

ANNOTATIE

# Hoppen en trade union of AB Amber Grid employees t. Litouwen (EHRM, 976/20) – Bewijslastverdeling bij onderscheid naar syndicale overtuiging

*Prof. Dr. F. Dorssemont*

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 17-01-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD000097620 (EHRC-2023-0047)*

## **De wijsheid van de Internationale Arbeidsorganisatie**

1. De vrijheid van vakvereniging wordt door twee zogeheten ‘fundamentele’ IAO-verdragen gewaarborgd (IAO Conventies nrs. 87 en 98). Ze gaan aan het EVRM vooraf. Aangezien de vrijheid van vakvereniging en de vrijheid van collectief overleg opgenomen werden in de zogeheten *Declaration of fundamental principles and rights at work* (1998), houdt het lidmaatschap van de IAO een constitutionele verplichting in om deze grondrechten zoals ze zijn uitgewerkt in deze verdragen te respecteren. De vraag of een Staat die verdragen heeft geratificeerd is niet relevant.[1]

2. In artikel 2 van de IAO Conventie nr. 98 (*Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)*) valt te lezen:

*‘1. Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment.*

*2. Such protection shall apply more particularly in respect of acts calculated to--*

(a) make the employment of a worker subject to the condition that he shall not join a union or

shall relinquish trade union membership;

(b) cause the dismissal of or otherwise prejudice a worker by reason of union membership or because of participation in union activities outside working hours or, with the consent of the employer, within working hours.'

Deze bepaling moet mijns inziens worden onderscheiden van het beginsel dat de vrijheid van vakorganisatie zonder onderscheid moet worden erkend. Dit beginsel wordt namelijk door artikel 2 van de IAO Conventie nr. 87 gewaarborgd.[2]

3. In de hier besproken zaak staat deze cruciale bescherming centraal. De vrijheid om lid te worden van een vakvereniging blijft immers een dode letter indien een ontslag dat werd ingegeven door de participatie van een lid in de vakbondsactiviteiten niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De verzoekende partij, de heer Hoppen, is niet zomaar een doorsnee lid. Hij behoorde tot de oprichters van een louter op ondernemingsvlak actieve vakbond. Hij schopte het tot het voorzitterschap van die vakbond en was rechtstreeks betrokken bij het cao-overleg tussen de vakbond en zijn eigen werkgever. Op 26 juni 2019, uitgerekend gedurende de cao-onderhandelingen, wordt de man evenwel ontslagen. Na een zeer complexe administratiefrechtelijke en civielprocesrechtelijke saga in maar liefst negen bedrijven, voorafgaand aan en volgend op dit ontslag, klagen Hoppen en zijn vakbond de Litouwse Staat aan wegens schending van de vakverenigingsvrijheid, het recht op behoorlijke rechtspleging én het gelijkheidsbeginsel in verband met het genot van de EVRM-vrijheden (artikel 14 jo. artikel 11 EVRM).

4. De noodzaak om een lid van een vakvereniging tegen een discriminatoir ontslag te beschermen doet zich des te sterker gevoelen, indien dit lid, zoals de heer Hoppen, een mandaat heeft om werknemers te vertegenwoordigen. Artikel 1 van de IAO Conventie nr. 135 is op deze specifieke situatie van toepassing. Dit artikel stelt:

*'Workers' representatives in the undertaking shall enjoy effective protection against any act prejudicial to them, including dismissal, based on their status or activities as a workers' representative or on union membership or participation in union activities, in so far as they act in conformity with existing laws or collective agreements or other jointly agreed arrangements.'*

### **De bewijslast**

5. De zaak *Hoppen* is relevant om dat het Hof hier een *kans* kreeg om de contouren te schetsen van het verbod van discriminatie op het vlak van vakbondslidmaatschap, inzonderheid ten aanzien van een persoon die actief deelnam aan de vakbondswerking én de verdediging van werknemersbelangen als werknemersvertegenwoordiger in de onderneming van zijn werkgever. Het gaat hier eigenlijk niet over de vraag of het Litouwse recht de vrijheid van

vakvereniging *zonder enig onderscheid* verzekerde, maar over de vraag of het Litouwse recht *in casu* de vrijheid van vakvereniging überhaupt afdoende verzekerde door de heer Hoppen te beschermen tegen een discriminatoir ontslag gebaseerd op zijn vakbondslidmaatschap. Om dit uit te maken, volstaat mijns inziens de toets aan artikel 11 EVRM. Men zou het ook anders kunnen uitdrukken. Zelfs indien men artikel 14 EVRM morgen zou afschaffen, kan discriminatie op basis van iemands syndicale overtuigingen een schending opleveren van artikel 11 EVRM. Hetzelfde is mijns inziens het geval voor discriminatie op basis van iemands religieuze overtuiging. Indien iemand ten onrechte op basis van die overtuiging wordt ontslagen, ligt een schending van artikel 9 EVRM voor. Daaraan doet geen afbreuk dat een discriminatoir ontslag impliceert dat niet alle werknemers op gelijke wijze het genot wordt verschaft van de vakverenigingsvrijheid. Werknemers die géén lid zijn worden immers niet ontslagen en werknemers die wel lid zijn, lopen dit risico veel minder. Het Hof geeft niettemin artikel 14 EVRM een prominente plaats en plaatst zijn beoordeling in de sleutel van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 11 EVRM.

6. Het vraagstuk van de discriminatie raakt de individuele dimensie van de vrijheid van vakvereniging. Het gaat primair over de vrijheid van een burger om lid te worden van een vakvereniging, zonder te moeten vrezen om blootgesteld te worden aan vormen van intimidatie. Aantastingen van die individuele vrijheid raken evenwel ook de vakvereniging zelf in haar kern. Blijkens artikel 11 EVRM geldt de vakverenigingsvrijheid ter verdediging van de belangen van werknemers. Indien werknemers die deel uitmaken van het bestuur van een vakbond en die op ondernemingsvlak de belangen van werknemers als hun vertegenwoordigers behartigen, willekeurig kunnen worden ontslagen omwille van hun syndicale overtuigingen, kan een vakbond haar missie niet meer behartigen. Dergelijke intimidaties werken ontradend en andere werknemers zullen wel twee keer nadenken vooraleer zich te engageren. Een beetje intelligente werkgever, hakt de kop van de vakbond af en ontdoet zich van de ‘volksmenners’; de rest begrijpt de boodschap dan wel.

### **De vroegere rechtspraak**

7. Nu maakt artikel 11 EVRM op zich geen gewag van discriminatie op basis van vakbondsovertuigingen. Het Hof heeft deze notie evenwel voor het eerst geïntroduceerd in het arrest *Danilenkov t. Rusland*. In de casuspositie die ten grondslag lag aan *Danilenkov t. Rusland* werden de leden van een bepaalde vakbond geconfronteerd met een praktijk van ‘harassment’ [3]. De leden werden overgeplaatst naar andere ploegen die, gelet op de vergoeding op basis van stukloon, financieel minder aantrekkelijk waren. Er werden onrechtmatige disciplinaire sancties getroffen, vakbondsleden werden onrechtmatig ontslagen en ze zakten in duistere omstandigheden voor examens in verband met arbeidsveiligheidsvoorschriften. In de mate waarin sprake was van een beleid tegen een bepaalde vakbond die meer actiebereid was, was

volgens het Hof sprake van een schending van de syndicale gelijkheid. Het Hof kon geen genoegen nemen met het feit dat dergelijke praktijken slechts langs strafrechtelijke weg konden worden beteugeld: *'(...) the principal deficiency of the criminal remedy is that, being based on the principle of personal liability, it requires proof "beyond reasonable doubts" of direct intent on the part of one of the company's key managers to discriminate against the trade-union members. Failure to establish such intent led to decisions not to institute criminal proceedings (...). Furthermore, the victims of discrimination have only a minor role in the institution and conduct of criminal proceedings. The Court is thus not persuaded that a criminal prosecution, which depended on the ability of the prosecuting authorities to unmask and prove direct intent to discriminate against the trade union members, could have provided adequate and practicable redress in respect of the alleged anti-union discrimination. Alternatively, the civil proceedings would allow fulfilling the far more delicate task of examining all elements of relationship between the applicants and their employer, including combined effect of various techniques used by the latter to induce dockers to relinquish DUR membership, and granting appropriate redress.'*[4]

Het Russische recht sloot een op bewijsrechtelijk vlak meer soepele civielrechtelijke sanctionering van de discriminatoire praktijken uit. Het Hof oordeelde dat Rusland daardoor tekortschoot in zijn verplichting werknemers adequaat te beschermen tegen dergelijke praktijken van syndicale discriminatie.

8. De introductie van het concept 'discriminatie' in de context van artikel 11 EVRM kan een vector zijn voor progressieve rechtsontwikkeling. Dit veronderstelt evenwel dat het slachtoffer naar het voorbeeld van het Europees recht kan volstaan met het bewijs van objectieve indicaties die in de richting van discriminatie wijzen. Indien die objectieve indicaties voorhanden zijn, is het aan de werkgever te bewijzen dat een onderscheiden behandeling die op een syndicale overtuiging en haar beleving berust, in de optiek van artikel 11 lid 2 EVRM bij wet is voorgeschreven, aan een daarin geformuleerd rechtmatig doel beantwoordt en proportioneel is.

9. In *Danilenkov* verzette het Hof zich slechts tegen de maat van een strafrechtelijk bewijs 'beyond reasonable doubt'. Van een noodzaak om van het slachtoffer een omkering van bewijslast te gunnen was niet duidelijk sprake. Impliciet werd die gedachte wel geformuleerd in een *obiter dictum* dat als volgt werd geformuleerd: *'The Court also refers to the findings of the Kaliningrad Regional Duma (see paragraph 51 above) and the ILO Committee on Freedom of Association (see paragraph 108 above) to the effect that the question of anti-union discrimination was reasonably raised by the applicants. It therefore agrees that the clear negative effects of DUR membership on the applicants were sufficient to constitute a prima facie case of discrimination in the enjoyment of the rights guaranteed by Article 11 of the Convention.'*[5]

10. Hoewel het ontslag van een integraal vakbondsbestuur in een andere eerdere zaak, *Aguilera Jimenez*, een evidente indicatie opleverde van discriminatie wegens vakbondsovertuigingen, weigerde het Hof in die zaak te besluiten tot een schending van artikel 11 EVRM.[6] De Spaanse rechter had geoordeeld dat er geen aanwijzingen waren dat het ontslag door een 'directe intentie' was ingegeven om de vrijheid van vakvereniging te schenden. Het Hof lijkt daar vrede mee te nemen. Nu is het bewijs van intenties een bijna onmogelijke opgave. In beroep oordeelde de Grote Kamer in dezelfde zaak dat het ontslag onmogelijk kon ingegeven zijn door het lidmaatschap van de vakbond.[7] Het Hof reduceerde daardoor in strijd met zijn eigen rechtspraak de vakverenigingsvrijheid tot een lidmaatschapskwestie. In de praktijk zal de deelname aan een vakbondsactie of door engagement in de vakbond eerder de toorn van de werkgever opwekken. Het onderscheid tussen beide is ongelukkig en miskent dat de effectieve verdediging van werknemersbelangen een essentieel onderdeel vormt van de vrijheid van vakvereniging. In een onderzoek van discriminatie, zijn 'intenties' mijns inziens niet relevant.

11. In het arrest *Tek Gıda İş Sendikası t. Turkije* oordeelde het Hof wel dat sprake was van een duidelijke intentie om werknemers wegens vakbondslidmaatschap te ontslagen.[8] Uit het feitencomplex bleek dat een werkgever de werknemers van een niet als representatief erkende vakbond de keuze bood tussen ontslag of een beëindiging van het lidmaatschap.

12. Het gebruik van het woord intentie is om tal van redenen problematisch. Allereerst levert de suggestie dat men een intentie moet aantonen een onoverkomelijke bewijsbarrière op. Intenties zijn bovendien vreemd aan de syntaxis van de notie discriminatie.

13. In een meer recent arrest, *Zakharavo e.a. t. Rusland* werden drie leden van een alternatieve vakbond die moeilijk aansluiting vond bij een sectorale bot geconfronteerd met een salarisverlaging en uiteindelijk met een ontslag.[9] Het Hof oordeelde toen dat uit de sequentie van de feiten, uit de omstandigheid dat leidende vakbondsleden werden getroffen, kon worden afgeleid dat er *prima facie* sprake was van discriminatie. Dit arrest poneert duidelijker dan de vorige dat er een verdeling van de bewijslast geldt. Indien objectieve indicaties van discriminatie aangetoond worden, is het aan de werkgever om aan te tonen dat het ontslag gerechtvaardigd kon worden. Het woord intentie duikt evenmin op.

### **De bewijslastverdeling in Hoppen**

14. De vraag rijst wat het hier besproken arrest nu aan verduidelijking heeft opgeleverd. Het Hof hamert in zijn analyse op de noodzaak dat van klagers niet kan worden geëist dat zij hun stelling van discriminatoire behandeling moeten staven boven de maatstaf van een 'prima facie' geval van ongelijke behandeling naar vakbondslidmaatschap. Het hekelt om die reden

de benadering waarvan de bestuursrechtelijke instanties in de saga blijken zouden hebben gegeven. Het neemt ook aanstoot aan het standpunt van het Litouws Hooggerechtshof in een mijlpaalarrest dat geen deel uitmaakt van de saga.[10] In dit mijlpaalarrest had het Hooggerechtshof namelijk te kennen gegeven dat de verdeling van de bewijslast zich enkel opdrong in zoverre discriminaties onderzocht moesten worden die onder de toepassing vielen van de bekende Europese richtlijnen 2000/43 en 2000/78. Het EHRM geeft te kennen dat het met deze benadering geen vrede neemt. Dat die richtlijnen op zich weinig garanties bieden, is niet zo verrassend. Ze werden vastgesteld op basis van een bevoegdheidsbepaling die de Unie niet uitdrukkelijk machtigt om discriminatie op basis van syndicale overtuigingen te beteugelen. Een recente richtlijn vormt daarentegen wel een eerste stapsteen naar een betere bescherming van vakbondsvertegenwoordigers. Zo bepaalt artikel 4.1. c) van Richtlijn (EU) 2022/2041 van 19 oktober 2022 betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie dat lidstaten *‘maatregelen moeten nemen, waar nodig, om de uitoefening van het recht op collectieve onderhandelingen over de loonvaststelling te beschermen alsook om werknemers en vakbondsvertegenwoordigers te beschermen tegen handelingen die hen discrimineren met betrekking tot hun werk op grond van het feit dat zij deelnemen of wensen deel te nemen aan collectieve onderhandelingen over de loonvaststelling.’*

Niettegenstaande het opmerkelijk is dat deze bepaling die de vakverenigingsvrijheid beschermt kon worden aangenomen op basis van de Titel over Sociale Politiek die regulering over de vrijheid van vereniging uitdrukkelijk uitsluit, blijft het betreuenswaardig dat op geen enkele wijze wordt verduidelijkt hoe de bewijslastverdeling er in een dergelijk scenario moet uitzien.

15. Het Hof voor de Rechten van de Mens geeft te kennen dat het niet bij machte is na te gaan of de administratieve rechters zich deze benadering hebben toegeëigend, die het nochtans oplegt.[11] Het was dan ook logischer geweest als het alleen al om die reden een dikke onvoldoende had gegeven aan de behandeling van de zaak door diezelfde administratieve rechters. Het Hof ontwijkt die kritiek en meent die zelf te kunnen ontzenuwen in de hiernavolgende overweging: *‘In such circumstances, the Court considers that it is not necessary to determine whether the administrative courts followed the principles of the distribution of the burden of proof established by the Court’s case-law, because in any event, the applicants failed to present a prima facie case of discrimination, and there were no grounds to shift the burden onto the employer.’*[12]

Die overweging is niet glashelder. Het is van tweeën één: ofwel volgt men de beginselen van de verdeling van de bewijslast, ofwel volgt men die niet. Indien men die volgt, moet men nagaan of er een *fumus boni iuris* is, dus of er indicaties zijn van onrechtmatigheid. Het Hof oordeelt dat die er niet waren en dat de klager er niet in slaagde om de onrechtmatigheid van

het ontslag aan te tonen. Door aan te geven dat de Litouwse rechters die logica hebben gerespecteerd, gaat het Hof dus wel degelijk na of de logica van de verdeling van de bewijslast werd gevolgd.

16. Wat mij evenwel onbegrijpelijk lijkt, is hoe men in de onderhavige zaak redelijkerwijze tot een oordeel kan komen dat er geen aanwijzingen bestonden van een discriminatoir ontslag dat werd ingegeven door het syndicaal engagement van de betrokkene. Het komt me voor dat er toch wel wat knipperlichten dienden te flikkeren. Zij hebben precies te maken met de indicaties die het Hof in *Zakharova e.a. t. Rusland* zo belangrijk vond: de hoedanigheid van het vermeende slachtoffer en de sequentie van de feiten. Nogmaals: het ging nota bene over de persoon die de vakbond had opgericht, die de vakbond voorzat en die de onderhandelingen leidde.

17. Het Hof lijkt me in de daaropvolgende passages eveneens die lat van indicaties veel te hoog te leggen, waar het wijst op het fundamenteel onderscheid tussen deze zaak en de arresten *Danilenkov* en de zaak *Zakharova*. Het Hof zoekt die verschillen in het feit dat in die zaken de attitude van de werkgever tot het uitschakelen zelf van de vakbond heeft geleid en dat er sprake was van een massale en collectieve 'liquidatie' van vakbondsmilitanten. Opnieuw wordt te veel aandacht besteed aan intenties. Een dergelijke benadering miskent mijns inziens bovendien dat de discriminatie van ook maar één vakbondslid er één te veel is. Ze raakt primair aan de individuele dimensie van de vakverenigingsvrijheid. Het is overigens ook onbegrijpelijk omdat dit lid toevallig wel de voorzitter is en het gezicht van de vakbond. Wie de lat voor een *prima facie* bewijs zo hoog legt, verlangt eigenlijk dat men geen rook, maar het verwoestende vuur bewijst.

Prof. Dr. Filip Dorssemont

Université Catholique de Louvain

[1] M. Morsa, *L'Organisation internationale du Travail*, Limal, Anthemis, 2021, 173

[2] Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.

[3] *Danilenkov t. Rusland*, EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01, ECLI:CE:ECHR:2009:0730JUD006733601, «EHRC» 2009/113.

[4] *Danilenkov*, reeds aangehaald (noot 4), par. 134.

[5] *Danilenkov*, reeds aangehaald (noot 4), par. 131.

[6] *Aguilera Jimenez t. Spanje*, EHRM 8 december 2009, nrs. 28389/06 28955/06 28957/06 en 28959/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD002838906, «EHRC» 2010/22 m.nt. F. Dorssemont en D. Voorhoof).

[7] *Danilenkov*, reeds aangehaald (noot 4), par. 130.

[8] *Tek Gıda İş Sendikası t. Turkije*, EHRM 4 april 2017, nr. 35009/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0404JUD003500905, «EHRC» 2017/124 m.nt. F. Dorssemont.

[9] *Zakharova e.a. t. Rusland*, EHRM 8 maart 2022, nr. 12736/10, ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD001273610, *EHRC Updates* 2022/90.

[10] *Hoppen*, par. 231.

[11] *Hoppen*, par. 231

[12] *Hoppen*, par. 237.