

Slechts een beetje staken mag?

Het collectief actierecht ex art. 6 lid 4 en 31 ESH in de Nederlandse rechtspraak

Prof. mr. L.C.J.Sprengers en mr. R.v.d. Stege

Het recht tot het voeren van collectieve vindt in Nederland zijn grondslag in het Europees Sociaal Handvest. In 1986 achtte de Hoge Raad artikel 6 lid 4 van het Handvest rechtstreeks van toepassing. De uitspraken van de rechter zijn mede bepalend voor de wijze waarop heden ten dage vorm wordt gegeven aan het collectieve actierecht. De vraag is onder meer of het Handvest op correcte wijze invulling wordt gegeven door de Nederlandse rechter. Mede aan de hand van de oordelen van het Comité van Deskundigen, is de conclusie dat dit op onderdelen niet het geval is. Het Comité heeft Nederland in het vooruitzicht gesteld dat de Nederlandse rechtspraak nauwlettend zal worden gevolgd. De vraag is in welke mate de rechtspraak in Nederland zal worden beïnvloed door de terechtwijzingen van het Comité.

1. Inleiding

Nederland is een land zonder rijke stakingstraditie. De Nederlandse arbeidsverhoudingen kenmerken zich door een uitgebreide overlegcultuur. Het door de een verguisde en door de ander geprezen poldermodel is kenmerkend voor de wijze waarop binnen de Nederlandse arbeidsverhoudingen getracht wordt om tot consensus te komen of tot dusdanige compromissen dat beide partijen daar voldoende in kunnen herkennen. De neiging om in overleg tot oplossingen te komen, leidt er mede toe dat in de Nederlandse arbeidsverhoudingen relatief weinig wordt gestaakt. In de periode 1996-2001 zijn er per 1000 werknemers in Nederland gemiddeld 5 dagen gestaakt. Daarmee neemt Nederland de 12^e plaats in op een lijst van 15 Europese landen.¹ In 2002 was vanwege de staking in de bouwnijverheid het aantal stakingsdagen wat hoger.²

Wanneer er wel sprake is van collectieve acties wordt de daarmee gepaard gaande overlast veelal breed uitgemeten en bij de publieke beeldvorming over de acties en actievormen betrokken, zeker bij acties in de publieke sector.

De rechter, onderdeel uitmakend van de Nederlandse samenleving, zal deze achtergronden meenemen bij de beoordeling van de geoorloofdheid van collectieve acties in voorkomende gevallen. In de rechtspraak wordt veel aandacht besteed aan de aard van het geschil, de actievorm, de spelregeltoets³ en de schade van derden. Op deze rechtspraak is in het verleden wel kritiek geuit, omdat de uitkomsten van deze toetsing van de collectieve acties, leiden tot een beperking van het collectief actierecht. Slechts een beetje staken mag.⁴

In Nederland is geen stakingswet voor handen of een daarmee gelijk te stellen regeling. De juridische basis voor het collectief actierecht is te vinden in de direct werkende bepaling van art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH). Deze bepaling luidt:

‘Ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen verbinden de Overeenkomstsluitende Partijen zich: (...) en erkennen

¹ Gegevens afkomstig Eurostat, zie ook NRC 17 april 2002.

² In totaal 245.000 stakingsdagen, waarvan 91% in de bouwnijverheid. CBS-publicatie op webmagazine, 12 mei 2003, www.cbs.nl.

³ Zie voor hetgeen onder spelregeltoets wordt verstaan paragraaf 5.

⁴ L.C.J.Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, (diss. UvA) Deventer: Kluwer 1998, p. 139.; A.T.J.M.Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 178-182.

4. het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens de verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten.’

Deze verdragsbepaling vormt de basis voor de geoorloofdheid van collectieve acties in Nederland als ook in landen met veel rijkere stakingstraditie als bv. Frankrijk of Italië. Het Comité van Deskundigen, dat is belast met het toezicht op een juiste naleving van het ESH door de lidstaten, heeft in 2002 een negatief oordeel uitgesproken over de rechtspraak van de Hoge Raad over de beperkingen die geoorloofd zijn op het recht op het voeren van collectieve actie ex. art. 6 lid 4 ESH. In de Conclusions van 2004 is dit oordeel nader toegelicht.⁵ In art. 31 ESH is aangegeven dat onder meer het recht als geregeld in art. 6 lid 4 ESH geen beperkingen mogen ondergaan:

‘met uitzondering van die (beperkingen) welke bij wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden.’

In dit artikel willen we aan de hand van de recente rechtspraak en de opvattingen van het Comité over het collectief actierecht nagaan wat de betekenis is van art. 6 lid 4 en 31 ESH voor de Nederlandse rechtspraak.

2. Aantal procedures

Alvorens daarop in te gaan staan we eerst stil bij het aantal en soort gerechtelijke procedures op het terrein van het collectief actierecht. In de periode 1998-2003 zijn er 31 geschillen aan de rechter voorgelegd die betrekking hebben op collectieve acties, de geoorloofdheid daarvan (25), het al dan niet inhouden van beloning (2) of over schade van derden (4).

Tabel 1: Aantal en soort geschillen inzake collectieve acties 1998-2003⁶

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Totaal
Collectieve Acties							25
Kort Geding	3	3		5	4	5	20
Hoger Beroep	1	1	1			1	4
Hoge Raad			1				1
Loonvordering							2
Kantonrechter	1						1
Hoge Raad		1					1
Schade Derden							4
Kort geding				1			1
Bodem		1			2		2

⁵ Voor informatie over de Conclusion van het Comité zie de website van de ESC www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/.

⁶ Gegevens zijn gebaseerd op in JAR, NJ en KG gepubliceerde rechtspraak en een aantal niet-gepubliceerde uitspraken. Het kan zijn dat er nog meer uitspraken zijn geweest, maar dit zal niet om grote aantallen gaan, omdat de meeste rechtspraak op het terrein van het collectief actierecht wordt gepubliceerd.

Totaal							31

Als gekeken wordt naar het effect van de rechterlijke oordelen op het verloop van collectieve acties, dan zijn vooral de vonnissen van de kort gedingrechter van belang. In een kort geding in eerste aanleg gaat het om de vraag of een actie mag starten of, als deze al is gestart, of deze moet stoppen.⁷ In de 20 kort gedingvonnissen in de periode 1998-2003 is in 12 gevallen de collectieve actie niet als onrechtmatig beschouwd, waardoor de acties konden starten of doorgaan. In 8 vonnissen is een verbod op acties uitgesproken, waarbij in 3 gevallen sprake was van een wilde staking.

Daaruit blijkt dat de rechter in de situatie dat hem wordt gevraagd preventief in te grijpen voorafgaand aan een aangekondigde actie of tijdens een reeds lopende actie een dergelijke ingrijpen niet schuwt. Dit kan zijn omdat de actie niet valt onder art. 6 lid 4 ESH of, daar waar daar wel sprake van is, op andere gronden, zoals de spelregeltoetsing of schade van derden, oordeelt dat de actie onrechtmatig is.

In 60% van de vonnissen in eerste aanleg heeft de rechter de acties geoorloofd geacht. Dit heeft vervolgens mede een effect gehad op het verloop van het conflict. In de meeste gevallen is vrij snel daarna tussen partijen een akkoord bereikt. De werkgever beseft dat nu de acties door de rechter niet worden verboden, snel hernieuwd overleg gewenst is om het oplopen van de schade door het starten of voortduren van de acties te voorkomen. Of partijen tot een akkoord kunnen komen, hangt uiteindelijk af van de kloof tussen hun standpunten. In het stakingsconflict bij de ambulancezorg in 2003 heeft de rechter de acties geoorloofd geacht,⁸ maar hebben de acties daarna nog geruime tijd geduurd, zonder dat uiteindelijk de belangrijkste eis van de vakbonden is ingewilligd. Het geschilpunt betrof de wens van de particuliere werknemers in deze bedrijfstak om net als de werknemers in de ambulancezorg bij de overheid met 55 jaar te kunnen uitreden.

Deze cijfers zijn in zekere mate illustratief voor de invloed van de rechtspraak bij collectieve acties, maar daarbij dient ook een kanttekening te worden geplaatst. Het komt geregeld voor dat er collectieve acties plaatsvinden zonder dat er een rechterlijke toetsing van de geoorloofdheid van acties plaatsvindt.⁹ Slechts een enkele keer vindt nog achteraf een rechterlijke toetsing plaats in verband met een claim tot vergoeding van de schade die de werkgever of derden hebben geleden ten gevolge van deze acties.

3. Afbakening geschillen

Van een recht op collectief optreden is sprake in geval van een belangengeschil, zo is in artikel 6 lid 4 ESH opgenomen. Het collectieve optreden staat in dienst van de uitoefening van het onbelemmerde recht tot collectief onderhandelen. Het Comité van Deskundigen formuleert de navolgende regel ten aanzien van collectieve onderhandelingen:¹⁰

‘Any bargaining between one or more employers and a body of employees (whether ‘de jure’ or ‘de facto’) aimed at solving a problem of common interest, whatever its

⁷ Een heel enkele keer komt het voor dat via een spoed-appel het Gerechtshof nog om een oordeel wordt gevraagd dat nog effect heeft in een nog lopend stakingsconflict, bv. Gerechtshof Amsterdam 23 juni 1999, *JAR* 1999, 175.

⁸ Vzgnr. Maastricht, 31 juli 2003, *JAR* 2003, 206.

⁹ Zie voor een beschrijving S. van der Velden, *Stakingen in Nederland*, (diss. Leiden), Amsterdam ISG/NIWI, 2000.

¹⁰ Conclusions IV, p. 50.

nature may be, should be regarded as “collective bargaining” within de meaning of article 6.’

Volgens het Comité erkent het ESH het collectieve actierecht van iedereen die in loondienst arbeid verricht, al dan niet door een vakbond georganiseerd, in alle gevallen waarin sprake is van een belangengeschil, dat wil zeggen een gezamenlijk probleem dat zich leent voor een oplossing door het voeren van collectieve onderhandelingen. Ook een actie ter verdediging van de uitkomst van collectieve onderhandelingen, bijvoorbeeld tegen de overheid, wordt als belangengeschil gezien, in ieder geval wanneer de overheid als de materiële werkgever valt aan te merken. De collectieve acties die uiteindelijk leidden tot het NS-arrest¹¹, als ook de WAO-acties die plaatsvonden in het najaar van 1991,¹² richtten zich tegen overheidsbeleid op het terrein waarop normaal gesproken door werkgever en bonden wordt onderhandeld, doch keerden zich tegen de werkgever. Deze posities doen niet af aan het in artikel 6 ESH gewaarborgde recht tot de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen en het hieruit voortvloeiende recht om dit recht kracht bij te zetten met het voeren van collectieve acties. Dit zal normaal gesproken anders zijn indien de acties zich richten tegen overheidsbeleid buiten de terreinen die onderwerp van overleg zijn tussen de bonden en werkgevers, bijvoorbeeld acties die zich zouden richten tegen de deelname van Nederland aan de Golf-oorlog. Richt een collectieve actie zich tegen de overheid, doch keert de actie zich tegen de werkgever, dan is de positie van de werkgever die van ‘een derde’ in de zin van artikel 31 ESH (zie hierna paragraaf 6).

In het NS-arrest overwoog de Hoge Raad over het vereiste van een belangengeschil dat het moet gaan om:

‘een geschil zowel met betrekking tot de belemmering in de uitoefening van het recht op collectief onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in dienst van NS, welke voorwaarden in elk geval bij CAO plegen te worden vastgesteld, als met betrekking tot die arbeidsvoorwaarden.’

Uit de rechtspraak van de afgelopen jaren valt af te leiden dat de kort geding-rechter niet snel tot de conclusie komt dat er sprake is van een rechtsgeschil. Er wordt gekozen voor een ruime uitleg. De Voorzieningenrechter te Utrecht overwoog dit onder meer over de staking bij de Sphinx fabrieken.¹³ Hij meende dat, gezien de ratio van artikel 6 lid 4 ESH, namelijk de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen teneinde het recht op vereniging van werknemers volledig te kunnen uitoefenen, het begrip belangengeschil ruim uitgelegd dient te worden. Elk geschil tussen een werkgever en (een deel van) zijn personeel dat door collectief onderhandelen kan worden opgelost dient als belangengeschil in de zin van artikel 6 lid 4 ESH worden aangemerkt. Het belangengeschil moet worden onderscheiden van het rechtsgeschil, waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan een rechtsgeschil met betrekking tot het bestaan, de geldigheid en de interpretatie van een CAO of de schending daarvan.¹⁴

In 2003 achtte de Voorzieningenrechter te Utrecht een door FNV Bondgenoten ingezette actie tegen Aldi onrechtmatig onder meer omdat er geen sprake was van een belangengeschil in de zin van het ESH en voor zover hiervan wel sprake was de vakbond in alle redelijkheid niet tot

¹¹ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

¹² HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152.

¹³ Vzgnr. Utrecht 3 februari 2003, Kg.nr. 157119/KGZA 03-84.

¹⁴ Een vergelijkbaar oordeel in Vzgnr. Utrecht 11 april 2003, *JAR* 2003, 120.

de actie had kunnen besluiten.¹⁵ Bij deze uitspraak valt naar onze mening een kanttekening te plaatsen. De inzet van de vakbond, die overigens een wilde actie overnam, was gericht op een verbetering van de arbeids sfeer, de in dit verband te creëren randvoorwaarden en een opheffing van de schorsing van een tweetal werknemers. Naar de mening van de vakbond was deze schorsing een exponent van de verziekte arbeidsverhoudingen binnen Aldi. De Voorzieningenrechter meende dat er sprake zou zijn van een belangengeschil in de zin van het ESH indien de schorsing van de twee betrokkenen een directe relatie zou hebben met het collectieve geschil over de arbeidsverhoudingen binnen Aldi. Hij oordeelde dat deze relatie er niet was. Naar onze mening was er geen reden, gezien het standpunt van het Comité van Deskundigen dat ieder probleem van gemeenschappelijk belang zich leent voor collectief onderhandelen en de kennelijke context waarbinnen de schorsing zich voordeed, om niet tot een belangengeschil in de zin van het ESH te concluderen. De voorzieningenrechter oordeelt niet conform de normen van het ESH daar waar hij een zuivere proportionaliteitstoets op de kwestie loslaat. De inhoud van de eis van de vakbond –in de kern het voeren van overleg met Aldi- verhoudt zich niet met het middel van werkstaking, zo meent hij. Het probleem hierbij is niet zozeer de toets als zodanig, doch wel dat nergens uit blijkt dat deze plaatsvindt met inachtneming van het gestelde in artikel 31 ESH. Er vindt een zuivere afweging plaats tussen de inhoud van de eisen van de vakbond en het in verband hiermee door de vakbond ingezette middel en de mogelijk hieruit voortvloeiende schade voor Aldi. Daarmee gaat de rechter te veel op de stoel van de vakbond zitten.

Het afwezig zijn van een belangengeschil in de zin van het ESH betekent naar onze mening overigens niet dat in geen enkel geval tot collectieve actie kan worden overgegaan. Een actie zal dan aan de reguliere onrechtmatigheidscriteria moeten worden getoetst. Zo zal het structureel in collectieve zin niet nakomen van een CAO-verplichting voor werknemers een reden op kunnen leveren om hun arbeidsprestatie op te schorten. Het oproepen hiertoe zal, alhoewel er strikt genomen geen sprake is van een belangengeschil in de zin van het ESH en er op zichzelf genomen nog sprake is van een rechtsweg, niet altijd een onrechtmatige daad hoeven op te leveren. Zo oordeelde het Gerechtshof Arnhem een wilde staking rechtmatig van vrachtwagenchauffeurs, die hun verplichting om te werken hadden opgeschort, omdat de werkgever gemaakte afspraken over uitbetaling van achterstallige loon over toeslagen en overuren niet nakwam.¹⁶

Valt een collectieve actie onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, dan is het uitgangspunt dat de collectieve actie rechtmatig is, indien verder ook een aantal spelregels in acht is genomen en behoudens het bepaalde in artikel 31 ESH.

4. Vormen van acties

In artikel 6 lid 4 ESH wordt het recht erkend van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht. Wat moet nu onder collectief optreden worden verstaan? Opvallend is dat bij de totstandkoming van het ESH niet diepgaand werd ingegaan op de vraag wat kon worden verstaan onder een collectieve actie. Betten constateerde in 1991 dat over de invulling van de term collectieve actie met geen woord werd gerept ten tijde van de totstandkoming van het ESH.¹⁷ De discussie beperkte zich tot de vraag of het recht op staking en het recht op uitsluiting opgenomen dienden te worden opgenomen in het ESH. Noch uit de tekst van het ESH, noch uit de Conclusions van het Comité van Deskundigen is de conclusie te trekken dat het begrip

¹⁵ Vzgnr. Utrecht 16 juli 2003, *JAR* 2003/193.

¹⁶ Gerechtshof Arnhem 24 februari 2004, rolnr. 2003/409 (Vaartjes Transport Losser BV/FNV Bondgenoten).

¹⁷ L. Betten, 'Hoge Raad worstelt verder met het Europees Sociaal Handvest', *SR* 1991, p. 200-206.

collectieve actie één op één te vereenzelvigen is met de zich tegen de werkgever richtende en kerende algehele werkstaking, door de Hoge Raad wel aangeduid als het ‘normale type actie’. Dit wordt ook onderkend door de Hoge Raad in het NS-arrest, waarin door de Hoge Raad onder meer expliciet wordt aangegeven dat vormen van collectieve actie, zoals stiptheidsacties, langzaam-aan-acties en werkonderbrekingen onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vallen. Deze vormen van actie wijken volgens de Hoge Raad niet dusdanig af van de algehele zich tegen de werkgever richtende werkstaking, dat zij buiten de bescherming van artikel 6 lid 4 ESH dienen te vallen. In hetzelfde arrest overwoog de Hoge Raad verder nog wel dat ook een werkgever, die wordt geconfronteerd met een actievorm die afwijkt van de klassieke werkstaking, het -al dan niet volledige- loon kan korten van in beginsel het gehele personeel nu een dergelijke actie geacht wordt meer in de risicosfeer te liggen van de werknemers, dan die van de werkgever.

In de afgelopen jaren heeft zich een aantal keren een procedure voorgedaan waarbij ook de vorm van de actie in het geding was. In een geschil in de Rotterdamse haven was onder meer de vraag aan de orde geweest of de guerrillatactiek die de bonden hanteerden een aanvaardbare vorm van actie was. Het ging om een actie waarbij telkens het werk werd neergelegd op het moment dat er een boot aankwam die gelost dient te worden. De werkgever was van mening dat hier het fair-play beginsel door de bonden werd geschonden, mede omdat er nauwelijks een beroep op de stakingskas behoefde te worden gedaan. Dit argument werd niet door de rechter gehonoreerd. Het gegeven dat de bonden vanwege de vorm van de collectieve actie in mindere mate de stakingskas hoeven te openen is op zich geen reden om de actie onrechtmatig te achten.¹⁸ Uit het NS-arrest, kan worden afgeleid dat de specifieke, in de termen van de Hoge Raad, evenwichtsversturende vorm van de actie bij de vraag of de bonden in alle redelijkheid tot het voeren van collectieve actie konden besluiten wel een rol speelt. Het antwoord op deze vraag zal normaal gesproken eerder ontkennend zijn in geval van van het normale type actie afwijkende vormen.

Een andere vorm van collectieve actie is het gratis openbaar vervoer, waarbij de bonden hun leden oproepen tot het niet controleren en verkopen van kaartjes. In 1983 oordeelde de President van de Rechtbank Utrecht dat deze actievorm niet valt onder de werking van art. 6 lid 4 ESH, omdat een vergelijking met een staking niet opgaat daar de financiële gevolgen van een actie als deze voor de werkgever veel ernstiger zijn.¹⁹ Mede op grond van dit vonnis zijn de vakbonden, naar onze mening ten onrechte, zeer terughoudend geweest over de gebruikmaking van deze vorm van actie. In 2003 is deze actievorm voor het eerst weer gehanteerd. Het Gerechtshof Amsterdam²⁰ oordeelde, in navolging van de voorzieningenrechter te Utrecht²¹, dat deze vorm van actie niet zodanig ver van het normale type van collectieve actie afligt, dat zij niet meer onder het ESH valt. Ongevraagd overwoog het Hof nog wel dat de werkgevers in het openbaar vervoer gerechtigd zijn om het gehele personeel een aanzienlijk gedeelte van het salaris niet uit te betalen over de dagen waarop de actie werd gevoerd en noemt daarbij, volledig uit de lucht gegrepen, een percentage van 50%. Deze overweging zonder verdere onderbouwing verbaast.²²

Stiptheidsacties, kortere of langere werkonderbrekingen, langzaam-aan-acties, het draaien van zondagsdiensten, gratis openbaar vervoer, het betreft allemaal vormen van actie waarvan gesteld kan worden dat zij onder het bereik van het ESH vallen.

¹⁸ Pr.Rb. Rotterdam 23 mei 2001, *JAR* 2001,108.

¹⁹ Pr. Rb. Utrecht 10 augustus 1983, nr. 294/1983.

²⁰ Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2003, *JAR* 2003, 34.

²¹ Vzgnr. Utrecht 11 april 2002, *JAR* 2002, 97.

²² Zie voor kritiek op deze overweging ook R.Hansma, ‘Gratis openbaar vervoer: gaan de vakbonden het gelag betalen?’, *SMA* 2003-5, p. 214-217.

De vraag is voorts of de bedrijfsbezetting ook onder de door artikel 6 lid 4 ESH gedekte vormen van actie is te plaatsen. In het Elka-arrest uit 1991 oordeelde de Hoge Raad over de bedrijfsbezetting van Elka, een supermarktketen.²³ De Hoge Raad meende dat de opstellers van het ESH uitgegaan waren van de zich tegen de werkgever kerende werkstaking, het door de Hoge Raad genoemde 'normale type actie'. De Hoge Raad meent dat niet aannemelijk is dat de opstellers van art. 6 lid 4 ESH voor ogen stond een bedrijfsbezetting – gezien het onmiddellijk vergaande doel en het rigoureuze karakter er van- onder de bescherming van de verdragsbepaling te laten vallen. In het arrest werd verder geen uitspraak gedaan over de rechtmatigheid van de bedrijfsbezettingen in het algemeen. In casu werd de bedrijfsbezetting niet rechtmatig geacht, nu het beoogde doel ook door een rechterlijke tussenkomst had kunnen worden bereikt (enquêteprocedure). Het is de vraag of het standpunt van de Hoge Raad dat de opstellers van het ESH de bedrijfsbezetting niet onder de bescherming van het ESH hebben willen laten vallen, wel juist is. Hiervoor zijn geen aanwijzingen te vinden in de case law bij het ESH, noch uit de conclusie van het Comité van Deskundigen.²⁴

Overigens acht de advocaat-generaal Koopmans in zijn conclusie bedrijfsbezettingen gedekt door het ESH, althans voor zover de gebruikelijke strijdmiddelen ineffectief zijn en de mogelijkheden tot onderhandeling en rechterlijke tussenkomst uitgeput zijn.

De President van de Rechtbank Den Bosch meende in 1993 in een geschil rondom de sluiting van een slachterij dat het toegepaste middel, een bedrijfsbezetting, of een daarop gelijkend middel, evenals staking, in beginsel de bescherming verdient van artikel 6 lid 4 ESH.²⁵ Het Gerechtshof Amsterdam achtte een bedrijfsbezetting met als doel de onderneming van de ondergang te redden en aldus de werkgelegenheid voor een belangrijk deel veilig te stellen, in beginsel een collectieve actie in de zin van art. 6 lid 4 ESH en dus rechtmatig.²⁶ Beide bedrijfsbezettingen werden overigens op andere gronden alsnog verboden.

De vakbonden in Nederland gaan zelden over tot het oproepen tot een bedrijfsbezetting. De rechtspraak in dit verband zal hieraan mede debet zijn. Naar onze mening is er op zichzelf geen reden om een bedrijfsbezetting als actievorm uit te sluiten van de bescherming van artikel 6 lid 4 ESH. Het is een vorm van collectieve actie, net zoals bijvoorbeeld de gehele of gedeeltelijke werkonderbreking, of stiptheidsacties, die overigens ook veel meer schade (kunnen) veroorzaken. Uitgangspunt is dat bedrijfsbezettingen onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vallen. Een eventuele beperking zal aan de hand van artikel 31 ESH dienen plaats te vinden.

Bij blokkades is de lijn in de rechtspraak dat deze geacht worden onrechtmatig te zijn, met name vanwege de inbreuk op subjectieve rechten van anderen. Het gaat hier dan met name om werkwilligen die niet in de gelegenheid worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten of om andere personen die de leiding van het bedrijf wenst toe te laten op het bedrijfsterrein (bv. leveranciers). In het laatste decennium is zeer spaarzaam van dit actiemiddel gebruik gemaakt, hetgeen zonder enige twijfel te maken had met de oordelen van rechters in de periode daaraan voorafgaand. De President van de rechtbank Den Haag overwoog in 1994 dat het stakingsrecht niet mede het recht omvat om de voortgang van de productie of distributie van gereed product te beletten, noch om de toegang te versperren voor werkwilligen en derden-leveranciers.²⁷ In 1995 kwam de President van de rechtbank Rotterdam tot het oordeel dat het enkele feit dat de staking reeds enkele weken duurt en onderhandelingen tot dusver

²³ HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 690.

²⁴ L. Betten, 'Hoge Raad worstelt verder met het Europees Sociaal Handvest', *SR* 1991, p. 205-206.

²⁵ Pr. Rb. Den Bosch 7 januari 1993, rolnr. 40/93.

²⁶ Gerechtshof Amsterdam 11 juli 1996, *JOR* 1997, 114.

²⁷ Pr. Rb Den Haag 27 november 1994, *JAR* 1994, 106.

niet het gewenste resultaat hebben opgeleverd onvoldoende reden oplevert om zodanig zware maatregelen als belemmering van de bewegingsvrijheid van anderen te rechtvaardigen.²⁸ Het Comité stelt in een van zijn Conclusions dat gewelddadig optreden en acties die werkwilligen beletten aan het werk te gaan niet door artikel 6 lid 4 ESH worden gedekt.²⁹ Bij een blokkade waarbij geweld niet aan de orde is en waarbij werkwilligen de toegang tot het werk niet wordt belet, zal de gedektheid door het ESH naar onze mening dus het uitgangspunt dienen te zijn. Ook hier zal een eventuele beperking louter aan de hand van artikel 31 ESH kunnen plaatsvinden.³⁰

5. Spelregels

In vrijwel iedere procedure waarin een verbod op collectieve actie in het geding is, komen de zwaarwegende procedure regels, de spelregels, aan de orde die partijen in acht dienen te nemen. Hierbij wordt met name gedoeld op het ultimatum-remedium-vereiste en de aanzeggingsregel. Uit de rechtspraak kan worden geconcludeerd dat er bij het initiëren van een collectieve actie sprake dient te zijn van inachtneming van de benodigde zorgvuldigheid. Het is de vraag of deze criteria zich goed verhouden met het ESH. Hierop wordt in onderdeel 8 nader op ingegaan.

De eerste spelregel, het ultimatum-remedium-vereiste, impliceert dat de bonden de collectieve actie als uiterste middel inzetten nadat zij kunnen en mogen concluderen dat (verder) overleg geen zin meer heeft, een en ander mede gezien de wederzijdse standpunten. Vaak zal het zo zijn dat één van de partijen, of soms zelfs beide partijen, tijdens de onderhandelingen een eindbod op tafel legt dat niet aanvaardbaar is voor de andere partij. Vakbonden plegen hun eisen gewoonlijk dan nog een keer in een ultimatum te verwoorden. Hierin worden dan (nog eens) de eisen van de vakbonden op een rijtje gezet en wordt de werkgever indien hij binnen een bepaalde termijn niet aan deze eisen voldoet, een collectieve actie in het vooruitzicht gesteld. In veel aan de rechter voorgelegde geschillen, is de stelling van werkgeverszijde dat de vakbond niet voldoet aan het ultimatum-remedium-vereiste. ‘We zijn nog helemaal niet uitgepraat’, zo luidt dan het betoog. De vakbonden grijpen te snel naar het middel van collectieve actie. Vaak zal de rechter aan de hand van de door partijen geschetste feiten en omstandigheden tot een oordeel dienen te komen over de vraag of partijen zijn uitonderhandeld. Het gevaar van de hantering van dit vereiste door de rechter is dat hij in voorkomende gevallen bijna gedwongen wordt om op de stoel van de vakbonden te gaan zitten. Opvallend is dat de Nederlandse rechter relatief veel gewicht toekent aan het ultimatum-remedium-vereiste. Niet alleen met betrekking tot de vraag of partijen feitelijk uitonderhandeld zijn, doch ook met betrekking tot de vraag of van de bonden in alle redelijkheid nog kan worden verwacht om (verder) te onderhandelen. De President van de Rechtbank Leeuwarden wees op de opbouw van het ESH (overleg, onderhandelen, bemiddeling, collectieve actie) en meende dat een staking als uiterste middel moet worden beschouwd.³¹ Dit houdt in dat slechts naar dit zware wapen mag worden gegrepen als andere middelen om overeenstemming te bereiken hebben gefaald. Het betrof hier een wilde actie van personeel van NS Reizigers. In februari 1999 oordeelde dezelfde President over een staking waarbij FNV Bondgenoten van het schoonmaakbedrijf Abilis een financiële

²⁸ Pr. Rb. Rotterdam 7 april 1995, *KG* 1995, 206.

²⁹ Conclusions XII-1, 1992, p.131

³⁰ Zo ook F.Dorsssemont, ‘De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht?’, *SR* 2002-11, p. 322/323.

³¹ Pr. Rb. Leeuwarden 8 december 1998, *KG* 1999, 66.

afbouwregeling eiste ten behoeve van personeel dat werd geconfronteerd met een urenvermindering. Deze afbouwregeling dient overeen te komen met het voorstel, zoals dit door de FNV was ingebracht in de CAO-onderhandelingen voor de bedrijfstak-CAO. De President meende dat partijen nog niet waren uitonderhandeld en vond bovendien dat van Abilis niet kon worden verlangd de door de FNV voorgestelde regeling te hanteren nu deze op bedrijfstakniveau nog onderwerp van onderhandeling was. Hij achtte de staking prematuur en het nagestreefde doel van de FNV te gering van aard in relatie tot het hanteren van het stakingswapen en verbood de acties.³²

In de casus die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad in 2000³³ heeft de mededeling van Douwe Egberts dat uitbesteding van activiteiten tot de mogelijkheden behoort arbeidsonrust bij het personeel tot gevolg. In verband hiermee gingen de vakbonden over tot het stellen van een eis -zij wilden dat de werknemers ook bij uitbesteding in dienst zouden blijven van Douwe Egberts- waaraan dient te worden voldaan in geval van de uitbesteding van activiteiten. Douwe Egberts meende dat het nog te vroeg was om conclusies te trekken en dat verder onderzoek tot uiteindelijke standpuntbepaling zal gaan leiden. De vakbonden gingen hiermee niet akkoord en stelden een ultimatum waaraan door Douwe Egberts niet werd voldaan. In kort geding stelde Douwe Egberts dat de acties volstrekt voorbarig waren, omdat er nog geen enkele beslissing was genomen. Douwe Egberts werd in eerste aanleg in en hoger beroep in het gelijk gesteld. De Hoge Raad meent vervolgens, met het Hof en de President van de Rechtbank, dat het ultimatum remedium-vereiste was geschonden. De vakbonden stelden in cassatie, zonder succes, nog wel dat het ultimatum remedium- vereiste niet te verenigen is met inhoud en strekking van het ESH.

Dat het oordeel van de Hoge Raad zich niet goed verhoudt met het standpunt van het Comité van Deskundigen moge blijken uit de twee laatste Conclusions (zie hierna 8).

In de lagere rechtspraak wordt overigens in een aantal gevallen door de Voorzieningenrechter overwogen dat de vraag met betrekking tot het ultimatum remedium-vereiste met de nodige terughoudendheid dient te worden beantwoord.³⁴ In 2002 werd een wilde actie van grondwerktuigkundigen bij KLM verboden vanwege de schending van dit vereiste. De bonden, die naar de mening van de Voorzieningenrechter tevens de grondwerktuigkundigen vertegenwoordigen, waren nog in onderhandeling met KLM, terwijl verder meespeelde dat de werkstaking eerst werd aangekondigd op de dag van de staking zelf.³⁵

Wij zijn van oordeel dat toepassing van het ultimatum remedium-vereiste in feite een extra beperking van het collectieve actierecht oplevert, zonder dat hiervoor een uitdrukkelijke grondslag te vinden is in het ESH. De beperkingen van het collectieve actierecht staan gegeven in artikel 6 lid 4 jo 31 ESH, waarbij verder de standpuntbepaling van het Comité van Deskundigen van groot belang kan worden geacht. Zie voor het oordeel van het Comité hierna onder 8. Naar onze mening is het aan de vakvereniging en niet aan de rechter om af te wegen of het moment aangebroken is om over te gaan tot het voeren van collectieve actie en welke vorm deze actie dient te hebben. De rechter zal vervolgens moeten nagaan of beperkingen op basis van de hiervoor genoemde artikelen vereist zijn, dan wel tot het oordeel kunnen komen dat de bonden het recht op collectieve actie misbruiken.³⁶

³² Pr. Rb. Leeuwarden 3 februari 1999, *JAR* 1999, 58.

³³ HR 28 januari 2000, *JAR* 2000, 63.

³⁴ Bijvoorbeeld: Pr. Rb. Rotterdam 23 mei 2001, *JAR* 2001, 108 en Vzgnr. Utrecht 11 april 2003, *JAR* 2003, 120.

³⁵ Vzgnr. Amsterdam 27 juli 2002, *JAR* 2002, 185.

³⁶ Zie over misbruik van stakingsrecht, F.Dorssemont, 'De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht?', *SR* 2002-11, p. 324-326.

Een andere spelregel is die van het aanzeggingsvereiste. De werkgever dient de collectieve actie tijdig aangezegd te krijgen. Het doel van de aanzegging is meerledig. In de eerste plaats geeft het de werkgever nog de mogelijkheid om in te gaan op de eisen van de vakbonden. Verder biedt het de mogelijkheid om de nodige maatregelen te treffen op het terrein van bijvoorbeeld de veiligheid in de onderneming. Daar waar sprake is van acties in de dienstenverlenende sector zal de termijn tussen de aanzegging en het tijdstip waarop de acties zullen aanvangen langer kunnen zijn om zodoende derden, bijvoorbeeld reizigers of vervoerders, op de hoogte te laten stellen van de komende acties, zodat deze derden al dan niet de nodige maatregelen kunnen treffen. De termijn is uitdrukkelijk niet bedoeld om de werkgever in de gelegenheid te stellen om zijn schade te beperken. Deze schade wordt immers beoogd door de vakbonden. Hoe lang de aanzeggingstermijn dient te zijn, is niet vastgelegd in regels. Over het algemeen wordt door de bonden een klein aantal dagen in acht genomen. De termijn zal op basis van de zich voordoende feiten en omstandigheden in het ene geval langer zijn dan in het andere geval.³⁷

6. Beperking van recht op voeren collectieve acties: art. 31 ESH

In het ESH is bepaald dat de in deel I genoemde rechten en beginselen, waaronder het collectief actierecht ex art. 6 lid 4 ESH, in sommige gevallen aan beperkingen onderhevig kunnen zijn. Hiervan kan alleen sprake zijn in die gevallen die bij wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden (art. 31 lid 1 ESH). Op het terrein van het recht op collectieve actie is geen wettelijke regeling aanwezig. Het collectief actierecht is in Nederland gevormd door de jurisprudentie, waarbij als wettelijke basis voor de beperkingen die opgelegd worden aan het collectief actierecht wordt teruggevallen op de maatschappelijke zorgvuldigheid die ex art. 6:162 BW in acht moet worden genomen ten aanzien van personen en goederen van anderen.

Zo heeft het Comité in de Conclusions XIII aangegeven dat schade van derden en de schade die werkgever lijdt alleen in uitzonderlijke gevallen in beschouwing mogen worden genomen bij de vraag of het collectief actierecht beperkt mag worden, wanneer dit wordt gerechtvaardigd door 'pressing social need'.³⁸

In de Hoge Raad-rechtspraak is een aantal maal ingegaan op de beperkingen die aan collectieve acties kunnen worden gesteld.³⁹

In 1991 heeft de Hoge Raad geoordeeld over acties van verpleegkundigen in de gezondheidszorg. In een kort geding aangespannen door het Landelijke Patiënten/Consumenten Platform werd verzocht om de acties te verbieden die gedurende twee maanden in verschillende vormen steeds verder waren geïntensiveerd. De President was van mening dat twee van de vier actievormen in tijdsduur beperkt dienden te worden. Zo werd het draaien van een zondagdienst op andere werkdagen als actievorm nog maar eenmaal in de vier weken toegestaan.⁴⁰ De Hoge Raad overwoog dat deze collectieve acties onrechtmatig zijn als zij leiden tot een vermindering van de mogelijkheid tot medische verzorging, zodanig

³⁷ Zie bijvoorbeeld : Pr.Rb.Rotterdam 23 mei 2001, *JAR* 2001, 108; Vzgnr. Leeuwarden 11 april 2003, *JAR* 2003, 162.

³⁸ Conclusions XIII-1, 1994, p. 157.

³⁹ Zie over de ontwikkelingen in de rechtspraak ook L.A.J.Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, (diss.Leiden)'s Gravenhage: SDU 1996, p. 44-54.

⁴⁰ Pr.Rb. Utrecht 8 mei 1989, rol.no 240/89; *RZA* 1989/177.

dat patiënten het gevaar lopen dat zij –mogelijke onherstelbare- schade lijden doordat onderzoek en eventuele behandeling te lang uitblijven.⁴¹

In 1995 heeft de Hoge Raad geoordeeld over stakingsacties in het Streekvervoer. Daarin werden beperkingen aan het collectief actierecht met een beroep op art 6:162 BW aangebracht met een toets aan de hand van het proportionaliteitscriterium. De onbeperkte uitoefening van het grondrecht is jegens allen die daarvan schade ondervinden onrechtmatig, ook jegens de werkgever, indien een inbreuk op het collectief actierecht maatschappelijk gezien vanwege de gevolgen voor anderen dringend noodzakelijk is. Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet de proportionaliteitstoets worden uitgevoerd. Het oordeel van de president in kort geding en het Hof in appel werd in stand gehouden, waarbij een verbod aan de stakingsacties werd opgelegd, behalve buiten de spitsuren.⁴²

Als gekeken wordt naar de lagere rechtspraak van de afgelopen jaren, dan blijkt de toetsing aan de hand van art 31 ESH met een zekere terughoudendheid plaats te vinden. De Voorzieningenrechter te Maastricht was van mening dat acties in de ambulancezorg niet met een beroep op art. 31 ESH verboden moesten worden. Met verwijzing naar het HR-arrest uit 1991 gaf de voorzieningenrechter aan dat de uitzondering van art. 31 ESH beperkt moet worden uitgelegd. Slechts wanneer patiënten bloot komen te staan aan het gevaar dat zij in hun gezondheid –mogelijk- onherstelbare schade lijden doordat onderzoek en eventuele behandeling te lang uitblijven, kan daar sprake van zijn. De voorzieningenrechter was van mening dat in dat kort geding niet aannemelijk was gemaakt door de werkgevers dat de gevoerde acties daadwerkelijk (onherstelbare) schade toebrengen aan de gezondheid van de patiënten. Vervolgens voegde de voorzieningenrechter daar aan toe dat de bonden, om een toekomstig verbod op de acties te voorkomen, wel op moeten blijven letten dat de risico's als gevolg van de acties binnen aanvaardbare grenzen blijven.⁴³ Anders dan de President Utrecht in 1989 over de acties van verpleegkundig personeel, waarover ook de Hoge Raad in eerder genoemd arrest in 1991 heeft geoordeeld, toetst de voorzieningenrechter in Maastricht niet in detail de aard van de actie en de mogelijke gevolgen daarvan. Dit komt meer overeen met de terughoudendheid bij de toetsing ex art. 31 ESH, die ook blijkens de opvatting van het Comité van de rechter verlangd wordt

Bij de spoorwegstakingen in 2001 oordeelde de President Utrecht dat in het kader van art. 31 ESH een afweging van belangen vereist is. Het feit dat de acties bij de spoorwegen vooraf waren aangekondigd en voor de duur van 24 uur zouden plaatsvinden, maakte dat er geen sprake was van een zo grote maatschappelijke ontwrichtende werking, dat de rechten van derden prevaleren boven het grondrecht op collectieve actie van (de leden van) de vakorganisatie.⁴⁴ Een toepassing van de proportionaliteitstoets, zoals ook door de Hoge Raad aangegeven in het Streekvervoer-arrest, die mede vanwege de duur van de actie in het voordeel van vakorganisatie uitviel.

Ook in een kort geding procedure over het opheffen van het beslag dat een derde had gelegd op bankrekeningen van de vakorganisatie vanwege de schade geleden door de spoorwegstakingen, werd aangegeven dat het enkele feit dat derden enige schade zouden lijden, zelfs schade van aanzienlijke omvang, de acties niet onrechtmatig maken, tenzij de afweging van belangen waartoe de beperking van de stakingsvrijheid neergelegd in art. 31 ESH noopt, dat meebrengt. De derde, die een schadeclaim had neergelegd bij de vakbond, had

⁴¹ HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 508.

⁴² HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 437 ; *JAR* 1997, 70.

⁴³ Vzng. Rb Maastricht 31 juli 2003, *JAR* 2003, 206, zie hierover W.K.Bischoff, Het collectieve actierecht in de gezondheidszorg, *Arbeidsrecht* 2003-11, 48.

⁴⁴ Pr.Rb. Utrecht 31 maart 2001, *JAR* 2001,78. Zie ook A.Joosten, Een eeuw spoorwegstakingen in vogelvlucht, *SR* 2001-6, p. 174 e.v.

een vakbeurs georganiseerd en stelde schade te hebben geleden door de spoorwegstaking, omdat er minder publiek was gekomen. De President gaf aan dat dergelijke schade behoort tot de risico's van een ieder die deelneemt aan het economisch verkeer in een democratisch georganiseerde samenleving, waarin het recht op collectieve acties voor werknemersorganisaties als middel om in de economische verhoudingen een balans te vinden, is erkend.⁴⁵

7. Collectieve acties ambtenaren

Een bijzondere positie wordt ingenomen door de ambtenaren. De ratificatie van het ESH heeft door Nederland pas in 1980 plaatsgevonden. Voordat deze ratificatie kon plaatsvinden diende onder meer eerst het strafrechtelijk stakingsverbod te worden geschrapt, dat vanaf 1903 voor ambtenaren en spoorwegpersoneel in het Wetboek van Strafrecht was opgenomen. Bij de ratificatie heeft de Nederlandse regering een voorbehoud gemaakt, waardoor het overheidspersoneel vooralsnog van de werking van art. 6 lid 4 ESH werd uitgezonderd. Dit gebeurde in afwachting van nationale wetgeving over de regeling van het recht op collectieve actie voor ambtenaren. De bedoeling van het regelen bij wet was met name om garanties vast te leggen voor het op wezenlijke onderdelen ongestoord functioneren van de openbare dienst. In 1983 is een voorontwerp van wet aan de Centrale Commissie, het toenmalig centrale overlegorgaan met de vakorganisaties bij de overheid, voorgelegd. Betten⁴⁶ en Jaspers⁴⁷ kwamen tot de conclusie dat het voorontwerp strijdig was met het ESH. In het overleg hierover stelden de grote centrales voor overheidspersoneel de vraag ter discussie of er wel behoefte was aan een wettelijke regeling en of niet volstaan kon worden met de rechterlijke toetsing van collectieve acties van ambtenaren.⁴⁸

Van het voornemen om te komen tot wetgeving over het collectieve actierecht van ambtenaren is het tot op heden nog niet gekomen. Enerzijds omdat de wijziging van het overlegstelsel om te komen tot het sectorenmodel de hoogste prioriteit van de regering kreeg vanaf de jaren '80 van de vorige eeuw en anderzijds vanwege de ontwikkelingen in de rechtspraak.

Omdat bij de ratificatie van het ESH voor het overheidspersoneel een uitzondering was gemaakt, rees de vraag in hoeverre ambtenaren zich op het ESH konden beroepen. In 1983 nog besliste de Hoge Raad dat een tewerkgestelde in de zin van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst geen beroep kon doen op art. 6 lid 4 ESH, aangezien voor ambtenaren een voorbehoud was gemaakt.⁴⁹ In het najaar van 1983 braken op grote schaal acties uit binnen de overheidssector naar aanleiding van het voornemen van de overheid om de salarissen van ambtenaren en trendvolgers te korten. In een tijdsbestek van een maand heeft dit 11 kort geding vonnissen opgeleverd.⁵⁰ Daarin werd in beginsel het stakingsrecht van werknemers in overheidsdienst erkend, dit ondanks het feit dat de wetgever bij de ratificatie van art. 6 lid 4 ESH een uitzondering had gemaakt voor ambtenaren.

⁴⁵ Pr.Rb Amsterdam 13 april 2001, nr. KG01/0648 ng. In de procedure die deze derde aanspande tegen de vakorganisatie werd vergelijkbaar geoordeeld Rb Utrecht 1 mei 2002, *JAR* 2002, 132.

⁴⁶ L. Betten, 'Het wetsontwerp collectieve acties ambtenaren getoetst aan het ESH', in: *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Frenkel-bundel), Deventer: Kluwer 1986. p. 310-318.

⁴⁷ A.Ph.C.M.Jaspers, *TAR* 1985, p. 256.

⁴⁸ M.G. Rood, *Collectief Ambtenarenrecht*, 's Gravenhage: VUGA 1989, p. 135.

⁴⁹ HR 6 december 1983, *NJ* 1984, 557.

⁵⁰ Deze vonnissen zijn opgenomen in Jaspers (red.), *De ambtenarenstakingen, grenzen in kort geding*, Deventer:Kluwer 1983. Zie ook L.Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 64 t/m 69.

Uit het NS-arrest viel al af te leiden dat de Hoge Raad van mening was dat ook ambtenaren zich op het recht op collectieve actie ex art. 6 lid 4 ESH konden beroepen. In 1992 heeft de Hoge Raad in een arrest over een geschil in de banksector aangegeven, dat uit de rechtstreeks werkende erkenning van het stakingsrecht in art. 6 lid 4 ESH voortvloeit dat de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen is gewaarborgd. Daarbij tekende de Hoge Raad eveneens aan dat ook overheidspersoneel niet van het recht op collectief onderhandelen kan worden uitgesloten.⁵¹ Ook uit de lagere rechtspraak blijkt dat de opvatting dat collectieve acties van ambtenaren vallen onder artikel 6 lid 4 ESH.⁵²

In de rechtspraak die in paragraaf 2 is geïnventariseerd over de periode 1998-2003 is geen rechtspraak aan te treffen over acties van ambtenaren. In het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid is sinds de jaren '80 van de vorige eeuw het sectorenmodel tot stand gekomen. Per sector, in eerste instantie 8 inmiddels 13, vindt het 'CAO-overleg' plaats.⁵³ De spelregels van dit sectoroverleg vinden hun basis in rechtspositiebesluiten of protocollen. Daarin wordt voorzien in een overeenstemmingsvereiste voor zover regelingen aan de orde zijn die betrekking hebben op de rechten en verplichtingen van ambtenaren. Daarbij is in de mogelijkheid van een advies –of arbitrageregeling voorzien. De Advies- en Arbitragecommissie (AAC) die bevoegd is voor de sectoren Rijk, Onderwijs, Politie en Defensie. De Landelijke Advies en Arbitrage Commissie (LAAC) die bevoegd is voor de sectoren Gemeente, Provincie en Waterschappen. Deze advies -en arbitrageregelingen zijn een uitvloeisel van art. 6 lid 3 ESH. Daarin wordt de lidstaten opgeroepen te bevorderen de instelling en toepassing van doelmatige procedures voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage inzake de beslechting van arbeidsgeschillen bij het collectief overleg. Voor de overheidssector is hierin voor Nederland voorzien, voor de marktsector niet.⁵⁴

De stelling zou geponeerd kunnen worden dat vanwege de aanwezigheid van deze advies -en arbitrageregelingen in de overheidssector bij collectieve conflicten het gebruik maken van collectieve actiemiddelen minder snel noodzakelijk is. Het aanwezig zijn van deze geschilbeslechtingmogelijkheden kan zonder meer daarbij een rol spelen. Er is immers een andere weg aanwezig om collectieve conflicten beslecht te krijgen, anders dan door het voeren van collectieve actie. De vakorganisaties zullen dit ook betrekken bij de afweging of al dan niet tot het voeren van collectieve acties zal worden overgegaan. Kijkend naar de periode 1998-2003 dan blijkt uit de geschillen die aan de advies –en arbitragecommissies in die periode zijn voorgelegd, dat enerzijds het aantal geschillen beperkt was en anderzijds betrekking had op detail onderwerpen in het kader van het overleg, vaak op decentraal niveau ter uitwerking van centraal vastgestelde kaders.⁵⁵ In deze periode was er ook sprake van (budgettaire) ruimte voor stijging van de arbeidsvoorwaarden in de overheidssectoren, waardoor patstellingen in het overleg zich veel minder hebben voorgedaan. De conclusie dat de aanwezigheid van advies –en arbitrageregelingen in het collectief overleg bij de overheid van invloed zijn op het aantal collectieve acties dat zich voordoet lijkt dan ook gerechtvaardigd. Echter indien zich meer tegenstellingen in het collectief overleg bij de overheid voordoen, zullen vakorganisaties ook in voorkomende gevallen de mogelijkheden gebruiken die het recht op het voeren van collectie actie hen biedt.

⁵¹ HR 11 december, *NJ* 1996, 229.

⁵² Zie bijvoorbeeld Pr. Rb. Amsterdam 10 mei 1993, *JAR* 1993, 117 en *KG* 1993, 198; Pr.. Rb. R'dam 17 juni 1993, *JAR* 1993, 153; Pr. Rb. Den Haag 18 juni 1993, *JAR* 1993,154.

⁵³ De aanduiding CAO-overleg is gebruikelijk, maar vanuit de juridische optiek bezien verwarrend, omdat er bij de overheid geen sprake is van collectieve arbeidsovereenkomsten in de zin van de Wet CAO.

⁵⁴ Zie voor een pleidooi voor een Advies-, Bemiddelings-, Mediation- en Arbitragecommissie voor het bedrijfsleven (ABMAC) M.J.W.M.Akkermans, *Het gelijk van twee kanten*, CAOP Den Haag 2003, p. 90/91.

⁵⁵ L.C.J.Sprengers, 'Collectieve belangen –uiteenlopende geschillen', opgenomen in *Arbeidsconflicten bij de overheid*, Den Haag: SDU 2003, p. 71-80.

Bij de toetsing van collectieve acties in de overheidssector gaat de rechter uit van het recht tot het voeren van collectieve acties. Een recht dat kan worden beperkt door spelregels (zie hiervoor onder 5), die in acht moeten worden genomen bij het uitoefenen van dit recht en het schadeaspect.⁵⁶ De toetsing vindt plaats aan de hand van art. 31 ESH en art. 6:162 BW. Het is wel zo, dat de toepassing van deze normen binnen de overheidssector eerder een rechterlijk verbod voor een bepaalde actie kan opleveren. Enerzijds omdat de overlegprocedures binnen de overheidssector formeel en uitvoerig zijn geregeld, zodat handelen in strijd met deze procedure eerder onzorgvuldig is. Anderzijds doordat gezien de aard van de overheidsactiviteiten acties in de collectieve sector sneller tot overlast en schade bij het publiek zullen leiden, zeker als deze langer duren. Daarnaast zullen overheidstaken die te maken hebben met het handhaven van de openbare orde en veiligheid, afhankelijk van de gekozen actievorm, strikter worden getoetst door de rechter aan art 31 ESH (zie hiervoor onder 6).

De regering heeft reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw aangegeven niet meer voornemens te zijn om door middel van een wet het stakingsrecht te reguleren, behalve ten aanzien van militairen en burgerpersoneel bij defensie die essentiële ondersteunende taken verricht voor de krijgsmacht.⁵⁷ Aangekondigd is dat het voorbehoud bij het ESH zal worden ingetrokken.⁵⁸

8. Opvatting Comité van Deskundigen

Naar aanleiding van de Hoge Raad-rechtspraak inzake Douwe Egberts (zie 5) en het Streekvervoer (zie 6) heeft het Comité van Deskundigen in 2002 geconcludeerd dat de Nederlandse rechtspraak niet conform de regeling in art. 6 lid 4 ESH was, omdat het in de rechtspraak ontwikkelde proportionaliteitscriterium en het ultimatum remedium-vereiste om te bepalen of te vroeg een staking wordt uitgeroepen, er toe heeft geleid dat de rechters beoordelen of een staking passend is en rechtmatig. Het Comité oordeelt dat het aanleggen van dit criterium naar zijn aard een beperking van het stakingsrecht oplevert en dat daarmee verder wordt gegaan dan de beperkingen die zijn toegestaan in art. 31 ESH.⁵⁹

Het oordeel van het Comité blonk uit door beknoptheid. Bloemarts wijst er op dat het Comité de conclusie in algemene bewoordingen heeft gesteld. Hij geeft aan dat het Comité van oordeel lijkt te zijn dat het aanleggen van de proportionaliteitstoets en het ultimatum remedium-vereiste naar hun aard interventies zijn in de uitoefening van het stakingsrecht, die de perken van art. 31 ESH te buiten gaan. Waarom dit zo is, wordt door het Comité niet gemotiveerd, constateert Bloemarts.⁶⁰ Dorssemont is van mening dat een grondige analyse van het Streekvervoer- en het Douwe Egberts-arrest van de Hoge Raad de ogen van het Comité hebben geopend. Het Comité had genoeg gezien en drong niet meer aan op bijkomende informatie. De evenredigheidstoets in kwestie betreft vooral de afweging van werknemersbelangen tegen aan derden berokkende schade. In ondubbelzinnige termen werden deze beperkingsgronden als onvereenigbaar beschouwd met art. 31 ESH. Ten gronde herhaalt het Comité het meest fundamentele bezwaar. Rechters stellen zich op deze wijze in

⁵⁶ Zie hierover: J.J.M. de Laat en A.C.N. van Lierop, 'Spelregels en spelbrekers in het collectieve actierecht', *SR* 1990-3, p. 76-81.

⁵⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 1989/90, 635, p.1277. In de jaarlijks verschijnende Trendnota Arbeidszaken Overheid wordt het wettelijke regelen van het collectief actierecht ook niet genoemd als een van de toekomstige ontwikkelingen.

⁵⁸ Het ligt in de lijn van de verwachting dat dit bij ratificatie van de aan de orde zijnde wijziging van het ESH zal gaan gebeuren.

⁵⁹ Conclusions XVI-1, p. 444-447.

⁶⁰ J. Bloemarts, 'ESH Deskundigencomité spreekt zich uit over het stakingsrecht in Nederland', *SMA* 2002-10, p. 498-502.

de plaats van werknemers bij de beoordeling van de opportuniteit van een collectieve actie, aldus Dorssemont.⁶¹

Uit de recent verschenen Conclusions XVII-1 van het Comité van Deskundigen blijkt dat de Nederlandse regering voornemens is de rechters te informeren over de opvatting van het Comité over de rechtspraak van de Hoge Raad. Het Comité verwelkomt dit initiatief en besluit mede met het oog daarop de argumentatie die aan haar standpunt ten grondslag ligt te specificeren.⁶² Vervolgens geeft het Comité in 3 pagina's haar visie weer. Het Comité benadrukt dat het haar taak is om in laatste instantie te onderzoeken of de Nederlandse rechters op een redelijke wijze rechtspreken en in het bijzonder of de rechterlijke interventie in wezen het stakingsrecht niet ineffectief maakt. Uitgangspunt van het Nederlandse recht is dat collectieve acties verondersteld worden rechtmatig te zijn, zolang de rechter niet het tegendeel heeft beslist. De twee belangrijkste criteria die daarbij in de rechtspraak worden gehanteerd zijn:

-Of er sprake is van een *ultimum remedium*. De Nederlandse rechter oordeelt of een collectieve actie prematuur is. Het Comité vindt dat het feit dat een Nederlandse rechter beslist of het grijpen naar het stakingsmiddel prematuur is, botst met het wezen van het stakingsrecht, omdat dit de rechter toetstaat om een van de voornaamste privileges van de vakbonden uit te oefenen, namelijk het beslissen of en wanneer een staking nodig is.

-Of een staking de rechten van derden aantast of het openbaar belang, in de zin van art. 31 ESH, in zodanige mate dat beperkingen aan het stakingsrecht nodig zijn in het maatschappelijk belang. Hierbij hanteren de rechters een proportionaliteitscriterium waarbij wordt afgewogen enerzijds het belang van het recht op het uitoefenen van het stakingsrecht en anderzijds de belangen die daardoor worden geschonden.

Het Comité herhaalt dat het recht om te staken als geregeld in art. 6 lid 4 ESH niet absoluut is en mag worden beperkt, maar alleen conform de voorschriften van art. 31 ESH. Het Comité constateert dat de Nederlandse jurisprudentie met de beperkingen opgelegd in lagere rechtspraak en door de Hoge Raad als het materiële recht is te beschouwen. Om te weten of beperkingen nodig zijn in een democratische samenleving, vindt het Comité dat het gebruik van het proportionaliteitscriterium door de Nederlandse rechters op zich zelf niet het stakingsrecht ondergraaft, omdat deze essentieel is om te kunnen beoordelen of een beperking nodig is in een democratische samenleving conform art. 31 ESH. Wat betreft de redelijkheid van het ingrijpen van Nederlandse rechters, zal het Comité aandacht blijven besteden aan de uitspraken waarin op deze basis het stakingsrecht wordt beperkt.

Uit deze nadere toelichting blijkt dat het Comité van mening is dat de rechter niet in de afweging van de vakorganisaties dient te treden of en wanneer een actiemiddel moet worden ingezet. Het Comité vindt dat de rechter daarmee treedt in een keuze die des vakbonds is en het wezen vormt van recht op het voeren van collectieve acties. Wat dat betreft kan de Nederlandse rechtspraak de toets der kritiek aan de hand van het ESH niet doorstaan. Wat betreft de proportionaliteitstoets in verband met belangen van derden of het publiek belang, is het standpunt genuanceerder. Het Comité heeft kritiek op de lijn zoals die in het Streekvervoer-arrest van de Hoge Raad is uitgezet. Het is van belang dat een striktere toetsing plaatsvindt aan de hand van de normen van art. 31 ESH. Maar het Comité geeft ook aan dat op dit onderdeel een rechterlijke toetsing niet strijdig hoeft te zijn met het ESH. Immers beoordeeld moet worden of er beperkingen nodig zijn met het oog op de in art. 31 ESH

⁶¹ F. Dorssemont, 'De prullenbak, een *locus naturalis* voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht?' SR 2002-11, p. 324.

⁶² Conclusions XVII-1, die op 6 april 2004 zijn verschenen. Zie website van de ESC www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/.

genoemde belangen. Uit de nadere toelichting blijkt dat de kritiek op de Nederlandse rechtspraak op dit onderdeel milder is dan uit de voorafgaande Conclusions bleek. Maar het Comité blijft waakzaam.

9. Slot

In de titel van dit artikel hebben we de vraag gesteld of de Nederlands rechtspraak op het terrein van het collectief actierecht te kwalificeren is als 'slechts een beetje staken mag'. Voor zover dat het geval is, is dat wat het Comité van Deskundigen niet conform art. 6 en 31 ESH. De beperkingen opgelegd aan stakingsacties in de gezondheidszorg, zoals door de Hoge Raad gesanctioneerd in 1991 en in het streekvervoer in 1995, rechtvaardigen ons inziens de conclusie dat de Nederlandse rechtspraak, zeker waar het betreft acties in de sfeer van de openbare dienstverlening, te terughoudend is en ten onrechte een te grote inbreuk maakt op het recht op het voeren van collectieve acties.

Als we kijken naar de lagere rechtspraak sindsdien dan komt een genuanceerder beeld naar boven. Het lijkt erop dat de neiging bestaat bij de voorzieningenrechter om een terughoudendere rol in te nemen bij de toetsing van acties aan de normen van art 31 ESH en art. 6:162 BW. Maar daarbij moet tegelijkertijd worden aangetekend dat de aard van de acties, zoals die door de vakorganisaties de afgelopen jaren zijn gevoerd, ook wel sterk ingekleurd lijken door de normen, die terug te vinden zijn in de Hoge Raad rechtspraak. Zowel qua duur als qua soort actie wordt gekozen voor acties die verder wegstaan van een werkstaking voor onbepaalde tijd. De vraag voor de nabije toekomst is dan ook welke invloed de terechtwijzing door het Comité van Deskundigen zal hebben op enerzijds de opstelling van de rechters bij de toetsing van collectieve acties en anderzijds op de actievormen waarvoor de vakbonden kiezen.

Prof. mr. L.C.J.Sprengers, hoogleraar Albeda-leerstoel, Universiteit Leiden en advocaat bij Advokatenkollektief Utrecht
Mr. R. van der Stege, advocaat bij het Advokatenkollektief Utrecht.