Romania*), par. 39-41.

onlosmakelijk verbonden met de vakverenigingsvrijheid; krijgen zzp'ers het recht om zich te verenigen in vakverenigingen dan moeten zij hun belangen ook kunnen beschermen door middel van stakingen. Hun recht zou vervolgens alleen kunnen worden beperkt op grond van lid 2 van artikel 11 EVRM. Er moet dan een basis komen in de Nederlandse wetgeving en de beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Samenvattend kan worden gezegd dat omdat zelfstandigen een recht hebben om zich te verenigen in vakbonden de kans reëel is dat het EHRM een stakingsrecht toekent aan zzp'ers.

Hoofdstuk 5 Conclusie

Het aantal zzp'ers is de afgelopen jaren flink toegenomen. Nederland kent rond 800.000 en 1.000.000 zzp'ers.²⁰¹ Van dit enorme aantal voelt ongeveer een kwart zich gedwongen om als zzp'er werkzaam te zijn omdat zij geen andere baanmogelijkheden hebben.²⁰² Ongeveer 1/8^e blijkt alle zeilen te moeten bijzetten om rond te kunnen komen.²⁰³ Kortom: niet elke zzp'er lijkt te kunnen profiteren van de zelfgekozen vrijheden. Het is hierdoor goed in te denken waarom zzp'ers een collectieve actie zouden willen voeren om betere arbeidsvoorwaarden te verkrijgen. Tegenwoordig worden zulke acties door zelfstandigen ook georganiseerd, bijvoorbeeld door de pakketbezorgers van PostNL. Omdat dit een nieuw fenomeen is, is hier relatief weinig over bekend. Centraal in deze scriptie stond de probleemstelling: *komt aan zzp'ers een collectief actierecht toe?* Om die vraag te kunnen beantwoorden heb ik de mogelijke problematiek uiteengezet en vervolgens ben ik ingegaan op drie verschillende manieren waarop wellicht een stakingsrecht kan worden verkregen door zzp'ers. In deze conclusie zal ik samengevat de relevante onderzoeksresultaten bespreken en tot slot een antwoord geven op de vraag of, en zo ja hoe zzp'ers een collectief actierecht verkrijgen.

In Nederland hebben werknemers een recht op collectief actievoeren. Voor zzp'ers is het nog niet geheel duidelijk of zij een stakingsrecht hebben. De zzp'er kent geen wettelijke rechtsvorm. Het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is niet altijd even makkelijk te maken. Vooral wanneer vermeende zelfstandigen slechts voor één opdrachtgever werken zoals bijvoorbeeld vaak het geval is bij de bezorgers van PostNL. De Wet DBA probeert hierin tegemoet te komen door modelovereenkomsten op te stellen voor opdrachtgevers en zzp'ers. Op die manier is voor alle partijen duidelijk wat de aard van de arbeidsrelatie is. De wet wordt pas toegepast in 2018, of dit ook echt duidelijkheid gaat verschaffen is dus nog niet duidelijk.

De vraag is of – naast werknemers – zzp'ers ook een stakingsrecht hebben. Rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat dit niet het geval is. De zelfstandige pakketbezorgers van PostNL zouden geen collectief actierecht hebben. Het oordeel was volledig gebaseerd op artikel 6 lid 4 ESH. Volgens de rechtbank zou het ESH alleen zijn geschreven voor werknemers(organisaties) en dus niet voor zelfstandigen. In de literatuur wordt aangesloten bij deze uitspraak en dit is ook verklaarbaar wanneer er slechts naar de Nederlandse wettekst wordt gekeken. Hierin staat namelijk duidelijk dat het stakingsrecht toekomt aan werknemers. Kijkt men daarentegen naar de originele Engelse wettekst dan wordt er gesproken over workers en dit kan worden vertaald met werkenden. Het werkendenbegrip is een ruimer begrip dan het werknemersbegrip. Het ECSR heeft als uitgangspunt voor alle artikelen van het ESH genomen dat: als er wordt gesproken van werkenden dat hier ook zelfstandigen onder vallen. Onder bepaalde omstandigheden kan hier een uitzondering op worden gemaakt. Wat die omstandigheden precies inhouden is niet geheel duidelijk. Het ECSR heeft nooit een

²⁰¹ 'Toename aantal zzp'ers stukt', *Centraal Bureau voor Statistiek* 18-11-2016, cbs.nl (zoek op: zzp'ers).

²⁰² Witteman & de Haan, *Volkscrant* 27 januari 2016.

²⁰³ Le Clercq, www.rtlz.nl 30 juni 2016.

conclusie geschreven waarin zij zich uitlaat over de vraag of het werkendenbegrip in artikel 6 lid 4 ESH ook aan zelfstandigen toekomt. Wel is het duidelijk dat artikel 5 en artikel 6 lid 2 ESH ook bestemd zijn voor zelfstandigen. Artikel 5 regelt de vrijheid voor werkenden om zich te verenigen en artikel 6 lid 2 geeft het recht om collectief te kunnen onderhandelen. Volgens het ECSR komt aan een ieder aan wie een recht op collectief onderhandelen toekomt ook een stakingsrecht toe. Het lijkt er dus sterk op dat er geen omstandigheden zijn waardoor geconcludeerd kan worden dat zelfstandigen moeten worden uitgesloten van de werking van artikel 6 lid 4 ESH. Wanneer het uitgangspunt wordt gevolgd komt een collectief actierecht toe aan zzp'ers op grond van het ESH. Zzp'ers zouden dan – net als de Nederlandse werknemers – een stakingsrecht verkrijgen volgens de regels die zijn gesteld in de arresten *Enerco* en *Amsta*. Kortgezegd komt het erop neer dat een collectieve actie onder de bescherming van artikel 6 lid 4 ESH valt als de actie redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Een collectieve actie kan toch nog worden beperkt op grond van artikel G ESH wanneer dit maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is.

In de PostNL uitspraak wordt alleen een beroep gedaan op het ESH. Artikel 6 lid 4 ESH is echter niet het enige artikel waar een stakingsrecht aan kan worden ontleend. In *Enerji Yapi-Yol Sen* heeft het EHRM beslist dat de vakverenigingsvrijheid uit artikel 11 EVRM ook een recht op collectief actievoeren inhoudt. Het EHRM baseert zijn uitspraak op het arrest *Demir & Baykara*. In dit arrest werd bepaald dat er aansluiting moest worden gezocht bij de rechtspraktijk en internationale verdragen als het ESH en het ILO. Wanneer men dat doet, kan worden geconcludeerd dat het collectieve onderhandelingsrecht zo'n essentieel onderdeel is van de vakverenigingsvrijheid dat dit ook onder de reikwijdte van artikel 11 EVRM moet vallen. Nu artikel 11 EVRM is geschreven voor 'een ieder' is het denkbaar dat zzp'ers zich hier ook op kunnen beroepen. Hoewel het EHRM geen uitspraken heeft gedaan over het collectieve actierecht voor zelfstandigen, kunnen er wel aanknopingspunten worden gevonden in de uitspraken van het EHRM over de vakverenigingsvrijheid van zelfstandigen. De reden hiervoor is dat uit *Enerji Yapi-Yol Sen* blijkt dat de vakverenigingsvrijheid onlosmakelijk is verbonden met het collectieve actierecht. Wanneer het EHRM uitmaakt dat zelfstandigen een recht hebben om zich vrij te organiseren in vakbonden dan kan hieruit geconcludeerd worden dat zij ook een stakingsrecht hebben. Dit eerste is (impliciet) gebeurd in het *Manole*-arrest. In het *Manole*-arrest accepteert het Hof wel dat de vakverenigingsvrijheid voor zelfstandigen wordt beperkt maar dit wordt slechts geaccepteerd omdat aan hen wel een recht toekomt om zich aan te sluiten bij vakverenigingen en om gewone verenigingen op te richten die hun belangen kunnen vertegenwoordigen. Er wordt niet beslist dat het recht in zijn geheel niet toekomt aan zelfstandigen; sterker nog het EHRM heeft geoordeeld dat een beroepsgroep niet bij voorbaat kan worden uitgesloten van de werking van artikel 11 EVRM. Zelfstandigen kunnen dus in beginsel een vakverenigingsvrijheid verkrijgen op grond van artikel 11 lid 1 EVRM. Hiernaast heb ik voor de zekerheid aansluiting gezocht bij de ILO-verdragen nr. 87 en 98 en de uitleg die het comité van experts van de ILO hieraan heeft gegeven. Hieruit wordt duidelijk dat de vakverenigingsvrijheid en het collectieve onderhandelingsrecht ook aan zelfstandigen toekomen. Volgens het comité is het stakingsrecht onlosmakelijk verbonden met deze twee rechten. Het zou goed kunnen dat de ILO ook zal oordelen dat stakingsrecht

hierdoor aan zelfstandigen toekomt; hier zijn helaas geen uitspraken over. Geconcludeerd kan worden dat zzp'ers zich ook op artikel 11 EVRM kunnen beroepen. Artikel 11 EVRM geeft een (vak)verenigingsvrijheid aan een ieder; zelfstandigen zijn door het EHRM niet uitdrukkelijk uitgesloten van de werking van dit artikel dit blijkt uit het *Manole*-arrest. Wanneer hiernaast aansluiting wordt gezocht bij de ILO-verdragen – zoals het EHRM dit heeft gedaan in *Demir & Baykara* – lijkt het er nog sterker op dat ook zelfstandigen zich op het collectieve actierecht kunnen beroepen nu zij zich ook op het recht op vrijheid van vakvereniging en collectief onderhandelen kunnen beroepen; deze rechten zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden. Wanneer zzp'ers een collectief actierecht hebben op grond van artikel 11 EVRM kan dit slechts worden beperkt op grond van lid 2 van dit artikel.

Wanneer een beroep op het ESH en het EVRM toch niet zou werken, zou kunnen worden gekeken naar het *Panhonlibco*-arrest. Dit arrest was het eerste arrest waarin een stakingsrecht werd toegekend aan werknemers ondanks dat er nog geen stakingswet was. Het ESH was nog niet in werking getreden en *Enerji Yapi-Yol Sen* was nog niet uitgesproken. Mochten zzp'ers geen aanspraak kunnen maken op het ESH en het EVRM dan is er geen wettelijke grondslag voor hun stakingsrecht. Hun rechten zijn dan wat dat betreft te vergelijken met de rechten die werknemers toentertijd hadden. Een staking werd gezien als wanprestatie van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad beaamde dit maar voegde hier een uitzondering aan toe: er is geen sprake van een wanprestatie wanneer de omstandigheden waaronder werknemers moeten werken, “van dien aard zijn dat naar heersende rechtsovertuigingen in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd dat zij hun werk voortzetten”.²⁰⁴ Omdat de rechters de stakende werknemers nooit in hun gelijk hebben gesteld, is het niet direct duidelijk wat onder deze omstandigheden kan worden verstaan. Een beroep op dit oude arrest zou vooral goed kunnen worden ondersteund door een beroep op overmacht of redelijkheid en billijkheid. Een beroep op het bijzondere opschortingsrecht uit artikel 6:262 BW zal waarschijnlijk in te weinig gevallen kunnen slagen omdat hiervoor de opdrachtgever een opeisbare verplichting niet moet nakomen. Zzp'ers zouden zich mijns inziens op dit arrest kunnen beroepen maar omdat het *Panhonlibco*-arrest slechts voor uitzonderlijke gevallen een stakingsrecht heeft gecreëerd, is dit recht minder omvangrijk dan de rechten uit het ESH en het EVRM. Deze verdragen geven een sterk recht, tenzij de genoemde uitzonderingen gelden terwijl het *Panhonlibco*-arrest geen recht geeft, tenzij de uitzondering geldt. Mocht een beroep op een van deze verdragen slagen dan verdient deze dus de voorkeur.

Het kartelverbod blijft een complex onderwerp. Omdat het Hof van Justitie het begrip onderneming breed heeft uitgelegd, vallen zzp'ers ook hieronder. Simpel gezegd mogen ondernemingen geen afspraken met elkaar maken om niet te concurreren; op deze manier wordt getracht de vrije handel in Europa te beschermen. Zo'n verboden afspraak wordt in zekere zin gemaakt bij collectieve overeenkomsten. In de arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken* heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat collectieve overeenkomsten, die zien op het verbeteren van de arbeidsvoorwaarden voor werknemers, vaak niet onder de beperkende regels van het mededingingsrecht vallen. De met de overeenkomsten nagestreefde

²⁰⁴ Hoge Raad 15 januari 1960, NJ 1960/84 (*Panhonlibco*).

doelstellingen van sociale politiek zouden echter ernstig worden belemmerd indien de sociale partners zich bij hun inspanning om werkgelegenheid- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren aan het kartelverbod moeten houden. Het Hof van Justitie beslist in *FNV Kiem* dat ‘het bevorderen van de sociale dialoog om arbeids- en werkgelegenheidsvoorwaarden te verbeteren voor zelfstandigen’ nooit een doel is geweest van de Europese Unie. De doelstellingen van de sociale politiek worden niet aangetast door de kartelverboden te handhaven; zzp’ers worden niet beschermd. Collectieve acties zijn veelal het resultaat van het vastlopen van collectieve onderhandelingen die tot collectieve afspraken hadden moeten leiden. Gezien de omvang van deze scriptie heb ik de collectieve afspraken met zzp’ers die wel en niet kunnen worden gemaakt - met het oog op het mededingingsrecht – niet verder onderzocht. Toch kan ik mij voorstellen dat met de huidige leer van het Hof van Justitie het soms lastig kan zijn om de collectieve actie van zzp’ers tot een wenselijke overeenkomst te laten leiden. Dit kan een belemmering vormen. Met een gezaghebbende instantie als de ILO, die vindt dat het collectieve onderhandelingsrecht ook wel degelijk aan zelfstandigen moet toekomen, ondanks het Europese mededingingsrecht, is het echter niet ondenkbaar dat binnenkort de *FNV Kiem* leer iets versoepeld. Zzp’ers hebben mijns inziens nu al mogelijkheden om collectief actie te voeren maar dan zullen ook echt de laatste obstakels worden weggenomen.

Wat nu als het mededingingsrecht toch een obstakel vormt en er geen beroep kan worden gedaan op het ESH, het EVRM of het *Panhonlibco*-arrest? Op dat moment kan er nog een oplossing bestaan voor schijnzelfstandigen. Dit begrip is door het Hof van Justitie in *FNV Kiem* geïntroduceerd. Deze schijnzelfstandigen kennen dezelfde rechten als werknemers. Er zijn nog geen uitspraken over gedaan maar waarschijnlijk zullen zij veelal gebruik kunnen maken van dezelfde rechten als werknemers. Zo ook om een collectief actierecht te verkrijgen. Deze opvatting lijkt de Nederlandse rechter ook te volgen, deze schijn is in ieder geval gewekt in de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland.²⁰⁵ Helaas komt de rechtbank aan de beoordeling, of deze zelfstandige is aan te merken als schijnzelfstandige, niet toe nu aan de overige vereisten van artikel 6 lid 4 ESH niet is voldaan.

Terugkomend op de onderzoeksvraag: *Komt aan zzp’ers een collectief actierecht toe?* Nationale en Europese rechters en deskundigencomités hebben zich nog weinig uitgelaten over deze vraag. Mijn antwoord op deze vraag luidt in principe positief; ik denk dat er meerdere mogelijkheden zijn om te bewerkstelligen dat zzp’ers een stakingsrecht verkrijgen. De meest wenselijke optie is het om zzp’ers zich te laten beroepen op artikel 6 lid 4 ESH omdat dit artikel het meest duidelijk omschreven recht geeft. Over de toepassing van dit artikel is relatief veel bekend.

²⁰⁵ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.

Bijlage:

Literatuurlijst

Aerts 2007

M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht: de verhouding tussen juridische status en sociaal-economische positie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

Asser / Van den Berg 2017

M.A.M.C. van den Berg, *Aanneming van werk als species opdracht*, Asser/van den Berg 7-IV 2017/27.

Asser/ Heerma van Voss, 7-V 2008/467

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 7, Bijzondere overeenkomsten. Deel V**, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/ Sieburgh, 6-I* 2016/343

C.H. Sieburgh, *Mr. C Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6, Verbintenissenrecht. Deel I**, Deventer: Kluwer 2016.

Bakels / Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2013

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels' Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bakels / Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels' Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Barentsen & Sagel NJB 2016/1819

B. Barentsen & S. Sagel, 'Kroniek van het Sociaal Recht', *NJB* 2016/1819.

Beltzer & Hoogeveen, Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch

R.M. Beltzer & E.M. Hoogeveen, 'Europees Sociaal Handvest (herzien), artikel 6', *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch* (datum bijgewerkt: 05-10-2016).

Van den Berg, AR Updates 2016/47

L. van den Berg, annotatie bij: Kantonrechter Amsterdam 14-01-2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153 (X/PostNL Pakketten Benelux B.V.), *AR Updates* 2016/47.

Boonstra, ArbeidsRecht 2016/43

K. Boonstra, 'Onderhandelen voor afhankelijke zelfstandigen, de lessen van het arrest C-413/13 FNV Kiem/ de Staat der Nederlanden', *Arbeidsrecht* 2016/43.

Boot, *ArbeidsRecht* 2015/14

G.C. Boot, 'Groen Schroeven op losse schroeven?', *ArbeidsRecht* 2015/14.

Boot, *TRA* 2016/44

G.C. Boot, 'Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter', *TRA* 2016/44.

Bungener, *SMA* nr. 11/12

A.F. Bungener, 'Het recht op collectieve actie voor zelfstandigen; de tandarts op de blokken!', *SMA* nr. 11/12.

Council of Europe, Committee of independent experts on the European Social Charter 1969/70

Council of Europe, *Committee of independent experts on the European Social Charter. Conclusions I*, Strasbourg: 1969/70.

Donders, *AA* 2014/04

Y.M. Donders, 'Europa's voorvechter van economische en sociale rechten. Het Europees Comité voor Sociale Rechten', *AA* 2014/04.

Dorssemont, *ArA* 2006/2

F. Dorssemont, 'De vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM, méér dan een sequeel van de vrijheid van vereniging?', *ArA* 2006/2.

Dorssemont, Lörcher & Schömann, 2013

F. Dorssemont, K. Lörcher & I. Schömann (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford: Hart Publishing 2013. Online via: https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_DorssemontEtAl-BOOK.pdf/5d38265a-55a1-487b-bd18-4d98d6f634b0.

Van Drongelen 2012

J. van Drongelen, *Collectief Arbeidsrecht deel 4. De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren daarvan*, Zutphen: Paris 2012.

Van Drongelen & Jacobs, *NJB* 2009, 1781

J. van Drongelen & A. Jacobs, 'Nieuwe vleugels voor de vakverenigingsvrijheid van art. 11 EVRM', *NJB* 2009, 1781.

Eijsbouts e.a. 2010

W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen deel. Sinds het verdrag van Lissabon*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

Eindrapport IBO Zelfstandigen zonder personeel 2015

IBO Zelfstandigen zonder personeel (rapport van april 2015), Den Haag: Ministerie van Financiën 2015.

Even, AR 2015-0666

J.H. Even, annotatie bij: Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015,
ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.

General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO 2012

General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in the light of the ILO, Geneve: ILO 2012.

GfK onderzoek drijfveren Nederlandse ondernemer 2015

Wat zijn de drijfveren van de Nederlandse ondernemer? Een onderzoek naar de voor- en nadelen van ondernemen (november 2015, onderzoek van GfK), GfK: 2015.

Grapperhaus, in: *T&C Arbeidsrecht*, artikel 6 ESH (herzien) (online versie)

Grapperhaus, ‘commentaar op regeling ESH (herzien)’, in: *T&C Arbeidsrecht* (online laatst bijgewerkt: 01-07-2016).

Van der Grinten / Bouwens & Duk 2015

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Grosheide TRA 2015/99

E.F. Grosheide, ‘Overheid en sociale partners op wenkbrauwgesprek bij Europa’, *TRA* 2015/99.

Hansma in: *Arbeidsovereenkomst* (laatst bijgewerkt: 07-12-2016)

R. Hansma, ‘Artikel 6 ESH aantekening 3. Publiekrechtelijke aspecten’, in: *Arbeidsovereenkomst*. Deventer: Kluwer (online: laatst bijgewerkt 7 december 2016).

Hansma in: *Arbeidsovereenkomst* (laatst bijgewerkt: 07-12-2016)

R. Hansma, ‘Artikel 6 ESH aantekening 14. Politieke en andere niet tegen de werkgever gerichte stakingen’, in: *Arbeidsovereenkomst*. Deventer: Kluwer (online: laatst bijgewerkt 7 december 2016).

Heerma van Voss 2014

G.J.J. Heerma van Voss, ‘De invloed van het EU-recht op het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht’, in: *Serie Onderneming en Recht*, Deventer: Kluwer 2014.

Hommes, AR Staatskunde 1961

H.J. Hommes, ‘Het recht tot werkstaking en de vraag of een wettelijke regeling hiervan in ons rechtsstelsel wenselijk is’, *AR Staatskunde* 1961.

Hummel, *MRT* 2015, afl. 3

N. Hummel, 'Vrijheid van vakvereniging voor Europese militairen', *MRT* 2015, afl. 3.

Van Kooten, in: *Sdu Commentaar*, artikel 6:262 Burgerlijk Wetboek (online versie)

G.N. van Kooten, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 6 art. 262', in: *Sdu Commentaar* (online bijgewerkt: 21-10-2016).

Le Clercq, www.rtlz.nl 30 juni 2016

P. le Clercq, 'Kwart is noodgedwongen zzp'er', <http://www.rtlz.nl/business/carriere/> op: 30 juni 2016.

Leupen, *Financieel Dagblad* 17 juni 2016

J. Leupen, 'FNV omarmt de zzp'er', *Financieel Dagblad* 17 juni 2016.

Van Noort, *NRC* 28 oktober 2016

W. van Noort, 'Als je baas een app is', *NRC* 28 oktober 2016.

***NU.nl* 18 juli 2015**

'PostNL weer naar rechter om staking zelfstandige koeriers', *NU.nl* 18 juli 2015, www.nu.nl.

Pennings, *TRA* 2015/33

F.J.L Pennings, 'Schijnzelfstandigen: de sociale partners zijn nu aan zet', *TRA* 2015/33.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations ILO 2016

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part 1A), Geneve: ILO 2016.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations ILO 2017

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part 1A), Geneve: ILO 2017.

Rojer, *TRA* 2015/57

M. Rojer, 'Cao of geen cao, dat is de vraag', *TRA* 2015/57.

Rutten, *NJ* 1960/84

L.E.H. Rutten, annotatie bij: Hoge Raad 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panthonlibco*).

Schmahl, *TRA* 2010,3

B.A. Schmahl, 'Politieke staking, mag?!', *TRA* 2010,3.

SER-advies Zzp'ers in beeld 2010

Zzp'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel (advies oktober 2010, SER 10/04), Den Haag: SER 2010.

StatLine CBS 2017 Werkzame beroepsbevolking; positie in de werkkring

StatLine Centraal Bureau voor Statistiek, 'Werkzame beroepsbevolking; positie in de werkkring', CBS 14 februari 2017, van: <http://statline.cbs.nl/Statweb> (zoek op: werkzame beroepsbevolking).

Stege, Ondernemingsrecht 2001/13

A. Stege, 'Het recht op collectief onderhandelen en het mededingingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2001/13.

Oelen, Xpert HR 13 juni 2017

M. Oelen, 'Fiscus keert 35% modelovereenkomsten af', *Xpert HR* 13 juni 2017, <https://www.xperthraactueel.nl> (zoek op: modelovereenkomst).

Van de Wiel, Vrij Nederland 17 augustus 2016

C. van de Wiel, 'Waarom het succes van de Deliveroo-staking een beetje hoop geeft', www.vn.nl op: 17 augustus 2016.

Wirtz 2006

M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht Universiteit), Deventer: Kluwer 2006.

Witteman & De Haan, Volkskrant 27 januari 2016

J. Witteman & M. de Haan, 'Zzp'er aan de top óf onderaan de inkomenspiramide', *Volkskrant* 27 januari 2016.

Wolters 2013

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013.

Jurisprudentie

Hof van Justitie EU

Hof van Justitie EU 3 juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

Hof van Justitie EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161.

Hof van Justitie EU 18 juni 1998, ECLI:EU:C:1998:303.

Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*).

Hof van Justitie EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Blokken*).

Hof van Justitie EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*).

Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (*National Union of Belgian Police/ Belgium*).

EHRM 6 februari 1976, 5589/72 (*Schmidt & Dalström / Sweden*).

EHRM 10 januari 2002, 53574/99 (*Unison / United Kingdom*).

EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara / Turkey*).

EHRM 21 april 2009, 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen / Turkey*).

Hoge Raad

Hoge Raad 31 januari 1919, NJ 1919/161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum / Cohen*).

Hoge Raad 11 november 1937, NJ 1937/1096 (*Kolynos*).

Hoge Raad 13 december 1957, NJ 1958/35.

Hoge Raad 15 januari 1960, NJ 1960/84, m.nt L.E.H. Rutten (*Panhonlibco*).

Hoge Raad 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*).

Hoge Raad 6 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4535.

Hoge Raad 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0173.

Hoge Raad 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0424.

Hoge Raad 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2309 (*Streekvervoer*).

Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schroevers*).

Hoge Raad 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG435.

Hoge Raad 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618 (*Douwe Egberts*).

Hoge Raad 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444 (*Van der Male / Den Hoedt*).

Hoge Raad 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935 (*Beurspromovendi*).

Hoge Raad 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*).

Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1678 (*Amsta*).

Hoge Raad 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (*Logidex*).

Gerechtshof

Hof Amsterdam 13 april 1972, ECLI:NL:GHAMS:1972:AC2988.

Hof 's-Gravenhage 2 juli 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR5339.

Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:979.

Hof 's-Gravenhage 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam (pres.) 27 maart 1958, *NJ* 1958/245.
Rechtbank Rotterdam (pres.) 2 oktober 1962, *NJ* 1962/371.
Rechtbank 's-Gravenhage (pres.) 13 januari 1964, *NJ* 1964/34.
Rechtbank 's-Gravenhage 10 februari 1966 *NJ* 1966/148.
Rechtbank Utrecht (pres.) 6 juni 1969, ECLI:NL:RBUTR:1969:AB7218.
Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.
Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226.
Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230.
Kantonrechter Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232.
Kantonrechter Amersfoort 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85.
Kantonrechter Amersfoort 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103.
Kantonrechter 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81.
Kantonrechter 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83.
Kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2015:152.
Kantonrechter Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2015:153.