

Masterscriptie
Universiteit van Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Arbeidsrecht

Wapengelijkheid of ondermijning?

*Het (re)actierecht van de werkgever in het licht van de
beschermingsgedachte van het arbeidsrecht*

25 juni 2024

Student: O.L. Kortz

Studentnummer: XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX

Begeleider: prof. mr. E. Verhulp

Aantal woorden exclusief voorblad et cetera: 13192

Abstract

Het Europees Sociaal Handvest erkent een actierecht van de werkgever in beginsel in de vorm van uitsluiting, maar mede in het licht van de Waadi, komen hem meer mogelijkheden toe. Omdat het gaat om defensieve handelingen – de offensieve variant zal in de meeste gevallen de machtsbalans te zeer verstoren - is 'reactierecht' zorgvuldiger uitgedrukt. De verdragsbepaling uit het Handvest, waaraan werknemer en werkgever hun actierecht ontleen, is gestoeld op bescherming ten aanzien van de werknemer. Hier zit dus een zekere spanning. In deze scriptie verken ik de reikwijdte van het (re)actierecht van de werkgever en behandel ik de vraag hoe dit recht zich verhoudt tot de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	
	1.1 De weigering van een fundamentele handeling	4
	1.2 Verantwoording	5
	1.3 Leeswijzer	6
2	Een kleine geschiedenis van het Nederlandse stakingsrecht	
	2.1 Een roerige geschiedenis	8
	2.2 1872: Opheffing van het coalitieverbod	9
	2.3 De wederopbouw en centrale loonvorming	11
	2.4 1960: <i>Panhonlibco</i>	12
	2.5 1986: <i>NS/Vervoersbonden</i>	13
	2.6 2014 en 2015: <i>FNV/Enerco</i> en <i>FNV/Amsta</i>	16
3	Het (re)actierecht van de werkgever	
	3.1 Het recht van werknemers <i>en werkgevers</i>	18
	3.2 Van concepttekst zonder werkgever naar verdragsbepaling met werkgever	20
	3.3 Uitsluiting	21
	3.4 Andere vormen van tegenstaking	24
4	Het (re)actierecht van de werkgever: wapengelijkheid of uitholling van bescherming?	
	4.1 De beschermingsgedachte van het arbeidsrecht	30
	4.2 David tegen Goliath in het collectief actierecht?	33
5	Conclusie en vervolgonderzoek	37
	Literatuurlijst	40
	Jurisprudentielijst	46

1 Inleiding

1.1 De weigering van een fundamentele handeling

De hongerstaking, de politieke staking, de werkstaking: het actiemiddel waarbij een fundamentele handeling wordt geweigerd, zoals het eten van een maaltijd of het verrichten van arbeid, lijkt nog lang niet uitgestorven. Wanneer andere onderhandelingspogingen niets opleveren, kan het gebeuren dat men heil zoekt bij het staken van het een of ander. Meestal is het de onderliggende partij die naar het middel grijpt – zoals een politiek gevangene of een werknemer, in de hoop de wensen alsnog ingewilligd te zien.

De staking kan beschouwd worden als een vorm van chantage, als eigenrichting,¹ of, afhankelijk van de juridische omstandigheden: als wanprestatie of onrechtmatige daad. Hoe ‘de staking’ gekwalificeerd moet worden, is contextgevoelig. Maar dat veel stakingen hooguit enige hinder opleveren en van onrechtmatigheden geen sprake is, is bekend.

Het is verleidelijk in te gaan op allerlei soorten stakingen, maar de omvang van dit onderzoek is beperkt. Daarom beslaat dit onderzoek alleen het collectieve actierecht van werknemer en werkgever, dat wordt aangewend op het moment dat de onderhandelingen over loon of andere arbeidsvoorwaarden zijn vastgelopen.

De definities die in de wetenschappelijke literatuur omtrent het stakingsrecht sinds 1872 - het jaar dat het coalitieverbod werd opgeheven - zijn te vinden, verwijzen doorgaans alleen naar het actierecht van de werknemer. Rood geeft in zijn proefschrift ‘Naar een stakingswet?’ uit 1978 een overzicht van een aantal definities, die met elkaar gemeen hebben dat het om een middel van werknemers gaat waarbij het werk wordt neergelegd, om zo druk uit te oefenen een bepaald doel te kunnen bereiken.²

Wordt in dit onderzoek gesproken over een ‘staking’, dan wordt echter verwezen naar het actierecht van beide partijen, ook de werkgever.

Die laatste categorie behoeft dus uitleg. Dat werknemers een beroep kunnen doen op een stakingsrecht is een feit van algemene bekendheid. Maar: het Europees Sociaal Handvest (ESH), waaraan de Nederlandse werknemer zijn recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht ontleent, kent zowel werknemers als werkgevers een stakingsrecht toe. Het beschermt ‘het recht van werknemers *en werkgevers* op collectief optreden in gevallen van

¹ M. Rood, *Naar een stakingswet*, Deventer: Kluwer 1978, p. 93.

² Rood 1978, p. 13-16.

belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht.³ In welke mate de werkgever een actierecht toekomt, en of dit even ‘ruim’ is als het actierecht van de werknemer, is voer voor discussie. Recent werden op dit punt in de arbeidsrechtelijke vakliteratuur de pennen dan ook geslepen, met aan de ene kant Van Slooten, Sagel en Van Haeringen die het actierecht van de werkgever nader bestudeerden en verschillende manieren zagen waarop een werkgever kan trachten een werkstaking te breken.⁴ Aan de andere kant bevond zich Van Der Heijden, die in het Handvest alleen een recht op uitsluiting gewaarborgd zag.⁵ Wanneer het actierecht van de werkgever te ruim wordt uitgelegd, zo stelde Van Der Heijden, komt de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht onder druk te staan.

Deze discussie was voor mij de aanleiding het actierecht van de werkgever nader te onderzoeken. Waaruit bestaat het actierecht van de werkgever? En hoe verhoudt dit recht zich tot deze ‘beschermingsgedachte’ van het arbeidsrecht? Terwijl ik mogelijke antwoorden op deze vragen formuleerde, stelde ik vast dat ‘het actierecht’ van de werkgever eigenlijk te sterk is uitgedrukt. Het actierecht van de werkgever kan beter als een ‘reactierecht’ beschouwd worden. Ik zal dit in de volgende hoofdstukken nader toelichten. Het bracht mij tot de volgende hoofdvraag:

Waaruit bestaat het (re)actierecht van de werkgever en hoe verhoudt dit recht zich tot ‘de beschermingsgedachte’ van het arbeidsrecht?

1.2 Verantwoording

Dit onderzoek beslaat alleen het stakingsrecht zoals volgt uit het Europees Sociaal Handvest. In 1986 bepaalde de Hoge Raad dat artikel 6 lid 4 (in samenhang met artikel G (nieuw)), het verdragsartikel waarin het actierecht is neergelegd, eenieder verbindend is. Het stakingsrecht is in meer verdragen geregeld, zoals in artikel 11 EVRM, 28 Handvest EU en de ILO-conventies 87 en 98, maar deze hebben - op het EVRM na - geen directe werking. Het actierecht van de werkgever wordt in deze verdragen bovendien niet genoemd. Ik heb me in

³ Artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH).

⁴ S.F. Sagel & R. van Haeringen, ‘Het collectieve actierecht van de werkgever (I)’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, oktober 2023, aflevering 6; J. van Slooten, ‘Het recht op tegenstaking’, *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 8.

⁵ P. van der Heijden, ‘Stakingsrecht en machtsevenwicht. Reactie op Van Slooten *Ondernemingsrecht* 2023/56’, *Ondernemingsrecht* 2024/4.

ieder hoofdstuk logischerwijs moeten beperken tot een aantal hoofdlijnen, wat betekent dat ik ook veel zaken niet heb kunnen beschrijven.

Ten grondslag aan deze scriptie ligt academisch juridisch onderzoek dat door verschillende rechtsgeleerden sinds de jaren zeventig is verricht. Daarnaast heb ik gebruik gemaakt van inzichten van een aantal historici en ook van academici uit de sociaaleconomische wetenschappen. De bronnen zijn vermeld volgens de regels uit de *Leidraad*,⁶ met de kanttekening dat ik een geraadpleegde bron de eerste keer in de voetnoot voluit heb geschreven, zodat niet telkens naar de literatuurlijst gebladerd hoeft te worden om te begrijpen om welke bron het precies gaat.

1.3 Leeswijzer

De aanpak is als volgt. In het volgende hoofdstuk, hoofdstuk twee, beschrijf ik aan de hand van Nederlandse jurisprudentie en academische literatuur hoe het stakingsrecht zich binnen het Nederlandse rechtsorde heeft ontwikkeld van verboden handeling tot grondrecht.

Vervolgens, in hoofdstuk drie, ga ik dieper in op de spiegelbeeldige figuur van het stakingsrecht van de werknemer: het (re)actierecht de werkgever. Zogezegd geniet het recht op tegenstaking ook bescherming op grond van artikel 6 lid 4 van het Handvest, maar hoe scherp is dat spiegelbeeld? Wat was de bedoelingen van de verdragspartijen ten aanzien van de reikwijdte van het recht op tegenstaking? En: welke standpunten worden daarover ingenomen in de academische literatuur? Ook komt het onderkruipersverbod uit de Wet arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) aan de orde.

In hoofdstuk vier verken ik de weg die Van der Heijden eerder al insloeg. Hoe verhoudt het (re)actierecht van de werkgever zich tot de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht? Dat is zogezegd de hoofdvraag van dit onderzoek; om tot een zorgvuldig antwoord te komen is het van belang om deze beschermingsgedachte voldoende helder te krijgen, door te onderzoeken welke perspectieven er in de literatuur te vinden zijn op deze grondgedachte van het arbeidsrecht. Onder juristen bestaat min of meer consensus over de gedachte dat 'bescherming' aan het sociaal recht, en dus ook het arbeidsrecht, ten grondslag ligt. De verhouding tussen een werknemer en werkgever is doorgaans asymmetrisch. Het arbeidsrecht functioneert als tegenmacht en biedt de werknemer in een (economisch) kwetsbare positie bescherming. Wat zijn de karakteristieken van deze bescherming, en hoe is de

⁶ *Leidraad voor juridische auteurs*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

beschermingsgedachte te plaatsen binnen de context van het recht op collectief onderhandelen? Hoofdstuk vijf vormt de conclusie.

2 Een kleine geschiedenis van het Nederlandse stakingsrecht

2.1 Een roerige geschiedenis

Het collectieve actierecht kent een bonte geschiedenis van vechtlust en strijd en wordt zo'n twee eeuwen geleden onder Napoleon nog niet als recht, maar als delict opgenomen in de Code Pénal van 1811;⁷ het zijn tijden dat de staker het soms met zijn leven moet bekopen. Zo waagt in 1823 een groep arbeiders het toch om op ruwe wijze aandacht te eisen voor de zware omstandigheden waaronder zij als dijkwerkers (ook wel: 'poldergasten') voor een zekere meneer Huijskens moeten werken - zij overleven die staking niet allemaal.⁸ Tijdens de aanleg van het Noordhollandsch Kanaal, een kanaal van Amsterdam-Noord tot aan Den Helder, zijn zij in opstand gekomen tegen deze meneer Huijskens, aannemer van beroep, door wie zij zwaar worden onderbetaald en die weigert de beurs te trekken voor schoon drinkwater. De dijkwerkers die van 4 uur 's ochtends tot 7 uur 's avonds slechts 40 cent (fl.) per dag bij elkaar sprokkelen,⁹ zien zich uit armoede genoodzaakt om 's nachts op strooptocht te gaan, clandestien koeien te melken of aan het bedelen te slaan. Rond Pinksteren van dat jaar komt het tot een uitbarsting. Nadat twee opstandige werkmannen worden doodgeschoten bij de keet van aannemer Huijskens is de woedende menigte arbeiders niet meer te houden, ze scanderen de oproep tot zijn dood, en zo geschiedt: een klap met een geweer wordt hem die dag in mei 1823 fataal.

Ook in de modernere tijd kan het er wild aan toegaan. Hoogleraren Arbeidsrecht zetten hun colleges over het collectieve actierecht graag luister bij door studenten beelden uit 2015 te tonen, van een woedende menigte Franse werknemers die directeurs van Air France-KLM over de kling lijken te willen jagen nadat is aangekondigd dat gesaneerd moet worden bij de vliegtuigmaatschappij: 2900 banen zullen verdwijnen.¹⁰ De directeurs weten (weliswaar 'sans chemise, sans veste') aan de menigte te ontkomen door over een hek te klimmen, maar

⁷ Artikel 415 *Code Pénal*; ook in de Romeinse tijd werd overigens al gestaakt, de staking is kortom geen modern verschijnsel.

⁸ J. Sprenger & V. Vrooland, 'De staking bij de aanleg van het Noordhollandskanaal in 1823', *vakbondshistorie.nl*, zonder datum, voor het laatst bezocht op 11 mei 2023; S. van de Velden in *Werknemers in actie. Twee eeuwen stakingen, bedrijfsbezettingen en andere acties in Nederland*, Amsterdam: Aksant, 2004, p. 35.

⁹ 'Vergeleken met de bijna f 1,- per dag die in die tijd in de Noord-Hollandse nijverheid wordt uitbetaald en zeker ook vergeleken met de f 1,30 per dag die [in de] begroting [is] uitgetrokken voor de minste werkmans kan het door Huijskens uitbetaalde loon inderdaad slechts door zijn schamelheid afsteken', aldus Sprenger & Vrooland.

¹⁰ 'Video: woedende werknemers scheuren kleren van directeurs Air France', *parool.nl*, 5 oktober 2015.

het beeld beklijft: een uitzinnige menigte tegenover een werkgever bij wie alle macht uit handen is geslagen – kortstondig, dat wel.

Bij de twee hierboven beschreven momenten moest het strafrecht eraan te pas komen om de rechtsorde te herstellen.¹¹ In 1823 lag dat vanwege het geldende stakingsverbod nog voor de hand, maar het huidige recht om te staken zou het strafrecht juist buiten de deur moeten houden, ook in Frankrijk.¹² Onder omstandigheden is het immers gerechtvaardigd dat de werkgever (of een derde) schade lijdt – waarover later meer.

2.2 1872: Opheffing van het coalitieverbod

Tussen 1823 en nu is er veel gebeurd. In 1872 werd het zogeheten ‘coalitieverbod’ opgeheven, waardoor het voor arbeiders niet langer verboden was om het collectief als pressiemiddel in te zetten.¹³ Dit coalitieverbod was eerder neergelegd in een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, en werden in 1872 vervangen door nieuwe wetsbepalingen waarin het verbod niet meer voorkwam. In de praktijk betekende de opheffing van dit verbod dat arbeiders zich mochten gaan organiseren en vakbonden konden worden opgericht. Minister Jolles, de minister van Justitie die het coalitieverbod destijds schrapte, zei hierover in de Tweede Kamer:

‘Intusschen is het niet twijfelachtig, dat werkstaking op zich zelve, ofschoon soms in strijd met een contract, nimmer is een onregmatige daad in den zin van het burgerlijk regt, veel minder dus een misdrijf, volgens goede begrippen van strafregt.’¹⁴

Dat klonk misschien hoopgevend voor de arbeider die het werk weigerde in de hoop op betere arbeidsvoorwaarden, staken was nog altijd niet zonder risico’s. Stakende werknemers liepen alsnog het gevaar om ontslagen te worden en daarnaast schadelijkt te worden gesteld.¹⁵ De beschouwingen lopen dan ook uiteen in hoeverre de opheffing van het coalitieverbod nu een stakingsrecht behelsde, of eigenlijk alleen een verbod en daarmee samenhangende strafsanctie

¹¹ In de strafzaak na de moord op Huijskens werden drie arbeiders ‘veroordeeld tot geseling en brandmerking, een slechts tot geseling en de twee laatsten tot ‘te pronkstelling op het schavot’. Bovendien kregen de zes bij elkaar 45 jaar gevangenisstraf opgelegd’, uit: Van de Velden (2004), p. 35; Air France – KLM deed aangifte.

¹² Het stakingsrecht is verankerd in de preambule van de Franse Grondwet.

¹³ Wet van 12 april 1872, *Stb.* 1872, 64.

¹⁴ H. van den Berg, P. Fortuyn & T. Jaspers, *De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland*, SUN/Socialistische Uitgeverij Nijmegen, Nijmegen 1978, p. 14, in verwijzing naar H. Drenth, ‘Het stakingsrecht en de socialistische beweging’, in: *Socialisme en Democratie*, februari 1960.

¹⁵ A.T.J.M. Jacobs, *Monografieën Sociaal Recht. Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 218.

wegnam. De Jong beschrijft in zijn proefschrift uit 1975 hoe in de literatuur door rechtsgeleerden twee standpunten werden ingenomen, met onder meer Spruit aan de ene kant die meende dat de opheffing van het coalitieverbod ‘de erkenning van de werkstaking in zich [sloot]’,¹⁶ en daartegenover Borst die het strafrecht op dit punt plaats zag maken voor het civiele recht. Met andere woorden: wie staakte tijdens een lopend contract, pleegde weliswaar geen delict meer, maar in beginsel wel wanprestatie.¹⁷

In 1903 brak een grote spoorwegstaking uit, waarop de regering besloot dat stakend spoorwegpersoneel en werknemers in overheidsdienst wel weer strafrechtelijk vervolgd konden worden, een mogelijkheid die tot 1979 heeft bestaan¹⁸ - met de kanttekening dat het tijdens de Duitse bezetting voor iedereen verboden was het actierecht aan te wenden. Ook voor de niet-ambtenaar was de werkstaking niet per se aantrekkelijk. Zo kon een werkgever bij de rechter afdwingen dat de stakende arbeider weer aan het werk ging: ‘dwangsom en gijzeling maakten het bovendien mogelijk schuldenaars, in casu arbeiders, tot prestatie te dwingen.’¹⁹ Bovendien, uitlokking van een wanprestatie, zoals de staking in beginsel werd gezien, leidde tot een onrechtmatige daad, zo bepaalde de Hoge Raad al in de arresten *Lindenbaum-Cohen*²⁰ en *Kolynos*.²¹ Als een vakorganisatie bovendien partij zou zijn bij een lopende cao zou het buiten kijf staan dat zij contractbreuk zou plegen.²² Tegelijkertijd hield de rechter zich tijdens de vooroorlogse periode doorgaans ‘buiten het stakingsgebeuren’, Van den Berg e.a. noteren:

‘De ondernemer die een verbod van actie [sic] van de vakbonden en schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad vroeg, werd door de rechter met lege handen naar huis gestuurd. De rechter zag hier voor zichzelf geen taak weggelegd.’²³

Dat veranderde na de Tweede Wereldoorlog, Van den Berg e.a. signaleren aan de hand van een aantal arresten, hoe de rechter de ‘terughoudende opstelling [...] zonder nadere

¹⁶ E.P. de Jong, *Een inleiding in het denken over arbeidsconflictenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1975, p.157, verwijzend naar A. Spruit, *Stakingsrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst* (diss. Groningen), Groningen: Wolters 1955, p.21.

¹⁷ De Jong 1975, p.157, verwijzend naar P. Borst, ‘Vaagheden en inconsequenties in en om het stakingsrecht’, *Sociaal Maandblad Arbeid, Tijdschrift voor sociaal recht en sociale politiek*, 1959, afl. 14, blz. 479.

¹⁸ Wet van 14 december 1979, *Stb.* 1979, 693.

¹⁹ De Jong 1975, p.160.

²⁰ HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*).

²¹ HR 11 november 1937, ECLI:NL:PHR:1937:AG1892 (*Kolynos*), m.nt. E.M. Meijers.

²² De Jong 1975, p.161, verwijzend naar de artikelen 8 lid 1 en 2, artikel 9 lid 2 en artikel 15 Wet Cao.

²³ Van den Berg e.a.1978, p. 32.

motivering [liet] varen.²⁴ De auteurs zetten een aantal momenten uit de rechtspraak van na 1946 uiteen, en schrijven een breuk met het verleden te zien. Zo oordeelde de rechter in 1946 over een staking bij Hoogovens, waar de werkgever het uitsluitingsmiddel inzette, dat dat niet betekende dat hij het loon van werkwilligen zomaar mocht inhouden.²⁵ En ten aanzien van de vraag of ontslag op staande voet een rechtmatige reactie van de werkgever jegens de werknemer was, oordeelde de kantonrechter dat ‘staking een geoorloofd middel is om aan gerechtigde looneisen kracht bij te zetten’ – waarop hij het ontslag vernietigde.²⁶

2.3 De wederopbouw en centrale loonvorming

In de jaren na de Tweede Wereldoorlog braken evenwel de jaren van de ‘geleide loonpolitiek’ aan, en ontstond een belangrijke rol voor de Stichting van de Arbeid. Deze stichting was al tijdens de oorlog opgericht, in 1943, met als doel ‘den sociale vrede, orde en rechtvaardigheid’ te bevorderen.²⁷ ‘Al voor de oorlog is uitgewoed’, zo schrijven Van den Berg e.a., ‘wordt druk bestudeerd hoe de wederopbouw van het verwoeste en ontwrichte produktieapparaat [sic] ter hand moet worden genomen.’²⁸ ‘Rust en orde’ – daar is men aan toe. In naoorlogs Nederland werd dan ook op centraal niveau over de loonontwikkeling beslist, waarbij de Stichting, naast de verantwoordelijke minister van Sociale Zaken en ‘het college van rijksbemiddelaars’, een samenwerkende driehoek vormde. Vakbonden speelden al snel geen rol van betekenis, de onderhandelingen werden op landelijk niveau gevoerd, enkel de vakcentrales werden betrokken. Vanwege dit gecentraliseerde karakter van de loonvorming werd de ruimte naar het actiemiddel te grijpen zeer ingeperkt, en snel als onrechtmatig opgevat; de overheid was immers betrokken bij de loonvorming en wie zich daartegen keerde, keerde zich tegen de overheid.

De staking verloor langzaam de kracht die ze korte tijd enigszins had. Jacobs roept in dit verband een staking uit 1949 in herinnering, en beschrijft het moment dat vijfhonderd schoonmaaksters, ‘in dienst van de gemeente Amsterdam, die strijd voerden voor een aan mannen gelijke beloning. Ze werden na vier weken allen collectief ontslagen. Toen ze na acht weken opgaven, hadden ze niets bereikt. Ze mochten alleen terugkomen!’²⁹

²⁴ Van den Berg e.a. 1978, p. 32.

²⁵ Van den Berg e.a. 1978, p. 32-33, verwijzend naar Rb. Haarlem, 12 maart 1946, *NJ* 1946, nr. 198.

²⁶ Van den Berg e.a. 1978, p. 42-43, verwijzend naar Ktgr. Alphen, 19 oktober 1954, *NJ* 1955, nr. 211.

²⁷ A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, Deel 1*. Zwolle: Tjeenk Willink, 1953, p. 836.

²⁸ Van den Berg e.a. 1978, p. 24.

²⁹ Jacobs 2023, p.218, voetnoot 10.

Overigens legde niet iedereen zich bij de geleide loonpolitiek neer. Zo bleef de niet-erkende Eenheids Vak Centrale, die gelieerd was aan de communistische politieke partij CPN, tegen de stroom in zwemmen en het actiemiddel aanwenden wanneer zij ontevreden waren over bepaalde arbeidsvoorwaarden. Maar, zo schrijft Jacobs, deze stakingen werden ‘strijk en zet onrechtmatig geacht.’³⁰

2.4 1960: *Panhonlibco*

Rond 1960 ontstonden de eerste barsten in de geleide loonpolitiek en gingen ook de erkende vakbewegingen opnieuw op zoek naar mogelijkheden om naar het stakingsmiddel te kunnen grijpen. De Hoge Raad overwoog in 1960, in het *Panhonlibco*-arrest, dat staken in beginsel nog altijd een wanprestatie van de werknemer jegens de werkgever opleverde, en bonden die opriepen tot een staking, daarmee een onrechtmatige daad pleegden.³¹ Inderdaad: ‘in beginsel’, dus onder bepaalde omstandigheden bestond de mogelijkheid om tot actie over te kunnen gaan. De Hoge Raad formuleerde het als volgt:

‘[Overwegende] dat nochtans mogelijk is dat de omstandigheden waaronder zulk een werkweigering plaats vindt, van dien aard zijn dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd den arbeid voort te zetten of bepaalde werkzaamheden te verrichten, en in zodanig geval van wanprestatie van de zijde van de werknemers niet kan worden gesproken.’³²

De Hoge Raad overwoog dat bij de ‘beoordeling daarvan onderscheid moest worden gemaakt tussen acties, waarbij een doel wordt beoogd dat de verhouding tussen de betrokken werknemers en hun werkgevers betreft, en acties, welke op een buiten die verhouding gelegen doel zijn gericht.’³³ Het arrest kon op veel kritiek rekenen,³⁴ al waren er ook juristen die zich afvroegen of dat terecht was. Zo stelde Rutten in zijn annotatie de vraag of er wel reden tot alle ‘beroering’ was.³⁵ De Hoge Raad had immers overwogen dat de staking een geoorloofd middel *kon* zijn. Met andere woorden, schreef Rutten: ‘De H.R. is hier rechtscheppend

³⁰ Jacobs 2023, p. 218.

³¹ HR 15 januari 1960 ECLI:NL:HR:1960:153 (*Panhonlibco*).

³² HR 15 januari 1960 (*Panhonlibco*).

³³ HR 15 januari 1960 (*Panhonlibco*).

³⁴ Zo stelde Jacobs dat het arrest ‘de ruimte die het liet voor de werkstaking [...] te gering [werd] geacht’, in: Jacobs 2023, p. 218; Jacobs maakte eerder de vergelijking met andere West-Europese landen waar het stakingsrecht wel als (grond)recht werd erkend, zoals Frankrijk (1946), Italië (1948) en ‘enkele Duitse Länder’, in: A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief* (diss. Tilburg: Katholieke Universiteit Brabant), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 154.

³⁵ L.E.H. Rutten, Annotatie bij HR 15 januari 1960 (*Panhonlibco*).

opgetreden en heeft buiten de wet om een middel aan de hand gedaan ter verkrijging van een oplossing welke men met behulp van de wetgever wil bereiken.³⁶ Dat de Hoge Raad een strenge toets aan de dag legde, was in Ruttens optiek geen bezwaar: ‘Niemand zal toch verwachten dat een wettelijke regeling elke staking, onder alle omstandigheden, geoorloofd zal maken.’³⁷

In 1972, bij een arbeidsconflict in de metaalindustrie, oordeelde het Hof Amsterdam dat ‘voor de werknemers [...] de met hulp en steun van hun vakvereniging georganiseerde staking een zeer voornaam, zo niet onmisbaar strijdmiddel [is].³⁸ De rechtvaardiging daarvoor las het Hof in de Memorie van Toelichting bij de Wet op de Loonvorming van 12 februari 1970. De ‘grondgedachte’ van deze wet was dat werkgevers en werknemers in beginsel vrij waren te onderhandelen over lonen en andere arbeidsvoorwaarden. Het Hof meende dat deze grondgedachte meebracht dat:

‘Partijen door onderhandeling tot vaststelling der arbeidsvoorwaarden moeten komen. Het komt het Hof uiterst onwaarschijnlijk voor dat de wetgever enerzijds de vaststelling der arbeidsvoorwaarden wil laten afhangen van tussen pp. gevoerde onderhandelingen en dat hij anderzijds aan een van hen, hetzij werkgever of werknemer, het gebruik van een voornaam strijdmiddel als onrechtmatig zou willen ontzeggen. Het evenwicht der onderhandelingsposities van pp., zo noodzakelijk voor het bereiken van een sociaal economisch [sic] aanvaardbaar resultaat, zou daardoor ten zeerste worden verstoord.’³⁹

Met andere woorden: het Hof beschouwde een staking in beginsel rechtmatig, tenzij sprake was van omstandigheden die de staking wel onrechtmatig maakten. Het markeerde een nieuwe periode in de geschiedenis van het Nederlandse stakingsrecht, dat uiteindelijk dankzij artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest tot wasdom kon komen - de verdragsbepaling waaraan de Nederlandse staker ook vandaag nog het actierecht ontleent.

³⁶ Ruttens 1960.

³⁷ Ruttens 1960.

³⁸ Hof Amsterdam 13 april 1972, ECLI:NL:GHAMS:1972:AC2.

³⁹ Hof Amsterdam 13 april 1972.

2.5 1986: *NS/Vervoersbonden*

Op 30 mei 1986 wees de Hoge Raad het *NS*-arrest,⁴⁰ nadat Nederland in 1980 het Europees Sociaal Handvest (ESH) had bekrachtigd, het mensenrechtenverdrag opgesteld door de leden van de Raad van Europa, en ondertekend door deelnemende lidstaten in 1961 in Turijn.

De Hoge Raad meende dat artikel 6 lid 4 van dit verdrag via de route van artikel 93 van de Grondwet rechtstreekse werking toekomt. Immers: verdragen die naar hun inhoud iedereen kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt, zo luidt deze bepaling in de Grondwet. Stein merkte in zijn annotatie bij het arrest op dat de Hoge Raad daarmee in overeenstemming met de bedoeling van de verdragsbepaling oordeelde. Het Comité van deskundigen had over artikel 25 van het ESH immers gesteld:

‘Where the limits within which the right to strike may be exercised have been determined, in a State, not by legislation but the courts, it is for the committee to examine whether the case law thus established is in accordance with the requirements of the Charter.’⁴¹

Opvallend is dat de Nederlandse regering er bij ratificatie nog vanuit ging dat artikel 6 lid 4 *geen* rechtstreekse werking toe zou komen, zo schrijft Schut wanneer zij het politieke debat beschrijft over het al dan niet opnemen van het stakingsrecht in de Grondwet: ‘Per saldo meent de regering dat ratificatie niets meer betekent dan dat Nederland de verplichting op zich neemt (de uitoefening van) het stakingsrecht tot uitgangspunt te maken van het te voeren beleid.’⁴²

Ter vergelijking: de minister van Justitie had dit in 1977 nog anders voor ogen: ‘in de plenaire behandeling in de Tweede Kamer stelde de (nieuwe) minister vervolgens dat de vraag naar rechtstreekse werking uiteindelijk aan de rechter was en dat artikel 6 lid 4 bij diens oordeel over staking zeker een (indirecte) rol zou spelen’, schrijft Tilstra.⁴³

Hoe het ook zij, de Hoge Raad overwoog in 1986 dat het recht op staken als een grondrecht werd erkend op het moment dat de staking een ‘doeltreffende uitoefening van het recht op

⁴⁰ HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS/Vervoersbonden*).

⁴¹ HR 30 mei 1986 (*NS/Vervoersbonden*) met nt. P.A. Stein.

⁴² L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1996, p.21, verwijzend naar *Algehele grondwetsherziening*, deel 1a, 1979:328.

⁴³ L. Tilstra, *Het Nederlandse rechtsoordeel over collectieve actie van werknemers getoetst aan het Europees Sociaal Handvest* (diss. Groningen), Leiden: Kluwer 1994, p. 28, verwijzend naar *Handelingen II*, 1977, p. 31-32.

collectief onderhandelen' behelsde, en er sprake was van een 'belangengeschil.' De Hoge Raad maakte daarbij wel meteen enige voorbehouden.

Het eerste voorbehoud was gelegen in de 'spelregeltoets'.⁴⁴ Collectieve acties waren alsnog als onrechtmatig te beschouwen wanneer 'zwaarwegende procedureregels' ('spelregels') waren veronachtzaamd. Onder deze spelregels schaarde de Hoge Raad een tijdige aanzegging ('wat de lengte van de aanzegtermijn betreft eerder [...] enkele dagen dan [...] enkele weken'⁴⁵), alsook dat de collectieve actie als 'laatste redmiddel' was aangewend, het principe van het *ultimum remedium*. Ten tweede oordeelde de Hoge Raad dat collectieve acties aan de misbruiktoets, later: 'de proportionaliteitstoets' moesten worden onderworpen.⁴⁶

De Hoge Raad verhelderde de tweede toets in het NS-arrest als volgt:

'[Indien] met inachtneming van de door 31 ESH [oud] 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. Bij hantering van deze laatste toets spelen de bijzondere aspecten in onderling verband en samenhang dus in elk geval een rol.'⁴⁷

De beperkingsgronden uit artikel 31 ESH waren (en *zijn* op grond van het huidige artikel G ESH) de volgende: ze zijn bij wet⁴⁸ voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, de openbare orde, de veiligheid, de volksgezondheid en de goede zeden.

Deze beperkingen werden door de Nederlandse rechter te ruim geïnterpreteerd, zo luidde sinds *NS* langzaamaan de kritiek. De zorgvuldigheidsnorm van 6:162 BW die gehanteerd wordt bij de vraag of beperkingen aan het stakingsrecht dringend noodzakelijk zijn, bracht met zich mee dat de toegebrachte schade aan de werkgever en derden als een grote factor van belang gingen dienen. Dit gold ook voor de vraag of er voldoende zorgvuldigheid in aanloop naar de staking in acht was genomen, zoals het treffen van veiligheidsmaatregelen.⁴⁹ Maar, zo constateert Jacobs: 'In de loop der jaren is zowel in de rechtspraak als in de literatuur de neiging toegenomen om wat distantie te nemen van de formuleringen waarin de Hoge Raad

⁴⁴ HR 30 mei 1986 (*NS/Vervoersbonden*), r.o. 3.3.

⁴⁵ Jacobs 2023, p.223.

⁴⁶ HR 30 mei 1986 (*NS/Vervoersbonden*), r.o. 3.3.

⁴⁷ HR 30 mei 1986 (*NS/Vervoersbonden*), r.o. 3.3.

⁴⁸ 'By law' betekent dat regel toegankelijk en voldoende duidelijk moet zijn, EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 (*Sunday Times*).

⁴⁹ Jacobs 2023, p. 225, onder andere verwijzend naar Rb. Rotterdam 5 september 2014 ECLI:NLRBROT:2014:7463 (*Akzo*).

zijn ‘ja, tenzij’-uitspraak heeft vervat. [...] Met andere woorden: art. 6 en 31 [oud] van het ESH kwamen aan de top van de piramide te staan.’⁵⁰

2.6 2014 en 2015: *FNV/Enerco* en *FNV/Amsta*

De richtinggevende arresten die in de jaren daarop werden gewezen – en vaak ook in een adem worden genoemd - zijn de arresten *Enerco*⁵¹ en *Amsta*.⁵² In het *Enerco*-arrest werd met betrekking tot de rechtmatigheidsvraag het volgende criterium geformuleerd: wanneer de actie ‘redelijkerwijze kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen’, is zij in beginsel als rechtmatig te beschouwen. Dit betekende dat op basis van het Handvest veel varianten van de werkstaking geoorloofd kunnen zijn, zolang zij zich maar richten op een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Denk in dit verband aan de staking *tegen* de werkgever, maar die zich *richt tot* de overheid, de solidariteitsstaking, de wilde staking. Ook de vorm is vrij: de klassieke werkstaking, stiptheidsacties, *flashmobs*, prikacties, de bedrijfsblokkade, het aanbieden van gratis diensten, en aan de zijde van de werkgever: de uitsluiting; zolang de uitoefening doeltreffend is, wordt de actie door het Handvest beschermd.⁵³

Het *Amsta*-arrest bevestigde de lijn uit *Enerco*, en was bovendien belangwekkend omdat de Hoge Raad afscheid nam van de spelregeltoets en de eis van het laatste redmiddel, het *ultimum remedium*. De spelregels vormden niet langer een zelfstandige voorwaarde, maar vormden nog slechts een van de ‘gezichtspunten’ bij de vraag of een collectieve actie moest worden beperkt of verboden langs de weg van artikel G.⁵⁴

De nieuwe maatstaf luidt sindsdien dat ‘beperking of uitsluiting van de uitoefening het recht in het concrete geval, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk moet zijn.’⁵⁵ Daarbij worden in het concrete geval ‘alle omstandigheden’ meegewogen. Factoren die de Hoge Raad noemt, maar niet uitputtend zijn, zijn de aard en de duur van de actie, de verhouding tussen de

⁵⁰ Jacobs 2023, p.227, verwijzend naar A. Ph. C. M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141 en Schut 1990, p. 557.

⁵¹ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*FNV/Enerco*).

⁵² HR 19 januari 2015 ECLI:NL:HR:2015:1687 (*FNV/Amsta*).

⁵³ De politieke staking, een middel dat het afgelopen jaar onder meer door medewerkers van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, en recent ook de Universiteit van Amsterdam werd aangegrepen rondom de Israël-Palestina-oorlog, richt zich niet op een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, en valt daarom buiten de bescherming van het ESH. Tegelijkertijd is het een onderwerp dat mede door de vakbonden geagendeerd wordt. Zie in dit verband bijvoorbeeld ‘De FNV roept opnieuw op tot een permanent staakt-het-vuren in Gaza. Onmenselijke situatie.’, *fnv.nl*, 5 april 2024.

⁵⁴ HR 19 januari 2015 (*FNV/Amsta*), ro. 3.3.3.

⁵⁵ HR 19 januari 2015 (*FNV/Amsta*), ro. 3.3.4.

actie en het daarmee nagestreefde doel, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden, en de aard en de belangen van die schade.⁵⁶ De ‘spelregels’ zijn zagezegd een factor in de algemene toets van artikel G ESH geworden, en hebben dus niet langer een zelfstandige betekenis.

Waar Barentsen in 2017 nog schreef dat het er ‘alle schijn van [had] dat de rechter minder snel tot een stakingsverbod [overging]’,⁵⁷ zijn de vakbonden inmiddels van mening dat het nieuwe toetsingskader in de praktijk geen verruiming van het stakingsrecht heeft betekend. Zij klaagden daarom ook in juli 2021 bij het Europees Sociaal Comité.⁵⁸ Ze stelden onder meer dat het element van ‘alle omstandigheden van het geval’ niet goed wordt toegepast, met name in lagere rechtspraak. Ook zouden de belangen van derden en de werkgever te zwaar worden gewogen, en is het onduidelijk welk gewicht de spelregeltoets in de algehele belangenafweging nog toekomt.⁵⁹

Dit hoofdstuk bevatte een beknopte schets van de ontwikkeling van het Nederlandse stakingsrecht en eindigde met het toetsingskader dat de rechter hanteert bij de beoordeling van de rechtmatigheid van collectieve acties. Artikel 6 lid 4 ESH noemt zagezegd ook het recht op collectief onderhandelen van de werkgever, en wordt daarom sinds het *NS*-arrest in Nederland beschermd. Hoe is het actierecht van de werkgever nu precies binnen het collectieve actierecht geregeld? Daarover gaat het hoofdstuk hierna.

⁵⁶ HR 19 januari 2015 (*FNV/Amsta*), ro. 3.3.5.

⁵⁷ B. Barentsen, ‘Staken na Enerco en Amsta; schets van de stakingsjurisprudentie vanaf 2014’, *ArbeidsRecht* 2017/36.

⁵⁸ Case no. 201/2021: ETUC, FNV and CNV v. the Netherlands, te raadplegen op <https://rm.coe.int/cc201casedoc1-en/1680a36ebd>.

⁵⁹ Case no. 201/2021: ETUC, FNV and CNV v. the Netherlands; Zie op dit punt ook: M.P. Burger, A.Ph.C.M. Jaspers, L.C.J. Sprengers, R. van der Stege, ‘Stakingsjurisprudentie na Enerco/Amsta: oude wijn in nieuwe zakken?’ *TRA* 2020/70, waarin zij analyseerden dat uit de (lagere) rechtspraak blijkt dat belangen van derden nog veel gewicht in de schaal leggen bij de beperking van collectieve acties, en dat ‘de spelregels een min of meer onzichtbare invloed blijven uitoefenen, op een wijze die de strikte afbakening in art. G ESH te buiten gaat.’

3 Het (re)actierecht van de werkgever

3.1 Het recht van werknemers en *werkgevers*

Artikel 6 lid 4 van het Handvest, dat sinds het *NS*-arrest als een eenieder verbindende bepaling wordt erkend, kent zogezegd zowel werknemers als werkgevers het stakingsrecht toe, het beschermt ‘het recht van werknemers *en werkgevers* op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht’.⁶⁰

De tekst suggereert dat werkgever een actierecht heeft dat spiegelbeeldig is aan het actierecht van de werknemer. Dit zou betekenen dat de werkgever op vergelijkbare manieren als de werknemer hem kan proberen te dwingen met zijn voorwaarden akkoord te gaan. Zo scherp is dat spiegelbeeld echter niet. Over in welke mate de werkgever op dat actierecht een beroep kan doen, en op welke manier, bestaan verschillende lezingen. Recent werden op dit punt in de literatuur de denkbeelden daarover door verschillende juristen gedeeld, maar wel nadat, zo deden sommige auteurs in ieder geval vermoeden, er lange tijd een blinde vlek voor het actierecht van de werkgever had bestaan.

Van Slooten wierp een eerste steen in de vijver met zijn artikel ‘Het recht op tegenstaking’,⁶¹ waarin hij stelt dat het ‘alom de gedachte is’ dat ‘werkgevers de staking maar moeten uitzitten.’ ‘Dat hoeft zeker niet zo te zijn,’ zo meent hij. Ook Sagel en Van Haeringen schreven in hun bijdrage ‘Het collectieve actierecht van de werkgever (I)’⁶² dat de interesse voor het actierecht van de werkgever ten onrechte in de versukkeling is geraakt, en dat het hoog tijd is om er de aandacht op te vestigen:

‘Aan het collectieve actierecht van werkgevers is in de Nederlandse doctrine de afgelopen decennia nauwelijks aandacht besteed. Nu de vakbonden het afgelopen jaar exceptioneel hoge looneisen zijn gaan stellen en deze regelmatig met stakingen en andere collectieve acties proberen af te dwingen, lijkt de tijd daar om dat braakliggende terrein eens te ontginnen.’⁶³

Hoe onontgonnen is het actierecht van de werkgever? Door de jaren heen is het middel in de academische literatuur over het Nederlandse stakingsrecht in ieder geval niet buiten beschouwing gelaten. Bij de besprekingen van artikel 6 lid 4 uit het Handvest wordt door

⁶⁰ Artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest.

⁶¹ Van Slooten 2023.

⁶² Sagel & Van Haeringen 2023.

⁶³ Sagel & van Haeringen 2023, p. 11.

verschillende wetenschappers steevast aandacht besteed aan het stakingsrecht van werkgevers.⁶⁴ Tegelijkertijd, zo stipt ook Van Slooten aan, is de reikwijdte van dit recht maar in een enkel recent geval ter beoordeling aan een rechter voorgelegd. Werkgevers, zo constateert Van Slooten, stellen zich passief op en doen ‘vrijwel niets’ met hun recht op tegenstaking.⁶⁵ De behandeling van het onderwerp is kortom vooral een theoretische exercitie. Dat was in 1986 overigens niet heel anders, toen Jacobs in zijn proefschrift ten aanzien van het recht op uitsluiting schreef dat ‘het uitsluitingsrecht [...] misschien wel meest scholastieke facet van het collectieve arbeidsrecht is. Het speelt maar hoogst zelden in de praktijk, maar je kunt er heerlijk over theologiseren.’⁶⁶

Wat houdt dit actierecht van de werkgever nu precies in? En hoe ver reikt het? Van Der Heijden schrijft in reactie op de artikelen van Van Slooten en Sagel & Van Haeringen het volgende: ‘Als aan de werkgevers allerlei rechten en mogelijkheden worden toegekend om stakingen te verijdelen of te breken, is de machtsbalans weer verstoord’, zo schrijft hij, daarbij verwijzend naar het proefschrift van Rood, die meende:

‘De zaken worden op zijn kop gezet als men doet voorkomen dat er een soort natuurlijk evenwicht tussen sociale partners bestaat, dat door de staking ten gunste van de werknemers wordt doorbroken, zodat daardoor de werkgevers een mogelijkheid moeten hebben dat equilibrium weer te herstellen. Een zodanig natuurlijk evenwicht is non-existent.’⁶⁷

Van Der Heijden stelt dat men er niet omheen kan dat de werkgever *een* actierecht toekomt. Het staat zwart op wit in de tekst van het Handvest, en ook bij bestudering van de totstandkoming daarvan moet geconcludeerd worden dat de werkgever een recht op tegenstaking heeft, maar slechts in de vorm van ‘de uitsluiting’ – kort gezegd de (gedeeltelijke) bedrijfssluiting en inhouding van loon. Van Der Heijden noemt in dit verband het proefschrift van Schut, waarin uitgebreid is beschreven welke handelingen en vergaderingen er aan de verdragsbepaling voorafgingen, en waarom er weloverwogen *een* stakingsrecht voor de werkgever werd erkend.⁶⁸

⁶⁴ Zie in dit verband onder meer P. Zonderland, *Recht en plicht bij staking en tegenstaking*, Deventer: Kluwer 1974; Jacobs 1986; Schut 1996; S.F. Sagel, annotatie bij Hof Arnhem 9 augustus 2005. De vraag is dan ook welke decennia volgens Sagel & Van Haeringen nog tot ‘de afgelopen decennia’ gerekend mogen worden.

⁶⁵ Van Slooten 2023, p. 391.

⁶⁶ Jacobs 1986, p. 179.

⁶⁷ Van der Heijden 2024, p. 18.

⁶⁸ Schut 1996.

Sagel, Van Haeringen en Van Slooten interpreteren het actierecht breder dan de uitsluiting, en zien meer mogelijkheden voor werkgevers weggelegd, zoals, onder meer, het uitkeren van bonussen aan werkwilligen, het inlenen van personeel ‘om niet’, het preventief aannemen van meer werknemers die later weer ontslagen kunnen worden,⁶⁹ en pr-strategieën.⁷⁰ In de volgende paragrafen worden de verschillende manieren waarop de werkgever zijn actierecht zou kunnen aanwenden nader verkend.

3.2 Van concepttekst zonder werkgever naar verdragsbepaling met werkgever

‘In een studie naar het recht op collectief optreden, die grotendeels op het ESH is gebaseerd, komt het actierecht van werkgevers onvermijdelijk een plaats toe’, zo schrijft Schut in 1996.⁷¹ Aanvankelijk was in de concepttekst van artikel 6 lid 4 van het Handvest nog geen sprake van een actierecht voor de werkgever, maar in latere ontwerpen kreeg de tekst een steeds algemener karakter, waardoor ook het actierecht van de werkgever in beeld kwam. Schut beschrijft dat op instigatie van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa de voorbereiding werd overgelaten aan ‘een regionale tripartiete conferentie zoals voorzien in the Agreement tussen de Raad van Europa en de ILO.’⁷² Op deze manier, zo was het idee, zou er een ‘zo breed mogelijke basis’ gevormd kunnen worden voor de verdragstekst. Waar in een eerder ontwerp nog sprake was de passage ‘every worker has the right to strike’, verdween de ‘worker’ later weer uit de tekst en werd deze vervangen door het meer algemene ‘The High Contracting Parties recognise their right to strike’ - om nog later, op gezag van de sociale commissie, te resulteren in een tekst waarbij zowel werknemers als werkgevers het actierecht werd toegekend.⁷³ Van het recht op uitsluiting, waar de uiteindelijke tekst niet over spreekt, ‘moet klaarblijkelijk worden geacht impliciet in art. 6 onder 4 te zijn begrepen’, zo schrijft Schut.⁷⁴

⁶⁹ Sagel & van Haeringen 2023.

⁷⁰ S. Sagel & T. van Haeringen, ‘Het collectieve actierecht van de werkgever (II)’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 2024/3, p. 19-20.

⁷¹ Schut 1996, p. 125.

⁷² Schut 1996, p. 59. Schut verwijst in dit verband naar: Consultative Assembly, Committee on Social Questions, 2nd session, 17 september 1954, AS/SOC(6)11.

⁷³ Schut 1996, p. 59-60, 66.

⁷⁴ Schut 1996, p. 66.

Tilstra verwijst in dit verband naar een oordeel van het Comité ten aanzien van Cyprus in 1971: ‘de afwezigheid van enige regulering van het recht op lock-out moet niet opgevat worden als een verbod tot het voeren van dergelijke acties.’⁷⁵

3.3 Uitsluiting

Een werkgever kan op grond van de tenzij-bepaling van artikel 7:628 BW lid 1 het loon van de stakende werknemer inhouden: het niet-verrichten van arbeid ligt dan in de risicosfeer van de werknemer. Uitsluiting, zo werd hier eerder geschreven, komt kort gezegd neer op een (gedeeltelijke) bedrijfssluiting, én de inhouding van het loon - in beginsel ook het loon van de werkwilligen. Jacobs betwijfelt of het recht op uitsluiting wel echt bestaat in de Nederlandse rechtsorde,⁷⁶ maar de Werkloosheidswet (WW) biedt daarvoor evenwel aanknopingspunten: in artikel 19 lid 1 sub I WW wordt het recht op uitkering onthouden aan de werknemer die werkloos is ten gevolge van ‘werkstaking of uitsluiting.’ Ook de Waadi spreekt van uitsluiting, in de artikelen 3 en 10 van die wet.

Hoewel Schut stelt dat er uiteenlopende opvattingen over de uitsluiting bestaan (en ook de rechtspraak daarover in 1996 geen uitsluitsel bood, ‘simpelweg omdat die niet bestaat,’⁷⁷) lijkt in de literatuur over de kernelementen van de uitsluiting toch wel overeenstemming te zijn. Schut noemt in haar proefschrift de volgende ‘essentialia’: (i) geen arbeid en geen loon, (ii) voor werkwillige werknemers, (iii) als tegenzet/pressiemiddel (opzettelijk), (iv) in een collectief conflict.⁷⁸

In de literatuur worden er twee variaties van de uitsluiting beschreven: de offensieve uitsluiting en de defensieve variant. In het eerste geval wordt het bedrijf gesloten, nog voordat aan werknemerszijde acties worden gevoerd of zijn uitgeroepen, in het andere geval is het een reactie op een lopende staking. Sagel en Van Haeringen merken op dat een offensieve uitsluiting een ‘nucleaire optie’ is: ‘Wie dat meent te mogen doen, moet met hele sterke argumenten komen.’⁷⁹

⁷⁵ Tilstra 1994, p. 182, verwijzend naar Concl. II, 1971, p.187; A.P.H. Jaspers en T. Van Peijpe hebben overigens een andere lezing van het uitsluitingsrecht op basis van het Handvest: ‘Werkwilligen en stakingsrecht’, *SMA* 1983, afl. 1, p.22-23.

⁷⁶ Jacobs 2023, p. 251; Ook Van Slooten vraagt zich of het recht op uitsluiting is toegestaan, ‘gelet op 7:628 (geen arbeid, wel loon)’, in: Van Slooten 2023, p. 392. Of Van Slootens argument standhoudt betwijfel ik, zie in dit kader mijn opmerkingen omtrent HR 7 mei 1976, *NJ* 1977/5 nr. 10962 (*Wielemaker/De Schelde*, een arrest dat m.i. nog altijd verenigbaar is met huidige regels rond ‘geen arbeid wel loon’ en de tenzij-bepaling uit art. 7:628 BW).

⁷⁷ Schut 1996, p. 129

⁷⁸ Schut 1996, p. 131.

⁷⁹ Sagel & Van Haeringen 2024, p. 14.

De uitsluiting kan gezien worden als een pressiemiddel, waarbij de verhouding tussen de stakende werknemers en de werkwilligen op de proef wordt gesteld in de hoop de staking daarmee te breken. Zij die wel aan het werk willen krijgen die mogelijkheid niet, en bovendien hoeft aan hen geen loon te worden uitgekeerd – al hangt dit laatste af van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad overwoog in 1976 in dit verband in het arrest *Wielemaker/De Schelde* dat wilde protestacties van korte duur in de risicosfeer van de werkgever liggen, en georganiseerde acties voor de risicosfeer van de werknemer komen. Zodra een werkwillige werknemer kan aantonen dat hij als werkwillige buitenstaander kan worden aangemerkt, heeft hij in beginsel recht op doorbetaling van loon.⁸⁰ In het geval van een georganiseerde actie, ‘de gewone staking’, zo is de idee, wordt er ook voor de belangen van de werkwilligen opgekomen – waar dat bij een wilde staking niet vaststaat. Maar, zo schrijft Scholten in zijn noot bij het arrest: ‘de grootste moeilijkheden leveren de tussenvormen.’⁸¹

Sinds het *NS*-arrest is daar een nieuwe complicatie bijgekomen: ook bij andere vormen van staking dan de werkstaking, zoals stiptheidsacties, mag de werkgever een deel van het loon van werkwilligen en van de stakers inhouden.⁸² Welk gedeelte van het loon dan *wel* moet worden uitbetaald is onduidelijk.

De uitsluiting lijkt ook om een andere reden geen aanlokkelijk middel voor de werkgever. Van Slooten analyseert dat het middel al vijftig jaar niet lijkt te zijn ingezet, en noemt daarbij de vrees van werkgevers om werkwilligen ‘tegen zich in het harnas te jagen.’⁸³ Daar kan aan worden toegevoegd dat de werkgever, wanneer hij zijn bedrijf (gedeeltelijk) sluit, ook zijn productie zal zien stilvallen, met de vermoedelijke omzetsderving van dien.⁸⁴ Dat weerhield Ryanair er evenwel in 2018 niet van te dreigen met uitsluiting, en hier ook uitvoering aan gaf nadat er door medewerkers bij de vestiging in Eindhoven gestaakt werd. Ryanair ging zelfs zo ver dat zij de vliegbasis definitief wilde sluiten, en ontslag aanvraag op bedrijfseconomische gronden.⁸⁵ De kantonrechter bepaalde daarop dat Ryanair misbruik had gemaakt van haar bevoegdheid ‘door te besluiten de base in Eindhoven te sluiten vanwege de collectieve stakingsacties.’⁸⁶

⁸⁰ HR 7 mei 1976 *Wielemaker/De Schelde*.

⁸¹ G.J. Scholten, Annotatie bij HR 7 mei 1976 (*Wielemaker/De Schelde*).

⁸² HR 30 mei 1986 (*NS / Vervoersbonden*), ro. 3.6.

⁸³ Van Slooten 2023, p. 392.

⁸⁴ W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 454.

⁸⁵ Rb. 's-Hertogenbosch, 1 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5330.

⁸⁶ Rb. 's-Hertogenbosch, 1 november 2018, ro. 4.27.

De uitsluiting lijkt al met al geen populair middel, en dat terwijl er in andere Europese landen, zoals Duitsland, Frankrijk en Italië het middel wel zo nu en dan wordt aangewend. Frankrijk werd in 1981 door het Comité nog op de vingers getikt omdat het land de uitsluiting aanvankelijk niet wilde erkennen binnen het Franse recht: het beschouwde de handeling als wanprestatie. Na het standje van het Comité werd de uitsluiting onder omstandigheden toch toegestaan binnen het Franse stakingsrecht. Tilstra merkt op dat het Comité in 1984 stelde geen bezwaren te zien in nationale wetgeving waarin lidstaten de staking of uitsluiting konden regelen, zolang het collectieve actierecht in de kern tenminste niet werd aangetast. Maar, zo was ook af te leiden uit de achtste conclusies van het Comité:

‘Het Handvest brengt echter niet mee dat het recht een volledige gelijkheid tussen het recht op staken en op uitsluiting teweegbrengt. Stakingsrecht is immers uitdrukkelijk genoemd en wordt erkend als fundamenteel recht volgens de Grondwet van verschillende staten die partij zijn bij het ESH.’⁸⁷

Omstandigheden die door Tilstra respectievelijk genoemd worden, die de uitsluiting in Frankrijk en Italië sindsdien lijken te rechtvaardigen zijn ‘wanneer orde en de veiligheid van goederen of personen in gevaar komen op het bedrijfsterrein’ en ‘als de werknemersacties gewelddadige of extreme vormen aannemen (zoals sabotage, inbreuken op het recht van werkwilligen om te werken en geweld.)’⁸⁸ Deze rechtvaardigingsgronden lijken op het eerste gezicht samen te hangen met werkstakingen die door een rechter beperkt of verboden zouden kunnen worden. Immers: sabotage en geweld zullen de belangenafweging van artikel G niet snel doorstaan. De vraag rijst of de werkgever in de praktijk wel toekomt aan zijn recht op tegenstaking in de vorm van de *lock-out*, of dat een gang naar de rechter meer voor de hand ligt.

3.4 Andere vormen van tegenstaking

‘Men kan inderdaad niet goed zeggen, dat staking en tegenstaking ‘gelijk’ zijn, want het zijn heel verschillende middelen’, zo schreef Zonderland al in 1974.⁸⁹ Met ‘tegenstaking’ doelde Zonderland op de hierboven beschreven uitsluiting:

⁸⁷ Tilstra 1994, p. 183

⁸⁸ Tilstra 1994, p. 184.

⁸⁹ Zonderland 1974, p. 240.

‘Het is niet uitgesloten, dat het woord uitsluiting nog herinneringen oproept aan een tijd, waarin de aanvullende uitsluiting een uitdrukking van machtsvertoon van werkgeverszijde kon zijn. Nu men als werkgever aan uitsluiting alleen dan (hoog uit!) denkt, wanneer ten gevolge van staking een onhoudbare situatie ontstaat, lijkt mij de uitdrukking *tegenstaking* aanbevelenswaardiger.’⁹⁰

Zonderland beschouwde het recht op uitsluiting als een defensieve handeling, een reactie op een handeling aan werknemerszijde, waarvan geen spiegelbeeldige, aanvallende variant bestond. Van der Heijden is in 2023 nog eenzelfde mening toegedaan, en schaart ook alleen de in onbruik geraakte methode van de uitsluiting onder het actierecht van de werkgever. Hij onderbouwt dat door te stellen dat er bij de totstandkoming van het Handvest alleen over de uitsluiting gesproken is, en er daarom ook geen sprake kan zijn van andere vormen van tegenstaking.⁹¹ Sagel & Van Haeringen en Van Slooten zien evenwel meer mogelijkheden voor werkgevers weggelegd. Van Slooten schrijft in reactie op Van der Heijden:

‘De tekst van art. 6 lid 4 ESH is meer dan 60 jaar geleden vastgesteld. Sindsdien zijn er nieuwe actiemiddelen gehanteerd voor werknemers, zoals flashmobs, gratis openbaar vervoer en moderne communicatie-uitingen. De Hoge Raad heeft mede tegen die achtergrond in het Amsta-arrest geoordeeld dat vakbonden een grote vrijheid hebben in de keuze van hun actiemiddel. Het zou gek zijn om dan voor ontwikkelingen op gebied van tegenstaking na 1961 onze ogen geheel te sluiten.’⁹²

Welke andere varianten van het actierecht van de werkgever noemen de auteurs? Ik zal ze hieronder afgaan en bespreken. Sagel en Van Haeringen schrijven om te beginnen dat de eerste reactie ‘natuurlijk’ is dat een werkgever onderzoekt of er ‘in rechte iets te ondernemen valt.’⁹³ Andere mogelijkheden die door de auteurs, Van Slooten inbegrepen, worden verkend zijn de manieren waarop bestaakt werk toch door anderen kan worden uitgevoerd. Ten eerste wordt de mogelijkheid genoemd om het werk door andere (werkwillige) werknemers van de werkgever te laten overnemen. Ook de mogelijkheid om tijdelijk nieuw personeel in dienst te nemen wordt besproken, naast *outsourcing*.⁹⁴ Verder wordt onderzocht of werkwilligen een bonus kan worden uitgekeerd.⁹⁵ Tenslotte zijn er nog bepaalde pr-strategieën die de

⁹⁰ Zonderland 1974, p. 241.

⁹¹ Van der Heijden 2024, p. 19, verwijzend naar Schut 1996, p. 210; een ander argument dat Van Der Heijden geeft is gelegen in de ongelijkheidscompensatie, waarover meer aan het eind van dit hoofdstuk en in het volgende hoofdstuk.

⁹² J. van Slooten, ‘Naschrift’, *Ondernemingsrecht* 2024/5, p. 20.

⁹³ Sagel & Van Haeringen 2023, p.12.

⁹⁴ Sagel & Van Haeringen, 2023, p.12.

⁹⁵ Van Slooten 2023.

werkgever kan inzetten om de sympathie van de werknemer voor zich te winnen beschreven.⁹⁶

Onderkruipen

Een mogelijkheid die in beide publicaties genoemd wordt is het laten uitvoeren van het bestaakte werk, doorgaans aangeduid als ‘besmet werk’ door andere werknemers, ook wel ‘onderkruipers’ genoemd. Nederland kent een onderkruipersverbod, dat is neergelegd in artikel 10 van de Wet Allocatie Arbeidskrachten Door Intermediairs (Waadi). Dit wetsartikel verbiedt het werkgevers om werknemers ter beschikking te stellen aan een werkgever waar een werkstaking, bedrijfsbezetting of uitsluiting aan de gang is, om te voorkomen dat uitzendkrachten de collectieve onderhandeling beïnvloeden.⁹⁷

Buiten de reikwijdte van dit verbod valt de inzet van personeel dat binnen een concern werkzaam is, ook al betreft het een grote multinational. In het *Easyjet*-arrest overwoog de Hoge Raad dat de wettekst noch de wetsgeschiedenis van de Waadi aanleiding geeft om het wetsartikel ruimer uit te leggen,⁹⁸ waarbij moet worden opgemerkt dat bij de uitleg van ‘ter beschikking stellen’, de formulering uit artikel 1 lid 1 onder c Waadi wordt gebruikt. Oftewel: ook andere werkgevers die geen uitzendbureau zijn wordt het verboden werknemers ter beschikking te stellen.⁹⁹

Sagel en Van Haeringen zien hier niettemin een kans weggelegd voor de werkgever: de definitiebepaling uit artikel 1 lid 1 onder c spreekt over het ter beschikking stellen ‘tegen vergoeding’, wat zou kunnen betekenen dat het ter beschikking stellen ‘om niet’ niet onder het onderkruipersverbod zou vallen. Dat betekent dat een branchegenoot, of een werkgever die buiten het conflict staat, op die manier een bestaakte werkgever te hulp zou kunnen schieten, zonder in strijd te handelen met de Waadi, wanneer het hem aantrekkelijk voorkomt zijn eigen personeel onbezoldigd uit te lenen.¹⁰⁰

⁹⁶ Sagel & Van Haeringen 2024, p. 19-20.

⁹⁷ Artikel 10 Waadi luidt als volgt: ‘Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt voor zover hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting, of bedrijfsbezetting bestaat, geen arbeidskrachten ter beschikking, voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf of die onderneming of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.’

⁹⁸ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245 (*EasyJet*), ro. 3.8.

⁹⁹ Artikel 1 lid 1 onder c Waadi luidt: ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten: het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid.’

¹⁰⁰ Sagel & Van Haeringen 2023, p. 21.

Van Slooten bespreekt de mogelijkheid om stakende uitzendkrachten, die zich solidair hebben verklaard met de stakende werknemers in loondienst bij het bedrijf waar gewerkt wordt, maar die in feite staken tegen de eigen werkgever - de uitlener - te vervangen voor nieuwe uitzendkrachten. Het *EasyJet*-arrest lijkt hier ruimte voor te bieden, zo is Van Slootens analyse.¹⁰¹ De Hoge Raad overwoog op 15 maart 2024 dat het in strijd is met het onderkruipersverbod zoals neergelegd in de Waadi, wanneer een uitlener vervangende uitzendkrachten ter beschikking stelt om werk over te nemen van uitzendkrachten die het werk bij de inlener hebben gestaakt.¹⁰² Het *EasyJet*-arrest, waarop verzoeksters Albert Heijn en Otto Workforce een beroep wensten te doen, bood geen ruimte voor een andere lezing, zo meende de rechter. In het *EasyJet*-arrest ging het om ‘intra-concern ter beschikkingstelling’, en mocht er dus met eigen personeel van EasyJet geschoven worden; in het besproken geval is er geen sprake van hetzelfde concern, en hadden de stakende uitzendkrachten zich solidair verklaard met de stakende werknemers van Albert Heijn. Het had Otto Workforce daarom niet vrij gestaan om Albert Heijn als bestaakte werkgever nieuwe uitzendkrachten ter beschikking te stellen. De Rechtbank overwoog dat het oordeel anders kan zijn wanneer uitsluitend de uitzendkrachten (en dus de werknemers van Otto Workforce) hadden gestaakt, en de staking zich uitsluitend tegen Otto had gericht. In dat geval, zo stelde de kantonrechter, was Otto Workforce de bestaakte werkgever geweest en had hij werkwillige arbeidskrachten kunnen inzetten om de stakende uitzendkrachten te vervangen. Dat werkwilligen het werk van hun stakende collega’s mogen uitvoeren is niets nieuws onder de zon.

Een volgende optie die Sagel en Van Haeringen verkennen, in navolging van het *outsourcen* van bestaakt werk, is de mogelijkheid van *contracting*. Dit valt niet onder de reikwijdte van de Waadi, zo menen de auteurs, omdat in het geval van *contracting* werknemers onder leiding en toezicht van een derde komen te staan, en zodoende niets met een bestaakte werkgever van doen hebben. M.i. verschilt *contracting* in dit verband niet van *outsourcing*; het Hof overwoog eerder in het *NedTrain*-arrest dat deze constructie is toegestaan.¹⁰³

Nog een optie die door Sagel en Van Haeringen wordt verkend is het preventief werven van nieuw personeel, al dan niet op zeer korte contractbasis, dat het bedrijf weer zal verlaten zodra

¹⁰¹ Van Slooten 2023, p. 391, verwijzend naar HR 19 juli 2019 (*EasyJet*).

¹⁰² Rb. Rotterdam, 29 maart 2024, ECLI:NL:RBOT:2024:2532.

¹⁰³ Hof Amsterdam, 24 januari 2008, JAR 2008/105 (*NedTrain*).

de staking(sdreiging) is weggeëbd. Dit zal niet voor iedere werkgever zijn weggelegd, en bovendien kunnen ook nieuwe werknemers gebruik maken van hun stakingsrecht.

Ten aanzien van werkwilligen ver kent Van Slooten ook nog de optie waarbij werkwilligen voor hun werkwil ligheid beloond worden en een bonus krijgen uitgekeerd. Van Slooten merkt daarbij op dat de Hoge Raad in het arrest *Welgelegen/Bonden*¹⁰⁴ heeft geoordeeld ‘dat het in strijd met het stakingsrecht is om stakers achteraf het recht op een winstuitkering te ontnemen’, maar dat het uitloven van bonussen aan werkwilligen een manier kan zijn ‘om de staking te breken.’¹⁰⁵ Eerder werd deze optie door Sagel ook onderzocht, en hij stelde zich op het standpunt dat ‘niet kan worden gezegd dat de actievorm van de toekenning van een bonus in het kader van een collectief conflict een evenwichtsverstoring effect zou hebben.’¹⁰⁶ Dit is wel aan de orde, zo meent Sagel, ‘bij evidente misbruiksituaties: als de werkgever wezenlijk andere motieven heeft dan het voorliggende belangengeschild, bijvoorbeeld om de macht van de bond eens en voor altijd te breken en daarmee (de kern van) het collectieve arbeidsvoorwaardenproces te frustreren. Dergelijke uitzonderingsgevallen kunnen evenwel via de band van artikel 3:13 BW — misbruik van recht — worden geredresseerd.’¹⁰⁷

Of een dergelijke actievorm, waarbij werkgevers het grondrecht van werknemers om te staken afkopen, de G-toets uit het Handvest zal doorstaan, hangt af van de vraag of daarmee een onevenredige inbreuk op hun actierecht wordt gemaakt. Los van de rechtmatigheidsvraag kan deze actievorm tot opportunistische leiden: werknemers nemen een bonus aan, en zullen verder hopen dat de werknemers die wel nog bereid zijn tot actie, het vuile werk opknappen.

Naar mijn mening is het toekennen van een bonus voor werkwilligen een zwaar middel.

Werknemers wordt een financiële ‘worst’ voorgehouden, en zo voor een ingewikkeld dilemma gesteld. De werknemer mag kiezen voor uitoefening van zijn stakingsrecht, of een uitkering in geld. Wanneer een werknemer een dergelijke keuze niet in vrijheid kan maken en dus het recht op staking te zeer wordt beperkt, dan volgt uit de G-toets dat deze actievorm als onevenredig, en dus onrechtmatig moeten worden aangemerkt.

De methode kan als chantage worden opgevat, en verhoudt zich zodoende bovendien lastig tot goed werkgeverschap, zeker wanneer een werkgever al bij het aangaan van een

¹⁰⁴ HR 24 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZE0527 (*Welgelegen/Bonden*).

¹⁰⁵ Van Slooten 2023, p. 391, verwijzend naar S.F. Sagel, annotatie bij Hof Arnhem 9 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU3100.

¹⁰⁶ Sagel 2005.

¹⁰⁷ Sagel 2005.

arbeidsovereenkomst kenbaar maakt dat werkwilligen in geval van een staking een bonus uitgekeerd zullen krijgen. Een dergelijke handeling zal ook de toets aan 7:611 BW niet snel doorstaan.

Een andere tactiek die Van Slooten noemt is om na afloop van onderhandelingen de voorgestelde loonsverhoging aan werkgeverszijde, waar de bonden niet mee akkoord zijn gegaan, toch door te voeren, in de hoop dat daarmee de kous voorlopig af is. Als dit gebeurt na afloop van de onderhandelingen is dit in strijd met het mededingingsrecht, zo oordeelde de ACM.¹⁰⁸

Sagel en Van Haeringen verkennen tenslotte nog het *softe* middel van ‘*organiseren* en informeren’, onder het mom van: ‘wat de vakbond kan, mag de werkgever ook.’¹⁰⁹ Dat laatste uitgangspunt is op grond van het Handvest en in het licht van bescherming, waarover in het hoofdstuk hierna meer, naar mijn idee niet juist, maar de tactieken die in het kader van *organiseren* en informeren besproken worden lijken aanvaardbaar, tot op zekere hoogte. Sagel en Van Haeringen schrijven:

‘Net zoals de (vak)bond het grondrecht heeft om zijn mening te geven, de achterban te informeren door het verspreiden van pamfletten, *mailings* en bijeenkomsten, en aldus trachten zieltjes te winnen voor het voeren van actie, mag ook de werkgever zijn personeel actief benaderen met informatie over wat hij heeft geboden in het overleg met de vakbond.’¹¹⁰

Of werknemers inderdaad ongevraagd, bijvoorbeeld via *mailings*, geïnformeerd mogen worden, met als doel sympathie voor de werkgever te kweken omdat de werkgever dat recht op grond van artikel 10 EVRM toekomt, behoeft enige kanttekeningen. In zijn algemeenheid zal het een werkgever vrijstaan zijn mening te geven over de status van een collectieve actie. Tegelijkertijd zal hij zijn werknemer, in ieder geval op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW, ook niet voortdurend kunnen lastigvallen om ‘zieltjes te winnen.’ Hij zal moeten respecteren dat de werknemer tijdens een collectieve actie andere belangen heeft; de vergelijking met ‘de achterban’ van de vakbond gaat dan ook mank. De werknemer zal in vrijheid de afweging moeten kunnen maken naar wie de solidariteit uitgaat; naar de

¹⁰⁸ ‘ACM beëindigt onderzoek naar mogelijk loonkartel supermarkten vanwege Cao-akkoord’, *acm.nl*, 26 november 2021.

¹⁰⁹ Sagel & Van Haeringen 2024, p. 19.

¹¹⁰ Sagel & Van Haeringen 2024, p. 19.

werknemers die strijden voor betere arbeidsvoorwaarden, of naar de werkgever die zijn kosten graag zo laag mogelijk houdt.

In navolging van Jacobs wordt er inmiddels dus weer ‘heerlijk getheologiseerd’ over het actierecht van de werkgever. De onderzoeken van onder andere Schut en Tilstra geven voldoende aanleiding Van Der Heijdens lezing te onderschrijven dat meer dan een recht op uitsluiting niet in de verdragsbepaling is inbegrepen. Tegelijkertijd moet vastgesteld worden dat uit de Waadi volgt dat het onderkruipersverbod niet van toepassing is in het geval van intra-concern terbeschikkingstelling van werknemers, en dat *outsourcing* van werk ook tot de mogelijkheden behoort. De vraag of de werkgever actiemogelijkheden heeft is inmiddels wel bevestigend beantwoord, alsook dat dit actierecht breder wordt geïnterpreteerd dan daarin, aanvankelijk bij de vaststelling van het Handvest was voorzien. Tegelijkertijd is de formulering ‘actierecht’ te sterk uitgedrukt. Omdat de werkgever in de praktijk alleen mogelijkheden lijkt te hebben om te reageren - een spiegelbeeldig actierecht van zoals het de werknemer toekomt zal in de praktijk doorgaans onevenredig uitpakken - is de formulering van ‘reactierecht’ zorgvuldiger.

De meningen zullen erover verdeeld zijn of met de beschreven (re)actievormen de mogelijkheden voor werkgevers om hun recht op collectief onderhandelen te kunnen aanwenden te beperkt zijn, of juist te ruim. De vraag die hiermee samenhangt, en die Van Der Heijden aan de orde heeft gesteld, is of het (re)actierecht van de werkgever op gespannen voet staat met ‘de beschermingsgedachte’ van het arbeidsrecht. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

4 Het (re)actierecht van de werkgever: wapengelijkheid of uitholling van bescherming?

4.1 De beschermingsgedachte van het arbeidsrecht

‘Bescherming van de economisch zwakkere werknemer tegen de economisch sterke werkgever is een van de al lang erkende pijlers van het arbeidsrecht’, zo schreven Van der Heijden en Noordam in hun preadvies ‘De waarde(n) van het sociaal recht’ uit 2001.¹¹¹ Zij noemen bescherming een ‘basiswaarde’¹¹², naast andere waarden zoals ‘solidariteit’¹¹³ en ‘non-discriminatie’.¹¹⁴ Bescherming hangt samen met het begrip ongelijkheidscompensatie, een waarde die ook van betekenis is binnen andere rechtsgebieden van het sociaal recht, zoals het huurrecht en het consumentenrecht. Bij ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht wordt er, zo schrijven Van der Heijden en Noordam, ‘van uitgegaan dat aan de werknemer meer rechten worden gegeven dan aan de werkgever, teneinde de eerste in ieder geval juridisch op een gelijk niveau te brengen als de tweede.’¹¹⁵ Of, om met Noordam te spreken: het recht is er om in het geval van de ongelijke machtsverhouding de onderliggende partij ‘een kontje’ te geven.¹¹⁶ De vraag is echter wel wat dat kontje precies inhoudt, want zoals Hartog schrijft: ‘bescherming is geen autonoom begrip.’¹¹⁷ En bovendien: ‘niet iedere werknemer is even ongelijk en daarom valt niet te kwantificeren hoever die wettelijke compensatie moet gaan.’¹¹⁸

Zo is in de literatuur meermaals betoogd dat naarmate het opleidingsniveau van werknemers hoger wordt, en zij, al dan niet daarmee samenhangend, ook mondiger worden en beter voor zichzelf kunnen opkomen, de asymmetrische verhouding tussen de werkgever en de werknemer niet langer in alle gevallen een kloppende voorstelling van zaken is. Zo vroeg Rood, die ongelijkheidscompensatie in 1982 nog als ‘centrale these [van het arbeidsrecht]

¹¹¹ P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over rechtsbeginselen van rechtsvorming en hun sociale werking* (Predadvies), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001 p. 85.

¹¹² Van Der Heijden en Noordam 2001, p. 96.

¹¹³ Van Der Heijden en Noordam 2001, p. 87.

¹¹⁴ Van Der Heijden en Noordam 2001, p. 90.

¹¹⁵ Van Der Heijden en Noordam, 2001, p. 85, verwijzend naar L. Betten, F. Boelhouser, J.M. Fleuren – van Walsem, T. van Peijpe en L.A.J. Schut (red), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer: 1997.

¹¹⁶ F.M. Noordam, ‘Een kontje van de wetgever’, in: L. Betten e.a. 1997, p. 109.

¹¹⁷ J. Hartog, ‘Bescherming als economische waarde’, in: G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber Amicorum voor Paul van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2013, p. 27.

¹¹⁸ R. Duk, ‘All employees are unequal but...’, in: Heerma van Voss & Verhulp 2013, p. 16.

onbetwist' achtte,¹¹⁹ zich in 1994 af of dit uitgangspunt nog wel houdbaar was.¹²⁰ Een decennium later, in 2004, stelde Boot eenzelfde vraag weer aan de orde, door kritiek te leveren op gebrek aan differentiatie aan ongelijkheidscompensatie binnen het ontslagrecht. Hoe hoger het loon, zo was hij van mening, hoe minder arbeidsrechtelijke bescherming voor de hand zal liggen.¹²¹ Alt meende daarop dat Boot eraan voorbijging dat de mate van ongelijkheidscompensatie een vraag zou moeten zijn van *alle* omstandigheden van het geval. Hij gaf daarbij het voorbeeld van een juridisch secretaresse die binnen de opzegtermijn van een arbeidsovereenkomst weer ander werk zal vinden, tegenover een statutair directeur die kort na zijn promotie (na 25 jaar dienst bij datzelfde bedrijf) in deze functie wordt ontslagen. In het eerste geval, zo meende Alt, zal bescherming minder voor de hand liggen dan het laatste geval.¹²² Alt onderscheidde overigens nog de *materiële* ongelijkheidscompensatie, de machtsongelijkheid tussen werknemer en werkgever en de *processuele* ongelijkheidscompensatie, waarbij er sprake is van ongelijke proceskansen. Hij stelde dat wanneer er sprake is van een asymmetrische verhouding in de contractspartijen, dat 'onherroepelijk zijn weerslag [heeft] op de proceskansen van die partijen.'¹²³

Van der Heijden en Noordam schrijven dat rechtsvorming op sociaal gebied, waar het bijvoorbeeld kan gaan om arbeidstijden of inkomensbescherming, eruit bestaat dat regelingen worden opgetuigd die in een juridisch-technisch kader moeten passen. Onder dit kader, zo stellen zij, ligt 'de basisfilosofie, de onderliggende uitgangspunten, de waarden die een belangrijke rol spelen als fundament als het op trekken gebouw van regels.'¹²⁴ De auteurs noemen waarden zoals verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, verantwoordelijkheid en solidariteit. Over het juridisch-technische kader schrijven ze: 'Het is goed mogelijk een onderwerp juridisch-technisch en systematisch tot in de puntjes te regelen, maar gebrek aan ideologische ondergrond kan een dergelijk regelcomplex zielloos, sociaal onrechtvaardig of zelfs verderfelijk maken.'¹²⁵

¹¹⁹ M. G. Rood, *Gelijkheden in beweging: voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit te Gent op 16 maart 1982*, Leiden: Brill/Universitaire Pers Leiden 1982.

¹²⁰ M.G. Rood, 'De werkgever als Janus', in: *Sociaal recht: de grenzen verkend*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

¹²¹ G.C. Boot, *Arbidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 137.

¹²² H.J.W. Alt, *Monografieën sociaal recht. Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

¹²³ Alt 2009, p. 12.

¹²⁴ Van Der Heijden & Noordam 2021, p. 70.

¹²⁵ Van Der Heijden & Noordam 2021, p.71-72.

Hoe het met de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht anno 2024 gesteld is, is niet eenduidig te zeggen, maar ook in andere decennia was dit antwoord niet snel te geven. Jacobs schreef in 1997: ‘Het wil mij voorkomen, dat de afgelopen 15 jaar herhaaldelijk gebleken is, dat wetgever en rechter toch echt niet zo scheutig zijn met een bevoordeling van de werknemer als zwakkere partij, ook niet in twijfelgevallen.’¹²⁶ Dit is na 1997 niet veranderd, zo schrijft Zekic. Ze geeft daarbij het voorbeeld van ‘onduidelijke bedingen’, die vaak niet ten faveure van de werknemer als zwakkere partij worden uitgelegd.¹²⁷

Op veel momenten lijkt de werknemer eerder in een overwegend wederkerige verhouding tot zijn werkgever te worden beoordeeld, dan dat er sprake is van een asymmetrie. Denk aan het richtinggevende *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest, waarin de Hoge Raad overwoog dat de werknemer ook andere dan overeengekomen taken diende te verrichten.¹²⁸ Ook is te denken aan de *Arbeidstijdenwet* en het daarmee samenhangende *Arbeidstijdenbesluit*, waarin onder meer uitzonderingen zijn opgenomen voor ‘leidinggevend en hoger personeel,’ en bepaald is dat vanaf een bepaald salaris werknemers zijn uitgezonderd van (beschermende) regels ten aanzien van arbeids- en rusttijden.¹²⁹

Ongelijkheidscompensatie binnen het arbeidsrecht kan aan de ene kant als een natuurrechtelijk fundament beschouwd worden, de werkelijke invulling daarvan is dat bepaald niet. Zoals Zekic signaleert: het wordt algemeen aanvaard om het arbeidsrecht niet onder het gewone contractenrecht te laten vallen – dat zou een ‘onwenselijke situatie’ opleveren.¹³⁰ Het is vervolgens aan de wetgever, of de rechtspraak, om de grenzen van de bescherming die het arbeidsrecht zou moeten bieden, af te bakenen.

¹²⁶ A.T.M. Jacobs, ‘Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie’, in: L. Betten, F. Boelhouwer, J.M. Fleuren – van Walsem, T. van Peijpe & L.A.J. Schut, *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 68.

¹²⁷ N. Zekic, ‘Economische ongelijkheid: een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2019 (13) 2, p. 15.

¹²⁸ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

¹²⁹ Artikel 2.1:1 Arbeidstijdenbesluit; Dit roept de vraag op of deze uitzondering niet nadelig uitpakt voor vrouwen in bepaalde hogere posities, aangezien er vaak op hen ook nog zorgtaken thuis rusten.

¹³⁰ N. Zekic, ‘Arbeidsrechtelijk normatief kader’, in: W.G.M. Plessen, J. van Drongelen & F.H.R. Hendrickx (red.), *Sociaal Recht: Tussen behoud en vernieuwing. Liber Amicorum voor Antoine Jacobs*, 2011: Uitgeverij Paris, p. 65.

4.2 David tegen Goliath in het collectief actierecht?

Terug naar het recht op collectief onderhandelen. De figuur van het collectief onderhandelen erkent dat de werknemer en werkgever elkaars gelijken niet zijn. Het beeld van David tegen Goliath is een treffende metafoor van de individuele werknemer tegenover een machtige werkgever, van wie men afhankelijk is om te kunnen voorzien in het levensonderhoud, en andere meer abstractere zaken als eigenwaarde en status. Deze afhankelijkheidsrelatie maken de werknemer kwetsbaar in zijn positie van onderhandelaar over zijn arbeidsvoorwaarden. Het is de reden dat werknemers zich in vakbonden verenigd hebben (en als onderhandelingspartner ook erkend worden), om zo op gelijke voet (trachten) te geraken met die van de werkgever. Maken veel Davids één Goliath en is met een verenigde vakbond het speelveld gelijk? Van Der Heijden meent van niet, hij schrijft in reactie op Van Slootens verkenning¹³¹ van de actiemogelijkheden van de werkgever:

‘Werkgevers en werknemers hebben in het economische verkeer in onze maatschappelijke ordening geen gelijke machtspositie. Stakingsrecht is, naast andere aan werknemers toegekende rechten, onderdeel van de ongelijkheidscompensatie die het arbeidsrecht zo eigen is. Ruim erkende mogelijkheden van tegenstaking door werkgevers brengt de disbalans in de verhouding werkgever/werknemers en de eerder rechtgetrokken machtsongelijkheid weer terug.’¹³²

De sterke partij moet, om het in de beeldspraak van Hartog te formuleren, ‘getemd’ worden.¹³³ In navolging van de neoklassieke theorie over welvaart formuleert Hartog het ideaaltypisch krachtenveld als volgt: ‘voorkom machtsposities, zorg voor “countervailing power”, tegenmacht: laat niet toe dat een marktpartij zoveel gewicht heeft dat de wijzer op de weegschaal het evenwicht niet kan bereiken.’¹³⁴ Hartog ziet ook hier een taak voor de wetgever weggelegd, die door de vakbonden te ondersteunen, eraan kan bijdragen dat de al te machtige werkgever de overhand krijgt. Oftewel: er zal alleen sprake van ongelijkheidscompensatie zijn, wanneer de wetgever de beschermingsgedachte niet veronachtzaamt.

¹³¹ Van Slooten 2023, p. 391.

¹³² Van der Heijden 2024, p. 19.

¹³³ Hartog 2013, p. 27

¹³⁴ Hartog 2013, p. 26

De bedoeling van verdragspartijen

Nemen we Schut en Tilstra weer ter hand, dan stelt Van Der Heijden zich op het verdedigbare standpunt dat bij de ontstaansgeschiedenis van het Handvest het recht op tegenstaking in de vorm van uitsluiting weliswaar werd erkend, maar ook dat het recht collectief onderhandelen toch vooral was vormgegeven om de *werknemer* een stakingsgrondrecht toe te kennen. ‘Het onderliggende doel is toch vooral de bescherming van werknemers en door uitsluiting kunnen de belangen van de werknemers aanzienlijk worden geschaad.’¹³⁵ Van een scherp spiegelbeeldig actierecht is dus geen sprake. De vraag wanneer dit (re)actierecht van de werkgever, in het licht van de beschermingsgedachte, nog geoorloofd is, en wanneer het (re)actierecht van de werkgever deze beschermingsgedachte ondermijnt – is niet eenduidig te zeggen, en zal moeten afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

De ‘beschermingsgedachte’

Alt meende, zo schreef ik eerder, dat Boot eraan voorbijging dat de mate van ongelijkheidscompensatie een vraag zou moeten zijn van *alle* omstandigheden van het geval. Hij gaf daarbij het voorbeeld van de juridisch secretaresse.¹³⁶ Of dit specifieke voorbeeld m.i. overtuigt, zal ik hier buiten beschouwing laten, maar de idee dat ongelijkheidscompensatie niet *altijd* nodig zal zijn, is te volgen. Werknemers hebben de mogelijkheid zich te verenigen, zodat zij als collectief een onderhandelingspartner kunnen vormen van de machtigere werkgever(s), en zo het speelveld gelijkjer wordt. Het stakingsrecht is er om hen een pressiemiddel te geven, wanneer andere mogelijkheden in de onderhandeling zijn uitgeput.

In het vorige hoofdstuk heb ik uiteengezet welke mogelijkheden de werkgever heeft om gebruik te maken van zijn (re)actierecht. Zo mag bestaakt werk worden *geoutsourced* – ofwel: worden overgeheveld naar een andere opdrachtnemer die buiten het conflict staat. Ook volgt uit de rechtspraak dat er geschoven mag worden met personeel binnen een concern, omdat dit personeel, zolang werkwillig, beschouwd moet worden als werkwilligen binnen een en hetzelfde bedrijf. Sagel en Van Haeringen schreven bovendien dat de eerste reactie ‘natuurlijk’ is dat een werkgever onderzoekt of er ‘in rechte iets te ondernemen valt.’¹³⁷ Of dat vanzelfsprekend is, kan bediscussieerd worden; binnen de context van de collectieve onderhandeling ligt het ten eerste voor de hand dat de werkgever onderzoekt of hij aan de

¹³⁵ Schut 1996, p. 210.

¹³⁶ Alt 2009, p.12.

¹³⁷ Sagel & Van Haeringen 2023, p.12.

eisen van de bonden kan voldoen.¹³⁸ De bonden stellen zich zagezegd op het standpunt dat werkgevers dit te vaak met succes doen, en dat sinds het herziene toetsingskader uit *Enerco/Amsta* de rechter vaker tot een verbod is overgegaan: ‘het aantal vonnissen waarbij een staking op de een of andere manier is beperkt door de rechter is volgens de bonden tussen 2015 en 2020 met 13%-punt gestegen.’¹³⁹ We lazzen bovendien eerder bij Alt dat wanneer er sprake is van een asymmetrische verhouding in de contractspartijen, dat ‘onherroepelijk zijn weerslag [heeft] op de proceskansen van die partijen.’¹⁴⁰

In het licht van bovenstaand kan de vraag gesteld worden of er in de wetgeving en rechtspraak wel voldoende acht wordt geslagen op de beschermingsgedachte. Deze beschermingsgedachte is in zijn algemeenheid niet goed operationeel te maken; het zal zagezegd afhangen van de omstandigheden van het geval of bescherming nodig is. Maar zeker is, is dat het Handvest uitgaat van bescherming van de werknemer. Ik schreef in het vorige hoofdstuk dat de onderzoeken van onder andere Schut en Tilstra voldoende aanleiding geven om Van Der Heijdens lezing te onderschrijven dat meer dan een recht op uitsluiting niet in de verdragsbepaling is inbegrepen. Tegelijkertijd moet vastgesteld worden dat het onderkruipersverbod niet van toepassing is in het geval van intra-concern terbeschikkingstelling van werknemers, en dat *outsourcing* van bestaakt werk ook tot de mogelijkheden behoort.

Het (re)actierecht van de werkgever wordt breder geïnterpreteerd dan daarin aanvankelijk bij de vaststelling van het Handvest was voorzien. De beschermingsgedachte, waarop de betreffende verdragsbepaling gestoeld is, komt in ieder geval onder druk komt te staan wanneer een dergelijke reactie van de werkgever de bescherming van de werknemer ondermijnt. Aan de rechter de taak om bij de belangenafweging op grond van de G-toets, deze beschermingsgedachte niet uit het oog te verliezen.

Waar brengt ons dit nu? ‘De beschermingsgedachte’ van het arbeidsrecht is een fictie, en zal afhangen van de keuzes van de wetgever, of rechter. Wat wel vaststaat is dat bij het

¹³⁸ Over de rolopvatting van de advocaat binnen het arbeidsrecht bijvoorbeeld: P.A. Boontje, ‘De mediation-advocaat verlaat het toernooimodel’, *TRA* 2019/78.

¹³⁹ Van Slooten 2023, p. 391; De bonden hebben vaak kritiek op het gewicht dat wordt toegekend aan de belangen van derden. Zie in dit verband het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland, waarbij vrachten met Valentijnsrozen niet in gevaar mochten komen. Rb. Noord-Holland 5 februari 2024 ECLI:NL:RBNHO:2024:1025.

¹⁴⁰ Alt 2009.

verdragsartikel uit het Handvest, waaraan het stakingsrecht van werknemer en werkgever kan worden ontleend, bescherming van de werknemer het uitgangspunt was. Het (re)actierecht van de werkgever zou in ieder geval met die beschermingsgedachte niet op gespannen voet mogen komen te staan.

De *outsourcing*-constructie valt niet onder het onderkruipersverbod, juridisch-technisch is dat juist. Het onderkruipersverbod uit de Waadi beoogt immers te voorkomen dat werknemers ter beschikking worden gesteld bij een bestaakte werkgever en aldaar het besmet werk overnemen. Wordt de methode van *outsourcing* in plaats daarvan aangewend, dan zal dat evenwel de uitwerking *kunnen* hebben van een solidariteitsstaking aan werkgeverszijde. Het is goed mogelijk dat er een disbalans optreedt die zich slecht verhoudt tot de bescherming van de werknemer. Het Hof overwoog in het *NedTrain*-arrest dat een ruimere uitleg van artikel 10 van de Waadi een derde teveel zou beknotten in zijn mogelijkheden om de schade van de staking te beperken, en achtte de omstandigheid dat de staking mogelijk minder effectief was daaraan ondergeschikt.¹⁴¹ Maar, zoals Franssen terecht opmerkt, ‘ook als bij NedTrain zelf zou zijn gestaakt, had NedTrain dit kunnen ondervangen door de werkzaamheden van de stakers uit te besteden aan een ander bedrijf via aanneming van werk.’¹⁴² De vraag of de methode van *outsourcing* evenredig is, zal daarom moeten afhangen van de concrete omstandigheden, die zorgvuldig onderworpen dienen te worden aan de G-toets. In het licht van de beschermingsgedachte zal *outsourcing* niet per definitie een evenredige (re)actievorm kunnen zijn.

‘De Waadi is niet van toepassing’, schreef minister Donner in 2009 in antwoord op Kamervragen over intraconcern detachering.¹⁴³ Naar mijn mening is bij het ontwerpen van de Waadi te weinig oog geweest voor de bescherming van de werknemer bij een groot concern, waarbij vaak sprake is van een gezagsverhouding met een machtige werkgever. Intra-concern tewerkstelling ten tijde van een staking verhoudt zich m.i. dan ook slecht tot de beschermingsgedachte. Werknemers bij een dochteronderneming, zeker wanneer deze zich over de grens bevindt, zullen in veel gevallen zonder al te veel kunstgrepen als werknemers van ‘buiten’ gekwalificeerd kunnen worden - van schuiven van eigen personeel is dan geen

¹⁴¹ Hof Amsterdam 24 januari 2008, (*NedTrain*), ro. 3.8.

¹⁴² E. J. A. Franssen, ‘Tot wie richt het onderkruipersverbod zich?’, in: *De Waadi (Monografieën Sociaal Recht nr. 81)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2009/10, 17050, 397, p.1.

sprake. Aan het eind van de ladder zullen deze werknemers formeel dezelfde werkgever hebben, maar het recht biedt voldoende aanknopingspunten - zie bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht in concernverband - om een andere mening te zijn toebedeeld.

‘Gebrek aan ideologische ondergrond kan een dergelijk regelcomplex zielloos, sociaal onrechtvaardig of zelfs verderfelijk maken’, schreven Noordam en Van Der Heijden.¹⁴⁴ In de Memorie van Toelichting bij de Waadi is te lezen dat het ‘geen pas geeft wanneer door het ter beschikking stellen van arbeidskrachten het verloop van een collectief arbeidsconflict wordt beïnvloed’, alsook dat het onderkruipersverbod ‘noodzakelijk wordt geacht voor de bescherming van goede arbeidsverhoudingen.’¹⁴⁵ Van ideologische ondergrond is enige sprake, zo kunnen we constateren, zij het in beperkte mate.

¹⁴⁴ Van Der Heijden & Noordam 2021, p.71-72.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1996-97, 25264, nr. 3, p. 12.

6 Conclusie en mogelijk vervolgonderzoek

Conclusie

Wanneer werknemers een werkstaking uitroepen omdat de collectieve onderhandelingen zijn vastgelopen, kan een werkgever op grond van artikel 7:628 lid 1 BW de staking proberen te breken door het loon in houden van de stakende werknemer, of via de rechter afdwingen dat een staking wordt beperkt of verboden. Maar de werkgever staan meer middelen tot beschikking.

Het Europees Sociaal Handvest erkent in artikel 6 lid 4, in samenhang met artikel G, een actierecht van de werkgever, in beginsel in de vorm van uitsluiting; de situatie waarbij de onderneming door de werkgever wordt gesloten en hij op grond van 7:628 lid 1 BW het loon inhoudt. De formulering ‘reactierecht’ is zorgvuldiger; in de praktijk zal een pure spiegelbeeldige, en dus offensieve variant van het actierecht van de werknemer een evenwichtverstoring effect hebben, en daarom onevenredig zijn.

Van Der Heijden stelt zich op het standpunt dat een te ruim actierecht van de werkgever zich slecht verhoudt tot de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht. Deze beschermingsgedachte is echter niet goed operationeel te maken; het zal afhangen van de concrete omstandigheden in welke mate bescherming passend is, en bovendien ook afhangen van wat de bedoeling van de wetgever, of in dit geval ook: verdragspartijen is geweest.

De onderzoeken van onder andere Schut en Tilstra geven voldoende aanleiding om Van Der Heijdens lezing te onderschrijven dat meer dan een recht op uitsluiting niet in de verdragsbepaling is inbegrepen. Tegelijkertijd moet vastgesteld worden dat het onderkruipersverbod, zoals volgt uit de Waadi, niet van toepassing is in het geval van het intra-concern terbeschikkingstelling van werknemers, en dat *outsourcing* van werk ook tot de mogelijkheden behoort. De verdragsbepaling uit het Handvest waaraan werknemer en werkgever hun actierecht ontleen, is evenwel gestoeld op de beschermingsgedachte ten aanzien van de werknemer, hier zit dus een zekere spanning.

Het is juridisch-technisch juist dat de het onderkruipersverbod op grond van de Waadi niet ruimer kan worden uitgelegd dan binnen de context van ter beschikkingstelling van arbeidskrachten aan een andere, bestaakte onderneming. Dat intra-concern

terbeschikkingstelling buiten de reikwijdte van het onderkruipersverbod uit de Waadi valt, omdat werknemers binnen hetzelfde concern aan elkaar gelijk worden gesteld, is naar mijn idee evenwel een weeffout in het licht van de beschermingsgedachte.

Ook kan een al dan niet bestaakte werkgever ervoor kiezen het bestaakte werk over te hevelen, te *outsourcen* naar een derde, onder wiens leiding en toezicht de werknemers komen te staan die het besmet werk zullen uitvoeren. Uit *NedTrain* volgt dat dit is toegestaan; de systematiek van de Waadi verbiedt deze handeling niet. De werkgever ontleent zijn (re)actierecht aan het Handvest, maar hetzelfde Handvest wilde vooral de *werknemer* bescherming bieden. Aan de hand van een zorgvuldige belangenafweging, op voet van de G-toets, zal moeten worden beoordeeld of het overhevelen van bestaakt werk in het concreet geval evenredig is.

Hoe het (re)actierecht van de werkgever zich verhoudt tot de beschermingsgedachte is kortom niet eenduidig te zeggen. Aan de rechter de taak om in het geval de werkgever van zijn (re)actierecht gebruik wenst te maken, de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht niet te veronachtzamen. Om weeffouten te voorkomen zal ook de wetgever de beschermingsgedachte uit het Handvest voor ogen moeten houden.

Vervolgonderzoek

Dit onderzoek beperkte zich tot de waarde van bescherming, en de daarmee samenhangende ongelijkheidscompensatie. Ook in het licht van andere waarden zou het (re)actierecht van de werkgever, nog nader geanalyseerd kunnen worden. Hoe verhoudt het reactierecht zich tot de andere grondbeginselen van het arbeidsrecht? Ik schreef eerder dat Noordam en Van der Heijden in hun preadvies uit 2001 meerdere waarden van het arbeidsrecht beschrijven. Zo noemen ze naast bescherming ook de waarden verantwoordelijkheid, solidariteit en bestaanszekerheid. Dit zijn waarden die ook doorklinken in het Handvest. Ten aanzien van de basiswaarde van solidariteit wijzen Van der Heijden en Noordam er bijvoorbeeld op dat de vakbonden belangrijk zijn (geweest) bij het organiseren van solidariteit.¹⁴⁶ Hoe verhoudt het (re)actierecht van de werkgever zich tot deze solidariteitsgedachte? Vervolgonderzoek zal deze vraag, en andere vragen, kunnen beantwoorden.

¹⁴⁶ Van Der Heijden & Noordam 2001 p. 87-89.

Literatuurlijst

ACM 2021

‘ACM beëindigt onderzoek naar mogelijk loonkartel supermarkten vanwege Cao-akkoord’, *acm.nl*, 26 november 2021.

Alt 2009

H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Barentsen 2014

B. Barentsen, ‘Staken na Enerco en Amsta; schets van de stakingsjurisprudentie vanaf 2014’, *ArbeidsRecht* 2017/36

Van Den Berg, Fortuyn & Jaspers 1978

H. van den Berg, P. Fortuyn, T. Jaspers, *De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland*, Nijmegen: Socialistische Uitgeverij Nijmegen, 1978.

Betten, Boelhouwer, Fleuren – Van Walsem, Van Peijpe & Schut 1997

L. Betten, F. Boelhouwer, J.M. Fleuren – van Walsem, T. van Peijpe en L.A.J. Schut (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer: 1997.

Boontje 2019

P.A. Boontje, ‘De mediation-advocaat verlaat het toernooimodel’, *TRA* 2019/78.

Boot 2005

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Borst 1959

P. Borst, ‘Vaagheden en inconsequenties in en om het stakingsrecht’, *Sociaal Maandblad Arbeid, Tijdschrift voor sociaal recht en sociale politiek*, 1959/14.

Burger, Jaspers, Sprengers & Van Der Stege 2020

M.P. Burger, A.Ph.C.M. Jaspers, L.C.J. Sprengers, R. van der Stege, ‘Stakingsjurisprudentie na Enerco/Amsta: oude wijn in nieuwe zakken?’ *TRA* 2020/70.

Drenth 1960

H. Drenth, ‘Het stakingsrecht en de socialistische beweging’, in: *Socialisme en Democratie*, 1960, afl. 2.

FNV 2024

‘De FNV roept opnieuw op tot een permanent staakt-het-vuren in Gaza. Onmenselijke situatie.’, *fnv.nl*, 5 april 2024.

Duk 2013

R. Duk, ‘All employees are unequal but...’, in: G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber Amicorum voor Paul van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2013.

Van Der Grinten 2005

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

De Jong 1975

E.P. de Jong, *Een inleiding in het denken over arbeidsconflictenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1975.

Hartog 2013

J. Hartog, ‘Bescherming als economische waarde’, in: G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber Amicorum voor Paul van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2013.

Heerma Van Voss & Verhulp 2013

G. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber Amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Van Der Heijden & Noordam 2001

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*. Preadvies NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Van Der Heijden 2024

P.F. van der Heijden, 'Stakingsrecht en machtsevenwicht', *Ondernemingsrecht*, 2024, afl.1.

Jacobs 1986

A.T.M Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen aan de Rijn/Brussel: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Jacobs 1997

A.T.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten, F. Boelhouwer, J.M. Fleuren – van Walsem, T. van Peijpe & L.A.J. Schut, *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997.

Jacobs 2023

A.T.M Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Jaspers 2004

A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor*, Deventer: Kluwer 2004.

Jaspers & Van Peijpe 1983

A.PH. Jaspers en T. Van Peijpe, 'Werkwilligen en stakingsrecht', *SMA* 1983, afl. 1.

De Jong 1975

E.P. de Jong, *Een inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht*, Deventer: Kluwer 1975.

Franssen 2023

E.J.A. Franssen, 'Tot wie richt het onderkruipersverbod zich?', in: *De Waadi (Monografieën Sociaal Recht nr. 81)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Kamerstukken II 2009

Kamerstukken II 2009/10, 17050, 397.

Kamerstukken II 1996-97

Kamerstukken II 1996-97, 25264, 3.

Molenaar 1953

A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, Deel 1*. Zwolle: Tjeenk Willink, 1953.

Noordam 1997

F.M. Noordam, 'Een kontje van de wetgever', in: L. Betten, F. Boelhouwer, J.M. Fleuren – van Walsem, T. van Peijpe en L.A.J. Schut (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer: 1997.

Parool 2015

'Video: woedende werknemers scheuren kleren van directeuren Air France', *parool.nl*, 5 oktober 2015

Rood 1978

M.G. Rood, *Naar een stakingswet?* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Rood 1982

M. G. Rood, *Gelijkheden in beweging: voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit te Gent op 16 maart 1982*, Leiden: Brill/Universitaire Pers Leiden 1982.

Rood 1994

M.G. Rood, 'De werkgever als Janus', in: *Sociaal recht: de grenzen verkend*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Rood, Fase, Meeter, Duk, Van Schaik & De Bijl Nachenius 1984

M.G. Rood, W.P.J.M. Fase, F. Meeter, R.A.A. Duk, J. van Schaik, H.J. de Bijl Nachenius, W.J.P.M. Fase, *Het collectiefactierecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984.

Rutten 1960

L.E.H. Rutten, Annotatie bij Hoge Raad 15 januari 1960 (*Panhonlibco*).

Sagel 2005

S.F. Sagel, Annotatie bij Hof Arnhem 9 augustus 2005.

Sagel & Van Haeringen 2023

S.F. Sagel & R. van Haeringen, 'Het collectieve actierecht van de werkgever (I)', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, afl. 6, 2023.

Sagel & Van Haeringen 2024

S.F. Sagel & R. van Haeringen, 'Het collectieve actierecht van de werkgever (II)', *TAP* 2024/3.

Schut 1996

L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 1996.

Scholten 1976

G.J. Scholten, Annotatie bij HR 7 mei 1976 (*Wielemaker/De Schelde*).

Stein 1986

P.A. Stein, Annotatie bij Hoge Raad 30 mei 1986 (*NS/Vervoersbonden*).

Van Slooten 2023

J. van Slooten, 'Het recht op tegenstaking', *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 8.

Van Slooten 2024

J. van Slooten, *Naschrift, Ondernemingsrecht*, 2024, afl.1

Sprenger & Vrooland [datum onbekend]

J. Sprenger & V. Vrooland, 'De staking bij de aanleg van het Noordhollandskanaal in 1823', *vakbondshistorie.nl*, zonder datum, laatst bezocht op 12 mei 2024.

Spruit 1955

Spruit, *Stakingsrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst* (diss. Groningen), Groningen: Wolters 1955.

Tilstra 1994

L. Tilstra, *Het Nederlandse rechtsoordeel over collectieve actie van werknemers getoetst aan het Europees Sociaal Handvest* (diss. Groningen), Leiden: Kluwer 1994.

Van Der Velden 2004

S. van der Velden, *Werknemers in actie. Twee eeuwen stakingen, bedrijfsbezettingen en andere acties in Nederland*, Amsterdam: Aksant 2004.

Zekic 2011

N. Zekic, 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie, in: W.G.M. Plessen, J. van Drongelen & F.H.R. Hendrickx, (red.), *Sociaal recht: Tussen behoud en vernieuwing. Liber amicorum Prof. dr. Antoine Jacobs*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Zekic 2019

N. Zekic, 'Economische ongelijkheid: een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2019/13, afl. 2.

Zonderland 1974

P. Zonderland, *Recht en plicht bij staking en tegenstaking*, Deventer: Kluwer 1974.

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 (*Sunday Times*)

Hoge Raad

HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*)

HR 11 november 1937, NJ 1937, 1096 (*Kolynos*)

HR 15 januari 1960 ECLI:NL:HR:1960:153 (*Panhonlibco*)

HR 7 mei 1976, NJ 1977/5 nr. 10962 (*Wielemaker/De Schelde*)

HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS/Vervoersbonden*)

HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688 (*Van der Lely/Taxi Hofman*)

HR 24 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZE0527 (*Welgelegen/Bonden*)

HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*FNV/Enerco*)

HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687 (*FNV/Amsta*)

HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245 (*EasyJet*)

Gerechtshof

Hof Amsterdam 13 april 1972, ECLI:NL:GHAMS:1972:AC2

Hof Arnhem 9 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU3100

Hof Amsterdam, 24 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC6880 (*NedTrain*)

Rechtbank

Rb. Haarlem 12 maart 1946, NJ 1946, nr. 198

Ktgr. Alphen 19 oktober 1954, NJ 1955, nr. 211

Rb. Rotterdam 5 september 2014 ECLI:NLRBROT:2014:7463 (*Akzo*)

Rb. 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5330

Rb. Noord-Holland 5 februari 2024 CLI:NL:RBNHO:2024:1025

Rb. Rotterdam, 29 maart 2024, ECLI:NL:RBOT:2024:2532

Nawoord

Het heeft iets vreemds om een verplicht studieonderdeel aan mensen op te dragen, zeker als zij nog niet, of niet meer, kunnen lezen. Desalniettemin draag ik deze scriptie graag op aan mijn grootvader, mr. W.P. de Leeuw, die mij de liefde voor het (sociaal) recht bij bracht, maar mij helaas niet meer als ijverige rechtenstudent heeft mogen meemaken. Ik hoop dat ik met deze scriptie, hier en daar, zijn stem heb kunnen laten doorklinken.

Verder mag ik Rijk en Theo niet onbenoemd laten. Ze hebben me tijdens het schrijven behoorlijk gestoord - voor zover kinderen kunnen storen (of in plaats daarvan gewoon een gerechtvaardigd beroep op mijn aandacht deden), maar ze hebben mij ook gesteund door zo onder de indruk te raken wanneer ik vertelde dat ik weer duizend woorden had geschreven. Hun ontzag was bemoedigend, hun interesse voor de betekenis van het stakingsrecht nog meer. Deze laatste woorden zijn voor hen.

