

TRA 2020/70

Stakingsjurisprudentie na Enerco/Amsta: oude wijn in nieuwe zakken?

Mr. P.H. Burger, prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, mr. L.C.J. Sprengers & mr. R. van der Stege, datum 15-09-2020

Datum	15-09-2020
Auteur	Mr. P.H. Burger, prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, mr. L.C.J. Sprengers & mr. R. van der Stege ^[1]
JCDI	JCDI:ADS231202:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Europees arbeidsrecht Arbeidsrecht / Collectief arbeidsrecht

In 2014 en 2015 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen op het terrein van het stakingsrecht, waarvan de eerste indruk was dat deze zouden leiden tot een verruiming van het stakingsrecht. Aan de hand van de rechtspraak na 2015 wordt in dit artikel onderzocht wat het effect van deze HR-jurisprudentie is geweest op de stakingsrechtspraak sindsdien.

1. Enerco/Amsta

De Hoge Raad deed in 2014 uitspraak in de Enerco-zaak^[2] en in het jaar daarna in de Amsta-zaak,^[3] waarin de Raad 'nieuwe lijnen voor het collectieve actierecht in Nederland heeft uitgezet'.^[4] In deze arresten wordt tot op zekere hoogte afstand genomen van eerdere rechtspraak, zoals het NS-arrest uit 1986^[5] en het Douwe Egberts-arrest uit 2000.^[6] Dit gebeurde mede naar aanleiding van kritiek op deze jurisprudentie van de zijde van het toezichthoudende orgaan dat zijn basis vindt in het Europees Sociaal Handvest (ESH), het Europees Comité van Sociale rechten (ESCR).^[7] In Enerco overwoog de Hoge Raad allereerst dat de strekking van art. 6 lid 4 ESH - het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen - geen aanleiding geeft om het begrip 'collectief optreden' beperkt uit te leggen. Het staat een vakbond in beginsel vrij om de middelen te kiezen die zij nodig acht om haar doel te bereiken. Een concrete actie zal onder de beschermende werking van art. 6 lid 4 ESH vallen, wanneer deze redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Hiervan zal onder meer sprake kunnen zijn wanneer een bestaakte werkgever of een derde tegen wie de actie zich (mede) keert, geprikkeld wordt (kan worden) om op eisen van de vakbond(en) in te gaan, of wanneer hiermee druk uitgeoefend wordt op de partij tegen wie de collectieve actie zich richt. Was dit op basis van Enerco niet volledig duidelijk, in het Amsta-arrest nam de Hoge Raad een beetje afscheid van de 'spelregels', met name gelegen in het ultimatum remedium-vereiste. Deze zijn geen zelfstandige voorwaarde meer voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een collectieve actie naar de maatstaf van art. 6 lid 4 ESH. Zij kunnen nog wel als gezichtspunten dienen bij de beoordeling van de vraag of een collectieve actie moet worden beperkt aan de hand van art. 6 ESH, op grond waarvan alleen van een verbod of beperking van een collectieve actie sprake kan zijn indien dit in het concrete geval vanuit maatschappelijk oogpunt dringend noodzakelijk is. Bij deze afweging kan belang worden gehecht aan onder meer de aard en de duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel, de schade aan de belangen van de werkgever en/of derden, de aard van die belangen en de toe te brengen schade, alsmede aan de hiervoor genoemde 'spelregels'.

Op deze arresten zijn diverse commentaren gepubliceerd.^[8] Daaruit bleek dat deze uitspraken van de Hoge Raad vooral als een verruiming van de mogelijkheden voor vakbonden van het in kunnen zetten van

actiemiddelen werd beschouwd. Het zelfstandige belang van de spelregeltoets is afgenomen door de reductie tot gezichtspunten voor toetsing aan de beperkingsgronden van art. G ESH. In de Conclusions 2018^[9] oordeelt het ECSR dan ook positiever over de rechtspraak van de Hoge Raad, vooral omdat het daarin een verruiming veronderstelt van het recht van een vakbond tot het uitroepen van een collectieve actie. Ten aanzien van de wijziging met betrekking tot de spelregeltoets oordeelt het Comité:

“Although criteria such as ‘timely notice’ and ‘first having exhausted all other possibilities’ may still be applied, they are no longer sufficient in themselves to determine whether collective action is lawful. They may therefore be taken into account, but only in the context of a decision on whether or not article G of the Charter (serious social grounds) is applicable. According to the report collective action may be restricted only by article G of the Charter and not by rules laid down in previous cases.”

2. Verschuiving van art. 6 lid 4 naar art. G toets

Nederland heeft het stakingsrecht niet bij wet geregeld maar laat de regeling over aan de jurisprudentie op basis van de rechtstreeks werkende bepaling van art. 6 lid 4 ESH.^[10] In de Nederlandse rechtspraak is de toetsing aan ESH-normen ingebed in een toetsing door de civiele voorzieningenrechter (meestal in kort geding) aan het algemene criterium van de onrechtmatige daad, waarmee wij ons onderscheiden van de meeste andere Europese rechtssystemen. In de stakingsrechtspraak worden op grond van door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten belangen afgewogen.

Het is onze waarneming in de rechtszaal^[11] maar ook bij analyse van gepubliceerde rechtspraak dat de vraag of een collectieve actie valt onder het bereik van art. 6 lid 4 ESH nauwelijks nog tot debat leidt in procedures en dat daar dus als regel van wordt uitgegaan. Dat is een waarneembaar gevolg van de Enerco/Amsta-rechtspraak. Daarentegen gaat nagenoeg het gehele debat tijdens een rechtszitting (en dientengevolge ook) in de rechterlijke uitspraken over de vraag of er beperkingen aan het recht op het voeren van een collectieve actie dienen te worden opgelegd. De discussie is sinds Enerco/Amsta derhalve volledig verschoven naar de toetsing aan de G-normen. Voor ons reden om in dit artikel die rechtspraak te analyseren en na te gaan welke uitkomsten de rechtspraak sinds Enerco/Amsta laat zien in vergelijking met de voorafgaande periode.

De vraag is in welke mate de feitelijk gehanteerde belangenafweging in lijn is met de veel strikter geformuleerde criteria van art. G ESH. Wij gaan aan de hand van de rechtspraak na Enerco/Amsta na of deze arresten een door sommigen gesuggereerde verruiming van het collectieve actierecht voor vakverenigingen meegebracht hebben en hoe die rechtspraak zich verhoudt tot art. G ESH.

3. Analyse post-Enerco/Amsta-rechtspraak: een zwaluw maakt nog geen zomer

3.1 Inleiding

In paragraaf 3 gaan we eerst in op de inhoud van de recente stakingsrechtspraak. Daarna zullen we in paragraaf 4 een kwantitatieve vergelijking maken van de uitkomsten van de rechtspraak 5 jaar voor en na Enerco/Amsta.

We gaan in deze paragraaf eerst in op enkele voorbeelden van de verschuiving van de art. 6 lid 4-toets naar de G-toets (par. 3.2) Opvallend veel uitspraken hebben betrekking op sectoren waar vervoer van reizigers aan de orde was. Daarom gaan we in een aparte paragraaf in op de wijze waarop het belang van reizigers werd afgewogen tegen het recht op het voeren van collectieve actie in het kader van de G-toets (par. 3.3). Vervolgens besteden we aandacht aan uitspraken waarbij de spelregeltoets als gezichtspunt bij de art. G-toets een rol heeft gespeeld en/of waarbij de rechter de fase waarin de onderhandelingen verkeren bij het oordeel betreft (par. 3.4). Tot slot gaan we nog in op een aantal uitspraken waarbij de weging van

veiligheidsrisico's met name een rol heeft gespeeld (par. 3.5). Deze onderverdeling geeft de belangrijkste lijnen die in de rechtspraak te herkennen zijn weer, waarbij de onderscheiden paragrafen inhoudelijk ook wel overlap hebben.

3.2 Verschuiving van art. 6 lid 4-toets naar G-toets

Uit de geanalyseerde uitspraken blijkt dat de nieuwe lijn door lagere rechters niet direct opgepikt is. In september 2015^[12] was Hof Den Haag van oordeel dat het niet dringend noodzakelijk was de actie van de politievakbonden, die bestond uit het niet meer ondersteunen van deurwaarders, te verbieden, zonder daarbij aandacht te schenken aan Enerco/Amsta. Wel gebeurde dit door de voorzieningenrechter in Utrecht in oktober 2015^[13] toen een door de vakbond aangekondigde actie bij het vervoersbedrijf Qbuzz werd toegestaan. De actie, een staking op 15 oktober 2015, richtte zich op onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden voor het overheidspersoneel, maar keerde zich tegen Qbuzz. In de lijn van Enerco/Amsta overwoog de voorzieningenrechter dat het aan de vakbond is om het concrete actiemiddel te kiezen. Er was geen sprake van een 'zuivere' politieke actie, noch leidde de afweging in het licht van art. G ESH tot een verbod.

Dat binnen de G-toets de spelregels worden meegenomen, bleek in het geschil tussen FNV Bondgenoten en Holland Casino met betrekking tot een aangekondigde staking die door de voorzieningenrechter werd toegestaan.^[14] In de uitspraak werd ingegaan op de stelling van Holland Casino dat de aangekondigde acties prematuur waren. De rechter overwoog dat de omstandigheid dat de collectieve acties prematuur (niet als laatste redmiddel) zouden worden gevoerd, nog niet per definitie meebrengt dat sprake is van de uitzondering zoals bedoeld in art. G ESH en verwees hier uitdrukkelijk naar het Amsta-arrest. De betekenis van de Amsta- en Enerco-arresten voor de te maken beoordeling was daarmee wel duidelijk geworden: de beoordeling van rechtmatigheid van de acties vindt plaats binnen de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten (zie par. 1).

3.3 Het voeren van acties met gevolgen voor reizigers

Na de eerste uitspraken waarmee het middel van collectieve actie leek te zijn verruimd, bleek deze extra ruimte in latere jurisprudentie toch weer beperkter, bijvoorbeeld omdat belangen van derden al snel kunnen leiden tot beperking van acties. Ons valt op dat bij die weging een veelheid aan belangen wordt meegenomen die de in art. G genoemde beperkingsgronden te buiten gaan. De in art. G genoemde gronden zijn: de beperkingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Terwijl de Utrechtse Voorzieningenrechter^[15] in de hinder voor reizigers bij openbaar vervoer geen voldoende grond zag om een aangekondigde actie te verbieden, oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam^[16] daar anders over. Die laatste oordeelde dat het belang van (kwetsbare) leerlingen bij vervoer naar school moest prevaleren boven het werknemersbelang bij de door de vakbonden voor slechts een enkele dag aangekondigde collectieve actie. Dit oordeel is vernietigd door Gerechtshof Amsterdam^[17] onder de overweging dat de omstandigheid dat gedurende een enkele dag geen onderwijs kan worden gevolgd, niet maakt dat inperking van het stakingsrecht maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is.

Dit reizigersbelang weegt desondanks voor rechters in diverse gevallen zwaarder wanneer het gaat om acties die gevoerd worden bij ondernemingen die opereren op of in de buurt van Schiphol. Dit speelt in het bijzonder wanneer de werkgeverspartij erop wijst dat als gevolg van aangekondigde acties aanmerkelijke schade kan ontstaan, in het bijzonder doordat reizigers in een vakantieperiode door acties worden getroffen. Zo kreeg FNV op 3 augustus 2016^[18] terstond een ordemaatregel, in feite een 'tijdelijk' verbod om collectieve actie te voeren, aan de juridische broek. Wegens de veronderstelde/verwachte enorme schade die de aangekondigde staking tot gevolg zou hebben, en mede gelet op de extra veiligheidsmaatregelen die sinds enige dagen van kracht waren in verband met terrorismedreiging, legde de voorzieningenrechter, bij wijze van ordemaatregel, een tijdelijk stakingsverbod op voor de duur van de procedure, namelijk tot 11 augustus, de datum waarop vonnis zou worden gewezen. Het ging om stakingen en werkonderbrekingen van het KLM-grondpersoneel. Op 11 augustus 2016^[19] verbood de voorzieningenrechter de actie tot en met 4 september 2016. De

voorzieningenrechter overwoog dat sprake was van een dringende maatschappelijke noodzaak wegens de vakantiedrukke en de terreurdreiging: te veel reizigers zouden hinder ondervinden en die dreiging maakte dat nog erger, zodat hij een (tijdelijk) actieverbod oplegde. In hoger beroep bleef het vonnis in stand. Het Hof^[20] oordeelde dat de gevolgen die een staking op de door FNV voorgestane wijze gedurende de periode tot en met 4 september 2016 zou hebben, zodanig ingrijpend zouden zijn dat dit een beperking van het recht van collectieve actie rechtvaardigde. Het Hof overwoog dat FNV vanaf 5 september 2016 nog voldoende mogelijkheden zou resteren om haar doelen na te streven. Overigens wijdde het hof geen woord meer aan de terreurdreiging die in eerste aanleg juist zwaar meegewogen was.

De vraag is of deze afweging van belangen - die gebaseerd lijkt op de gedachte dat actie gevoerd kan worden wanneer er minder hinder voor reizigers aan de orde is - zich verdraagt met de voorwaarde dat een actieverbod of -beperking pas aan de orde is als er een dringende maatschappelijke noodzaak daartoe bestaat. Een terreurdreiging in combinatie met vakantiedrukke op Schiphol, waarvan werd aangenomen dat deze zou voortduren tot begin september 2016, werd ook de acties uitgeroepen door een pilotenvakbond fataal. De rechter^[21] verbood (verdere) acties in de weekenden in de maand augustus en het eerste weekend van september, waarbij zwaar woog dat terugkerende reizigers voor transportproblemen en langdurige vertragingen dienden te worden behoeft.

Eenzelfde oordeel werd geveld over voorgenomen acties bij luchtvaartmaatschappijen Easyjet en Ryanair. In de Easyjet-zaak oordeelde het Hof^[22] dat de luchtvaartmaatschappij voldoende aannemelijk had gemaakt dat stakingen gedurende het weekend van 8 en 9 juli 2016 en de daaropvolgende drie weekenden grote gevolgen zouden hebben voor de passagiers. Deze nadelige gevolgen voor veel passagiers, en hun belang om hun vakantieplannen te kunnen uitvoeren, brachten in dit geval mee dat het maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk werd geoordeeld om VNV te verbieden om een staking te organiseren gedurende het gehele weekend van 9 en 10 juli 2016 en de drie daaropvolgende weekenden, telkens van vrijdag 06:00 uur tot zondag 06:00 uur. Ryanair trachtte acties in de weekenden van augustus en begin september 2018 te laten verbieden. Dat de collectieve actie in beginsel rechtmatig was, stond niet ter discussie. De voorzieningenrechter oordeelde dat Ryanair er niet in geslaagd was aan te tonen dat er sprake was van een maatschappelijk dringende noodzaak die een beperking van de aangekondigde acties rechtvaardigde. De vakbond moest wel elke concrete staking tijdig aankondigen, zodat het voor Ryanair mogelijk werd gemaakt passagiers tijdig te waarschuwen, zodat zij hun reisplannen konden aanpassen.^[23] Op die wijze kon met de wederzijdse belangen rekening worden gehouden, zodat er actie kon worden gevoerd zonder dat dit de belangen van Ryanair en haar passagiers ingrijpend raakte.

Eenzelfde lot trof een actie bij de beveiligingsbedrijven op Schiphol. Ook daar was er geen discussie over de vraag of de werkonderbrekingen vielen onder art. 6 lid 4 ESH. Schiphol wenste wel een beperking van de aangekondigde collectieve actie, door te wijzen op de veiligheidsrisico's in de drukke periode augustus. Gevreesd werd voor opeenhopingen van reizigers met alle gevaarscheppende situaties van dien omdat reizigers, geconfronteerd met rijen, zich dan paniekerig kunnen gaan gedragen. Geoordeeld werd dat er sprake was van een maatschappelijk dringende noodzaak om de acties te beperken. De beperking hield in dat het de vakbond verboden werd om langer dan vijftien minuten per keer, met een maximum van vijf keer per dag, het werk te onderbreken tot en met 2 september 2018.

De laatste uitspraak in deze categorie, uit 2019, betrof wederom een bedrijf op Schiphol, namelijk KSC, het bedrijf dat de catering verzorgt voor vliegtuigen van KLM en enkele andere maatschappijen. In verband met een cao-geschied voerde de vakbond op 10 oktober 2019 actie, waarbij er tussen haar en KSC afspraken waren gemaakt over de werkzaamheden die de bond minimaal zou toestaan, om zodoende niet het gehele bedrijfsproces stil te leggen, maar de catering voor met name intercontinentale vluchten te kunnen continueren. Bij een volgende aangezegde actie wenste de bond deze afspraken niet meer in acht te nemen omdat de impact van de acties op de bedrijfsvoering uiterst beperkt was gebleven. De voorzieningenrechter verbood de acties in die zin, dat hij de vakbond gebod om bij haar collectieve actie de in eerdere instantie gemaakte afspraken toe te passen.^[24] Hij achtte het onder meer aannemelijk dat een 24 uursstaking van het cateringpersoneel, zonder inachtneming van de eerder gemaakte afspraken tot niet-aanvaardbare gevolgen voor naar schatting vijf- tot tienduizend passagiers zou leiden. Van belang was verder nog dat de rechter het middel van de 24 uursstaking op dat moment disproportioneel oordeelde, gezien de mogelijk grote omvang van de schade die de collectieve actie mee zou brengen.

Opmerkelijk in deze uitspraken is dat daaruit blijkt dat de vakanties van passagiers naar hun aard al belangrijker lijken te zijn dan het grondrecht van vakverenigingen om collectieve acties te organiseren. In de rechtspraak valt een lijn waar te nemen dat de gevolgen van de acties beperkt dienen te blijven tot een beperkte mate van overlast voor passagiers in drukke periodes. Een uitkomst die overigens voorafgaand aan de Enerco/Amsta-rechtspraak vermoedelijk niet anders uitgevallen zou zijn omdat ook voordien deze belangen zo werden meegewogen. Vinden de acties buiten de vakantieperiode plaats, dan lopen deze minder kans te worden verboden, met name wanneer is gebleken dat partijen de veiligheidsrisico's op afdoende wijze in kaart hebben gebracht en daar goede afspraken over hebben weten te maken.^[25], ^[26]

3.4 De betekenis van spelregels en de fase van de onderhandelingen

Aangezien na de Enerco/Amsta-arresten de 'spelregels' geen zelfstandig besliscriterium meer vormen maar slechts gezichtspunten zijn die in het kader van de toetsing onder art. 6 worden meegewogen bij de vraag of beperking van het actierecht in het concrete geval maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is, wegen zij wel mee in combinatie met andere factoren die kunnen leiden tot een beperking. Er zijn diverse uitspraken waarin een weging binnen het ruime door de HR ontwikkelde toetsingskader, waaronder belangen van de werkgever maar ook de vraag of aan het ultimatum remedium-vereiste en de aanzeggingsregel is voldaan, leidt tot een beperking van het recht op collectieve actie. Bezwaarlijk is dit omdat hiermee de angel uit het stakingswapen wordt gehaald: in het recht op het voeren van een collectieve actie ligt immers besloten dat daarvan wel enige pijn en pressie moet kunnen uitgaan om de eisen van de vakbonden in het collectieve overleg kracht bij te zetten. Het is immers aan de bonden om te bepalen welk middel daaraan met een zekere doelmatigheid kan bijdragen. Door die 'spelregels' bij de beoordeling in het kader van art. 6 weer bij een rechterlijke toetsing te betrekken, bestaat het gevaar dat de rechter het effect van die druk weer weghaalt door voorwaarden aan de actie te verbinden of deze zelfs te verbieden. Bijvoorbeeld in de volgende uitspraken was dit aan de orde.

Op 22 december 2016^[27] werd een actie bij het spoor verboden. Wegens het feit dat nog geen akkoord over goede werkpakketten bereikt kon worden, kondigde de VVMC een werkonderbreking aan voor 23 december 2016 tot 11:00 uur op de standplaatsen Rotterdam, Amsterdam en Hoofddorp. Ook hier speelden de veiligheidsaspecten een doorslaggevende rol omdat de werkgever (de NS) stelde dat er onvoldoende orde- en veiligheidshandhavers beschikbaar waren om de veiligheid van grote mensenmassa's op de door de staking te treffen grote stations (Amsterdam, Rotterdam en Schiphol) te kunnen waarborgen. De rechter woog mee dat partijen nog in onderhandeling waren en dat een onderhandelingsresultaat nog tot de mogelijkheden behoorde. Omdat dit het belang van de vakbond bij een stakingsactie op 23 december 2016 minder groot maakte, werd een verbod op de collectieve actie uitgesproken tot 6 januari 2016.

Enig creatief denken kan de Voorzieningenrechter Noord-Holland^[28] niet ontzegd worden. Holland Casino verzocht om, met het oog op de veiligheid, de vakbonden te gebieden iedere werkonderbreking/staking uiterlijk zes uur van tevoren aan te zeggen. De voorzieningenrechter was gedeeltelijk vatbaar voor het veiligheidsargument en gebod de bonden uiterlijk één uur voor de aanvang van iedere collectieve actie deze schriftelijk aan te kondigen. Deze termijn werd verlengd tot twee uur indien en zodra Holland Casino schriftelijk toezegde dat ze de extra tijd niet zou gebruiken om personeel van elders in te zetten. Verder moesten de vakbonden de acties zodanig vormgeven dat er tussen de aankondiging van de sluiting van speeltafels en de daadwerkelijke sluiting daarvan minimaal 30 minuten zou verstrijken en dat er minimaal twee kassa's open zouden blijven om bezoekers in staat te stellen zonder veel wachttijd hun geldzaken te regelen. Gedetailleerd creatief, dat moet gezegd worden, maar dit oordeel staat wel op gespannen voet met het uitgangspunt dat de vakbonden de regie dienen te hebben over de door hen georganiseerde collectieve actie.

De werknemers bij PostNL kregen eind 2018 toestemming van de voorzieningenrechter^[29] om de werkzaamheden vijftien minuten per dag te onderbreken. Verdere werkonderbrekingen werden tot 6 januari 2019 verboden. De vakbond wilde in het kader van het cao-conflict in de SKNJ-periode (Sinterklaas, kerst en nieuwjaar), actie voeren bij PostNL. Ook hier was er geen discussie over het feit dat de acties onder art. 6 lid 4 ESH vielen. De acties werden verboden op grond van door de rechter aangenomen ingrijpende financiële en maatschappelijke gevolgen van het niet (tijdig) bezorgen van pakketten en briefpost gedurende de SKNJ-

periode. Hier was onder meer van belang dat ook zakelijke klanten van PostNL schade zouden lijden en zendingen met medische hulpmiddelen en medische post zouden worden vertraagd. Dit gecombineerd met de aanname dat PostNL aanzienlijke schade zou gaan lijden als gevolg van de collectieve actie en het risico dat klanten van PostNL zouden wegllopen naar andere bedrijven, leverde voor de voorzieningenrechter voldoende grond op voor een verbod van de aangekondigde acties. Verder speelde mee dat er nog maar kort was onderhandeld tussen partijen en dat er naar het oordeel van de rechter nog voldoende mogelijkheden waren om tot een behoorlijk onderhandelingsresultaat te komen. Ook het gegeven dat andere vakbonden (nog) niet tot het voeren van actie wilden overgaan, werd van belang geacht. Het ultimatum remedium-vereiste tezamen met de denkbare schadelijke gevolgen voor derden en de werkgever van de acties leidden ertoe dat de acties verboden werden.

Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg^[30] vreesde voor de werkgelegenheid in Limburg. In het kader van een cao-conflict in de metaalsector hadden de vakbonden op 10 en 11 januari 2019 stakingen aangekondigd bij VDL Nedcar. De staking werd verboden. Voor de voorzieningenrechter was van groot belang dat er een aannemelijk risico bestond dat BMW, de enige klant van VDL Nedcar, binnen enkele maanden, in geval van stakingen, zou gaan beslissen om in de toekomst niet meer verder te gaan met de productie van automodellen bij VDL. Als gevolg hiervan kon de werkgelegenheid in Limburg in gevaar komen. Verder speelde mee dat de voorgenomen stakingen gericht waren op een tot stand te brengen bedrijfstak-cao en dat het niet ging om een ondernemings-cao waarop VDL Nedcar directe invloed kon uitoefenen. De stakingen werden verboden, nu er naar het oordeel van de rechter sprake was van een dringende maatschappelijke noodzaak om collectieve acties te verbieden.

De voorzieningenrechter achtte een aangekondigde collectieve actie bij Shell niet onrechtmatig omdat Shell niet aannemelijk had gemaakt dat zij disproportionele schade zou lijden en evenmin kon aantonen dat zich verhoogde veiligheidsrisico's zouden voordoen. ^[31]

In het voorgaande hebben wij een aantal uitspraken de revue laten passeren die duidelijk maken dat sinds de Enerco/Amsta-arresten de belangen van derden, in deze paragraaf de reizigers als gezichtspunt aanzienlijke invloed hebben op de rechterlijke beoordeling van de rechtmatigheid van de actie in het licht van art. 6 lid 4 ESH en G. Dientengevolge kan niet gesproken worden van een trendbreuk met de aan de arresten voorafgaande rechtspraak, maar eerder van een continuering met alleen een verschuiving van de toets aan de hand van een ander artikel van het ESH. Het stakingsrecht is er voor de vakbonden niet gunstiger op geworden.

3.5 Veiligheid als grond voor beperking

De Bijzondere Opsporingsambtenaren (BOA's) in Amsterdam wilden op Koningsdag 2019 tussen 18:00 uur en 21:00 uur het werk neerleggen om hun eis aan de minister dat zij willen worden voorzien van geweldsmiddelen, een wapenstok en pepperspray kracht bij te zetten, omdat zij zich te vaak onveilig voelden tijdens hun werk. De voorzieningenrechter oordeelde allereerst dat het in dit geschil geen zuiver politieke staking betrof nu de wensen van de BOA's zien op het creëren van een veilige werkomgeving. De rechter vond ook dat de BOA's een alleszins redelijk doel nastreven, maar kwam toch tot een verbod van de collectieve actie omdat zich door de acties denkbare risico's zouden kunnen voordoen wanneer personen met normafwijkend gedrag minder snel op hun gedrag zouden worden aangesproken.^[32]

In verband met het vastzittende overleg over het pensioendossier werd er een landelijke staking in het openbaar vervoer aangekondigd. Schiphol en de Gemeente Haarlemmermeer meenden dat hierdoor onaanvaardbare veiligheidsrisico's zouden ontstaan rondom Schiphol. De voorzieningenrechter oordeelde dat het stilleggen van het openbaar vervoer rondom Schiphol een reëel risico met zich bracht voor de openbare orde en de veiligheid, alleen al omdat Schiphol in een dichtbevolkt gedeelte van Nederland is gelegen.^[33] Hij verbood de landelijke actie niet, doch gebod de vakbonden NS in staat te stellen om op de dag waarop gestaakt zou worden, viermaal per uur een trein te laten rijden tussen Amsterdam CS en Hoofddorp.

Ook deze uitspraken maken duidelijk dat betrekkelijk snel tot het oordeel wordt gekomen dat het ontstaan van een denkbaar of mogelijk (veiligheids)risico reden voor beperking van het actierecht kan zijn, ook in situaties

waarin er geen direct verband is tussen de aard van de werkzaamheden en de verantwoordelijkheden van de stakende werknemers en de denkbare risico's. Dit is relevant omdat deze relatie bij de uitleg van art. 6 lid 4 ESH in relatie tot art. G wel wordt gelegd: daar wordt tot uitgangspunt genomen dat alleen in geval van acties in vitale sectoren van een beperking sprake kán zijn, maar dat ook in dat geval de beperkingen niet algeheel mogen zijn. Volgens het European Committee of Social Rights heeft immers te gelden:

“Simply banning strikes even in essential sectors - particularly when they are extensively defined i.e. energy or health - is not deemed proportionate to the specific requirements of each sector. At most, the introduction of minimum service requirement in these sectors might be in conformity with Article 6 par 4.” [34]

Het ECSR refereert hier aan een praktijk die in veel andere landen bestaat, waarbij het aan de overheid is om te bepalen of in het kader van het beleid met betrekking tot openbare orde en nationale veiligheid minimale dienstverlening moet worden geboden. Een dergelijke regeling kent ons land niet en voorstellen daartoe zijn steeds afgewezen. Het is dan aan publieke overheid te bepalen wanneer zo'n situatie aan de orde is en het dus niet over te laten aan de rechter.

4. Vergelijking rechtspraak vijf jaar voor en vijf jaar na Enerco/Amsta^[35]

In de vijf jaren die voorafgaan aan de Enerco/Amsta-arresten zijn er 27 uitspraken geweest in stakingsgedingen in de lagere rechtspraak, waarbij in twaalf uitspraken (44%) sprake was van het opleggen van een geheel of gedeeltelijk verbod van acties door de rechter.^[36] In de vijf jaren daarna ging het om 33 uitspraken, waarbij in negentien uitspraken (57%) sprake was van het opleggen van een geheel of gedeeltelijk verbod van acties door de rechter.

Uit deze cijfers komt het beeld naar boven dat de verschuiving van het zwaartepunt van de rechterlijke toetsing naar aanleiding van de Enerco/Amsta-rechtspraak van de Hoge Raad van de art. 6 lid 4-toets naar de art G -toets, niet heeft geleid tot afname van het aantal rechterlijke uitspraken waarin beperkingen worden opgelegd aan het recht van collectieve actie. De verwachting dat de wijziging van de Hoge Raad-jurisprudentie ertoe zou leiden dat er meer ruimte zou ontstaan voor collectieve acties in de Nederlandse rechtspraak, is niet uitgekomen. Verschuiving van het zwaartepunt van de toetsing naar de art. G-gronden na Enerco/Amsta, zou - gezien het feit dat deze norm ziet op uitzonderlijke situaties - die verruiming wel degelijk doen verwachten. Niet alleen in absolute cijfers, maar ook relatief gezien is een wezenlijk verschil waarneembaar. In de vijf jaren voorafgaand aan Enerco/Amsta werd in 44% van de procedures een (gedeeltelijk) actieverbod opgelegd tegenover in 57% van de gevallen na Enerco/Amsta. Als de uitspraken waarin sprake was van een geheel of gedeeltelijk verbod nader worden onderverdeeld, blijkt dat zowel sprake is van een stijging van het aantal uitspraken waarin de acties geheel werden verboden van negen gevallen (33%) voor Enerco/Amsta naar dertien (39%) daarna. Hetzelfde beeld doet zich voor ten aanzien van het aantal uitspraken waarin de rechter een deel van de actie verbiedt: van drie gevallen voor Enerco/Amsta (11%) naar zes (18%) daarna. Uit deze laatste cijfers valt dus een toename af te leiden van uitspraken waarbij de rechter zich inhoudelijk uitlaat over duur en/of vorm van de actie.

Uit deze cijfers leiden wij af dat het Enerco/Amsta-toetsingskader in de kortgedingrechtspraak tot een toename heeft geleid van rechterlijke uitspraken waarin beperkingen worden opgelegd door de rechter aan het organiseren van collectieve acties door vakbonden.

5. Conclusie

De lagere rechtspraak in zaken over collectieve acties van vakbonden geeft er blijk van op keurige wijze te refereren aan Enerco/Amsta voor wat betreft de uitleg van art. 6 lid 4 ESH. Een aangekondigde collectieve actie wordt al snel 'in beginsel' rechtmatig geacht, wanneer deze redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. De drempel van art. 6 lid 4 ESH lijkt dus

eenvoudig te worden gehaald. De 'spelregels' van het ultimatum remedium en de aanzeggingsregel zijn 'overgeheveld' van art. 6 lid 4 ESH naar art. G ESH, waar ze dienen als gezichtspunten in het licht van art. G ESH.

Het stakingsrecht is er voor de vakbonden echter niet gunstiger op geworden, omdat belangen van derden nog steeds zwaar meewegen en 'spelregels' een min of meer onzichtbare invloed blijven uitoefenen, op een wijze die de strikte afbakening in art. G ESH te buiten gaat. Dit komt omdat in de lagere rechtspraak het door de Hoge Raad in Enerco/Amsta ontwikkelde toetsingskader als onderdeel van de onrechtmatige daad-toets met verwijzing naar art. G ESH, op een zodanige wijze wordt gehanteerd dat belangen worden afgewogen op basis van alle omstandigheden van het geval. De wijze waarop deze toets veelal wordt uitgeoefend, doet onvoldoende recht aan het in art. G opgenomen toetsingskader, omdat daarin uitermate strikte criteria worden genoemd voor inperking van het grondrecht van collectieve actie. Het moet gaan om beperkingen die bij wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. In art. G zijn heel precies de beperkingsgronden ten aanzien van het grondrecht afgebakend. Uit de rechtspraak komt onvoldoende naar voren dat deze strikte toetsingsnormen daadwerkelijk gehanteerd worden. Dit leidt tot onze conclusie dat in de lagere rechtspraak geen stabiel en voorspelbaar toetsingskader is aan te treffen voor het recht van collectieve actie. Een vereiste dat het ESCR wel aan de rechtspraak stelt.^[37] Zelfs voor goed ingevoerde arbeidsjuristen valt de uitspraak van een kort geding in een stakingszaak vaak moeilijk te voorspellen. De praktijk van de Nederlandse vakbonden die terughoudend en zeer voorzichtig opereren waar het gaat om het organiseren van collectieve acties uit vrees voor gerechtelijke tegenactie van werkgever(s) en/of derden en ter inperking van het risico van een - geheel of tijdelijk - verbod door de rechter van acties, houdt in dat niet tot effectief actievoeren wordt besloten.^[38] Het ECSR is duidelijk in zijn conclusies dat het *the substance of the right to strike* zodanig kan aantasten 'so as to render it ineffective'.^[39]

Voetnoten

[1] Pauline Burger, Loe Sprengers en Rudi van der Stege zijn werkzaam als advocaat in Utrecht. Loe Sprengers is tevens verbonden aan de sectie Arbeidsrecht van de Erasmus School of Law te Rotterdam. Teun Jaspers is em. hoogleraar Arbeidsrecht UU en senior research fellow UvA.

[2] HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077.

[3] HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687.

[4] M. Diepenbach en A.Ph.C.M.Jaspers, 'Stakingsrecht internationaal in de pas?!', *TRA* 2016/55, p. 3.

[5] HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*Vervoersbond FNV e.a./Nederlandse Spoorwegen*).

[6] HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618 (*FNV + CNV/Douwe Egberts e.a.*).

[7] ESCR Conclusions XVI-1 Netherlands, Article 6-4 (2003), Conclusions XVII-1, Netherlands, Article 6-4 (2005); Conclusions XVIII-1, Netherlands, Article 6-4 (2006) Conclusions 2010, Netherlands, Article 6-4.

[8] B. Barentsen & S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2015, p. 2503-2506, annotatie Verhulp bij Enerco *NJ* 2015/252; annotatie L.G. Verburg bij Amsta *JOR* 2015/286, I. Van der Helm, 'Procedureregels in het stakingsrecht: van spelregeltoets naar gezichtspunten', *Arbeidsrecht* 2016/5; R. Hansma, 'Het Nederlandse collectieve actierecht(echt) op Europese leest geschoeid', *ArA* 2016/1; M. Diepenbach en A.Ph.C.M. Jaspers, 'Stakingsrecht internationaal in de pas?!', *TRA* 2016/55; R. Duk en D. Berkhout, Het stakingsrecht tussen 1996 en 2016: anders maar hetzelfde, in: A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers, *70 jaar VvA: einde van het begin*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 135 e.v.; A.R. Houweling (red.) *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 460 e.v.; A.J.T.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 212 e.v.

- [9] Conclusions 2018 (2018/def/NLD/6/4/EN), vastgesteld op 24 januari 2019.
- [10] Voor het eerste aangenomen door de Hoge Raad in HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 (*NS-arrest*).
- [11] We treden geregeld op als advocaten voor vakbonden in stakings-kortgedingen.
- [12] Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2555 (*Staat + beroepsorganisatie deurwaarders/acp e.a.*).
- [13] Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7579 (*QBuzz Groningen Utrecht BV/FNV*).
- [14] Rb. Midden-Nederland 4 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8687 (*Nationale stichting tot exploitatie van casinospelen in Nederland/FNV*).
- [15] Rb. Midden-Nederland 4 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1899 (*Connexxion OV/FNV*).
- [16] Rb. Amsterdam 22 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3995 (*Gem. Schagen c.s./FNV*).
- [17] Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1644 (*FNV/gem. Schagen c.s.*)
- [18] Rb. Noord-Holland 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6520 (*KLM NV, NV Luchthaven Schiphol/FNV*).
- [19] Rb. Noord-Holland 11 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6696 (*KLM NV, NV Luchthaven Schiphol/FNV*).
- [20] Hof Amsterdam 26 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3472 (*KLM NV, NV Luchthaven Schiphol/FNV*).
- [21] Rb. Noord-Holland 12 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6755 (*EasyJet/VNV*).
- [22] Hof 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:398.
- [23] Rb. Noord Holland 9 augustus 2018: ECLI:NL:RBNHO:2018:7026. De rechter verbood Ryanair uitdrukkelijk die 72 uur aanzeggingstermijn niet te gebruiken om piloten uit andere landen 'in te vliegen' en daardoor de staking te breken.
- [24] Rb. Noord Holland 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8589.
- [25] Rb. Midden-Nederland 13 september 20118, ECLI:NL:RBMNE:2018:4399 (*Procheck Int./FNV, CNV*).
- [26] Rb. Noord-Holland 8 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9238 (*KLM NV/FNV, VNC*); Rb. Midden-Nederland 26 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1786 (*VWOV/FNV, CNV*).
- [27] Rb. Zeeland-West-Brabant 22 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8222 (*NSR BV/VVMC*).
- [28] Rb. Noord-Holland 26 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3553 (*St. Holland Casino/FNV, Unie, Bond voor casinopersoneel*).
- [29] Rb. Den Haag 13 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15444 (*PostNL Pakketten BV, Kon. Post NL BV, Sorgente BV/FNV*).
- [30] Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:382 (*VDL Nedcar BV/FNV, CNV, Unie, VHP2*).
- [31] Rb. Zeeland-West-Brabant 19 april 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1893.

[32] Rb. Amsterdam 26 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3024.

[33] Rb. Noord Holland 26 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5857.

[34] Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, December 2018, p. 104 en 105.

[35] De uitspraken die we voor dit onderzoek hebben gebruikt zijn afkomstig uit de gepubliceerde rechtspraak op rechtspraak.nl, AR Updates, JAR en ook een enkele niet-gepubliceerde uitspraak opgenomen in een eigen databank van Sprengers advocaten.

[36] Hierbij tellen we ook mee uitspraken van Gerechtshoven in appel.

[37] Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, December 2018, p. 104. Zo blijkt onder meer uit Complaint no. 59/2009, Decision on the merits, 13 september 2011 par. 43-44 inzake ETUC/CGSLB, FGTB v. Belgium.

[38] 'Uitstel' leidt meestal tot 'afstel', omdat het momentum verloren gaat.

[39] ECSR Conclusions I (1969), Statement of Interpretation on Article 6-4. Laatstelijk herhaald in Conclusions 2014, *Netherlands*, Article 6-4.