

Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?

Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers



VERENIGING VOOR
ARBEIDSRECHT

Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 33

Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?

Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers

KLUWER 

Deventer - 2004

Aanbevolen citeertitel
Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?,
Reeks VvA 33 Deventer 2004

Secretariaat VvA
Postbus 132, 3440 AC Woerden, tel.: 06 51108682, fax: 0348-434701

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Noorwegen

ISBN 90 130 1659 6

© 2004, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veelevoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Inhoudsopgave

Voorwoord	vii
Lijst met afkortingen	ix
1 INLEIDING	1
2 HET ESH EN HET NEDERLANDS RECHT	9
3 DE NORM VAN HET ESH	21
3.1 Art. 6 lid 4: recht op collectieve acties in geval van belangengeschillen	23
3.1.1 De ‘jurisprudentie’ van het ESH-Comité	23
3.1.2 Het dispuut in Nederland	26
3.1.3 De Nederlandse rechter	32
3.1.4 Conclusie	37
3.2 Collectieve acties in het kader van collectieve onderhandelingen	40
3.3 De aard van de inzet van de staking	45
3.3.1 Redelijk doel, aanvaardbare inzet	46
3.3.1.1 Vredesplicht	50
3.3.1.2 De overheid als ‘doelwit’	51
3.3.1.3 Solidariteitsacties	58
4 BEPERKINGEN OP HET RECHT	61
4.1 Spelregeltoetsing	63
4.1.1 Ultimum remedium	63
4.1.2 Aanzegging	83
4.2 Proportionaliteit	88
4.2.1 Art. 31 ESH	89
4.2.1.1 Bepanking ‘bij wet’ en in een democratische samenleving noodzakelijk	91

4.2.1.2	Specifieke beperkingsgronden: ‘openbare orde’, ‘volksgezondheid’ en ‘rechten en vrijheden van anderen’	95
	4.2.1.2.1 Openbare orde	95
	4.2.1.2.2 Volksgezondheid	97
4.2.2	Rechten en vrijheden van anderen	97
4.2.2.1	De ‘leer’ van het ECSR	98
4.2.2.2	De Nederlandse rechtspraktijk	101
4.2.2.3	Het begrip ‘derde’	103
4.2.2.4	Belangen en schade	106
4.2.3	Proportionaliteit van het middel en het doel . . .	113
4.2.3.1	Schade ‘bestaakte’ werkgever.	115
4.2.3.2	Schadebeperkende maatregelen	118
4.2.3.3	Afwijkende actievormen	118
4.2.3.4	‘Besmet werk’	125
4.2.3.5	Essentiële diensten.	127
4.3	Misbruik.	128
5	CONCLUSIES	135
5.1	Art. 6 lid 4 ESH	137
	5.1.1 Belangengeschil.	137
	5.1.2 Staking als ultimum remedium.	139
	5.1.3 Toetsing aan algemene privaatrechtelijke normen	141
5.2	Toelaatbare beperkingen	143
	5.2.1 Rechten en vrijheden van derden; algemeen belang; schade van derden	144
	5.2.2 Waarborging van essentiële diensten	149
	Literatuurlijst.	157
	Rechtspraakregister	165

Voorwoord

Het collectieve actierecht – of liever en toch duidelijker: het Stakingsrecht – mag veelal op belangstelling rekenen in hetere tijden, waarin overleg tussen werkgevers en vakbonden doodloopt en slechts de rechter – voor even – een oplossing mag bieden. De ontwikkeling ervan vindt evenwel plaats in rustiger tijden. Het bestuur van de Vereniging voor Arbeidrecht (VvA) achtte het in het kader van een thematische behandeling van veranderingen in het arbeidsrecht van belang om in 2002 ook aan het stakingsrecht aandacht te besteden. Het bestuur vond prof.mr. A.Ph.C.M. Jaspers bereid de eerste streken te zetten in een lezing in Rotterdam. De Utrechtse hoogleraar heeft thans in dit boek (in de reeks van de geschriften van de VvA) een zeer compleet beeld geschilderd van de ontwikkelingen die het stakingsrecht in het kader van het ESH heeft doorgemaakt. Jaspers bepleit met een aansprekende argumentatie dat de Nederlandse rechters het ESH op bepaalde onderwerpen binnen het Nederlandse stakingsrecht meer moeten durven laten doorklinken en toepassen. Een uitdaging waarvoor zij wellicht sneller dan meestal kan worden voorzien komen te staan nu, voor het eerst sinds geruime tijd, op groter schaal acties zich aankondigen na het mislukte overleg tussen de sociale partners over prepensioen. Dit boek verdient het zeker snel ter hand te worden genomen.

J.J.M. de Laat
Voorzitter VvA

Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
ACR	Alternative Conflict Resolution
Adv.bl.	Advocatenblad
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundes-Arbeitsgericht
BVerfG	Bundes-Verfassungsgericht
BW	Burgerlijke Wetboek
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations
CFA	Committee on Freedom of Association
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
ECSR	Europees Comité voor Sociale Rechten
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
ESC	European Social Charter (zie ESH)
ESH	Europees Sociaal Handvest (zie ESC)
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
G- en G-sector	gesubsidieerde en gepremieerde sector
GvEA Aruba	Gerecht van Eerste Aanleg van Aruba
HESH	Herzien Europees Sociaal Handvest
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ NA	Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
ILJ	International Law Journal
ILO	International Labour Organization
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten

LIJST MET AFKORTINGEN

JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
KG	Kort Geding
MvT	memorie van toelichting
n.n.g.	nog niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Nieuw Juridisch Weekblad
OK	Ondernemingskamer
OR	ondernemingsraad
PG	Procureur Generaal bij Hof EG/Hoge Raad
Prg.	De Praktijkgids
Rb.	rechtbank
RESC	Revised European Social Charter
RvdW	Rechtspraak van de Week
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TSR	Tijdschrift voor Sociaal Recht
UN	United Nations
VN	Verenigde Naties
WAADI	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wet CAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WOR	Wet op de ondernemingsraden
ZW	Ziektewet

1 Inleiding

De meest recente conclusies van de European Committee of Social Rights (het vroegere Committee of Independent Experts of the European Social Charter¹) mogen dan weinig aandacht hebben gehad in de publieke opinie, de impact op het recht op collectieve acties in ons land kan wel eens groot zijn.² Na geconstateerd te hebben dat de Nederlandse rechter bij de uitleg van art. 6 lid 4 ESH aan de conclusies van het Comité veel gezag pleegt toe te kennen, vraagt Bloemarts zich in 2002 in een korte toelichting op het XIVde rapport van het Comité terecht af: ‘Wie is niet benieuwd hoe dit ten aanzien van de hier besproken conclusie van het comité zal uitpakken?’³

Vormt dit oordeel van het Comité al een goede aanleiding om het Nederlandse stakingsrecht weer eens tegen het licht te houden, er zijn meer redenen om, gegeven de veranderingen die zich de laatste jaren in de arbeidsverhoudingen in ons land hebben voorgedaan, het recht op collectieve acties onder de – juridische – loep te nemen. Het zijn ontwikkelingen die de opvattingen over het stakingsrecht en de uitoefening ervan niet ongemoeid hebben gelaten en waarvoor de praktijk van het stakingsrecht ook niet ongevoelig is gebleken. Individualisering heeft ook op dit vlak gevolgen gehad, al was het maar dat collectieve belangen en de behartiging daarvan door de traditionele vakorganisaties als vertegenwoordigers van de werknemers niet meer zo vanzelfsprekend zijn. De binding met en de verbondenheid in derge-

- 1 In 1999 werd de naam van het Comité gewijzigd zonder overigens de taken van het Comité te veranderen. De reden voor de naamsverandering was erin gelegen om wat meer aan te sluiten bij vergelijkbare organen bij de Raad van Europa op het terrein van mensenrechten waar het gaat om de supervisieorganen. Het ESH is immers direct gelieerd aan het EVRM.
- 2 Ik zal hieronder, om wat variatie in de tekst te houden, de woorden stakingsrecht en recht op collectieve acties door elkaar gebruiken ter aanduiding van het fenomeen in het algemeen. Wanneer het van belang is preciezer te zijn, omdat het erop aankomt of we het hebben over staking of over andere vormen van collectieve acties, gebruik ik bewust de specifieke term.
- 3 J. Bloemarts, ‘ESH Deskundigencomité spreekt zich uit over het stakingsrecht in Nederland’, *SMA* 2002, p. 498 e.v.

lijke organisaties lijkt minder geworden en daarmee boet de collectiviteit als machtsgroepering met een gezamenlijke doelstelling en gelijklopende belangen aan betekenis in. Als gevolg van deze grotere diversiteit is er een soort proliferatie van belangengroepen opgetreden. Maar ook binnen vakorganisaties lopen belangen van groepen en individuen niet meer zo gelijk op. Deze ontwikkeling uit zich in het verschijnsel decentralisatie van de arbeidsverhoudingen en van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Belangengroepen vormen zich op kleinere schaal en treden ook als zodanig naar buiten, ook in arbeidsconflicten. De ‘personeelscollectieven’ die bij de acties bij de NS in 2001 op de voorgrond traden, zijn daarvan een voorbeeld, evenals recentelijk de acties van grondpersoneel van KLM op Schiphol.⁴

Een andere ontwikkeling die men kan ontwaren, is de sterkere publieke reactie op het hanteren van collectieve-actiemiddelen. Dat heeft te maken met het feit dat acties vaak plaatsvinden in de sector van de (publieke) dienstverlening, althans dienstverlening waarmee het publiek direct te maken heeft en waarvan het bij stagnatie ervan vanwege de acties op z’n minst last en hinder, zo niet schade ondervindt. In een steeds ‘gesmeerder en sneller draaiende’ samenleving wordt ongestoorde dienstverlening, onmiddellijke consumptie, dus op het tijdstip waarop de klant het wil, een ‘verworven recht’. Daarop inbreuk maken door acties ter behartiging van de belangen van een groep, of om het in andere termen te gieten: om het eigen belang (van de groep) na te jagen, wordt niet snel en gemakkelijk geaccepteerd. Dergelijke acties, of ze nu door werknemers, boeren of geneesheren worden gevoerd⁵, liggen publiek heel gevoelig. Al gauw wordt beweerd dat ‘men’ door de acties schade lijdt, wat niet meer hoeft in te houden dan dat men niet wordt bediend op de wijze die men ver-

4 Zie over de Zutphense collectieven (Rb. Zutphen 20 maart 2001, *JAR* 2001/65); en over de acties op Schiphol in 2002 (Rb. Amsterdam 27 juli 2002, *JAR* 2002/185). In de Rotterdamse en Amsterdamse havens waren deze fenomenen al langer bekend. In de geschiedenis van het stakingsrecht zijn – spontane – actiegroepen van havenarbeiders geen onbekenden. Zie J.H.A. van der Velden, *Stakingen in Nederland*, Amsterdam 2000 (IISG/IIWI), p. 155-159.

5 Behalve acties in het openbaar vervoer en in de transportsector vormen acties van protesterende boeren voor het ministerie in Den Haag of op wegen in het land daarvan voorbeelden. Maar ook acties van huisartsen, tandartsen en specialisten in ziekenhuizen vallen hieronder. Zie over acties in laatstgenoemde sector A.F. Bungener, ‘Het recht op collectieve actie voor zelfstandigen; de tandarts op de blokken!’, *SMA* 2002, p. 555 e.v. De beoordeling van de geoorlooftheid van dergelijke acties is sterk geënt op de stakingsrechtspraak.

wacht.⁶ Dit heeft er ook toe geleid dat anders dan in het verleden niet alleen werkgevers die met een stakingsactie werden bedreigd, zich via de rechter probeerden veilig te stellen door een verbod van de acties te vragen omdat zij zelf schade leden, maar nu ook ‘derden’, meestal organisaties die klanten en consumenten vertegenwoordigen, steeds vaker in rechte optreden om stakingen te breken. Ook rechters die geroepen worden om over de rechtmatigheid van dergelijke acties te oordelen, krijgen met die toegenomen gevoeligheid te maken. De vraag rijst in hoeverre zij daarmee rekening houden of zouden moeten houden. De rechtspraak laat zien dat zij voor die druk niet immuun zijn.

Een ander aspect van deze ontwikkeling is de legitimiteitsvraag. Deze vraag wordt niet alleen in de rechtszaal gesteld maar ook in de samenleving: zijn collectieve acties georganiseerd door vakbonden of andere – vaak kleine, categoriaal georganiseerde – belangengroeperingen, gelet op de gevolgen voor het publiek nog wel te rechtvaardigen? Waar halen deze organisaties hun legitimiteit vandaan? Voor een analyse van het recht met betrekking tot collectieve acties kan men ook om dergelijke kwesties niet heen lopen. Het recht zal er ook rekening mee moeten houden.

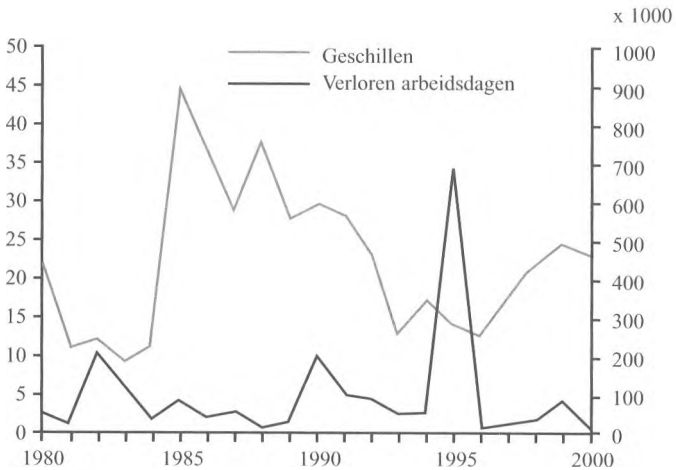
Aan de andere kant slaat het recht zijn piketpaaltjes. Met de goedkeuring en ratificatie van het Europees Sociaal Handvest heeft Nederland aanvaard dat het recht op collectieve acties een fundamenteel sociaal recht is dat erkend moet worden in de context waarin het is vervat. Dat betekent dat het als recht van werknemers is toegekend want dat is het kader waarin het Handvest het heeft gegoten.⁷ Van-

6 Dat houdt direct verband met de grote nadruk die in het algemeen op ‘klantgerichtheid’ wordt gelegd. Men zou ook kunnen zeggen dat ook op dit terrein het ‘consumentisme’ heeft toegeslagen.

7 Men kan zich dan ook afvragen of er reden is de regeling van het ESH ook toe te passen op andere collectieve acties, zoals van zelfstandigen, ook al bestaat er een zekere vergelijkbaarheid. Het ESH heeft dit recht in de context van de afhanke-lijke beroepsbevolking toegekend. Dat de ESH-regeling analoog wordt toegepast, hoeft niet bezwaarlijk te zijn. In andere internationale verdragen met sociale grondrechten zoals de IAO-Verdragen, maar ook het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) is het recht op collectieve acties ook direct of indirect erkend. In het EU-Charter van fundamentele rechten dat op de top van Nice is totstandgekomen en dat tot basis dient van de nieuwe Europese Constitutie die in de maak is, is dit recht eveneens opgenomen. In het huidige EG-Verdrag is dit onderwerp uitgesloten van regelgevende bevoegdheid: art. 137 lid 6 EG-Verdrag.

wege de betekenis van het ESH voor het Nederlandse stakingsrecht, zal ik bij deze catalogus expliciet stilstaan.

Als men op het relatief grote aantal rechterlijke uitspraken afgaat, kan men moeilijk constateren dat in ons land stakingsconflicten geen *hot item* zijn, en zeker niet alleen vanuit juridisch perspectief. Zet men dat evenwel af tegen het aantal stakingen en het aantal verloren gegane arbeidsdagen ten gevolge van stakingen, dan kan men anderszits nauwelijks volhouden dat we hier met een belangrijk, de nationale economie bedreigend fenomeen te maken hebben, zo blijkt uit de hier afgedrukte grafiek.



Werkstakingen in de periode 1980-2000

(© Centraal Bureau voor de Statistiek, Voorburg/Heerlen, 2002).

In de jaren 1998-2002 gingen er respectievelijk 30 000, 75 000, 9400, 45 000 en 245 500 arbeidsdagen ten gevolge van stakingen verloren, terwijl het aantal werkstakingen weinig variatie kende, tussen 24 en 16 per jaar.

Het gemiddeld aantal verloren gegane arbeidsdagen over de jaren 1980-2002 bedraagt 94 000.

	Onderwerpen	Geschillen	Verloren arbeidsdagen	Betrokken werknemers
Diverse kenmerken	Perioden	Absoluut	x 1000	
Totaal werkstakingen	1999	24	75,8	58,9
	2000	23	9,4	10,3
	2001	16	45,1	37,4
	2002	16	245,5	28,6

Aantal geschillen, verloren gegane arbeidsdagen en betrokken werknemers
(© Centraal Bureau voor de Statistiek, Voorburg/Heerlen, 2004).

Interessant is ook de ontwikkeling die zich voordoet met betrekking tot de inzet van collectieve acties, de onderwerpen waarover acties gevoerd worden. Opmerkelijk is dat het aandeel van acties met een andere inzet dan ijveren voor betere (primaire) arbeidsvoorwaarden bij de onderneming of de sector waarin men werkt, sinds de jaren tachtig afneemt ten opzichte van acties tegen beleidsmaatregelen die van de werkgever of van de overheid uitgaan, maar die directe gevolgen hebben voor de onderneming(en).⁸ In de jaren tachtig en negentig van de twintigste eeuw heeft iets meer dan de helft van de acties betrekking op directe acties vóór betere of tégen verslechtering van arbeidsvoorwaarden, terwijl ongeveer 40% van de acties zich op genoemde beleidsmaatregelen richten.⁹

Het aantal zegt evenwel nog niet alles over de gevoeligheid van het onderwerp. De emoties kunnen hoog oplaaieren met name, zoals gezegd, wanneer het publiek er last van ondervindt, er althans gevoelsmatig last van ondervindt. Dan blijken er grote controverses te bestaan over de geoorloofdheid van dergelijke acties. Rechters die op heel korte termijn worden geroepen om te beoordelen of een collectieve actie doorgang kan vinden, en die onder druk van die publieke

8 Zie de gegevens die Van der Velden presenteert: J.H.A. van der Velden, *Stakingen in Nederland*, Amsterdam 2000 (IISG/IWI), p. 112. Men moet hierbij goed in de gaten houden dat die acties wel in de sfeer van arbeidsvoorwaarden liggen, maar waarop het overheidsbeleid een grote, soms doorslaggevende invloed heeft, bijvoorbeeld loonmaatregelen.

9 Daaronder vallen bijvoorbeeld acties tegen massaontslag en reorganisaties naast acties tegen overheidsbeleid met uitwerking op de rechtspositie van werknemers (breed, dus ook op het terrein van sociale verzekeringen, bijvoorbeeld de WAO-acties in 1991).

commotie kunnen komen te staan, kunnen de reactie van de samenleving niet negeren, ook al vormen zij natuurlijk geen doorslaggevend argument. Een uitspraak van de rechter in dergelijke zaken heeft in de regel grote gevolgen, zowel in het geval de acties verboden worden als wanneer ze worden toegelaten.¹⁰ Bij de juridische analyse van en het oordeel over het recht op collectieve acties moet rekening worden gehouden met deze aspecten van het fenomeen. Anderzijds mag dat, ik heb het reeds gezegd, er niet toe leiden dat het recht daaraan wordt opgeofferd. Ook hier zal het recht de rol kunnen en moeten vervullen van betuigelaar, van het in banen leiden van de macht, ook de macht van de publieke opinie.¹¹

Door de afwezigheid van een wettelijke regeling van het stakingsrecht in ons land, speelt het internationale recht een belangrijke rol. In tegenstelling tot vele andere landen kent onze grondwet geen recht op collectieve acties.¹² Het stakingsrecht is in ons land 'rechtर्सrecht'. In het verleden zijn meerdere pogingen gedaan om een wettelijke regeling tot stand te brengen, maar dat is bij gebrek aan een politieke meerderheid steeds niet gelukt. De praktijk kon overigens met het 'rechtर्सrecht' goed of althans redelijk uit de voeten. Dat was mede te danken aan de acceptatie in kringen van de vakbeweging van uitspraken van de rechter, ook als die uitspraken voor de stakers en hun bonden negatief uitvielen, wat verhoudingsgewijs vaak voorkomt.¹³

Sinds het arrest van de Hoge Raad van 1986 in de *NS*-zaak vormt art. 6 lid 4 ESH de juridische grondslag van de beoordeling van de geoorlooftheid, de rechtmatigheid van collectieve acties. Dat artikel erkent het recht op collectieve acties als een fundamenteel recht van werknemers. De Hoge Raad heeft aan dat artikel directe horizontale

10 Wordt de staking geoorloofd geacht, dan kan ook dat grote gevolgen hebben (voor de bestaakte werkgever), maar in de regel duren de acties dan nog maar kort, omdat het arbeidsconflict dat eraan ten grondslag ligt redelijk snel wordt opgelost. Overigens zijn de collectieve acties vaak slechts voor beperkte duur gepland. Het zijn meestal *gevoelige* prikken die wordt uitgedeeld. Anders dan in de Verenigde Staten duren in onze landen collectieve acties in de regel relatief kort. Er zijn bijna geen gevallen bekend van acties die leiden tot de ondergang van het bedrijf of de dienst waartegen de acties worden gevoerd.

11 Eerder heb ik het systeem van collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden onder die noemer bekeken. A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen. De macht in juridische banen of het recht in de ban van de macht*, Deventer 1987.

12 Zoals Frankrijk, Italië, Spanje, Portugal, Griekenland.

13 In maar heel weinig gevallen hebben stakers en hun bonden zich niets van een rechterlijk verbod aangetrokken en hun acties voortgezet.

werking toegekend.¹⁴ Het vormt als gevolg daarvan in combinatie met art. 31 van het ESH de grondslag van het rechtersrecht.

Voor de beschrijving van het recht op collectieve acties zal daarom worden uit gegaan van het ESH en van de uitleg die de Europese Commissie van Sociale Rechten daaraan in zijn 'jurisprudentie' heeft gegeven en die, als gezegd, een leidraad vormden en vormen voor de Nederlandse rechter. Art. 6 erkent het recht op collectieve acties. Het beperkt het recht tegelijkertijd in die zin dat het moet gaan om belangengeschillen. Voorts kan een beperking liggen in de CAO. Verdergaande beperkingen kunnen worden opgelegd op basis van art. 31 ESH. In de praktijk zijn vooral de mogelijke en toegelaten beperkingen van belang. Daaraan zal in deze studie uitgebreid aandacht worden gegeven. Kan het recht dan wel de uitoefening ervan worden beperkt, onbeperkt zijn beperkingen evenwel geenszins. Dat kan worden teruggevoerd op het gegeven dat het ESH het recht op collectieve acties als onderdeel van een catalogus van fundamentele rechten van en voor werknemers erkent en derhalve beperkingen erop limiteert.

In de rechtspraak van ons land, alsook in de literatuur, tekent zich een tendens af om naast de normen van het ESH ook algemene civielrechtelijke normen te hanteren voor de beoordeling van de rechtmatigheid. Zo worden in de rechtspraak en in de literatuur met een beroep op de regeling van de 'onrechtmatige daad' (art. 6:162 BW) verdere beperkingen toelaatbaar geacht. Ook de bepaling van 'misbruik van recht' in art. 3:13 BW wordt wel als beoordelingsmaatstaf aanbevolen. De vraag rijst daarbij hoe deze beperkingsgronden zich verhouden tot die welke het ESH geeft. Al met al is er in ons land een ingewikkeld stelsel van normen ontstaan dat het recht op collectieve acties beheerst.

Vanwege de prominente rol die het ESH in de Nederlandse (rechts)praktijk speelt, zal eerst hieraan enige aandacht worden besteed. Vervolgens zal de norm van art. 6 lid 4 ESH worden geanalyseerd (hoofdstuk 3). Vervolgens komen de mogelijke beperkingen aan de orde (hoofdstuk 4). Ten slotte zullen conclusies uit de analyses worden getrokken, vooral met de bedoeling om aan de hand van de stand van zaken een kritische reflectie te geven over de rechtspraak alsmede om het debat tussen deskundigen te stimuleren over het realiseringssnelheid van dit sociale grondrecht mede tegen de achtergrond van de geschetste ontwikkelingen en de maatschappelijke gevoeligheid van het onderwerp.

14 Juridische basis daarvoor zijn de art. 93 en 94 van de Grondwet.

2 Het ESH en het Nederlands recht

Bloemarts¹ ziet in het oordeel van het ESH-deskundigencomité in zekere zin een aanval op de houdbaarheid van de Nederlandse aanpak van het stakingsrecht. Wordt door het Comité niet heel uitdrukkelijk de bijl gelegd aan twee pijlers van het Nederlandse stakingsrecht: de toetsing aan de spelregel van het ultimatum remedium en de proportionaliteitstoets; weegt (het inzetten en het doel van) de collectieve actie wel op tegen de gevolgen ervan, zeker wanneer derden die ondervinden?² Beide pijlers zijn door de Hoge Raad in het basisarrest van 1986, het *NS*-arrest, onder het stakingsrecht aangebracht.³ In latere jurisprudentie worden zij steeds steviger verankerd. Hoewel het niet de twee enige maatstaven zijn die bij de beoordeling van het recht op collectieve acties worden aangelegd, zijn zij wel de twee belangrijkste maatstaven.

Het recente oordeel van het Comité maakt de vraag weer actueel of deze beide gronden waarop de Nederlandse rechtspraak een inperking van het recht op collectieve acties baseert, zich wel verstaan met de regeling in het ESH. Dat is opzienbarend, omdat in elk geval de spelregeltoetsing welhaast algemene instemming vond en vindt in de literatuur. Dat geldt wat minder voor het proportionaliteitsaspect, althans voorzover dat betrekking had op het 'schade van derden'-

1 Zie noot 3.

2 Wie tot de groep van de 'derden' konden en mochten worden gerekend, is voorlopig nog een heet hangijzer, ook in de rechtspraak. Ik kom daarop nog uitgebreid terug.

3 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688. Dat betekent niet dat zij toen pas door de Hoge Raad werden 'uitgevonden'. In het wetsontwerp van 1969 ('houdende wettelijke bepalingen met betrekking tot de werkstaking') was het ultimatum remedium-criterium geïntroduceerd. In lagere rechtspraak werd het nadien al eens toegepast en in zijn baanbrekende arrest naar aanleiding van de metaalstaking van 1972 werd het door het Gerechtshof van Amsterdam als een doorslaggevend rechtmatigheids criterium bevestigd. Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192. Zie over deze ontwikkeling E.P. de Jong, *Een inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht*, Deventer 1975; Harry van den Berg, Pim Fortuyn & Teun Jaspers, *De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland*, Nijmegen 1978. Zie ook M.G. Rood, *Naar een stakingswet*, Deventer 1978.

argument. Op dat punt zijn er voor- en tegenstanders die naar analogie van Loonstra's indeling kunnen worden aangeduid als 'rekkelijken' en 'preciezen'.⁴ De eersten menen dat 'schade van derden' altijd als argument mag en moet meetellen. De 'preciezen' zijn van oordeel dat als het al mag worden meegewogen, dat alleen mag in het geval er zich grote, onevenredige schade voordoet. In het kader van de beperkingen die het ESH toelaat, kom ik hierop nog nader terug.

Het zij nog eens gememoreerd dat het ratificeren van het ESH door Nederland in 1980⁵ grote invloed heeft gehad op het Nederlandse stakingsrecht. Anders dan in veel andere landen met een naoorlogse constitutie bevat de Nederlandse grondwet geen bepaling waarin het stakingsrecht als fundamenteel recht wordt erkend.⁶ Een beroep op de grondwet ter rechtvaardiging van een staking kon dus niet worden gedaan. Bij gebreke van een gewone wet die staking en andere collectieve acties reguleert⁷, werd in de rechtspraak voor een nadere regulering ervan een beroep gedaan op het civiele recht.⁸ Met de inwerkingtreding van het ESH diende zich een rechtens erkende grondslag aan. Als gevolg van het monisme dat het Nederlands constitutionele rechtssysteem kenmerkt⁹, krijgt de regeling van het in

- 4 HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273; *JAR* 2000/43 (*Boonen/Quicken*), Zie daarover C.J. Loonstra, "Elk beding" in art. 12 Wet CAO: over rekkelijken en preciezen', *SR* 2003, p. 141-147.
- 5 Vgl. L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer 1994, p. 50 e.v.; en L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag 1996, p. 66 e.v.
- 6 Bij de grote grondwetsherziening van 1983 is dit onderwerp niet aan de orde geweest, terwijl er toen wel aandacht is geschonken aan sociale grondrechten. Overigens is toen ook niet expliciet het 'recht op vrij vakvereniging' en het daaraan verbonden 'recht op vrije collectieve onderhandelingen' in onze grondwet opgenomen. Mag men daaruit afleiden dat die impliciet als fundamentele rechten zijn erkend?
- 7 Pogingen om tot wetgeving te komen, mislukten steeds omdat er geen meerderheid in het parlement voor te vinden was. Zie Van den Berg e.a., a.w., p. 79 e.v.
- 8 Aanvankelijk werden daarvoor de wanprestatie en de onrechtmatige daad gebruikt waardoor er in de praktijk een nagenoeg onbeperkt stakingsverbod gold. De Hoge Raad legde daarvoor juridisch de basis in het beroemde *Panhonlibco*-arrest van 1960. Tot 1972 was dit arrest richtinggevend. Overigens werd ook reeds daarvoor door lagere rechters daarop een beroep gedaan om stakingen aan banden te leggen. Zie Van den Berg e.a., a.w., p. 32 e.v.
- 9 Art. 93 en 94 Grondwet, mits uiteraard het internationaal erkende recht voldoet aan de criteria voor directe horizontale werking ervan in het nationale recht. Het stakingsrecht van art. 6 lid 4 voldoet daaraan, naar het oordeel van de Hoge Raad in het *NS*-arrest; zie HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

het internationaal recht erkende stakingsrecht (art. 6 lid 4 ESH) directe werking in het nationale recht. Op dit punt neemt Nederland vergelijkenderwijs een nogal unieke plaats in.¹⁰ De rechtspraak baseert zich op deze regels van internationaal recht.

In de discussie over deze grondslag van het nationale recht op collectieve acties is de vraag opgekomen of het ESH dat toch van de jaren zestig van de vorige eeuw dateert, nog wel geschikt is voor en past in het huidige tijdsgewricht, zeker als men de veranderingen waarop hierboven ook gedoeld werd, in aanmerking neemt. Die vraag is nog wat actueler geworden nu het ESH-Comité de betekenis van het ESH voor het Nederlandse recht heeft aangescherpt.¹¹ De vraag die dit oordeel van het Comité heeft opgeroepen, is echter welke betekenis daaraan moet worden toegekend. Bloemarts constateerde dat de Nederlandse rechter in dit dossier aan de conclusies van het Comité veel gezag pleegt toe te kennen. Of die conclusie helemaal terecht is, is nog wel een punt van nader onderzoek. De wijze waarop de Nederlandse rechter art. 6 lid 4 jo. art. 31 van het ESH toepast, gaat volgens sommige schrijvers evenwel de reikwijdte van die artikelen te buiten. Een bezwaar dat wel tegen de oordelen van het Comité wordt ingebracht, betreft de wijze waarop het Comité zijn oordelen motiveert. Die zijn nog wel eens kort en apodictisch.

Beide punten van kritiek moeten serieus worden genomen, met name omdat het hier gaat om internationale rechtsnormen met hun bijzondere kracht in onze rechtsorde én om een internationaal orgaan dat voor de controle op de naleving ervan is ingesteld. De internationale rechtsorde en de betekenis ervan voor de nationale rechtsorde zijn er dus rechtstreeks mee gemoeid. Mondialisering is immers toch ook een van de meest kenmerkende fenomenen van onze tijd. Gegeven de globalisering zou toch de waarborg- en reguleringsfunctie van het internationale recht moeten worden erkend, zoals op nationaal niveau die rol is weggelegd voor het nationale recht.

- 10 Het zij vermeld, dat in de meer recente Belgische rechtspraak verwezen wordt naar het deze bepaling van het ESH. Directe werking heeft België niet nodig, omdat het nationale recht op het terrein van staking voldoende grondslag geeft voor beslissingen op dit terrein.
- 11 Deze vraag is door C. Loonstra in een discussie in de VvA van april 2004 heel nadrukkelijk aan de orde gesteld. Het is een belangrijk punt in de discussie, die zich niet beperkt tot dit onderwerp. Vaker komt de kwestie van het gebonden zijn en blijven aan internationale arbeidsnormen naar boven, wanneer het nationale beleid een andere kant op gaat en het internationale recht wat benauwend is. In de sociale zekerheid heeft deze kwestie gespeeld bij de WAO-plannen. Het ging toen om IAO-Verdragen.

Het ESH is in de jaren vijftig en zestig van de twintigste eeuw tot standgekomen. Dat gebeurde in het kielzog van het mensenrechtenverdrag (het EVRM).¹² Het aanvankelijk plan om in aansluiting op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 van de VN in het Mensenrechtenverdrag ook sociaal-economische grondrechten op te nemen, had zowel ‘warme’ voorstanders als ‘besliste’ tegenstanders. Met name een mogelijke bevoegdheid voor een gerechtshof met jurisdictie moest het ontgelden. Het verzet ertegen richtte zich in het bijzonder op het stakingsrecht. Een van de vertegenwoordigers van het Verenigd Koninkrijk kon zich niet voorstellen ‘dat een Europese Commissie of een Europees Hof zou kunnen beslissen over de geoorloofdheid van een staking die in een bepaald land werd georganiseerd’.¹³ Omdat gevreesd werd dat wanneer sociale grondrechten zouden worden opgenomen in het mensenrechtenverdrag, het aannemen van dit verdrag zelf in gevaar zou kunnen komen, werd het voor een tijdje van de agenda afgevoerd.¹⁴

De voorbereiding van het ESH nam een aanmerkelijk langere periode in beslag dan het ‘moeder’-verdrag.¹⁵ Het recht op staking was er van het begin af aan in opgenomen¹⁶, maar er was verschil van mening over wat het moest inhouden en óf, en zo ja in hoeverre, het beperkt kon worden. Het recht op collectieve acties is steeds geplaatst geweest in het kader van de art. 5 en 6 van het ESH: vrijheid van vakvereniging, collectieve onderhandelingen en conflictoplossing. Met name de relatie tot bemiddeling en arbitrage was een punt van discussie. Uiteindelijk werd een direct verband tussen het recht op acties en bemiddeling en arbitrage niet gelegd, in die zin dat bemiddeling en arbitrage voorwaarden zouden zijn voor het kunnen uitoefenen van het stakingsrecht. Ten slotte werd gekozen voor niet meer dan

12 Dat op zijn beurt weer voortbouwde op de UN Universal Declaration of Human Rights van 1948: ‘(...) all persons were entitled to a combination of civil, political and socio-economic rights’.

13 ECHR, *Travaux Préparatoires*, Strasbourg Council of Europe 1949-50, p. 148. Een nadere Engelse vertegenwoordiger merkte op dat ‘such rights would (...) be too controversial and difficult of enforcement’, a.w., p. 116.

14 Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford 2003, p. 134-135.

15 Het heeft tien jaar geduurd: van eind 1951 tot september 1961 totdat de tekst in het Comité van Ministers werd aanvaard.

16 Dat gold niet voor het recht van werkgevers op collectieve actie; dat wil zeggen de uitsluiting. Die is er eerst in de loop van de beraadslagingen in opgenomen.

een inspanningsverplichting voor staten¹⁷ tot ‘bevordering van de instelling en toepassing van een doelmatige procedures voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage’¹⁸, hoewel er nog wel was gepoogd vast te leggen dat de uitoefening van het recht op acties onderworpen moest worden aan de voorwaarde dat de mogelijkheid van bemiddeling arbitrage uitgeput moesten zijn.¹⁹ Deze consensus was er ook over de voorwaarden dat er sprake moest zijn van een ‘conflict of interests’ en dat er geen strijd mocht zijn met bestaande CAO’s, formuleringen die in art. 6 lid 4 zijn neergeslagen. Beperkingen op het recht op collectieve acties werden, geheel in lijn met de methode die in het EVRM werd gehanteerd, in een aparte bepaling vastgelegd (art. 31). De beperkte toepassing van mogelijke beperkingen werd in een Appendix bij het ESH nog eens bevestigd door vast te leggen dat iedere staat de uitoefening van het recht op collectieve acties rechtens mag regelen onder de voorwaarde dat ‘elke eventuele verdere beperking in de bepalingen van art. 31 rechtvaardiging vindt’. Bij de nadere analyse van de rechtspraak zal deze bepaling nog een belangrijke rol spelen.

Bij de revitalisering van het Handvest in de eerste helft van de jaren negentig van de vorige eeuw²⁰ zijn ook art. 6 en in samenhang daarmee art. 31 onderwerp van discussie geweest. Tot wijziging van

17 In het ESH wordt gesproken van de ‘verdragsluitende partijen’. Gemakshalve zal ik spreken van staten of lidstaten. Lidstaten omdat de staten lid zijn van de Raad van Europa. Inmiddels zijn dat 44 Europese landen van Ierland tot Rusland. Op één land na hebben alle lidstaten van de Raad van Europa het ESH ondertekend. 31 lidstaten hebben het Handvest geratificeerd.

18 Een dergelijke voorwaarde werd bewust vermeden te stellen. Zie ESH, *Travaux Préparatoires*, Part I, Section IV, Social Committee, CM (57)107, para 89; op instigatie van de Franse delegatie. Zie ook Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford 2003, p. 141.

19 Op de Tripartite Conferentie in 1958 in Straatsburg werden deze zaken bediscussieerd.

20 In 1990 werd een speciale commissie opgericht met de taak het ESH te moderniseren en te actualiseren (het zogenaamde Comité Charte-Rel). Dat heeft geresulteerd in het Revised Social Charter van 1996. Het aantal rechten werd uitgebreid – wat al gedeeltelijk was gebeurd in diverse protocollen – en een behoorlijk aantal werd geherformuleerd.

de tekst is niet besloten.²¹ De regelingen, inclusief de beperkingen die er ingevolge art. 6 lid 4 én vooral art. 31 (het huidige art. G van het HESH) konden worden gemaakt, werden adequaat en nog steeds passend geacht voor de huidige tijd. Gelet op de zaken die in het deskundigencomité ter discussie zijn geweest en welks ‘jurisprudentie’ door het Comité Charte-Rel is betrokken in zijn beraadslagingen – en daaronder waren heel principiële punten die door de verschillende lidstaten waren opgebracht – mag worden geconcludeerd dat de bepalingen – voldoende – bij de tijd werden geacht.²²

Het tweede aspect dat ik hierboven noemde, betrof het gezag dat aan het deskundigencomité van het ESH moet worden toegekend. Onder de institutionele structuur van het ESH fungeren meerdere organen. Het deskundigencomité, officieel het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) heeft geen formele bevoegdheid zoals het Europees Hof voor de rechten van de mens, tot toepassing of zelfs maar (authentieke) interpretatie van de bepalingen van het Handvest. Het kan slechts ‘oordelen’, of in de termen van het Handvest, ‘conclusions’ geven over de naleving van de verplichtingen uit het Handvest in het Nederlandse recht inclusief wanneer dat door de rechter wordt gedaan. Uiteraard valt daaronder ook de naleving van art. 6 lid 4 jo. art. 31 van het ESH. Dat oordeel geeft het Comité op basis van een rapport dat de nationale overheid periodiek moet uitbrengen over de wijze waarop in juridicis én in de praktijk het Handvest wordt nageleefd.

Zoals uit het eerder weergegeven rapport met conclusions van het Comité blijkt, hebben vakbonden steeds de mogelijkheid om commentaar in te sturen op het rapport van de overheid. Het Comité kan dat commentaar betrekken in zijn oordeel. Het zij nog vermeld dat het Comité sinds 1995 ook de bevoegdheid heeft om zogenaamde

21 Zie ook Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford 2003, p. 145. In de parlementaire vergadering van de Raad van Europa werd in 1998 opnieuw een poging gedaan tot instelling van een ‘parallel Europees Hof van Sociale Rechten’, dat jurisdictie zou moeten krijgen over onder andere het recht op collectieve acties. De aanbeveling van de parlementaire vergadering vond echter geen genade in de ogen van het Comité van Ministers (het hoogste orgaan van de Raad van Europa). Novitz, a.w., p. 145-146.

22 De *Travaux Préparatoires* van het HESH zijn nog niet publiekelijk toegankelijk zodat we geen kennis kunnen nemen van de overwegingen van het Comité Charte-Rel. De kwesties die sinds 1996 hebben gespeeld zijn uiteraard niet meegenomen. Het ‘ultimum ratio’-criterium is in een vrij recent IAO-rapport behandeld: ‘Your Voice at Work’ (Geneva: ILO 2000), ILC, 88th Session. Ik kom daarop hieronder nog terug wanneer ik dit criterium bespreek.

collectieve klachten te behandelen.²³ Dat zijn klachten die door representatieve organisaties, waaronder in elk geval 'erkende' vakbonden, kunnen worden ingediend wanneer deze menen dat de overheid zijn verplichtingen uit het verdrag niet nakomt. Tot op heden is er geen collectieve klacht ingediend op het onderwerp recht op collectieve acties.

Ook in deze procedure heeft het Comité echter geen verder strekkende bevoegdheid dan het geven van een 'conclusie'. Het is in beide procedures aan het Comité van Ministers, waarin de regeringen van alle landen die bij de Raad van Europa zijn aangesloten, vertegenwoordigd zijn, om aan de betreffende staat die in overtreding is, een Aanbeveling te geven over de schending.²⁴ Het is vervolgens aan de betreffende lidstaat om de maatregelen te nemen die zij nodig acht om wel aan de verdragsverplichtingen te voldoen. Doet een staat dat niet of niet correct (niet conform de wijze zoals door het Comité in zijn conclusie aangeduid) dan zijn er geen effectieve sancties tegen die staat. De pogingen en pleidooien om het Comité eenzelfde juridische status te geven als het Europees Hof dan wel om het ESH, althans delen daarvan over te hevelen naar de Europese Conventie voor de rechten van de mens en zo onder de jurisdictie van het EHRM te brengen, hebben steeds gefaald.²⁵ Nog in 2001 reageerde het Comité van Ministers dat het 'at this stage' niet voor de oprichting van een Europees Hof van sociale rechten was, hoewel het ook weer niet uitsloot dat deze mogelijkheid zich te gelegener tijd kon voordoen.²⁶ Het ministerscomité voelde ook niets voor een ander voorstel, afkomstig van de parlementaire vergadering, om in een optioneel protocol bij de Conventie een aantal sociale rechten op te nemen die voor de rechter konden worden ingeroepen. Vooralsnog voelde de politiek er niet voor om aan sociale (grond)rechten zo'n sterke kracht te geven.

23 Geregeld in het Aanvullend Protocol voor een collectieve klachtenprocedure van 1995.

24 Sinds een aantal jaren is deze procedure aangepast, om de effectiviteit van het optreden van het Comité van Ministers te verbeteren. Tegenwoordig is een twee derde meerderheid voldoende voor een Aanbeveling. Alleen de ministers van de staten die het Charter geratificeerd hebben, mogen stemmen. Het aantal Aanbevelingen is sindsdien toegenomen. Op art. 6 lid 4 zijn ook enkele Aanbevelingen gedaan, zoals die van 4 februari 1998 met betrekking tot Duitsland, Recommendation No. R ChS (89)2.

25 Een dergelijk idee is bij de revitalisering van het ESH uiteindelijk toch afgewezen.

26 Zie hierover Novitz, a.w., p. 146.

Ook al ontbreekt het het Comité aan effectief optreden, omdat het niet het laatste woord heeft bij de interpretatie en toepassing van het ESH, betekent dat nog niet dat het Comité zich in de praktijk geen gezag verworven heeft. Dat gezag moet het Comité 'verdiene' door zijn ter zake kundige conclusies, zijn overzicht over de materie in haar geheel en het overzicht over de wijze waarop de bepalingen van het Handvest in de verschillende lidstaten worden toegepast (of niet, of gedeeltelijk). Uiteindelijk zal het zijn gezag in de rechtspraak in de verschillende lidstaten moeten krijgen, óf doordat regeringen de conclusies ter harte nemen óf doordat de rechterlijke macht in haar beslissingen in rechtszaken teruggrijpt op de conclusies van het Comité, zoals in ons land de rechter veelal doet waar het gaat om de toepassing van het recht op collectieve acties, zij het op sommige punten wel (erg) vrijmoedig.

Voor ons land geldt dit temeer omdat wij geen andere specifieke rechtsbronnen hebben waarop het recht op collectieve acties en de uitoefening ervan kan worden gebaseerd, buiten de paraplubepaling van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Bovendien, bij gebreke van het bestaan van een internationale rechterlijke instantie met de bevoegdheid om de internationale regel uit te leggen en toe te passen²⁷, is het de nationale rechter die geroepen wordt uitleg van en nadere invulling aan de internationale norm te geven.

Tot slot zij nog vermeld dat de Nederlandse rechtspraak niet zonder invloed is van buitenlandse rechtspraak, met name ideeën uit de Duitse rechtspraak, alsook invloed heeft op ontwikkelingen op dit vlak in het buitenland.²⁸ Evenmin mag worden veronachtzaamd dat Nederland wellicht iets kan leren van de praktijk van de toepassing van het stakingsrecht als gemodelleerd naar internationaal recht. Dat geldt bijvoorbeeld op het punt van de 'essentiële diensten' die gewaarborgd moeten zijn en derhalve een inperking van het recht op collectieve acties kunnen rechtvaardigen (naar internationaal recht). In menig land wordt dit concept gehanteerd als het gaat om acties in onderdelen die een 'essentiële' functie voor het publiek vervullen. In hoofdstuk 5 zal ik hieraan in het bijzonder aandacht schenken.

Vormt het ESH de belangrijkste internationale rechtsbron, het is niet de enige. Hoewel in IAO-Verdragen het recht op staken niet expres-

27 Zoals het Europees Hof voor de rechten van de mens (voor het EVRM) en het Hof van de Europese Gemeenschap (voor EG-Verdrag).

28 Dat geldt met name voor België. Zie bijvoorbeeld F. Dorssemont, 'De prullenbak', *SR* 2002, p. 320 e.v.

sis verbis wordt erkend²⁹, rekent het Committee on Freedom of Association (CFA)³⁰ het stakingsrecht als een logisch uitvloeisel van de vakverenigingsvrijheid: ‘The right to strike is one of the essential means through which workers and their organisations may promote and defend their economic and social interests.’³¹ Het deskundigencomité van de IAO volgt hierin het CFA uitdrukkelijk.³² Recent is van werkgeverszijde weer gepoogd dit standpunt van de beide comités ter discussie stellen, zoals al veel eerder (in 1948 en opnieuw in 1994) ook was gebeurd. In de beide conventies, zo argumenteerden de werkgevers, is het recht op staking (the right to industrial action) niet expliciet opgenomen en derhalve kan daaruit een dergelijk recht niet worden afgeleid.³³ Hoewel dat evenmin het geval is wat betreft de meer recente ‘Declaration on Fundamental Principles and Rights for Workers 1998’ – ook daarin wordt wel ‘freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargai-

29 Bij de totstandkoming van de verdragen met betrekking tot vakverenigingsvrijheid, de IAO-Conventies 87 en 98, is er wel uitgebreid over gediscussieerd tussen de drie partijen in de Labour Conference (per staat aangesloten bij de IAO: regeringsvertegenwoordiging, werkgevers- en werknemersorganisaties) maar er werd geen overeenstemming bereikt op dit punt. Vgl. Tilstra, a.w., p. 140 e.v.; en Novitz, a.w., p. 110 e.v. Ook in het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) van de VN wordt het recht op staking erkend in art. 8 lid 1d. Dit verdrag speelt evenwel voor het Nederlands recht geen rol. Zoals het in artikel 8 is geformuleerd, ontbeert het directe werking. Bovendien laat het IVESCR nogal wat beperkingen toe in lid 1 sub d en lid 2. In de supervisieprocedures die ook dit verdrag kent, is het stakingsrecht nog nimmer aan de orde geweest. Zie hierover L. Betten, ‘The right to strike’, a.w., p. 192-193.

30 Dit is een supervisiecomité van de IAO, dat zich als commissie van deskundigen bezighoudt met de controle op de naleving van de conventies met betrekking tot de vrijheid van vakvereniging.

31 CFA, *Digest of Decisions*, 1985, p. 73

32 Zie CEACR, General Survey, (ILO, 1983), 62, para 200. Dit standpunt wordt herhaald in het CEACR General Report van 2002, par. 19-20. Dit is het Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations van de IAO.

33 In 2001 en 2002 hebben werkgevers deze positie weer uitdrukkelijk betrokken in de zogenaamde Conference Committee on the Application of Standards. Dat ontlokte van vakbondszijde een felle reactie stellend dat de staande ‘jurisprudentie’ van de beide comités ‘should be sufficient to close the debate on this point’. Record of Proceedings, ILC 90th Session (2002), p. 28/11 en 30/38. De regeringsvertegenwoordigers houden zich in het recente debat enigszins afzijdig op een paar landen na die de positie van de beide comités openlijk ondersteunen, waaronder Denemarken, Finland, Duitsland, IJsland, Noorwegen en Zweden. Zie ook Novitz, a.w., p. 201.

ning' maar niet 'the right to industrial action' genoemd – wordt het recht op staking in het zogenaamde 'follow-up mechanism' van de declaration gezien als 'the logical corollary of the effective realization of the right to collective bargaining'³⁴, zij het niet onbeperkt.³⁵

Als laatste moet in dit verband nog gewezen worden op de ontwerpen binnen de Europese Gemeenschap en Europese Unie om tot een officiële erkenning van sociale grondrechten, inclusief het stakingsrecht te komen. In de Verklaring van 1989 bevattende het 'Gemeenschapshandvest van de fundamentele rechten van de werkkenden' wordt als onderdeel van de vrijheid en vereniging en collectief overleg het recht opgenomen 'om bij belangenconflicten de toevlucht te nemen tot collectieve acties, (...) onder voorbehoud van uit de nationale voorschriften en de collectieve arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen' (punt 13). In het Handvest van fundamentele rechten van 2000 wordt het recht op staking eveneens uitdrukkelijk als grondrecht opgenomen.³⁶ De gekozen formulering wijkt af van de tekst van het Gemeenschapshandvest van 1989. De wijziging is niet onbetekenend. Het recht op collectieve acties wordt onmiddellijk gekoppeld aan het recht op collectief onderhandelen én uit de bewoordingen is de zinsnede verdwenen dat 'de toevlucht genomen kan worden tot (...)'. De formulering is meer sec en meer in overeenstemming met de elders gebruikte formulering 'in geval van belangenconflicten hebben werkgevers en werknemers het recht collectieve actie te ondernemen ter verdediging van hun belangen'. Ook hier geldt een algemene beperking opgenomen in art. 52 welke beperking naar inhoud, zij het niet bewoordingen, sterk overeenkomt met wat in het EVRM en het ESH wordt bedoeld. Het EU-Handvest eist eveneens beperking bij wet en de beperkingen moeten 'de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen'. Geheel passend in de inmiddels opgebouwde traditie in de EG worden beperkingen onder toepassing van het evenredigheidsbeginsel slechts toe-

34 Zo wordt het geformuleerd in het Global Report van 2000, dat als een extra controlemechanisme fungeert naast de bestaande door de genoemde comités en dat gewijd is aan deze werknemersrechten (vakverenigingsvrijheid en collectieve onderhandelingen); *Your Voice at Work*, Global Report ILO 2000, ILC, 88th Session, Part I(b), p. 37, par. 101.

35 Ik kom op mogelijke beperkingen nog uitgebreid terug.

36 In het Ontwerp voor een Europese Grondwet waarover in 2004 overeenstemming wordt verwacht, wordt de inhoud van het Charter opgenomen, óf onder verwijzing ernaar dan wel door het Handvest integraal in de grondwet op te nemen (zie art. 6 van het Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa).

laatbaar geacht wanneer zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.³⁷

Overziet men dit geheel van internationale bronnen dan is de conclusie onontkoombaar dat er, in elk geval in Europa, grote overeenstemming over bestaat dat er een recht is op collectieve actie in geval van belangengeschillen. Het gaat derhalve eigenlijk alleen nog maar om de reikwijdte ervan, of met andere woorden welke beperkingen erop zijn toegestaan. Voor verschillen van opvatting en dus voor nadere rechtspraak laten de formuleringen volop de ruimte.

37 In deze formulering herkent men de staande jurisprudentie van het HvJ EG in Luxemburg.

3 De norm van het ESH

Zoals hierboven gebleken is, vormt het ESH de belangrijkste rechtsbron voor het Nederlandse stakingsrecht. Daarin verschilt Nederland van een aantal ons omringende landen.¹ Anders dan in die landen kennen wij geen bepaling in de grondwet die het recht op collectieve acties, met name staking, als een fundamenteel recht van werknemers en hun organisaties erkent en vastlegt. Als gezegd, wij kennen ook geen wetgeving op dit punt. De rechter moet hier uitkomst brengen. Gegeven ons monistisch constitutioneel stelsel, als neergelegd in de art. 93 en 94 van de Grondwet, baseert de rechter zich op direct werkende verdragsbepalingen als art. 6 lid 4 ESH is.²

In het vervolg zal ik mij dus concentreren op deze Europese rechtsbron. Dat houdt niet in dat de andere internationale rechtsbronnen buiten beschouwing blijven, maar zij zullen slechts worden gebruikt indien dat nodig en nuttig is om de normen van het ESH zoals neergeslagen in het Nederlandse recht op collectieve acties, nader te adstrueren. Vooral de bevindingen van de IAO-comités kunnen een nuttige ondersteunende rol vervullen.

Allereerst zullen de normen van het ESH worden geanalyseerd. Art. 6 geeft reeds een aanduiding van wat onder het recht op staking moet worden verstaan. Art. 31 ESH gaat dan verder in op een nadere, toegelaten inperking van dat recht.

De norm van art. 6 lid 4 ESH als leidraad voor de beoordeling van de geoorloofdheid van collectieve acties is, als gezegd, in ons land uitdrukkelijk aanvaard in het standaardarrest van de Hoge Raad in de *NS*-zaak van 1986. Ons hoogste rechtscollege besliste dat in elk geval de 'collectieve acties van het normale type' moesten worden beoordeeld aan de hand van art. 6 lid 4 ESH. De Hoge Raad omschrijft het 'normale type' als 'de algehele, zich tegen de werkgever richtende werkstaking'. Voor dat geval is art. 6 lid 4 uitdrukkelijk bedoeld. Voor het type collectieve acties dat daarvan op enigerlei wijze

1 Zo uitdrukkelijk in de Franse, Italiaanse, Portugese, Spaanse grondwet.

2 In HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald dat art. 6 lid 4 ESH directe werking heeft (r.o. 3.2).

afwijkt, naar doel en inzet alsook naar de vorm, staat niet bij voorbaat vast of zij ‘gedekt’ worden door die bepaling. Van die afwijking moet steeds worden vastgesteld of die anders, namelijk strenger, dan het normale type moet worden beoordeeld. Is de afwijking niet decisiief, dan valt de actie onder art. 6 lid 4 ESH. Is de afwijking wel doorslaggevend, dan mogen dus zwaardere eisen worden gesteld. Dat betekent overigens nog niet dat de wel onder art. 6 lid 4 vallende acties te allen tijde geoorloofd zijn, zo stelt de Hoge Raad vervolgens. Maar zij kunnen slechts onrechtmatig geacht worden ‘indien zwaarwegende procedureregels (“spelregels”) zijn veronachtzaamd dan wel – met inachtneming van de door art. 31 ESH gestelde beperkingen – op grond van afweging van alle omstandigheden van het gegeven geval in onderling verband en samenhang moet worden geoordeeld dat de Bonden in redelijkheid niet tot deze acties hadden kunnen komen’. De decisiief afwijkende types vallen dus onder deze redelijkheidstoetsing, maar onder omstandigheden ook de ‘normale’ of daarmee gelijk gestelde types. Deze normstelling laat dus nogal wat ruimte aan rechters om in concrete gevallen alle omstandigheden in aanmerking genomen tot een oordeel te komen dat ondanks de ‘dekking’ van art. 6 lid 4 ESH de acties toch ongeoorloofd worden geacht. In de *NS*-uitspraak en in latere arresten heeft de Hoge Raad deze norm nader uitgewerkt, maar lagere rechters beschikken nog steeds over een ruime beoordelingsmarge. In een vloed van rechtspraak is deze grondnorm toegepast en uitgewerkt. Dat betekent niet dat zij ook duidelijker omlind is geworden.

Een bijzonder aspect is dat de toepassing en uitwerking plaatsvindt in kortgedingrechtspraak. Dat heeft vanwege het karakter van die procedures invloed op de plicht voor de (kortgeding- ofwel sinds recent de voorzieningen)rechter om zijn vonnis terdege (en uitgebreid) te motiveren. In hoger beroep wordt deze beperkte motiveeringsplicht uitdrukkelijk gesauveerd. Daarmee lijken door de rechter opgelegde beperkingen aan het recht op collectieve acties sneller en gemakkelijker geaccepteerd en acceptabel.³

3 Dat speelt bijvoorbeeld een belangrijke rol bij de ‘bewijsvoering’ op punten als het ‘laatste middel’ dat gehanteerd wordt ter beoordeling van het onderhandelingsproces, en de (beweerdelijk) geleden schade door ‘derden’. Ik kom hierop – uiteraard – uitgebreid terug. Op de procesrechtelijke aspecten en hun invloed op de uitoefening van het recht op collectieve acties in België wijzen ook E. Bre-waeyts, F. Dorsemont & K. Salomez, ‘Rechterlijke tussenkomst bij collectieve conflicten’, *NJW*, 2003, nr. 31, p. 551 e.v.

3.1 Art. 6 lid 4: recht op collectieve acties in geval van belangengeschillen

Art. 6 lid 4 van het ESH erkent het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen. Het Comité legt het begrip 'belangengeschil' ruim uit. Rechtsgeschillen wenst het uitgezonderd te zien van art. 6 lid 4, waarbij ter verduidelijking verwezen wordt naar 'cases of disputes concerning the existence, validity or interpretation of a collective agreement, or its violation'. Deze toespitsing mag er niet toe verleiden dat het Comité in de mond wordt gelegd dat het het begrip 'rechtsgeschillen' beperkt zou willen zien tot enkel rechtsconflicten over de CAO. Daaronder kunnen ook geschillen vallen die betrekking hebben op bij wet vastgelegde rechten.

Al vóór de Tweede Wereldoorlog had in ons land Levenbach zich over dit vraagstuk gebogen. In zijn verhandeling 'Onrechtmatige daad en werkstaking' van 1935 gaf hij een omschrijving van beide begrippen ter onderscheiding van welke acties geoorloofd waren en welke onrechtmatig. Een rechtsgeschil betreft volgens hem een strijd over 'een recht in concreto' volgens de rechtsnormen die van toepassing zijn op die relatie. Een belangengeschil onderscheidt zich daarvan, omdat dat gaat over de regeling van een verhouding in de toekomst. Het is het gebied waarop 'principeel vrijheid van regeling bestaat en behoort te bestaan'.⁴ Daarmee is de discussie ingeleid, maar niet beslist.

3.1.1 De 'jurisprudentie' van het ESH-Comité

Uit de 'jurisprudentie' van het Comité en de literatuur blijkt dat het nog niet zo eenvoudig is om een helder en omljnd idee te krijgen wat nu onder belangengeschil in tegenstelling tot rechtsgeschil moet worden verstaan. Vastgesteld kan wel worden dat het Comité in zijn nadere invulling van het begrip 'belangengeschil' nogal ver gaat, verder dan in sommige landen in overeenstemming wordt geacht met de bepaling van art. 6 lid 4 in zijn context.⁵ Het Comité zoekt het niet in

4 M.G. Levenbach, *Onrechtmatige daad en werkstaking*, Haarlem 1935, p. 13-14.

5 Met name moet hier Duitsland worden genoemd. Het Comité heeft in het verleden regelmatig met Duitsland 'overhoop gelegen' waar dit land er een beperkte interpretatie van dit begrip op na hield. Het meningsverschil bestaat tot op heden. Duitsland wilde het beperkt zien tot onderwerpen in verband met CAO-onderhandelingen. Zie Conclusions II, 1971, p. 27 e.v.; Conclusions IV, 1975, p. 50; Conclusions VI, 1979, p. 39-40 en recentelijk Conclusions XV, 2001, p. 27.

een omschrijving of definitie van ‘rechtsgeschil’ tegenover ‘belangsgeschil’, maar situeert de begrippen in de context van art. 6. Het stakingsrecht wordt erkend ‘teneinde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen’.⁶ Belissend derhalve, in de ogen van het Comité, is of het geschil onderwerp is of kan zijn van onderhandelingen tussen werkgever(s) en werknemers.⁷ Zo wordt door het Comité een staking tegen voorgenomen of reeds gerealiseerde ontslagen als geoorloofd, dus vallend binnen art. 6 lid 4, aangemerkt indien dat middel wordt ingezet bij onderhandelingen over het voorkomen of terugdraaien van die ontslagen.⁸ Of om een paar andere voorbeelden aan te halen: stakingen die erop gericht zijn om de werkgever te dwingen wettelijke veiligheidsvoorschriften na te leven; acties gericht tegen maatregelen bij reorganisatie van lopendebandwerk of ter bescherming van oudere werknemers tegen ontslag.⁹ Hieruit afleiden dat het Comité het onderscheid feitelijk nagenoeg aan de kant schuift, gaat evenwel ook weer te ver. Toegegeven, uit de voorbeelden zou men kunnen concluderen dat collectieve acties gerechtvaardigd zijn wanneer het conflict tussen de werkgever en de werknemers inzet is of zou kunnen zijn van onderhandelingen. Dat zou zelfs gelden in het geval het een rechtsconflict is, althans een conflict dat (ook) langs gerechtelijke weg kan worden beslecht (een ontslag bijvoorbeeld waarvan de recht-

- 6 Daarmee wordt bevestigd dat collectieve acties een logisch uitvloeisel zijn van de vakverenigingsvrijheid waarvan het recht op collectief onderhandelen en vervolgens weer het stakingsrecht een onverbreekelijk onderdeel uitmaken. Dat is ook de opvatting binnen de deskundigencomités van de ILO. Omdat ILO-conventies die zien op vakverenigingsvrijheid en op vrije collectieve onderhandelingen, geen expliciet recht op staking bevatten, wordt het bestaan van dat recht gebaseerd op het recht van vrije vakvereniging. Overigens is die opvatting binnen de Labour Conference niet geheel onbestreden geweest. Zie daarover onder andere Lammy Betten, *International Labour Law, Selected Issues*, Deventer/Boston 1993 p. 106 e.v.
- 7 Ik gebruik hier met opzet ‘werknemers’ omdat, zoals verderop nog zal worden uiteengezet, niet alleen vakbonden een recht op collectieve acties hebben, maar in de zin van art. 6 lid 4 ESH, elke groepering van werknemers, ongeacht of zij een permanente organisatie vormen.
- 8 Conclusions IV, 1975, p. 50 ten aanzien van Duitsland dat art. 6 lid 4 beperkt wilde zien tot stakingen gericht op het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten. In Cyclus XV (2001) herhaalt het Comité ten aanzien van de situatie in Slowakije zijn standpunt dat ‘national law may not restrict the right to strike solely to strikes to secure the conclusion of a collective agreement’.
- 9 Conclusions II, 1972, p. 28; respectievelijk Conclusions VI, 1979, p. 39-40. Zie ook Tilstra, a.w., p. 190 e.v.; en Schut, a.w., p. 142.

of regelmatigheid kan worden betwist¹⁰). Of het Comité ook zo ver gaat, kan uit zijn conclusies niet logisch worden afgeleid. De voorbeelden zou men kunnen kwalificeren als situaties die de werknemers willen bestrijden of voorkomen en waarvoor geen effectieve (rechts)sanctie bestaat waarmee ook bereikt kan worden dat het beoogde resultaat wordt behaald.¹¹ De hierboven gegeven voorbeelden laten dat zien: een ontslag van ouderen, ontslagen bij reorganisaties kunnen juridisch ‘door de beugel’, maar de werknemers willen dat (proberen te) voorkomen omdat zij dat als hun belang zien.¹² Hier kan het resultaat slechts worden behaald doordat de werknemers of hun vertegenwoordigers zelf ‘in actie’ komen: de kwestie bij de ondernemer aanklaarten ofwel in technische termen: onderhandelingen daarover aangaan en er kracht aan bij te zetten door met collectieve acties te dreigen of ze daadwerkelijk in te zetten wanneer de ondernemer geen oren heeft naar hun argumenten. Deze gedachtegang ligt ten grondslag aan de oordelen van het Comité.

Het Comité gaat, als gezegd, ver. Uitgezonderd lijken die rechtsgeschillen die een duidelijke regeling kennen en waarvan de naleving langs juridische weg vrij eenvoudig en met zekerheid kan worden gerealiseerd. Zo zal naar Nederlands recht de nietigheid van het ontslag van een actieve vakbondsvertegenwoordiger of een lid van de ondernemingsraad gemakkelijk zijn in te roepen en voor het gerecht tenietgedaan kunnen worden, omdat art. 7:670 BW een ontslagverbod voor die omstandigheid bevat.¹³ Hier is sprake van een rechtsge-

- 10 Dat geldt met name voor die rechtstelsels die ervan uitgaan dat ontslag mogelijk is, mits op de juiste manier. Overtreding van die beëindigingsregels wordt gesanctioneerd met een (schade)vergoeding toe te kennen aan de werknemer. Of het ook geldt voor landen die – in bepaalde situaties – een nietigheidssanctie kennen met het gevolg dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft, is bepaald niet zeker.
- 11 Het voorkomen van ontslag, het terugdraaien van ontslag, het daadwerkelijk naleven van veiligheidsvoorschriften (dat door een gerechtelijke actie van de werknemers niet effectief afgedwongen kan worden).
- 12 Om bij het andere voorbeeld van het naleven van veiligheidsvoorschriften aan te haken: er mogen dan wettelijke procedures bestaan om ervoor te zorgen dat die voorschriften worden nageleefd (bijvoorbeeld via de Arbeidsinspectie, zoals in veel Europese landen), de werknemers kunnen er een belang bij hebben om zelf een (collectieve) actie te beginnen, omdat zij niet afhankelijk willen zijn of er door de instanties tegen wordt opgetreden. In Conclusions XV, 2000 stelt het Comité met instemming vast dat in Noorwegen dergelijke collectieve acties zijn toegestaan.
- 13 Uiteraard aangenomen dat de uitzonderingen van dat artikel niet van toepassing zijn.

schil. Hiervan moet worden onderscheiden dat werknemers collectieve acties beginnen tegen een wettelijke regeling die zij als zodanig onrechtvaardig vinden en die verder geen ruimte laat voor onderhandelingen over een wat andere invulling.¹⁴ Dat spoort geheel met de beperking die art. 6 lid 4 zelf bevat: collectieve acties tegen 'verplichtingen uit hoofde van een eerder gesloten collectieve arbeids-overeenkomst' worden niet gedekt door dat artikel.¹⁵

In de Internationale Arbeidsorganisatie treft men een vergelijkbare opvatting aan. Zo onderschrijft vakverenigingsvrijheidcomité van de IAO de opvatting van het ESH-Comité met de uitspraak dat 'the solution to a legal conflict as a result of a difference in interpretation of a legal text should be left to the competent courts'.¹⁶ Dat ligt in de lijn van wat het deskundigencomité van de IAO als de kern van het stakingsrecht ziet: 'The right to strike is one of the essential means available to workers and their organizations for the promotion and protection of their economic and social interests. These interests not only have to do with better working conditions and pursuing collective demands of an occupational nature, but also with seeking solutions to economic and social policy questions and to labour problems of any kind which are of indirect concern to the workers.'¹⁷

3.1.2 *Het dispuut in Nederland*

De discussie over dit onderscheid tussen belangen- en rechtsgeschillen heeft zich in Nederland vooral afgespeeld in de jaren tachtig.¹⁸ Volgens sommige schrijvers ging de opvatting van het ESH-Comité veel te ver, in elk geval verder dan art. 6 lid 4 noodzaakte. Zo stonden Maris en Luttmmer-Kat een enge interpretatie van dit onderscheid voor, in die zin dat geschillen over besluiten van ondernemers die tot het prerogatief van de ondernemer behoren, in beginsel rechtsge-

14 Een staking om een wettelijk verboden ongelijke behandeling te handhaven zal nimmer met een beroep op art. 6 lid 4 ESH geoorloofd kunnen zijn.

15 Dat heeft betrekking op de zogenaamde vredesplichtclausules in CAO's of in andere op landelijk (centraal) niveau overeengekomen standaardregelingen inhoudende een vredesplicht, zoals in Denemarken en België, waar 'nationale' CAO's bestaan.

16 Aldus het IAO-Comité voor de vakverenigingsvrijheid, Digest 1985, p. 75; zie ook Tilstra, a.w., p. 292.

17 Het Comité van Deskundigen voor de toepassing van conventies en aanbevelingen van de IAO, in Freedom of association and collective bargaining, 'General Survey of the reports on Conventions 87 and 98', Geneva 1994, p. 65.

18 Zie daarover Tilstra, a.w., p. 282 e.v.; en Schut, a.w., p. 143 e.v.

schillen zijn waarvoor het stakingswapen niet mag worden ingezet. De discussie was in 1980 door Peeters geopend naar aanleiding van een vonnis van een Arubaanse rechter die een staking met als inzet het ongedaan maken dan wel het weer in dienst nemen van een ontslagen collega onrechtmatig achtte, omdat de weg naar de rechter daarvoor openstond.¹⁹ Peeters verdedigt de stelling dat deze kwestie wel degelijk een belangengeschil betrof, omdat het aan de werkgever is om te kiezen voor de maatregel van ontslag. Volgens Peeters is het een vraag van beleid van de werkgever die op zich niet ter beoordeling of beslissing van de rechter staat. Een staking kan derhalve niet om die reden worden verboden. In zijn *NJB*-bijdrage van begin 1980 gaat Peeters nog wat verder door ook besluiten op het gebied van ondernemersbeleid aangemerkt moeten worden als belangengeschillen en derhalve inzet van collectieve acties kunnen zijn.²⁰ Dat impliceert in zijn ogen dat ook wanneer medezeggenschap in het geding is, werknemersorganisaties het recht op collectieve actie hebben wanneer zij het niet eens zijn met besluiten van de ondernemer die onderworpen zijn aan medezeggenschap van de zijde van de ondernemingsraad.²¹

Maris gaat dit te ver.²² Dat geldt a fortiori voor de situatie dat een vakbond een enquêteprocedure voor de Ondernemingskamer zou kunnen beginnen, omdat er sprake is van 'wanbeleid' van de zijde van de ondernemer. Hij wil art. 6 lid 4 beperkt zien tot geschillen over alles wat in de arbeidsvoorwaardensfeer aan de orde is of kan komen; daar heerst immers het beginsel van contractsvrijheid, er is ruimte voor onderhandelen tussen de twee belangengroepen. Dat sluit zijns inziens ook aan bij de achtergrond van art. 6 ESH waarin naar zijn mening wordt uitgegaan van een onderscheid tussen collectief optreden ter zake van arbeidsvoorwaardenvorming en collectief

19 De Arubaanse rechter nam het zware woord 'eigenrichting' in de mond voor de acties die de vakbond tegen die maatregel organiseerde. Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 28 juni 1979, *Prg.* 1980, p. 1425 en de reactie van J.A.J. Peeters daarop in *Prg.* 1980, p. 17.

20 J.A.J. Peeters, 'Het recht op collectieve actie van werknemers', *NJB* 1980, p. 65 e.v.

21 Internationaal wordt over deze kwesties eveneens gediscussieerd. Zie daarover Novitz, a.w., p. 57 e.v. die met verwijzingen naar bronnen in verschillende landen de stelling betreft dat acties in het kader van 'industrial democracy' waarin participatie van werknemers in besluitvorming binnen de onderneming niet eo ipso ongeoorloofd zijn.

22 A.G. Maris, 'Stakingsrecht en belangengeschillen in het ESH', *SMA* 1983, p. 278 e.v.

optreden van werknemers en hun organisaties ten aanzien van een besluit van de ondernemer als ondernemer. Volgens Maris valt het bestaan van een bevoegdheid van de rechter, in casu de Ondernemingskamer, om besluiten, beleid dan wel een optreden van de ondernemer op grond van art. 25 jo. art. 26 WOR en art. 2:355 BW te toetsen, toch niet te combineren met de mogelijkheid, het recht van de werknemers om tegen diezelfde werkgever met collectieve acties te dreigen en ze in te zetten tegen besluiten, handelingen of beleidsmaatregelen van de ondernemer die getoetst zijn of althans getoetst kunnen worden door de rechter. Dat geldt in zijn oordeel des te sterker als de OK bevoegd is concrete maatregelen, voorzieningen te treffen tegen de ondernemer die zijn verplichtingen als ondernemer tegenover de ondernemingsraad of de vakbonden schendt. De wetgever geeft de ondernemer-werkgever het recht, de bevoegdheid om zijn beleid vorm te geven en ter uitvoering van het bedrijfsbeleid de nodige besluiten te nemen.²³ Een collectief optreden van werknemers daartegen is daardoor een rechtsgeschil en geen belangengeschil. De bescherming van art. 6 lid 4 ESH vervalt daardoor.

Toch sluit ook Maris niet uit dat collectief optreden in dat soort situaties onder voorwaarden gerechtvaardigd kan zijn en kan vallen onder de bescherming van art. 6 lid 4 ESH. Zijn de werknemers en/of vakbonden van mening dat een besluit van de ondernemer onrechtmatig is, dan kunnen zij over dat besluit in onderhandeling treden met de ondernemer. Zolang de rechter (nog) geen oordeel heeft gegeven over de (on)rechtmatigheid van het betreffende besluit, staat de werknemers het stakingswapen ter beschikking. Na rechtmatigverklaring van het ondernemersbesluit, is collectieve actie uitgesloten, omdat er sprake is van een rechtsgeschil. Is het besluit volgens de rechter onrechtmatig, dan is er plaats voor verder collectief onderhandelen en in dat kader eventueel collectieve acties.

Zoals reeds is opgemerkt stelt Luttmer-Kat zich aan de zijde van Maris op tegen Peeters.²⁴ Zij onderschrijft graag de omschrijving van de Franse arbeidsrechtjurist Blanc-Jouvan, die rechtsgeschillen reserveert voor geschillen die betrekking hebben op een subjectief recht, de toepassing of interpretatie ervan, ongeacht de herkomst, terwijl

23 Die bevoegdheid is overigens niet onbegrensd: CAO, individuele arbeidsovereenkomst en de wet stellen daaraan grenzen. Zie Maris, a.w., p. 282.

24 A.M. Luttmer-Kat, 'Zijn collectieve acties tegen ontslagmaatregelen rechtens toegestaan?', *SMA* 1989, p. 333 e.v.; A.M. Luttmer-Kat, *Ondernemersbesluiten onder actievuur*, Deventer 1990.

belangengeschillen door hem worden aangemerkt als economische geschillen die betrekking hebben op wijziging en verbetering van bestaande rechten of ontwikkeling van nieuwe rechten via onderhandelingen.²⁵ Veel collectieve acties die van Peeters ‘mogen’, vinden geen genade in de ogen van Luttmer-Kat. Zo zijn acties tegen ontslagen geen belangengeschillen, maar rechtsgeschillen die derhalve voor de rechter zullen moeten worden ‘uitgevochten’. Gaat het om ontslagbeleid, dan kunnen werknemers daartegen wel collectief actie voeren, het gaat immers niet om geldende regels, maar om toekomstig beleid dat nog vastgelegd moet worden in regels.²⁶ Evenals Maris acht zij ondernemersbesluiten ter uitvoering van bedrijfsbeleid niet ‘vatbaar’ voor een rechtmatige bestrijding door collectieve acties onder de beschermende paraplu van art. 6 lid 4 ESH. Het zijn immers geschillen over de uitoefening van een discretionaire ondernemersbevoegdheid. En zoals Maris betoogt, de wetgever heeft in deze de ondernemingsraad – binnen de kaders van de wet – bevoegdheden gegeven om invloed op het beleidsbesluit van de ondernemer uit te oefenen en eventueel naar de rechter te stappen in geval van een geschil met de ondernemer.²⁷

- 25 Meer concreet ‘negotiation of collective agreements’; aangehaald door Luttmer-Kat in *SMA* 1989, p. 337.
- 26 Ook in geval van collectief ontslag kunnen werknemers niet zomaar een beroep doen op het recht op collectief optreden ter afwering van het ontslagbesluit, omdat zij wettelijk een recht op consultatie hebben. Het ontslagbesluit kan niet worden ontkracht door collectieve acties en het niet geraadpleegd zijn kan via de rechter worden afgedwongen. Het zijn dus rechtsgeschillen in de ogen van de schrijfster. Dat geldt niet voor de regeling van de sociale gevolgen van collectief ontslag. Het gaat dan om een belangengeschil. Zij kunnen voorwerp zijn van onderhandelingen tussen de werkgever en de vakbonden. Hier kan het stakingsmiddel worden gebruikt. Luttmer-Kat, *SMA*, p. 345-346.
- 27 Luttmer-Kat, *Ondernemersbesluiten onder vuur*, p. 16 e.v. Dat vakbonden niet direct betrokken en gebonden zijn, is voor haar geen reden om de vakbonden de mogelijkheid, het recht te geven om met collectieve acties de bevoegdheid van de ondernemer te (door)breken. Omdat het juridisch moeilijk is om dat te baseren op het oordeel dat het geen belangengeschil is tussen werkgever en vakbonden, baseert Luttmer-Kat de gebondenheid van de bonden op de beperkingsgrond van art. 31 ESH ‘bescherming van rechten en vrijheden van derden’, te weten ‘het recht van de ondernemer om binnen de door de wet en de jurisprudentie gestelde grenzen het economisch beleid te bepalen en de hiertoe benodigde besluiten te nemen’; a.w., p. 19.

Tegenover deze beide schrijvers staan Duk, Rood,²⁸ Van het Kaar²⁹, Schut en Tilstra.³⁰ De discussie spitst zich vooral toe op de problematiek van de vrijheid van de ondernemer om beleid te voeren dat hem goedgeeft voor het bedrijf. Fase, die met Loonstra op dit punt een tussenpositie inneemt, had bepleit dat waar het recht op het voeren van collectieve acties botst op het medezeggenschapsrecht dat toch een rechtens erkend middel is om invloed op het beleid van de ondernemer uit te oefenen, het actierecht moet wijken voor het eerst gebruikmaken van de openstaande rechtsmiddelen.³¹ Pas als de medezeggenschapsroute doorloopt, blijft de collectieve actie als laatste middel over.³² Fase beoordeelt het op de effectiviteit van de middelen die beproefd kunnen worden: is met het medezeggenschapsinstrument eenzelfde of vergelijkbaar resultaat te behalen als met een collectieve actie, dan gaat de eerste voor. Een actie die in die situatie wordt ingezet, wordt dan ongeoorloofd. De 'rechtsweg' heeft prioriteit.³³ Fase laat er overigens op volgen dat het collectief actierecht van vakbonden in beginsel niet opzij wordt gezet door het medezeggenschapsrecht van een ander werknemersorgaan dat opkomt voor de belangen van de werknemers, de ondernemingsraad. Fase wil deze gescheiden zien. Dat zou kunnen impliceren dat vakbonden het stakingswapen behouden ook als de ondernemingsraad nog in het medezeggenschapstraject zit. Loonstra, die dicht tegen de lijn van Fase aan zit, trekt het wat breder, waar hij stelt dat collectieve actie niet is toegestaan 'op het moment dat een derde bij een gerezen geschil het ter discussie staande beleidsonderdeel in zijn totaliteit kan doorlichten

- 28 M.G. Rood in zijn bespreking van de oratie van Luttmmer-Kat in *RMThemis* 1991, p. 513 e.v.
- 29 R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvechting*, Deventer 1993, p. 202.
- 30 Zie ook A.Ph.C.M. Jaspers, 'De Hoge Raad in belangenconflicten', *SR* 2000, p. 65.
- 31 W.J.P.M. Fase, 'Medezeggenschap en collectieve actie', in: A.L. Asscher e.a. (red.), *Arbeid in kort geding*, Deventer 1983, p. 13 e.v.
- 32 Aldus vat Schut, a.w., p. 146, de opvatting van Fase kernachtig en beeldend samen.
- 33 Het zij gezegd dat Fase hier veeleer de vraag van het al dan niet 'premature' karakter van de actie aanroert, dan het onderscheid rechtsconflict versus belangenconflict. Je wordt op dat idee gebracht doordat hij spreekt van 'rechtsweg'. Overigens hanteert ook Luttmmer-Kat een soortgelijke redenering, al gaat zij verder dan Fase: is er nog een rechtsweg open voor enig collectief van werknemers dan is collectieve actie om die reden onrechtmatig. Zie ook Tilstra, a.w., p. 287.

om er zonodig correctie op aan te brengen'.³⁴ Onder de (beperkende) voorwaarde dat de tussenkomst een onafhankelijke derde kan worden gevraagd 'wiens oordeel niet aan banden is gelegd', kan het recht op collectieve actie volgens Loonstra aan banden worden gelegd.

Duk neemt een ruimer standpunt in waar hij stelt dat waar de ondernemer beleidsvrijheid heeft, er steeds sprake is van een belangenschil. Dat is slechts anders indien er geen beleidsvrijheid bestaat, zoals bij de vraag of een regel hetzij uit de wet hetzij uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst al dan niet wordt nageleefd. Duk ziet liever dat beslissende betekenis wordt toegekend aan het feit dat er een geschil bestaat dat een collectief belang raakt, dat door collectieve onderhandelingen kan worden opgelost. Komen als gevolg van deze benadering veel beleidsconflicten onder het bereik van art. 6 lid 4 ESH, dat betekent nog niet dat die dan vervolgens ook allemaal openstaan voor geoorloofde collectieve acties als men het met elkaar niet eens wordt. Zo ver wil Duk ook weer niet gaan. De beperking zoekt hij hierin dat beoordeeld moet worden of het belang 'in geding' een voldoende collectief karakter heeft. Een maatstaf zoekt Duk in het handelen van de ondernemer: indien dat handelen zijn werknemers als collectiviteit raakt, is aan die voorwaarde voldaan. Wordt de beoordelingsmarge voor een rechter of andere derde wel ingeperkt³⁵, zij is er nog wel. Het probleem lijkt daardoor te worden doorgeschoven en niet echt afdoende te worden opgelost.³⁶

Tilstra en Schut³⁷ volgen de lijn Peeters-Duk. Het onderscheid tussen een belangenschil en een rechtsgeschil moet ten gunste van het eerste worden uitgelegd. Tilstra sluit zich aan bij Loonstra: daar waar het (arbeids)recht geen inhoudelijke criteria geeft ter toetsing of

34 C.J. Loonstra, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen 1990, p. 84.

35 De verdeling van de bewijslast zal hier, zoals in zeer veel geschillen die voor de rechter worden uitgevochten, van eminent belang zijn. Zal de bestaakte werkgever moeten 'bewijzen', aantonen dat de maatregel, het besluit dat hij heeft genomen, niet de collectiviteit van de werknemers raakt, maar slechts één individu zonder 'collectieve uitstraling of uitwerking'? Of gaat de rechter, zoals gewoonlijk in kort geding oordelend, uitmaken of het 'wel collectief genoeg' is? Of die beoordelingsvrijheid van de rechter zich verhoudt met de regeling van art. 6 jo. art. 31 ESH, zal hieronder nog uitgebreid aan de orde komen. De recente conclusies van het Comité hebben hierop wellicht een wat ander licht geworpen.

36 Dat geeft Duk ook volmondig toe. R.A.A. Duk, 'Stakingsdoeleinden', in: A.L. Asscher e.a. (red.), *De Maris-bundel*, Deventer 1989, p. 26.

37 Schut, a.w., p. 157-160. Een helder eigen standpunt formuleert zij, in tegenstelling tot Tilstra, overigens niet.

bepaalde eisen wel of niet rechtvaardig zijn, is er bij strijd over dergelijke zaken geen sprake van een rechtsgeschil, maar van een belangengeschil. Onderscheidend zou dan zijn of de rechter of een andere derde die geëdieerd wordt in een conflict, een 'volwaardige inhoudelijke toetsing' toekomt, waarvoor het recht derhalve de benodigde normen moet aanreiken. Tilstra besluit dan met de opvatting dat het 'doorslaggevend (is) voor de vraag of er van een belangengeschil sprake (is), of het geschil zich leent voor een juridische beslechting'.³⁸

3.1.3 De Nederlandse rechter

De Nederlandse rechters hebben zich zelden uitgelaten over wat onder een belangengeschil ter onderscheiding van een rechtsgeschil moet worden verstaan om aldus een afbakening te maken over de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH. In de rechterlijke uitspraak die aanleiding is geweest voor het door Peeters gestarte debat in de jaren tachtig, wordt niet *expressis verbis* verwezen naar de begrippen rechts- en belangengeschil. Impliciet besliste de rechter dat het hier ging om een rechtsgeschil waarover de rechter moet beslissen. Staking is dan een vorm van eigenrichting en om die reden onrechtmatig.³⁹ De wijze waarop het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba het verbod van een staking motiveerde, was voor Peeters aanleiding om het punt aan te snijden. Peeters 'verweet' de rechter geen acht te hebben geslagen op art. 6 van het ESH.⁴⁰ Een paar jaar later (1981) staat de rechter voor de beoordeling van een bedrijfsbezetting bij de Ford-onderneming in Amsterdam die gericht is tegen een dreigende sluiting met een verlies van meer dan 1200 banen. De President van de

38 Tilstra, a.w., p. 293. In dezelfde passage voegt zij er – en passant – aan toe dat het moet gaan om een 'zuiver juridische oplossing'. Dat lijkt mij weer iets verder te gaan.

39 De rechter hanteert in deze zaak termen als 'misbruik van bevoegdheid en van macht' die tot onrechtmatigheid moet leiden. Zie *Prg.* 1980, nr. 1, p. 11.

40 Formeel hoefde dat overigens ook niet omdat het ESH nog niet geratificeerd was. Het vonnis dateert van 1979 en de ratificatie is van 1980. Peeters wijst op de anticiperende interpretatie die Gerechtshof Amsterdam in 1972 toepaste in de stakingszaak in de metaalindustrie. (Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192). Zoals reeds eerder vermeld, merkte de Arubaanse rechter het conflict over een aan een collega gegeven ontslag die samen met andere collega's een conflict hadden met de directie over de uitvoering van een taak, aan als een rechtsconflict en niet zoals Peeters in de noot onder het vonnis bepleitte, als een belangenconflict. Zie *Prg.* 1980, nr. 1, p. 8 e.v.

Amsterdamse Rechtbank concludeert dat het hier een belangengeschil betreft waarbij de vakbonden het inzetten van een collectief actiemiddel niet kan worden ontzegd.⁴¹ In 1987 verklaarde het Amsterdamse Hof een staking tegen een door de onderneming gevoerd ontslagbeleid niet onrechtmatig op de enkele grond dat het onderwerp van de stakingsactie buiten de scope van het stakingsrecht viel.⁴² Het Haagse Hof valt het Amsterdamse Hof bij door een gegeven of beoogd ontslag van een of meer werknemers als een belangengeschil aan te merken die een collectieve actie kan rechtvaardigen.⁴³

In het baanbrekende *NS*-arrest van 1986 duikt het begrip wel op. Geheel in lijn met de opvatting van het Comité van het ESH karakteriseert de Hoge Raad het *NS*-geschil als 'een geschil met betrekking tot de belemmering in de uitoefening van het recht op collectieve onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden van (o.m.) de werknemers in dienst van de NS welke voorwaarden in elk geval bij CAO plachten te worden vastgesteld, als met betrekking tot de inhoud van die arbeidsvoorwaarden'.⁴⁴ Dat is een belangengeschil dat valt onder art. 6 lid 4.

Vijf jaar later (in 1991) geven het Antilliaanse Hof van Justitie en de Hoge Raad in cassatie een ruime uitleg aan de begrippen. De staking was onder andere gericht op het opheffen van ongelijke beloning van mannen en vrouwen in het (bijzonder) onderwijs. Het hof

41 Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, *NJ* 1981, 424. De bezetting wordt echter toch onrechtmatig verklaard omdat hij niet als laatste middel was gehanteerd. De vakbonden hadden in kort geding kunnen vorderen dat Ford zich onthoudt van de verdere maatregelen totdat de Ondernemingskamer uitspraak heeft gedaan in de aangespannen enquêtezaak. In appèl werd deze uitspraak door het Hof Amsterdam vernietigd, overigens niet op het punt waar het hier over gaat. Hof Amsterdam 22 oktober 1981, *NJ* 1982, 23.

42 Hof Amsterdam 12 november 1987, *KG* 1988, 301. De staking werd – opnieuw – onrechtmatig geacht, omdat niet vaststond dat het conflict niet nog via onderhandelingen kon worden beëindigd; met een beroep dus op het ultimatum-remedium-criterium.

43 Hof 's-Gravenhage 13 maart 1987, *KG* 1987, 274. De vakbond had uitdrukkelijk een beroep gedaan op het ESH en op de conclusies van het Comité waarin acties tegen ontslagbeleid als vallend binnen de scope van art. 6 lid 4 worden aangemerkt. De acties worden ook in dit geval weer onrechtmatig verklaard wegens overtreding van het ultimatum-remedium-criterium.

44 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688. r.o. 3.4 laatste alinea. In cassatie was bestreden dat de actie die zicht richtte tegen het beleid van de regering, geen belangenconflict was, omdat hij niet plaatsvond in het kader van collectieve onderhandelingen, zoals art. 6 lid 4 ESH eist. Zie *NJ* 1986, p. 2554.

constateerde dat het hier ging om een in rechte afdwingbare verplichting. Maar ondanks die afdwingbaarheid wordt 'de mogelijkheid om dat doel door middel van een staking te bereiken *uiteraard* onverlet' gelaten.⁴⁵ Daarmee wordt een geschil dat onmiskenbaar ook het karakter heeft van een rechtsgeschil, ook als een belangengeschil in de zin van art. 6 lid 4 ESH aangemerkt. De rechtspraak lijkt daarmee de ruime opvatting zoals die in de literatuur wordt verdedigd, te aanvaarden.⁴⁶ In het bedrijfsbezettingsarrest van de Hoge Raad in hetzelfde jaar (1991)⁴⁷ is ons hoogste rechtscollege weer veel voorzichtiger. Hij concludeert, met de A-G Koopmans⁴⁸, dat in de situatie dat er nog een rechtsweg openstaat, het grijpen naar het stakingsmiddel een daad van eigenmachtig handelen is, die om die reden ongeoorloofd moet worden geacht.⁴⁹ Die weg ziet de Hoge Raad breed. Ook al was de actie van de vakbonden gericht op het behoud van de werkgelegenheid bij het bedrijf Elka⁵⁰, het gekozen middel van collectieve actie kon niet door de beugel, omdat de bonden het middel van de enquête op grond van wanbeleid van de directie nog ter beschikking hadden en niet hadden aangewend.⁵¹

In zijn uitgebreide conclusie in deze zaak constateert A-G Koopmans dat het veelal moeilijk en dus voor de oplossing van de vraag naar de rechtmatigheid van een staking niet dienstig is, om onderscheid te maken tussen rechts- en belangengeschillen. In aansluiting op Fase bepleit hij om de kwestie van het nog 'openstaan van een rechtsweg' te benaderen vanuit het *ultimum remedium*-beginsel. Dat heeft het 'voordeel dat het in individuele gevallen gemakkelijker hanteerbaar is'. Een scherpe grens tussen die twee gebieden is er

45 HvJ NA van 12 maart 1991 als weergegeven in het arrest van de HR van 6 juni 1992, *NJ* 1993, 25. De Hoge Raad tast deze redenering niet aan.

46 Opmerkelijk is dat ook A-G Koopmans in zijn conclusie in het geheel niet verwijst naar de gevoerde discussie. In de uitspraken van het Hof en de Hoge Raad, noch in de conclusie van de A-G wordt melding gemaakt van het ESH. In het cassatiemiddel wordt op art. 6 lid 4 wel uitdrukkelijk een beroep gedaan. *NJ* 1993, p. 71 l.k.

47 HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 690.

48 *NJ* 1991, p. 2972-2973.

49 Annotator Stein onderschrijft deze redenering; zie *NJ* 1991, p. 2978-2979.

50 Daarvoor was in de ogen van de bonden het vertrek van de directie noodzakelijk (omdat die van het bedrijf af wilde) welk doel kracht werd bijgezet door het bedrijf te bezetten en de directie buiten de poort te houden.

51 Daarmee hadden zij een effectief middel in handen gehad. Als dat in de ogen van de bonden te lang zou duren, hadden zij ook nog in kort geding om maatregelen tegen de directie kunnen vragen. Die conclusie trekt ook de A-G; *NJ* 1991, p. 2975-2976.

bovendien niet te trekken, daarvoor is er een te ‘groot tussengebied’. Volgens Koopmans kan men dan ook dichter bij art. 6 lid 4 in zijn context blijven: beleid van de werkgever dat te maken heeft met arbeidsvoorwaarden, in ruime zin⁵² aan de ene kant, en beleid dat daarbuiten staat, aan de andere kant. Deze aanpak van Koopmans heeft in de rechtspraak van de jaren tachtig ook wel navolging gekregen.⁵³

De laatste jaren is dit punt één keer impliciet en tweemaal expliciet aan de orde geweest. Uit het arrest van de Hoge Raad in de *Douwe Egberts*-zaak van 2000 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een conflict tussen werkgever en vakbonden over een voorgenomen herstructurering van het concern, dat zich toespitste op uitbesteding van activiteiten, als belangengeschil aanmerkt dat als zodanig door art. 6 lid 4 ESH gedekt wordt.⁵⁴

In de uitspraak van de Amsterdamse President van de Rechtbank naar aanleiding van de solidariteitsstaking van de vakbond van piloten met hun collega's van North West in 1998 wordt een conflict over werkgelegenheidsafspraken uitdrukkelijk als een belangengeschil aangemerkt.⁵⁵ Dat mag volgens de rechter op zich juist zijn, beoordeeld moet nog wel worden of op het moment dat de staking wordt uitgeroepen het belangengeschil tussen partijen zich ook voordoet, zich manifesteert. In het betrokken geval was dat niet zo, omdat partijen enige tijd geleden in onderhandelingen over het werkgelegen-

52 Koopmans rekent daar ook ontslagen en flexibilisering van arbeidstijden toe. *NJ* 1991, p. 2973.

53 Zie onder andere Pres. Rb. Maastricht 13 maart 1982, *RvdW/KG* 1982, 49; en Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, *NJ* 1981, 424 (overigens vernietigd door Hof Amsterdam, maar niet op dit aspect; Hof Amsterdam 22 oktober 1981, *NJ* 1982, 23).

54 HR 28 januari 2000, *JAR* 2000/63. Nog preciezer ging het om het in een afspraak tussen vakbonden en onderneming vastleggen dat de werknemers in dienst van Douwe Egberts zouden blijven en zouden worden gedetacheerd naar het bedrijf dat de uitbestede activiteiten ten behoeve van Douwe Egberts zou gaan verrichten. De directie voelde daar overigens niet veel voor. De staking werd tot in casu onrechtmatig geacht, omdat zij niet als ‘uiterste middel’ werd gehanteerd. Op dit arrest kom ik hieronder nog terug. In een ander recent geval (acties bij de Nederlandse Spoorwegen door een collectief van werknemers: het ‘Zutphense collectief’) ging de Zutphense rechter er ook impliciet van uit dat collectieve acties tegen ingrijpende reorganisatieplannen als een belangengeschil moeten worden aangemerkt dat onder art. 6 lid 4 valt. Zie Rb. Zutphen 20 maart 2001, *JAR* 2001/65.

55 Pres. Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, *JAR* 1998/195. Saillant punt is wellicht wel dat Peeters als fungerend president optrad.

heidsaspect hadden gesproken en er toen geen conflict daarover was gerezen. Dan kan dat niet enige tijd later alsnog als reden voor de collectieve actie worden aangevoerd.

In 2003 is de vraag of een bepaald conflict met een werkgever dat niet direct als een arbeidsvoorwaardengeschil is aan te merken, toch als een belangengeschil als gedekt door art. 6 lid 4 ESH kan worden beschouwd. De Utrechtse rechter kwalificeert een geschil tussen werknemers en hun werkgever als een belangengeschil – en dus geen rechtsgeschil – als het geschil ‘de werknemers in gezamenlijkheid raakt en door collectief onderhandelen kan worden opgelost’.⁵⁶ In twee van de drie besliste gevallen kwam de rechter tot de conclusie dat op grond van de ratio achter art. 6 lid 4 ESH, namelijk *de waarborging van een onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, teneinde het recht op vereniging van werknemers volledig te kunnen uitoefenen*, het begrip belangengeschil ruim moet worden uitgelegd. Een conflict over (de totstandkoming van) een sociaal plan in verband met de sluiting van een onderdeel van het Sphinx-concern is volgens de Utrechtse rechter een belangenconflict. In de *CSU Schoonmaak*-zaak en in de *Aldi*-zaak van een paar maanden later formuleert hij het op dezelfde wijze. Hoewel de rechter in het geheel niet verwijst naar de opvatting in deze van het ESH-Comité is de gehanteerde formulering bijna letterlijk die van het Comité: ‘(...) elk geschil tussen een werkgever en een deel van het personeel dat door collectief onderhandelen kan worden opgelost, niet zijnde een rechtsgeschil, in het bijzonder niet één met betrekking tot het bestaan, de geldigheid en de interpretatie van een CAO of de schending daarvan’.⁵⁷ De conclusie is in beide zaken niet dezelfde. In de eerstgenoemde zaak ging het om de totstandkoming van een aanvullende CAO met individuele werkgevers – dat wil zeggen aanvullend ten opzichte van de bedrijfstak-CAO – of correcter gezegd om een weigering om dat te doen waartegen de staking zich richt. De rechter noemt volmondig een belangengeschil en dus gedekt door art. 6 lid 4 ESH. Dat geldt niet voor de andere zaak. Daar ging het om stakingsacties van het Aldi-personeel tegen maatregelen tegen twee medewerkers van Aldi die het opnamen voor de werknemers tegen wat genoemd werd ‘feodaal en intimiderend’ optreden van de directie van Aldi. De rechter stelt dat ‘in het algemeen een geschil over een

56 Vznr. Rb. Utrecht 3 februari 2003 (*Sphinx*), n.n.g.; Vznr. Rb. Utrecht 11 april 2003, *JAR* 2003/102 (*CSU Schoonmaak*); Vznr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, *JAR* 2003/193 (*Aldi*).

57 Zie vorige noot.

maatregel die jegens een individuele werknemer is genomen, niet valt aan te merken als een belangengeschil in de zin van het ESH. Immers, doorgaans zal aan een dergelijke maatregel een individueel (arbeids)conflict ten grondslag liggen, dat de overige werknemers in de organisatie *niet in gezamenlijkheid* zal raken en waarbij slechts de werknemer in kwestie belang heeft bij de opheffing daarvan.⁵⁸

Dat wordt volgens de rechter evenwel ‘anders, indien de door een werkgever jegens een individuele werknemer genomen maatregel niet zozeer zijn grondslag vindt in het functioneren van de werknemer zelf, maar rechtstreeks verband houdt met onderliggende feiten en omstandigheden, welke binnen de organisatie van de werkgever in redelijkheid als een collectief geschil kunnen worden aangemerkt’.⁵⁸ Dat was in deze zaak niet het geval, zo stelt de rechter feitelijk vast, overigens anders dan de agerende vakbond had aangevoerd.

3.1.4 Conclusie

De discussie over de betekenis en de reikwijdte van het recht tot collectieve actie in geval van een belangengeschil is met deze rechtspraak wellicht wat in banen geleid. Zij biedt wel een aanpak die in de praktijk bruikbaar is. Dat houdt niet in dat de discussie ook ten einde is. Dat bewijst niet alleen de oplossing die A-G Koopmans aanbiedt, maar ook de toepassing van de ‘Utrechtse aanpak’ in concrete gevallen.

In de literatuur wordt wel verdedigd dat het recht op collectieve actie onderdeel is van ‘industriële democratie’. In de ontwikkeling van de industriële democratie zoals die in Europa in elk geval vorm

58 Vznr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, *JAR* 2003/193, r.o. 4.5. De rechter constateert dan op basis van de feiten dat het gaat om op zichzelf staande maatregelen tegen die twee werknemers. ‘Niet aannemelijk is gemaakt dat deze zijn terug te voeren tot de onderliggende spanningen binnen de onderneming’. (r.o. 4.7). De vakbond die de acties steunde (FNV Bondgenoten) had betoogd dat de door Aldi genomen maatregelen tegen de twee niet hun grondslag vinden in het functioneren van deze werknemers zelf, maar rechtstreeks verband hielden met de verstoorde arbeidsverhouding tussen Aldi en een groot deel van haar werknemers. Als gezegd, de grote groep van medewerkers had het optreden van Aldi als feodaal en intimiderend ervaren en ‘pikte dat niet langer’. Op de conclusie van de rechter valt wel wat af te dingen indien men de situatie bij Aldi vanuit de arbeidsverhoudingen binnen die onderneming bekijkt. Hoger beroep is evenwel niet ingesteld.

heeft gekregen⁵⁹, hebben de inspraakrechten van werknemers een steeds steviger plaats gekregen. Dat betekent ook dat de scope van onderhandelingsituaties is verruimd, niet alleen in kwantitatief opzicht, maar ook en vooral kwalitatief. De onderhandelingspunten zijn daarmee niet meer beperkt tot arbeidsvoorwaarden die voor de werknemers van onmiddellijk belang zijn, maar strekken zich uit tot onderwerpen die met de organisatie van de arbeid en het opereren van de onderneming samenhangen. Collectieve actie wordt dan gezien als onderdeel van het hele onderhandelingsproces waarmee werknemers vanuit hun belang de tegenpartij onder druk kunnen zetten. Dat is zeker nodig, zo wordt wel gesteld, wanneer het overleg tussen de ondernemer en de vertegenwoordigers van de werknemers geprofessionaliseerd raakt met verlies van invloed op de 'werkvloer'. Collectieve actie zou dan een drukmiddel zijn om werkgevers te prikkelen met de belangen van de werknemers serieus rekening te houden. Een effectieve vorm van industriële democratie 'should include the right of workers at the shop-floor level to put pressure on management, even if they are represented on a board by a workers' director'.⁶⁰ Gelet op het debat in ons land, maar ook bijvoorbeeld in ons omringende landen als Duitsland en België, wordt deze positie lang niet algemeen aanvaard. De discussie hierover is eigenlijk nog maar net gestart.

Kijken we tot slot nog naar de praktijk in ons land dan zou men zich, zeker uit praktisch oogpunt, wel kunnen vinden in de oplossing die A-G Koopmans bepleit. Het gebrekkige onderscheidend vermogen tussen wat een rechtsgeschil en wat een belangengeschil is, maakt deze begrippen voor de toepassing van art. 6 lid 4 ESH problematisch. De Utrechtse rechter heeft wellicht toch een bruikbaar handvat aangereikt om te kunnen uitmaken of er sprake is van belangengeschil waarvoor derhalve art. 6 lid 4 ESH bescherming biedt.

Dat de problemen niet helemaal zijn opgelost, bewijst de Utrechtse rechter zelf vervolgens wanneer het gaat om het beoordelen van

59 Men denke aan het algemeen aanvaarde beleid binnen de EG om 'sociale dialoog' te bevorderen. In meerdere richtlijnen is dat beginsel erkend en uitgewerkt. Inspraak van werknemers in besluitvorming binnen de onderneming, wat toch steeds als een prerogatief van de ondernemer werd gezien, is daarmee een integraal onderdeel van het sociale beleid van en in de EG en de lidstaten geworden. Zie daarover recentelijk E. Franssen, *Legal issues of the European social dialogue*, Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2002.

60 Aldus Lord Wedderburn, 'Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology?', *ILJ* 26, 1 (1997), p. 26 ff. Zie ook L. Betten, *The Right to Strike in Community Law*, p. 120; en Novitz, a.w., p. 57 e.v.

acties die gericht zijn tegen maatregelen van een werkgever tegen werknemers die zich opwerpen als spreekbuis dan wel belangenbehartigers van het personeel. Op zichzelf kan het criterium dat de Utrechtse rechter hanteert, zeer wel dienen als beoordelingsmaatstaf aan de hand waarvan het feitencomplex moet worden beoordeeld. Indien een maatregel van een werkgever, ook al is die gericht tegen (een) individuele werknemer(s), de werknemers 'als collectiviteit' raakt en daardoor onderwerp van (collectieve) onderhandelingen – tussen werkgever en vakbonden of ondernemingsraad (?)⁶¹ – kan uitmaken, dan dient zij gegeven een ruime uitleg van art. 6 lid 4 ESH als door dat artikel gedekt te worden aangemerkt.

Deze oplossing is wellicht toch te prefereren boven de oplossing van A-G Koopmans. Wanneer men immers die weg kiest en aldus de vraag naar de geoorlooftheid op grond van het onderscheid tussen belangengeschil en rechtsgeschil laat opgaan in de vraag of de collectieve actie wel het 'laatste middel' is – met andere woorden of er niet nog een 'rechtsweg' openstond – preludeert men op de aanvaardbaarheid van het ultimatum-remedium-criterium als maatstaf voor het oordeel of de collectieve actie door de beugel van art. 6 lid 4 ESH kan. Met de recente 'uitspraak' van het Comité in het achterhoofd wordt deze oplossing *fragwürdig*. Dat lijkt ook mee te spelen bij de recente beslissing van de Utrechtse rechter die in zijn vonnis uitdrukkelijk teruggrijpt op de opvatting van het Comité in deze. Het is om die reden dat eerst de kwestie van toelaatbaarheid van het 'laatste middel'-criterium moet worden besproken, vóór we een definitiever oordeel kunnen vellen over de bruikbaarheid van het onderscheid dat art. 6 lid 4 zelf uitdrukkelijk maakt: in het geval dat er een belangengeschil aan de orde is, kan een beroep worden gedaan op de bescherming van het recht op collectieve actie. Gaat het om een rechtsgeschil, dan moet de collectieve actie die bescherming ontberen. Het onderscheid tussen die twee kan dan weer van groot en beslissend belang worden.

61 Indien men de ondernemingsraad niet principieel uitsluit als vertegenwoordiger van de belangen van de werknemers in de onderneming.

3.2 Collectieve acties in het kader van collectieve onderhandelingen

Algemeen wordt aanvaard dat art. 6 lid 4 ESH acties beschermt die worden gevoerd in het kader van collectieve onderhandelingen. Dat houdt in dat bepalend is of er sprake is van onderhandelingen in de zin als art. 6 ESH bedoelt.

Vooreerst moet worden opgemerkt dat in de aanhef van art. 6 enkel gesproken wordt van collectief onderhandelen. De scope wordt door dat artikel niet nader aangegeven, dus ook niet beperkt. Ter waarborging van een ‘*onbelemmerde uitoefening*’ van het recht op collectief onderhandelen is het recht op collectieve actie erkend. Het gaat er dus om dat het stakingsrecht wordt ingezet in dat kader. Het Comité legt dit zo uit dat het onderwerp dat inzet is van de collectieve actie, een onderwerp moet zijn waarover in collectief verband onderhandeld pleegt te worden. Dat houdt in dat het niet beperkt is tot collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden of zoals de Duitse regering en de Duitse rechters stellen dat collectief actierecht in art. 6 direct gelieerd moet zijn aan *het systeem van collectieve onderhandelingen zoals dat in een land geldt*. In Duitse ogen kan en mag het stakingsrecht alleen worden uitgeoefend in het kader van collectieve onderhandelingen of preciezer wanneer de acties gericht zijn op het afsluiten van CAO's en ter veiligstelling van de zogenaamde ‘funktionierende Tarifautonomie’.⁶² De (hoogste) Duitse rechters, het Bundes-Verfassungsgericht (BVerfG)⁶³ en het Bundes-Arbeitsgericht (BAG), baseren zich daarvoor weliswaar niet rechtstreeks op het Charter maar op Artikel 9, Absatz 3 van de Duitse grondwet waarin het recht op collectieve acties wordt erkend. Dat past, zo redeneert de Duitse regering, ook perfect in de betekenis en bedoeling van art. 6 ESH: het collectieve actierecht wordt slechts erkend en beschermd in het kader van het recht op collectief onderhandelen. De directe band die in Duitsland gelegd wordt met CAO-onderhandelingen tussen werkgevers en vakbonden heeft tot gevolg dat het collectief actierecht beperkt is tot vakbonden en tot de priva-

62 De Duitse regeringen wijzen er voortdurend op dat art. 6 lid 4 het sluitstuk is van art. 6. Dat artikel is gericht op een ordelijk proces van collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden doordat het in de eerste plaats verplicht tot ‘bevordering van paritair overleg en vrijwillige onderhandelingen’, en vervolgens, wanneer partijen er niet uitkomen, tot het opzetten en bevorderen van bemiddelingsprocedures ter oplossing van arbeidsgeschillen.

63 BVerfG 26 juni 1991, *Arbeit und Recht (AuR)* 1992, 29.

te sector.⁶⁴ De reden van de beperking tot vakbonden is erin gelegen dat alleen vakbonden bij collectieve onderhandelingen (over arbeidsvoorwaarden) betrokken zijn. Dat het alleen voor de private sector geldt, wordt beargumenteerd met de stelling dat er in de overheidssector geen collectieve onderhandelingen in de zin van art. 6 ESH plaatsvinden: in de overheidssector worden geen CAO's afgesloten.⁶⁵

Het is vaste 'jurisprudentie' van het Comité dat art. 6 lid 4 ESH niet in die beperkte zin mag worden uitgelegd. Zo herhaalde het Comité heel recent in het geval van Slowakije nog eens zijn opvatting dat het stakingsrecht niet mocht worden beperkt tot acties die enkel ten doel hadden om CAO's af te sluiten.⁶⁶ De beperking van het collectief actierecht tot werknemersorganisaties is volgens het Comité in beginsel evenmin in overeenstemming met het Handvest:

'Any bargaining between one or more employers and a body of employees (whether "de juro" or "de facto") aimed at solving a problem of common interest, whatever its nature may be, should be regarded as collective bargaining within the meaning of Article 6.'⁶⁷

Van de andere kant wil het Comité ook weer niet zo ver gaan dat, indien een land het collectief actierecht direct verbindt met het recht op collectief onderhandelen en het daarom toch beperkt tot vakbonden, dit sowieso in strijd is met art. 6.

Hoewel het Comité wel geneigd is lidstaten wat meer ruimte te laten, stelt het, zo laten de recente conclusions zien, wel grenzen. Werd in het verleden de eis van het zijn van vakbond om het sta-

64 Duitsland is overigens bepaald niet het enige land dat voor de publieke sector geen CAO's kent. Ook Nederland kent formeel juridisch gesproken geen CAO's voor de overheid. Er wordt hier wel onderhandeld, maar de ambtenarenstatus verhindert nog steeds de totstandkoming van civielrechtelijke overeenkomsten als CAO's. Dat impliceert echter niet, zoals in Duitsland, dat ambtenarenacties niet onder de beschermende paraplu van het ESC vallen. Dat is wel zo, zij het met meer beperkingen.

65 Duitsland is door het Comité onafgebroken 'terechtgewezen', op beide punten overigens. In zijn Conclusions XV, 2000 heeft het Comité meerdere landen hierop aangesproken: naast Duitsland, Denemarken, Finland, Portugal en Zweden. Daarmee lijkt overigens het standpunt van het Comité niet overeen te stemmen dat art. 6 lid 4 een individueel stakingsrecht erkent, zoals het Comité eerder had beslist.

66 Conclusions XV-2 Add., 2001, art. 6 lid 4; p. 167-172. Het Comité neemt dit standpunt reeds sinds *Cyclus II* in; Conclusions II, 1972, p. 28.

67 Conclusions IV, p. 50. In Conclusions II (p. 28) werden acties om de werkgever te dwingen aan de wettelijke veiligheidsregelingen te voldoen, als vallend onder art. 6 lid 4 beschouwd.

kingsrecht te bezitten en uit te oefenen, als te beperkt van de hand ge-
wezen, in een paar recente cases laat het Comité beperkingen die in
sommige landen worden aangebracht, intact, hoewel het Comité niet
helemaal consequent lijkt in deze.⁶⁸ Een absolute voorwaarde is wel
dat het zeer eenvoudig moet zijn om een vakvereniging op te richten.
Zo stelt het Comité in het geval van Portugal dat de situatie daar
acceptabel is wanneer vaststaat dat een vakvereniging zeer gemakke-
lijk, 'without undue delay and formalities', is op te richten 'even for
the purpose of calling a strike'.⁶⁹ In het geval van Zweden lijkt het
Comité soepeler, maar in de uitwerking laat het toch weinig ruimte.
Het Comité oordeelt dat wanneer, zoals Zweden doet, een klein aan-
tal werknemers 'with a very few formalities', zoals de vorming van
een organisatie met statuten met een doel en een besluitvormings-
procedure en met een benoemd bestuur, een vakbond kan oprichten,
dit in overeenstemming is met het Handvest.⁷⁰ Daaruit zou men
mogen afleiden dat het bij wijze van spreken mogelijk moet zijn om
een vakbond op te richten om onderhandelingen met de werkgever te
gaan voeren ook als dat onmiddellijk gevolgd wordt door collectieve
acties omdat partijen meteen al in een conflictsituatie terecht komen.
Een zeer beperkt organisatorisch kader (statuten als in Zweden) mag
worden geëist.

De Duitse zaak is in verband met de vraag aan wie het recht op
collectieve acties toekomt, vooral interessant omdat het Comité de
strikte regeling die Duitsland kent, afwijst als in strijd met art. 6 lid
4 ESH. Dat is daarom van belang omdat het Comité indirect de ver-
eisten verwerpt voor het mogen voeren van acties als groep van werk-
nemers ter verdediging van de eigen belangen. De Duitse regeling
eist voor het hebben van het recht op collectieve acties en de uitoeffe-
ning ervan onder bescherming van de Duitse grondwet én van het
ESH dat de groep van werknemers (1) een vrijwillige organisatie van

68 Aldus recent nog (2003) het Comité ten aanzien van Slowakije. Het concludeert dat het stakingsrecht 'must be guaranteed also to groups of workers who are not collectively organised in a trade union or in any other legal form'. In Slowakije hebben alleen nationale of regionale afdelingen van vakbonden het recht tot staken. Stakingen van andere personen en entiteiten zijn 'illegal'. Conclusions XVI-2, 2, p. 740.

69 Conclusions XV-2, p. 476. Frankrijk wordt in dezelfde Cyclus XV-1, 2000 'veroordeeld', omdat in de publieke sector alleen de – op nationaal niveau – 'meest representatieve vakbonden een staking mogen initiëren: Conclusions XV-1, p. 254.

70 Conclusions XV-2, 2001, p. 565.

werknemers is op 'überbetrieblicher Ebene'⁷¹; (2) een permanente organisatie vormt met een substantieel aantal werknemers⁷² en in staat echte druk uit te oefenen zodat zij serieus wordt genomen door de tegenpartij; of in andere, Duitse termen: zij moet 'sozial mächtig' zijn en een reële 'Gegenspieler'.⁷³ Dat zou, naar het oordeel van het Comité, een monopolisering van het stakingsrecht inhouden voor 'erkende' vakbonden en dat is heel duidelijk in strijd met art. 6 lid 4.⁷⁴

De positie die het Comité in deze inneemt, namelijk dat elke groep van werknemers het recht op collectieve acties toekomt, houdt in dat ook zogenaamde 'wilde acties' onder de beschermende paraplu van art. 6 lid 4 ESC kunnen vallen. Als die acties georganiseerd en geleid worden door een groep van werknemers buiten de vakorganisaties om, dan wordt die actie beschermd door art. 6 lid 4, uiteraard mits aan de andere voorwaarden wordt voldaan. Dat geldt ook wanneer die groep slechts wordt gevormd rond een lopend conflict met de werkgever.⁷⁵ Vereist is wel dat zij een geschil hebben met de werkge-

- 71 In bepaalde sectoren kent Duitsland evenwel zogenaamde vakbonden voor een enkele onderneming, maar dat zijn dat ondernemingen die over de hele bondsrepubliek actief zijn; zij vormen bijna een bedrijfstak op zichzelf. Het zijn in feite monopolies. Daartoe worden gerekend de Deutsche Bahn en de Deutsche Post. De daar opererende werknemersorganisaties worden gelijkgesteld met de vakbonden op 'überbetrieblicher Ebene'. Hun wordt het recht op collectieve acties niet om die reden ontzegd.
- 72 Dat vertaalt zich doordat zij niet afhankelijk mag zijn van incidentele fluctuaties in de omvang van het ledental.
- 73 Daarnaast eist Duitsland nog twee zaken: (3) de interne organisatie en de besluitvorming moeten gebaseerd zijn op democratische principes, dat wil zeggen op zeggenschap van de leden, en (4) de groep van werknemers moet zich gebonden achten aan het collectieve arbeidsrecht en tot doel hebben CAO's te sluiten ter verdediging van de sociale en economische belangen van de leden. In feite hanteert Duitsland hier de voorwaarden voor het zijn van een 'representatieve' vakorganisatie die daarom is toegelaten tot collectieve onderhandelingen over 'Tarifverträge'.
- 74 Het Comité heeft met een grote standvastigheid deze positie betrokken en Duitsland keer op keer op de vingers getikt. Het Comité van Ministers heeft Duitsland ook officieel gewaarschuwd via een 'Recommendation', de zwaarste 'sanctie' die het ESH kent. Het gebrek aan effectiviteit heb ik reeds gememo-reerd.
- 75 Dergelijke 'spontane' actiegroepen, met soms ook maar een tijdelijk bestaan, duiken in bepaalde sectoren op. Een bekend voorbeeld uit het verleden zijn de actiegroepen in de havens. Vaak waren zij gelieerd aan politieke partijen of partijtjes op de (zeer) linker flank van het politieke spectrum. Zie daarover J.H.A. van der Velden, *Stakingen in Nederland*, Amsterdam 2000 (IISG/IIWI), p. 155-159.

ver en dat een collectief belang en dus niet het belang van één persoon in het geding is.⁷⁶

De toekenning van het stakingsrecht aan elke groep van werknemers roept nog de vraag op of een ondernemingsraad met een beroep op art. 6 ESH mag oproepen tot een collectieve actie en deze mag leiden en organiseren wanneer de raad een conflict met de ondernemer heeft of zelfs wanneer er (collectief) belangengeschil binnen de onderneming is ontstaan, waarbij de ondernemingsraad zelf niet rechtstreeks betrokken is.⁷⁷ Het verbaast natuurlijk in het geheel niemand dat het Duitse recht aan de 'Betriebsrat' het recht op staking of andere collectieve acties expliciet ontzegt. De reden daarvoor is even simpel als passend in de strakke Duitse opvatting over art. 6 lid 4. De Betriebsrat voert nu eenmaal geen onderhandelingen met de ondernemer. Die rol en bevoegdheid heeft de Betriebsrat niet. Het Comité heeft zich niet expliciet hierover uitgelaten, maar het ligt in de lijn van de 'jurisprudentie' van het Comité om deze beperking opnieuw niet te kunnen accepteren. Indien de ondernemingsraad toch in een belangenconflict gewikkeld is met de ondernemer, kan hem het recht op actie voeren niet onthouden worden, omdat de raad qualitate qua voor de belangen van de werknemers opkomt. Principieel de ondernemingsraad als organisatie die de belangen van de werknemers verdedigt, dit recht te weigeren, lijkt niet te verenigen met art. 6 lid 4 ESH, uiteraard wanneer aan de overige voorwaarden van het ESH wel is voldaan.

In de Nederlandse rechtspraak is dit punt nimmer aan de orde geweest. Uit een vonnis van de President van de Rotterdamse Rechtbank in de *SHB*-zaak in 1997 zou men – voorzichtig – kunnen afleiden dat de president de ondernemingsraad niet principieel het recht

76 Dat standpunt wordt ook in de rechtspraak in Nederland aangehouden. Zie het al eerder aangehaalde conflict bij de Nederlandse Spoorwegen over ingrijpende reorganisatieplannen en de collectieve acties van grondtechnici van de KLM: het 'wilde' karakter van de acties was geen reden voor een verbod ervan. Zie Rb. Zutphen 20 maart 2001, *JAR* 2001/65 en Rb. Amsterdam 27 juli 2002, *JAR* 2002/185. Zonder het te weten, maar geheel in lijn met het Comité (in de Noorse zaak, zie Conclusions XV) merkte de rechter in de eerstgenoemde zaak het 'Zutphense Personeelscollectief' aan als een vereniging zonder rechtsbevoegdheid, dat wil zeggen een vereniging naar Nederlands recht met een heel lage drempel.

77 Het overnemen van de (het) staking(sparool) is een meer voorkomend verschijnsel. Vakbonden doen dat nogal eens, al was het maar uit angst voor positieverlies onder de werknemers of om het conflict beheersbaar te houden.

op collectieve actie ontzegt.⁷⁸ In de literatuur wordt wel verdedigd dat de ondernemingsraad in beginsel het recht op collectieve actie moet kunnen uitoefenen. Dat er formeel geen sprake is van onderhandelen uitmondend in een collectief contract naar civiel recht, wordt niet als een absolute belemmering gezien. Het Duitse standpunt vindt hier dus geen ondersteuning. Unaniem is men in dit oordeel niet. Sommige schrijvers menen, zoals we hierboven hebben gezien (par. 3.1.2), dat de ondernemingsraad geen stakingsrecht toekomt, omdat zij een juridische weg hebben om het besluit van de ondernemer waarmee zij het oneens zijn, te laten toetsen door de rechter, in casu de Ondernemingskamer. Anderen verwerpen dit obstakel met een beroep op het feit dat de toetsingsbevoegdheid van de rechter een beperkte is: op de inhoud mag en zal de OK niet in gaan. Het inhoudelijke conflict waarover ondernemer en ondernemingsraad fundamenteel van mening (kunnen) verschillen, staat niet ter beoordeling van de rechter. Of zoals Van der Heijden het uitdrukte: de rechter kan en mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten. Het recht op collectieve actie in een dergelijke situatie wordt door auteurs nu juist gebaseerd op het gegeven dat er tussen partijen een inhoudelijk conflict is ontstaan waarvoor geen rechterlijke beslissing in de plaats treedt en derhalve een belangengeschil is dat via onderhandelingen met inbegrip van het 'drukmiddel' van de collectieve actie moet en kan worden opgelost.⁷⁹ Door sommige voorstanders wordt nog wel geëist dat eerst alle andere middelen zijn uitgeprobeerd zonder het gewenste resultaat te bereiken.⁸⁰

3.3 De aard van de inzet van de staking

De ruime definitie van het Comité van belangengeschillen mag dan veel geschillen tussen werkgever(s) en werknemers onder de beschermende paraplu van art. 6 lid 4 ESH brengen, dat betekent nog niet dat de inzet van acties, het doel dat de actievoerders met de acties

78 Pres. Rb. Rotterdam 8 oktober 1997, *JAR* 1997/229. De president wijst de vordering tegen de OR af omdat de OR niet tot actie had opgeroepen en gezegd had dat ook niet te zullen doen. De individuele OR-leden krijgen wel een verbod opgelegd, omdat het overleg met de OR nog liep en de onderhandelingen met de vakbonden nog moesten plaatsvinden. Acties zouden dan prematuur zijn.

79 Zo bijvoorbeeld Fase, *Medezeggenschap en collectieve actie*.

80 Dat betekent toepassing van het ultimum remedium-criterium. Daarover hieronder uitgebreider.

willen bereiken, niet (mee)weegt bij de beoordeling of een staking gedekt wordt door die bepaling. Het gaat dan niet alleen om de inzet op zichzelf: wordt er gestaakt om een ‘futiliteit’, maar ook of de inzet, het resultaat dat men met de acties hoopt te behalen, het toepassen van dit – ingrijpende – middel wel kan rechtvaardigen. Bij beide is het eigenlijk een vraag van proportionaliteit: óf van doel en middel óf van middel en de gevolgen die het inzetten van het middel heeft voor degenen die erdoor gedupeerd worden of dreigen te worden. Hoewel deze beide wel van elkaar te onderscheiden zijn, zijn ze toch moeilijk te scheiden.⁸¹

3.3.1 *Redelijk doel, aanvaardbare inzet*

Er wordt niet aan getwijfeld dat ‘verbetering van arbeidsvoorwaarden’ onder de termen van art. 6 lid 4 valt. Dat wordt zonder discussie een redelijk doel geacht, een doel dat een staking kan rechtvaardigen. Deze constatering houdt tegelijkertijd in dat het kennelijk ook anders zou kunnen zijn. Vanwege het doel van de acties kan getwijfeld worden aan de redelijkheid ervan. Maar hoe kan en moet de redelijkheid van het doel worden beoordeeld? Is het staken om ‘een paar euro’s’ loonsverhoging redelijk? De beoordeling daarvan kan moeilijk in algemene regels worden vastgelegd. Die algemene uitzondering bestaat alleen wanneer er sprake is van een vredesplicht. Voor het overige zal het neerkomen om een beoordeling op ‘redelijkheid’ van het doel van de acties door de rechter(?) in een concreet geval. De vraag hierbij is natuurlijk welke criteria de rechter moet hanteren om de redelijkheid van het doel, van de inzet te beoordelen.

Omdat het moeilijk blijkt om een oordeel te geven over de redelijkheid van de inzet op zich – waarop zal zo’n oordeel gebaseerd moeten worden – zal het er vaak op neerkomen dat geoordeeld wordt naar de proportionaliteit van doel en middel, in die zin dat voor ‘zoiets gerings’ de gevolgen van het inzetten van het actiemiddel onevenredig zijn. In de Nederlandse rechtspraak heeft de hoogste rechter het standpunt ingenomen dat de rechter zeer terughoudend moet zijn in zijn oordeel over de ‘redelijkheid’ van het doel van de acties. Dat is in de regel ook de praktijk. Het is ook heel moeilijk in een concreet geval te oordelen hoe redelijk het doel op zich is. Toch kan het

81 Vaak wordt dit onderscheid niet eens gemaakt. Het loopt vloeiend in elkaar over. Toch is het niet hetzelfde. Het doel kan ‘gerechtvaardigd’ zijn, maar vanwege de (ingrijpende) gevolgen verkeert de actie in het tegendeel.

een rol spelen bij het oordeel over de geoorloofdheid van collectieve acties, al is het op zich niet doorslaggevend. Op de stelling van de bestaakte werkgever (NS Reizigers) dat 'het doel (een minimale loongarantie) de inzet van het stakingsmiddel niet rechtvaardigt, nu over dit onderwerp een akkoord is gesloten met de vakverenigingen en voorzover het gaat om niet uitgewerkte punten, deze onderwerp zullen vormen van nog te starten onderhandelingen over de CAO', reageert de rechter met een verbod van de acties. Het argument van 'het achterwege laten van een salarisindicatie door de werkgever' wordt in combinatie met het feit dat met de vakbonden was afgesproken dat er over de waarderingmethodieken nog verder dooronderhandeld zou worden, voldoende geacht om de acties te verbieden.⁸²

De voorwaarde van het 'redelijk doel' hangt nauw samen met de notie van 'redelijk belang' bij het inzetten van het wapen van de collectieve actie. Zoals reeds gezegd, art. 6 lid 4 spreekt van een recht op collectieve actie in geval er sprake is van een belangenconflict. In sommige landen die het ESH hebben geratificeerd, wordt de vraag opgeworpen of het moet gaan om een gekwalificeerd belang, of dat de collectieve actie een 'redelijk belang' moet dienen. Is het belang dat de actievoerenden bij hun actie hebben, wel 'fair and reasonable'? Art. 6 bevat geen nadere kwalificaties en ook het Comité stelt geen nadere eisen aan het belang dat men bij een collectieve actie heeft. Bijgevolg kunnen op deze grond geen beperkingen op de uitoefening van het recht op collectieve acties worden gesteld. Die zouden slechts gebaseerd kunnen worden op art. 31 ESH. De omvang en de aard van het belang lijkt in art. 6 niet nader te worden gespecificeerd.

De vraag naar de 'fairness and reasonableness' van het belang dat wordt nagestreefd, kan worden vertaald naar twee aspecten: naast dat van de proportionaliteit wordt ook gegrepen naar de figuur van het 'rechtsmisbruik'.⁸³ Het wapen van de collectieve actie wordt niet 'fair' en 'redelijk' ingezet, als het wordt 'misbruikt'. Dit beroep op 'misbruik van het stakingsrecht' kan aan meerdere situaties refereren.

82 Voor een goed begrip: het betrof hier een wilde staking in het noorden van het land naar aanleiding van de samenwerking van de NS (Reizigers) met een streekbusvervoer onderneming daar (VEONN). Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1998, *KG* 1999, 66. Hier was dus ook een toetsing aan de spelregels aan de orde. Zie daarover hieronder uitgebreid.

83 Luttmer-Kat heeft het argument van het rechtsmisbruik in stelling gebracht in het debat over rechtmatigheid van stakingen na de principiële uitspraak van de Hoge Raad in 1986.

Allereerst kan er sprake zijn van misbruik indien van het recht gebruik wordt gemaakt uitsluitend met het doel de ander schade toe te brengen. Voorts kan gesproken worden van misbruik wanneer het recht voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor het is gegeven. Ten slotte zou het recht kunnen worden misbruikt wanneer het belang bij het gebruik van het recht niet evenredig is aan het belang dat erdoor wordt geschaad. Van beide eerstgenoemde situaties zal nooit, of slechts in zeer extreme omstandigheden sprake zijn. Collectieve acties worden niet alleen, laat staan uitsluitend, ingezet om de werkgever(s) – materiële – schade toe te brengen. Actievoerders zijn uit op het nastreven van het eigen belang. Schade is een gevolg en een beoogd gevolg van de acties om de eigen eisen kracht bij te zetten, om de wederpartij die vanuit zijn positie machtiger is op het terrein waarop de eisen liggen, effectief onder – als het nodig is – stevige druk te zetten. De tweede situatie zal zich ook niet snel voordoen. Het recht op collectieve acties is nu juist gegeven en bedoeld om gebruikt te worden in arbeidsconflicten met een collectieve dimensie. Hoewel in de jurisprudentie van nationale rechters en van de (internationale) supervisiecomités daarnaar nimmer wordt verwezen, zou verdedigbaar kunnen zijn dat van misbruik in deze zin kan worden gesproken wanneer het gaat om acties van vakbonden en werknemers van puur politieke aard. Aan deze beperkingsgrond wordt evenwel niet toegekomen, omdat dergelijke acties überhaupt niet onder de bescherming van art. 6 lid 4 ESH vallen.

Resteert praktisch alleen de derde situatie. Niet dat de schade op zichzelf het gebruik tot misbruik stempelt, van misbruik is eerst sprake wanneer de schade (te) hoog, onevenredig hoog is.⁸⁴ Hier is dus het proportionaliteitscriterium aan de orde. Het betreft dan de hoogte van de schade die de acties niet alleen bij ‘derden’ veroorzaken, maar ook bij de ‘bestaakte’ werkgever zelf.⁸⁵

Tot nu toe heeft het deskundigencomité van het ESH deze rede-nertrant niet gehanteerd om acties als in strijd met art. 6 lid 4 ESH te oordelen. Omdat het schade toebrengen aan de bestaakte werkgever echter moeilijk te rangschikken valt onder de beperkingsgronden

84 Het collectief actierecht wordt gebruikt met geen andere doel dan schade toe te brengen, zelfs al is het de werkgever tegen wie de acties zich richten.

85 Voorbeelden van landen waar deze benadering ‘aanslaat’, zijn onder andere Nederland en Portugal. Zie over Portugal ECSR, Conclusions XV-1/2, art. 6 lid 4, p. 475. Op het schadeargument als beperkingsgrond van het stakingsrecht kom ik hieronder nog uitgebreid terug.

van art. 31 ESH, zou er reden zijn om het in het oordeel over de geoorloofdheid op grond van art. 6 mee te nemen.

In de rechtspraak en de literatuur in ons land, maar bijvoorbeeld ook in Portugal en België, wordt dit facet veelal in verband gebracht met de actievormen die gekozen en ingezet zijn.⁸⁶ Gesproken wordt dan van 'misbruik van staking' als het gaat om acties als selectieve stakingen, estafettestakingen of acties met intervallen dan wel langzaam-aan- of stiptheidsacties. Dergelijke acties die ook zijn bedoeld om de schade voor de werkgever te maximaliseren, terwijl de schade voor de actievoerenden zo veel mogelijk beperkt blijft, worden in strijd geacht met de beginselen van 'proportionality and appropriateness'.⁸⁷ Om die reden zouden zij niet beschermd (moeten) worden door art. 6 lid 4 ESH. Het Comité heeft deze stap nog niet gezet en wil die vooralsnog ook niet zetten.⁸⁸ Als het in de conclusies van het Comité wordt gehanteerd, is dat in het kader van een beoordeling van het gebruik van collectieve actiemiddelen in verband met een garantie van het (blijven) verrichten van essentiële diensten.⁸⁹ Misbruik van recht is dus geen criterium in het kader van een beoordeling van het doel van collectieve acties voorzover dat aan de orde komt in het kader van de toepassing van art. 6 lid 4 ESH. Als het een rol kan spelen en ook speelt, dan is dat in verband met de mogelijke beperkingen die op de uitoefening van het recht op collectieve acties kunnen worden aangebracht. Daarvoor dient art. 31 ESH als grondslag. In par. 4.2 kom ik daarop terug.

Inzet van het collectieve actiemiddel kan in drie gevallen relevant zijn voor de beoordeling van de geoorloofdheid ervan op basis van art. 6 lid 4 ESH. Het eerste betreft de zogenaamde vredesplicht, een contractueel vastgelegde en door partijen bij de CAO aanvaarde verplichting zich van acties verre te houden. Een tweede situatie is de actie tegen besluiten, maatregelen van de overheid als overheid: de politieke staking. Ten slotte rijst de vraag of solidariteit een aan-

86 In de Portugese rechtspraak wordt gesproken van 'disruptive actions'.

87 ECSR, Conclusions XV-1/2, p. 475 e.v. Zie ook Mario Pinto e.a., *European Employment and Industrial Relations Glossary: Portugal*, London 1996.

88 In de gevallen van Portugal en Nederland heeft het Comité vooralsnog een voorzichtige en afwachende opstelling gekozen en zich beperkt tot het stellen van vragen om opheldering. Deze handelwijze in dit soort delicate kwesties heel gebruikelijk voor dit soort internationale supervisieorganen. Zie Conclusions XVI-1, volume 2, p. 445 e.v. (Nederland), XV-1, volume 2, p. 476 e.v. (Portugal) en XVI-1, volume 1, p. 70/71 (België).

89 Ik kom hierop in hoofdstuk 5 nog apart terug.

vaardbaar doel is van collectieve acties; aanvaardbaar in de zin van ofwel passend binnen art. 6 lid 4.

3.3.1.1 Vredesplicht

Onder een vredesplicht wordt gewoonlijk verstaan dat collectieve acties die gericht zijn tegen een lopende CAO, niet zijn toegestaan. Die uitzondering geeft art. 6 lid 4 ESH met zoveel woorden ook: '(...) behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten.' Dit verwijst naar de meest gangbare vredesplicht: het is niet toegestaan collectieve acties te voeren tegen onderwerpen die in een lopende CAO geregeld zijn. In de ogen van het deskundigencomité van het ESH kunnen CAO-partijen in het opleggen in een CAO van beperkingen op het collectief actierecht ver gaan. Zij kunnen zelfs beperkingen bevatten die het ESH niet toelaat om bij wet op te leggen. De legitimatie daarvoor zoekt het ECSR hierin dat zij 'are imposed by mutual consent of the parties concerned for the purpose of limiting recourse to such actions' ook in geval zij zijn opgenomen 'in the interests of the community or the users of essential services'.⁹⁰ Het is dus aan de CAO-partijen om de inhoud ervan te bepalen.⁹¹

In de Nederlandse jurisprudentie wordt de relatieve vredesplicht zoals neergelegd in CAO's, restrictief uitgelegd, in overeenstemming met de opvatting van het ECSR. Zij betreft slechts de onderwerpen die in de CAO zijn opgenomen en ook voorzover zij uitdrukkelijk daaronder zijn begrepen. Als onderwerpen in de CAO zijn opengelaten, kan aan de stakers de vredesplicht niet worden tegengeworpen als daartegen acties worden gevoerd.⁹² Zoals de rechter in 1991 het

90 Reeds in Conclusions VIII, p. 98; Conclusions XIII-2, p. 283 en Conclusions XIII-3, p. 138. Opmerkelijk is nog dat het Comité deze vredesplicht beperkt tot de leden van de vakbonden die partij zijn bij de CAO; zie Conclusions VII, p. 40 en recentelijk Conclusions XV-1, p. 430-8.

91 Een 'model'vredesplicht is bijvoorbeeld deze: 'De werknemersorganisatie verplicht zich deze CAO te goeder trouw na te komen en tijdens de duur van de overeenkomst geen stakingen in het bedrijf van de werkgever te zullen toepassen, noch toepassing daarvan te zullen bevorderen'; art. 3 CAO Sphinx als opgenomen in Vzng. Rb. Utrecht 3 februari 2003 (*Sphinx*), n.n.g.

92 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem en in cassatie de HR in de Reesink-zaak; HR 19 april 1996, *JAR* 1996/115. Ook A-G Koopmans nam in zijn conclusie bij dit arrest verwijzend naar Nederlandse literatuur, dit standpunt in. *JAR* 1996, p. 447 l.k. Zie ook Pres. Rb. Utrecht 26 september 1991, *KG* 1991, 347; Rb. Utrecht 21 november 2002, *JAR* 2002/292 en Rb. Utrecht 3 februari 2003 (*Sphinx*), n.n.g.

verwoordde: 'Blijkens zijn duidelijke bewoordingen heeft het slechts betrekking op acties tot wijziging van de bestaande CAO dan wel op andere wijze overeengekomen arbeidsvoorwaarden. De strekking daarvan is kennelijk om acties te voorkomen waar overleg tussen partijen nog zinvol is.' De rechter eist dan dat moet worden aangetoond dat de vredesplicht in de CAO zich ook uitstrekt tot 'acties waar overleg tussen partijen zinloos is'.⁹³ Hoewel verdedigd is dat art. 8 Wet CAO een algemene vredesplicht inhoudt, of nog breder, dat een dergelijke plicht immanent uit de verplichtingen uit de CAO voortvloeit⁹⁴: (verplichting tot bevordering van nakoming te goeder trouw van de CAO), is de rechter niet gauw geneigd aan te nemen dat er impliciet een vredesplicht geldt.⁹⁵ De acties moeten betrekking hebben op de CAO zelf en de daarin behandelde onderwerpen. Richten de acties zich bijvoorbeeld tegen de overheid, omdat zij een maatregel neemt die direct gevolgen heeft voor (de toepassing van) de arbeidsvoorwaarden uit een CAO, dan geldt volgens de rechter geldt de vredesplicht uit de CAO niet.⁹⁶

3.3.1.2 De overheid als 'doelwit'

Gelet op de formulering van art. 6 ESH en de context waarin het staat, rijst de vraag of acties die gericht zijn tegen de overheid en dus met een doel buiten het directe verband van waarop art. 6 ziet, geoorloofd zijn want gedekt worden door art. 6 lid 4 ESH.⁹⁷ Allereerst moet worden vastgesteld dat het hier niet gaat om het recht op collectieve acties van overheidspersoneel aangezien aan deze werknemers niet op grond van art. 6 lid 4 een dergelijk recht kan worden

93 Pres. Rb. Utrecht 26 september 1991, *KG* 1991, 347, r.o. 3.7.

94 Zie bijvoorbeeld W.J.P.M. Fase, 'Het stakingsrecht in de particuliere sector in Nederland', *TSR* 1982, p. 313.

95 Rb. Utrecht 21 november 2002, *JAR* 2002/292, r.o. 4.3.

96 Zo bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 6 mei 1981, *NJ* 1981, 542; HR 7 november 1986 (*Hoogovens*), *NJ* 1987, 226 en Pres. Rb. Utrecht 25 september 1991, *KG* 1991, 346. Zie ook Tilstra, a.w., p. 89. Wat uitzonderlijk en kwetsief is de uitspraak van Pres. Rb. Leeuwarden 21 november 1985, *NJ* 1987, 71 die een staking ondanks een vredesplicht in de CAO Zuivel toeliet, omdat het niet ging om een inhoudelijke wijziging van de CAO, maar om de uitleg van een CAO-bepaling. Men kan zich afvragen of er hier niet sprake was van een rechtsgeschied voor de oplossing waarvan een rechtsweg openstond.

97 Er zij herinnerd, dat omdat het Nederlandse stakingsrecht op het ESH gebaseerd is, het ESH het juridisch kader is en blijft waartegen in eerste instantie de verschillende vragen beantwoord moeten worden. Andere juridische grondslagen komen eerst aan bod wanneer het ESH geen basis biedt.

ontzegd. Dit houdt niet in dat er geen specifieke beperkingen aan het 'ambtenarenstakingsrecht' kunnen worden opgelegd, maar die zullen moeten passen in de beperkingsgronden van art. 31 ESH.⁹⁸ Een ander onderscheid moet hier ook nog worden gemaakt, namelijk tussen acties die tegen politieke besluiten van de overheid zijn gericht – de 'echte politieke stakingen' – en acties tegen besluiten van de overheid in het kader van haar sociaal-economisch beleid, maar met consequenties voor de rechtspositie van werknemers in ondernemingen.⁹⁹

a. De politieke staking

In een aantal landen, maar bepaald niet alle¹⁰⁰, bestaat een tendens om politieke stakingen buiten de bescherming van het ESH te plaatsen. Zij vormen immers, zo is de redenering, geen geschil over belangen tussen werkgevers en werknemers, maar zijn gericht tegen de overheid, of nauwkeuriger uitgedrukt tegen de regering of zelfs de wetgever.¹⁰¹ Zuiver politieke stakingen, dat wil zeggen stakingen die gericht zijn tegen het regeringsbeleid op punten die niets van doen hebben met onderwerpen waarover onderhandeld wordt in de sfeer van arbeidsverhoudingen, vallen buiten het bereik van art. 6 ESH. Dat is niet bestreden.¹⁰² Sinds 1971 stelt ook het Comité zich op het standpunt dat 'zuiver' politieke stakingen niet door art. 6 lid 4 gedekt worden: 'Article 6 is designed to protect "the right to bargain collectively", (...) (political) strikes being obviously quite outside the purview of collective bargaining.'¹⁰³ Het deskundigencomité van de IAO

- 98 Die mogelijkheid laat art. 31 uitdrukkelijk open. Daarover hieronder nader.
- 99 Met name in ons land is dit een *hot item* omdat de regering loonbeleid voert dat niet alleen voor de overheidssector en de semi-overheidssector (de G- en G-sector) geldt, maar ook effect kan hebben voor de private sector. Het *Hoogovensconflict* in 1980 is daarvan een voorbeeld; HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226.
- 100 Anders dan bijvoorbeeld Duitsland waar art. 6 lid 4 zeer strikt wordt uitgelegd en derhalve politieke stakingen om die reden buiten de dekking van dat artikel worden geplaatst, worden in landen als Denemarken en Noorwegen, maar ook in Portugal (in de rechtspraak) politieke (en sympathie) stakingen geoorloofd geacht, tenzij zij een illegaal doel nastreven zoals omverwerping van de regering. Zie ECSR, Conclusions XV-1/2, p. 475.
- 101 Novitz, a.w., p. 56 e.v. laat zien dat het nog niet zo eenvoudig is om tot een strakke definitie van politieke stakingen te komen met de daaraan verbonden consequentie dat zij ongeoorloofd zijn omdat ze buiten de internationale normen vallen.
- 102 Op Duitsland na, dat nog niet overtuigd lijkt.
- 103 Conclusions II, p. 27. Meer recent heeft het Comité zich in dezelfde zin uitgelaten: '(...) political strikes are not covered by Article 6 which is designed to protect the right to bargain collectively.' 6th Report on certain Provisions of the Charter which have not been Accepted, 1998, p. 49.

lijkt daar wat anders over te denken waar het stelt 'that trade union organisations ought to have the possibility of recourse to protest strikes, in particular where aimed at criticising a governments' economic and social policy'. Dergelijke acties zijn dus in de ogen van het IAO-Comité niet onmiddellijk onaanvaardbaar. Wellicht moet hierbij bedacht worden dat het Comité hier denkt aan korte proteststakingen tegen loonmaatregelen van een regering.¹⁰⁴

De discussie gaat dus over de reikwijdte van 'the purview of collective bargaining'. Dat geldt, om te beginnen, voor onderwerpen die de overheid in haar hoedanigheid van werkgever voor en met haar werknemers regelt. Ervan uitgaande dat collectieve acties bij de overheid niet sowieso verboden zijn¹⁰⁵, mag worden aangenomen dat in beginsel alle onderwerpen die verband houden met de voorwaarden en omstandigheden waaronder de werknemers in overheidsdienst hun arbeid verrichten, tot de sfeer van collectieve onderhandelingen behoren. Dat dient even breed te worden opgevat als in het particuliere bedrijfsleven, al is het niet identiek. Zo kan men zich zeer goed voorstellen dat gestaakt wordt en mag worden tegen een besluit tot sluiting van een overheidsbedrijf, uiteraard onder de voorwaarden van art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH. Een volgende vraag dringt zich echter op. Geldt dit ook waar het gaat om een politiek besluit tot privatisering van een overheidsdienst of om samenvoeging van gemeenten met grote consequenties voor het personeel? Is het een vakbond van overheidspersoneel toegestaan – door art. 6 ESH – om tegen dat besluit te staken met als inzet annulering van dat besluit? Men zou een dergelijke staking gegeven het geëxpliciteerde doel, als gericht tegen een politiek besluit kunnen typeren en derhalve niet gedekt door het ESH. De vergelijking met het leerstuk van het 'primaat van de politiek' dat we uit het medezeggenschapsrecht bij de overheid kennen, dringt zich hier op. Zomin als een ondernemingsraad volgens de Hoge Raad een grote, laat staan een doorslaggevende invloed mag uitoefenen op dit soort politieke besluitvorming, zo zouden ook

104 General Surveys, 1959, para 69; 1973, para 113; 1983, para 216; and 1994, para 165. Dat zijn eigenlijk niet de 'echte politieke stakingen, maar ze liggen in de lijn van de Nederlandse zaken van de NS en Hoogovens uit 1980 waar het ging om loonmaatregelen van de regering.

105 Duitsland neemt inmiddels een uitzonderingspositie in, ondanks de 'reprimandes' die het Comité van Ministers inmiddels heeft gegeven. Geen enkel ander land dat het ESC heeft geratificeerd, verbiedt categorisch het stakingsrecht voor overheidspersoneel. Er zijn wel landen die grote restricties hebben aangebracht voor overheidspersoneel. Ik kom hierover nog te spreken.

vakbonden niet onder toepassing van het middel van de collectieve actie politieke besluiten vergaand, of zelfs maar beslissend mogen beïnvloeden.¹⁰⁶ Daarvoor is art. 6 lid 4 ESH geschreven noch bedoeld geweest. Dat ligt anders, zo zou men kunnen zeggen, wanneer de acties zich richten op een goede regeling voor de werknemers indien en voorzover zij in hun belangen worden getroffen.¹⁰⁷ Overigens zou in deze situatie een verwijzing naar de overige leden van art. 6 ESH – overleg, onderhandelingen en een adequate geschillenoplossingsmethode – de overheidswerkgever wel eens tot een extra inspanning kunnen verplichten.¹⁰⁸ In eerste instantie is voor de geoorlooftheid van collectieve acties – geoorloofd in de zin van gedekt door art. 6 lid 4 ESH – de aard van het geschil doorslaggevend: arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden in brede zin. Onder omstandigheden kan het doel waarmee de acties worden gevoerd, ook van belang zijn voor het oordeel over de toelaatbaarheid. Het betreft dan een oordeel over het doel zelf en niet over de proportionaliteit van doel en middel.¹⁰⁹

106 Zie onder andere HR 26 januari 2000, *NJ* 2000, 223; HR 1 maart 2002, *NJ* 2002, 195 en *JAR* 2002/116. De Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam had een wat ruimer standpunt. Zie recentelijk nog Hof Amsterdam (OK) 13 februari 2003, *JAR* 2003/164. De politiek, althans de regering, heeft zich achter de visie van de Hoge Raad geschaard. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 610, nr. 1, p. 11 e.v. en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 792, nr. 1, p. 6-7. Zie ook L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen*, Den Haag 2003, p. 79-81. De Hoge Raad was van oordeel dat met het toekennen van een adviesrecht aan de ondernemingsraad tegelijkertijd een rechterlijke toetsing werd geïntroduceerd wanneer de ondernemingsraad op dit punt een geschil heeft met de ondernemer. Dat zou betekenen dat de rechter – via een omweg – besluiten van een democratisch orgaan met de daarin gemaakte afweging van belangen zou kunnen toetsen. De wetgever heeft dat zeker niet bedoeld.

107 Zie het recente geval beslist door het Hof Amsterdam (OK) 13 februari 2003, *JAR* 2003/164.

108 In dit geval zou het nog – uit een oogpunt van de werking van het internationale (arbeids)recht – nog wel interessant kunnen zijn of deze bepalingen niet een directe werking zouden kunnen hebben. Het gaat hier immers om een vorm van verticale directe werking! Dat is uiteraard mede afhankelijk van het constitutionele stelsel van het betreffende land (het hebben van een monistisch of gemengd stelsel).

109 In Denemarken lijkt dit aspect wel mee te tellen. Indien het een collectieve actie is die niet in strijd met een geldende wet, kan een politieke proteststaking onbestraft blijven indien zij van korte duur is (niet meer dan 48 uur). Overigens gaat Denemarken ervan uit dat ingeval er een CAO bestaat, politieke stakingen beschouwd worden als in strijd te zijn met de vredesplicht zoals vastgelegd in de zogenaamde Standaard Regels voor Behandeling van Arbeidsconflicten, (*Normen*). Zie Conclusions XV-1, p. 149.

De praktijk van de Nederlandse rechtspraak voegt zich naar deze benadering.¹¹⁰ 'Echte' of 'zuivere' politieke stakingen worden beoordeeld buiten art. 6 lid 4 ESH om.¹¹¹ Het zijn acties die 'resultaten beogen die duidelijk geheel buiten het terrein van zulk onderhandelen (*collectief onderhandelen tussen werkgevers en werknemers*, AJ) vallen'. De beoordeling is hier, zo stelt de Hoge Raad in het *NS*-arrest, 'overgelaten aan het nationale recht van ieder der verdragsstaten'.¹¹² Dat impliceert een beoordeling op grond van de onrechtmatige-daadactie (art. 6:162 BW), waarbij de oude *Panhonlibco*-formule¹¹³ nog steeds bruikbaar lijkt: ongeoorloofd 'tenzij op grond van verplichtingen van moraal van de werknemers niet kan worden gevegd de arbeid te blijven verrichten'.

b. Acties tegen de overheid

Van de 'echte' of zuivere politieke acties moeten worden onderscheiden acties die weliswaar gericht zijn tegen beleid of maatregelen van de overheid, maar die verband houden met de belangen van de werknemers als werknemers. Zij vallen niet per definitie buiten het bereik van art. 6 lid 4. Dergelijke acties worden wel aangeduid met de term 'proteststaking' en omschreven als acties 'gericht tegen voorgenomen overheidsmaatregelen (...) die het de bonden tijdelijk onmogelijk maakten de belangen van hun leden in onderhandelingen betreffende lonen en andere op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarden te behartigen'.¹¹⁴

De beoordeling van de geoorloofdheid ervan hangt vervolgens af van de aard en de context waarin de overheidsmaatregelen worden genomen en doorgevoerd. Gaat het om sectoren waar de overheid in de sfeer van de arbeidsvoorwaarden een bepalende stem heeft, zoals

110 Zie de opvatting van de Hoge Raad in het *NS*-arrest (*NJ* 1986, 688, r.o. 3.4) en in het *Hoogovens*-arrest (*NJ* 1987, 226, r.o. 3.4 waar verwezen wordt naar de overwegingen in het *NS*-arrest).

111 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

112 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, r.o. 3.4.

113 HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84. In beginsel is een dergelijke collectieve actie 'onrechtmatig, tenzij...'. Dat tenzij wordt zeer restrictief ingevuld.

114 Hof Amsterdam 10 mei 1984, als opgenomen in HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226. Deze karakterisering onderscheidt zich dus uitdrukkelijk van de 'echte' politieke staking.

in de G- en G-sector¹¹⁵, dan valt die beoordeling binnen de scope van art. 6 ESH. In het *NS*-arrest¹¹⁶ heeft de Hoge Raad die lijn uitgezet en nadien bevestigd. Het feit dat de collectieve acties gericht zijn tegen overheidsmaatregelen, maakt ze niet tot 'echte' politieke stakingen en dus ongeoorloofd tenzij... In die situatie waarin dus de overheid een bijzondere, directe betrokkenheid heeft bij de activiteiten die in die sector worden verricht¹¹⁷, worden de collectieve acties beoordeeld als zijn zij acties van het 'normale type': acties die door art. 6 lid 4 ESH gedekt worden. Namelijk acties over arbeidsvoorwaarden waarover tijdens onderhandelingen geen overeenstemming wordt bereikt. Dat wil zeggen, acties die weliswaar gericht zijn tegen het restrictieve financiële beleid van de overheid, maar die wel een werkgever raken (en dus schade berokkenen) over een onderwerp dat tot de sfeer van de arbeidsvoorwaarden behoort en bijgevolg onderwerp pleegt te zijn van collectieve onderhandelingen. Kortom, een belangenschil tussen werknemers en werkgevers.¹¹⁸ Op dit punt loopt de beoordeling via de basisregeling: art. 6 lid 4 ESH. De getroffen werkgever is geen buitenstaander, geen 'derde' in het conflict.¹¹⁹

De andere situatie betreft het geval dat een werkgever getroffen wordt door collectieve acties, terwijl de acties zich opnieuw richten tegen het overheidsbeleid zonder dat er een bijzondere betrokkenheid bestaat van de overheid bij deze werkgever. Een voorbeeld daarvan is een staking tegen een algemene loonmaatregel van de overheid die dus ook gevolgen heeft voor de loononderhandelingen tussen werkgevers en werknemers in de particuliere sector. Deze acties worden

115 Indien en voorzover in die sector de overheid, de regering dergelijke bevoegdheid nog heeft. De overheid is ook hier enigszins teruggetreden en heeft aan de werkgevers in die sector eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden gegeven ten aanzien van het arbeidsvoorwaardenpakket en de te maken keuzes met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden (opnieuw in brede zin) binnen de financiële ruimte die zij stelt. De vraag wordt weer actueler wanneer in het kader van een soberder financieel-economisch beleid de overheid gaat bezuinigen op de financiële middelen die ze voor de activiteiten in die sector beschikbaar stelt waardoor de ruimte voor arbeidsvoorwaarden kleiner wordt.

116 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 668.

117 Betrokkenheid ook in die zin dat de overheid – in belangrijke mate – het niveau van de activiteiten, van de voorzieningen die door de ondernemingen en diensten in die sector worden verricht, bepaalt langs de weg van de financiën.

118 De werkgever die door de acties getroffen wordt, kan zich wat dit betreft niet verschuilen achter 'de rug van de overheid'.

119 Het feit dat door hem schade geleden wordt, is geen punt van overweging, omdat schade nu eenmaal inherent is aan het gebruik van dit actiemiddel. Die schade is functioneel in het kader van de oplossing van het conflict.

gekwalficeerd als arbeidsvoorwaardenacties en niet als politieke acties met alle gevolgen van dien.¹²⁰ Omdat de werkgever hier wel als 'buitenstaander' valt aan te merken, omdat hij in geen bijzondere betrekking tot de overheid staat, kan deze situatie niet op dezelfde wijze beoordeeld worden als de eerste situatie: de *NS*-zaak. De werkgever verkeert hier in een wezenlijk andere positie, zo redeneren Hof en Hoge Raad. Hij is niet in staat om aan de eisen van de stakers toe te geven en het conflict te beëindigen, al was het maar om dreigende schade te voorkomen. Hij zou derhalve als 'derde' moeten worden aangemerkt en enkel om die reden anders moeten worden beoordeeld dan de werkgever in het 'normale type'. Dat zou een reden kunnen zijn om de actievoerders in het kader van art. 31 ESH beperkingen op te leggen ten aanzien van het gebruik van het actiemiddel.¹²¹ Op de art. 31-problematiek kom ik nog apart terug.

Concluderend kan worden vastgesteld dat slechts een gering aantal collectieve acties tot de 'echte' politieke acties gerekend worden met als gevolg dat zij niet vallen onder de bescherming van het internationale en nationale recht. Acties die zich richten tot de overheid, maar waarvan de directe gevolgen voor rekening van werkgevers komen, worden in beginsel gedekt door de beschermende regelingen, zij het dat de beperkingsgronden variëren met de context waarin de verschillende partijen ten opzichte van elkaar en in het arbeidsconflict staan, de schadelijke gevolgen voor de 'getroffen' werkgever en het bij machte zijn om zelfstandig het conflict op te lossen. De Nederlandse rechtspraak is op dit punt niet (echt) in strijd met de internationale normen, met name met die van het ESH.¹²²

120 Deze situatie deed zich voor in 1980 toen er gestaakt werd bij Hoogovens tegen een 'stevige' loonmaatregel; zie HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226. Dergelijke actie wordt ook wel als 'proteststaking' aangeduid. Hoogovens deed dat en het Hof van Amsterdam nam deze aanduiding over. De acties waren gericht tegen een 'stevige' loonmaatregel van de overheid (een zogenaamd loonpauzebesluit, wat neerkwam op een loonstop voor een halfjaar) Voor de vakbonden viel er daardoor weinig of niets meer te onderhandelen.

121 De Hoge Raad (HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226) concludeert dan dat dat afhangt van de omstandigheden van het geval, zoals de duur van de acties en daarmee samenhangende omvang van de schade, alsook maatregelen om de schade voor de werkgever te beperken (r.o. 3.8).

122 Een klein voorbehoud moet op deze plaats nog worden gemaakt ten aanzien van de oplossing in het geval van *Hoogovens*. Bij de bespreking van art. 31 ESH kom ik er nog op terug.

3.3.1.3 Solidariteitsacties

Tot slot moeten onder deze noemer (het doel van acties) nog de zogenaamde solidariteitsacties of sympathiestakingen worden genoemd. Door het ESH-deskundigencomité worden zij in beginsel onder art. 6 lid 4 ESH gebracht.¹²³ Dat geldt zeker wanneer de acties betrekking hebben op een geschil waarvan de uitkomst van invloed is op de positie, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van de actievoerenden. Hun positie moet dus enigszins gelieerd zijn aan de groep waarmee solidariteit en/sympathie wordt betuigd. Deze positie sluit goed aan bij de opvatting van het Comité om collectieve acties, ook als het om solidariteitsacties gaat, te beoordelen op hun verbondenheid met collectieve belangenschillen.

Een enigszins andere, nog wat ruimere opvatting wordt door het IAO-Comité ingenomen. De geoorloofdheid wordt direct verbonden met die van actie waaraan zij gekoppeld is; een solidariteitsactie is dus geoorloofd indien en voor zolang als de hoofdactie geoorloofd is.¹²⁴ Dit is evenwel problematisch. Het kan tot complicaties leiden in het geval het recht op collectieve acties in het ene land anders beoordeeld wordt dan in andere landen waar óf de hoofdactie wordt gevoerd óf waar uit solidariteit of sympathie met de werknemers in een arbeidsconflict actie gevoerd wordt. Dat is overigens regelmatig het geval. De oplossing voor dergelijke situaties zou zijn dat het internationale recht op het punt van collectieve acties dwingend zou zijn. Maar dat is duidelijk niet het geval.

In ons land zijn er nauwelijks rechterlijke uitspraken over acties die onder deze noemer vallen. Voorzover er solidariteits- of sympathieacties zijn geweest, dateren die van bijna twintig jaar terug. Of het *Panhonlibco*-arrest hier nog maatgevend of zelfs maar richtinggevend is, kan men zich gevoegelijk afvragen.¹²⁵ In 1972 verbood overigens de Rotterdamse President een stakingsactie in de Rotterdamse haven waartoe door de Internationale Transportarbeiders Federatie uit solidariteit met havenarbeiders in Frankrijk was opgeroepen. De

123 Zo ook het Comité, Conclusions X-1, p. 76.

124 General Surveys 1983, p. 68.

125 Zo ook Tilstra, a.w., p. 98. HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84. Het ging om een staking in de Rotterdamse en Amsterdamse havens uit solidariteit met zeelieden die voeren op schepen onder *Panhonlibco*-vlaggen (Panama, Honduras, Liberia en Costa Rica) en daarom (heel) slechte arbeidsvoorwaarden hadden. Zie Van den Berg, Fortuyn & Jaspers, a.w., p. 63 e.v.

rechter verwijst naar het *Panhonlibco*-arrest en beslist dat ‘nodeloze schade wordt toegebracht aan derden die buiten het gerezen conflict staan’.¹²⁶ In 1982 wordt een staking van ambtenaren ter ondersteuning van acties in het private bedrijfsleven opnieuw verboden, maar nu niet met een beroep op de *Panhonlibco*-formule. Het van kracht worden van het ESH voor Nederland in 1980 stond daaraan in de weg. Het verbod werd gebaseerd op misbruik van bevoegdheid zoals geregeld in het (nieuwe) BW.¹²⁷ De rechter liet het algemeen belang dat de overheid te dienen heeft, prevaleren boven het belang van de stakers en dat gold temeer nu het een solidariteitsactie betrof.¹²⁸

In een recente zaak is deze kwestie opnieuw aan de rechter voorgelegd. De rechter onderzoekt opnieuw of een staking met als doel het betuigen van solidariteit met en steun aan collega’s in het (Amerikaanse) bedrijf waarmee een alliantie bestaat, gedekt werd door art. 6 lid 4 ESH. In deze meer recente zaak wordt geen beroep gedaan op het misbruikargument. Nu roept de rechter een andere maatstaf te hulp, namelijk of de staking ‘functioneel is ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen in het geval van een belangengeschil’. Omdat er in dit soort zaken geen conflict is met de eigen werkgever, met als gevolg dat de actie zich richt tegen een ander dan degene die erdoor getroffen wordt, moet worden bezien of de actie in functie staat van de waarborging van het recht op collectief onderhandelen van de werknemers van het andere bedrijf met wie men zich solidair verklaart. Als dat niet kan worden aangetoond, zoals in casu, dan valt de actie ‘niet onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH’. De solidariteitsactie is dan onrechtmatig vanwege de uit de acties voortvloeiende schade.¹²⁹

126 Pres. Rb. Rotterdam 24 oktober 1972, *NJ* 1972, 457.

127 Dat artikel in de inleidende titel van het nieuwe BW spreekt van misbruik wanneer men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en dat hetwelk geschaad wordt, naar redelijkheid niet tot uitoefening van die bevoegdheid had kunnen komen.

128 Pres. Rb. Utrecht 11 maart 1982, *NJ* 1982, 346. Het ging in casu om personeel van de reinigingsdienst. De rechter achtte het een zwaarwegend belang dat een goed functionerende reinigingsdienst regelmatig afval van allerlei aard verwijdert en nader reinigingswerk verricht. Het feit dat de staking voor een week was aangekondigd nam de rechter mee in zijn oordeel.

129 Pres. Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, *KG* 1998, 257. Dat zou in de ogen van de rechter alleen anders zijn indien van de werknemers niet zou kunnen worden gevergd de gebruikelijke werkzaamheden te verrichten. Die feiten en omstandigheden waren er in casu niet.

Beziet men de Nederlandse praktijk, dan moet worden vastgesteld dat de rechter hier aanmerkelijk strenger was en nog steeds is dan de deskundigencomités. Solidariteitsacties worden zelfstandig beoordeeld en dus niet in het verband van de 'primaire' acties. Voorts kan men constateren dat de Nederlandse rechter geneigd is dit soort acties buiten de bescherming van art. 6 lid 4 ESH te houden. Dat gebeurt – sinds het verlaten van de *Panhonlibco*-formule – óf door de acties te beoordelen op het punt van 'misbruik' of door ze te meten aan het criterium van functionaliteit. In beide gevallen leidt het snel tot ongeoorloofdheid van dergelijke acties. Het 'nodeloze'-schadeargument geeft dan de doorslag, zo blijkt. Ook hieruit komt weer naar voren hoe prominent het punt van de schade in de Nederlandse rechtsp praktijk speelt. Alle reden dus om dat aspect terdege onder de loep te nemen.

4 Beperkingen op het recht

Tot hier toe hebben we het recht op collectieve acties gezien vanuit de kernbepaling: art. 6 lid 4 ESH waarin dat recht wordt gekwalificeerd als een fundamenteel sociaal recht van werknemers. Als alle fundamentele rechten is ook dit recht niet ongelimiteerd. Sommige van de beperkingen die aan art. 6 lid 4 zelf kleven, zijn hierboven besproken. Dat zijn beperkingen die in art. 6 lid 4 zelf liggen besloten. Daarmee is de catalogus van beperkingen echter niet uitgeput. Het ESH zelf geeft in art. 31 aan dat buiten de beperking die de betreffende bepalingen van het Handvest toelaten, op de rechten én op de uitoefening ervan alleen onder strenge condities verdere beperkingen mogen en kunnen worden aangebracht. Het is een beperkingenclausule die ook in vele andere grondrechtencatalogi voorkomt: zij moeten 'bij wet ("by law") worden 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'.¹

Wordt het Nederlandse stakingsrecht gebaseerd op art. 6 lid 4 ESH dan is het logisch dat de beperkingen erop, buiten die welke art. 6 zelf reeds geeft, in art. 31 hun grondslag moeten vinden. Overziet men de rechtspraak, dan valt op dat de Nederlandse rechter een nogal als vrijmoedig te karakteriseren gebruik van deze beperkingsmogelijkheid maakt. De conclusies van het Deskundigencomité laten dat in een voorzichtige, bijna diplomatieke verpakking ook zien. Het gaat er bij een analyse van de Nederlandse rechtspraktijk niet alleen om of die

1 Deze beperkingsgrond vertoont grote overeenkomst met de regeling in het EVRM. Ook in het IVESCR (en het IVBPR) komt een soortgelijke bepaling voor. Vanwege de verbondenheid van het ESH met het EVRM is voor een goed begrip van deze beperkingsregeling de jurisprudentie van het EHRM zeer verhelderend. Zie Schut, a.w., p. 172 e.v. De term 'openbare orde' kent in de beide officiële talen (Engels en Frans) een – ook inhoudelijk – verschillende vertaling. In de Engelse versie wordt gesproken van 'public interest', terwijl de Franse tekst de term 'ordre public' hanteert. Ik kom daarop nog terug.

praktijk nu volledig overeenstemt met de regelingen in het ESH, maar ook in hoeverre er een 'eigen Nederlandse variant' van dat recht op collectieve acties is ontstaan die op gespannen voet staat met de regeling in het ESH. Ervan uitgaande dat reikwijdte en inhoud van het Europese stakingsrecht uitgangspunt moeten zijn, komt het aan op de invulling ervan binnen de context van het ESH. Omdat het ESH geen instantie met rechtsprekende bevoegdheid kent die een geautoriseerde interpretatie van de bepalingen van het ESH kan geven, is er – vanuit juridisch oogpunt bezien – voor de Nederlandse rechter een eigen ruimte om invulling te geven aan de regeling in het ESH. Voor de uitleg en toepassing van de betreffende bepalingen vormen de conclusies van het deskundigencomité een belangrijke rechts- en inspiratiebron. Hier zij er nogmaals aan herinnerd dat dit comité geen officiële bevoegdheid tot vaststelling van een authentieke betekenis van ESH-bepalingen heeft. Aan zijn uitspraken wordt in de rechtspraktijk evenwel groot gewicht gehecht, althans zou dat moeten worden gedaan.²

In de Nederlandse rechtspraktijk springen er drie noties uit. Beperkingen op het recht op collectieve acties worden gebaseerd op een toetsing (1) aan spelregels, procedureregels die in acht genomen moeten worden, (2) op proportionaliteit en (3) op misbruik van het recht. Onbestreden, althans nagenoeg onbestreden in het Nederlandse debat over de reikwijdte van het stakingsrecht, zijn de beide eerste toetsingsgronden. Ten aanzien van 'misbruik van recht' liggen de meningen verder uiteen. De grote eensgezindheid op het eerstgenoemde aspect lijkt aangetast door de – al eerdergenoemde – recente conclusie van het ECSR. Het tweede dossier: toetsing op evenredigheid, ligt wat minder onder vuur, al is het goed om de jurisprudentie van de Nederlandse rechters te confronteren met die van het deskundigencomité. Het 'misbruik'-argument lijkt met art. 31 ESH niet goed verenigd kunnen worden.

- 2 Correctheidshalve moet worden opgemerkt dat in de rechtspraak van landen die het ESH geratificeerd hebben, maar in (heel) beperkte mate naar het ESH en de conclusies van het deskundigencomité wordt verwezen. Geconstateerd kan ook worden dat er sprake is van enige toename. Het Hof van Justitie van de EG verwijst overigens ook maar sporadisch naar het ESH en het Comité, hoewel het ESH in art. 136 EG-Verdrag wel een referentiekader wordt genoemd voor de toepassing van communautair recht. Wat betreft de rechtspraak noem ik A-G Tizzano in de zaak *Bectu*; HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99.

4.1 Spelregeltoetsing

De spelregeltoetsing kent twee componenten.

1. Is de collectieve actie het ultimum remedium, het 'laatste middel'; waren er nog andere middelen om het conflict op te lossen?
2. Zijn de acties tijdig en correct aangekondigd?

In de Nederlandse rechtspraak wordt deze toetsingsgrond door het Hof van Amsterdam geïntroduceerd in zijn 'ommezwaai'-arrest van 1972, overigens zonder het met zoveel woorden te zeggen. Het hof hanteerde zowel het 'laatste middel'-argument, zij het impliciet, als het criterium van de 'tijdige aanzegging'. Het hof redeneerde dat na langdurig collectief overleg tussen de CAO-partijen de standpunten onwrikbaar tegenover elkaar stonden en dat gegeven het feit dat de werkgevers heel goed op de hoogte waren van het standpunt van de vakbond, een aankondiging van de staking enkele dagen van tevoren, de staking van de bond niet ongeoorloofd was.³

4.1.1 *Ultimum remedium*

Het 'laatste middel'-criterium is sinds het arrest van het Hof van Amsterdam van 1972 in de Nederlandse rechtspraak als een algemene maatstaf voor de beoordeling van collectieve acties geaccepteerd. Reeds in een rapport van 1957 wordt melding gemaakt van dit criterium. Ook in het rapport van een door de regering ingestelde commissie van deskundigen⁴ van 1961 duikt dit criterium op. Het zou een van de strikte procedurele regels moeten zijn vóór men tot staking zou mogen overgaan.⁵ Ook wordt deze maatstaf wel verdedigd met een verwijzing dat eerst alles moet zijn uitgetoetst om tot een vreedzame oplossing van het arbeidsconflict tussen werkgevers en

3 Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192. Het hof liet zich ook nog uit over een ander discutabel punt: de wijze waarop, de strategie waarmee onderhandelingen gevoerd worden. Het hof hield zich hier op afstand, bekeek het marginaal.

4 Daarin zitten vier hoogleraren arbeidsrecht, keurig verdeeld over de vier politieke stromingen: Van Esveld (VVD), De Gaay Fortman (ARP), Levenbach (PvdA) en J. van der Ven (KVP). De PvdA Minister van Justitie had dit groepje ingesteld om te adviseren over een mogelijke wettelijke regeling van het stakingsrecht. De werkgroep komt in 1961 met een rapport van zo'n twintig pagina's. Zie daarover Van den Berg e.a., a.w., p. 81 e.v.

5 Aldus Van der Ven, Advies van de werkgroep ingesteld door de Minister van Justitie, 1961, p. 9.

werknemers te komen.⁶ In het ambtelijk voorontwerp van 1961, dat als eerste reactie van overheidswege op het *Panhonlibco*-arrest van de Hoge Raad wordt beschouwd, was deze clausule echter nog niet opgenomen. Dat gebeurt pas in het ‘echte’ voorontwerp van 1966 waarin dit criterium wordt gepresenteerd onder het kopje ‘Procedure-regels’.⁷ In de SER die over dit voorontwerp in dat jaar ook adviseerde, wordt hierover nauwelijks gediscussieerd. Kennelijk werd het algemeen aanvaard. De aanvaarding ervan blijkt uit de wetsontwerpen van 1969. In de literatuur is men er ook positief over, zo blijkt uit een aantal bijdragen van arbeidsrechtsspecialisten als P. Borst, F.G van der Gun, H.L. Bakels en N.E.H. van Esveld.⁸ Het ultimatum-criterium wordt vanzelfsprekend geacht. Ook toen waren er al ‘rekkelijken’ en ‘preciezen’. Zo pleitte in zijn preadvies voor de Vereniging voor Arbeidsrecht van oktober 1967 bijvoorbeeld Hekkelman voor grote terughoudendheid. Diezelfde houding diende de rechter volgens Hekkelman ook in te nemen waar het ging om een beoordeling van de ‘evenredigheid tussen doel en middel’, ofwel ‘de billijkheid van de stakingsdoeleinden’.⁹ Zijn mede preadviseur Van Esveld daarentegen nam een wat ruimer standpunt in. Toetsing op evenredigheid, op redelijkheid van de eisen moest altijd mogelijk zijn, al is een zekere voorzichtigheid ook volgens Van Esveld geboden.¹⁰

Omdat stakingsacties in de Nederlandse rechtspraak werden beoordeeld op hun rechtmatigheid, dus op de vraag of zij een onrechtmatige daad opleverden, werd het ‘laatste middel’-argument als vanzelfsprekend gevonden. In de rechtspraak werd het sinds 1972 en wordt het nog steeds als een vast beoordelingscriterium gebruikt en is menige collectieve actie wegens strijd met dit criterium verboden.¹¹ Het Amsterdamse Hof verwees reeds naar het kader van onder-

6 Dit geluid klinkt vooral vanuit de protestants-christelijke achterban (het Convent van Christelijke Sociale Organisaties waarin alle sociale organisaties verenigd zijn (werkgevers, de middenstand, de landbouw en de christelijke vakbeweging). De Gaay Fortman verdedigde dit standpunt samen met een ander vooraanstaand ARP-lid (P. Borst).

7 Zie ook Rood, *Naar een stakingswet?*, p. 62 e.v.

8 P. Borst, F.G van der Gun, H.L. Bakels & N.E.H. van Esveld, ‘Bijdragen aan het Landelijk Juridisch Studentencongres van 1965’, in: J.M. van Bemmelen e.a., *Stakingsrecht*, Deventer 1965.

9 G. Hekkelman, *Het recht van werkstaking*, Pre-advies Vereniging voor Arbeidsrecht 1967, Alphen aan den Rijn, 1967, p. 9.

10 N.E.H. van Esveld, a.w., p. 17-18; zie noot 9.

11 Zie voor een overzicht Tilstra, a.w., p. 77 e.v.

handelingen tussen partijen waarbinnen het grijpen naar het stakingswapen beoordeeld moest worden. Dat gebeurde in de jaren zeventig van de vorige eeuw niet met een verwijzing naar het ESH, dat immers pas sinds 1980 voor Nederland geldingskracht kreeg, maar indachtig het wetsontwerp van 1969¹² dat de werkstaking als onrechtmatig aanmerkte als de vakbond in strijd handelt met normen welke gelden in het onderlinge verkeer tussen werkgevers en werknemers, waarvan de regels van collectief onderhandelen deel uitmaken.¹³ In dat ontwerp werd uitdrukkelijk gesproken van de 'werkstaking als een uiterste middel' dat slechts mag worden ingezet 'nadat serieuze onderhandelingen zijn gevoerd en het daarbij onmogelijk is gebleken tot overeenstemming te komen, althans dat van de zijde van de werknemersorganisaties ernstige pogingen om tot onderhandelingen met de werkgevers(organisaties) te komen, zijn gedaan'.¹⁴ Daarmee werden stakingen, overigens geheel in lijn met het ESH, in het kader van onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers geplaatt. Staking werd gezien als middel om evenwicht in de onderhandelingen te (kunnen) brengen en te garanderen.¹⁵ In de rechtspraak vond deze regel algemeen ingang. Om een staking te mogen uitroepen en organiseren moesten er serieuze onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Als die onderhandelingen vruchteloos bleken, dan was aan het 'uiterste middel'-criterium voldaan. In deze formuleringen schuilden enkele vage criteria, zoals wanneer zijn de onderhandelingen voldoende 'serieus' geweest, wanneer is er breekpunt en wie stelt vast of er een 'echt' breekpunt is opgetreden? De grote interpretatieruimte laat toe dat zij ruimer dan weer strakker wordt toegepast.

Dat gebeurt in de jurisprudentie dan ook met grote regelmaat. Zo besliste het Amsterdamse Hof in 1977 dat een staking (in de voed-

12 Ontwerp van wet houdende wettelijke bepalingen met betrekking tot de werkstaking van 29 april 1969, *Kamerstukken II* 1968/69, 10 111.

13 Zie hierover H. van den Berg e.a., a.w., p. 125 e.v. Dit wetsontwerp dat overigens nimmer tot wet is verheven omdat er geen meerderheid in de Tweede Kamer voor te vinden is geweest, steunde weer op een voorontwerp van wet dat in 1966 in de SER was opgesteld. Dit ontwerp ging vergezeld van een ander ontwerp waarin 'bemiddelingsprocedures' voorafgaande aan stakingen werden voorgesteld. Deze beide ontwerpen vormden met de Wet op de loonvorming van 1970 een geheel van regelingen van arbeidsvoorwaardenvorming in vrije loononderhandelingen.

14 MvT bij het wetsontwerp 10 111. Zie H. van den Berg, a.w., p. 308 (tekst van het ontwerp).

15 In Duitsland werd gesproken van 'Waffengleichheit'.

selindustrie) ‘niettemin onrechtmatig zou kunnen zijn (...) indien de mogelijkheden tot het op korte termijn bereiken van een *voor de bonden aanvaardbaar* resultaat door middel van voortgezet overleg nog niet waren uitgeput’ (cursivering AJ).¹⁶ Daarmee werd een beoordelingselement geïntroduceerd dat verder kon gaan dan enkel de spelregel, namelijk een beoordeling door de rechter over de vorderingen of het gebrek daaraan van de onderhandelingen en een waardering van mogelijk – aanvaardbare – resultaten.¹⁷ Zo concludeerde het hof dat, wat verdere onderhandelingen ook zouden kunnen opleveren, het feit dat de werkgeverspartij op het betreffende cruciale punt van de vakbonden niet wilden toegeven, dit punt voor de bonden zo belangrijk was dat er in ieder geval een breekpunt in de onderhandelingen was.¹⁸

De door de rechter gekozen benadering impliceert dat de rechter op deze wijze betrokken kan raken bij het conflict, althans bij de formulering van het conflict en daarmee invloed te krijgen op het pro-

- 16 Hof Amsterdam 3 mei 1973, *NJ* 1973, 251; Hof Amsterdam 17 november 1977, *NJ* 1978, 551. Deze zinsnede duikt ook later nog herhaaldelijk op. Zie bijvoorbeeld HvJ NA 18 september 1979, *PG* 1980, 1511.
- 17 Een dergelijke redenering volgde het Hof Amsterdam ook al in 1973 in de zaak van de *Hoogovens*-staking; zie Hof Amsterdam 3 mei 1973, *NJ* 1973, 251. In sommige Europese landen, zoals Engeland en Ierland, is een (geheime) stemming onder de werknemers (niet altijd alle werknemers, maar enkel de vakbondsleden) over het inzetten van het stakingswapen onderdeel van de procedures om tot acties over te (mogen) gaan. Een dergelijke ‘secret ballot’ wordt door het ECSR reeds sinds de tweede cyclus niet per se in strijd met het ESH geacht. Conclusions II, p. 187. De deskundigencomités van de ILO hebben een vergelijkbaar standpunt; CFA Digest of Decisions, 1996 para 511 en 514; en CEARC General Survey, 1994, para 170. Bepaalde aspecten van zo’n ballot worden door het Comité wel in strijd geacht met art. 5 lid 4, Zo bijvoorbeeld dat de vakbond(en) verplicht zouden zijn een hele tijd van tevoren te moeten opgeven wanneer de ballot gehouden wordt, of het vrijgeven van de namen die aan de ballot hebben deel genomen. Zie bijvoorbeeld Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 637 e.v. In Engeland bestaat een hele set aan bepalingen op dit punt. Zie ook Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 475 e.v. ten aanzien van Portugal.
- 18 Hof Amsterdam 17 november 1977, *NJ* 1978, 551. Het ging in dat geval om het behoud van de ‘automatische’ prijscompensatie, een in die periode buitengewoon heet hangijzer. In een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Utrechtse Rechtbank van 3 februari 2003 wordt deze lijn nog eens bevestigd: een op de valreep ‘terugkomen op het eindbod’ en een aanbod om ‘opnieuw in overleg te willen treden’, terwijl ‘de ruimte om aan de eisen van de vakbond te voldoen, niet bestaat’, wordt door de rechter als beroep op het ontbreken van het uiterste middel niet gehonoreerd. Vznr. Rb. Utrecht 3 februari 2003 (n.n.g.).

ces van onderhandelen en de uitslagen daarvan. Dat wordt – in een andere richting als het zojuist gegeven voorbeeld – gedemonstreerd in een uitspraak van de Maastrichtse rechter tegen een bezettingsactie van de Industriebond FNV in 1982. Om te laten zien hoe gevaarlijk het ijs kan zijn waarop een rechter zich waagt en waarop hij gemakkelijk kan ‘uitglijden’ en daardoor zijn terughoudendheid kan verliezen, laat ik hier de bewuste passages volgen: nu de vakbond ‘het overleg tussen eiseres en de betrokken vakverenigingen, dat, naar moet worden aangenomen, mogelijk tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing zou kunnen leiden, ontijdig heeft verbroken en ten onrechte weigert te hervatten, en derhalve aldus niet handelt met inachtneming van de onder de gegeven omstandigheden jegens eiseres in acht te nemen zorgvuldigheid’ wordt de bezettingsactie verboden. Het had niet als ‘uiterste middel mogen worden gebezigd’. ‘Daargelaten dat niet bij voorbaat behoeft te worden uitgesloten dat andere ter sprake gebrachte en ook weer in de aangehaalde brief van het CNV (de andere vakbond bij de werkgever KNP, AJ) aan de orde gestelde alternatieven dan de ATV (arbeidstijdverkortung, AJ) tot een onder de gegeven omstandigheden aanvaardbare oplossing zullen kunnen leiden, en reeds hierom gedaagdes optreden niet gerechtvaardigd is te achten, zijn Wij van oordeel dat gedaagde ook niet gerechtigd was om tot de onderhavige actie over te gaan op grond dat eiseres niet bereid bleek een financiële bijdrage te verlenen aan de voorgestelde ATV omdat eiseres blijkens de verslagen uitvoerig heeft toegelicht dat de financiële situatie, welke juist de inzet vormde tot het voorgenomen saneringsplan, zulks onmogelijk maakt’. Van terughoudendheid valt hier weinig meer te bespeuren, zo gedetailleerd als de rechter ingaat op de onderhandelingen en op de posities die partijen in de onderhandelingen innemen.¹⁹

In de literatuur werd gereageerd met een pleidooi dat wanneer partijen van mening zijn of in het geval een van de partijen meldt dat er een breekpunt is, de rechter ervan uit moet gaan dat dat zo is, tenzij

19 Pres. Rb. Maastricht 13 maart 1982, *KG* 1982, 49. Interessant om op te merken is nog dat de rechter in het midden laat of hij deze zaak moet beoordelen op de criteria die bij stakingen moeten worden aangelegd dan wel veel strenger dan bij bedrijfsbezetting. Hij past overigens wel de criteria uit het stakingsrecht toe. Het gaat er niet om dat deze uitspraak algemeen is, maar enkel om te laten zien hoe een rechter kan omgaan met zijn appreciatievrijheid. Overigens wordt in meer recente uitspraken de voorzichtige benadering benadrukt. Zie hieronder.

de andere partij het tegendeel aantoonst.²⁰ Rood had in zijn studie *Naar een stakingswet?* verdedigd dat een bepaalde procedure door de vakbonden moest worden gevolgd, maar dat de rechter dan vervolgens zeer marginaal mocht oordelen over de al dan niet aanwezigheid van een breekpunt in de onderhandelingen. Hij wil dat partijen eerst ernstig trachten het – in de onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden – gerezen geschil door middel van onderhandelingen of anderszins minnelijk op te lossen. Als de vakbonden *in redelijkheid* kunnen menen dat verdere onderhandelingen of een minnelijke schikking geen resultaat zullen opleveren²¹, en zij *in redelijkheid* de overtuiging hebben gekregen dat het (her)openen van onderhandelingen of het aanwenden van andere minnelijke middelen niet tijdig tot het beoogde doel zullen leiden, dan staat het stakingswapen hun ter beschikking. Rood beoogde hiermee partijen aan werkgeverskant wat meer op afstand te zetten, zodat zij in hun tactiek effectief werden belemerd om de deur naar onderhandelingen maar open te houden en daarmee de stakingsdreiging buiten de deur te houden. Een dergelijke benadering wordt ook wel in de rechtspraak gevolgd, waar rechters stellen dat ingeval er ‘aanmerkelijke’ verschillen tussen partijen (blijven) bestaan, de rechter bij de waardering van die verschillen ‘een grote terughoudendheid dient te betrachten’.²²

20 Zie Fase, *TSR* 1982, p. 302; zie ook J. Peeters, *SMA* 1979, p. 90-91; Brunner, a.w., p. 34; en De Laat en Van Lierop, *SR* 1990, p. 77. Daartegenover H.J. Schotvanger, ‘De Amsterdamse stakingsarresten 1977’, *SMA* 1979, p. 81 e.v. en Luttmer-Kat, *SMA* 1990, p. 82 die een diametraal andere mening verkondigden. De rechter moest juist volop toetsen of er een breekpunt is en dus of de staking als ‘uiterste middel’ gebruikt mocht worden. Luttmer-Kat riep de situatie in Duitsland te hulp om haar standpunt kracht bij te zetten.

21 Een voorbeeld daarvan geeft het vonnis van de Pres. Rb. Rotterdam 4 november 1999, *JAR* 1999/273, waar de rechter constateert dat de werkgever voorshands niet bereid bleek om ‘tot een inhoudelijke uitwisseling van standpunten te komen’.

22 Pres. Rb. Utrecht 2 mei 1986; in hoger beroep bevestigd door Hof Amsterdam 10 september 1986, beide geciteerd door Tilstra, a.w., p. 81-82. Bij de omvangrijke acties in de publieke sector in 1983 zijn de rechters weer strenger: de overheid had overleg hervat; grote twijfel was er of dat overleg wel reëel was omdat de regering aan haar bezuinigingsbeleid vasthield. De rechter achtte dat van geen belang; het overleg was hervat, dat was voldoende. Daarmee bemoeide de rechter zich met het onderhandelingsproces. In 1991 bij de grote acties tegen de maatregelen in de Ziektewet en de WAO trad de rechter weer ‘lankmoediger’ tegenover de stakers op. Pres. Rb. Utrecht 26 september 1991, *KG* 1991, 347; Pres. Rb. Groningen 3 oktober 1991, Rolnr. KG 187/91 (zie Tilstra, a.w., p. 83).

De termen ‘aanvaardbaar’ en ‘in redelijkheid’ laten niettemin aan de rechter bij zijn oordeel naar de geoorloofdheid van de uitoefening van het stakingsrecht nog een grote appreciatieruimte. Tegen ‘oneigenlijke’ tactieken van werkgeverskant mag dan een zekere dam zijn opgeworpen, op het gebruik van het recht op collectieve acties blijft een serieuze beperking mogelijk. In concrete conflicten is het laatste woord aan de rechter en tot acties oproepende vakbonden moeten anticiperen of in elk geval rekening houden met een rechterlijk verbod. Het zij hier slechts terloops vermeld dat op deze, wellicht niet helemaal ‘eigenlijke’ wijze – of wat preciezer uitgedrukt op een indirecte, verkapte wijze – het recht van vrije collectieve onderhandelingen, toch ook een erkend sociaal grondrecht, wordt gereguleerd, waar het wellicht toch meer voor de hand zou liggen om dat proces zelf, de onderlinge rechten en plichten van de partijen in het proces van onderhandelen te regelen.²³

In het kader van de beoordeling van de verenigbaarheid van deze rechtspraktijk met de regeling in het Handvest rijst de cruciale vraag of deze beperking past bij, verenigbaar is met art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH. Leek deze praktijk onbestreden, ‘een rustig bezit’, de zeer recente opinie van het ECSR zou daarin wel eens verandering kunnen brengen. Het Comité had al eerder vragen gesteld bij de hantering in Nederland van het ‘laatste middel’-criterium, dat een staking te prematuur werd geacht. Aanleiding voor het Comité is het *Douwe Egberts*-arrest van de Hoge Raad van 2000. Mede voorgelicht door de FNV die onder gebruikmaking van de mogelijkheid om het periodieke rapport van Nederland van commentaar te voorzien, bezwaar aantekent tegen deze rechtspraktijk, oordeelt het Comité dat ‘the judicial practices concerned (het hanteren van het ultimatum remedium-criterium als grond voor een verbod van de acties, AJ) by their nature restrict the right to strike and that they go beyond the restrictions admissible under Article 31 of the Charter’.²⁴ Deze opvatting van het Comité vindt steun in het oordeel over de situatie in Tsjechië. Het Comité merkt op dat de bepaling in de Tsjechische wet dat een staking kan worden uitgeroepen ‘as a last resort’, bij gebreke waarvan de collectieve actie als ‘unlawful’ wordt aangemerkt, op z’n minst

23 Nederland heeft als een van de weinige (West-)Europese landen geen enkele wettelijke regeling met betrekking tot collectieve onderhandelingen. Zie hierover uitgebreider A.Ph.C.M. Jaspers, *CAO, staking en medezeggenschap*, Meppel 2004.

24 Conclusions XVI-1, 2002, p. 446 (cursivering AJ). Op deze grondslag concludeert het Comité dat Nederland art. 6 lid 4 ESH schendt.

dubieus is.²⁵ De formuleringen van het Comité lijken dus weinig ruimte te laten, althans minder ruimte dan de Nederlandse rechtspraak gebruikelijk doet. Essentieel lijken de woorden ‘by their nature’. Men zou de formulering die het Comité hanteert, kunnen uitleggen als duidt zij erop dat deze beperkingsgrond ‘als zodanig’ onaanvaardbaar is, omdat zij verder gaat dan art. 31 toelaat. Men kan het ook zo zien dat naar het oordeel van het Comité het criterium van ‘laatste middel’ *naar zijn aard* een beperking meebrengt en dat het niet valt onder de beperkingsgronden van art. 31. De eerste uitleg legt een verdergaande beperking op dan de tweede, maar ook de tweede houdt in dat het criterium in de ogen van het Comité niet gedekt wordt door art. 31 ESH. Voor de praktijk maakt het niet veel verschil, zo kan men concluderen.

Dorssemont in zijn commentaar bij de conclusie van het Comité leidt eruit af dat Nederland, wil het in overeenstemming handelen met het ESH, afstand van dit criterium zal moeten doen.²⁶ De nageoeg algemene aanvaarding in Nederland van dit criterium ter beoordeling van de geoorloofdheid van collectieve acties maakt het niet waarschijnlijk dat dit oordeel van het Comité zonder slag of stoot wordt aanvaard en overgenomen. In discussies blijkt dit criterium nog welhaast onaantastbaar. De gebrekkige argumentatie of misschien moet men wel zeggen, het gebrek aan motivering die het Comité geeft, wordt door hen die het ultimum remedium-criterium ter beoordeling van de geoorloofdheid van collectieve acties willen handhaven, aangevoerd om aan dat oordeel slechts een zeer beperkte waarde toe te kennen.²⁷ Een andere reden die wel in stelling wordt gebracht, is dat de regels van het ESH wat *outdated* zijn en dat er daarom in onze huidige maatschappij, waarin de arbeidsverhoudingen

25 Het Comité wil van Tsjechië opheldering over wat daarmee wordt bedoeld. Conclusions XVI-1, 1, p. 140.

26 F. Dorssemont, ‘De prullenbak’, *SR* 2002, p. 326.

27 Het Comité komt naar buiten met een oordeel dat door het hele Comité gedragen wordt, tenzij één lid al dan niet ondersteund door anderen (tezamen altijd een minderheid) een andere opvatting heeft en die als *dissenting opinion* gepubliceerd wil zien. Zoals vaker is het zeer wel mogelijk dat het Comité eensgezind is over het ‘oordeel’, maar niet eensgezind over de daaraan ten grondslag liggende motivering. Dat kan een reden zijn en is dat ook wel dat een uitgebreide(re) motivering ontbreekt. Dat mag uit rechtsgeleerd oogpunt onbevredigend zijn omdat het niet overtuigt, juridisch laat het geen of weinig ruimte voor misverstanden! Zoals Dorssemont opmerkt, het Comité acht het ‘laatste middel’-criterium buiten de werking van art. 31 vallen en derhalve op die grond geen acceptabele beperkingsgrond.

zodanig zijn veranderd, geen plaats meer is voor een onbeperkt collectief actierecht. Het laatste argument verliest aan kracht als men in aanmerking neemt, zoals hierboven reeds gezegd, dat ook in het Revised Social Charter deze bepalingen in dezelfde bewoordingen zijn opgenomen. Het debat dat ook over deze bepaling is gevoerd, heeft niet geleid tot bijstelling.

Wie de ontwikkelingen in het internationale arbeidsrecht volgt, zal niet verbaasd zijn. De deskundigencomités van de IAO gaan zelfs nog verder in hun oordelen over de reikwijdte van het stakingsrecht. Het gaat immers om een fundamenteel sociaal recht, dat volop bescherming geniet en derhalve alleen binnen de grenzen van de verdragsteksten zelf beperkt mag en kan worden. Het EHRM neemt bijvoorbeeld in de *Silver*-zaak een vergelijkbaar standpunt in: beperkingsclausules die het EVRM kent, moeten beperkt worden geïnterpreteerd. De beoordelingsruimte ('the margin of interpretation') heeft een nationale overheid wel, maar zij is beperkt. Zo wordt door het EHRM de leer van de 'inherent or implied limitations' afgewezen met een beroep op de uitputtende opsomming van de beperkingen in betreffende bepalingen van het EVRM, in casu art. 11 EVRM. Dat houdt evenwel in dat indien de bewoording van dergelijke bepalingen ruimte laten, de betreffende staat die ruimte zou mogen gebruiken. Dat blijft dan, in de opvatting van het Hof, beperkt tot de uitputtend opgesomde beperkingsgronden als opgenomen in het betreffende grondrechtartikel.²⁸ Het hanteren van een ultimum remedium-criterium als beperkingsgrond lijkt met deze opvatting van het Hof niet te rijmen. Art. 31 dat zo'n uitputtende opsomming van de beperkingsmogelijkheden geeft (vergelijkbaar met art. 11 lid 2 EVRM), noemt deze beperkingsgrond nergens. Van een 'implied limitation' kan dan toch geen sprake zijn.

In de Nederlandse stakingsrechtspraak wordt als gezegd al vóór, maar zeker ná het *NS*-arrest van 1985, het ultimum remedium-criterium gehanteerd als (juridische) grondslag voor beperking van het recht op collectieve acties. In dat arrest redeneerde de Hoge Raad aldus: collectieve acties zijn in beginsel geoorloofd, rechtmatig, omdat ze worden gedekt door art. 6 lid 4 ESH, tenzij 'zwaarwegende procedureregels ("spelregels") zijn veronachtzaamd', waarvan het

28 Zo bijvoorbeeld EHRM 25 maart 1983, A.61 de *Silver*-case. In de literatuur wordt dit onderschreven. Zie P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd Ed., Kluwer Law International 1998, p. 763-765.

ultimum remedium er één is naast de regels van behoorlijke aanzegging.

Met grote regelmaat worden acties verboden, omdat te vroeg naar het actiemiddel is gegrepen.²⁹ Dat argument wordt in een heel scala van voorvallen gebruikt. Zo wordt een landelijke stakingsdag gecombineerd met een grote demonstratie tegen de Ziektewet- en WAO-plannen van de regering waarvoor onder andere bij Hoogovens het werk een dag wordt stilgelegd, door de rechter verboden omdat de vakbeweging 'in beginsel nog de gelegenheid had om binnen het wetgevingstraject invloed uit te oefenen. Zowel de regering als de Tweede Kamer hebben zich bereid getoond concrete alternatieven in het kader van de wetgevingsprocedure in overweging te nemen'.³⁰ Het verwijt van 'prematuur' staken wordt ook tegengeworpen aan individuele werknemers of aan groepen van werknemers buiten hun organisaties om, zoals bij SHB, de pool van Rotterdamse havenwerkers, die met stakingen en blokkadeacties de herstructureringsplannen willen beïnvloeden. Zolang andere middelen, met name overleg, nog niet zijn uitgeput, is het ook de individuele werknemers niet toegestaan acties te voeren. Hoewel dus de individuele werknemers geen partij zijn bij en dus ook niet betrokken zijn bij dat overleg, wordt hen het recht op collectieve acties ontzegd op grond van 'te vroeg' naar de actiemiddelen grijpen.³¹ Vergelijkbaar is de zaak van de acties van de personeelscollectieven bij de NS die in 2001 actie voerden tegen

- 29 Soms wordt, begrijpelijk maar wat verwarrend gesproken van het '(heel) zware' middel van staking of andere collectieve actie, waarmee een onevenredigheids-element in de motivering van het verbod sluipt. Er is dan sprake van een dubbele grondslag: te vroeg en te zwaar. Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Leeuwarden, 8 december 1998, *KG* 1999, 66 en opnieuw Pres. Rb. Leeuwarden 3 februari 1999, *JAR* 1999/58: niet alle mogelijkheden voor een minnelijke oplossing waren onderzocht waardoor wellicht 'te snel voor te geringe belangen naar het zwaarste middel gegrepen is'.
- 30 Pres. Rb. Haarlem 3 oktober 1991, *KG* 1991, 351. Ondanks het feit dat de staking zich niet richtte tot Hoogovens die er wel door getroffen werd maar tegen de staat, schaarde de rechter deze actie wel onder art. 6 lid 4 met de formulering die ook in het *NS*-arrest werd gehanteerd. Zoals overigens vaker het geval is, combineert de rechter dit argument met een ander argument dat de actie ongeoorloofd maakt. In dit geval is dat het geringere belang van de vakbeweging tegenover andere belangen. Dat gaat dus terug op een afweging van het belang van de vakbonden om actie te voeren tegenover het belang van andere, in dit geval Hoogovens die in het conflict als 'derde' moest worden beschouwd. Zie hierover verderop.
- 31 Pres. Rb. Rotterdam 8 oktober 1997, *JAR* 1997/229. Het ging om overleg tussen SHB en de vakbonden en de ondernemingsraad. Dat de actievoerders tevens OR-lid waren, heeft bij de rechter overigens geen rol gespeeld.

herstructureringsmaatregelen, het zogenaamde ‘rondje rond de kerk’. Ook deze groep van werknemers, een (ad hoc) vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, die niet betrokken was bij het overleg over die plannen, werd verweten te vroeg naar het stakingswapen gegrepen te hebben.³²

De gevarieerde toepassing van dit criterium in de rechtspraak roept de vraag op binnen welk beoordelingskader het ultimum remedium-criterium moet worden geplaatst. De rechtspraak overziende kan men zeggen dat het er in hoofdzaak om gaat om te beoordelen of er geen andere mogelijkheden zijn om het conflict op te lossen, de impasse te doorbreken zonder naar het ‘uiterste middel’ te grijpen: verder praten, alternatieve procedures voor geschillenoplossing (ACR) zoals bemiddeling.³³ Het gebruikelijke en meest logische kader is dat van de onderhandelingen tussen partijen. Daarin wordt het door rechters ook veelal geplaatst.

In het standaard arrest van 1986 (het *NS*-arrest) heeft de Hoge Raad deze kwestie laten rusten. Hij kon dat ook doen omdat niet betreden werd dat het hier om een ‘uiterste middel’-situatie ging.³⁴ Deze problematiek komt wel in volle omvang aan de orde in het *Douwe Egberts*-arrest van 2000.³⁵ Onder aanhaling van de *NS*-formule: collectieve acties zijn in beginsel geoorloofd tenzij ‘zwaarwegende procedureregels (“spelregels”) zijn veronachtzaamd dan wel – met inachtneming van de door art. 31 ESH gestelde beperkingen – op grond van afweging van alle omstandigheden van het gegeven geval in onderling verband en samenhang moet worden geoordeeld dat de Bonden in redelijkheid niet tot deze actie hadden kunnen komen’. Vervolgens maakt de Hoge Raad de wending dat de ‘door art. 31 ESH gestelde beperkingen in het geval van een door art. 6 lid 4 gedekte staking dus pas een rol (spelen), indien vorenbedoelde pro-

32 Zie Pres. Rb. Zutphen 20 maart 2001, *JAR* 2001/165.

33 Bemiddelen is uiteraard ook een kwestie van praten, dat wil zeggen door overleg met de hulp van een derde tot een oplossing komen. Men zou hieronder ook ‘de weg via de rechter’ kunnen rangschikken, maar die oplossing past beter onder het kopje: belangengeschil versus rechtsgeschil dat hierboven al uitgebreid besproken is. Overigens valt in dat verband wel de term ‘uiterste middel’: een collectieve actie is niet het laatste middel als de kwestie die partijen verdeeld houdt, via een beroep op de rechter kan worden opgelost. Zie voor voorbeelden hierboven par. 3.1.2.

34 Wel betrok de Hoge Raad een andere spelregeltoetsing in zijn beoordeling. Het ging daarbij om de verplichting tot aanzegging van de acties. Daarop kom ik hieronder nog terug.

35 HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 292 en *JAR* 2000/63.

cedureregels in acht zijn genomen'. Daarmee plaatst hij de spelregeltoetsing buiten het kader van art. 31, en dus niet onderworpen aan de beperkende regeling van dat artikel. Spelregeltoetsing is volgens de Hoge Raad gekoppeld aan de waarborging (in art. 6 ESH) van het recht op collectief onderhandelen en de uitoefening van het recht op collectieve acties moet worden beoordeeld op de vraag of 'het door art. 6 gewaarborgde recht op collectief onderhandelen niet daadwerkelijk op andere wijze tot gelding kan worden gebracht'. Met andere woorden: 'een staking kan slechts rechtmatig zijn als zij als uiterste middel is toegepast'. De Hoge Raad beroept zich onder verwijzing naar de opvattingen als door de A-G Spier in deze zaak aangedragen en in navolging van veel lagere rechters op de structuur van art. 6 ESH: overleg, onderhandelen, bemiddeling, collectieve actie³⁶, op passages uit de *Travaux Préparatoires*, op de zienswijzen die destijds in de wetsontwerpen voor een stakingsrecht (van 1968/1969) waren neergelegd, en op de goedkeuringswet van het ESH (van 1978).³⁷

Zoals ook Betten reeds had aangegeven bestond er onder de verschillende partijen die betrokken waren bij de opstelling van het Handvest, een zekere consensus over het uitgangspunt dat staking het 'uiterste middel' moest zijn. Dat werd geplaatst in de structuur van art. 6 ESH.³⁸ Het recht op collectieve acties bestond en werd erkend ná de fase van onderhandelen. Overeenstemming bereiken stond voorop. In de discussies tijdens de voorbereidingsfase van het ESH ging het om het hele terrein dat art. 6 bestrijkt, dus zowel het bevorderen van overleg tussen werkgevers en werknemers, het opzetten van een systeem van collectief onderhandelen met alle problemen die daaraan verbonden waren zoals de vraag van toelating of beperking van toelating van vakbonden tot onderhandelingen³⁹, alsook het

36 Aldus Pres. Rb. Amsterdam en Hof Amsterdam in deze zaak; *JAR* 2000, p. 377 l.k.

37 Sinds dit *Douwe Egberts*-arrest wordt deze formule door de rechters gebruikt als het gaat om een oordeel over het al dan niet prematuur acties voeren. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 12 juli 2000, *NJ* 2001, 88; en Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 november 2001, *KG* 2002, 3.

38 Hoe groot die consensus onder alle betrokkenen was, is uit de *Travaux Préparatoires* niet helemaal goed af te leiden. De discussie vond plaats in het kader van de hele problematiek van art. 6. Zie ook Schut, a.w., p. 62-63.

39 Een vraag die zich voordeed en voordoet, betreft de bevoegdheid om het aantal vakbonden te beperken teneinde het hele proces beheersbaar te houden. Ierland bijvoorbeeld kende dergelijke regelingen om de 'proliferatie' van vakbonden te bestrijden, met name de opsplitsing in allerlei kleine bonden die heel specifieke belangen behartigen.

opzetten van een systeem van bemiddeling en (vrijwillige) arbitrage als geschillenoplossingsmechanisme. In dat kader werd de staking bijna als vanzelfsprekend gezien als het sluitstuk van dit geheel. Voor vakbonden was zorgvuldigheid bij het uitroepen en organiseren van een staking bijna een ‘natuurlijk’ iets. Naar de staking wordt gegrepen ‘als het water hen tot de lippen staat’.⁴⁰

Aanwijzingen dat het deskundigencomité dergelijke procedurele zorgvuldigheidscriteria acceptabel acht, kunnen worden gevonden in zijn opvatting dat afkoelingsperioden (*cooling off periods*) niet eo ipso in strijd zijn met het ESH, mits zij niet te lang zijn, omdat zij anders het stakingsrecht in feite illusoir maken.⁴¹ Er is dan in de opvatting van het Comité geen sprake van ‘a real restriction of the right to strike’ maar van voorschriften die ‘merely regulate the exercise thereof’.⁴² Leidraad voor het Comité is dat het recht ook effectief kan worden uitgeoefend. Zo wordt verplichte arbitrage in strijd geacht met het ESH, ook als die bij wet wordt voorgeschreven.⁴³ Bemiddeling daarentegen is wel in overeenstemming met het ESH en kan het recht op collectieve acties doen ‘opschorten’, mits dat gebeurt bij wet of bij overeenkomst tussen de CAO-partijen en niet te

- 40 Aldus vat Betten in *SR* 1991, p. 204 dat standpunt treffend samen. De vakverenigingsvertegenwoordigers in de tripartiete conferentie van 1959 in Straatsburg namen het standpunt in dat de uitoefening van het recht op staking afhankelijk kon zijn van het al dan niet uitgeput zijn van de mogelijkheden tot bemiddeling en arbitrage.
- 41 Conclusions I, p. 38. Het Comité heeft dit standpunt later voortdurend herhaald en bevestigd (recentelijk in Conclusions XIV-1, Vol. 1, p. 157; Conclusions XV-2 Add., p. 172 (Slowakije) en Conclusions XVI-1, 1, p. 141 (Tsjechië)), maar er steeds bij gezegd dat de lengte van de periode dat anders kan maken. Wanneer die periode boven de maand gaat uitstijgen, los van een combinatie met bemiddelingspogingen, wordt het Comité zeer kritisch, zoals in het geval van de Nederlandse Antillen (zie Conclusions XIV-1, p. 594), maar het bij wet opleggen van een lange ‘afkoelingsperiode’ moet wel gebeuren met in achtname van de voorwaarden van art. 31 ESH. Een tweede voorwaarde die het Comité aan de cooling off period stelt, is dat zij wordt gehanteerd als de onderhandelingen nog lopen.
- 42 Zie Betten, *SR* 1991, p. 204. De A-G Spier verwijst ook naar de ‘jurisprudentie’ van het Comité, *JAR* 2000, p. 390-391.
- 43 Zie onder andere Conclusions XI-1, p. 89-90; herhaald in Conclusions XII-1, p. 130 en Conclusions XIII-1, p. 158-159. Daarin bijgevallen door het CFA van de IAO. Voor de duidelijkheid: bij CAO kan evenmin. Zie Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 432 e.v. (ten aanzien van Noorwegen). Vrijwillige arbitrage, dus als partij- en ermee hebben ingestemd, mag wel.

lang duurt.⁴⁴ Ik noemde reeds dat een staking ook afhankelijk mag worden gemaakt van het houden van een stemming om te gaan staken.⁴⁵ Al deze procedureregelingen, spelregels, hebben betrekking op het reguleren van de uitoefening van het recht en zijn ook in de ogen van het Comité toegestaan 'provided that any further restriction can be justified under the terms of article 31 ESC'.⁴⁶ Het 'uiterste middel'-criterium is dan aanvaardbaar onder de voorwaarde dat deze regulering van de uitoefening van het stakingsrecht en de daarvoor gehanteerde criteria niet tot een beperking leidt die in strijd komt met art. 31 ESH.⁴⁷ Daaruit valt af te leiden dat beperkingen buiten art. 31 om niet in overeenstemming zijn met de regeling in het ESH, behalve natuurlijk voorzover art. 6 lid 4 ESH zelf een beperking geeft.

Ook in sommige andere landen wordt dit criterium aangelegd. Dat wijst erop dat het een vaker gebruikte voorwaarde is voor de *uitoefening* van het recht. Het komt er vervolgens op aan hoe dit criterium wordt toegepast. Hier kan men opnieuw onderscheid maken tussen de 'preciezen' en de 'rekkelijken'. In de Nederlandse literatuur bestaat er grote overeenstemming over de aanvaardbaarheid en het nut ervan.⁴⁸ Men zou dus kunnen zeggen dat de schrijvers in Nederland samen met de rechters tot de 'rekkelijken' gerekend kunnen worden. Brunner daarentegen behoort tot de 'preciezen' samen met de opstellers van het FNV-rapport 'Collectieve actie: een recht'.⁴⁹ Brunner

44 Er is reden om aan te nemen dat het ook zou mogen als het een 'standaard'praktijk is in een land.

45 Dat betreft met name Engeland en Ierland waar (secret) strike ballots normaal zijn. De eis van geheimhouding heeft te maken met de vrijheid van vakvereniging: de vrijheid om zonder risico (van mogelijke represailles) lid te zijn van een vakvereniging en activiteiten als vakbondslid te ontplooiën.

46 Vaste 'rechtspraak' van het Comité. Beperkingen mogen niet gaan 'beyond what can be justified under the terms of Article 31'. Zie Conclusions XIV-1, p. 805, en Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 432-437.

47 Aldus de Bijlage bij art. 6 lid 4 van het ESH waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat elke lid staat de uitoefening van het recht van staking nader mag regelen 'by law' mits iedere 'verdere beperking van dit recht in de bepalingen van artikel 31 rechtvaardiging vindt'. 'By law' wat ook hier mag worden uitgelegd als 'door het recht', dus ook in de rechtspraak. Zie ook Betten, *SR* 1991, p. 204.

48 A-G Spier geeft in zijn conclusie bij het *Douwe Egberts*-arrest een overzicht van de verschillende auteurs. Zie *JAR* 2000, p. 388 l.k.

49 Eindrapport van de Commissie collectief arbeidsrecht, FNV 1987, p. 22 e.v. Schrijver dezes was lid van die commissie en onderschreef die visie zonder restrictie.

wijst het zonder meer af. Het past niet in art. 6 ESH en wordt in elk geval niet door art. 31 van het ESH erkend als beperkingsgrond.⁵⁰

In haar reactie op het periodieke rapport van Nederland over de toepassing van het ESH van 2001⁵¹ waarin commentaar wordt gegeven op de *Douwe Egberts*-uitspraak van de Hoge Raad, erkent de FNV de bevoegdheid van lidstaten om (bij wet of rechtspraak) de uitoefening van het recht op collectieve acties te reguleren. Dat zou mogen, zo wordt eraan toegevoegd⁵² nog 'los van de beperkingen gesteld door art. 31 aan de beperkingen van het recht op staking'. Dat art. 6 ESH het recht op staking erkent 'only as far as applied as an ultimate remedy', is voor de FNV blijkens haar reactie vanzelfsprekend.⁵³ Schaart de FNV zich hiermee ook onder de 'rekkelijken'?

A-G Spier gaat evenwel nog een stap verder door te stellen dat 'wanneer een staking inderdaad geheel voorbarig (prematuur) is, in redelijkheid kan worden verdedigd dat deze niet onder art. 6 lid 4 ESH valt. Betoogd zou kunnen worden dat er dan nog niets te onderhandelen valt. Het door bedoeld artikellid gewaarborgde recht is dan nog niet aan de orde'. Het stakingsrecht is immers pas aan de orde nádat onderhandelingen hebben plaats gevonden.⁵⁴ Is er helemaal niet onderhandeld, is het overleg dus niet eens gestart, dan zal een collectieve actie tegen wat enkel nog maar een idee of een plannetje is, niet geoorloofd zijn, omdat het niet is gedekt door art. 6 lid 4 ESH. Er is nog geen (belangen)geschil gerezen, sterker nog, dat heeft zelfs nog niet kunnen

50 C.J.H. Brunner, 'Het rechterlijk verbod van stakingen', in: *Schetsen voor Bakels*, p. 34-35. Het oordeel is aan de strijdende partijen en niet aan de rechter. Het ESH leert nu eenmaal niet anders. Brunner lijkt daarmee niet gelukkig.

51 Opgenomen, voorzover relevant voor dit onderwerp in de bijdrage van Bloemarts in *SMA* 2002, p. 498-500.

52 Tussen haakjes overigens. Duidt dat op een vanzelfsprekendheid(?) in navolging van A-G Spier, die dezelfde redenering volgde, die vervolgens ook weer gevolgd wordt door de Hoge Raad of is zij er niet helemaal zeker van?

53 Zij gaat zelfs nog een stap verder door 'overeenkomstig dit concept' een staking die niet als uiterste middel is ingezet, aan te merken als 'misbruik van recht en daarom onrechtmatig'. Daarvan kan ook sprake zijn als het recht wordt uitgeoefend 'absolutely overhasty and premature'. Op de 'misbruik van recht'-doctrine kom ik nog terug.

54 Spier verwijst naar de *Travaux Préparatoires: Collected Travaux Préparatoires* Vol. V 1958, p. 148. Hierboven werd hierop ook reeds gewezen, evenwel niet met die consequentie.

rijzen.⁵⁵ ‘Het ligt voor de hand die situatie te toetsen aan de maatstaf van art. 6:162 lid 2 BW. Zij wordt niet gedekt door art. 6 lid 4 ESH, zodat aan toetsing van art. 31 lid 1 ESH niet wordt toegekomen.’

De Hoge Raad volgt min of meer de A-G in zijn redenering. Na herhaling van de *NS*-formule vervolgt hij met de stelling dat de ‘door art. 31 ESH gestelde beperkingen in geval van een door art. 6 lid 4 gedekte staking pas een rol spelen, indien de procedureregels in acht zijn genomen’. Anders dan de A-G laat de Hoge Raad nog open of de spelregeltoetsing nu binnen of buiten de toetsing aan art. 6 lid 4 valt. Wel is duidelijk dat de spelregeltoetsing geheel losstaat van de beperkingen van art. 31 ESH. Daarmee lijkt de Hoge Raad niet de benadering te volgen van het deskundigencomité.

De Hoge Raad gaat dan vervolgens door op het spoor dat in het verleden is getrokken. De rechter dient terughoudend te zijn in zijn oordeel of de acties prematuur zijn. Behalve dat het hier gaat om een grondrecht dat niet zomaar beperkt kan worden, moet in het oordeel ook betrokken worden of in de betreffende conflictsituatie nog een ander middel dan een staking kan worden gebruikt. Voorts kunnen er verschillen in waardering van de omstandigheden bestaan en in taxaties omtrent de resultaten die met dat middel te bereiken zijn. En ten slotte wijst de Hoge Raad op nog een andere bijzonderheid in de hectiek van de conflictsituatie, namelijk dat de beslissing of het middel van staking moet worden toegepast dan wel of er nog andere mogelijkheden bestaan, in korte tijd genomen moet worden.⁵⁶ In zijn over-

55 A-G Spier gebruikt deze casus om zijn argumenten kracht bij te zetten. Zie *JAR* 2000, p. 392 r.k. De bescherming van art. 6 lid 4 valt in dat geval weg, omdat zoals gezegd er geen belangengeschil is. Het ‘uiterste middel’-criterium komt gewoon (nog) niet aan bod.

56 HR 28 januari 2000, *JAR* 2000/63. Hij onderschrijft de oordelen van de President van de Rechtbank (in kort geding) en in hoger beroep van het Hof van Amsterdam: geen onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk. In het onderhavige geval, waar het ging om een grote herstructurering van het internationale concern Sarah Lee, waartoe Douwe Egberts (DE) behoort. Uitbesteding van activiteiten was aan de orde. Om de onrust bij het personeel weg te nemen, gaan de vakbonden alvast in gesprek over de condities waaronder de uitbesteding zou kunnen (moeten) plaatsvinden. De onrust bij het personeel wordt niet weggenomen en er breekt een wilde staking uit. De bonden nemen de actie over, omdat DE geen toezeggingen doet over bepaalde detachingsmaatregelen. DE vindt dat er eerst een uitgebreidere studie moet worden verricht vóór er verder gepraat gaat worden. DE zegt in gesprek te willen blijven, maar kan en wil niet de toezeggingen doen waar de werknemers en de bonden om vragen: in geval van uitbesteding van activiteiten willen zij in dienst blijven bij DE onder de voor hen geldende CAO van (een divisie van) DE.

zicht van recente jurisprudentie juicht Hansma dit voorzichtig opereren van de rechter, zoals de Hoge Raad de lagere rechters voorhoudt, toe. Hij wijst er nog eens op dat het voor een rechter die niet of nauwelijks kan terugvallen op deskundigheid op grond van ervaring met en in (collectieve) onderhandelingsprocessen, wel heel moeilijk is om de dynamiek van zo'n proces te vatten.⁵⁷

Ik wees er reeds op dat de FNV in zijn commentaar aan de Raad van Europa niet het hanteren van het 'uiterste middel'-criterium als algemene regel bestrijdt, maar de (te) geringe terughoudende opstelling van de rechters waar het gaat om de beoordeling of de staking prematuur is. De FNV eist een zodanige terughoudendheid dat de afwegingen en taxaties die de vakbonden in zo'n situatie maken, aan de bonden moeten worden gelaten.⁵⁸ Het is niet aan de rechter om de eisen, de inzet van de bonden te beoordelen en evenmin of de eisen op een gegeven ogenblik te rechtvaardigen zijn. Doet hij dat wel, dan bemoeit hij zich met het beleid en de strategie van de bonden. Dat zou alleen anders zijn als de gestelde eisen helemaal geen verband houden met de belangen van de werknemers dan wel de inwilliging daarvan buiten de macht van de werkgever zou liggen.⁵⁹

In zijn reactie op de conclusie van het deskundigencomité naar aanleiding van het commentaar van de FNV op de *Douwe Egberts*-zaak toont Bloemarts zich verrast.⁶⁰ Het Comité oordeelde dat zonder de term 'ultimum remedium' te noemen de rechter bij de vast-

57 R. Hansma, 'Weer vijf jaar collectieve actie', *Adv.bl.* 2002, p. 927. Ook in zijn eerdere overzichten betrof Hansma die stelling. Zie bijvoorbeeld zijn overzicht in *Adv.bl.* 1997, p. 785.

58 Ook de inschatting om het conflict door onderhandelingen te kunnen oplossen en het 'in redelijkheid' te vormen oordeel dat de werkgever 'determinately had refused to concede its demands', moet aan het oordeel van de bonden worden overgelaten. *SMA* 2002, p. 500 (l.k.). In haar reactie op het recente rapport van de Nederlandse regering (van 31 juli 2003) treft men dezelfde formulering aan (zie hieronder).

59 Hansma juicht deze benadering van de Hoge Raad toe, maar waarschuwt wel dat de rechter grote voorzichtigheid moet betrachten bij de weging van doel en middel in een heftige situatie van een olopend arbeidsconflict. R. Hansma, 'Weer vijf jaar collectieve actie. Jurisprudentie-overzicht', *Adv.bl.* 2002, p. 926-927. De verwijzing van Hansma als zou het ECSR zich expressis verbis achter de opvatting van het ultimum remedium als criterium hebben geschaard, is niet correct. Wat hij citeert is niet het oordeel van het Comité, maar de opvatting van de Nederlandse regering in haar 13de rapport aan de Raad van Europa in 1999. Het Comité roept die opvatting in herinnering.

60 Bloemarts, *SMA* 2002, p. 501.

stelling dat de staking prematuur en daarom onrechtmatig (unlawful) en niet passend (appropriate) was, ‘naar zijn aard’ (by its nature) een beperking oplegt waarvoor art. 31 geen ruimte laat. De Nederlandse rechtspraak is op dit punt derhalve niet in overeenstemming met art. 6 lid 4 ESH.

Recent lijkt de FNV, zo blijkt uit haar commentaar op het 16de rapport van de Nederlandse regering⁶¹, een beetje meer op te schuiven in de richting van het Comité als zij – met vreugde en instemming (?) – de negatieve conclusie van het Comité verwelkomt. Zij leidt uit het oordeel van het Comité af dat de rechter van art. 6 en art. 31 ESH eigenlijk geen ruimte krijgt om ‘to legitimately regulate or restrict the application of the right to strike by a prohibition order issued on the ground that it is disproportionate or premature’. Maar tegelijkertijd vraagt de FNV zich af of het niet toegestaan moet worden geacht dat er uiteindelijk (marginaal) getoetst wordt of de vakbonden hun best gedaan hebben het conflict door collectieve onderhandelingen op te lossen en de bonden redelijkerwijs mochten aannemen dat de werkgevers ‘determinately had refused to concede their demands’.⁶² De FNV laat in het midden of deze toetsingsmogelijkheid binnen de termen van de ESH-bepalingen vallen of passen.

Voor de Nederlandse regering vormt de negatieve conclusie van het Comité overigens geen reden om een ander standpunt in te nemen. In haar meest recente rapport waarin een reactie wordt gegeven op de concrete punten die het Comité Nederland had voorgelegd, onderschrijft zij dat de uitoefening van het recht onderworpen is aan de beperkingen van de art. 6 en 31 van het Handvest. Vervolgens wordt aansluitend op de rechtspraak in ons land gesteld dat het recht moet worden uitgeoefend ‘op een sociaal verantwoorde manier’; dat betekent dat er in het algemeen van wordt uitgegaan dat collectieve actie alleen is toegestaan ‘as a last resort’. Daarmee wordt het ultimatum remedium-criterium als maatstaf voor de beoordeling van de geoorlooftheid van een collectieve actie gehandhaafd. Kennelijk was het voorgelegd om een verduidelijking te geven van wat onder ‘as a

61 16th report on the implementation of the European Social Charter by the Government of The Netherlands, 31 July 2003. En de reactie daarop van de FNV: Comments and Observations on the 16th report, 1 augustus 2003.

62 Zie Comments and Observations, t.a.p. (vorige noot), p. 6. Vergeleken met het commentaar op het vorige rapport van Nederland is het standpunt van de FNV op dit punt onveranderd gebleven. Zie *SMA* 2002, p. 500 (l.k.).

last resort' moet worden verstaan.⁶³ Dat deed het Comité omdat het principieel twijfelt aan de verenigbaarheid van dit criterium met de regeling van het collectieve actierecht in het Handvest.

Dit oordeel van het Comité kan gelet op het feit dat deze bepaling (horizontale) rechtstreekse werking heeft, verstrekkende gevolgen hebben voor het Nederlandse stakingsrecht. Spelregeltoetsing wordt niet principieel door het Comité afgewezen, maar als dat een beperking van het recht op collectieve acties en de uitoefening daarvan oplevert, dan moeten die beperkingen beoordeeld worden onder art. 31 ESH. Het Comité volgt daarmee, zo kan men vaststellen, de regeling in het ESH uiteraard met inbegrip van de Bijlage bij het Handvest: nadere regulering van de uitoefening van het recht mag, als een verdergaande beperking ('further restrictions') van het recht maar te rechtvaardigen valt onder art. 31 van het Handvest.⁶⁴

Wil men de betekenis van dit oordeel van het Comité inschatten dan kan men, aannemende dat de rechterlijke macht bij haar standpunt blijft, met de steun van de Nederlandse regering gelet op het recente standpunt, dat aan de conclusies van het Comité zeer grote, zo niet doorslaggevende waarde moet (blijven) worden gehecht, vaststellen dat het 'uiterste middel'-criterium niet meer kan worden toegepast op dezelfde wijze als vóór dit oordeel van het Comité. Dat betekent niet dat het criterium waardeloos wordt. Het zal nog bruikbaar zijn in gevallen dat er geen overleg of onderhandelingen hebben plaatsgevonden, of op zodanige wijze dat er eigenlijk nog geen (belangen)conflict is ontstaan. Het bestaan van een (belangen)conflict is voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van het recht op collectieve acties. Dat is gegeven met art. 6 lid 4 ESH. Het betekent wel dat de appreciatieruimte ('the margin of appreciation') voor de rechter om zelf te kunnen en mogen vaststellen of er nu 'echt een conflict is', beperkt is. Dat oordeel zal hij in beginsel moeten laten aan de strijdende partijen. De betekenis van dit oordeel van het Comité, zo zou men kunnen zeggen, is dat de rechter maximaal terughoudend moet zijn in zijn oordeel of er nu een conflict bestaat dat niet meer met andere middelen dan collectieve acties kan worden opgelost. Alleen

63 Dat betrof met name een paar nieuwe 'lidstaten' uit Midden-Europa (onder andere Tsjechië en Slovenië). Zie Conclusions XVI-1, 1. Het is nu afwachten wat het Comité hierop zal antwoorden.

64 Deze nadere regeling met betrekking tot art. 6 lid 4 is ongewijzigd opgenomen in het Herzien Handvest. Er was geen reden tot aanpassing, ook niet met inachtneming van alle problemen die in lid staten waren gerezen en door het Comité waren gesignaleerd en opgelost.

in het geval, als zojuist aangeduid, kan de rechter een actie ongeoorloofd verklaren: er is geen overleg of er zijn geen onderhandelingen geweest.

De praktijk laat sinds 2000 ook zien dat de rechter niet altijd deze terughoudende attitude tentoonspreidt. Zo oordeelde het Hof van Leeuwarden in juli 2000⁶⁵ dat de bond FNV Bondgenoten de aangekondigde staking niet als uiterste middel hanteerde. Werkgever Abilis was na zich eerst onwillig te hebben getoond om met de bond in overleg te treden over een voorgenomen maatregel van urenvermindering in de individuele contracten, op een later moment – ‘kennelijk ook dankzij de druk van de vakbond op Abilis’, zoals het hof zelf constateert – alsnog bereid om overleg met de vakbond te voeren. Bovendien ging Abilis ook nog in op de wens van de bond om een extern onderzoek te laten verrichten. Volgens het hof moesten eerst de uitkomsten daarvan worden afgewacht. De bond kon dan afhankelijk daarvan later opnieuw haar positie bepalen. Het hof betrok er vervolgens ook nog de lopende onderhandelingen over een nieuwe CAO bij. Die onderhandelingen waren (nog) niet vastgelopen en er was geen reden om aan te nemen dat zij niet tot resultaat zouden leiden.

Daartegenover staat een uitspraak van de Haagse rechter van eind 2001 waarin de rechter wel die afstand in acht nam. Hij stelde vast dat de onderhandelingen in een impasse verkeerden. ‘De vraag in hoeverre partijen elkaar dicht genaderd zijn, is niet aan de rechter om te beantwoorden. In gevallen als het onderhavige heeft de rechter immers in beginsel (...) niet te treden in de merites van de wederzijdse, ter zake van de aan de staking ten grondslag liggende belangengeschillen, ingenomen standpunten’. Aan het ‘uiterste middel’-criterium was voldaan.⁶⁶ Anders dan A-G Spier die in zijn conclusie bij het *Douwe Egberts*-arrest constateerde dat de Nederlandse rechters in het algemeen met dit criterium goed uitkomen en dat er geen reden is om algemene regels op dit punt te ontwikkelen, ontbeert het criterium voldoende duidelijkheid om als zelfstandig criterium te kunnen fungeren. De positie die het Comité inneemt, zorgt voor meer duidelijkheid.

65 Hof Leeuwarden 12 juli 2000, *NJ* 2001, 88. Het hof bevestigde het kortgedingvonnis van de Pres. Rb. Leeuwarden 3 februari 1999, *JAR* 1999/58. De president van de rechtbank had ook nog geconstateerd dat de staking onrechtmatig was omdat ‘de evenredigheid tussen doel en middel zoek’ was (r.o. 16 fine).

66 Pres. Rb. ’s-Gravenhage 28 november 2001, *KG* 2002, 3. In gelijke zin Pres. Rb. Rotterdam 23 mei 2001, *JAR* 2001/108.

De (om)weg langs art. 31 lijkt weinig op te leveren, althans niet meer dan die weg nu al biedt. Het criterium van 'uiterste middel' laat zich niet gemakkelijk combineren met de beperkingsgronden van art. 31, dunkt mij. Het oordeel van het ECSR kan echter wel inhouden dat, nu de weg van het ultimum remedium opgebroken lijkt, het proportionaliteitscriterium in het kader van de toepassing van art. 31 in belang gaat toenemen.

Een andere consequentie van de uitspraak van het Comité kan zijn dat er meer nadruk komt te liggen op alternatieve conflictoplossingsmechanismen: bemiddeling, of in de Engelse termen *mediation* en *conciliation*. Dat beantwoordt aan een tendens die zich toch al voordoet. Die tendens wordt dan nog versterkt. In CAO's of zelfs bij wet voorgeschreven bemiddelingsprocedures in geval van conflicten in deze sfeer (met als inzet arbeidsvoorwaarden in brede zin) worden deze aanvaardbaar geacht, omdat zij niet in strijd zijn met het ESH. Gedurende de periode dat er wordt bemiddeld, wordt het stakingsrecht opgeschort. Met andere woorden, dan is het toegestaan de *uitoefening* van het recht aan banden te leggen. Dat is vergelijkbaar met het mogen opleggen van een afkoelingsperiode wanneer dat gebeurt in het kader van (verder) overleg en onderhandelen en wanneer de periode maar niet te lang is waardoor het recht op collectieve acties in feite illusoir wordt.

4.1.2 Aanzegging

Een andere spelregel die in de rechtspraak gehanteerd wordt, is de tijdelijke aanzegging van de acties. Deze maatstaf wordt ook door het Comité gehanteerd en wordt in overeenstemming geacht met het ESH. Het wordt evenals de afkoelingsperiode niet gezien als een 'real restriction of the right to strike', omdat 'it merely regulates the exercise of the right'.⁶⁷ Het Comité accepteert nationale regelingen wanneer die regelingen een in tijd beperkte aanzeggingsperiode hantieren.⁶⁸ Verdere aanduidingen, zoals welke werknemers in de staking

67 Conclusions I, p. 38. In Conclusions XIII-5, p. 61 spreekt het Comité eveneens over het onderscheid tussen 'beperking van het recht' en 'regulering van de uitoefening ervan'. In latere conclusies herhaalt het Comité dit standpunt.

68 Perioden van vijf dagen zijn in de ogen van het Comité 'zonder meer' acceptabel. Maar ook een aanzeggingstermijn van twee weken (Finland) is nog niet in strijd met het Handvest. Conclusions XIV-1, p. 699 (Spanje) en Conclusions XV-1, Vol. 1, p. 205 (Finland) en p. 257 (Frankrijk; maar dat geldt enkel voor overheids- en ziekenhuispersoneel).

betrokken worden, lijken het Comité te ver te gaan.⁶⁹ Wanneer het gaat om essentiële diensten, laat het Comité toe dat specifiekere wordt aangegeven waar, wanneer en hoelang gestaakt gaat worden alsook de aard en de reden van de acties.⁷⁰

Ook de deskundigencomités van de IAO gaan ervan uit dat een 'reasonable period of notice' geëist kan worden. Zij mag evenwel niet te lang zijn en geen additioneel obstakel vormen, terwijl de 'workers in practice simply wait for its expiry in order to be able to exercise their right to strike'.⁷¹ Dat houdt in dat het stellen van de eis van tijdige aankondiging er niet toe mag leiden dat het recht op het voeren van collectieve acties illusoir of ineffectief wordt.

Wat het Nederlandse recht betreft, dient ook hier het *NS*-arrest als leidraad. Een zwaarwegende procedureregeling die in acht moet worden genomen is 'dat collectieve acties van werknemers tijdig te voren aan de werkgever behoren te worden aangezegd'.⁷² Dat geldt in elk geval voor de werkgever(s) die door de acties wordt (worden) getroffen. Zeker wanneer de acties gevoerd (gaan) worden in het kader van vastgelopen onderhandelingen op bedrijfstakniveau en de werkgever/de onderneming die door acties zal worden getroffen, niet betrokken is geweest bij de onderhandelingen en derhalve onwetend is van de situatie en dus ook niet voorbereid. Het doel van dit vereiste is meerledig. Het fungeert als een middel om de werkgever die door de acties wordt getroffen nog een kans te geven op de eisen van de bonden in te gaan teneinde een staking en daarmee schade voor zijn bedrijf te voorkomen.⁷³ In dat kader geldt het ultimatum als een vereiste voor de rechtmatigheid van de collectieve actie. In andere woorden: de tegenpartij, een werkgever mag niet rauwelijk worden geconfron-

69 Zie bijvoorbeeld Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 640 (Engeland).

70 Zo is bijvoorbeeld de regeling in Frankrijk. Het Comité 'veroordeelt' dit niet; Conclusions XV-1, Vol. 1, p. 257.

71 CEACR, *General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining*, Geneva ILO, 1994 para 172.

72 Zie HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688. Het betreft dan veelal aard, plaats en tijdstip. Dat is uit de rechtspraak af te leiden. Zie daarvoor R. Hansma, 'Weer vijf jaar actie in de rechtspraak', *Adv.bl.* 1991, p. 325. Zie ook Novitz, a.w., p. 282. Ook in andere landen geldt de regel van een tijdige aankondiging van de acties. In Frankrijk bestaat op dit punt een uitgebreide regeling in de Code du Travail.

73 Pres. Rb. Rotterdam 23 mei 2001, *JAR* 2001/108: '(...) teneinde de werkgever in staat te stellen te trachten door het doen van voorstellen alsnog de gerezene geschillen in der minne op te lossen.'

teerd met collectieve acties.⁷⁴ Een andere reden voor tijdige aanzegging is gelegen in de mogelijkheid de werkgever in staat te stellen zo veel als binnen de grenzen van de gekozen actievorm mogelijk is de belangen van het publiek en van andere belanghebbenden bij de verlenen diensten te beschermen⁷⁵ en onnodige bedrijfsschade te voorkomen.⁷⁶ Ook kan tijdige aanzegging worden gevergd uit veiligheidsoverwegingen. In dat geval zal kunnen worden verlangd dat de actievoerende vakbonden preciezer aangeven wanneer en hoe de acties worden (uit)gevoerd.⁷⁷ Wanneer derden hinder ondervinden van niet of niet tijdig aangezegde acties, zoals in het openbaar vervoer, dan zullen de acties eerder als onrechtmatig worden aangemerkt.⁷⁸ Aan de andere kant kan tijdige aanzegging niet worden verlangd teneinde de werkgever in staat te stellen de schadelijke gevolgen, die nu eenmaal inherent zijn aan de acties, te ontgaan.⁷⁹

Onbestreden is derhalve dat collectieve acties moeten worden aangekondigd. De termijn waarop staat niet vast, maar moet worden

- 74 Zo besliste nog heel recentelijk de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam dat de acties van de grondwerktuigkundigen van de KLM ook onrechtmatig waren, omdat 'de actie niet tijdig is aangezegd, zodat de KLM niet tijdig in de gelegenheid is geweest de belangen van het reizend publiek te beschermen en onnodige bedrijfsschade te voorkomen'. Rb. Amsterdam 27 juli 2002, *JAR* 2002/185.
- 75 Zo bijvoorbeeld Pres. Rb. Zutphen 2001, 20 maart 2001, *JAR* 2001/65.
- 76 Zo bijna letterlijk de Hoge Raad in de *NS*-zaak: *NJ* 1986, 688 r.o. 3.8.
- 77 Vakbonden kennen zogenaamde 'draaiboeken voor collectieve acties' waarin ook deze procedures zijn beschreven. Met werkgevers die door de acties direct worden getroffen, worden in de regel afspraken gemaakt over de uitvoering van de acties.
- 78 Zo bijvoorbeeld Pres. Rb. Leeuwarden 19 juni 1993, *JAR* 1993/155 waar deze besliste dat de bewoners van de waddeneilanden die door de staking van de veerdiensten die in 1993 in het kader van de grote 'ambtenarenstakingen' plaatsvonden, geen adequate maatregelen meer konden treffen. Zie Ook Hof Amsterdam 14 december 1989, *NJ* 1991, 78 waar het ging om onaangekondigde wegblokkades; en ten slotte Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1992, *NJ* 1992, 551, waar extra zorgvuldigheid ook op dit punt werd geëist, omdat de acties zich richten tegen een ander dan die erdoor getroffen werd.
- 79 In die zin besliste reeds het Hof van Amsterdam (15 november 1984, *NJ* 1985, 758) in het hoger beroep in de *NS*-zaak: 'Tijdige aanzegging kan niet verlangd worden teneinde de werkgever in staat te stellen van schadelijke gevolgen van akties gevrijwaard te blijven' (r.o. 24). De Hoge Raad liet dit oordeel uitdrukkelijk in stand. Zie in deze zin meer recent Pres. Rb. Rotterdam 23 mei 2001, *JAR* 2001/108.

beoordeeld naar de omstandigheden in het concrete geval.⁸⁰ Uit de rechtspraak blijkt dat de lengte van de aanzeggingstermijn mede bepaald wordt door de reden waarom een aanzegging van de acties moet worden gedaan.⁸¹ Daarbij speelt dan ook nog of ook derden, het publiek of ondernemingen gevolgen van de acties bij een werkgever ondervinden en in de gelegenheid moeten zijn om maatregelen te nemen, om voorbereid te zijn op de acties. In geval het publiek door de acties wordt getroffen kan geëist worden dat de aankondiging ook publiekelijk plaatsvindt zodat het publiek zich erop kan voorbereiden.⁸² Een ander aspect dat hiermee in verband staat, betreft de situatie waarin acties worden gevoerd die de essentiële dienstverlening kunnen bedreigen. Bij de aankondiging van de acties zal dan expliciet moeten worden vermeld dat en hoe de essentiële diensten vericht zullen blijven worden.⁸³ In één geval werd de termijn en wijze van aanzegging in verband gebracht met de schade die door de gekozen wijze van aanzegging ‘de kans op het veroorzaken van aanzienlijke schade voor derden aanmerkelijk heeft vergroot’. Die omstandigheid moet dan uitdrukkelijk worden meegewogen bij de beoordeling of er sprake kan zijn van een door art. 31 toegelaten beperking

- 80 In de (lagere) rechtspraak wordt een termijn van twee dagen in het algemeen voldoende geacht; zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Utrecht 25 september 1991, *KG* 1991, 346 en Pres. Rb. Haarlem 24 januari 1995, *JAR* 1995/33 en recentelijk Vzng. Rb. Utrecht 3 februari 2003, 157119/*KG* ZA 03-84 die vier dagen zeker voldoende vond. Anders: Pres. Rb. Rotterdam 5 oktober 2000, *KG* 2000, 215 die drie dagen onvoldoende vond. Dit kan wellicht ook worden verklaard uit het feit dat de rechter in dit oordeel betrok dat – in zijn ogen – de gesprekken nog niet waren afgebroken.
- 81 In het geval van acties bij de politie in 1983 (de grote ambtenarenstakingen; zie A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De ambtenarenstakingen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 62 e.v.) werden met betrekking tot de aankondiging van de acties strengere eisen gesteld, omdat het om politietaken ging. Zie Pres. Rb. Rotterdam 25 november 1983, *KG* 1983, 356. Zie voor bijzondere situaties Pres. Rb. Amsterdam 27 juli 1992, *KG* 1992, 285 en Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1993, *JAR* 1993/153.
- 82 Dat geldt uiteraard alleen als het publiek maatregelen zou kunnen nemen om de schade of het ongemak te beperken door bijvoorbeeld naar alternatieven te zoeken. Dit speelt bijvoorbeeld in het openbaar vervoer of in de luchtvaart. Als zich zo'n situatie niet voordoet, bijvoorbeeld omdat het publiek geen alternatieven ter beschikking heeft, dan kan deze voorwaarde niet worden gesteld.
- 83 Op het aspect ‘essentiële dienstverlening’ en stakingsrecht kom ik hieronder nog nader terug.

van het stakingsrecht.⁸⁴ Hieruit zou men kunnen afleiden dat zeker in die gevallen preciezer moet worden aangegeven waar, hoe en hoelang er acties zullen plaatsvinden.

De verplichting tot aankondiging van acties kan ook in verband worden gebracht met het proces van onderhandelen, omdat het er een onderdeel van is. Dat betekent dat de rechter bij zijn oordeel over de al dan niet rechtmatigheid van de staking op grond van niet tijdige of correcte aankondiging ervan, zich inlaat met het onderhandelingsproces, met name het verloop ervan. Zo oordeelde de Rotterdamse rechter een per ultimatum aangekondigde actie na drie dagen als 'te kort', omdat de werkgever vlak vóór het verstrijken van het ultimatum een nieuw 'bod' op tafel legt. Omdat 'op voorhand niet uitgesloten kon worden geacht dat de vakbond met het voorstel zou kunnen instemmen, is het onder die omstandigheden niet redelijk van de werkgever te verlangen dat hij het resultaat van zijn voorstel niet zou afwachten' en alvast maatregelen zou treffen in verband met het uitbreken van de staking. De rechter eist vervolgens van de vakbonden dat zij in elk geval in het ultimatum al een (redelijke) termijn van de aanvang van de acties noemen.⁸⁵ Aldus mengt de rechter zich – opnieuw – in het onderhandelingsproces door zelfstandig een oordeel te vellen over het opereren van partijen, met name de vakbonden die tot collectieve acties oproepen, in die onderhandelingen. Men kan zich gevoeglijk afvragen of dit niet verder gaat dan het ESH toelaat getuige de opvattingen daarover van het Comité.

Het oordeel over naleving van deze spelregel moet worden geveld in functie van het doel van deze verplichting. Dat kan ook inhouden dat een uitdrukkelijke aankondiging, aanzegging niet vereist is indien

84 Hof Amsterdam 14 december 1989, *NJ* 1991, 78. Het betrof verrassingsacties in het beroepsgoederenvervoer die gepaard gingen met wegblokkades. Daardoor werden niet alleen de bestaakte werkgevers getroffen maar de zich als derden opstellende vereniging van 'eigen vervoerders' (verenigd in de EVO). Het was overigens niet de enige grond waarop de acties werden verboden.

85 Pres. Rb. Rotterdam 5 oktober 2000, *KG* 2000, 215. Het is overigens gebruikelijk dat het ultimatum de datum noemt waarop de acties beginnen. Uit een recente uitspraak van de Utrechtse Voorzieningenrechter van 2 februari 2003 kan worden afgeleid dat het Rotterdamse geval wat exceptioneel is of lijkt. In de Utrechtse zaak deed Sphinx (de werkgever) op de valreep de mededeling dat zij terugkwam op haar eindbod en opnieuw in onderhandeling wilde treden. De rechter constateerde echter dat omdat Sphinx ook liet weten niet volledig op de eisen van de vakbond te zullen ingaan, de bond aan zijn aangekondigde actieplannen kon vasthouden. De Rotterdamse zaak verschilde op dit punt niet wezenlijk van de Utrechtse zaak.

genoegzaam bekend is (gemaakt) dat en waar de acties zullen plaatsvinden, in welke vorm en de duur van de acties.⁸⁶

4.2 Proportionaliteit

Het recente rapport van het deskundigencomité⁸⁷ bevatte nog een tweede aspect dat nadere aandacht en analyse vraagt, omdat het niet zonder invloed zou kunnen zijn voor de Nederlandse rechtspraak op het punt van het recht op collectieve acties. Onder de titel 'Restrictions on the right to take collective actions' onderzoekt het Comité⁸⁸ of de Nederlandse rechtspraak in overeenstemming is met art. 31 ESH. Directe aanleiding vormen twee arresten van de Hoge Raad⁸⁹ waarin beperkingen aan het stakingsrecht worden opgelegd met een beroep op disproportionaliteit. Het Comité had in een eerder rapport reeds opheldering gevraagd over het *VSN*-arrest van de Hoge Raad (van 1997), omdat het er ook toen aan twijfelde of de Nederlandse praktijk wel in overeenstemming was met het Handvest.⁹⁰ Uit het recente rapport valt af te leiden dat naar het oordeel van het Comité de toepassing van de proportionaliteitstoets inbreuk maakt of kan maken op de uitoefening van het stakingsrecht omdat zij 'beyond the restrictions admissible under Article 31 of the Charter' gaat. Terecht stelt Bloemarts in zijn bespreking van deze opvatting van het Comité dat er eigenlijk niets nieuws onder de zon is. Al eerder en vaker had het Comité gesteld dat schade die veroorzaakt was aan derden en financiële verliezen van de werkgever alleen maar in aanmerking konden worden genomen 'in exceptional cases, when justified by a pressing need'.⁹¹

De proportionaliteitstoets wordt in de Nederlandse rechtspraak veelvuldig gebruikt om de (on)geoorloofdheid van collectieve acties te beoordelen. Het gaat daarbij steeds om het schadeargument: door

86 In de rechtspraak wordt dat ook wel erkend.

87 Conclusions XVI-1, Vol. 2, p. 446.

88 Daartoe extra aangespoord door de FNV die in haar commentaar bij de weergave van de Nederlandse regering van de stand van zaken op dit terrein, kritiek had geuit op de rechtspraak.

89 HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/70; het *Streekvervoer*-arrest (VSN); en HR 28 januari 2000, *JAR* 2000/63; het *Douwe Egberts*-arrest.

90 Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 445: 'Prima facie the Committee considers it doubtful that the conditions of Article 31 were met in this case.' Het Comité wilde daarom van de Nederlandse overheid nadere informatie hierover hebben.

91 Conclusions XIII-1, p. 158. Zie Bloemarts, *SMA* 2002, p. 501.

de acties wordt ongerechtvaardigde, onnodige, in elk geval te veel schade toegebracht aan derden of mogelijk zelfs aan de werkgever die onder de acties 'te lijden heeft'. Dat komt in de eerste plaats aan de orde in situaties die gekenmerkt worden door acties die de werkgever(s) treffen, terwijl zij gericht zijn tegen een ander (gewoonlijk de politiek, maar het kan in concern- of groepsverband ook de centrale directie zijn). Een ander geval doet zich voor wanneer zogenaamde afwijkende actievormen worden gebruikt; afwijkend van het normale type: het (massaal) neerleggen van het werk. Ten slotte speelt deze kwestie in situaties dat de acties vooral derden treffen.

Deze toets is door de Hoge Raad uitdrukkelijk geïntroduceerd in (opnieuw) het NS-arrest van 1986. De NS-formule bevat naast het criterium van 'zwaarwegende procedureregels' nog een tweede toets: een collectieve actie kan niettemin onrechtmatig worden 'indien – met inachtneming van de door art. 31 ESH gestelde beperkingen – op grond van afweging van alle omstandigheden van het gegeven geval in onderling verband en samenhang moet worden geoordeeld dat de bonden *in redelijkheid* niet tot deze acties hadden kunnen komen' (cursivering AJ).⁹²

De eerste kwestie die bekeken moet worden, betreft hoe deze toets zich verhoudt tot wat art. 31 ESH aan beperkingsmogelijkheden biedt. Daartoe wordt eerst een korte schets van art. 31 gegeven.

4.2.1 Art. 31 ESH

Art. 31 geeft een vrij nauwe omschrijving van de beperkingen die op het recht op collectieve acties en op de uitoefening ervan kunnen worden aangebracht. Het is een limitatieve opsomming wat samen met art. 6 lid 4 een gesloten systeem geeft.⁹³ Het Deskundigencomité bevestigt dat waar het zegt dat beperkingen, ook voorzover ze op art. 6 lid 4 worden aangebracht, gerechtvaardigd moeten zijn onder art. 31 van het Handvest.⁹⁴ De ruimte zit in de interpretatie van de verschillende begrippen die in de respectievelijke bepalingen gehanteerd

92 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688. De Hoge Raad past deze 'redelijkheidstoets' op de afwijkende NS-acties – afwijkend in dubbele zin: ten eerste het verschil tussen 'keren en richten' en ten tweede afwijkende actievormen – toe en komt uiteindelijk tot de conclusie dat de acties niet onrechtmatig zijn.

93 Dat is ook de algemene opvatting in de literatuur. Zie Tilstra, a.w.; en Schut, a.w.

94 Uiteraard voorzover art. 6 lid 4 niet zelf beperkingen stelt. Zie hierboven hoofdstuk 3 waar deze uitgebreid besproken zijn.

worden. Het limitatief karakter van de uitzonderingen past ook in de notie van het aangemerkt worden als een fundamenteel (sociaal) recht. Het volgt daarmee de benadering in andere grondrechtencatalogi zoals het EVRM en de beide UN-Verdragen: het IVBPR en het IVESCR. Juist het karakter van fundamenteel recht betekent dat de uitzonderingen beperkt moeten zijn, teneinde het fundamentele karakter ervan zo goed mogelijk te bewaken en te beschermen.⁹⁵ De beperkingsgronden moeten dus op zichzelf restrictief worden geïnterpreteerd.⁹⁶ In al deze verdragen heet het dat beperkingen 'bij wet moeten zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare orde/veiligheid, voor de bescherming van de (volks)gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.⁹⁷

- 95 Overigens ook in het EEG-recht vindt deze benadering erkenning waar het gaat om de fundamentele beginselen van het communautaire recht. Het Hof van Justitie van de EG heeft dat beslist ten aanzien van bijvoorbeeld het recht op vrij verkeer (zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 oktober 1995, zaak C-415/93 (*Bosman*), *Jur.* 1996, I-5040) en het recht op gelijke behandeling op andere gronden dan nationaliteit (zie HvJ EG 8 maart 1976, zaak 43/75 (*Defrenne II*), *Jur.* 1976, 455). Daarmee wil niet gezegd zijn, dat er geen beperkingen op mogelijk zijn, maar zij moeten een stevige grondslag, een degelijke rechtvaardiging hebben. Dat spreekt ook uit het EU-Handvest voor Fundamentele Rechten waar in art. 52 beperkingen op grondrechten wordt gebonden aan een vijftal voorwaarden. Naast die welke het EVRM ook kent, spreekt art. 52 ook van 'eerbiediging van de *wezenlijke inhoud* van de rechten en vrijheden'. Zie hierover A.Ph.C.M. Jaspers, 'De Europese Unie: Hoedster van sociale grondrechten?!', in: G. van Limberghen & K. Salomez (eds.), *Sociale grondrechten als bakens voor een vernieuwd sociaal recht*, Gent: Mys & Breesch, p. 162-163.
- 96 Dat is ook de lijn van het EHRM, zo bijvoorbeeld in de zaak *Sunday Times* (26 april 1979, A. 30) en de zaak *Barthold* (25 maart 1985, A 90). Zie P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, a.w., p. 75 e.v. en 761 e.v.; zie ook Jakob van der Velde, 'Toegestane beperkingen van rechten en vrijheden in het EVRM', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbl.), Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 1-2.4 e.v.
- 97 In al deze internationale verdragen komt men deze beperkingsmogelijkheid in vergelijkbare bewoordingen tegen; zie art. 31 ESC; art. 8 en 11 EVRM; art. 22 IVBPR; art. 8 IVESCR.

4.2.1.1 Beperking 'bij wet' en in een democratische samenleving noodzakelijk

Beperking 'bij wet', 'by law' in de Engelse tekst⁹⁸, kan in de ogen van het Comité ruim worden gelezen in die zin dat daaronder niet alleen de wet in formele zin wordt verstaan⁹⁹, al heeft men wel in eerste instantie het wetgevend orgaan op het oog dat beperkingen aanbrengt. Daarmee wordt een dam opgeworpen tegen te grote discretionaire bevoegdheid bij lagere organen die in de verleiding zouden kunnen komen deze fundamentele rechten uit eigen belang in te perken. Maar ook de rechter is bevoegd beperkingen aan te brengen. Het Comité laat dat toe omdat daarvoor in beginsel en in de regel een wettelijke basis aanwezig is.¹⁰⁰ Gevaar van willekeur of eigen belang lijkt niet aanwezig. Daarmee wordt aangesloten bij de internationale rechtspraak¹⁰¹ en bij de opvattingen daarover in de literatuur¹⁰². 'Law' wordt zo uitgelegd dat er een grondslag moet zijn in het nationale recht, geschreven dan wel ongeschreven.¹⁰³ Rechterlijke beslissingen vallen hier in elk geval onder.

In navolging van de rechtspraak op basis van het EVRM¹⁰⁴, geldt hier 'the rule of law' als het leidend beginsel: '(...) the law has to be accessible and foreseeable and the exercise of the law has to be subject to judicial control.' Dat zou inhouden dat ook de rechtspraak wanneer zij zich baseert op 'open rechtsnormen' moet blijven voldoen aan deze kwaliteitseisen van toegankelijkheid en voorzienbaar-

98 Er is verschil tussen de Franse en de Engelse versie van het Handvest. De Franse hanteert de term 'loi', terwijl in de Engelse versie gesproken wordt van 'law', dat bepaald meer dan enkel 'Statutes' en 'Acts' inhoudt. Zie hierover ook Tilstra, a.w., p. 196; en Schut, a.w., p. 172-174.

99 In de Franse tekst wordt de term 'par la loi' gebruikt, wat zou wijzen op de enge betekenis van wet in formele zin.

100 Reeds sinds ECSR, Conclusions I, 1969/1970, p. 39. Zie ook ECSR, Conclusions VIII, 1984, p. 97; en ECSR, Conclusions X-1, 1987, p. 143 (die betrekking heeft op art. 18 ESH). Zie ook EHRM in de zaak *Malone* (2 augustus 1984, A. 82): '(...) the interference in question must have some basis in domestic law' (p. 31).

101 Zo het EHRM in de zaken *Barthold* (25 maart 1985, A. 90); *Silver* e.a. (25 maart 1983, A. 61) en *Malone* (2 augustus 1984, A. 82).

102 P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, a.w., p. 765-771.

103 Zie bijvoorbeeld de arresten van het EHRM in de zaken *Sunday Times* (26 april 1979, A. 30) en *Malone* (2 augustus 1984, A. 82).

104 Zie EHRM in de zaken *Leander* (26 maart 1987, A. 116), *Malone* (2 augustus 1984, A. 82).

heid.¹⁰⁵ Toegankelijk ('adequately accessible') betekent dat de beperkingen door het recht kenbaar moeten zijn voor degene wiens grondrecht ingeperkt wordt. In het geval van het collectieve actierecht zal daaraan in de regel wel zijn voldaan, doordat de rechterlijke uitspraken die deze inperking aanbrengen openbaar zijn en veelal gepubliceerd worden. Bovendien zullen vakbonden, in de regel de initiatoren tot collectieve acties, bekend zijn dan wel geacht worden bekend te zijn met de uitspraken van de rechters in deze materie.¹⁰⁶

Het tweede criterium kan evenwel meer vragen oproepen. De inperking moet voorzienbaar zijn. Dat houdt in dat de regels die deze inperking toelaten, met voldoende precisie moeten zijn geformuleerd zodat de burger in staat is om te kunnen voorzien wat in het licht van de omstandigheden redelijk is zodat de consequenties van handelingen ter uitoefening van zijn grondrecht in te schatten zijn en hij zijn gedrag erop kan afstemmen. De normen die in de rechtspraak worden ontwikkeld, moeten derhalve 'with sufficient precision' geformuleerd zijn om de burger in staat te stellen zijn gedrag ernaar (in) te richten.¹⁰⁷ De rechtspraak op dit onderwerp waarin langs de weg van het recht beperkingen op het recht op collectieve acties worden geformuleerd en vastgelegd, moet op dit criterium worden beoordeeld. Of aan dit voorzienbaarheidsvereiste steeds wordt voldaan, staat niet zonder meer vast. De grondslag voor de stakingsverboden in het Nederlandse recht is niet een specifieke wettelijke regeling, maar wordt gevormd door de

105 Zie EHRM in de zaak *K.-H.W. vs. Duitsland* (20 maart 2001), 2001-II, par. 68-91; zie ook EHRM in *Sunday Times* (26 april 1979, A. 30).

106 Naar analogie van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Groppera Radio AG* (28 maart 1990, A. 173). Zie J. van der Velde, 'Toegestane beperkingen van rechten en vrijheden in het EVRM', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbl.), Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 6-2.4. Voor specifieke groepen, zoals in casu vakbonden, zijn de regels voor toegankelijkheid minder streng dan voor burgers in het algemeen die met de regels minder bekend zijn. Dat zou kunnen inhouden dat voor 'wilde stakers' de regel van toegankelijkheid strenger wordt toegepast. Dat wil zeggen dat hen minder snel kan worden voorgehouden dat zij de beperkende regels als in het recht, met name de rechtspraak ontwikkeld, zouden behoren te kennen en dus weten dat de uitoefening van het recht op collectieve acties aan zekere beperkingen onderhevig is.

107 Op basis van de rechtspraak van het EHRM. Zie EHRM in de zaak *Leander* (26 maart 1987, A. 116). De burger moet erop kunnen afgaan wat wel en wat niet mag. Zie hierover J. van der Velde, 'Toegestane beperkingen van rechten en vrijheden in het EVRM', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbl.), Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 6-2.4 tot 10-2.4.

onrechtmatige daad van art. 6:162 BW, een norm die betrekkelijk ruim en vaag is. Het is niet direct duidelijk wat in casu ‘maatschappelijk betamelijk’ is. Voorts is er van ‘vastigheid’ en helderheid, van onduidelijkheid van de rechtspraak ter zake zeker niet steeds sprake. Wie de rechtspraak op dit onderwerp analyseert, kan zich niet aan de indruk onttrekken dat die nogal ‘zwabberend’ is, althans niet een duidelijke en rechte lijn laat zien. Onder soms nagenoeg gelijke omstandigheden is een collectieve actie de ene keer niet verboden, de andere keer wel. De rechter heeft kennelijk nogal wat ‘discretion’. De Hoge Raad lijkt de benaderingswijze van voldoende kenbaar- en voorzienbaarheid wel voor te staan, getuige zijn overwegingen ter zake in het *Gezondheidszorg*-arrest van 1991.¹⁰⁸ In het recente rapport van de Nederlandse regering met betrekking tot het naleven van het ESH¹⁰⁹ belooft de regering zich te beraden over de beste wijze waarop de rechtbanken en de andere gerechten kunnen worden geïnformeerd over de conclusies van het deskundigencomité ten aanzien van Nederland, zodat deze kunnen worden meegenomen in de rechterlijke uitspraken. Wellicht kan de informatie wat breder ter hand worden genomen en zich uitstrekken tot alle relevante informatie die een rechter nodig zou kunnen hebben om in deze zaken tot een uitspraak te komen.¹¹⁰

Voor de toetsing aan de hand van het criterium dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving, zou men eveneens moeten teruggrijpen op de rechtspraktijk van het EVRM. Het Comité heeft geen eigen normen ontwikkeld om beperkingen hieraan te toetsen. De verwijzing van het Comité naar de aanwezigheid van ‘a pressing social need’ als grond voor het aanbrengen van een beperking op het collectieve actierecht, kan men zien als een referentie naar de rechtspraak van het EHRM.¹¹¹ Het EHRM hanteert voor de beoordeling of een inperking van het grondrecht ‘in een democratische samenleving noodzakelijk’ is, criteria als het bestaan van een dringende maatschappelijke behoefte voor een inbreuk daarop, proportionaliteit van de inperking en het doel ervan¹¹², de ernst van de

108 HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 508, r.o. 3.2.

109 Zie het 16de rapport van de Nederlandse regering van 31 juli 2003.

110 Men zou daarvoor de periodieke scholing van de rechters ‘prachtig’ kunnen gebruiken.

111 ECSR, Conclusions XIII-1, p. 158. Zie ook Schut, a.w., p. 174-177.

112 Dat wordt ook wel aangeduid als het beginsel, het leerstuk van de ‘minste inbreuk’ ofwel van proportionaliteit: kan niet met andere middelen een geringere inbreuk op het grondrecht worden gemaakt zo dat het doel (dat men met die inbreuk op het oog heeft) toch bereikt wordt. Zie onder andere Van Dijk & Van Hoof, a.w., p. 79 e.v.

inbreuk en of de opgegeven redenen voor de inbreuk relevant en toereikend zijn.¹¹³ Het Comité aarzelt om deze toetsingsgronden zonder meer over te nemen. Weliswaar heeft de nationale autoriteit bij beperking van de uitoefening van het grondrecht een redelijk grote 'margin of appreciation' maar het Comité is in zijn oordeel over het gebruik maken ervan door een staat terughoudend.¹¹⁴ Zij wil de uitoefening van het collectieve actierecht niet te zeer aan banden gelegd zien. Een toetsing met die 'vrijheid', met die appreciatieruimte, zou de bedoelde bescherming van zo'n fundamenteel werknemersrecht snel en gemakkelijk illusoir kunnen maken, een recht dat immers is gegeven als tegenmacht tegen de werkgevers die zonder dit wapen een grote macht hebben over de arbeidsvoorwaarden van hun werknemers. Vanwege het verschil in machtspositie tussen de werkgever en de werknemer is er alle reden om de 'margin of appreciation', de beoordelingsruimte eng te houden. Het gaat immers om een beoordeling van een inperking van een fundamenteel recht. Het doel dat met een inperking wordt nagestreefd, moet dus zwaarwegend zijn en een inperking van de uitoefening van het fundamenteel recht rechtvaardigen. Dat kan alleen als er een zeer gewichtig algemeen belang mee gemoeid is.¹¹⁵ Aangezien het hier gaat om een beperking van het recht door de staat, zou het bovendien een interventie van de staat inhouden in een ernstige (be)dreiging, in de geest van wat door de IAO-deskundigen wordt aangeduid als een 'acute national crisis' or 'serious hardship to the national economy'.¹¹⁶ Bovendien geeft art. 31 specifieke gronden voor beperking van het recht op collectieve actie: *bescherming van de rechten en vrijheden van derden, de openbare orde, enz.*, die in combinatie met de algemene clauseule: *bij wet*

113 Zie EHRM in *Sunday Times* (26 april 1979, A. 30).

114 Terughoudender dan het EHRM, dat betrekkelijk terughoudend is waar het gaat om het oordeel of de door de betreffende staat aangevoerde gronden voldoende zijn. Het zij overigens opgemerkt dat het EHRM die terughoudendheid weer wat laat vallen als het gaat om een oordeel over 'closed shop'-regelingen of praktijken wanneer art. 11 op het punt van de zogenaamde negatieve vakverenigingsvrijheid in het geding is. Zie bijvoorbeeld de zaken EHRM 13 augustus 1981 (A. 44; *Young, James and Webster*); EHRM 30 juni 1993 (A. 264; *Sigurjónsson*).

115 Bij de bespreking van de beperking van het stakingsrecht in verband met 'essentiële diensten' komt dit aspect van het bestaan van 'zwaarwichtig algemeen belang' als vereiste terug.

116 Zie hieronder noot 127. Het deskundigencomité van de IAO baseert deze stellingname op de 'freedom of organisation', zoals in verschillende IAO-Verdragen gegarandeerd; zie IAO-Verdragen 87 en 98. Men zou deze toetsing overigens zeer wel ook kunnen scharen onder de grond van 'openbare orde'.

voorgeschreven en noodzakelijk in een democratische samenleving, moeten worden beoordeeld. De 'scrutiny'-test moet derhalve in dat kader wordt uitgevoerd. Die stellingname van het Comité is zeer wel te verdedigen gelet op het speciale karakter van het onderhavige recht.

4.2.1.2 Specifieke beperkingsgronden: 'openbare orde', 'volksgezondheid' en 'rechten en vrijheden van anderen'

Art. 31 gebruikt voorts enkele specifieke gronden waarop beperkingen kunnen worden aangebracht aan het recht op collectieve acties. Dit wordt ook wel aangeduid als de toetsing op de aanwezigheid van een *legitiem doel* voor een inperking van het fundamenteel recht van collectieve actie. Het zijn limitatieve gronden die beperkt moeten worden uitgelegd.¹¹⁷ De toetsing van beperkingen richt zich derhalve op deze gronden.¹¹⁸ Ze zullen hieronder afzonderlijk kort besproken worden. Alvorens daarop over te gaan, zij nog het volgende opgemerkt. In een aantal vergelijkbare bepalingen betreffende de beperkingsmogelijkheden staat een grond ofwel doel genoemd die opvallend in art. 31 ESH ontbreekt, evenals in art. 11 EVRM. Ik doel hier op de grond van *het economisch welzijn van het land* dat als een legitiem doel voor inperking wordt aangemerkt. Het bewust laten wegvallen van die grond, zo mag men aannemen, kan aldus worden uitgelegd dat die niet als legitiem doel voor de inperking van dit recht wordt beschouwd. Leest men het zo dan kunnen nationale economische belangen geen zelfstandige grond voor inperking vormen. Dat wordt bevestigd doordat alleen 'serious hardship to the national economy' een grond zou kunnen vormen, zoals ook het deskundigencomité van de IAO stelt. Er moet economisch dus meer aan de hand zijn dan dat er belangen op het spel staan.

4.2.1.2.1 Openbare orde

Over de inhoud en betekenis van de eerste term 'openbare orde' die het ESC hanteert, wordt verschillend gedacht. In de oorspronkelijk taal van het Charter heet het 'ordre public'. Deze term is in de tweede verdragstaal, het Engels, vertaald met 'public interest'. In ons land bestaat er bij meerdere schrijvers en ook wel in de rechtspraak een voorkeur voor een wat wijdere interpretatie van de term. De Engelse

117 Zo EHRM in de zaak *Silver* (25 maart 1983, A. 61).

118 De grond 'goede zeden' speelt eigenlijk geen rol.

term 'public interest' wil ook omvatten 'algemeen' of in elk geval 'openbaar belang'. Dat zou kunnen impliceren dat het gebruik van het stakingswapen zou kunnen worden afgewogen tegen de mogelijke schending van het algemeen, het publieke belang.¹¹⁹ Dat lijkt evenwel niet te stroken met de Franse term van 'ordre public' die toch eerder beperkt lijkt tot wat in het Nederlands 'openbare orde' heet; een term die ook in de officiële Nederlandse tekst van het Charter wordt gehanteerd.¹²⁰ In andere verdragsteksten wordt 'openbare orde' (ook in de Engelse terminologie 'public interest') geassocieerd met 'ordehandhaving'. Zo spreekt Principle 22 van het IVBPR van 'the sum of rules which ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded'.¹²¹ In de goedkeuringswet nam de Nederlandse regering overigens niet het ruime standpunt in. Het waarborggehalte van de fundamentele rechten van het verdrag zou anders wel erg gemakkelijk en te sterk kunnen worden aangetast.¹²² Als men al een wat ruimer begrip van 'openbare orde' wil hanteren dan zal er toch in elk geval sprake moeten zijn van een *ernstige*, een 'serious' schending van dat openbaar belang. Het gaat immers om een inbreuk op het fundamentele werknemersrecht op collectieve actie. Het ESC-Comité neemt niet aan dat dat snel het geval zal zijn. De staat zal een zware 'bewijslast' hebben.¹²³ In de regel zal deze beperkingsgrond fungeren wanneer het gaat om het collectieve actierecht van politie en justitie. Beperkingen opleggen uit dien hoofde past dan in het kader van art. 31 ESH.

De beoordeling zal op dit punt verder sterk beïnvloed worden door het treffen van maatregelen, het maken van afspraken tussen de conflicterende partijen over bijvoorbeeld het (blijven) verrichten van

119 Die ruimere opvatting wordt door Schut, *Internationale normen*, p. 65, wel verdedigd. Zo ook Heringa, 'Het internationale verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en de Nederlandse rechtsorde', in: P. van Dijk e.a., *Het internationale verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en zijn betekenis voor Nederland*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 120. Daartegenover Tilstra, a.w., m.n. p. 233, 253 en 299, die zo'n wijde interpretatie niet voorstaat.

120 Zie Tilstra, a.w., p. 299.

121 Zie Tilstra, a.w., p. 253. Zie ook P. van Dijk & F. van Hoof, a.w., p. 772. Het zusterverdrag IVESCR hanteert een vergelijkbaar begrip.

122 *Bijlage Handelingen II 1975/76*, 13 932 (R1037), nr. 3, p. 16. Zie ook Tilstra, a.w., p. 254.

123 Overigens kan zich hier wreken dat het Comité geen echte jurisdictie heeft, zodat het uiteindelijk toch weer van de nationale rechter afhangt hoe in deze geoordeeld wordt.

essentiële diensten.¹²⁴ Wordt de uitoefening daarvan gegarandeerd, dan zal er niet snel sprake zijn van een aantasting van de openbare orde, ook niet als daaronder het algemeen belang wordt begrepen. Recent heeft het Comité in deze richting geoordeeld toen het in een Noorse zaak besliste dat het beroep op het algemeen belang niet kon worden gehonoreerd, omdat het te weinig concreet was om daarop een inperking van het actierecht te motiveren.¹²⁵

4.2.1.2.2 Volksgezondheid

Eenzelfde redenering gaat op wanneer het de beperkingsgrond 'bescherming van de volksgezondheid' betreft. In de ogen van het Comité speelt ook hier de garantie van het (blijven) verrichten van de essentiële dienstverlening een belangrijke rol. Het zij reeds gememooreerd dat men in de Nederlandse rechtspraak tevergeefs zoekt naar begrippen als 'essentiële of vitale diensten' als beperkingsgrond van het recht op collectieve acties. In Nederland 'verdwijnt' dit aspect achter het criterium van óf 'bescherming van de volksgezondheid' óf 'aantasting van rechten en vrijheden van anderen' en het daaraan verbonden criterium van 'schade voor de patiënten'. Gegeven het feit dat collectieve acties in de gezondheidssector evenals in andere sectoren van de publieke dienstverlening regelmatig zijn voorgekomen en nog wel zullen voorkomen vanwege de 'zichtbaarheid' van dergelijke acties en de druk die daarvan kan uitgaan op de publieke opinie, vormt deze beperkingsgrond een apart punt van overdenking. Ik kom daarop nog terug in het kader van 'essentiële of vitale diensten'.

4.2.2 *Rechten en vrijheden van anderen*

De derde, laatste en zeker voor de (Nederlandse) praktijk belangrijkste en meest gehanteerde beperkingsgrond is 'bescherming van rechten en vrijheden van anderen'. In de nationale rechtspraktijken, met name in ons land, maar niet alleen hier¹²⁶, levert deze grond de meeste problemen op. Dat wordt vooral veroorzaakt doordat de principiële erkenning van het recht op collectieve acties in en door art. 6 lid 4

124 Op dit punt van 'essentiële diensten' kom ik hieronder nog terug.

125 De Noorse wetgeving legt arbitrage op in tal van gevallen in sectoren als de (nationale) olie-industrie, de gezondheidszorg, openbaar vervoer en communicatie. Het Comité is van oordeel dat in al deze gevallen het recht op collectieve actie niet kan worden ingeperkt met een beroep op het algemeen belang. Zie Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 430 e.v.

126 De 'jurisprudentie' van het ESH-Comité laat dat zien.

ESH de beoordelingsruimte óf een collectieve actie ook in het concrete geval acceptabel is, inperkt en doet verschuiven naar een beoordeling op grond van beperkingsmogelijkheden die art. 31 ESH biedt. Om die ruimte te verkennen zal ik eerst kort de positie die het deskundigencomité van het ESH in deze inneemt, bespreken. Daarna zal ik de Nederlandse rechtspraak onder de loep nemen om te bezien of zij ‘spoor’ met het internationale recht in deze. Er zij nogmaals aan herinnerd dat de Nederlandse rechter aan de oordelen van het Comité grote, doorslaggevende waarde pleegt te hechten. Voor een dergelijk analyse is sinds de recente conclusies van het Comité alle reden.

4.2.2.1 De ‘leer’ van het ECSR

Allereerst moet worden opgemerkt dat in de ogen van het Comité *rechten en vrijheden* van anderen moeten *zijn* of *worden aangetast*. Dat impliceert dus twee dingen. In de eerste plaats is het de vraag wat onder ‘*rechten en vrijheden*’ moet worden verstaan. De jurisprudentie van het Comité wijst heel duidelijk in de richting dat aantasting van de *belangen van derden* er niet onder valt. In de oordelen van het Comité spits deze kwestie zich vooral toe op de garantie van voortgang van de essentiële, de vitale dienstverlening. Dat geldt met name voor de dienstensectoren als gezondheidszorg en veiligheidsdiensten als brandweer en (bewaking) politie.¹²⁷ De vraag of in bepaalde omstandigheden en situaties wellicht toch sprake kan zijn van ongeoorloofde aantasting van andermans rechten en vrijheden, beantwoordt het Comité dus in het licht van het vraagstuk van die garantie. In de tweede plaats moet ook nog worden vastgesteld dat die rechten en vrijheden ook daadwerkelijk zijn aangetast of dreigen te worden aangetast. Hierin schuilt onder andere vraag van de garantie van ‘essentiële dienstverlening’.

Voor het Comité geldt Nederland op dit punt als een ‘cause célèbre’, omdat de Nederlandse rechter deze termen ruim uitlegt en toepast, namelijk mede omvattend een afweging van belangen van de actievoerders om het stakingswapen te hanteren tegenover de door de acties veroorzaakte schade bij derden en onder omstandigheden zelfs ook bij de (‘bestaakte’) werkgever(s). In dat verband valt ook wel de

127 Voorzover het politiediensten betreft ter bescherming van de openbare orde, valt een beperkingsmogelijkheid onder die grond.

term van 'misbruik van recht'. Overigens voegen zich ook andere landen in de rij van ons land, zoals bijvoorbeeld België.¹²⁸

Intussen heeft het Comité wel enkele lijnen uitgezet. Ook als men 'public order' of 'ordre public' ruim uitlegt als mede omvattend het Nederlandse 'algemeen belang', dan nog is het Comité zeer kritisch over de bruikbaarheid van dit argument om daarmee een inperking van het gebruik van het wapen van de collectieve actie in een belangengeschil te rechtvaardigen. Als het niet specifiek wordt beargumenteerd naar de situatie in het te beoordelen geval, dan doet het Comité zo'n beroep af als te algemeen.¹²⁹ Alleen in geval van ernstige, 'serious', economische schade *voor de nationale economie* kan deze beperkingsgrond met succes worden ingeroepen. Dat leidt tot de slotsom dat een beroep op het algemeen belang ter inperking, laat staan ter ondersteuning van een verbod van collectieve acties (uiteraard binnen het kader van art. 6 lid 4 ESH; het zij nog maar eens herhaald) buiten die strenge grond niet acceptabel is voor het Comité. Dat spoort met de opvatting van het IAO-deskundigencomité dat spreekt van 'serious hardship to the national community'.¹³⁰ Economische schade voor de sector of branche, ook als die omvangrijk is, maakt de collectieve acties niet reeds daarom ongeoorloofd. Dat zal pas het geval kunnen zijn als de schade in de sector of branche de nationale economie 'ernstig aantast'. Dus flinke schade die andere ondernemingen lijden ten gevolge van acties van vakbonden levert op zichzelf geen grond op voor inperking. Hieronder zullen we bekijken of de Nederlandse rechtspraktijk hiermee spoort. Op het eerste gezicht lijkt dat niet het geval te zijn.

Economische schade die derden als gevolg van de acties van de werknemers lijden, komt in de ogen van het Comité niet gauw in aan-

128 Zie hierover – kritisch – F. Dorssmont, 'De N.M.B.S-stakingsverboden: een gemiste kans tot reflectie over de grenzen van het recht te staken. Van kolder naar polder, ook wel: even proeven van een geslaagde (sic) Hollandse receptie (artikel 6 juncto artikel 31 E.S.H.)', *Sociaalrechtelijke kronieken* 2000, 413-421; en F. Dorssmont, 'De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht', *SR* 2002, p. 320 e.v. Zie ook E. Brewaeys, F. Dorssmont & K. Salomez, 'Rechterlijke tussenkomst bij collectieve conflicten', *NJW* 2003, nr. 31, p. 546 e.v.

129 Recentelijk heeft het Comité dat gedaan in de al eerder aangehaalde Noorse case. ECSR, Conclusions XV-1/2, p. 431 e.v.

130 CFA, Digest 1985, p. 82. Het IAO-Comité verbindt dit in de regel met acties in essentiële diensten van de overheid.

merking voor beperking van het actierecht.¹³¹ Als het tot terechte inperking komt is dat veelal omdat derden verstoken blijven van diensten waarop zij aanspraak kunnen maken, omdat zij ernstig gehinderd worden in hun rechten en/of vrijheden. Het adjectief dat het Comité hanteert – ernstig – houdt in dat het gaat om elementaire dienstverlening voor de betrokkene in kwestie.¹³² Dat betekent onder andere dat een staking in het openbaar vervoer niet reeds daarom verboden is, omdat de passagiers die als derden buiten het arbeidsconflict staan, gehinderd of wellicht verstoken blijven van hun recht op vrij verkeer, vrijheid van beweging. Economische schade die de werkgever lijdt omdat zijn werknemers het werk niet of te laat bereiken is voor het Comité geen reden om het actierecht te beperken.¹³³ Wanneer de onderneming als gevolg van de acties in haar voortbestaan direct bedreigd wordt, kan dat in de ogen van het Comité een reden zijn om de acties in te perken.¹³⁴

Hierboven heb ik drie situaties geduïd waarin de vraag van proportionaliteit zich zou kunnen voordoen. Het zojuist behandelde geval heeft betrekking op de derde situatie: schade aan de belangen van derden. Een andere situatie is die waarin de vorm waarin de collectieve acties worden gegoten, tot ‘onevenredig’ grote schade leidt en bijgevolg reden is tot beperking van het recht op collectieve actie. Het kan dan gaan om de duur van de acties en de tijden waarop en de omvang waarin de acties gevoerd worden. Maar ook selectieve acties, estafette-, langzaam-aan- en stiptheidsacties kunnen verboden of beperkt worden vanwege een te grote onevenredigheid tussen ener-

131 In de rechtspraak in Nederland en ook – meer recentelijk – in België wordt de schade die derden lijden meegewogen bij de rechterlijke toetsing of de acties geoorloofd zijn. De schade kan, met name in de Nederlandse rechtspraakpraktijk, zeer divers zijn en in menige zaak vraagt de rechter niet of nauwelijks om een specificatie van de hoogte en omvang van de schade die derden beweren te lijden. Argumenten als ‘het is van algemene bekendheid dat (...)’ volstaan soms.

132 Op dit aspect van ‘vitale diensten’ die door een collectieve actie in het gedrang kunnen komen, kom ik hieronder nog apart terug. Dit aspect speelt in de ‘jurisprudentie’ van het Comité een belangrijke rol.

133 ECSR, Conclusions XV-1 en Add., art. 6 lid 4 (Nederland). Het Comité sluit niet uit dat de omvang en de duur van de acties van invloed kunnen zijn op het oordeel dat een grens wordt overschreden. Ook hier speelt een rol in hoeverre vitale diensten gegarandeerd blijven.

134 ECSR, Conclusions XV-1 en Add. 2, p. 27 e.v. (ten aanzien van Duitsland). Als adequate en proportionele maatregelen kan men dan denken aan het opleggen van een ‘afkoelingsperiode’, of een bemiddelingspoging gedurende welke het actierecht wordt opgeschort.

zijds de schade die wordt aangericht in de samenleving in het algemeen, bij derden dan wel bij ondernemingen die niet in het conflict betrokken zijn maar er wel de gevolgen van ondervinden en anderzijds het belang van de actievoerders.¹³⁵ In degelijke situaties bestaat de kans dat de acties worden verboden of beperkt. Het Comité verlangt wel dat de staat die met beperkingen op de uitoefening van het recht intervenueert, en ook de 'getroffenen' die om een verbod of een inperking vragen, met 'bewijzen' komen ter staving van hun argumenten van ongerechtvaardigde aantasting van hun rechten en vrijheden.¹³⁶

Concluderend kan worden vastgesteld dat het Comité niet snel aanneemt dat het algemeen belang dan wel belangen van derden het actierecht zó ver kunnen inperken dat het stakingsmiddel als breekijzer in een (collectief belangen)conflict illusoir wordt. In de opinie van het Comité lijkt het veelal te draaien om het vraagstuk van het garanderen van het (blijven) verzorgen van essentiële, vitale diensten. Dat speelt een zeer belangrijke, zo niet doorslaggevende rol in de beoordeling van de vraag of een collectieve actie die daaraan zou kunnen raken, wel geoorloofd is, dat wil zeggen gedekt wordt door art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESC. In de ESH praktijk alsook in menig ander Europees land neemt dit aspect een prominente plaats in. In Nederland, zo zullen we zien, wordt er maar sporadisch en vaak niet expliciet naar gerefereerd.

4.2.2.2 De Nederlandse rechtspraak

In Nederland staat in het kader van de discussie over deze beperkingsgrond centraal of niet alleen rechten en vrijheden van derden het stakingsrecht kunnen beperken, maar dat ook (dreigende) schending van belangen van derden dat kunnen. In de rechtspraak wordt maar beperkt verwezen naar mogelijke schending van 'rechten en vrijheden van derden'. Dat gebeurt wel eens wanneer het gaat om patiënten die verstoken blijven van hun recht op een medische behandeling. Dat is overigens zelden een (zelfstandige) grond voor toewijzing van een verbodsactie. Meestal wordt die grond gecombineerd

¹³⁵ De Portugese regering had over deze zaken gerapporteerd. In dat land lijken rechters het collectief actierecht op deze gronden in te perken. Het Comité wenst van de Portugese regering aanvullende informatie voordat het tot een oordeel komt.

¹³⁶ ECSR, Conclusions XV-1, p. 153 e.v. (Denemarken).

met het argument van de (dreigende aantasting van de) volksgezondheid.

Omdat in de rechtspraak een aantal, overigens niet te scheiden, maar wel te onderscheiden aspecten een rol spelen, zal ik die verschillende aspecten behandelen. Dat kan niet zonder het onderlinge verband mee te nemen, al was het maar omdat in de rechtspraak de verschillende aspecten nogal eens door elkaar behandeld worden. Dat is overigens niet onbegrijpelijk, omdat ze met elkaar samenhangen én omdat ze vaak in combinatie worden bekeken als mogelijke gronden voor een inperking van het recht op collectieve acties. Zo wordt schade die een 'bestaakte' werkgever lijdt, ook onder dit chapter behandeld. Maar daaronder vallen ook de belangen van bijvoorbeeld patiënten of reizigers of organisaties die voor de belangen van die groepen (zeggen) op (te) komen. Het gevolg is evenwel dat 'buitenstaanders' van wie de belangen (mogelijk) worden geschaad, het collectieve actierecht en de uitoefening ervan in het kader van een arbeidsconflict waar zij op zichzelf buiten staan kunnen 'frustreren'.¹³⁷ Deze ontwikkeling laat zich begrijpen wanneer men bedenkt dat anders dan enkele decennia geleden collectieve acties, toen meestal gewoon werkstakingen, steeds vaker plaats vinden in de sector van de dienstverlening waardoor het publiek sneller en vaak ook substantieel wordt geraakt. Daarbij komt dat de klassieke industriële sector inkrimpt onder gelijktijdige uitbreiding van de dienstensector. Voorts kan worden geconstateerd dat als gevolg van onder andere pri-

137 Het kan de bestaakte werkgever(s) in een wat comfortabele positie brengen doordat zij in een collectief conflict met de werknemers en hun organisaties afwachten tot (of stimuleren dat) anderen in rechte optreden met een verbodsactie. Men kan zich afvragen of dit niet op gespannen voet staat met wat in Duitsland als een elementair leerstuk geldt: garantie van 'Waffengleichheit', of met het meer algemene beginsel in een democratie: 'strijden met open vizier en met gelijke wapens'. Deze discussie wordt hier nauwelijks gevoerd. Zou hier veeleer niet een taak voor de regering liggen die onder democratische controle een 'ingreepmogelijkheid' zou kunnen hebben wanneer belangen van derden te veel of te ernstig worden geschaad. Een vergelijking met het Amerikaanse systeem dringt zich hier op waar de president in bepaalde omstandigheden de macht heeft een *cooling off period* van een respectabele duur te gelasten. De Taft-Hartley wet geeft hem die mogelijkheid. Onomstreden is dat overigens niet. Sommige Scandinavische landen kennen het systeem van (verplichte) bemiddeling of zelfs arbitrage wanneer het om dit soort ernstige zaken gaat. Het ECSR wijst verplichte bemiddeling of arbitrage af als in strijd met art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH (zie nog recentelijk Conclusions XV-1/2, p. 432 en Conclusions XVI-1/2, p. 498).

vatisering steeds meer van deze dienstverlening uit overheidshanden raakt waardoor de specifieke regelingen met betrekking tot het stakingsrecht van overheidspersoneel met gevolgen voor de publieke dienstverlening aan gewicht hebben verloren.¹³⁸

Deze ontwikkelingen maken dat het vraagstuk van 'de rechten en vrijheden van derden' daaronder begrepen schade als gevolg van schending van belangen van derden steeds prominenter wordt. De rechtspraktijk in ons land, maar ook in andere landen¹³⁹ waar vergelijkbare discussies spelen, laat dat onmiskenbaar zien.

4.2.2.3 Het begrip 'derde'

Het begrip 'derde' is in dit verband allesbehalve duidelijk omljnd te noemen. Derden zijn allen die buiten het (collectieve) conflict staan, maar die er wel door geraakt worden en er schade of hinder van ondervinden. Dat kunnen zakelijke relaties zijn van de onderneming die 'bestaakt' wordt, zoals afnemers en toeleveranciers, maar ook collega-ondernemers en 'gewone' burgers, consumenten, klanten.¹⁴⁰ Zelfs de bestaakte werkgever kan als derde gelden wanneer de acties niet tegen hem gericht zijn, maar tegen een ander.¹⁴¹ De eerstgenoemde groep van derden kan zich in beginsel niet op art. 31 ESH beroepen, zo kan uit de rechtspraak worden afgeleid. Als zij schade lijden ten gevolge van de acties, dan moet zij daarop de ondernemer aanspreken die zijn verplichtingen niet nakomt. De staking wordt

138 Daar komt bij dat ook de verschillen tussen allerlei arbeidsrechtelijke regelingen voor de overheidssector en de private sector kleiner, zo niet opgeheven worden. Zo is het stakingsrecht voor ambtenaren steeds meer erkend, zodat er geen of weinig verschil meer bestaat tussen de collectieve actierechten van werknemers in de private sfeer en van werknemers bij de overheid. Zie hierover Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, 1998, p. 141 en 717.

139 Zie bijvoorbeeld België; vgl. de bijdragen van Dorssmont e.a. hierboven genoemd. In veel landen spitst deze discussie zich toe op het punt van de 'waarborging van essentiële dienstverlening'.

140 Deze categorisering is gemaakt in het eindrapport van de Commissie collectief actierecht, FNV van 1987. In het *NS*-arrest van 1986 en in het *Hoogovens*-arrest van 1987 hanteert de HR vergelijkbare concepten. Zie ook Schutte, *NJB* 1988, p. 1474.

141 Dit laatste geval betreft de situatie, als reeds aangegeven, waarin de acties zich eigenlijk richten tegen bijvoorbeeld de overheid of tegen de conserndirectie.

aangemerkt als een normaal bedrijfsrisico.¹⁴² Een schadeactie tegen de vakbond(en) die de collectieve actie organiseren, wordt niet mogelijk geacht. Dat zou het recht op collectieve actie te zeer aantasten.¹⁴³ In de Nederlandse rechtspraak is geen geval bekend dat een dergelijke derde een verbodsactie van de staking door de rechter heeft toegewezen gekregen. Wel poogde een derde, in casu een klant van Jaarbeurs in Utrecht (Federatie Het Instrument) vergoeding te krijgen van de vakbond die de acties bij de NS begin april 2001 organiseerde, van de schade die zij had geleden ten gevolge van die acties.¹⁴⁴ De Federatie meende dat de acties onrechtmatig waren, omdat de schade ‘de grenzen van het normaal maatschappelijk risico te buiten ging’ en het belang van de vakbond bij de staking niet opwoog tegen de maatschappelijke belangen. De Rechtbank Utrecht wijst de vordering af. ‘Het enkele feit’, zo stelt de civiele kamer van de rechtbank, ‘dat derden, zoals FHI, schade lijden door een staking (maakt) nog niet dat dit een beperking van het stakingsrecht noodzakelijk maakt’. Dergelijke schade behoort ‘tot de normale risico’s van een ieder die deelneemt aan het economisch verkeer in een democratische samenleving waarin het stakingsrecht is erkend’. Dat kan anders worden, zo stelt de rechtbank, wanneer de schade een omvang krijgt die de grenzen te buiten gaat van hetgeen tot die normale risico’s behoort. Ook het argument van ‘maatschappelijke ontwrichting’ die

142 Bekende voorbeelden daarvan vindt men in het vervoer. Bijvoorbeeld het geval van bedrijven die ten gevolge van een staking bij de spoorwegen schade lijden, omdat de spoorwegen zijn vervoersverplichtingen niet of onvolkomen nakomt. Deze bedrijven verhalen hun schade dan op de spoorwegen. Of het geval van acties in het wegvervoer met name in combinatie met wegblokkades. Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Utrecht 17 december 1985, *KG* 1986, 134. In deze lijn Schut in *NJB* 1988, p. 1474; en H. Staal, ‘Collectieve actie: een recht’, *SR* 1987, p. 394. Hansma in reactie op Schut meent dat ook deze derden – onder omstandigheden – een beroep op art. 31 ESH zouden kunnen doen; R.Hansma, ‘De Hoge Raad in actie’, *NJB* 1989, p. 530. De Laat & Van Lierop, *SR* 1990, p. 80, onderschrijven de algemene opvatting, maar sluiten niet geheel uit dat de derde (zelfstandig) een actiemogelijkheid tegen de vakbonden heeft in het uitzonderlijke geval ‘waarin aannemelijk gemaakte onevenredig grote schade op korte termijn de ander (de derde, AJ) dreigt te treffen’.

143 Dat ligt anders indien de acties worden voortgezet tegen een uitdrukkelijk verbod van de rechter in. Art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH verzetten zich daar niet tegen. Dergelijke schadeacties worden overigens in bodemprocedures gevoerd.

144 Rb. Utrecht 1 mei 2002, *JAR* 2002/132. De FHI stelde dat er door de staking minder bezoekers naar de beurs waren gekomen en dat zij daardoor schade van miljoenen had geleden.

maakt dat de rechten van derden moeten prevaleren boven het stakingsrecht, wijst de rechtbank af.

Dat betekent evenwel niet dat het argument dat derden, met name afnemers en toeleveranciers, (onevenredig) schade lijden, niet meetelt bij de beoordeling van een verbodsactie die door de bestaakte werkgever is ingesteld.¹⁴⁵

De andere genoemde categorieën 'derden' zijn in de rechtspraak wel 'erkend' als derden die bescherming van art. 31 ESH *kunnen* genieten. Óf zij die bescherming ook daadwerkelijk krijgen, hangt evenwel van een aantal omstandigheden af. Hieronder zal dat nader worden uitgewerkt. Dit geldt ook voor de bestaakte werkgever in het geval die werkgever eigenlijk buiten het conflict staat. Dat doet zich voor wanneer de werkgever die door de acties getroffen wordt, niet bij machte is het conflict op te lossen omdat dat buiten zijn macht ligt. Dat zijn de gevallen waarin de acties tegen een ander *gericht* zijn dan die er direct door getroffen worden, of in termen van de rechtspraak: tegen wie de acties *zich keren*. De *Hoogovens*-zaak van 1983 is daarvan het treffend voorbeeld. De acties van de bonden was gericht tegen het overheidsbeleid met betrekking tot de loonvorming¹⁴⁶ maar werden gevoerd bij *Hoogovens*. Deze werkgever kon geen invloed uitoefenen op het conflict, omdat hij niet in staat was om het op te lossen door in onderhandeling met de vakbonden te treden teneinde 'met wat geven en nemen' een (acceptabele) oplossing te bereiken.¹⁴⁷

145 Zo bijvoorbeeld in de zaak van acties bij het Afvalverwerkingsbedrijf in Rotterdam in 1983. De President van de Rechtbank Rotterdam en het Hof 's-Gravenhage lieten de schade van afnemers en leveranciers wel degelijk meetellen bij de beslissing van een inperking van de activiteit van de bonden. Zie Pres. Rb. Rotterdam 16 november 1983 en Hof 's-Gravenhage 17 januari 1985, *TAR* 1985, 110 (m.n. Jaspers in *TAR* 1985, p. 255 e.v.).

146 Het ging om een loonmatigingsbesluit op grond van de Wet op de loonvorming. Het was overigens de laatste keer dat de regering van die wettelijke mogelijkheid gebruikmaakte.

147 HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226. De acties waren gericht tegen het 'loonpauzebesluit' dat de regering in 1980 in het kader van de Loonwet ter beheersing van de loonvorming had uitgevaardigd. Met allerlei (protest)acties verzetten de vakbonden zich tegen dit besluit, zo ook bij *Hoogovens*. Andere voorbeelden zijn de acties tegen ZW- en WAO-maatregelen van de regering begin jaren negentig die hebben geleid tot zes uitspraken van presidenten van rechtbanken door heel Nederland. Zie *KG* 1991, 345-349 en 350-351. De zaak in de Rotterdamse haven heeft tot een uitspraak van de Hoge Raad geleid: HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152.

4.2.2.4 Belangen en schade

Sinds de acties in de jaren tachtig, met name de massale acties in 1983 waarbij niet alleen de ambtenaren betrokken waren, maar ook de zogenaamde 'trendvolgers'¹⁴⁸, is het fenomeen van de schending van belangen van derden gemeengoed geworden. In elf procedures voor presidenten van rechtbanken door het hele land speelde dit aspect een grote rol bij de beoordeling of de collectieve acties die in allerlei vormen werden gevoerd, geoorloofd waren. Vergeleken met de rechtspraak daarvoor betekende deze reeks een ommekeer in de benadering. In menig vonnis waar dit aspect wordt opgevoerd, is vrij gemakkelijk aangenomen dat derden schade leiden en dat dat een voldoende reden is de acties te verbieden of sterk in te perken.¹⁴⁹ Naast deze uitspraken zijn er begin jaren tachtig ook beslissingen gevallen die het beroep op schade die derden leden als gevolg van acties in dienstverlenende instellingen (in casu de Haagse tram en het openbaar lager onderwijs) niet honoreerden.¹⁵⁰ De korte duur van de acties wordt hier doorslaggevend genoemd, een aspect dat men later in de rechtspraak nog vaker tegenkomt. In het geval van de staking bij de Haagse tram koppelt de (bestaakte) werkgever het 'laatste middel'-argument aan het 'belangen-van-derden'-argument: door (te) snel naar het stakingswapen te grijpen, hebben de bonden vanwege de ernst van de gevolgen van hun acties onvoldoende rekening gehouden met belangen van derden en het algemeen belang. Die combinatie vindt echter bij de rechter geen gehoor en opnieuw geeft de korte duur van de acties de doorslag.¹⁵¹

Hoewel het arrest van de Hoge Raad van 1986 in de *NS*-zaak betrekking had op deze actiegolf – de *NS* werd ook door de acties getroffen – heeft deze uitspraak maar een betrekkelijke betekenis op dit punt. Het belang ervan, wat dit aspect aangaat, ligt in de lijn van het *Hoogovens*-arrest van hetzelfde jaar. Dat betreft dan het punt van

148 Dat zijn de werknemers in de semi-overheidssector, correcter aangeduid als de G- en G-sector (gesubsidieerde en gepremieerde sector) die voor hun arbeidsvoorwaarden 'gelijkgeschakeld' waren met de ambtenaren. In 1983 nam de regering ingrijpende bezuinigingsmaatregelen die tot een nominale verlaging van de salarissen in die sectoren leidden. Zie daarover A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De ambtenarenstakingen*.

149 Zie voor een overzicht A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De ambtenarenstakingen*, p. 87-88. Ook het schadebegrip werd vrij ruim geïnterpreteerd.

150 Pres. Rb. Amsterdam 16 november 1982, *NJ* 1983, 347.

151 Pres. Rb. 's-Gravenhage 6 mei 1981, *NJ* 1981, 542.

(onevenredige) schade voor de bestaakte werkgever die wel door de acties getroffen wordt, maar tegen wie de acties niet gericht zijn en dus eigenlijk niet bij machte is het conflict de wereld uit te helpen.¹⁵²

De meest voorkomende situatie is dat met een beroep op schade van derden een verbod van de collectieve acties of een inperking van de actievrijheid wordt gevraagd en dat dat nogal eens wordt gegeven. Daarbij gaat het om schade die de werkgever en zijn collega's in de bedrijfstak die in een conflict met de werknemers en hun vakbonden zijn verwickeld, van de acties ondervinden in de vorm van bedrijfschade of ook schadeclaims van anderen die niet geleverd krijgen waarop zij contractueel recht (menen te) hebben. Maar veel meer gaat het om schade die derden lijden. In een reeks van uitspraken heeft de rechterlijke macht zich over dit vraagstuk gebogen en gaandeweg gepoogd de nodige duidelijkheid te creëren. De 'bijzondere omstandigheden van het geval' hebben de rechters nogal eens ernstig parten gespeeld en hen belemmerd om een heldere lijn neer te zetten. Ook de emoties die bij (grote) stakingen flink (kunnen) oplaaien, zeker als die in de publieke sfeer plaatsvinden, omdat het publiek hinder ondervindt van de acties, kunnen meestal buiten gesloten worden.

In een aantal arresten heeft ons hoogste rechtscollege zijn 'schade van derden'-leerstuk ontwikkeld en verfijnd. Ik zal de 'mijlpalen' in deze reeks bespreken om daaruit de grote lijn te trekken.

a. Het Verpleegkundigen-arrest van de Hoge Raad van 1991

In de *Verpleegkundigen*-zaak die betrekking had op collectieve acties in de gezondheidszorg buigt de Hoge Raad zich nader over dit schade van derden-aspect. De bijzondere situatie in de gezondheidszorg laat niet goed toe om uit dit arrest algemene richtlijnen af te leiden met betrekking tot de aard en strengheid van de eisen die bij zulke acties die derden gemakkelijk kunnen raken, moeten worden gesteld.

Begin april 1989 werden door de verpleegkundigen in ziekenhuizen collectieve acties van verschillende aard (niet van het normale type) gevoerd als reactie op het loonconflict met de werkgevers.¹⁵³ In navolging van een eerdere uitspraak van de Amsterdamse President

152 Zie over deze casus hieronder. Betten bekritiseerde de lijn die de Hoge Raad in 1986 op dit punt uitzette als in strijd met het ESH; Lammy Betten, 'Onevenredige schade blijft hindernis voor volledige erkenning stakingsrecht', *SR* 1986, p. 199 e.v.

153 Dat was overigens mede gebaseerd op het besluit van de regering om slechts een beperkte loonstijging toe te staan (het ging over de G- en G-sector).

van de Rechtbank en in hoger beroep van het Amsterdamse Hof oordelen de President van de Rechtbank en het Hof dat collectieve acties waardoor de gebruikelijke patiëntenzorg wordt verminderd, in beginsel onrechtmatig zijn wegens de daaraan verbonden kans op (onherstelbare) schade jegens (mogelijke) patiënten.¹⁵⁴ Het betrof hier een zaak van medisch specialisten die met een (collectieve) actie (zondagsdiensten en stiptheidsacties) protesteerden tegen inkomensmaatregelen van de overheid.¹⁵⁵ In cassatie laat de Hoge Raad de uiteindelijke beslissing in stand, maar anders dan de beide andere colleges toetst hij de acties uitdrukkelijk aan art. 31 ESH. Hij komt dan tot de slotsom dat de acties onrechtmatig zijn wanneer de ‘acties leiden tot een vermindering van de mogelijkheid tot medische verzorging in dier voege dat patiënten daardoor komen bloot te staan aan het gevaar van – mogelijk onherstelbare – schade doordat onderzoek en eventuele behandeling te lang uitblijven’.¹⁵⁶ In een andere zaak met drei-

154 Zie de weergave van het arrest van het hof in HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 508 (r.o. 5.1).

155 Zie het vonnis van de Pres. Rb. Utrecht 13 oktober 1988 (zie tekst in *Recht en Kritiek*, 15 (1989), p. 54-56) en Hof Amsterdam 2 februari 1989 (rolnr. 1350/88 SKG), n.n.g. Ook in deze zaak hadden derden zich bij eiseres (Nationale Ziekenhuisraad) gevoegd: het Landelijk Patiënten/Consumenten Platform. De acties werden onrechtmatig geoordeeld omdat dergelijke acties jegens de (mogelijke) patiënten onrechtmatig waren dan wel als wanprestatie tegenover die patiënten moesten worden aangemerkt. Interessant is dat de rechters een redenering analoog art. 6 lid 4 ESH hanteerden om een mogelijke uitzondering op dit ‘in beginsel’-verbod toe te laten: wanneer de acties als ‘laatste en ultiem middel’ dienden, dan zouden zij (mogelijk) geoorloofd kunnen zijn. Dat waren ze in dit geval niet, omdat de specialisten andere, juridische wegen ter beschikking hadden zoals een kort geding bij de rechter tegen de voorgenomen regeringsmaatregelen. Recentelijk (eind 2002) gingen ook de tandartsen over tot collectieve actie (in colonne naar Den Haag om te protesteren tegen een financiële maatregel van de regering die hen in hun inkomen trof). Tot procedures kwam het niet. Zie daarover en over ‘het recht op collectieve acties van tandartsen’ A.F. Bungener, ‘Het recht op collectieve actie voor zelfstandigen; de tandarts op de blokken!’, *SMA* 2002, p. 555-560.

156 De Hoge Raad (22 november 1991, *NJ* 1992, 508) billijkt vervolgens de concrete beperkingen die de president van de rechtbank aan de actievoerenden had opgelegd. De Hoge Raad wijst er vervolgens (met de president van de rechtbank) nog wel op dat vermindering van ‘verpleegkundige zorg overlast, hinder en ergernis voor patiënten met zich kan brengen, maar dat hoort nu eenmaal bij actievoeren; de gevolgen daarvan maken de acties daarom nog niet onrechtmatig’. Zie over deze zaken E. Cremers & L. Tilstra, ‘Het collectief actierecht van de medisch specialisten en het Europees Sociaal Handvest’, *Recht en Kritiek*, 15 (1989), 1, p. 49-64; E. Cremers & L. Tilstra, ‘Verplegenden en verzorgenden in opstand’, *SMA* 1990, p. 32-45 met reactie R. Hansma en naschrift van de auteurs *SMA* 1990, p. 159; J.J.M. de Laat & A.C.M. van Lierop, *SR* 1990, p. 78 e.v.

gende stiptheidsacties van het verplegend personeel op de afdeling Intensive care van het AMC beslist de rechter conform deze laatste overweging. De gekozen actievormen zullen wel enige invloed hebben op het operatieprogramma maar een ernstige verstoring is niet te verwachten. Patiënten zullen ongemak ondervinden, maar geen *ernstige*¹⁵⁷ schade lijden. Het ziekenhuis kan en moet passende maatregelen nemen. Dat dat tot een kostenverhoging leidt, is op zich geen reden om te concluderen dat die schade buiten proporties is.¹⁵⁸ Opmerkelijk kan worden genoemd dat geen van de rechters verwijst naar een beperkingsgrond die art. 31 ESH uitdrukkelijk noemt: gevaar voor de volksgezondheid. Mag daaruit worden afgeleid dat dat gevaar niet aanwezig werd geacht bij deze acties? Als dat het geval is, dan rijst de vraag of de extensieve interpretatie die de rechters in deze zaken toepassen, wel in overeenstemming is met de gronden van art. 31 ESH. Dat artikel spreekt immers slechts van rechten en vrijheden van anderen en niet van belangen of van schade die derden lijden.¹⁵⁹ Deze uitspraken bleven dan ook niet zonder kritiek (en instemming). Betten, en in haar kielzog anderen, betwijfelt openlijk of de rechterlijke macht in deze niet te ver ging, verder in elk geval dan het ESH toeliet, waarbij zij vooral een beroep deed op de opvattingen van het deskundigencomité.¹⁶⁰

b. Het Openbaar vervoer-arrest van de Hoge Raad van 1997

Een standaard karakter wordt ook wel toegekend aan het arrest van de Hoge Raad van maart 1997 naar aanleiding van een staking in 1995 in het openbaar busvervoer.¹⁶¹ Naar aanleiding van een 'nor-

157 Cursivering AJ.

158 Pres. Rb. Amsterdam 21 mei 1999, *KG* 1999, 194. Er zij hier geattendeerd op de formulering die impliceert dat de rechter bepaald niet uitsluit dat 'buiten proportionele' schade bij de 'bestaakte' werkgever kennelijk tot onrechtmatigheid kan leiden. Ik kom op de implicaties hiervan hieronder nog terug. In een zaak een jaar later besliste dezelfde president anders maar dat oordeel was gebaseerd op lange(re) duur en de omvang van de acties. Pres. Rb. Amsterdam 21 mei 1999, *KG* 1999, 194.

159 Als dat 'werd gedaan in de vorm van een beroep op het recht op gezondheidszorg', wat overigens lang niet altijd werd gedaan, dan zou men kunnen zeggen dat men in beginsel wel binnen 'de perken van art. 31' bleef. Overigens is enkel een beroep op dat recht nog niet voldoende om een beperking te rechtvaardigen.

160 L. Betten, 'Hoge Raad worstelt verder met Europees Sociaal Handvest', *SR* 1991, p. 200-206. Zie ook de in de vorige noot vermelde literatuur. En L. Tilstra, a.w., p. 119-120.

161 HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/70 en *NJ* 1997, 437; ook wel het *VSN*-arrest genoemd.

maal' arbeidsvoorwaardenconflict tussen de werkgevers in het streekvervoer en de Vervoersbond van de FNV had deze laatste bond een staking van twee dagen aangekondigd en deze vervolgens verlengd met (in ieder geval) nog een derde dag.¹⁶² De President van de Utrechtse Rechtbank beperkte de stakingsvrijheid op grond van de overweging dat een staking in het openbaar vervoer die het karakter van een staking voor onbepaalde tijd had gekregen, de reizigers te veel zou duperen en ook bedrijven en instellingen 'in aanmerkelijke mate' schade zou berokkenen omdat mensen hun werkplek niet of veel te laat zouden bereiken. Met toepassing van de 'formule' van de Hoge Raad in het *NS*-arrest concludeerde de president dat door de acties de rechten en vrijheden 'van veel onschuldige derden in zó ernstige mate' zouden worden aangetast dat de acties disproportioneel werden. Zonder beperkingen van die acties zou de bond bij de afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid de acties niet langer mogen voortzetten. Het publieke karakter en de versturende uitwerking ervan op de samenleving maken een inperking van de acties noodzakelijk, waarna de president bepaalt dat de acties alleen tussen 10 uur 's morgens en 3 uur 's middags mogen plaatsvinden.¹⁶³ In hoger beroep bevestigt het Hof Amsterdam dit vonnis. De toonzetting van het hof was nog wat dramatischer.¹⁶⁴ Het stelde dat deze staking 'een grote maatschappelijk ontwrichtende werking' had.¹⁶⁵ Een beperking was alleszins op zijn plaats 'om een onmiddellijk en

- 162 In deze zaak speelde ook nog de kwestie van het 'laatste middel', maar in alle instanties werd uitgemaakt dat de staking aan dit criterium voldeed. Dat punt kan hier blijven rusten, omdat de rechterlijke uitspraken passen in het stramien zoals door de Hoge Raad in het *NS*-arrest uitgezet. Toen de zaak voor de president diende, werd er inmiddels zes dagen achtereenvolgens gestaakt.
- 163 Pres. Rb. Utrecht 24 januari 1995, *JAR* 1995/33. Het Hof van Amsterdam bevestigt in hoger beroep dit vonnis. Zie voor het arrest van de Hoge Raad in deze zaak *NJ* 1997, 437.
- 164 De A-G Koopmans spreekt in zijn conclusie van een 'melodramatische toonzetting', die de indruk wekt dat 'één miljoen onschuldige reizigers de dupe zijn geworden; ze konden zelfs het ziekenhuis niet bereiken'. *JAR* 1997, p. 290 l.k. Koopmans bespreekt de zaak dan vervolgens zonder 'dit soort overdrijvingen'.
- 165 In 1991 had ook de President van de Rechtbank Utrecht zich in die termen uitgelaten. Het ging daar om een staking tegen de WAO-maatregelen van de regering ook in het openbaar vervoer (het streekvervoer). De president heeft het ook over 'onschuldige' slachtoffers, waartoe hij niet alleen het 'omvangrijke busreizend publiek' begrijpt, maar ook ondernemingen en instellingen die 'getroffen worden door de afwezigheid van dit busreizend publiek, waaronder werknemers, medewerkers, potentiële kopers, enz.'. Pres. Rb. Utrecht 25 september 1991, *KG* 1991, 346. Dat leidt de president tot een onrechtmatigverklaring van de acties.

concreet gevaar voor een specifieke aanzienlijke schade door de genoemde maatschappelijk ontwrichtende werking van de staking zoals die zich in de voorgaande dagen reeds had gerealiseerd'.

De Hoge Raad begint met de algemene stelling dat als een staking, zoals de onderhavige, door art. 6 lid 4 ESH wordt gedekt, zij ook geduld moet worden, omdat het de uitoefening van een erkend grondrecht is. De met haar beoogde schadelijke gevolgen voor de werkgever en derden moeten op de koop toe worden genomen (r.o. 4.3). Dat wordt anders wanneer de staking, beoordeeld naar de zorgvuldigheidseis van art. 6:162 BW, in zodanige mate inbreuk maakt op de (in art. 31 ESH genoemde) rechten van derden of algemene belangen dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Onbeperkte uitoefening van het grondrecht op staking is dan 'jegens allen die daarvan schade ondervinden, onrechtmatig, ook jegens de werkgever'. Of dat het geval is, hangt af van een belangenafweging die moet plaatsvinden: het belang bij de uitoefening van het grondrecht moet evenredig zijn aan de belangen (van anderen) waarop door de staking inbreuk wordt gemaakt. Als nu de acties aan derden aanzienlijke schade toebrengen en een grote maatschappelijk ontwrichtende werking hebben, dan moet het belang van de actievoerders wijken voor de belangen van anderen.¹⁶⁶ Als het gaat om (een beroep op) schade bij de 'bestaakte' werkgever, dan zal, zo eist de Hoge Raad, die werkgever de door hem geleden of beweerdelijk te lijden schade cijfermatig aannemelijk moeten maken. Een dergelijke eis geldt evenwel niet als derden, zoals in casu de gedupeerde reizigers, maar ook de werkgevers van die reizigers, schade lijden.¹⁶⁷ Daarmee lijkt de Hoge Raad de praktijk te ondersteunen dat rechters vrij gemakkelijk mogen aannemen dat er sprake is van schade bij derden. In de praktijk komt men met name in de lagere rechtspraak formuleringen tegen als 'dat het van algemene bekendheid is dat (...)'. Enigszins ten overvloede voegt de Hoge Raad nog een belangrijke zinsnede aan zijn oordeel toe. In navolging van wat de A-G Koopmans in zijn con-

166 De Hoge Raad voegt er verderop nog aan toe dat de rechter ingeval het gaat om een door art. 6 lid 4 ESH gedekte staking er in beginsel van moet uitgaan dat de belangen van actievoerders bij de uitoefening van het grondrecht zwaarwegend zijn en dat de rechter in beginsel niet treden moet in de merites van de wederzijds ingenomen standpunten die aan het belangengeschil ten grondslag liggen (r.o. 4.6).

167 HR in r.o. 4.7.2. Omdat het een kort geding betreft, hoeft de rechter niet elk argument 'apart en uitdrukkelijk te bespreken en te weerleggen'.

clusie had opgemerkt¹⁶⁸, verwijst de Hoge Raad naar nog een andere proportionaliteitseis die in de rechtspraak regelmatig wordt gehanteerd: de keuze van het actiemiddel. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid kan en mag een rol spelen of er niet andere mogelijkheden van collectief optreden dan een werkstaking (van onbepaalde duur) bestonden en er dus gekozen had kunnen worden voor vormen die minder schadelijk waren (geweest) (r.o. 4.7.4).

Ten slotte behandelt de Hoge Raad in deze richtinggevende uitspraak nog het aspect van 'essentiële diensten', een aspect dat door de gedaagde FNV-bond als verweer was opgebracht. Opnieuw in navolging van de A-G Koopmans vraagt hij zich openlijk af of een scherpe scheiding tussen 'essentiële' en 'niet-essentiële' diensten te maken is¹⁶⁹, maar ook als dat zo is, kan worden vastgesteld dat hoe essentiëler de dienst, des te eerder plaats is voor voor beperkingen die art. 31 ESH toelaat. Dit aspect van essentiële diensten, dat in de 'jurisprudentie' van het deskundigencomité van het ESH een belangrijke rol speelt, wil de Hoge Raad in ons stelsel geen doorslaggevende plaats geven waar hij opmerkt dat voor dergelijke beperkingen als in art. 31 bedoeld, ook plaats is als de dienst 'niet-essentieel' is (r.o. 4.7.3 fine). Met deze benadering wijst ons hoogste rechtscollege een weg af die in andere (West-)Europese landen juist wel gevolgd wordt. Een inbreuk op het collectief actierecht wordt in dit soort gevallen daar – in navolging van het Comité van het ESH – getoetst op het criterium of tijdens acties essentiële dienstverlening verzekerd blijft. A-G Koopmans en de Hoge Raad lijken weinig te zien in een rechtsvergelijkende benadering.¹⁷⁰ Evenmin worden, ondanks de grote waarde die aan conclusies van het ESH-deskundigencomité wordt toegekend, aan de conclusies waarin het Comité een duidelijke en afgewogen opvatting geeft over deze problematiek, weinig of geen woorden vuil gemaakt. Een gemiste kans?¹⁷¹

168 *JAR* 1997, p. 292 l.k. onder nr. 14.

169 De A-G had die vraag ontkennend beantwoord, zie onder punt 16 van zijn conclusie.

170 Zie over dit vraagstuk M. Rigaux & F. Dorssemont (eds.), *Vitale diensten, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht*, Antwerpen/Groningen 2003. Zie over dit aspect hierna in hoofdstuk 5.

171 Ik kom op dit aspect, zoals beloofd, nog terug in mijn conclusies.

4.2.3 *Proportionaliteit van het middel en het doel*

In dit *VSN*-arrest zet de Hoge Raad een aantal criteria die in latere rechtspraak terugkeren. Geheel nieuw zijn deze beoordelingsaspecten overigens niet. Ook in eerdere uitspraken van (lagere) rechters worden sommige van deze criteria gehanteerd. Zo hanteerde de President van de Haarlemse Rechtbank in 1991¹⁷² de proportionaliteitstoets ten aanzien van de keuze en de inzet van het actiemiddel. Hij vroeg zich af of de vakbond bij Hoogovens het stakingsmiddel wel had mogen inzetten in een actie die erop gericht was om zo veel mogelijk werknemers naar Den Haag te krijgen voor een protestdemonstratie tegen het WAO-beleid van de regering. Gelet op de omvang van de schade die door de actie bij Hoogovens werd geleden¹⁷³, had de bond zich niet mogen bedienen van dit actiemiddel. Dat werd om die reden te zwaar, want buitenproportioneel bevonden. In een meer recente zaak besliste de rechter in Leeuwarden in vergelijkbare zin, waar hij op grond van het geringe belang van de actievoerders het inzetten van dit ‘zwaarste middel’: een staking waardoor op beide stakingsdagen een deel van de treinen in het noorden uitviel, niet gerechtvaardigd achtte.¹⁷⁴ De vakbonden hadden moeten bekijken of ‘minder ingrijpende actiemiddelen niet toereikend zijn en of onnodige neveneffecten zoveel mogelijk vermeden worden’. Ook verwijst deze rechter naar het argument dat naarmate een maatschappelijke dienst essentiëler is, inperking van de stakingsvrijheid eerder op zijn plaats zal zijn. Mede op die grond beperkt hij het stakingsrecht in die zin dat ruim twee maanden niet gestaakt mag worden.

De doel-middeltoets is in de rechtspraak van ons land een vaker gehanteerd middel ter beoordeling van de geoorloofdheid van collectieve acties. Het gaat dan niet om een beoordeling van het doel dat met de acties wordt nagestreefd¹⁷⁵, maar om de vraag of de *gevolgen* van de acties wel opwegen tegen het doel dat met de acties wordt nagestreefd. Had deze actievorm wel gekozen en ingezet mogen worden vanwege de schade die wordt aangericht en hadden niet andere

172 Pres. Rb. Haarlem 3 oktober 1991, *KG* 1991, 351.

173 Hoogovens becijferde deze schade op ruim 1 miljoen gulden.

174 Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1999, *KG* 1998, 66.

175 Hierboven is reeds ter sprake geweest dat het doel, als het al beoordeeld wordt, zeer marginaal getoetst wordt. Het standpunt van het Comité van deskundigen daarover is helder: slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan een collectieve actie om die reden buiten de bescherming van art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH vallen. Zie par. 3.3.1.

actiemiddelen dan de gekozen actie kunnen zijn gebruikt die minder schade zouden hebben veroorzaakt. Deze toets is al 'oud'. In eerdere rechtspraak, dat wil zeggen na 1972¹⁷⁶ en vóór 1986, komt deze toetsing ook al regelmatig voor. In het algemeen bepleit de rechter terughoudendheid bij de beoordeling van het bestaan van een wanverhouding, omdat de rechter niet moet en kan treden in een oordeel over het doel van de acties ook niet als de schade voor werkgever of samenleving groot, maar niet 'duidelijk onverdraaglijk' is.¹⁷⁷

Dat wordt anders als er grote maatschappelijke gevolgen voor de hele samenleving dreigen. Dat deed zich voor bij stakingen in de zuivelindustrie in 1977. Voor de rechter gaven niet de financiële en economische schade bij de werkgevers de doorslag, maar de mogelijk grote maatschappelijke gevolgen van de staking waardoor niet verwerkte melk 'de sloot in zou gaan'. Het hof dat in hoger beroep besliste (op dit anders dan de eerste rechter) en het recht op staking ook in de zuivelindustrie erkende, meende evenwel dat de vakbonden (nog meer) met de werkgevers moesten overleggen over het opvangen van die gevolgen.¹⁷⁸

Ook na 1986 wordt in de rechtspraak met zekere regelmaat deze toetsing gehanteerd. Gewoonlijk laten rechters wel blijken van enige terughoudendheid, al zit daarin wel wat variatie. Niet altijd wordt de nodige afstand bewaard. Een voorbeeld van grote en gepaste terughoudendheid is de uitspraak van het Hof Amsterdam waar het ging over een staking van musici tijdens het Holland Festival van 1999. Het hof besliste dat het in beginsel aan degenen die actiemiddelen hanteren is om bij het uitblijven van het (met de minder vergaande

176 In 1982 had het Hof Amsterdam de *Panhonlibco*-formule van de Hoge Raad van 1960 (staken is wanprestatie van de stakende werknemer en organiseren van stakingen is onrechtmatig want uitlokking van wanprestatie) verlaten en staking 'in beginsel rechtmatig geacht, tenzij...'). Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192.

177 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Groningen 3 mei 1977, *NJ* 1978, 14. Het ging om een staking bij Groningse taxi's. Een andere opstelling had overigens de Pres. Rb. Utrecht gekozen in zijn vonnissen van 4 en 8 februari 1977 (*NJ* 1977, 79 en 80) waar de rechter oordeelt dat gelet op het algemeen belang van de Nederlandse economie partijen eerst nog maar eens moeten gaan praten over een compromis. Het ging in die acties om (het behoud van) de automatische prijscompensatie.

178 Hof Amsterdam 17 november 1977, nr. 105/77 (gepubliceerd in Van den Berg e.a., a.w., p. 425).

acties) gewenste resultaat te kiezen voor zwaardere acties.¹⁷⁹ De lijn werd duidelijker getrokken in het arrest van de Hoge Raad in de *Douwe Egberts*-zaak. De Hoge Raad bepleitte een grote terughoudendheid waar het ging om een beoordeling van de merites van de betrokken belangen die in het conflict tegenover elkaar staan.¹⁸⁰ Die uitspraak heeft in die zin effect gehad dat sindsdien rechters meer terughoudend zijn op dit punt.¹⁸¹ Het *Douwe Egberts*-arrest lijkt daarmee een markeringspunt te zijn.¹⁸²

4.2.3.1 Schade ‘bestaakte’ werkgever

Een apart punt van beoordeling is of schade die de ‘bestaakte’ werkgever lijdt, mag meetellen bij het oordeel of een collectieve actie op grond van art. 31 ESH beperkt of zelfs verboden mag worden. Hier moet allereerst een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de werkgever als ‘derde’ moet worden aangemerkt, en de situatie dat de werkgever als direct betrokken in en bij het conflict schade lijdt door de acties. In het laatste geval vormt de schade geen reden om het actierecht te beperken. Schade is immers beoogd en vormt het essentiële onderdeel van het gekozen ‘strijdmiddel’.¹⁸³

De andere situatie doet zich voor wanneer de acties zich richten tegen een ander dan de werkgever die wel door de acties getroffen

179 Hof Amsterdam 23 juni 1999, *KG* 1999, 191. De president van de rechtbank had overigens anders beslist. Van terughoudendheid op dit punt is bij de president niet veel te bespeuren! De president had de acties van de musici en hun bonden verboden, omdat alleen het Holland Festival, die als ‘derde’ werd aangemerkt, door de acties werd getroffen (en niet andere organisaties waarbij men moet denken aan de andere concertzalen). Er hadden ook andere keuzes kunnen zijn gemaakt, zo stelt hij. Zie Pres. Rb. Amsterdam 18 juni 1999, *KG* 1999, 190.

180 Er zij aan herinnerd dat de Hoge Raad daarbij meenam dat besluiten van vakbonden tot het inzetten van collectieve-actiemiddelen vaak onder grote druk moeten worden genomen. Ook om die reden past terughoudendheid.

181 Zo bijvoorbeeld de President van de Utrechtse Rechtbank in de openbaar-vervoerszaak van 2002 waarin het middel van het ‘gratis reizen’ werd toegepast. Hij ontleent aan het beoogde doel met de acties (mede) een argument om de actie ongemoeid te laten. Vzng. Rb. Utrecht 11 april 2002, *JAR* 2002/97.

182 Het arrest is betrekkelijk recent. Afgewacht moet worden of de lagere rechters deze lijn zullen voortzetten en volhouden. De eerste uitspraken sindsdien zijn ‘hoopvol’ (zie ook noot 89).

183 In de rechtspraak, ook in ons land wordt dat volmondig erkend. In de laatste decennia treft men geen uitspraken van rechters meer aan die enkel op die grond een collectieve actie verbieden. Het kan overigens wel een rol spelen als het om afwijkende actievormen gaat.

wordt ('tegen wie de acties zich keren').¹⁸⁴ Reeds in het *Hoogovens*-arrest van 1986¹⁸⁵ besliste de Hoge Raad dat zo'n werkgever in de zin van art. 31 ESH als derde was aan te merken. Wat zo'n werkgever tot 'derde' maakt, is het feit dat hij niet in staat is aan de eisen van de bonden tegemoet te komen om daarmee het conflict te beëindigen, althans daarop effectief invloed te hebben door aan de eisen van de vakbonden (gedeeltelijk of geheel) tegemoet te komen. Het schadeargument, namelijk dat die inherent is aan staking, gaat dan niet op omdat hijzelf niet bij machte is de schade op z'n minst te beperken.¹⁸⁶ In die situatie, zo besliste de Hoge Raad ook in het *Hoogovens*-arrest, moet beoordeeld worden of de geleden schade 'zekere grenzen' overschrijdt. Een paar aspecten moeten dan worden meegewogen. Zo zijn duur en omvang van de acties van belang: acties van korte duur of van een beperkte omvang blijven binnen die grenzen. Dat betekent veelal dat acties van niet meer dan één of een paar dagen of slechts een deel van de activiteiten van het bedrijf treffend zonder dat het (door functioneren van het) geheel 'echt' wordt geraakt, niet onder een rechterlijk verbod vallen of door de rechter met een beroep op art. 31 ESH worden ingeperkt. Dat is overigens wel nog afhankelijk van de concrete situatie en van het bedrijf waar actie gevoerd wordt (het ene bedrijf kan 'meer hebben' dan het andere¹⁸⁷).

In de zaak van de WAO-acties in 1991 heeft de Hoge Raad enkele krijtlijnen getrokken. Ook in het geval dat de 'bestaakte' werkge-

184 Dit is de eerste van de drie in par. 4.2 onderscheiden situaties waar het proportionaliteitsbeginsel een rol speelt.

185 HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226.

186 Dit zijn standaardmotiveringen in rechterlijke uitspraken. 'Schade aan de bestaakte werkgever is immers onverbrekkelijk verbonden aan het gebruik van staking als pressiemiddel' zo onderschrijft de Hoge Raad de algemene visie op dit punt. (r.o. 3.8). Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1998, *KG* 1999, 66 (r.o. 4) en nog recentelijk Vznr. Rb. Utrecht 3 februari 2003 157119/KGZA 03/84 (n.n.g.) '*Sphinx*-zaak'; en Vznr. Rb. Utrecht 11 april 2003, *KG* 2003, 120 (r.o. 4.11 fine).

187 Zo het Hof Amsterdam en de Hoge Raad in de *Hoogovens*-zaak: zelfs de zorgelijke financiële situatie van Hoogovens in 1979 en 1980 kon 'noch op zichzelf noch tezamen met andere omstandigheden de conclusie wettigen dat de staking onrechtmatig waren (r.o. 3.10 van de Hoge Raad). De President van de Rotterdamse Rechtbank had in de stakingszaak in de havens 'om de WAO-plannen van de regering' weer laten meewegen dat de havens al eerder getroffen waren door acties die veel schade hadden veroorzaakt (verlies van vracht door uitwijken naar andere havens). Pres. Rb. Rotterdam 1 oktober 1991, *KG* 1991, 350. Het Hof's-Gravenhage bevestigt dit vonnis. De Hoge Raad neemt een andere positie in. Zie hierna.

ver als derde heeft te gelden, speelt het feit dat het gaat om ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ voor de werknemers in kwestie een rol bij het oordeel of de schade die geleden wordt door de acties, een rechtvaardiging opleveren voor een beperking van het recht. Het gaat immers om zaken waarbij zij groot belang hebben. Het ‘enkele feit’ dat de (bestaakte, derde-) werkgever substantiële schade lijdt, rechtvaardigt een verbod of inperking niet. De reden daarvoor is dat anders een enigszins effectieve uitoefening van dit recht nauwelijks nog mogelijk zou zijn. Dat betekent niet dat geen enkele beperking mogelijk is. Dis is mogelijk als de te verwachten schade een grote omvang zal hebben. Dat zal zich in elk geval niet voordoen, zolang het slechts gaat om schade voor individuele bedrijven, die ook nog over een korte periode wordt geleden en de getroffen bedrijven geen duurzame gevolgen ervan ondervinden. Dergelijke schade merkt de Hoge Raad aan als normaal bedrijfsrisico.

Daarvan is geen sprake meer wanneer de schade deze grenzen te buiten gaat. Dat kan het geval zijn wanneer een of meer bedrijven onevenredig veel zwaarder worden getroffen dan overeenkomt met het normaal bedrijfsrisico. Het kan zich ook voordoen als de schade voor de werkgevers een algemener karakter draagt. Volgens de Hoge Raad zou dat kunnen wanneer de schade naar aard en omvang (mede) de gehele haven of de gehele Nederlandse economie treft. Maar dan nog, als op zodanige grond een beperking noodzakelijk wordt geacht, moet het gaan om een onmiddellijk en concreet gevaar voor specifieke, aanzienlijke schade.¹⁸⁸ Men kan zich gevoeglijk afvragen of het vonnis van de President van de Rechtbank Utrecht, ook oordelend over acties in het streekvervoer naar aanleiding van de WAO-plannen van het toenmalige kabinet, stand zou houden na de uitspraak van de Hoge Raad, waar deze stelt dat de bestaakte werkgevers (ook derden in het conflict) ‘voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat zij aanzienlijke schade dreigen te lijden in de vorm van bedrijfsschade en te duchten schadeclaims’.¹⁸⁹

188 HR 11 november 1994, *JAR* 1994/268 en *NJ* 1995, 152 (staking tegen WAO in Rotterdamse haven). Aard en omvang van die schade moet ook in dat geval door de werkgevers aannemelijk worden gemaakt. De Hoge Raad verwerpt vervolgens de opvatting van het hof dat de schade die door de havenbedrijven kort daarvoor ook al geleden was, mag meetellen bij het oordeel over het ‘excessieve’ karakter van de schade bij deze acties.

189 Pres. Rb. Utrecht 25 september 1991, *KG* 1991, 346. Het zij gezegd, zijn Rotterdamse collega had in gelijke zin beslist en bovendien speelde bij zijn beslissing tot beperking van de activiteit ook de schade van het ‘omvangrijk busreizend’ publiek mee.

4.2.3.2 Schadebeperkende maatregelen

Bij het oordeel of er sprake is van buitenproportionele schade wordt belang gehecht aan het feit of de actie voerende vakbonden maatregelen hebben genomen ter beperking van de schade. Is dat het geval, dan kan dat de acties in de vorm en omvang waarin zij zijn gegoten, behoeden voor onrechtmatigverklaring dan wel voor inperking van de activiteit.¹⁹⁰ Daartoe kan ook de (korte) duur van de acties behoren.¹⁹¹ Goed en afdoende overleg met de werkgever(s) over maatregelen om de schadelijke gevolgen te beperken is een ander voorbeeld.¹⁹²

4.2.3.3 Afwijkende actievormen

Onder deze noemer vallen een aantal aspecten die van invloed kunnen zijn op de rechtmatigheid van collectieve acties dan wel een grond kunnen opleveren voor een inperking van de activiteit.

In de eerste plaats kunnen daaronder, zij het dat deze niet strikt tot de 'afwijkende vormen' behoren, duur en omvang van de collectieve acties geschaard worden. De jurisprudentie leert dat acties van korte duur, niet langer dan één of twee dagen, in de regel door de beugel kunnen. Dat geldt zelfs voor acties in het openbaar vervoer.¹⁹³ Indien ook tijdig aangezegd, kan worden gezegd dat het reizend publiek zich hierop zodanig heeft kunnen instellen en voorbereiden dat geen sprake is van een zo grote maatschappelijk ontwrichtende werking, dat de rechten van derden zouden moeten prevaleren boven het grondrecht

190 Zo reeds in meer algemene termen de Hoge Raad in zijn *NS*-arrest van 1986. De Hoge Raad koppelde dit aan de eis van tijdige aanzegging. Maar zie bijvoorbeeld expliciet Pres. Rb. Utrecht 26 september 1991, *KG* 1991, 347. En laatstelijk nog Vzng. Rb. Utrecht 11 april 2002, *JAR* 2002/97 bevestigd in Hof Amsterdam 9 januari 2003, *JAR* 2003/34.

191 HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226 (*Hoogovens*-arrest) r.o. 3.11.

192 Hof Amsterdam 17 november 1977, nr. 105/77 (gepubliceerd in Van den Berg e.a., a.w., p. 425).

193 Dat kan ook indirect worden afgeleid uit het arrest van de Hoge Raad in de *VSN*-zaak van 1997 toen een staking van zes dagen in elk geval uit dit oogpunt te lang werd bevonden en grond voor een inperking van het actierecht. Zie HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/70.

van staking.¹⁹⁴ Voor een oordeel over de (onbeperkte) toelaatbaarheid van acties kan het aspect van duur en omvang van de acties in relatie worden gebracht met de omvang van de schade. Ook bij een – relatief – kortdurende staking kan de grote schade die met name derden lijden, een reden zijn om óf de acties te verbieden óf ze te beperken.¹⁹⁵

De gekozen afwijkende actievormen zijn regelmatig onderwerp geweest van rechterlijke uitspraken. Afwijkend in die zin dat het niet gaat om algehele neerlegging van het werk bij de werkgever tegen wie de acties gericht en gekeerd zijn, maar om stiptheidsacties, langzaam-aan-acties, estafetteacties. In het *NS*-arrest van 1986 noemt de Hoge Raad dergelijke acties niet enkel om die reden ‘unfair’. Unfair omdat de werknemers geen financiële risico’s zouden lopen, geen offers hoeven te brengen terwijl de werkgever ‘dubbel de haas is’: schade wegens productieverlies door de acties én nakoming van de normale verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst: doorbetaling van loon.¹⁹⁶ Dat zou tot een verstoring van het evenwicht in de machtsverhoudingen tussen partijen kunnen leiden. Dat is reden om daaraan ‘terdege’ aandacht te schenken bij het oordeel of de bonden in redelijkheid tot het inzetten van dit wapen hadden kunnen besluiten. Die vraag zou eerder ontkennend moeten worden beantwoord indien het niet gaat om acties van het normale type (waarop art. 6 lid 4 ESH toch ziet), maar om afwijkende actievormen.¹⁹⁷ Dat zal – opnieuw – afhangen van de omstandigheden van de situatie. Zulke ac-

194 Aldus de Utrechtse President van de Rechtbank in zijn vonnis tegen de Consumentenbond, de Vereniging Rover en de ANWB namens de gedupeerde reizigers van 31 maart 2001, *KG* 2001, 254. De President van de Haagse Rechtbank had in 1981 ook al zo’n beslissing genomen en de korte duur van de acties bij de Haagse tram als grond voor zijn weigering van een gevraagd verbod van de acties aangevoerd. Pres. Rb. ’s-Gravenhage 6 mei 1981, *NJ* 1981, 542. Evenzo Pres. Rb. Amsterdam 16 november 1982, *NJ* 1983, 347 waar het ging om een korte staking in het lager onderwijs.

195 Zie bijvoorbeeld de beperkingen die de rechters bij de grote stakingen en andere acties in 1983 aan de actievoerders om die reden oplegden. Zie daarover uitgebreider A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De ambtenarenstakingen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 62 e.v. Zie in dit verband ook Pres. Rb. Utrecht 25 september 1991, *KG* 1991, 346.

196 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (r.o. 3.6). Dergelijke acties vallen naar het oordeel van de raad wel onder art. 6 lid 4 ESH omdat die bepaling een ruimer begrip hanteert dat de ‘gewone’ werkstaking.

197 De Hoge Raad legt hieraan mede ten grondslag dat dergelijke acties in beginsel meer in de risicosfeer van de arbeiders als groep liggen.

ties zouden zelfs minder schade voor de werkgever kunnen opleveren, omdat de productie doorgaat, zij het niet volledig, of omdat de diensten wel worden geleverd zij het niet op de gebruikelijke wijze waardoor derden er geen of veel minder last van hebben. Dat kan zelfs voordeliger zijn dan algehele stillegging van het werk. Bovendien reikt de Hoge Raad aan werkgevers in die situatie nog een tegenmiddel aan: ontheven zijn van de verplichting tot volledige doorbetaling van het loon aan het hele personeel.¹⁹⁸

Recentelijk hebben rechters zich opnieuw hierover gebogen. Dat gebeurde naar aanleiding van acties in het openbaar vervoer die bestonden uit het gratis laten reizen van het publiek. Die methode was ontwikkeld door de vakbonden als reactie op de rechterlijke verboden toen de effectiviteit van de gekozen actiemiddelen geërodeerd raakte. Werd deze actievorm aanvankelijk nog onrechtmatig geacht¹⁹⁹, in 2002 en 2003 oordeelden de President van de Rechtbank Utrecht en in hoger beroep het Amsterdamse Hof deze actievorm in beginsel rechtmatig. Deze actievorm, hoe afwijkend van het normale type ook, werd evenzeer onder de beschermende paraplu van art. 6 lid 4 ESH gebracht.²⁰⁰ Het feit dat daarbij gebruik, of liever ‘misbruik’ van de eigendommen van de werkgever is gemaakt, doet daaraan niet af, zo stellen beide rechterlijke instanties.²⁰¹ Een dergelijke inbreuk op het eigendomsrecht onderscheidt deze actievorm niet van de andere, omdat dergelijke inbreuken ‘direct dan wel indirect inherent aan het voeren van collectieve acties’ zijn. Daarmee was deze

198 Hierover is in de literatuur een fikse discussie losgebarsten. Aan de ene kant stonden zij die deze tegenmaatregel in strijd met het recht achtten. Aan de andere kant werd dit gezichtspunt verdedigd als een acceptabel middel voor de werkgever omdat hij ‘dubbel werd gepakt’: én loon betalen én geen inkomsten. Deze discussie is inmiddels wat verstomd. Zie ook de A-G Koopmans in zijn conclusie onder het *VSN*-arrest van 1997, *JAR* 1997/70, p. 292 (punt 14).

199 Zie daarover J.P. Boot, ‘Publieksvriendelijk actie-voeren – collectieve actie en de rechten van derden’, *SR* 1998, p. 216-220.

200 De Utrechtse President van de Rechtbank ziet deze actie als een weigering om een deel van de arbeidsverplichtingen te verrichten en daarmee als een gedeeltelijke werkstaking. Zij is derhalve ‘voldoende gerelateerd aan het normale type’. Vzng. Rb. Utrecht 11 april 2002, *JAR* 2002/97 (r.o. 4.3). R. Hansma, ‘Gratis openbaar vervoer: gaan de vakbonden het gelag betalen?’, *SMA* 2003, p. 214-217, kan zich in de uitslag zeer goed vinden.

201 Zie Vzng. Utrecht (r.o. 4.3) en Hof Amsterdam 9 januari 2003, *JAR* 2003/34 (r.o. 4.4-4.7). Dit argument werd door de eisende partij (de WVOV; de werkgeversvereniging in het openbaar vervoer) aangevoerd, maar was ook in de literatuur aangedragen om deze actievorm buiten de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH te brengen en daarmee niet beschermd door die bepaling.

actievorm nog niet acceptabel. Wanneer zij zou leiden tot onevenredige schade voor de werkgevers, dan zou beperking van dit actierecht op grond van art. 31 ESH op haar plaats zijn.

In hoger beroep gaat het Hof uitgebreid in op dit argument.²⁰² De bestaakte werkgevers beroepen zich met een verwijzing naar het *NS*-arrest op verstoring van het machtsevenwicht tussen partijen: de actievoerende werknemers hoeven geen offer te brengen en de werkgevers wel en voorts lopen de werkgevers niet alleen inkomsten mis, maar blijven de variabele kosten van het vervoer gewoon doorlopen. Voor het hof gaat de eerste tegenwerping niet op. Eveneens referend aan de *NS*-uitspraak, meent het hof dat de werkgevers toch gerechtigd zijn om in een dergelijke situatie van het niet verrichten van een essentieel deel van de werkzaamheden, een salariskorting toe te passen. Het hof kan zich voorstellen dat dat in dit geval kan oplopen tot 50%. Een dergelijke korting kan op het gehele personeel worden toegepast, zoals de Hoge Raad in het *NS*-arrest ook al had gesuggereerd.²⁰³ Daaruit concludeert het hof dat het machtsevenwicht niet in zodanige mate was verstoord dat de bonden ‘in redelijkheid niet tot deze actievorm hadden kunnen besluiten’. Van een ‘unfaire’ actievorm was evenmin sprake.

Ook het andere argument snijdt geen of in elk geval onvoldoende hout, meent het hof. Tegenover de door de werkgevers genoemde ‘doorlopende kosten’ staat dat door deze actievorm zij gevrijwaard blijven van schadeclaims van reizigers (die bij een algehele staking wel zouden kunnen worden ingediend²⁰⁴). Het hof laat in het midden of andere schade, zoals claims van opdrachtgevers of lagere subsidies van overheidswege, een reden kunnen zijn voor inperking of zelfs een verbod. Het hof constateert slechts dat de werkgevers die schade ‘onvoldoende gesubstantieerd’ hebben. Het hof wijst er wel op dat dergelijke schade ook bij het normale type actie voorkomen. Dit alles levert noch op zichzelf noch in vergelijking met een actie van het normale type onevenredige schade voor de werkgevers op.

202 De voorzieningenrechter had dit eenvoudig afgedaan door vast te stellen dat gelet op de korte duur van de actie en het beoogde doel ervan geen onevenredige schade optrad (r.o. 4.5).

203 De Hoge Raad baseerde dat op het oordeel dat deze acties meer in de risicosfeer van de arbeiders lagen dan in die van de werkgevers: HR 30 mei 1986, r.o. 3.6. Vergelijkbaar Hof Amsterdam 9 januari 2003, r.o. 4.10.

204 Schadeclaims van werkgevers van reizigers zijn uiteraard evenmin aan de orde.

In het oordeel of deze actie al dan niet onrechtmatig was op grond van mogelijke maatschappelijk ontwrichtende werking introduceert het hof een interessante noviteit in de rechtspraak op dit terrein. Na eerst geconstateerd te hebben dat er bij deze actievorm, anders dan bij de ‘gewone’ staking geen sprake is van maatschappelijk ontwrichtende werking, roept het hof art. 3:12 BW (redelijkheid en billijkheid) te hulp. Dat artikel schrijft immers voor dat bij de vaststelling van wat redelijk en billijk is in de verhouding tussen bonden en werkgevers, (mede) rekening moet worden gehouden met de bij de situatie betrokken maatschappelijke belangen. Dat belang is met name dat bonden een actiemiddel kiezen dat het maatschappelijk verkeer juist niet onnodig of niet ontwricht. De keuze van de bonden voor het ‘gratis reizen’-middel in plaats van een staking vormt volgens het hof daarom een reden om deze acte niet onrechtmatig te achten.

Hoe interessant deze noviteit uit een oogpunt van rechtspraakontwikkeling ook mag zijn – zij past in het toenemend belang dat in het privaatrecht aan de ‘redelijkheid en billijkheid’ als correctiemiddel wordt gehecht – zonder vragen is dit beroep op art. 3:12 BW in stakingszaken niet. Het mag dan aansluiten en inspringen op situaties die door de rechtspraak op dit terrein in gang zijn gezet, daarmee is nog geen afdoende reden gegeven voor de introductie van deze ‘nieuwigheid’.

Waarop sluit het aan? Het voeren van acties in de publieke sector of van acties waarbij publieke belangen betrokken zijn, werd door rechters regelmatig in de ban gedaan om reden dat zij nogal snel onevenredig schade toebrachten aan derden. Dat gold zowel voor de ‘klassieke’ stakingen van een langere duur dan twee of maximaal drie dagen als voor afwijkende actievormen. Met name in het openbaar vervoer ontstond bij vakbonden de behoefte en de noodzaak, wilde men nog iets van (de kracht van) het collectieve-actiewapen overeind houden, om naar alternatieve actievormen uit te zien. Dat geldt evenwel niet alleen voor deze vorm van openbare dienstverlening, maar kan gemakkelijk worden uitgebreid naar andere vormen van diensten waarvoor in geval van staking van die diensten vanwege een arbeidsconflict geen echt alternatief bestaat en van welke diensten men niet of niet te lang verstoken kan zijn. Men kan dan denken aan bijvoorbeeld de energie- en watervoorziening. In reacties op deze vorm van acties is wel gesuggereerd dat dit fenomeen zich ook zou kunnen voordoen op andere consumptiemarkten, zoals het winkelbedrijf waar het actievoerende personeel het publiek in de gelegenheid zou

stellen 'legaal' 'proletarisch te winkelen'.²⁰⁵ Deze vergelijking lijkt niet voor de hand te liggen, omdat die markten geen algemene, publieke diensten aanbieden. Aan de andere kant wordt met deze 'vondst', hoe bevredigend naar uitkomst ook, de acceptatie van algemene civielrechtelijke normen uit het BW als normen ter beoordeling van het collectieve-actierecht versterkt en uitgebreid. Dat is al gebeurd met de onrechtmatige-daadnorm van art. 6:162 BW die in de rechtspraak algemeen geaccepteerd is als beoordelingsmaatstaf voor de goorloofdheid, de rechtmatigheid van collectieve acties. Men kan zich overigens hierbij afvragen of, en zo ja hoe, deze norm zich verhoudt tot de normen van het ESH. Ik heb daarvoor hierboven al de aandacht gevraagd en zal daarop in mijn conclusies nog terugkomen. Het wordt door sommigen ook bepleit ten aanzien van de norm van 'misbruik van recht of bevoegdheid' uit art. 3:13 BW. Op dat aspect kom ik hierna nog apart terug.

Ten slotte moet de afwijkende actievorm van de blokkade nog bekeken worden. In alle gevallen gaat deze actievorm samen met de staking. Het kan gegoten worden in de vorm van wegblokkades dan wel poortblokkades. Eerstgenoemde actievormen zijn steeds gestuit op een verbod. De staking kon dan wel acceptabel zijn, de daaraan verbonden wegblokkade vond geen genade. Het argument is eenvoudig: zij leidt tot 'aanzienlijke schade niet alleen voor de werkgevers in beroepsgoederenvervoer maar ook voor derden. Daarbij wordt meegenomen dat openbare wegen vrij toegankelijk moeten zijn. De ernst van de vrijheid van bewegen op de openbare weg en van de veiligheid van en op de openbare weg wordt dan ook strafrechtelijk beschermd. Met een beroep op de bescherming van rechten en vrijheden van anderen en de bescherming van het openbaar belang, voorzien in art. 31 ESH, worden dergelijke acties onrechtmatig geoordeeld.²⁰⁶

205 Gereageerd werd dat het 'toch te gek zou zijn' als de caissières bij Albert Heijn of Dirk van den Broek in het kader van een arbeidsconflict met hun werkgever eenzelfde middel zouden toepassen en daarmee het publiek de gelegenheid zouden geven massaal 'proletarisch te winkelen' (zonder af te rekenen). Dat zou toch een onaanvaardbaar actiemiddel zijn. Dit vormt opnieuw een 'bewijs' voor de emotionele reacties die in dit soort zaken vaak opspelen. Hansma wijst in zijn reactie op dit arrest deze vergelijking ook af. R. Hansma, 'Gratis openbaar vervoer: gaan de vakbonden het gelag betalen?', *SMA* 2003, p. 215.

206 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Utrecht 17 december 1985, *KG* 1986, 134 bevestigd door Hof Amsterdam 14 december 1989, *NJ* 1991, 78.

De ander vorm van blokkades betreffen acties die in Engeland en België beter bekend staan onder *picketing* of *stakingspiketten* en in ons land onder de term *posten*.²⁰⁷ Zij houdt in dat door actievoerenden de werknemers de poorten van het bedrijf waar gestaakt wordt, geblokkeerd worden zodat er niets of niemand in of uit kan. Dat gebeurt veelal om twee redenen. De eerste is dat de actievoerders willen voorkomen dat van de staking niet veel te merken valt: het werk, de productie gaat (nagenoeg) gewoon door. Dergelijke blokkadeacties richten zich óf tegen het doorlaten van goederen óf tegen werkwilligen die het ‘besmet verklaard’ werk van de stakers overnemen.²⁰⁸ In de rechtspraak worden dergelijke blokkades in de regel ongeoorloofd geacht.²⁰⁹ De enige uitzondering vormt de uitspraak van de President van de Rechtbank Rotterdam die in 1980 zo’n actie toeliet op grond van de korte duur van de actie.²¹⁰ Met de vernietiging van deze uitspraak door het Hof ’s-Gravenhage werd ook deze vorm van actie voeren verboden. Achtte het hof een dergelijke actie zoal niet in strijd met een aan de ander toekomend subjectief recht, het was toch zeker in strijd met de zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. Het hof volgt de argumentatie van de president niet en stelt dat het onrechtmatige karakter niet wordt opgeheven door de duur, de aard of

207 België, waar rechters nogal snel negatief oordeelden over de wijze waarop stakingspiketten werden uitgevoerd, werd in 2002 door het deskundigencomité van het ESH op de vingers getikt. Zie Conclusions XVI-1, 1, p. 69. Zie daarover F. Dorsemont in *SR* 2002, p. 322.

208 Het kan ook zijn dat dergelijke acties worden gevoerd tegen medewerkers die niet meedoen met de staking (en dus werkwillig zijn) en die door hun grote aantal de productie gemakkelijk gaande kunnen houden. Dit komt echter niet veel voor. De stakers staan dan wel erg zwak en staking zal dan geen zin hebben.

209 In de loop der jaren zijn een achttal uitspraken gedaan over poortblokkades die gepubliceerd zijn. De eerste dateert van 1980 de laatste van 1994.

210 Zijn Amsterdamse collega besliste in hetzelfde jaar in andere zin: poortblokkade is in beginsel niet toegestaan. Dat zou anders kunnen zijn als zij kort van duur is en uitsluitend bestemd voor het treffen van veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van calamiteiten. De concrete omstandigheden moeten dat uitwijzen. Worden zij ingezet om te voorkomen dat de werkgever werkwilligen desnoods uit het buitenland binnenhaalt om de productie voort te zetten en dus de staking te breken, dan ondervinden ze evenmin goedkeuring van de rechter. Pres. Rb. Amsterdam 13 mei 1980, *NJ* 1980, 403. Het ging daar om een poortblokkade bij Mobil Oil in Amsterdam. De rechter spreekt in dit verband van ‘de vrees’ bij de actievoerders dat Mobil Oil zoiets van plan was. Die vrees is in elk geval onvoldoende om de actie toelaatbaar te achten. In het midden blijft of dat ook het geval zou zijn als de werkgever daadwerkelijk buitenlandse ‘onderkruipers’, zoals deze werkwilligen in stakersterminologie heten, binnen de poort had gehaald.

het doel van de staking die samen met de poortblokkade wordt gehouden. In latere rechtspraak wordt meestal een beroep gedaan op het recht van de werkgever om te bepalen wie zijn bedrijfsterreinen betreden, in elk geval komt de actievoerders dat recht niet toe.²¹¹ Het niet toelaten is onrechtmatig zowel tegenover de personen tegen wie dat optreden gericht is als tegenover de werkgever.²¹² Deze rechtspraak lijkt niet eens meer ruimte te bieden voor acties die vreedzaam plaatsvinden, dus zonder dwang of dreiging van de zijde van stakers. Is het buiten sluiten van werkwilligen (of stakingsbrekers zoals werknemers die besmet werk gaan verrichten, worden genoemd) niet geoorloofd, dat geldt ook voor het afsluiten van de poort door stakers voor goederen die nodig zijn voor de voortgang van de productie. Ook dat is een ongeoorloofde methode van actie voeren.²¹³

4.2.3.4 'Besmet werk'

Een apart probleem is het verrichten van 'besmet werk' of wat in vakbondskringen ook wel met de term 'onderkruiperswerk' wordt aangeduid. Anderen nemen het werk over dat door collectieve acties in het kader van een collectief arbeidsconflict is stilgelegd. Hierboven werd al gemeld dat het gesloten houden van de poort voor werkwilligen en met name 'onderkruipers' juist het blokkeren van het verrichten van 'besmet' werk door anderen tot doel heeft. Daarmee wordt voorkomen dat de collectieve acties hun effectiviteit verliezen. Werkgevers die van 'onderkruipers' en 'stakingsbrekers' gebruikmaken, doorbreken daarmee de 'Waffengleichheit' tussen de strijdende partijen, zo wordt geredeneerd.²¹⁴ Het zou tot 'unfair' handelen van de werkgever leiden dat als een ongeoorloofde inbreuk op het grondrecht van collectieve acties van werknemers zou moeten worden aangemerkt.

211 Hof 's-Gravenhage 15 januari 1988, *NJ* 1989, 672 en Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 april 1994, *JAR* 1994/106.

212 Pres. Rb. Dordrecht 29 april 1986, *KG* 1986, 221; en Pres. Rb. Rotterdam 11 november 1991, *KG* 1992, 23.

213 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 26 maart 1982, *NJ* 1982, 214. Daar ging het in het kader van een staking om arbeidsvoorwaarden om het tegenhouden bij de poort van 'in- en output en tapes' van en voor de computers van de ABN. Zo ook Hof 's-Gravenhage 15 januari 1988, *NJ* 1989, 672.

214 Opnieuw zou hier het idee van de garantie van de 'essentiële dienstverlening' zijn waarde kunnen bewijzen. Zie hieronder.

In ons land is het (laten) verrichten van ‘besmet werk’ op zichzelf nog nooit inzet geweest van juridische strijd. Het is de (bestaakte) werkgever die om de gevolgen van een collectieve actie tegen hem zo veel mogelijk teniet te doen, anderen ‘inhuurt’ om het werk van de actievoerders over te nemen. In de praktijk gebeurt dat op globaal twee manieren: óf de werkgever ‘ronsel’t mensen die dat werk willen doen, óf hij betreft werknemers via andere werkgevers of via uitzend- of uitleenbureaus. Omdat de overheid zich afzijdig moet houden van collectieve arbeidsconflicten is arbeidsbemiddeling door overheidsbureaus tijdens collectieve acties niet toegestaan. Sinds arbeidsbemiddeling en arbeidsvoorziening meer en meer door particuliere instellingen, waaronder uitzendbureaus, worden gedaan, is in de wettelijke regeling daarvan een aparte voorziening getroffen met hetzelfde effect. In het kader van de regulering van de uitzendbranche is in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI) een uitdrukkelijk verbod opgenomen om in geval van een collectief arbeidsconflict uitzendkrachten ter beschikking te stellen om de plaatsen van de actievoerders in te nemen.

Deze regeling (b)lijkt evenwel niet ‘waterdicht’ te zijn. Een vrij recent geval van vermoed ‘onderkruiperswerk’ bewijst dat.²¹⁵ Hoewel het duidelijk de bedoeling van art. 10 WAADI is om dit soort werk met gebruikmaking van de uitzendformule te verhinderen, lijken er sluiptwegen te bestaan. Het betrekken van werknemers van buiten de onderneming om het werk dat ten gevolge van de acties stilligt, gewoon doorgang te laten vinden wordt gegoten in de vorm van ‘aanneming van werk’ of het verrichten van dat werk ‘in opdracht’. In het laatste geval verwerft een ander bedrijf een opdracht om het werk uit te voeren. In beide gevallen zou het dan – zuiver juridisch gesproken – niet gaan om het ‘tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander (de inlener) voor het onder diens toezicht of leiding (...) verrichten van arbeid’.²¹⁶ Nu het gaat om het ‘overnemen’ van een bepaald werk dat ten gevolge van een collectieve

215 Tijdens een staking voor een betere schoonmaak-CAO begin 2003 werden via een uitzendbureau (een ander bureau dan die welke het schoonmaakwerk verrichtte) schoonmakers ‘geleverd’ die het ‘besmette werk’ gingen verrichten. De vakbonden hebben deze kwestie aangekaart bij de Arbeidsinspectie die moet toezien op de naleving van de WAADI. De Arbeidsinspectie concludeerde aanvankelijk tot een overtreding van art. 10 WAADI. In tweede instantie kwam zij op haar eerdere beslissing terug.

216 Er staat ‘toezicht of leiding’. Cursivering is van de schrijver dezes. Dat is van belang zoals zal blijken.

ve actie niet wordt uitgevoerd door de ‘reguliere’ werknemers, ligt het toch voor de hand om een dergelijke praktijk gelijk te stellen met wat art. 10 WAADI verbiedt.²¹⁷ In arbeidszaken is de rechter alleszins gewend om door ontduikingsconstructies heen te kijken en de materiële situatie tot uitgangspunt te nemen. Het gaat hier materieel toch om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten om bij de ‘inlener’ die (heel) tijdelijk nood heeft aan werknemers het werk dat stilligt, op te knappen. Dat werk zal zeker onder toezicht van de inlener worden gedaan die toch zal moeten aangeven wat zal moeten worden gedaan en ook nog hoe. ‘Aanneming van werk’ of ‘opdracht’ staat daaraan niet in de weg. Werken onder ‘toezicht’ is bij deze vormen niet onbekend. Een vordering in kort geding tot een verbod van het ‘inhuren van andere werknemers om het werk van de actievoerders over te nemen’ op straffe van betalen van een dwangsom lijkt de aangewezen weg. Collectieve acties tegen de werkgever die zijn toevlucht daartoe neemt, alsook tegen het bedrijf dat de ‘onderkruipers’ levert, behoren eveneens tot de mogelijkheden zonder dat zij door een verbod worden getroffen, uiteraard mits aangekondigd en binnen de scope van art. 31 ESH.

4.2.3.5 Essentiële diensten

In de Nederlandse rechtspraak speelt dit begrip eigenlijk geen rol, althans geen belangrijke of decisieve rol, als het gaat om de beoordeling van mogelijke beperkingen van het actierecht. Dat is anders dan in de jurisprudentie van de internationale deskundigencomités van de IAO en van de Raad van Europa waar het wel een belangrijk, ja een dominant criterium is ter beoordeling van het mogen aanbrenge van beperkingen op het recht op collectieve acties. Ook in menig ander Europees land is het een belangrijk begrip in het stakingsrecht.

In de rechtspraak van ons land wordt er dus nauwelijks naar verwezen. Door en namens de FNV wordt er nogal eens een beroep op gedaan, maar dat beroep vindt in de regel geen of nauwelijks

217 Men zou nog een argument kunnen ontleen aan de regeling van ‘overgang onderneming’. Hier wordt een zelfstandige activiteit door een ander bedrijf op afspraak tussen partijen overgenomen. Men kan dan in analogie stellen dat deze (tijdelijke) overnemer in de voetstappen treedt van de overdrager die deze tijdelijke oplossing heeft getroffen. Het is toch de bedoeling dat de overdrager en de overnemer enigszins aan banden worden gelegd bij het treffen van de – voor hen – meest voordelige oplossing op kosten van de werknemers.

gehoor.²¹⁸ Had de A-G Koopmans al niet vastgesteld dat het onderscheid welke dienst essentieel is en welke niet, niet of heel moeilijk is te maken. Daarnaast wordt geconstateerd dat de beperkingen die op grond van de *NS*-formule op het actierecht en de uitoefening ervan kunnen worden aangebracht, niet beperkt zijn tot het al dan niet essentieel zijn van de dienst. Wat men in de rechtspraak wel tegenkomt is de zinsnede dat ‘hoe essentiëler de dienst is, des te eerder beperkingen mogen worden aangebracht’. Ook dan is het niet een zelfstandig element van de beoordeling, maar een argument dat wordt gehanteerd in het oordeel over de onevenredigheid van de schade die door de acties aan derden wordt berokkend.

Concluderend kan dus worden gezegd dat dit aspect tot nu toe in de Nederlandse rechtspraak geen plaats, laat staan een prominente plaats inneemt. Een zelfstandig beoordelingscriterium vormt het dus zeker niet. Het is een aspect dat wordt meegenomen in de proportionaliteitstoets.

Met de recente conclusies van het ESH-deskundigencomité in gedachten en ook gelet op de praktijken in vele buitenlandse met dit criterium is er alle reden om aan dit criterium nog eens aandacht te geven. Ik zal er in hoofdstuk 5 op terugkomen. Het biedt wellicht voor ons land een oplossing voor de situatie die is ontstaan na de negatieve conclusie van het Comité.

4.3 Misbruik

In Nederland, maar ook in andere landen, wordt in de literatuur ‘misbruik van het recht op collectieve acties’ wel genoemd als een norm ter beoordeling van de geoorloofdheid, de rechtmatigheid van die acties. In de rechtspraak vindt men er ook verwijzingen naar, al is het niet goed duidelijk of het een zelfstandig beoordelingscriterium is en in welke situaties het kan en mag worden toegepast.

In het *NS*-arrest van 1986 duikt dit begrip voor het eerst expliciet op. De Hoge Raad stelt daarin dat schade van de werkgever ‘op zich zelf – *gevallen van misbruik van dat wapen nu daargelaten* – niet kan

218 A-G Koopmans in zijn conclusie (punt 15) bij het *VSN*-arrest van 21 maart 1997, *NJ* 1997, 437. Overigens noemt de Hoge Raad het in dat arrest ook zelf, maar laat het buiten beschouwing. De FNV en haar advocaten baseren zich zonder twijfel op de jurisprudentie van met name het deskundigencomité van het ESH.

leiden tot een beperking van dat (stakings)recht'.²¹⁹ Hieruit zou men kunnen afleiden dat de Hoge Raad het misbruikargument niet categorisch als onbruikbaar afwijst. In de literatuur is deze passage in het *NS*-arrest wel aangegrepen om het als zelfstandig criterium te 'promoten'.²²⁰ Neemt men in aanmerking dat diezelfde Hoge Raad enige maanden later in het *Hoogovens*-arrest²²¹ het misbruikargument in het geheel niet noemt, dan mag daaruit wellicht worden afgeleid dat aan dat element toch geen hoge waarde is toegekend. En dat terwijl er in de *Hoogovens*-zaak minstens zoveel reden was om naar het misbruikcriterium te verwijzen.²²² In zijn conclusie bij dit arrest had A-G Mok in zijn reactie op de stelling van eiseres als zou het 'gebruik van het stakingsmiddel tegenover de overheid een misbruik daarvan (zijn) namelijk het gebruik voor een ander doel dan waarvoor het gegeven is, namelijk voor de verhouding tot de werkgevers'²²³ opgemerkt dat er in dit geval geen sprake was van misbruik van recht jegens de overheid noch tegenover Hoogovens.²²⁴

219 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (r.o. 3.5), cursivering AJ. In het *Hoogovens*-arrest van hetzelfde jaar (7 november 1986, *NJ* 1987, 226) ontbreekt deze verwijzing. Moet daaruit worden afgeleid dat de Hoge Raad in de *NS*-zaak aan dat element toch geen hoge waarde heeft toegekend, nu er in de *Hoogovens*-zaak toch minstens zoveel reden was om naar het misbruikcriterium te verwijzen? In zijn conclusie bij dit arrest had A-G Mok opgemerkt dat ook in dit geval (Hoogovens was aangemerkt aan 'derde', omdat de acties gericht waren tegen maatregelen van de regering) geen sprake was van misbruik van recht jegens Hoogovens, *NJ* 1987, p. 813. De A-G reageert daarmee op de stelling van eiseres (cassatiemiddel 11) als zou het 'gebruik van het stakingsmiddel tegenover de overheid een misbruik daarvan (zijn) namelijk het gebruik voor een ander doel dan waarvoor het gegeven is, namelijk voor de verhouding tot de werkgevers' (p. 808). De passage van het *NS*-arrest keert in latere rechtspraak terug zonder enige verduidelijking of toevoeging.

220 Uitgesproken A.M. Luttmer-Kat, 'Misbruiktoetsing van collectieve werknemersacties in de civiele sector', *SMA* 1989, p. 647-658.

221 HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 226.

222 In cassatie was aangevoerd dat het hanteren van het stakingswapen door de vakbonden om zich tegen de overheidsmaatregel te verzetten, als 'misbruik van recht' moest worden gekwalificeerd. Dat middel werd niet aangevoerd tegenover Hoogovens. Het hof liet er zich niet expliciet over uit.

223 *NJ* 1987, p. 808 (cassatiemiddel 11).

224 Zie *NJ* 1987, p. 813. Daarvoor zou reden te meer zijn geweest omdat Hoogovens een 'derde' in het conflict was. De acties waren immers gericht tegen maatregelen van de regering, maar troffen Hoogovens, terwijl Hoogovens niet in staat was het conflict te beëindigen door aan de eisen van de bonden geheel of gedeeltelijk tegemoet te komen.

In de rechtspraak heeft het eigenlijk ook nooit een belangrijke rol gespeeld. In latere rechtspraak keert de term nog wel eens terug, maar zonder enige verduidelijking of toevoeging. In een uitspraak van de Hoge Raad komt het nog wel een keer voor, maar het vormt geen reden tot onrechtmatig verklaring: 'uit de stellingen van (de werkgever) is niet af te leiden dat de staking in het onderhavige geval misbruik van recht zou zijn'.²²⁵

Hoewel dit aspect in de rechtspraak nauwelijks of helemaal geen rol speelt, lijkt het misbruikcriterium in de literatuur als criterium ter beoordeling van collectieve acties bijna als een vanzelfsprekendheid te worden gezien.²²⁶ Reden genoeg om er stil bij te staan. Het meest uitgesproken is Luttmer-Kat.²²⁷ Uit het *NS*-arrest en het *Hoogovens*-arrest van hetzelfde jaar leidt zij af dat de Hoge Raad – in elk geval – impliciet misbruik van het collectieve actierecht mogelijk acht en als beperkingsgrond van dat recht accepteert. Die maatstaf is met name van belang, zo betoogt zij, wanneer er sprake is van – economische en sociale – schade bij derden en bij de werkgever. Hoewel weinig schrijvers zich ongeclausuleerd aan haar zijde scharen, wordt het criterium niet volledig afgewezen. Zo meent Van Veen dat de uitoefening van het recht op collectieve actie kan worden getoetst aan de misbruikregel als afzonderlijke toetsingsgrond, dus naast de beperkingen van art. 31 en de zwaarwegende procedureregels.²²⁸ Ook De Laat en Van Lierop menen dat toetsing aan misbruik van het recht mogelijk is. De beoordeling of een actie geoorloofd is aan de hand van de zwaarwegende procedureregels zien zij liever 'in het raam van de misbruiktoetsing een rol spelen bij de totale afweging van omstandigheden'.²²⁹ Betten, Schutte en Jaspers zijn er beducht voor om deze toetsingsgrond een eigen en afzonderlijke status bij de beoordeling van de rechtmatigheid van stakingen te geven. Ook al kan worden erkend dat een grondrecht nimmer absoluut is en dus beperkingen

225 HR 19 april 1996, *JAR* 1996/115; *NJ* 1996, 500 (staking bij Reesink over een wijziging door Reesink van de collectieve premiereregeling uit de geldende CAO). Nadien keert het in de rechtspraak van de Hoge Raad niet meer terug.

226 Op het onderscheid tussen de morele connotatie van het begrip 'misbruik' en het juridisch begrip kom ik in hoofdstuk 5 nog terug.

227 A.M. Luttmer-Kat, 'Misbruiktoetsing van collectieve werknemersacties in de civiele sector', *SMA* 1989, p. 647-658.

228 W.A. van Veen, 'De grenzen van het stakingsrecht', *SMA* 1987, p. 447. Hij leidt dat af uit het *NS*-arrest.

229 J.J.M. de Laat & A.C.M. van Lierop, 'Spelregels en spelbrekers in het collectieve actierecht', *SR* 1990, p. 78. Zij stellen de misbruiktoets gelijk aan de 'kenmerkende redelijkheidstoets' die de Hoge Raad in het *NS*-arrest hanteert; t.a.p., p. 76.

erop toelaatbaar zijn, menen zij dat aan misbruiktoetsing eigenlijk geen behoefte is naast de door het ESH gegeven en erkende toetsingsgronden.²³⁰ Schut wil het geplaatst zien binnen het kader van art. 31 ESH. Van misbruik kan hooguit sprake zijn wanneer – in analogie aan het EVRM – een fundamenteel recht van de bestaakte werkgever opzettelijk wordt aangetast of beperkt.²³¹ Tilstra acht de misbruiktoetsing niet uitgesloten, maar wil het oordeel of het verenigbaar is met het ESH aan het deskundigencomité van het ESH overlaten.²³² Dorsemont is uitgesproken negatief. Gebruik van het misbruikcriterium is volgens hem uitgesloten.²³³

Daar de discussie wat verstomd was, maar recentelijk weer is opgehaald, vraagt dit onderwerp om een nadere uitzetting.

Naast het onrechtmatigheidscriterium (van art. 6:162 BW) speelt deze beperkingsgrond een rol, wanneer men er – met Luttmmer-Kat – van uitgaat dat de beperkingsgrond van art. 6:162 BW moet worden ingevuld met de inhoud van art. 31 ESH.²³⁴ In ‘haar systeem’ krijgt de misbruiktoets een ‘status aparte’, dat wil zeggen dat zij niet onderworpen is aan art. 31 ESH.²³⁵

Misbruik van recht, of correcter gezegd ‘bevoegdheid’²³⁶ heeft via de rechtspraak zijn plaats gekregen in het BW. Art. 3:13 omschrijft

230 L. Betten, ‘Onevenredige schade’, *SR* 1986, p. 203; L.A.J. Schut, ‘Het recht van werknemers op collectief optreden, met inbegrip van het stakingsrecht’, *SMA* 1990, p. 582-584; en A.Ph.C.M. Jaspers, ‘Het collectief actierecht opnieuw onder vuur’, *SR* 1990, p. 3-4. Schut gaat er nog uitgebreider op in in haar studie *Internationale normen*, p. 161-170 en 182-185. Zij betoont zich ook daar terughoudend.

231 Zij voegt er dan aan toe dat zij zich in Nederland geen situatie kan voorstellen waarin dat het geval is. Een academische kwestie dus, concludeert zij. L.A.J. Schut, ‘Het recht van werknemers op collectief optreden, met inbegrip van het stakingsrecht’, *SMA* 1990, p. 585.

232 Tilstra, a.w., p. 276 en 351.

233 F. Dorsemont in *SR* 2002, p. 324-326.

234 Luttmmer-Kat spreekt in dit verband van ‘een marginale zorgvuldigheidstoetsing’; a.w., p. 648. Schoordijk, hoewel niet reagerend op Luttmmer-Kat, heeft op het gebruik van dergelijke terminologie ernstige kritiek. Hij meent dat men zich daarmee verliest in artificiële onderscheidingen die geen enkele toegevoegde waarde hebben. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het Nieuwe BW*, Deventer 1986, p. 23 e.v.

235 Zij leidt dat – wat ingewikkeld – af uit het feit dat in de passage in het *NS*-arrest de *NS* wordt aangemerkt als ‘betrokken’ en dus niet als ‘derde’ in de zin van art. 31 ESH. Zie Luttmmer-Kat, a.w., p. 652.

236 Overigens is er eigenlijk geen verschil of men spreekt van misbruik van recht of van bevoegdheid.

misbruik als het uitoefenen ervan ‘met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening’ had kunnen worden gekomen. Het is duidelijk en ook niet bestreden dat de twee eerste vormen van misbruik niet tot moeilijkheden leiden. Een collectieve actie zal nooit worden ingezet uitsluitend met het doel de werkgever te schaden. De inzet is uiteraard een geheel andere: versterking van de onderhandelingspositie ter verdediging van de eigen belangen. Schade is het – onvermijdelijke en ook bedoelde – gevolg.²³⁷

De tweede vorm valt onder de bekende term ‘détournement de pouvoir’. Die zal zich bij collectieve acties niet gauw voordoen.²³⁸ Het gaat dus om de derde vorm: het inzetten van het stakingswapen als uitoefening van het (grond)recht op collectieve acties kan tot onevenredige schade van de belangen van anderen leiden. De hantering van het begrip ‘onevenredig’ plaatst het misbruikcriterium in het kader van de proportionaliteitstoetsing en daarmee in een beoordeling van doel en gevolgen. In een recente Belgische stakingszaak²³⁹ werd deze misbruiktoets gehanteerd om tot een verbod te komen. Het deskundigencomité van het ESH dat over deze inperking te oordelen kreeg, was duidelijk. Beide ondercriteria van het misbruik van recht-criterium: (dis)proportionaliteit en de minste schadeoptie, zijn volgens het Comité niet inpasbaar in de lijst van beperkingen van art. 31 ESH: ‘The Committee observes that use of the concept of abuse of right or the proportionality criterion is leading the courts to act as judges of strikes’ appropriateness, and consequently of their lawfulness. Thus, if the judge considers that the harmful effects of a strike are disproportionate or that the strike could be organised at a less damaging time without losing its effectiveness, a ban will be im-

237 HR 19 april 1996, *JAR* 1996/115; *NJ* 1996, 500 (*Reesink*): bij een ‘gewone’ staking wordt vastgesteld dat schade die de werkgever lijdt als ‘wezenlijk voor de hantering van het stakingswapen’ niet leidt tot onrechtmatigheid en beperking van het recht.

238 Onder omstandigheden zou zij aan de orde kunnen komen in geval het een conflict betreft dat geheel buiten art. 6 lid 4 ESH ligt. Zie daarover hierboven.

239 Het ging om een staking bij de Belgische spoorwegen op de dag van een koninklijk huwelijk. De verschillende Belgische rechters verboden de staking met toepassing van het leerstuk van rechtsmisbruik: de door de stakers veroorzaakte schade was disproportioneel ten aanzien van het door de stakers beoogde voordeel. Zie hierover F. Dorssemont in *SR* 2002, p. 323; en Breways, Dorssemont & Salomez, *NJW*, p. 549-550.

sed. The Committee considers that the judicial practices concerned restrict the exercise of the right to strike go beyond the restrictions accepted in Article 31 of the Charter.²⁴⁰

Het misbruikcriterium kan ook worden gehanteerd ten aanzien van de gekozen actievormen. Selectieve acties, estafettetakingen, langzaam-aan- of stiptheidsacties die erop gericht zijn de schade voor de werkgever te maximaliseren, terwijl tegelijkertijd het verlies voor de actievoerders – vergelijkenderwijs – gering is, zijn als misbruik van het collectieve actierecht aan te merken, zo wordt betoogd. De evenredigheid ontbreekt en ook het ‘minste schade’-criterium lijkt te worden geschonden ten opzichte van de werkgever die door de acties getroffen wordt.²⁴¹

De vraag is natuurlijk wanneer er sprake is van onevenredigheid. Het is in ons rechtsstelsel de rechter die in concrete gevallen zal moeten uitmaken of daarvan sprake is. Indachtig de rechtspraak van de Hoge Raad zou men tot twee verschillende formuleringen en dus beoordelingsmaatstaven kunnen komen. Óf men zegt dat de belangen van anderen door de uitoefening van het recht van de actievoerders zodanig worden geschaad dat de actievoerders in alle redelijkheid niet tot de acties hadden kunnen besluiten. Analoog aan de uitspraak van de Hoge Raad in andere ‘misbruik van recht’-zaken kan het ook anders, ‘the other way round’ geformuleerd worden: de actievoerders, de vakbonden, maken zich *niet* schuldig aan misbruik van recht indien het nadeel dat de actievoerders lijden door af te (moeten) zien van de uitoefening van hun recht tot staken, op zichzelf beschouwd alsook in de verhouding tot het belang van degene(n) die de nadelen ervan ondervinden, zo groot is dat alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen, de anderen/derden in alle redelijkheid niet stopzetting of afgelasting van de acties kunnen vorderen.²⁴² Hoewel het verschil niet groot is – en zeker niet moet worden overdreven – lijkt de bescherming van de uitoefenaars van het (grond)recht dat

240 Conclusions XVI-1, 1, p. 69-70.

241 Deze praktijk lijkt in het Portugese recht voor te komen. Dergelijke acties worden buiten het juridisch concept van staking geplaatst en worden daardoor niet beschermd. Het Comité neigt naar een negatieve conclusie in afwachting van nadere informatie hierover. Zie Conclusions XV-1, 2, p. 476-477. Overigens hanteert het Comité niet expliciet de term ‘misbruik van stakingsrecht’.

242 HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 (de grensoverschrijdende garage). Aan het *Waterloren I*-arrest kan men nog een argument ontleen, omdat de Hoge Raad besliste dat de maatschappelijke zorgvuldigheid niet eist dat de uitoefening van het recht zo dient te zijn dat zij de minst mogelijke hinder oplevert.

door art. 6 lid 4 ESH uitdrukkelijk beschermd wordt, iets groter dan bij de eerste formulering, al zal het in beide gevallen aankomen op de ‘bewijsvoering’ en de waardering van de feiten en omstandigheden in de gegeven situatie. De tweede formulering spreekt van ‘het nadeel dat geleden wordt door *af te zien van* de uitoefening van het recht’ én rept ook nog van ‘op zichzelf beschouwd’. Dat houdt in dat het recht op collectieve acties en de uitoefening ervan wordt benadrukt en ‘op zichzelf beschouwd’ wordt.²⁴³

Men kan zich afvragen welke betekenis dit ‘misbruik van recht’-criterium oplevert naast de andere mogelijke beperkingsgronden. Volgt men Luttmer-Kat, wat maar weinigen doen, dan is de catalogus van verbods- en beperkingsgronden uitgebreid met een maatstaf die wanneer economische en sociale belangen van anderen – dat kunnen zijn derden, de samenleving, (groepen van) werkgevers maar ook de ‘bestaakte’ werkgever – door de acties (ernstig of onevenredig) worden getroffen, de uitoefening van het recht op collectieve acties verder inperkt. Deelt men het standpunt dat ook die beperking binnen het kader van art. 31 ESH moet blijven, dan heeft deze maatstaf geen meerwaarde naast de andere die gehanteerd worden. Het Comité van deskundigen van het ESH redeneert in dezelfde zin: ‘the Committee held that on the basis of Article 31 of the Charter damages caused to third parties and financial losses sustained by the employer could only be taken into consideration in exceptional cases, when justified by a pressing social need.’²⁴⁴ Voor het geldende Nederlandse recht is het criterium ook niet nodig. De toetsen van ‘evenredigheid’ en ‘de minste schade’ worden in de rechtspraktijk gehanteerd in het toetsingskader van de onrechtmatige daad.

243 Schoordijk, a.w., p. 23 e.v. ziet hierin niet zoveel verschil en heeft niet veel op met deze ‘juridische spitsvondigheden’. Hij neemt daarmee stelling tegen P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), 1985. Zie ook M.L. Hendrikse, ‘Enkele opmerkingen over het leerstuk misbruik van recht’, *Iust* 1999, nr. 1, p. 12 e.v.

244 Conclusions XIII-1, p. 158.

5 Conclusies

Staking, collectieve actie, is een sensibel onderwerp. Het roept vaak veel emoties op. De reacties van het publiek dat met de gevolgen ervan wordt geconfronteerd, kunnen variëren van heftige aanvallen op de ‘onverantwoordelijke’ actievoerders en hun bonden tot berusting, onverschilligheid of welgemeende steunbetuigingen. Eerstelijns rechters worden met verzoeken tot een verbod van collectieve acties belaagd als de strijd op z’n heetst is. Zeker als de emoties hoog oplopen of wanneer de schadelijke gevolgen van zulke acties groot zijn, wordt van hen een snelle en adequate reactie verwacht. In een proces van belangenafweging waarbij de rechter weinig tijd krijgt voor zijn beslissing, moeten knopen worden doorgesneden. Het is daarom belangrijk dat in hoger beroep en in cassatie, wanneer de druk van de ketel is en de zaak wat meer van een afstand kan worden bekeken, een heldere lijn wordt uitgezet waarop de eerste rechter en vooral partijen en hun raadgevers kunnen varen. Reflectie op de rechtspraktijk, mede gebaseerd op kennis van internationale bronnen en op rechtsvergelijkend onderzoek is voor de ontwikkeling van het stakingsrecht van eminent belang.

Dat er in de hectiek van een conflictsituatie nogal wat commotie ontstaat, is niet vreemd. Collectieve acties van werknemers vinden immers plaats in een situatie die sowieso gespannen is. En dat niet alleen omdat er een heus en serieus arbeidsconflict is uitgebroken dat voor de werknemers geen andere uitweg meer kent dan collectieve actie ter verdediging van hun – voor gerechtvaardigd gehouden – belangen. In die zin is staking altijd een ‘laatste middel’.¹ Dat de reacties van het publiek op het fenomeen in het algemeen heftiger zijn geworden, is mede het gevolg van het feit dat wij in een dienstverleningsmaatschappij leven en collectieve acties bijgevolg zich meer en meer in de dienstverleningssector voordoen. Als men naar de praktijk kijkt, dan ziet men een verschuiving van collectieve acties in indu-

1 Bij de voorbereiding van het ESH werd dat door alle betrokkenen erkend. Zie hierboven par. 4.1.1. Zo ook Betten in *SR* 1991, p. 204.

striële bedrijven naar acties in de dienstverlening, zakelijke en niet zakelijke.² Voorts lijkt de sensibiliteit van het publiek als cliëntèle van dienstverleningsbedrijven en -instellingen met de jaren groter te zijn geworden. Ongemak vanwege een (zekere, maar nog geen ‘rampzalige’) stagnatie in de dienstverlening, wordt al gauw ervaren en gedefinieerd als schade die voorkomen (had) moeten worden of in elk geval vergoed. Tijdgebrek of in elk geval het gevoel tijd te kort te komen leiden tot de wens, de noodzaak van ‘prompte dienstverlening’. Verstoring daarvan veroorzaakt irritatie en stimuleert – vaak uit een oogpunt van risicobeheersing – een claimmentaliteit. Kon in het verleden volstaan worden met het regelen – meestal verbieden of sterk aan banden leggen – van het stakingsrecht van ambtenaren, omdat de dienstverlening toch vooral een overheidszaak was, sinds veel dienstverlening in de private sector plaatsvindt, voldoet die oplossing niet meer.

Spanning is ook ontstaan omdat staking als middel tot oplossing van collectieve arbeidsconflicten ‘altmodisch’, uit de tijd, wordt gevonden. Er zijn andere, meer rationele methoden voor in de plaats gekomen, zoals conciliation en mediation.³ Door toegenomen mondigheid van de werknemer – resultaat van zijn emancipatie – is hij of zij niet langer de afhankelijke, onderworpen arbeider van vroeger. De ontwikkeling van de medezeggenschap van werknemers in de laatste halve eeuw heeft de verhoudingen tussen werkgever(s) en werknemers ingrijpend veranderd.

Een andere reden tot een verhoogde belangstelling in ons land voor de ‘stand van het stakingsrecht’ vormen de recente conclusies van het Europese Comité voor Sociale Rechten in zijn functie van supervisor van de – correcte – naleving van de sociale grondrechten

- 2 Dat betekent niet dat er in industriële bedrijven geen collectieve acties meer gevoerd worden. Echter de juridische conflicten daarover zijn hoofdzakelijk ‘traditioneel’ van aard gebleven. Het gaat dan veelal om kwesties als ‘staking als ultimum remedium’, tijdige en correcte aanzegging, overtreden van vredesplichten, afwijkende actievormen (waarbij evenredigheid wel een rol speelt) e.d. Het proportionaliteitsvraagstuk is maar zelden inzet van een procedure. Overigens wordt er in die sector bij zo’n klassieke actie veelal niet naar de rechter gestapt.
- 3 Loonstra hield daarvoor reeds een pleidooi in 1987: C.J. Loonstra, *Derden-interventie bij CAO-conflicten*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987. Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer & L.C.J. Sprengers, *Arbeidsconflicten bij de overheid*, Den Haag: CAOP 2003; en de studie van A. de Roo & R. Jagtenberg, *Settling Labour Disputes in Europe*, Deventer/Boston: Kluwer 1994 en T. van Peijpe, ‘Geschilbehandeling in het arbeidsrecht’, in: M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren*, Deventer: Kluwer 1998, p. 59-72.

van het ESH waarvan het recht op collectieve acties als een ‘kernbepaling’ deel uitmaakt.⁴ De opvattingen van het Comité, zo heb ik hierboven uitgebreid laten zien, laten het Nederlandse stakingsrecht niet onberoerd, al lijkt de Nederlandse regering, getuige haar laatste rapport, daarvan niet erg overtuigd.⁵

Uit de hierboven weergegeven ontwikkelingen laten zich enkele hoofdpunten distilleren. Wordt het ESH als uitgangspunt en als hoogste norm in de hiërarchie van rechtsnormen genomen – en daartoe verplicht de Nederlandse grondwet als men met ons hoogste rechtscollege aan art. 6 lid 4 ESH directe werking toekent – dan zullen collectieve acties aan die norm moeten worden getoetst. De grote, decisieve waarde die in onze rechtspraak aan de oordelen van het Comité wordt toegekend, houdt in dat de rechtspraak niet alleen haar oren te luisteren moet en zal leggen bij het Comité, maar ook dat zij zich in haar oordelen zal richten naar, baseren op de opvattingen van het Comité. Daarvan afwijken legt op de Nederlandse rechters, wil men consequent zijn, een extra ‘bewijslast’, een zware motiveringsplicht. De rechtspraak zal daarop geanalyseerd en beoordeeld moeten worden. In dit hoofdstuk zal ik op de belangrijkste discussiepunten terugkomen.

5.1 Art. 6 lid 4 ESH

Deze basisbepaling van het stakingsrecht zet de reikwijdte uit van wat als geoorloofd collectief actiemiddel heeft te gelden. Dat artikel bevat een aantal elementen die de kern van het collectief actierecht uitmaken.

5.1.1 *Belangengeschil*

Het eerste element dat in de rechtspraak, maar vooral in de literatuur tot vragen en discussies leidt, betreft materiële reikwijdte. Art. 6 lid 4 ESH erkent het recht op collectieve acties in geval er een *belangengeschil* bestaat tussen werkgever(s) en werknemers en de lopende

4 Art. 20 lid 1 sub b ESH somt een aantal bepalingen op die tot de zogenaamde ‘core’ van het ESH worden gerekend.

5 Zie het 16th report on the implementation of the European Social Charter, August 2003. De regering zal, zo zegt zij toe, de conclusies zenden aan de Hoge Raad en bekijken hoe de lagere gerechten er het beste over geïnformeerd kunnen worden; p. 35.

CAO een dergelijke actie niet blokkeert.⁶ Het Comité legt het begrip ‘belangengeschil’ ruim uit, ruimer dan in ons land gewoonlijk gebeurt of wordt bepleit.⁷ Het betreft niet alleen de voor de hand liggende geschillen over arbeidsvoorwaarden (primaire, secundaire en tertiaire). Alle geschillen tussen werkgever en werknemers die onderwerp van collectieve onderhandelingen tussen deze partijen (kunnen) zijn, vallen eronder. Het onderscheid ligt daar waar het een geschil betreft dat juridisch van aard is. In de discussie in ons land, zo bleek in par. 3.1, wordt de opvatting van het Comité niet – zeker niet alom – gedeeld. Hij wordt te breed gevonden. Zo zou een ontslagzaak nooit als een belangengeschil kunnen worden aangemerkt vanwege haar juridisch karakter: of het ontslag terecht is, is een zaak die de rechter zal moeten uitmaken. Dat zal wel door niemand worden bestreden. In de oordelen van het Comité vindt men geen aanwijzingen voor het tegendeel. Maar dat betekent niet dat een staking tegen het ontslag van een vakbondsfunctionaris vanwege zijn functie of op grond van zijn activiteiten als vakbondsfunctionaris, welk ontslag niet wordt teruggedraaid door de werkgever in kwestie, niet door de beugel van art. 6 lid 4 kan. Een dergelijk ontslag kan inzet zijn van een onderhandelings situatie, omdat hiermee belangen van het collectief van werknemers gemoeid zijn. Een dergelijk geval zal moeten worden onderscheiden van een ontslag van een werknemer zonder dat verband, ook als het ontslag ‘slecht valt’ bij de werknemers. Dergelijke ontslagen vormen geen gebruikelijk onderwerp van collectieve onderhandelingen. Door buitenlandse auteurs wordt overigens wel verdedigd dat collectieve actie tegen een ontslag niet buiten de scope van het stakingsrecht valt, omdat de actie zich richt tegen de bevoegdheid, de vrijheid van de werkgever om een werknemer te ontslaan. Dat geldt met name in landen waar er een grote ‘ontslagmacht’ van de werkgever bestaat en een dergelijk ontslag alleen kan worden bestreden met een vordering tot vergoeding die zich niet tegen het ontslag als zodanig richt.⁸ Is een collectieve actie gericht tegen een

6 In de Nederlandse CAO's is in de regel een relatieve vredesplicht opgenomen. Daarmee lopen wij in de pas met de opvatting van het ECSR waar dit Comité ten aanzien van andere landen, met name Noorwegen en Denemarken, de absolute vredesplicht, zeker wanneer die bij wet wordt opgelegd maar ook wanneer die impliciet geldt, als te vergaand en derhalve in strijd met art. 6 jo. art. 31 ESH beschouwt. Zie recentelijk Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 151 (Denemarken); Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 430 en XVI-1, Vol. 2, p. 496 (Noorwegen).

7 Zie hierboven par. 3.1.

8 Zo bijvoorbeeld in België.

voorgenomen collectief ontslag in het kader van een reorganisatie dan kan een dergelijke actie zeer wel door art. 6 lid 4 gedekt worden.

Gelet op de context van art. 6 lid 4 ligt het evenwel voor de hand om 'belangengeschil' te beperken tot onderwerpen die onderwerp van collectieve onderhandelingen plegen te zijn of kunnen zijn. In par. 3.1 heb ik onder verwijzing naar de opvattingen van het deskundigencomité van het ESH⁹ laten zien hoever dit element reikt en dat is verder dan soms in de rechtspraak wordt erkend en zeker verder dan door een aantal auteurs wordt verdedigd. De lijn die Peeters destijds uitzette¹⁰, ligt meer in de lijn van het Comité dan nadien betrokken posities.

5.1.2 *Staking als ultimum remedium*

Een ander belangrijk punt van discussie vormt het 'laatste middel'-criterium. Dat een collectieve actie 'laatste middel' moet zijn, is in ons land en daarbuiten algemeen geaccepteerd. Die opvatting wijkt op zichzelf niet af van wat ook in andere landen en in de boezem van het deskundigencomité wordt gedacht: werknemers grijpen eerst naar dit 'uiterste' wapen wanneer andere oplossingen niet mogelijk blijken.¹¹ Het verschil is evenwel dat in ons land aan dat principe een juridisch veel verdergaande betekenis en inhoud pleegt te worden toegekend: namelijk een maatstaf om collectieve acties enkel op die grond ongeoorloofd te achten. In het bijzonder gaat het dan om de invulling die in de rechtspraak aan dat criterium wordt gegeven; een invulling die ondersteund wordt door een groot aantal schrijvers.

De recente conclusies van het Comité hebben voor de rechtspraak in ons land een grote impact waar het gaat om het toepassen van het ultimum remedium-criterium als grond voor onrechtmatigheid van collectieve acties. Leest men de opvatting van het Comité in haar context, dan is geen andere conclusie mogelijk dan dat dit criterium buiten de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH valt. Ligt art. 6 ESH ten grondslag aan ons recht op collectieve acties, zoals de Hoge Raad in en sinds het *NS*-arrest in 1986 aanneemt, dan kan niet worden volgehouden dat de ultimum remedium-norm aan art. 6 ESH voorafgaat en er niet door wordt getroffen. Indien men consequent is, past een

9 Ondersteund door IAO-Comités, zie noten 16 en 17, Hoofdstuk 3.

10 J.A.J. Peeters, 'Het recht op collectieve actie van werknemers', *NJB* 1980, p. 65 e.v.

11 Zie hierboven par. 4.1.1. In die zin ook de *Travaux Préparatoires* bij het ESH. Zie ook Schut, *Internationale normen*, p.63; en Betten in *SR* 1991, p. 204.

beperkingsgrond van het stakingsrecht, als hoedanig het ‘laatste middel’ fungeert, slechts in het kader van art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH. Zij zal daarin haar rechtvaardiging moeten vinden. Dat betekent dat de beperkingen die art. 31 op (de uitoefening van) het recht op collectieve actie toelaat, maatgevend zijn. Alle beperkingen moeten binnen de reikwijdte van art. 31 vallen.¹²

Overigens is het belang van deze maatstaf ter beoordeling van de toelaatbaarheid van acties afgenomen indien de rechtspraak zich conformeert aan het uitgangspunt dat de Hoge Raad heeft vastgelegd: grote terughoudendheid bij de beoordeling of de acties als ‘prematuur’ moeten worden aangemerkt.¹³ Conform de ‘rechtspraak’ van het Comité kan men stellen dat collectieve acties alleen geoorloofd zijn indien zij worden ondernomen in het kader van collectieve onderhandelingen tussen werkgever(s) en werknemers en hun organisaties. Dat betekent dat er wel onderhandeld moet zijn.¹⁴ Maar verder reikt deze maatstaf niet. In elk geval houdt zij, in de ogen van het Comité, geen beoordelingsmaatstaf in van het (verloop van het) onderhandelingsproces. Dat gaat te ver.

Als zwaarwegende procedureregeling is het ‘uiterste middel’ dus niet zelfstandig bruikbaar en toepasbaar. Dan laat onverlet dat procedureregels kunnen gelden. Het Comité accepteert deze, mits zij (de uitoefening van) het stakingsrecht feitelijk niet onmogelijk maken. Daarop moeten zij worden getoetst. Aanzeggingstermijnen en -bepalingen, zoals plaats en duur van de acties, passen in het ESH-toetsingskader, mits zij redelijk blijven. Dat houdt onder andere in dat zij functioneel moeten zijn, dat wil zeggen een doel dienen dat past binnen de systematiek van art. 6 jo. art. 31 ESH. Men kan dan bijvoorbeeld denken aan het proces van onderhandelingen en aan de gelegenheid die een werkgever moet worden geboden om alsnog met de werknemers tot overeenstemming te komen, de onderhandelingen te hervatten, dan wel de schade zo veel mogelijk te beperken, de veiligheid in en om het bedrijf te waarborgen, of essentiële dienstverlening te organiseren en te waarborgen.

12 Uiteraard voorzover de acties gedekt worden door art. 6 lid 4: dus wanneer het gaat om belangengeschillen die onderwerp van collectieve onderhandelingen zijn, en de CAO aan het recht geen beperkingen oplegt via met name vredesplichtclausules.

13 Zie hierboven par. 4.1.1.

14 Of ook wanneer de werkgever(s) weigert (weigeren) te onderhandelen.

Een procedure van bemiddeling in een collectief arbeidsconflict kan ook tot deze categorie van procedureregels worden gerekend die invloed kunnen hebben op de geoorlooftheid van de acties. Deze bemiddeling kan zeer verschillende vormen aannemen. Het Comité is zeer duidelijk over verplichte arbitrage. Indien zij bij wet wordt voorgeschreven, zoals in Noorwegen en Denemarken en sommige Midden- en Oost-Europese landen¹⁵, dan is dat in strijd met art. 6 lid 4 jo. art. 31 ESH. Kortere durende procedures van bemiddeling tussen de strijdende partijen, mits vrijwillig, kunnen een – tijdelijke – opschorting van het collectieve actierecht rechtvaardigen. Tijdens de duur van de bemiddeling kunnen derhalve acties aan banden gelegd worden. Ook korte afkoelingsperioden zijn toegestaan.

5.1.3 *Toetsing aan algemene privaatrechtelijke normen*

De toetsing aan het ultimum remedium-beginsel gebeurt met een beroep op het onrechtmatige-daadartikel van Boek 6 BW. Daarmee wordt een algemene norm uit het privaatrecht als beperkingsgrond binnen gehaald. Datzelfde vindt plaats wanneer, met name door enkele schrijvers¹⁶, de norm van het ‘rechtsmisbruik’ (art. 3:13) wordt geïntroduceerd als beoordelingsmaatstaf voor het al dan niet geoorloofd zijn van collectieve acties.

Indien collectieve acties getoetst worden aan de norm van art. 6:162 BW, dan eist het gesloten systeem van het ESH, gesloten in die zin dat de beperkingen op het recht limitatief zijn opgenomen in de regeling van de art. 6 en 31 van het ESH, dat een nationaalrechtelijke norm die op het collectieve actierecht een beperking aanbrengt, wordt geïncorporeerd in het ESH-systeem. Dat betekent derhalve dat beperkingen op grond van de onrechtmatige daad – wat maatschappelijk als onbetamelijk geldt – enkel gelegitimeerd en gebaseerd kunnen en moeten zijn op wat het ESH aan beperkingen toelaat. Met andere woorden: de art. 6 en 31 van het ESH staan aan de top van de juridische piramide. Ook de BW-bepalingen zijn daaraan onderge-

15 Zo bijvoorbeeld Roemenië (ECSR, Conclusions 2002, p. 136), Tsjechië (ECSR, Conclusions XVI-1, Vol. 1, p. 141. Zie ECSR, Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 432 en XVI-1, Vol. 2, p. 498 (Noorwegen) en Conclusions XV-1, Vol. 1, p. 153 (Denemarken)).

16 Luttmmer-Kat was de grote pleitbezorgster van deze ‘move’. Zij baseerde zich daarbij op een zinsnede van de Hoge Raad in het *NS*-arrest: ‘gevallen van misbruik van dat wapen nu daargelaten’. Nadien is door de Hoge Raad overigens geen beroep meer gedaan op dit beginsel. Zie hierboven par. 4.3.

schikt. Dat is nu eenmaal het gevolg van ons constitutioneel stelsel dat het nationaal recht doet wijken voor direct toepasselijk internationaal recht of het er althans ondergeschikt aan maakt.¹⁷ De norm van de onrechtmatige daad kan dus wel een plaats krijgen in het beoordelingsschema volgens welke collectieve acties worden beoordeeld, maar dat moet gebeuren binnen het kader van de beperkingen die art. 31 ESH toelaat, zoals het deskundigencomité van het ESH steeds weer benadrukt en de Hoge Raad in de regel ook in zijn vaste formule opneemt.¹⁸ Zij moet dan wel passen binnen de reikwijdte van die ESH-bepaling en niet verder gaan dan art. 31 ESH bepaalt. Dat houdt in dat de Nederlandse rechters de rechtmatigheid van collectieve acties zal moeten toetsen op de subcriteria van art. 31 ESH: er wordt in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid gehandeld indien de betreffende actie buiten de reikwijdte van art. 31 ESH valt. Dat is de enige beoordelingsmaatstaf. Dat is niet anders wanneer art. 3:12 BW te hulp wordt geroepen. Wat in deze redelijk en billijk is, wordt ook door het ESH ingevuld.

Bij het misbruikartikel van Boek 3 van het BW komt het nog wat nauwer. Het Comité oordeelt expliciet dat de maatstaf van misbruik van recht of bevoegdheid om collectieve acties te voeren niet past in art. 6 lid 4 ESH, maar ook niet binnen art. 31 ESH om enkel op grond daarvan het recht te beperken.¹⁹ Opnieuw is ook hier de inhoud van art. 31 ESH maat- en doorslaggevend. De opvatting van Luttmer-Kat om het misbruikcriterium los en buiten art. 6 jo. art. 31 ESH te hanteren als beoordelingsmaatstaf vindt in elk geval geen enkele steun bij het Comité. Overigens wordt zij in deze opvatting ook niet (meer) in literatuur gesteund. De beoordeling op de onevenredigheid van de schade, als onderdeel van een misbruiktoets, zal moeten plaatsvinden in het kader van de beoordeling van beperkingsmogelijkheden die art. 31 ESH biedt.

Of collectieve acties door de (juridische) beugel kunnen, zal neerkomen op een toetsing enerzijds aan art. 6 lid 4 ESH: gaat het om een

17 De beslissing van de Hoge Raad in het *MS*-arrest om aan art. 6 jo. 31 ESH directe (horizontale) werking toe te kennen, is hier doorslaggevend.

18 Het gebruik dat vervolgens in de Nederlandse rechtspraak wordt gemaakt van de beoordelingsvrijheid die deze formule laat: 'in redelijkheid niet tot deze actie hebben kunnen komen' (*NJ* 1986, p. 2548 r.k.), staat op z'n minst op gespannen voet met de opvattingen van het Comité over wat binnen art. 31 ESH valt.

19 Zie hierboven par. 4.3.

belangengeschil en is de actie niet verboden op grond van een CAO²⁰ en anderzijds conform de algemene leer van de kracht van fundamentele rechten: kan de actie verboden of beperkt worden op grond van de door art. 31 erkende gronden. Dit laatste zal in de praktijk een grote rol spelen.

Nu het ultimium remedium-criterium en ook andere maatstaven uit het commune privaatrecht moeilijk of preciezer gezegd niet gehanteerd kunnen worden om collectieve acties te verbieden of te beperken, zal de aandacht vooral gericht moeten worden op art. 31 ESH en de eventuele beperkingen die die bepaling toelaatbaar acht. Alle redenen dus om in dit slothoofdstuk op dit aspect nog expliciet in te gaan.

5.2 Toelaatbare beperkingen

De discussie over de reikwijdte van het fundamentele recht op collectieve acties gaat niet zozeer over de vraag of collectieve acties überhaupt zijn toegestaan. Dat recht wordt alom erkend en niet ten principale betwist.²¹ De discussie in de literatuur en de rechtspraak gaat dus over de beperkingen die op het stakingsrecht mogen worden aangebracht. Het vormt het belangrijkste discussiepunt, belangrijker, zou ik denken, dan de vraag of er sprake is van een belangengeschil.

De beoordelingsruimte die art. 31 ESH laat, is groter dan die van art. 6. De formele eisen die analoog aan het EVRM gelden en die in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens zijn uitgewerkt, leveren in de regel geen problemen op.²² Het gaat derhalve om de materiële beperkingsgronden van art. 31. Centraal staat het oordeel of door de collectieve actie *rechten en vrijheden van anderen* worden aangetast, dan wel of de *openbare orde of de volks-*

20 Op grond van in de CAO opgenomen vredesplicht. Het zij nog eens vermeld dat het Comité niet accepteert dat er een impliciete vredesplicht geldt en evenmin dat de vredesplicht een absoluut karakter heeft. Zie de conclusies van het Comité ten aanzien van onder andere Noorwegen (Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 432 en opnieuw Conclusions XVI-1, Vol. 2, p. 496); Duitsland (Conclusions XVI-1, Vol. 1, p. 248).

21 Zij het dat in sommige landen dit recht principieel aan overheidsdienaren wordt onthouden. Duitsland is hiervan wel het meest in het oog springende voorbeeld. Het ECSR heeft steeds de ontoelaatbaarheid van een dergelijk categorisch verbod benadrukt.

22 Zie hierboven par. 4.2.1.1.

gezondheid wordt bedreigd. De twee laatstgenoemde aspecten leveren in de regel minder vragen op dan het eerste. Bedreiging van de openbare orde zal veelal aan de orde zijn bij acties van bepaalde categorieën overheidspersoneel. Men denke dan aan het leger, de politie, de brandweer, justitie (zittende en staande magistratuur). Om die reden mogen beperkingen aan deze ‘dienstverleners’ worden opgelegd. Toch betekent dat niet, het leger uitgezonderd wellicht, dat door politiemensen nimmer actie gevoerd mag worden in het kader van een collectief conflict met de staat als werkgever.²³ Datzelfde geldt voor personeel in de gezondheidszorg. De gezondheidszorg mag door collectieve acties niet in gevaar worden gebracht. Niet minder maar ook niet meer. Dat betekent dat collectieve acties in die sector alleen *ontoelaatbaar* zijn als zij niet worden gedekt door art. 31 ESH, indien die situatie zich voordoet. In deze beide laatste gevallen speelt het punt van de garantie van het (blijven) verlenen van essentiële, vitale diensten, essentieel of vitaal voor de samenleving, een belangrijke rol bij de beoordeling of de aangebrachte beperkingen acceptabel zijn in de zin van art. 31 ESH. Omdat dit aspect, namelijk wat als essentieel of vitaal moet worden aangemerkt en dus een inperking van de uitoefening van recht op collectieve acties toelaat, een belangrijke rol speelt, kom ik er apart op terug. Dat is het geval in de ‘jurisprudentie’ van het ESH-Comité en de comités van de IAO alsook in de regelingen op dit terrein in een groot aantal landen, ook een aantal Europese landen.

5.2.1 *Rechten en vrijheden van derden; algemeen belang; schade van derden*

Onder de beperkingsgrond ‘aantasting van rechten en vrijheden van anderen’ wordt een heel arsenaal van omstandigheden ondergebracht.

- 23 Het Comité heeft meerdere malen een absoluut of categorisch verbod van staking of andere collectieve acties voor deze overheidsfunctionarissen afgewezen als verdergaand dan het ESH toelaat. Dat betekent geenszins dat er geen – ook vergaande – beperkingen op de uitoefening ervan mogen worden gesteld indien de openbare orde daarom vraagt. De staat heeft hier een discretionaire bevoegdheid die slechts marginaal getoetst kan worden. Wat het leger betreft is er wellicht geen absoluut actieverbod, maar zal de keuze van de actiemiddelen veel beperkter zijn. Het zal hier gaan om de beoordeling van het gekozen actiemiddel. Staking zal verboden kunnen worden, maar lichtere vormen van collectieve actie zijn niet bij voorbaat uitgesloten. Dat neemt niet weg dat bij wet het leger een actieverbod uit staatsveiligheidsoverwegingen kan worden opgelegd.

In de Nederlandse rechtspraak vormt deze grond een ware vergaarbak. In de par. 4.2.3.2 e.v. heb ik een overzicht gegeven van de verschillende omstandigheden die onder deze beperkingsgrond worden ‘gevangen’. Hoewel de toetsing zou moeten zijn beperkt tot een (mogelijke) aantasting van de rechten en vrijheden van anderen, strekt zij zich in de rechtspraak veel verder uit, zoals hierboven gedemonstreerd. Hieronder worden ook schade van derden, alsook aantasting van zwaarwichtige belangen, algemene maar ook meer bijzondere belangen, geschaad. De toetsing vindt plaats op grond van het proportionaliteitscriterium en is ook nogal ruim. Ter beoordeling staat of het belang bij de uitoefening van een als fundamenteel erkend recht van de actievoerders zou moeten wijken voor het belang of de belangen van derden dat door de acties wordt geschaad. In de rechtspraak van het ESH-Comité komt als een vast punt naar voren dat een dergelijke uitleg van dat onderdeel van art. 31 te ruim is. Het moet gaan om ‘rechten en vrijheden van anderen’ die worden aangetast of dreigen te worden aangetast. Meermalen heeft het Comité beslist dat belangen van derden daaronder niet zijn begrepen, uitzonderingsgevallen daargelaten.²⁴

Zoals het Comité ook steeds benadrukt, gaat het om (de uitoefening van) een grondrecht. Bezien moet vervolgens worden of zo’n grondrecht mag en moet wijken voor *belangen van anderen*. Cruciaal in de beoordeling is dat hier (de uitoefening van) een *grondrecht* staat tegenover *belangen* van anderen. In de Nederlandse praktijk wordt dat niet altijd onderkend en als zodanig verwoord. Het accent wordt veelal gelegd op de term ‘aantasting van belangen door de collectieve actie’. Het zij nogmaals herhaald, dat impliceert niet dat de uitoefening van het grondrecht onbeperkt is. Maar de aan te leggen beperkingen zijn beperkt zoals het grondrecht zelf aangeeft. Als er al plaats voor voorrang van belangen boven recht is, dan kan dat alleen in ‘exceptional cases’ het geval zijn. Hier legt het Comité een ‘strict scrutiny test’ aan. De Nederlandse praktijk, regelmatig in de rechtspraak maar ook in de literatuur, lijkt het niet zo strikt op te vatten. Met de constante jurisprudentie van het Comité spoort dit in elk geval niet (volledig).

Wanneer het *algemeen belang* door collectieve acties wordt geschaad, kan dat voldoende reden zijn om de acties te beperken of te verbieden. Wat onder algemeen belang valt, wordt niet nader en dui-

24 Zie hierboven par. 4.2.2.

delijk gespecificeerd. Een andere term die hier gebruikt wordt, is 'schade aan de (nationale) economie', ook zo'n algemene grond die in de Nederlandse jurisprudentie wel wordt gehanteerd om aan het stakingsrecht beperkingen op te leggen. Anders dan de verschillende deskundigencomités doen, kwalificeren de Nederlandse rechters deze grond niet nader. Dat het moet gaan om 'ernstige' schade wordt niet geëist, evenmin dat het moet gaan om ernstige schade aan de nationale economie. Ook aan de 'bewijsvoering' worden geen zware eisen gesteld²⁵, terwijl toch op deze in de regel vage, moeilijk hard te maken grond een inperking van een fundamenteel recht wordt gebaseerd. Economische schade voor een sector of branche kan, volgens de Nederlandse rechter, al voldoende worden geacht. Zoals we hierboven zagen, kan zelfs schade die de bestaakte werkgever lijdt, al reden zijn om – in bepaalde gevallen, namelijk wanneer hij als 'derde' valt aan te merken – op deze grond het collectieve actierecht in te perken.

Dan is er het volgende vraagstuk: wie kan als 'derde' gelden? Opnieuw is de Nederlandse rechtspraktijk – soms veel – ruimer dan het Comité. De bestaakte werkgever kan in de ogen van het ESH-Comité alleen in zeer speciale omstandigheden als derde worden aange-merkt. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten wat lijnen getrokken die een te gemakkelijk en snel beroep op deze grond moeten tegenhouden. Van groot belang is de situatie dat de werkgever een 'buitenstaander' is ten aanzien van het conflict.²⁶ Een ander aspect vormen de duur en de aard van de acties. Afgaande op de Conclusions van het Comité zou men kunnen constateren dat het Comité in beginsel de bestaakte werkgever niet tot de derde rekent, ook niet als de acties zich tegen een ander richten dan tegen wie ze gekeerd zijn. Het comité lijkt in die situaties echter wel beperkingen toelaatbaar te achten waar het de duur van de acties betreft alsook de vormen waarin de acties geïmplementeerd worden. Dat wordt 'gevangen' onder 'exception-

25 In tegenstelling tot het ESH-Comité dat van het betrokken land eist dat kan aantonen dat de nationale economie 'ernstig wordt geschaad'.

26 Het bekende geval van discongruentie tussen 'richten' en 'keren': de staking is tegen een ander gericht dan tegen wie zij zich keert (dan degene die erdoor getroffen wordt). De 'derde' werkgever kan het conflict ook niet oplossen door bijvoorbeeld toe te geven aan de eisen of door weer te gaan onderhandelen ter oplossing van het conflict. De *Hoogovens*-zaak van 1986 en de WAO-acties in 1991 zijn illustratieve voorbeelden. Zie par. 4.2.3.4.

al cases' of beoordeeld onder de noemer van wat als essentiële dienst' heeft te gelden.²⁷

Het Comité erkent ook niet dat een werkgever optreedt als de representant, de beschermer van de rechten en vrijheden van derden en uit dien hoofde om beperking of verbod van de acties vraagt. Derden hebben een eigen belang en zullen zelf de bescherming van art. 31 moeten inroepen. Op dit punt wijkt de Nederlandse rechtspraak duidelijk af van de 'case law' van het Comité. Dat wordt mede ingegeven door het feit dat een dergelijke werkgever eigen belangen heeft bij het stoppen van de acties. Daarvoor is de bescherming die art. 31 ESH biedt, niet bedoeld.

Een volgend punt is of derden, en zo ja onder welke voorwaarden, met een beroep op art. 31 een inperking van het recht kunnen vragen. Een acceptabele grond is dat zij kunnen aantonen dat hun rechten en vrijheden worden aangetast. Aantasting op zich is niet voldoende, het moet gaan om ernstige, onevenredige aantasting. Hier is een afwijking van rechten aan de orde. Aantasting van het recht op vrij verkeer, iets dat binnen de Europese Gemeenschap als een grondbeginsel, als een pijler van de EG geldt, is op zichzelf niet voldoende. Dat kan het geval zijn indien de wijze waarop de acties gevoerd worden, een onevenredige belemmering voor dat vrije verkeer oplevert.²⁸ Men kan in dit verband denken aan wegblokkades of andersoortige blokkades die verhinderen dat in (ook voor een persoon) belangrijke omstandigheden toegang of (noodzakelijk) reizen onmogelijk wordt

27 Duur en omvang van de acties kunnen een rol spelen bij de beoordeling of een collectieve actie in een 'essentiële dienst' in duur of omvang mag worden beperkt ter verzekering van het blijven verrichten van die diensten. Zie bijvoorbeeld ECSR, Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 479 (Portugal).

28 Een recent voorbeeld vormen de acties die de Brenner Pas voor enige tijd afsloten voor verkeer. Zie HvJ EG 12 juni 2003, nr. C-112/00 (*Eugen Schmidberger*). Het ging om de vraag of de Oostenrijkse staat aansprakelijk kon worden gesteld. Het collectieve actierecht van een milieuvereniging stond meer indirect ter discussie. Overigens werd de Oostenrijkse staat niet aansprakelijk gehouden door het Hof. Zie over deze botsing van een communautair grondbeginsel (vrij verkeer van goederen) en een – door het EVRM erkend en als zodanig als grondbeginsel van de EG geaccepteerd – grondrecht K.J.M. Mortelmans, 'De Brenner Pas: het vrije verkeer, het milieu en de vrijheid van meningsuiting', *AA* 2003, p. 875-890. Behalve de vrijheid van meningsuiting ging het ook om vrijheid van vereniging (art. 11 EVRM). Zie ook F. Dorssemont, 'Met de vlam in de pijp', *ArA* 2004/1, p. 77-94.

gemaakt.²⁹ Dat betekent dat mede beoordeeld moet worden of dergelijke beperkingen die hun grond vinden in andere redenen dan collectieve acties niet vaker en in vergelijkbare mate voorkomen. Duur, aard en vorm van de acties vormen hier een belangrijk, veelal doorslaggevend element.

Een ander voorbeeld van onevenredige aantasting van een recht van een derde is het recht op medische behandeling die ten gevolge van collectieve acties niet kan worden gegeven. Ook hier is eerst voldoende grond voor een inperking van het collectieve actierecht indien de derde ernstige gezondheidsschade lijdt die onherstelbaar is.³⁰ Hier zal het oordeel veelal afhangen van de ernst van de aandoening en van de garantie dat dergelijke vitale dienstverlening aan deze patiënt verzekerd blijft. In termen van de Nederlandse rechtspraak zou men dat ook kunnen scharen onder 'schadebeperkende maatregelen'.

Een in de Nederlandse rechtspraak regelmatig terugkerend element is 'schade van derden'. De 'rechtspraak' van het Comité, die we als leidend blijven beschouwen, leert dat schade aan belangen van derden daaronder niet wordt begrepen. De Nederlandse rechtspraak wijst evenwel in een andere richting.³¹ Velerlei belangen worden in aanmerking genomen en meegewogen om al dan niet tot een inperking of verbod te besluiten. Het proportionaliteitscriterium wordt daarbij nogal eens aangelegd om de relatie tussen middel en doel en tussen doel en gevolgen te beoordelen. De omvang of de verwachte omvang van de schade die derden zouden (kunnen) lijden, kan voor

- 29 In 1993 speelde een zaak die wel enige gelijkenis heeft. Het is een spraakmakende zaak over blokkades door Franse boeren van de Spaanse grens. In die zaak speelde ook een botsing van het recht op vrij verkeer dat de Franse overheid op grond van het EG-recht moet waarborgen, en het actierecht (van Franse boeren). HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jur.* I-6959. Zie ook Mortelmans in zijn noot (zie vorige noot).
- 30 In het *Verpleegkundigen*-arrest van 1991 (zie par. 4.2.2.4) was de Hoge Raad 'gauw' overtuigd dat 'de acties leiden tot een vermindering van de mogelijkheid tot medische verzorging in dier voege dat patiënten daardoor komen bloot te staan aan het gevaar van – mogelijk onherstelbare – schade doordat onderzoek en eventuele behandeling te lang uitblijven'. Reden waarom de in eerdere instanties opgelegde beperkingen gebillijkt worden. Het kan ook anders zo bewijst de President van de Rechtbank Amsterdam 21 mei 1999, *KG* 1999, 194 (zie noot 158, Hoofdstuk 4).
- 31 Zie het *Openbaar vervoer*-arrest van 1997 dat de richting van denken demonstreert.

rechters reeds voldoende zijn om acties te verbieden of te beperken. In dat verband kunnen aspecten als duur en vorm een belangrijke rol spelen. Een aspect waaraan in de jurisprudentie niet getoetst wordt, althans niet expliciet en afzonderlijk, is het al dan niet (voldoende) garandeerd zijn van essentiële dienstverlening. Dat lijkt in de rechtspraak niet echt mee te wegen. A-G Koopmans verwoordde wellicht een breder levend gevoelen dat het moeilijk en daarom niet nuttig is om te onderscheiden tussen essentiële en niet-essentiële diensten. De Hoge Raad volgt hem daar kennelijk in. Het element telt in zoverre mee dat vastgesteld wordt dat hoe essentiëler de dienst is, des te eerder het schade-element van belang is. Mede daardoor kan een collectieve actie onrechtmatig worden geacht.

Gelet op de situatie die is ontstaan na de recente conclusies van het ESH-Comité en in aanmerking genomen dat het Comité een striktere toetsing voorstaat op het proportionaliteitscriterium, kan het nuttig en verstandig zijn om nog eens te kijken naar een criterium dat kan worden gebruikt om collectieve acties in overeenstemming met het ESH in te perken als daar reden voor is. Dit aspect van '(voldoende) garantie van het blijven verzorgen van essentiële, vitale diensten' kan dienst doen in die situaties die nu – in de ogen van het Comité lichtvaardig – worden behandeld met (een ruimhartige toepassing van) het 'schade van derden'-criterium. In de inleiding heb ik betoogd dat in het stakingsrecht niet voorbij mag worden gegaan aan dit element dat in de publieke opinie sterk leeft. Daarvoor is ook reden nu veel collectieve acties juist in de sector van de (publieke) dienstverlening plaatsvinden.

5.2.2 *Waarborging van essentiële diensten*

In het internationale recht, in het verband van de Internationale Arbeidsorganisatie en van de Raad van Europa³², alsook in het nationale recht van vele Europese landen wordt aan dit aspect veel aandacht gegeven als het gaat om de reikwijdte van het recht op collectieve acties. In de verschillende landen is een wettelijke regeling getroffen waarin is bepaald welke diensten als essentieel zijn aan te merken alsook in welke gevallen de werknemers gevorderd kunnen worden deze diensten te blijven uitvoeren ook tijdens een collectieve

32 Vermeld kan ook nog worden dat in VN-verband door het Comité van Economische, Sociale en Culturele Rechten in het kader van de controle op de naleving van het IVESCR aan dit onderwerp aandacht wordt besteed. Dit Comité huldigt een vergelijkbaar standpunt.

actie.³³ Ons land vormt daarop een uitzondering. Een dergelijke regeling kennen wij niet. Noch in de wetgeving noch in de rechtspraak speelt het een rol, laat staan een beslissende rol. Dat zou wel eens kunnen veranderen wanneer aan de recente conclusies van het deskundigencomité van het ESH gevolg wordt gegeven. Gegeven het feit dat als gevolg van zijn ‘jurisprudentie’ de gronden die in de Nederlandse rechtspraak worden gebruikt ter beoordeling van de geoorlooftheid van collectieve acties, ter discussie zijn komen staan, zou dit aspect wel eens een veel grotere en belangrijker rol kunnen en ook moeten gaan spelen. We zouden dan ook meer in de pas gaan lopen met andere landen.³⁴ Aan het slot gekomen van mijn studie wil ik dit alternatief nog eens bekijken en op zijn deugdelijkheid en bruikbaarheid toetsen.

Onder deze noemer zijn twee situaties te onderscheiden. Het kan op de eerste plaats gaan om collectieve acties door werknemers die werkzaam zijn bij essentiële diensten. Zeker in het verleden ging het dan vaak of nagenoeg altijd om activiteiten die binnen het kader van de overheid werden verricht. Het recht op collectieve actie werd daarom bezien binnen dat kader. Op grond van internationale regelingen mochten aan overheidsdienaren veel verdergaande beperkingen worden opgelegd dan aan werknemers in de particuliere sector, ook als het ging om dienstverlening aan het publiek. Als gevolg van het overhevelen van de publieke dienstverlening naar de particuliere markt

- 33 Zo bijvoorbeeld in België waar sinds 1948 de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredetijd bestaat. Zie over deze wet M. Rigaux & F. Dorssemont, *Vitale behoeften*. Sinds 1990 kent ook Italië een wettelijke regeling op dit punt: Wet No. 146. In de wet is een – niet uitputtende – lijst van diensten opgenomen die als essentieel worden aangemerkt. Zie hierover E. Ales, ‘Strike in public essential services in Italy’, in: M. Rigaux & F. Dorssemont, *Vitale behoeften*, p. 161 e.v. In de Portugese en Spaanse wetgeving worden ‘essentiële diensten’ in ruime termen omschreven. In Spanje is het de rechter die uitmaakt of er sprake is van een essentiële dienst. In Portugal kan de regering de diensten aanwijzen die als ‘essentieel’ worden aangemerkt. Op beide landen heeft het Comité overigens forse kritiek omdat heldere criteria ontbreken. Zie ECSR, Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 478 (Portugal) en Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 522 (Spanje). Frankrijk kent een regeling in de Code du Travail, articles 521, 2-6.
- 34 Een nauwkeurigere analyse van de buitenlandse regelgeving zal nodig zijn om dit element op zijn waarde te schatten. Als reeds getoond zijn er landen die van het Comité veel en harde kritiek krijgen op de grote reikwijdte van de bevoegdheid en mogelijkheid om een dienst als ‘essentieel’ te bestempelen. Zie vorige noot.

kan niet meer worden volstaan met een regelgeving die specifiek voor ambtenaren geldt (het ambtenarenstakingsrecht).

Dat heeft de tweede situatie opgeroepen: werknemers die werken in dienstverlenende instellingen die als particuliere ondernemingen opereren, kunnen collectieve acties voeren die de publieke dienstverlening ernstig verstoren en wel zodanig dat de continuering van vitale of essentiële diensten niet meer verzekerd is. Regulering via het collectief actierecht voor ambtenaren is dan niet meer toereikend. Allerlei vitale diensten worden inmiddels door particuliere organisaties en instellingen op de markt verricht. Collectieve acties in die uitdijende sector moeten daarom op dat aspect worden beschouwd.

Voorzover dat soort dienstverlening nog in overheidshanden ligt, laat het ESH, evenals de andere internationale verdragen een beperking, ja zelfs een verbod van collectieve acties toe bij deze specifieke onderdelen van de overheidsdienst. Dat verbod of de beperkingen moeten zijn gebaseerd op art. 31 met inachtneming van de grenzen die in de Appendix bij het ESC met betrekking tot art. 6 lid 4 worden gesteld.³⁵ Dat houdt in elk geval in dat het stakingsrecht niet mag en kan worden ontzegd aan de openbare dienst als zodanig.³⁶ Voor inperking van het recht op collectieve actie kunnen in aanmerking komen de politie, het leger, de brandweer en de rechterlijke macht.³⁷

- 35 In de Appendix wordt nog eens uitdrukkelijk gesteld dat de uitoefening van het recht op collectieve actie door een staat nader mag worden gereguleerd onder de voorwaarde dat elke beperking van het recht gerechtvaardigd is onder de termen van art. 31 ESH.
- 36 Dat standpunt heeft het Comité reeds in de eerste cyclus van controle ingenomen: ECSR, Conclusions I, 1969/1970, p. 38-39, herhaald in Conclusions III, 1973, p. 36.
- 37 Zo het Comité in Conclusions V, 1977, p. 48 (Frankrijk) en Conclusions XIII-2, 1992, p. 282 (Malta). Gaandeweg kan men een strengere positie van het Comité signaleren: zie Conclusions XIV-1, 1996, Vol. 2, p. 532 (Malta), XIV-1, Vol. 1, p. 221 (Finland) en Vol. 2, p. 422 (Ierland); en laatstelijk XV-1, 1999, Vol. 1, p. 82 (België). Denemarken maakte het in de ogen van het Comité te bont door naast de gebruikelijke categorieën ook spoorwegpersoneel en personeel bij de posteries het collectief actierecht te weigeren: Conclusions XIV-1, Vol. 1, p. 180 en Conclusions XV-1, Vol. 1, p. 153. In Duitsland zijn ambtenaren ook uitgesloten van het recht op collectieve acties. Het Comité is daarover al heel lang in discussie met de Duitse regering, overigens zonder resultaat. Deze uitsluiting baseert Duitsland op het feit dat in de Duitse overheidsdienst geen collectieve onderhandelingen plaatsvinden reden waarom ambtenaren geen rechten aan art. 6 lid 4 kunnen ontleenen. Nederland ten slotte heeft formeel een voorbehoud gemaakt bij art. 6 lid 4 ten aanzien van ambtenaren, maar in de praktijk hebben Nederlandse ambtenaren in beginsel een recht op collectieve actie zoals de andere werknemers.

In een aantal landen worden ook de hogere overheidsdienaren van het collectief actierecht uitgesloten. Geëist wordt wel dat zij handelen ‘in their capacity as agents of the public authority’.³⁸

Als gezegd die inperkingen moeten zijn terug te voeren tot wat art. 31 toelaat. Dat impliceert in de ogen van het Straatsburgse Comité dat niet de totale dienst uitgesloten mag worden van het collectief actierecht, tenzij aangetoond wordt dat de dienst zo essentieel is dat een ongestoorde uitoefening ervan voor de samenleving noodzakelijk is. Dat zal alleen in uitzonderingsgevallen zo zijn.

Het komt nu dus aan op wat onder ‘essentiële dienst’ moet worden verstaan. Dat bepaalt derhalve de reikwijdte van deze beperkingsmogelijkheid.

In de case law van het deskundigencomité van het ESH alsook in die van het IAO-Comités fungeren omschrijvingen van wat als een essentiële of vitale dienst moet worden beschouwd. Het Straatsburgse Comité definieert in aansluiting op de IAO-Comités essentiële diensten als die diensten waarvan ‘the interruption would jeopardise the existence or well-being of the whole or part of the population’.³⁹ Deze omschrijving gaat wat verder dan die welke het regeringscomité van de Raad van Europa heeft ontwikkeld: het moet gaan om ‘the interruption that entailed a clear and imminent threat to life, personal safety or health of the whole or part of the population’.⁴⁰ Deze situatie kan zich volgens het IAO-Comité ook voordoen ‘in sectors where a total and prolonged stoppage may lead to a situation of acute crisis’. Ook dan kan het recht op collectieve actie worden beperkt, maar ook dan geldt de voorwaarde ‘only those operations

38 Aldus het IAO-Comité CFA 230th Report para 578.

39 ECSR, Conclusions IV, p. 8; en recent Conclusions XV-1, Vol. 1, p. 155 (Denemarken).

40 GC Report 11 (I), p. 46 e.v. Het deskundigencomité van de IAO dat waakt over de naleving van de vrijheid van vakvereniging (CFA) hanteert een vergelijkbare omschrijving en spreekt van ‘minimum’ of ‘essential services’ als ‘services whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population’. Zie voor de IAO het CFA, General Surveys, 1994, nr. 159 en 160; en *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*, 1996, 4th edition, para 526 en 545. Zie ook Report No. 265 Case No. 1438 ten aanzien van Canada; Report No. 317, Case No. 1971 (ten aanzien van Denemarken); Vol. LXXXII, 1999, Series B, No. 2; en Report No. 329, Case No. 2157 (ten aanzien van Argentinië); Vol. LXXXV, 2002, Series B, No. 3. Zie over het begrip ‘essentiële diensten’ in IAO-verband verder Christian Deneve, ‘Het recht op staking en de IAO-normen en –rechtspraak’, in: M. Rigaux & F. Dorsssemont (eds.), *Vitale behoeften*, p.68-72.

strictly necessary to guarantee the life, personal safety or health of individuals'.⁴¹

Om een mogelijke uitholling te voorkomen van het recht op collectieve actie in geval er sprake is van essentiële diensten, wordt wel geëist dat de werknemers en hun organisaties steeds op dezelfde wijze en in gelijke mate als de werkgevers en de overheid betrokken moeten zijn bij de bepaling welke dienst als essentieel moet worden aangemerkt en dus een beperking van het actierecht legitimeert.⁴² Voorts wordt geëist dat in geval van verschil van mening hierover een beroepsmogelijkheid op een onafhankelijk instantie moet worden geboden.⁴³ Aan de werknemers die de uitoefening van het stakingsrecht op deze wijze ontzegd wordt, moet bovendien een adequate bescherming gegeven worden teneinde hen te compenseren voor deze beperking. De beperking 'should be accompanied by adequate, impartial and speedy compensatory procedures, such as conciliation and arbitration proceedings in which the parties concerned can take part at every stage and in which the awards, once made, are fully and promptly implemented'.⁴⁴

Deze regeling geldt voor alle dienstverlening die als essentieel moet worden gekarakteriseerd. Dus ook ziekenhuizen en andere gezondheidsdiensten, energiebedrijven, wellicht sommige transportdiensten.⁴⁵ De verschillende comités zijn evenwel niet snel geneigd een dienst als essentieel aan te merken. Anders dan de Noorse rege-

41 Zie vorige noot.

42 CFA, in Digest, a.w., para 558-560; CEACR, General Survey, 1994, para 161; ECSR, Conclusions XII-2, p. 117 en Conclusions XIII-1, p. 154.

43 CFA 323rd Report (2000) Case Nos. 2023 en 2044 (Kaapverdië), para 49; zie ook ECSR, Conclusions XIII-1, p. 280-281 en Conclusions XV-1, p. 478 e.v. (Portugal).

44 Zie Digest, a.w., para 546-547.

45 Een totale staking bij de veerdiensten of het havenpersoneel van een eiland kan als een essentiële dienst worden gekarakteriseerd. Een collectieve actie bij zo'n dienst kan dan verboden of beperkt worden wanneer de bevolking sterk afhankelijk is van de diensten om in hun basis voorzieningen te kunnen voorzien. De duur van de acties kan dan van belang zijn. Zo bijvoorbeeld CFA 291st Report (1993), Case No. 1971, para 155 (Denemarken). Opmerkelijk is dat in 1983 de staking bij de veerdiensten van de Waddeneilanden niet verboden werd op deze grond maar op de grond van de schade die de bewoners leden (inclusief de economische schade). Overigens merkt de CFA de transportsector niet sowieso aan als essentieel: 'The Committee also recalls it has concluded on several occasions that transport, generally speaking, does not fall within the category of essential services'; zie Digest, a.w., para 407.

ring oordeelden zij – eensgezind – dat de olie-industrie niet als een essentiële dienst kon worden aangemerkt. De Noorse regering had gesteld dat acties in de olie-industrie ‘significant social and economic implications’ hadden. Dat rechtvaardigde, meende zij, een beperking omdat het om een essentiële dienst voor Noorwegen ging.⁴⁶ Het ESH-Comité oordeelde dat aan de voorwaarden van art. 31 ESH niet is voldaan ingeval de interventie van de overheid (door het stopzetten van de acties te verordonneren en partijen te verwijzen naar verplichte arbitrage) primair gebaseerd was op economische overwegingen.⁴⁷

Eerder is al opgemerkt dat een overheid wanneer zij het collectief actierecht van werknemers in die diensten beperkt of verbiedt, daarvoor een rechtvaardiging moet vinden in art. 31 ESC.⁴⁸ Het toelaten van collectieve acties in die sectoren is afhankelijk van voorwaarden als: een tijdige aankondiging van de acties (zodat men maatregelen kan nemen), het informeren van het publiek, de gebruikers van de diensten en het handhaven van een *minimum* niveau van dienstverlening.⁴⁹

In de rechtspraak van het ESC-Comité evenals van het IAO-Comité speelt het garanderen van een minimum dienstverlening dus een belangrijke rol.⁵⁰ In de ogen van het ESC-Comité gaat echter het aanleggen van vaste, uitgebreide lijsten van diensten die als essentiële diensten moeten worden aangemerkt, te ver. Zij vallen buiten het kader van art. 31 ESH. Dat heeft een te definitief karakter en belet een beoordeling aan de hand van de normen van art. 31.⁵¹ Ook op dit punt zal de overheid het ‘bewijs’ moeten leveren dat er voldoende reden is voor inperking van het collectief actierecht.⁵² De concrete omstandig-

46 Zie Conclusions XIII-1, p. 158-59; en Conclusions XVI-1, Vol. 2, p. 498. In deze zaken was deze vraag van essentiële diensten verbonden met de vraag of de staat, omdat het essentiële diensten betrof, mocht interveniëren door arbitrage verplicht op te leggen. Het ECSR beoordeelde dat negatief. Zie ook Novitz, a.w., p. 311. Zie hierboven over bemiddeling en arbitrage als beperkingsgronden, par. 4.2.2.2.

47 ECSR, Conclusions XVI-1, Vol. 2, p. 498 (Noorwegen).

48 ECSR, Conclusions XII-1, p. 25.

49 Aldus het Comité in zijn conclusie over Italië, Conclusions XII-2, p. 98.

50 ECSR, Conclusions; en CFA, General Surveys, 1994, nr. 161-162. Het CFA beveelt aan dat een onafhankelijk orgaan beslist over conflicten met betrekking tot wat een minimum dienstverlening inhoudt en de toepassing ervan in de praktijk.

51 ECSR, Conclusions XV-1, Vol. 1, p. 155 (Denemarken).

52 Zie ECSR, Conclusions XV-1, p. 149 e.v. waar het Comité concludeerde dat Denemarken niet had aangetoond dat er ‘an actual or even an imminent disruption of vital services’ dreigde.

heden van het geval zijn daarvoor mede bepalend.⁵³ In het recente oordeel over de Duitse situatie eist het Comité meer precieze regelgeving waarin de criteria staan opgenomen waaronder beoordeeld kan worden 'how emergency work is defined in practice, how it is ensured that they do not exceed the minimum required'. Dat is ook hierom van belang omdat in de Duitse situatie, zoals het Comité constateert, gedurende een staking minimum, 'urgente' diensten moeten worden uitgeoefend niet in het algemeen belang, maar met het doel het voorkomen van 'onevenredige schade voor de onderneming en/of derden en van schade aan en het verloren gaan van productieapparatuur'.⁵⁴ Het regelen tussen partijen van deze minimum of urgente dienstverlening is naar Duits recht een voorwaarde voor het geoorloofd zijn van de staking. Het Comité wijst dit als te vergaand af.

De duur van collectieve acties in een dienstensector kan onder omstandigheden wel reden zijn voor de overheid om te interveniëren door het recht in te perken. Dat zal in het concrete geval moeten worden beoordeeld.⁵⁵

Ten slotte valt onder deze bepaling ook de mogelijkheid en de bevoegdheid van de overheid om werknemers op te roepen de essentiële of vitale dienst te verrichten. De oproep moet derhalve voldoen aan de criteria die hierboven besproken zijn ter vaststelling of er sprake van een vitale of essentiële dienst dan wel of de verzorging van de minimum dienst verzekerd blijft. Een (van de partijen) onafhankelijk orgaan zou hierin een beslissende rol moeten vervullen. Een algemeen opvorderingsrecht vindt in de ogen van het Comité geen genade. Corresponderend hiermee moeten de sancties op het geen gehoor geven aan de oproeping tot het verrichten van de dienst proportioneel zijn en opstaan voor beroep bij een onafhankelijk orgaan.⁵⁶

53 Zie bijvoorbeeld de conclusions van het ESC-Comité ten aanzien van Portugal: Conclusions XIII-3, p. 281; Conclusions XIV-1, Vol. 2, p. 663 en Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 479 e.v. Zie ook nog Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 367-368 wat betreft Italië.

54 ECSR, Conclusions XV-1 en Add. 2, p. 29-30. Vgl. ook Conclusions XV-1, p. 254 e.v. ten aanzien van Frankrijk waar de Conseil d'Etat de beoordelingswijze van het Comité volgt/overneemt.

55 Zie bijvoorbeeld CFA 291st Report (1993, Case No. 1680, para 155 ten aanzien van Noorwegen. Zie ECSR, Conclusions XV-1 Vol. 2, p. 479 (Portugal).

56 ECSR, Conclusions XII-2, p. 114; Conclusions XIII-3, p. 137 en Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 480. Met betrekking tot Spanje uit het Comité zijn twijfels op verschillende punten, waaronder de procedures die bij vaststelling van wat een essentiële dienst en de verplichting van de actievoerende werknemer om zijn arbeid te blijven verrichten, worden gevolgd. Conclusions XV-1, Vol. 2, p. 519 e.v.

Afsluitend kom ik tot de conclusie dat nu het deskundigencomité van het ESH, in lijn met de opvattingen van de deskundigencomités van de IAO, duidelijke uitspraken heeft gedaan over de Nederlandse rechtspraktijk, het zaak is om de regels met betrekking tot het – geoorloofd – voeren van collectieve acties in belangengeschillen tussen werkgever(s) en werknemers te accommoderen aan de interpretatie die aan de betreffende bepalingen in het ESH worden gegeven. Hierboven heb ik aangegeven welke lijnen ‘dood (gaan) lopen’, en welke benut kunnen (blijven) worden. De erkenning in de jurisprudentie van de doorslaggevende waarde die aan de conclusies van het Comité worden en moeten worden toegekend, impliceert het inslaan van een ‘nieuw spoor’.

Indachtig de algemene maatschappelijke ontwikkelingen die ik in hoofdstuk I – kort – heb geschetst, gaat het om het vinden van – ook en met name juridisch – acceptabele gronden waarop inbreuk kan en mag worden gemaakt op het als fundamenteel erkende recht op collectieve actie. Daarbij kan en mag niet voorbij worden gegaan aan maatschappelijke opvattingen, aan reacties in de samenleving. Collectieve acties van werknemers waarvan niet alleen de ‘getroffen’ werkgever hinder, nadeel en schade ondervindt – daarvoor geldt ‘that’s all in the game’ – maar ook een breder publiek, kunnen niet zonder voldoende legitimiteit. Hierboven heb ik de reikwijdte van de beperkingsmogelijkheden aangegeven. Als het gaat om het aanbrenge van beperkingen op basis van het proportionaliteitscriterium zou op het voor Nederland zo problematische (geworden) punt van schade van derden een acceptabele en bruikbare oplossing kunnen worden gevonden in het begrip ‘essentiële diensten’. Indien als gevolg van collectieve acties het verrichten daarvan niet meer gegarandeerd is of kan worden, kan dat een inperking of (verder) verbod van die acties rechtvaardigen. In dat verband zou ook het opleggen van *cooling off periods* in beschouwing kunnen worden genomen, teneinde te bereiken dat essentiële dienstenverlening verzekerd wordt en blijft. Schade en hinder van collectieve acties is op zichzelf geen of in elk geval onvoldoende reden om acties te verbieden of in te perken. In de concrete omstandigheden kan en moet worden beslist of de acties in de vorm en omvang waarin zij worden gevoerd, geoorloofd zijn en of inperking ervan gerechtvaardigd is.

Literatuurlijst

- Ales, E., Strike in public essential services in Italy, in: M. Rigaux en F. Dorssemont, *Vitale behoeften*, a.w., p. 161 e.v.
- Alkema, E.A., De internationale sociale rechten en het Nederlands recht, in P. van Dijk (red), *Het Europees Sociaal Handvest*, Ars Aequi Libri Nijmegen, 1982.
- Berg, H. van den, W.S.P. Fortuyn en A.Ph.C.M. Jaspers, *De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland*, Nijmegen 1978.
- Betten, L., Onevenredige schade blijft hindernis voor volledige erkenning stakingsrecht, *SR* 1986-7, p. 199 e.v.
- Betten, L., Het Europees Sociaal handvest; Europa's stiefkind, *NJCM* 1990, p. 438-450.
- Betten, L., Hoge Raad worstelt verder met Europees Sociaal handvest, *SR* 1991, p. 200-206.
- Betten, L., *International Labour Law. Selected Issues*, Deventer-Boston, 1993.
- Betten, L., *The right to Strike in Community Law*, a.w., p. 120; Amsterdam-New York-Oxford, 1985
- Bloemarts, J., ESH Deskundigencomité spreekt zich uit over het stakingsrecht in Nederland, *SMA* 2002, nr. 10, p. 498 e.v.
- Boot, J.P., Publieksvriendelijk actie-voeren – collectieve actie en de rechten van derden, *SR* 1998, p. 216-220.
- Borst, p., Het Europees Sociaal handvest en het stakingsrecht, *SMA* 1962, p. 83-90.
- Borst, P., F.G. van der Gun, H.L. Bakels en N.E.H. van Esveld, Bijdragen aan het Landelijk Juridisch Studentencongres van 1965, in J.M. van Bemmelen e.a., *Stakingsrecht*, Deventer 1965.
- Brenninkmeijer, A.F.M. en L.C.J. Sprengers, *Arbeidsconflicten bij de overheid*, CAOP Den Haag 2003.

- Brewaeyts, E., F. Dorsssemont en K. Salomez, Rechterlijke tussenkomst bij collectieve conflicten, *NjW*, 2003, nr 31, p. 551 ev.
- Brunner, C.J.H., Het rechterlijk verbod van stakingen, in: Vakgroep Arbeidsrecht RU Groningen, *Schetsen voor Bakels*, Deventer 197, p. 33-38.
- Bungener, A.F., Het recht op collectieve actie voor zelfstandigen; de tandarts op de blokken!, *SMA* 2002, nr. 11/12, p. 555 e.v.
- Cremers, E. en L. Tilstra, Het collectief actierecht van de medisch specialisten en het Europees Sociaal handvest, *Recht en Kritiek*, 15 (1989), 1, p. 49-64.
- Cremers, E. en L. Tilstra, Verplegenden en verzorgenden in opstand, *SMA* 45 (1990) p. 32-45 (met reactie R. Hansma en naschrift van de auteurs *SMA* 1990, p. 159).
- Deneve, C., Het recht op staking en de IAO-normen en –rechtspraak, in: M. Rigaux & F. Dorsssemont (eds), *Vitale behoeften*, a.w., p.68-72.
- P. van Dijk (red), *Het Europees Sociaal Handvest*, Ars Aequi Libri Nijmegen, 1982.
- Dijk, P. van en G.J.H. Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3d Ed., Kluwer Law International, 1998.
- Dorsssemont, F., De N.M.B.S-stakingsverboden: een gemiste kans tot reflectie over de grenzen van het recht te staken. Van kolder naar polder, ook wel : even proeven van een geslaagde (sic) Hollandse receptie (artikel 6 *juncto* artikel 31 E.S.H.), *Soc. Kron.* 2000, 413-421.
- Dorsssemont, F., De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht, *SR* 2002-11, p. 320 e.v.
- Dorsssemont, F., Met de vlam in de pijp, *ArA* 2004/1, p. 77-94.
- Duk, R.A.A., Stakingsdoeleinden, in A.L. Asscher e.a. (red), *De Maris-bundel*, Deventer 1989, p. 19-28.
- ECHR, *Travaux Préparatoires*, Strasbourg Council of Europe 1949-50.
- Fase, W.J.P.M., Het stakingsrecht in de particuliere sector in Nederland, *TSR* 1982, p. 284-320.
- Fase, W.J.P.M., Medezeggenschap en collectieve actie, in: A.L. Asscher e.a. (red), *Arbeid in kort geding*, Deventer 1983, p. 13 ev.
- Fase, W.J.P.M., Collectief arbeidsrecht na vijftig jaar, in M.G. Rood e.a., *Vijftig jaar sociaal recht in Leiden*, Deventer 1986, p. 19-45.

- FNV, *Collectieve actie: een recht; een FNV-beschouwing over enige knelpunten in het collectief actierecht*, Eindrapport van de Commissie collectief arbeidsrecht, FNV 1987.
- Franssen, E., *Legal issues of the European social dialogue*, Antwerpen, Oxford, New York, (Intersentia), 2002.
- Handelingen TK, 1975-1976, 13 932 (R1037), nr. 3.
- Hansma, R., Actie in de rechtspraak, *Advocatenblad*, Jrg 66, Afl. 21 (21 november 1986), p. 499-507
- Hansma, R., De Hoge Raad in actie, *NJB* 1989, p. 530.
- Hansma, R., Verpleegkundigen in actie en een actieve rechter; waarom niet?, *SMA* 1990, p. 159-163.
- Hansma, R., Weer vijf jaar actie in de rechtspraak. *Advocatenblad*, Jrg 72, Afl. 11, (1992), p. 323-327.
- Hansma, R., Weer vijf jaar actie in de rechtspraak (II), *Advocatenblad*, 16 (5 september 1997), p. 783-787.
- Hansma, R., Weer vijf jaar collectieve actie, *Advocatenblad*, 21 (15 november 2002), p. 924-930
- Hansma, R., Gratis openbaar vervoer: gaan de vakbonden het gelag betalen?, *SMA* 2003, p. 214-217.
- Hekkelman, G., *Het recht van werkstaking*, Pre-advies Vereniging voor Arbeidsrecht 1967, Alphen a/d Rijn, 1967.
- Hendrikse, M.L., Enkele opmerkingen over het leerstuk misbruik van recht, *Iust* 1999, nr. 1, p. 12 e.v.
- Heringa, A.W., Het internationale verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en de Nederlandse rechtsorde, in P. van Dijk e.a., *Het internationale verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en zijn betekenis voor Nederland*, Ars Aequi Libri Nijmegen, 1987, p. 103-125.
- Heringa, A.W., *Sociale grondrechten; hun plaats in de gereedchapskist van de rechter*, Diss, Zwolle 1989.
- Heijden, P.F. van der, De rechter en staken tegen de overheid; het ESH voorbij, *NJB* 1991, p. 1577-1581.

International Labour Organisation:

CEACR, *General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining*, 1973.

CEACR, *General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining*, 1983.

CEACR, *General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining*,
Geneva ILO, 1994.

CEARC, *General Report* 2002.

International Labour Organisation:

CFA, *General Survey*, 1994, nr. 159-162.

CFA, *Digest of Decisions and principles of the Freedom of Association Committee*,
1985.

CFA, *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*,
1996, 4th edition.

CFA, *230th Report*.

CFA, *291st Report* (1993).

CFA, *323d Report* (2000).

International Labour Organisation, *Your Voice at Work*, Global Report ILO 2000, ILC,
88th Session, Part I(b).

Jacobs, A.T.J.M., *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal
recht*, VvA, Alphen aan den Rijn, 1985.

Jacobs, A.T.J.M., *Het recht op collectief onderhandelen*, Diss., Alphen aan den Rijn,
1986.

Jacobs, A.T.J.M., *Collectief arbeidsrecht*, Deventer 2004.

Jaspers, A.Ph.C.M., (red), *De ambtenarenstakingen; grenzen in kort geding*, Kluwer
Deventer 1983.

Jaspers, A.Ph.C.M., Het overheidspersoneel en collectieve acties, in J.H. Weggemans
(red), *Arbeidsverhoudingen bij de overheid; overzicht, problemen en ontwikkelin-
gen*, Deventer 1985, p. 117-146.

Jaspers, A.Ph.C.M., Annotatie bij HR 30 mei 1986, in *TAR* 1985, p. 567-572.

Jaspers, A.Ph.C.M., *Collectieve onderhandelingen. De macht in juridische banen of
het recht in de ban van de macht*, Deventer 1987.

Jaspers, A.Ph.C.M., en L. Betten, *25 Years European Social Charter*, Deventer 1988.

Jaspers, A.Ph.C.M., Het collectief actierecht opnieuw onder vuur, *SR* 1990, p. 3-4.

Jaspers, A.Ph.C.M., De Hoge Raad in belangenconflicten, *SR* 15 (2000), p. 65.

- Jaspers, A.Ph.C.M., De Europese Unie: Hoedster van sociale grondrechten?!, in G. van Limberghen, en K. Salomez (eds), *Sociale grondrechten als bakens voor een vernieuwd sociaal recht*, Mys & Breesch, Gent, 2001, p. 162/63.
- Jong, E.P. de, *Een inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht*, Deventer 1975.
- Kaar, R.H. van het, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, Deventer 1993.
- Kamerstukken II, 27610, nr. 1.
- Kamerstukken II, 28792, nr. 1
- Kamerstukken II, 1968-1969, 10 111 (Ontwerp van wet houdende wettelijke bepalingen met betrekking tot de werkstaking van 29 april 1969).
- Laat, J.J.M. de, en A.C.M. van Lierop, Spelregels en spelbrekers in het collectieve actierecht, *SR* 1990, p. 78.
- Levenbach, M.G., *Onrechtmatige daad en werkstaking*, Haarlem 1935.
- Loonstra, C.J., *Derden-interventie bij CAO-conflicten. Grenzen en mogelijkheden van wettelijke regulering*, Diss., Groningen, 1987.
- Loonstra, C.J., *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen 1990.
- Loonstra, C.J., "Elk beding' in art. 12 Wet CAO: over rekkelijken en preciezen, *SR* 2003, p. 141-147.
- Luttmer-Kat, A.M., Zijn collectieve acties tegen ontslagmaatregelen rechtens toegestaan?, *SMA* 44 (1989), p. 333-348.
- Luttmer-Kat, A.M., Misbruiktoetsing van collectieve werknemersacties in de civiele sector, *SMA* 1989, p. 647-658.
- Luttmer-Kat, A.M., De toetsing van collectieve acties aan procedureregels, *SMA* 1990, p.77-83.
- Luttmer-Kat, A.M., *Ondernemersbesluiten onder actievuur*, Deventer 1990.
- Maris, A.G., Stakingsrecht en belangengeschillen in het ESH, *SMA*, 38 (1983), p. 278 e.v.
- Maris, A.G., Collectieve acties met een 'politiek element', *SMA* 1988, p. 698-708.
- Meeter, F., Staking en andere collectieve acties, in W.J.P.M. Fase, *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer, 1984, p. 71-94.

- Mortelmans, K.J.M., De Brenner Pas: het vrije verkeer, het milieu en de vrijheid van meningsuiting, *AA* 2003, p. 875-890.
- Novitz, T., *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford, 2003.
- Peeters, J.A.J., Het recht op collectieve actie van werknemers, *NJB* 1980, p. 65 e.v.
- Peeters, J.A.J., Geregeld staken, *SMA* 1979, p. 85-95.
- Peijpe, T. van, Geschilbehandeling in het arbeidsrecht, in: M.V. Polak (red), *Geschillenbeslechting naar behoren*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 59-72.
- Pinto, M. e.a., *European Employment and Industrial Relations Glossary: Portugal*, London 1996.
- Raad van Europa, *Collected travaux préparatoires on the European Social Charter*, Strasbourg 1957-1958.
- Raad van Europa, *Conclusions of the European Committee of Social Rights* (voorheen the Committee of Independent Experts) I-XVI, Strasbourg 1969-2004.
- Raad van Europa, *6th Report om certain Provisions of the Charter which have not been Accepted*, 1998.
- Raad van Europa, *16th report on the implementation of the European Social Charter*, 2003.
- Rigaux, M., en F. Dorssemont, (eds), *Vitale diensten, essentiële diensten, minimum-prestaties en stakingsrecht*, Antwerpen-Groningen, 2003.
- Rodenburg, P., *Misbruik van bevoegdheid*, diss VU Amsterdam 1985.
- Roo, A. de & R. Jagtenberg, *Settling Labour Disputes in Europe*, Deventer/Boston: Kluwer 1994.
- Rood, M.G., *Naar een stakingswet*, Deventer 1978.
- Rood, M.G., Akties en loonpolitiek, *SMA* 1980, p. 342-354.
- Rood, M.G., Over de betekenis van het Europees Sociaal Handvest voor het stakingsrecht en het onderhandelingsrecht in de private en in de publieke sector, in P. van Dijk, *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen, 1982, p. 57-70.
- Rood, M.G., Over collectieve werknemersactie of: de HR terug van weggeweest, *NJB* 1987, p. 301-306.
- Schoordijk, H.C.F., *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het Nieuwe B.W.*, Deventer 1986.

- Schotvanger, H.J., De Amsterdamse stakingsarresten 1977, *SMA* 1979, p. 81 e.v.
- Schut, L.A.J., Collectief actierecht tegenover derden. Een beschouwing in het licht van het Europees Sociaal handvest, *NJB* 1988, p. 1473-1478.
- Schut, L.A.J., Het recht van werknemers op collectief optreden, met inbegrip van het stakingsrecht, *SMA* 1990, p. 582-584.
- Schut, L.A.J., *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag 1996.
- Sprengers, L.C.J., *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid, diss. UvA*, 1998.
- Sprengers, L.C.J., *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen*, in A.F.M. Brenninkmeijer en L.C.J. Sprengers, *Arbeidsconflicten bij de overheid*, CAOP, Den Haag 2003, p. 57-103.
- Staal, H., Collectieve actie: een recht, *SR* 1987/12, p. 394.
- Tilstra, L., *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer 1994, p. 50 ev.
- Veen, W.A. van, De grenzen van het stakingsrecht, *SMA* 1987, p. 447.
- Velde, J. van der, 'Toegestane beperkingen van rechten en vrijheden in het EVRM', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag, Koninklijke Vermande (losbl.) p. 1-2.4 e.v.
- Velden, J.H.A. van der, *Stakingen in Nederland*, Amsterdam, 2000 (IISG/IIWI).
- Ven, F.J.H.M. van der, *Advies van de werkgroep ingesteld door de minister van Justitie*, 1961.
- Wedderburn, Lord, Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology?, *ILJ* 26, 1 (1997), p. 26 ff.
- Zonderland, *Recht en plicht bij staking en tegenstaking*, Deventer 1974.

Rechtspraakregister

Europees Hof voor de rechten van de mens

EHRM 26 april 1979, A. 30 (<i>Sunday Times</i>)	4.2.1.1
EHRM 13 augustus 1981, A. 44 (<i>Young, James and Webster</i>)	4.2.1.1
EHRM 25 maart 1983, A. 61 (<i>Silver e.a.</i>)	4.1.1, 4.2.1.1
EHRM 2 augustus 1984, A. 82 (<i>Malone</i>)	4.2.1.1
EHRM 25 maart 1985, A. 90 (<i>Barthold</i>)	4.2.1.1
EHRM 26 maart 1987, A. 116 (<i>Leander</i>)	4.2.1.1
EHRM 28 maart 1990, A. 173 (<i>Groppera Radio AG</i>)	4.2.1.1
EHRM 30 juni 1993, A. 264 (<i>Sigurjónsson</i>)	4.2.1.1
EHRM 20 maart 2001 (<i>K.H.W vs. Duitsland</i>)	4.2.1.1

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 8 maart 1976, zaak 43/75, <i>Jur.</i> 1976, 455 (<i>Defrenne II</i>)	4.2.1
HvJ EG 15 oktober 1995, zaak C-415/93, <i>Jur.</i> 1996, I-5040 (<i>Bosman</i>)	4.2.1
HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, <i>Jur.</i> I-6959	5.2.1
HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (<i>Bectu</i>)	4
HvJ EG 12 juni 2003, nr. C-112/00 (<i>Eugen Schmidberger</i>)	5.2.1

Hoge Raad

HR 15 januari 1960, <i>NJ</i> 1960, 84	3.3.1.2, 3.3.1.3
HR 17 april 1970, <i>NJ</i> 1971, 89	4.3
HR 30 mei 1986, <i>NJ</i> 1986, 688	2, 3, 3.1.3, 3.3.1.2, 3.3.2.1, 4.1.2, 4.2, 4.2.3.3, 4.3
HR 7 november 1986, <i>NJ</i> 1987, 226 (<i>Hoogovens</i>)	3.3.1.1, 3.3.1.2, 4.2.2.3, 4.2.3.1, 4.2.3.2, 4.3
HR 19 april 1991, <i>NJ</i> 1991, 690	3.1.3
HR 22 november 1991, <i>NJ</i> 1992, 508	4.2.1.1, 4.2.2.4
HR 6 juni 1992, <i>NJ</i> 1993, 25	3.1.3
HR 11 november 1994, <i>JAR</i> 1994/268 en <i>NJ</i> 1995, 152	4.2.2.3, 4.2.3.1
HR 19 april 1996, <i>JAR</i> 1996/115 en <i>NJ</i> 1996, 500	3.3.1.1, 4.3
HR 21 maart 1997, <i>JAR</i> 1997/70 en <i>NJ</i> 1997, 437 (<i>VSN</i>)	4.2, 4.2.2.4, 4.2.3.3
HR 14 januari 2000, <i>NJ</i> 2000, 273; <i>JAR</i> 2000/43 (<i>Boonen/Quicken</i>)	2
HR 26 januari 2000, <i>NJ</i> 2000, 223	3.3.1.2
HR 28 januari 2000, <i>NJ</i> 2000, 292 en <i>JAR</i> 2000/63 (<i>Douwe Egberts</i>)	3.1.3, 4.1.1, 4.2
HR 1 maart 2002, <i>NJ</i> 2002, 195 en <i>JAR</i> 2002/116	3.3.1.2

Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen

HvJ NA 18 september 1979, <i>PG</i> 1980, 1511	4.1.1
HvJ NA van 12 maart 1991 (zie HR van 6 juni 1992, <i>NJ</i> 1993, 25)	3.1.3

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 13 april 1972, <i>NJ</i> 1972, 192	2, 3.1.3, 4.1, 4.2.3
Hof Amsterdam 3 mei 1973, <i>NJ</i> 1973, 251	4.1.1
Hof Amsterdam 17 november 1977, <i>NJ</i> 1978, 551	4.1.1, 4.2.3, 4.2.3.2
Hof Amsterdam 22 oktober 1981, <i>NJ</i> 1982, 23	3.1.3
Hof Amsterdam 10 mei 1984 (zie HR 7 november 1986, <i>NJ</i> 1987, 226)	3.3.1.2
Hof Amsterdam 15 november 1984, <i>NJ</i> 1985, 758	4.1.2
Hof 's-Gravenhage 17 januari 1985, <i>TAR</i> 1985, 110	4.2.2.3
Hof Amsterdam 10 september 1986	4.1.1
Hof 's-Gravenhage 13 maart 1987, <i>KG</i> 1987, 274	3.1.3
Hof Amsterdam 12 november 1987, <i>KG</i> 1988, 301	3.1.3
Hof 's-Gravenhage 15 januari 1988, <i>NJ</i> 1989, 672	4.2.3.3
Hof Amsterdam 2 februari 1989, Rolnr. 1350/88 SKG (n.n.g.)	4.2.2.4
Hof Amsterdam 14 december 1989, <i>NJ</i> 1991, 78	4.1.2, 4.2.3.3
Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1992, <i>NJ</i> 1992, 551	4.1.2
Hof Amsterdam 23 juni 1999, <i>KG</i> 1999, 191	4.2.3
Hof Leeuwarden 12 juli 2000, <i>NJ</i> 2001, 88	4.1.1
Hof Amsterdam 9 januari 2003, <i>JAR</i> 2003/34	4.2.3.2, 4.2.3.3
Hof Amsterdam (OK) 13 februari 2003, <i>JAR</i> 2003/164	3.3.1.2

Gerecht van Eerste Aanleg van Aruba

GvEA Aruba 28 juni 1979, <i>Prg.</i> 1980, p. 1425	3
--	---

Rechtbanken

Rb. 's-Gravenhage 6 mei 1981, <i>NJ</i> 1981, 542	3.3.1.1
Rb. Leeuwarden 3 februari 1999, <i>JAR</i> 1999/58	4.1.1
Rb. Zutphen 20 maart 2001, <i>JAR</i> 2001/65	1, 3.1.3, 3.2
Rb. Utrecht 1 mei 2002, <i>JAR</i> 2002/132	4.2.2.3
Rb. Amsterdam 27 juli 2002, <i>JAR</i> 2002/185	1, 3.2, 4.1.2
Rb. Utrecht 21 november 2002, <i>JAR</i> 2002/292	3.3.1.1

Voorzieningenrechter/President

Pres. Rb. Rotterdam 24 oktober 1972, <i>NJ</i> 1972, 457	3.3.1.3
Pres. Rb. Utrecht 4 en 8 februari 1977, <i>NJ</i> 1977, 79 en 80	4.2.3
Pres. Rb. Groningen 3 mei 1977, <i>NJ</i> 1978, 14	4.2.3
Pres. Rb. Amsterdam 13 mei 1980, <i>NJ</i> 1980, 403	4.2.3.3
Pres. Rb. 's-Gravenhage 6 mei 1981, <i>NJ</i> 1981, 542	4.2.2.4, 4.2.3.3
Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, <i>NJ</i> 1981, 424	3.1.3
Pres. Rb. Utrecht 11 maart 1982, <i>NJ</i> 1982, 346	3.3.1.3

Pres. Rb. Maastricht 13 maart 1982, <i>RvdW/KG</i> 1982, 49	3.1.3, 4.1.1
Pres. Rb. Amsterdam 26 maart 1982, <i>NJ</i> 1982, 214	4.2.3.3
Pres. Rb. Amsterdam 16 november 1982, <i>NJ</i> 1983, 347	4.2.2.4, 4.2.3.3
Pres. Rb. Rotterdam 16 november 1983	4.2.2.3
Pres. Rb. Rotterdam 25 november 1983, <i>KG</i> 1983, 356	4.1.2
Pres. Rb. Leeuwarden 21 november 1985, <i>NJ</i> 1987, 71	3.3.1.1
Pres. Rb. Utrecht 17 december 1985, <i>KG</i> 1986, 134	4.2.2.3, 4.2.3.3
Pres. Rb. Dordrecht 29 april 1986, <i>KG</i> 1986, 221	4.2.3.3
Pres. Rb. Utrecht 2 mei 1986	4.1.1
Pres. Rb. Utrecht 13 oktober 1988	4.2.2.4
Pres. Rb. Amsterdam 21 mei 1990, <i>KG</i> 1990, 194	4.2.2.4, 5.2.1
Pres. Rb. Utrecht 25 september 1991, <i>KG</i> 1991, 346	3.3.1.1, 4.1.2, 4.2.2.4, 4.2.3.1, 4.2.3.3
Pres. Rb. Utrecht 26 september 1991, <i>KG</i> 1991, 347	3.3.1.1, 4.1.1, 4.2.3.2
Pres. Rb. Rotterdam 1 oktober 1991, <i>KG</i> 1991, 350	4.2.3.1
Pres. Rb. Groningen 3 oktober 1991, Rolnr. <i>KG</i> 187/91	4.1.1
Pres. Rb. Haarlem 3 oktober 1991, <i>KG</i> 1991, 351	4.1.1, 4.2.3
Pres. Rb. Rotterdam 11 november 1991, <i>KG</i> 1992, 23	4.2.3.3
Pres. Rb. Amsterdam 27 juli 1992, <i>KG</i> 1992, 285	4.1.2
Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1993, <i>JAR</i> 1993/153	4.1.2
Pres. Rb. Leeuwarden 19 juni 1993, <i>JAR</i> 1993/155	4.1.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 april 1994, <i>JAR</i> 1994/106	4.2.3.3
Pres. Rb. Haarlem 24 januari 1995, <i>JAR</i> 1995/33	4.1.2, 4.2.2.4
Pres. Rb. Rotterdam 8 oktober 1997, <i>JAR</i> 1997/229	3.2, 4.1.1
Pres. Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, <i>JAR</i> 1998/195 en <i>KG</i> 1998, 257	3.1.3, 3.3.1.3
Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1998, <i>KG</i> 1998, 261	3.3.1
Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1998, <i>KG</i> 1999, 66	4.1.1, 4.2.3, 4.2.3.1
Pres. Rb. Amsterdam 18 juni 1999, <i>KG</i> 1999, 190	4.2.3
Pres. Rb. Rotterdam 4 november 1999, <i>JAR</i> 1999/273	4.1.1
Pres. Rb. Rotterdam 5 oktober 2000, <i>KG</i> 2000, 215	4.1.2
Pres. Rb. Zutphen 20 maart 2001, <i>KG</i> 2001, 254	4.1.2
Pres. Rb. Zutphen 20 maart 2001, <i>JAR</i> 2001/165	4.1.1
Pres. Rb. Rotterdam 23 mei 2001, <i>JAR</i> 2001/108	4.1.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 november 2001, <i>KG</i> 2002, 3	4.1.1
Vzngr. Rb. Utrecht 11 april 2002, <i>JAR</i> 2002/97	4.2.3, 4.2.3.2, 4.2.3.3
Vzngr. Rb. Utrecht 3 februari 2003 (<i>Sphinx</i>), n.n.g.	3.1.3, 3.3.1.1, 4.1.1, 4.2.3.1
Vzngr. Rb. Utrecht 3 februari 2003, 157119/ <i>KG</i> ZA 03/84 (n.n.g.)	4.1.2
Vzngr. Rb. Utrecht 11 april 2003, <i>JAR</i> 2003/102 en <i>KG</i> 2003, 120 (<i>CSU Schoonmaak</i>)	3.1.3, 4.2.3.1
Vzngr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, <i>JAR</i> 2003/193 (<i>Aldi</i>)	3.1.3, 3.1.4

Reeks van de vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkegelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1
- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9

- 20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBN 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamer, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8
- 28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 532 9
- 29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 577 9
- 30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.), Arbeidsrecht in internationaal perspectief.
ISBN 90 2683 820 4

Het stakingsrecht is als andere belangrijke delen van het arbeidsrecht rechtensrecht.

In 1986 wees de Hoge Raad het baanbrekende NS-arrest. Omdat een wettelijke basis onder het stakingsrecht ontbrak, baseerde ons hoogste rechtscollege het stakingsrecht op een bepaling uit het internationale recht: artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest.

Na 1986 heeft de rechter niet stil gezeten. In een hele rij van uitspraken van rechtbankpresidenten, gerechtshoven en de Hoge Raad is intussen een ingewikkeld netwerk van hoofd- en zijsporen opgebouwd. Is het voor insiders ingewikkeld, ook vakbonden en werkgevers zijn niet zelden het spoor bijster en zelfs rechters lijken door de bomen het bos niet meer te zien. Stakingen worden verboden omdat zij niet als 'uiterste middel' worden ingezet of omdat zij derden onevenredig nadeel berokkenen.

In de rechtspraak wordt veel waarde en betekenis toegekend aan de oordelen van het Europees Comité voor Sociale Rechten van de Raad van Europa dat toeziet op de correcte naleving van het Europees Sociaal Handvest. De laatste jaren is het Comité kritisch over de wijze waarop dit artikel in de rechtspraak wordt toegepast. De criteria die in de Nederlandse rechtspraak worden gehanteerd, zijn volgens het Comité niet helemaal 'ESH bestendig'.

De vraag is dan ook: Kan het stakingsrecht in ons land wel blijven zoals het is, of moet het op een nieuw spoor gezet worden?

De auteur laat de rechterlijke uitspraken sinds het NS-arrest van de Hoge Raad de revue passeren. Op basis van een uitgebreide en precieze analyse van de rechtspraak wordt nagegaan of en zo ja, op welke punten zij op gespannen voet staat met de 'jurisprudentie' van het Europees Comité voor Sociale Rechten. Het 'uiterste middel'-criterium en het 'evenredigheids'-criterium zijn volgens de auteur in de vorm waarin zij worden gehanteerd, niet houdbaar meer. Een andere koers is nodig. In dit boek worden daarvoor verschillende suggesties gedaan.

De auteur is hoogleraar Sociaal Recht aan de Juridische Faculteit van de Universiteit Utrecht. Van 1990 tot 1996 was hij lid van het Europees Comité voor Sociale Rechten van de Raad van Europa.