

Ontwikkeling van het stakingsrecht na kritiek van het ECSR

MW. MR. A.W. HAVERKORT EN MW. MR. I. WITTE

Als gevolg van de economische crisis is er de afgelopen jaren veel druk komen te staan op de cao-onderhandelingen tussen werkgevers en vakorganisaties. Wanneer partijen het niet eens worden, dan kunnen de vakorganisaties hun leden oproepen gebruik te maken van hun grondrecht tot collectieve actie over te gaan. In 2012 was vooral de langdurige staking in de schoonmaakbranche in het nieuws. Begin dit jaar wisten werknemers van kabelfabrikant Draka te voorkomen dat 15 arbeidsplaatsen zouden komen te vervallen door massaal het werk neer te leggen. Het stakingsrecht is dus een 'hot item'. In dit artikel geven wij een overzicht van de recente Nederlandse stakingsrechtspraak en onderzoeken wij of deze rechtspraak al dan niet in lijn is met het Europese stakingsrecht.

Het recht op collectieve acties is neergelegd in art. 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) welk artikel volgens de Hoge Raad directe werking heeft.¹ Een beperking van het stakingsrecht is alleen mogelijk wanneer deze beperking is gegrond op art. 6 ESH (herzien), voorheen art. 31 ESH.² Dit houdt in dat het recht om te mogen staken slechts kan worden beperkt wanneer deze beperking bij wet is voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk is 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.³

Het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) controleert of de lidstaten die partij zijn bij het ESH daarmee in overeenstemming handelen. Het ECSR kan een lidstaat geen sancties opleggen, maar desondanks wordt in Nederland grote waarde gehecht aan het oordeel van het ECSR.⁴

Het ECSR heeft de afgelopen jaren meerdere keren in zijn rapportages (*conclusions*) vastgelegd dat Nederland het ESH naar zijn oordeel niet juist toepast.⁵ Naar aanleiding van twee arresten van de Hoge Raad (het Streekvervoer-arrest en het Douwe Egberts-arrest⁶) heeft het ECSR zich kritisch uitgelaten over zowel de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel als op de toets of de staking door de vakbonden als uiterst middel wordt ingezet. Het proportionaliteitsbeginsel is onderdeel van de zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 BW en houdt in dat er geen kennelijke onevenredigheid mag bestaan tussen het doel van de staking en de gevolgen van het toepassen van het stakingsmiddel. De vraag of de staking als uiterst middel is ingezet, maakt onderdeel uit van de door de Hoge Raad geïntroduceerde spelregeltoets. Niet alleen moet volgens de Hoge Raad worden getoetst of een staking als uiterst middel is ingezet, maar ook of deze tijdig is aangezegd.⁷ Hoewel een rechter naar het oordeel van de Hoge Raad terughoudend dient om te gaan met de spelregeltoets, kan een staking door de rechter verboden worden op de enkele grond dat deze te vroeg is ingezet. De door art. 6 ESH gestelde beperkingen gaan pas een rol spelen wanneer de procedureregels in acht zijn genomen, aldus de Hoge Raad. Inmiddels heeft het ECSR zijn kritiek ten aanzien van de proportionaliteitstoets genuanceerd. Zo overwoog het dat

1 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS-arrest). In haar dissertatie overweegt Tilstra dat de Hoge Raad hiermee de heersende opvatting in de literatuur bevestigde, zie L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer: Kluwer, 1994, p. 31.

2 In verband met de leesbaarheid wordt in dit artikel – met uitzondering van de citaten – steeds gesproken over art. 6 ESH, ook al was dit voorheen art. 31 ESH en spreken wij over ESH ook waar de herziene versie wordt bedoeld. Daarnaast worden de termen 'collectieve actie' en (het meer beperkte) 'staking' door elkaar gebruikt.

3 Zie o.a. Conclusions XIII-1, 1993-1997, waarin het Comité verwijst naar Europese jurisprudentie met betrekking tot de beperking van het stakingsrecht. Overigens wordt onder 'law' niet alleen wetgeving in formele zin, maar ook wetgeving in materiële zin (waaronder jurisprudentie) verstaan.

4 De Hoge Raad heeft in ro. 3.2 van het NS-arrest het oordeel van het ECSR als 'gezaghebbend' gekwalificeerd. Zie ook: J. Bloemarts, 'ESH Deskun-

digencomité spreekt zich uit over het stakingsrecht in Nederland', *SMA* 2002, p. 502.

5 Zie Conclusions XVI-1, vol. 2, 2002, Conclusions XVII-1 2004, Conclusions XVIII-1, 2006 en Conclusions 2010.

6 HR 21 maart 1997, «*JAR*» 1997/70 (Streekvervoer) en HR 28 januari 2000, «*JAR*» 2000/63 (Douwe Egberts).

7 De eerste spelregel (tijdige aanzegging) werd door de Hoge Raad geïntroduceerd in het NS-arrest, HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

de proportionaliteitstoets een nadere invulling is van art. G ESH en dat deze toets op zichzelf geen ongeoorloofde beperking op het stakingsrecht oplevert.⁸ Wel gaf het ECSR aan dat het de Nederlandse rechtspraak op dit punt zal blijven volgen.⁹

Ten aanzien van de ultimatum remedium-toets heeft het ECSR zijn eerdere oordeel steeds gehandhaafd. Het ECSR kwam in 2004 bijvoorbeeld tot de volgende conclusie: *'the situation in the Netherlands is not in conformity with Article 6§4 of the Charter on the grounds that a Dutch judge may determine whether recourse to a strike is premature leading to a impingement on the very substance of the right to strike as this allows the judge to exercise one of the trade unions' prerogatives, that of deciding whether and when a strike is necessary'*.¹⁰

In de *conclusions* van 2010 heeft het ECSR verzocht om voorbeelden van uitspraken waarbij de vraag of de staking als uiterst middel is ingezet rechtstreeks wordt getoetst aan art. G ESH.¹¹ Hierna zullen wij onderzoeken in hoeverre de recente Nederlandse rechtspraak in overeenstemming is met het ESH en of daarin een ontwikkeling is waar te nemen naar aanleiding van de kritiek van het ECSR.¹² Wij gaan daarbij allereerst kort in op de toets aan de zorgvuldigheidsnorm dan wel het proportionaliteitsbeginsel. Vervolgens zullen wij de ultimatum remedium-toets bespreken, nu het ECSR zich herhaaldelijk op het standpunt heeft gesteld dat deze toets in strijd is met het ESH.

Zorgvuldigheidsnorm

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een staking niet (langer) hoeft te worden geduld indien de staking *'gelet op de zorgvuldigheid die krachtens art. 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van de persoon en de goederen van anderen, in zodanige mate inbreuk maakt op de in het eerste lid van art. 31 ESH aangewezen rechten van derden of algemene belangen dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn'*.¹³

Van schending van deze zorgvuldigheidsnorm is blijkens de jurisprudentie onder meer sprake wanneer er een kennelijke onevenredigheid bestaat tussen het doel van de staking en de gevolgen van het toepassen van het stakingsmiddel (proportionaliteitsbeginsel). Uit de door ons bestudeerde

en hierna te bespreken uitspraken blijkt dat wanneer een staking wordt verboden op grond van het proportionaliteitsbeginsel de werkgever erin is geslaagd om aan te tonen dat de staking (te) grote maatschappelijke gevolgen zou hebben en dus de rechten van derden in het geding zijn. Slechts een enkele keer werd een staking disproportio-

Het uitgangspunt is dat een collectieve actie rechtmatig is en dat het aan de vakbonden is om te beslissen of partijen zijn uitonderhandeld

neel geacht als gevolg van de schade die de werkgever leed. Rechtbank Leeuwarden oordeelde bijvoorbeeld dat een wilde staking, in een zaak waarin een werkgever weigerde om loonindicaties af te geven aan de werknemers omdat zij hierover nog in onderhandeling was met de vakbonden, verboden moest worden. Volgens de rechter stond het weinig zwaarwegende doel niet in verhouding tot de zwaarte van het middel.¹⁴

Zoals gezegd, is dit vonnis van Rechtbank Leeuwarden een uitzondering en vormen vooral de belangen van derden voor de rechter een reden om een staking te verbieden. Maar wanneer zijn de maatschappelijke gevolgen van een staking nu zodanig ernstig dat het stakingsrecht beperkt mag worden? En houden de Nederlandse rechters voldoende rekening met de strenge toets die het ECSR van hen verlangt?

De belangen van derden waren onder meer in het geding bij een staking van de sleepdiensten in de haven van Rotterdam in 2007.¹⁵ Er was in dat geval voldoende aannemelijk dat de raffinaderijen *down* zouden gaan als de staking zou voortduren. De economische schade zou zeer groot zijn en daarnaast zou het stilleggen en later weer opstarten van de raffinaderijen aanzienlijke milieuschade in de vorm van luchtvervuiling, stankoverlast en geluidsoverlast opleveren. De voorzieningenrechter verbood de staking om die reden gedeeltelijk en stelde een 'stakingsschema' op waarbij de medewerkers afwisselend mochten staken dan wel hun werkzaamheden moesten verrichten.

Uit meer recente uitspraken volgt eveneens dat de rechten van derden vaak worden betrokken bij de beoordeling of een staking al dan niet rechtmatig is, met name als het gaat om een bedrijf met een bijzondere maatschappelijke functie. Denk bijvoorbeeld aan een staking bij de politie, de post of het havenbedrijf. Bij een dergelijke staking zullen derden immers eerder benadeeld worden. Maar ook in die gevallen wordt een staking door de Nederlandse rechter niet snel verboden. Het feit dat er als gevolg van een staking van de vuilnisdiensten overlast zou optreden in het stadscentrum van Den Haag¹⁶ of dat er in beperkte mate gebruik zou kunnen worden gemaakt van het openbaar vervoer in de grote steden¹⁷ was onvoldoende reden om te oordelen dat

8 Conclusions XVII-1, 2004.

9 Conclusions 2010.

10 Conclusions XVII-1, 2004. NB Wij gaan ervan uit dat het ECSR abusievelijk de term 'impingement' in plaats van 'infringement' heeft gebruikt. In de *conclusions* van 2006 en 2010 heeft het ECSR dit standpunt (vrijwel woordelijk) herhaald, Conclusions XVIII-1, 2006 en Conclusions 2010.

11 Conclusions 2010.

12 In hun artikel uit 2004 vroegen Sprengers en Van der Stege zich af of de rechtspraak in Nederland zou worden beïnvloed door de kritiek van het ECSR, zie L.C.J. Sprengers en R. van der Stege, 'Slechts een beetje staken mag? Het collectief actierecht ex art. 6 lid 4 en 31 ESH in de Nederlandse rechtspraak', *NJCM-bulletin* 2004, nr. 5, p. 651 e.v.

13 HR 21 maart 1997, «JAR» R 1997/70 (Streekvervoer), r.o. 4.3.

14 Rb. Leeuwarden 8 december 1998, *KG* 1999, 66.

15 Rb. Rotterdam 9 maart 2007, «JAR» 2007/85.

16 Rb. 's-Gravenhage 28 april 2010, «JAR» 2010/157.

17 Rb. Rotterdam 27 juni 2011, «JAR» 2011/185 en Rb. Amsterdam 27 juni

het stakingsrecht beperkt zou moeten worden. In maart 2012 ging de Rechtbank Utrecht wel over tot een stakingsverbod.¹⁸ Het ging in deze zaak om een aangekondigde staking bij Equens, een onderneming die een groot deel van de betalingen binnen Nederland verwerkt. Gelet op de bijzondere diensten die Equens levert (vrijwel al het economisch verkeer in Nederland is afhankelijk van het geldverkeer) staat volgens de rechter vast *‘dat onderbreking van het werk in de primaire processen van Equens een maatschappijontwrichtend karakter kan hebben en – potentieel – ingrijpende gevolgen kan hebben voor heel Nederland (...) en kan leiden tot een maatschap-*

Ondanks de kritiek van het ECSR pleiten wij voor behoud van de ultimatum-remedium-toets, nu deze past binnen de Nederlandse overlegcultuur

pelijke ontwrichting die verder gaat dan bij acties in de meeste andere sectoren’. In dit concrete geval waren er dusdanige bijzondere omstandigheden dat de rechter van mening was dat de staking – in verband met de maatschappelijke belangen – moest worden verboden.

Ook vier recente ‘voetbalzaken’ geven een goed beeld van de afwegingen die de rechter maakt in het kader van de toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm (waaronder het proportionaliteitsbeginsel). De Rechtbanken Utrecht en Amsterdam hebben in 2007 respectievelijk 2008 geoordeeld dat een door de politiebonden aangekondigde staking tijdens een belangrijke voetbalwedstrijd doorgang mocht vinden.¹⁹ In 2012 hebben Rechtbank Zwolle en Rechtbank Leeuwarden echter een verbod tot een dergelijke staking opgelegd.²⁰ Rechtbank Zwolle overwoog met betrekking tot een staking van de politie bij een wedstrijd tussen Go Ahead Eagles en Willem II – in lijn met de uitspraken van 2007 en 2008 – dat in beginsel eventuele maatschappelijke schade, zoals het afgelasten van de wedstrijd, op de koop toe moet worden genomen. Deze schade maakte de staking op zich niet onrechtmatig. Vervolgens overwoog de Rechtbank Zwolle echter dat voldoende aannemelijk was geworden *‘dat in deze concrete situatie ook bij afgelasting (andersoortige) openbare orde-problemen zijn te verwachten die van een vergelijkbare ernst zijn als bij het doorgaan van de wedstrijd’.*²¹ De betreffende politieregio had namelijk een goed onderbouwde risicoanalyse in het geding gebracht waaruit de dreiging voor de openbare orde en veiligheid voldoende bleek. In een vergelijkbare zaak oordeelde Rechtbank Leeuwarden in gelijke zin.²²

Zouden de recente stakingsverboden ertoe kunnen leiden dat het ECSR van mening is dat de Nederlandse rechtspraak in strijd is met het ESH? Wij menen van niet. In beide procedures hadden de politieregio’s – in tegenstelling tot in de eerdere procedures in 2007 en 2008 – voldoende onderbouwd dat er als gevolg van de staking een gevaar zou ontstaan voor de openbare orde en veiligheid. Ook in de Equens zaak was volgens de rechter voldoende aangetoond dat de staking te grote maatschappelijke gevolgen zou hebben. Deze argumenten sluiten aan bij de criteria zoals genoemd in art. G ESH.

Tussenconclusie

Wij komen terug op de vraag of de toepassing van de proportionaliteitstoets in de recente stakingsrechtspraak al dan niet in lijn is met het ESH en of daarin een ontwikkeling is waar te nemen. Uit de hiervoor besproken uitspraken blijkt dat een rechter niet snel oordeelt dat een staking disproportioneel is; zo was het enkele feit dat een staking van de reinigingsdiensten respectievelijk de vervoersbedrijven overlast veroorzaakte geen reden om de staking te verbieden. In de uitspraken waarin een staking wel werd verboden, gebruikte de rechter argumenten die in de meeste gevallen direct of indirect kunnen worden teruggeleid naar de criteria van art. G ESH. De rechter grijpt pas in wanneer de openbare orde, de nationale veiligheid en/of de volksgezondheid in het geding zijn, hetgeen vaker het geval zal zijn bij stakingen bij werkgevers die diensten leveren met een bijzondere maatschappelijke functie.²³

De recente uitspraken zijn onzes inziens in overeenstemming met het ESH en wij verwachten dan ook niet dat deze uitspraken ertoe zullen leiden dat het ECSR zijn (recente) standpunt ten aanzien van de Nederlandse toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm en het proportionaliteitsbeginsel zal veranderen.

Spelregeltoets

Zoals gezegd, toetsen Nederlandse rechters niet alleen aan de zorgvuldigheidsnorm dan wel het proportionaliteitsbeginsel, maar ook aan de zogenaamde spelregeltoets. De Hoge Raad heeft onder meer in het Douwe Egberts-arrest beslist dat een staking onrechtmatig is wanneer te vroeg naar het stakingsmiddel wordt gegrepen. Naast het feit dat de collectieve actie als uiterst middel (ultimatum-remedium) moet worden aangewend, dient de collectieve actie tijdig te worden aangezegd.²⁴ Dit laatste uitgangspunt heeft volgens de Hoge Raad een tweeledig doel: het voorkomen van onnodige bedrijfsschade en de bescherming van de belangen van derden.²⁵

2011, «JAR» 2011/183.

18 Rb. Utrecht 8 maart 2012, «JAR» 2012/104. Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat stond Equens bij in deze procedure.

19 Rb. Amsterdam 14 december 2007, «JAR» 2008/7 en Rb. Utrecht 8 maart 2008, «JAR» 2008/103.

20 Rb. Zwolle 9 maart 2012, LJN BW0689 en Rb. Leeuwarden 30 maart 2012, «JAR» 2012/123.

21 Rb. Zwolle 9 maart 2012, LJN BW0689, r.o. 4.2.4.

22 Rb. Leeuwarden 30 maart 2012, «JAR» 2012/123, r.o. 4.9.

23 Zie ook K. Boonstra, ‘Staken, de Bond tegen de rest van Nederland’, *ArbeidsRecht* 1997, 36.

24 DE-arrest, r.o. 3.3.

25 NS-arrest, r.o. 3.8. Zie ook: A.M. Luttmer-Kat, ‘De toetsing van collectieve acties aan procedureregels’, *SMA* 1990, p. 78.

De vraag is hoe in de recente jurisprudentie met de spelregeltoets wordt omgegaan, nadat het ECSR meerdere keren heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechtspraak, voor wat betreft de ultimatum remedium-toets, niet in overeenstemming is met het ESH. Gaan rechters sindsdien meer terughoudend met de spelregeltoets om?

Na het Douwe Egberts-arrest heeft de Hoge Raad zich niet opnieuw uitgelaten over de spelregeltoets. Wel heeft het Gerechtshof Amsterdam in 2010 nog een arrest gewezen met betrekking tot een aangekondigde staking als protest tegen de kabinetsplannen tot verhoging van de AOW-leeftijd. Ten aanzien van de spelregeltoets overwoog het hof het volgende: *‘Wat er zij van de vraag of collectieve acties in het algemeen steeds slechts als ultimatum remedium mogen worden ingezet, in het onderhavige geval, waar de acties erop gericht zijn het politieke besluitvormingsproces effectief te beïnvloeden en de keuze van het moment waarop actie wordt gevoerd met deze doelstelling samenhangt, kan niet worden gezegd dat de bonden lichtzinnig voor het stakingswapen hebben gekozen’*.²⁶

Verder zijn er in de afgelopen vijf jaar zes lagere uitspraken gepubliceerd waarbij de (on)rechtmatigheid van de staking door de rechter werd getoetst aan de hand van de spelregeltoets. De vordering tot een stakingsverbod werd in vijf van de zes zaken afgewezen.

Ten aanzien van een aangekondigde staking bij Menzies, een bedrijf dat zich onder meer bezighoudt met de afhandeling van de bagage op Schiphol, oordeelde de voorzieningenrechter van Rechtbank Utrecht in 2008 onder uitdrukkelijke verwijzing naar de *conclusions* van het ECSR dat het *‘in beginsel aan de vakbonden is voorbehouden om zich een oordeel te vormen over de vraag of een collectieve actie wel als uiterste middel is gebruikt en daarmee of die actie al dan niet prematuur is’*.²⁷ De rechter oordeelde dat de werkgever geen bijzondere omstandigheden had aangevoerd op grond waarvan de collectieve actie als prematuur had te gelden. Datzelfde jaar overwoog Rechtbank Utrecht dat ook het feit dat een door de vakbond aangekondigd ultimatum nog niet was verstreken, niet maakte dat de staking prematuur was.²⁸ Het is in beginsel immers aan de vakbond te beoordelen of partijen zijn uitonderhandeld. Sterker nog: het stellen van een ultimatum is naar het oordeel van de Rechtbank Utrecht geen vereiste om aan de procedureregels te voldoen.

In 2009 overwoog de voorzieningenrechter Utrecht met betrekking tot een door diverse schoonmaakbedrijven aangekondigde staking op Schiphol opnieuw dat het in beginsel aan de vakbonden is voorbehouden om te beoordelen of sprake is van een ultimatum remedium.²⁹ Ook hier waren er naar het oordeel van de rechter door

de werkgever geen bijzondere omstandigheden gesteld die aanleiding gaven om aan te nemen dat de staking prematuur was.

In 2012 heeft de voorzieningenrechter Utrecht ten aanzien van een staking bij de politie herhaald dat, hoewel niet expliciet een ultimatum was gesteld, aan de procedureregels was voldaan nu de collectieve actie naar het oordeel van de rechter tijdig was aangezegd.³⁰

Rechtbank Noord-Nederland heeft recent, in februari 2013, een stakingsverbod afgewezen omdat de staking naar zijn oordeel niet voorbarig was.³¹ De werkgever, kabelfabrikant Draka, had weliswaar aangegeven nog te willen overleggen met de vakbond, maar dit vormde voor de voorzieningenrechter geen aanleiding om te oordelen dat de collectieve actie niet als uiterst middel was ingezet.

Een collectieve actie van piloten bij Transavia werd door de voorzieningenrechter Haarlem wel verboden, omdat partijen nog niet het uiterste hadden beproefd om de bestaande verschillen aan de onderhandelingstafel op te lossen.³² Voor zover dit oordeel gegrond is op het feit dat de toepasselijke cao – waarin stond dat partijen in geval van een conflict de bemiddeling van een derde moeten invoeren (de ‘vredesplicht’) – niet was nageleefd, is het oordeel in lijn met het ESH.³³ Onzes inziens gaat de voorzieningenrechter echter een stap te ver waar hij – kennelijk ten overvloede – overweegt dat *‘van partijen (dient) te worden gevergd dat zij binnen redelijke grenzen het uiterste beproeven om de tussen hen bestaande verschillen aan de onderhandelingstafel tot een oplossing brengen en dus niet voortijdig te grijpen naar collectieve pressiemiddelen waarvan bovendien moet worden betwijfeld of gebruikmaking daarvan de oplossing van het onderhavige arbeidsconflict zal bespoedigen’*. Deze laatste overweging is niet in lijn met het uitgangspunt dat een collectieve actie op grond van art. 6 lid 4 ESH in beginsel rechtmatig is.

Voorvoemde uitspraak wijkt inhoudelijk af van de algemene lijn in de jurisprudentie dat de vraag of een staking als uiterst middel is gehanteerd door de rechter met terughoudendheid moet worden beantwoord. Het uitgangspunt is dat een collectieve actie rechtmatig is en dat het in beginsel aan de vakbonden is om te beslissen of partijen zijn uitonderhandeld.

De Nederlandse regering kan in een volgend rapport aan de hand van de Nederlandse jurisprudentie beargumenteren dat de spelregeltoets zeer strikt wordt toegepast. Het is de vraag of dit het ECSR tevreden stelt. Uitgangspunt is immers dat wanneer sprake is van een belangengeschil een staking in beginsel rechtmatig is. Een beperking van het stakingsrecht is slechts mogelijk indien deze beperking in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en

26 Gerechtshof Amsterdam 4 mei 2010, *«JAR»* 2010/140, r.o. 3.14. Het Gerechtshof Amsterdam heeft ook in 2011 een (strafrechtelijk) arrest gewezen met betrekking tot een staking, maar de spelregeltoets kwam in dit arrest niet aan de orde, zie Hof Amsterdam 31 mei 2011, *«JAR»* 2011/186.

27 Rb. Utrecht 8 mei 2008, *«JAR»* 2008/162.

28 Rb. Utrecht 8 maart 2008, *«JAR»* 2008/103.

29 Rb. Utrecht 30 maart 2009, *«JAR»* 2009/124.

30 Rb. Utrecht 3 mei 2012, *NJF* 2012, 282.

31 Rb. Noord-Nederland 19 februari 2013, LJN BZ2360.

32 Rb. Haarlem 25 augustus 2008, *«JAR»* 2008/233.

33 Het ECSR overwoog al in haar eerste rapport dat beperkingen op het stakingsrecht neergelegd in cao's in overeenstemming zijn met het ESH, zie een herhaling van dit standpunt in *Conclusions XIV-1*, 1998.

voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Kortom, als de staking art. 6 lid 4 ESH is ‘gepasseerd’, kan een staking alleen nog worden verboden op basis van art. G ESH.³⁴

Toekomst spelregeltoets na kritiek ECSR

De afgelopen jaren heeft het ECSR zich kritisch uitgelaten over de in de Nederlandse rechtspraak gehanteerde ultimatum remedium-toets. Deze toets is volgens het ECSR niet in lijn met het ESH, nu de ultimatum remedium-toets de rechter toestaat om in plaats van de vakbonden te beslissen of en, zo ja, wanneer een staking nodig is.

Ondanks de kritiek van het ECSR pleiten wij voor behoud van de ultimatum remedium-toets, nu deze past binnen de Nederlandse overlegcultuur.³⁵ Daarnaast voorziet de toets in een behoefte van de Nederlandse samenleving, aangezien derden er veelal bij gebaat zijn dat de vakorganisaties niet te snel naar het stakingsmiddel grijpen. Daar komt bij dat uit de recente rechtspraak blijkt dat de ultimatum remedium-toets door Nederlandse rechters terughoudend wordt toegepast, waarbij wordt erkend dat het in beginsel aan de vakbonden is om te beoordelen wanneer een staking noodzakelijk is. Wij hebben geen (recente) uitspraken gevonden waarin een staking werd verboden vanwege het feit dat niet aan de procedureregels was voldaan. In alle besproken uitspraken oordeelde de rechter dat de werkgever onvoldoende bijzondere omstandigheden had gesteld om een beroep op de spelregeltoets te rechtvaardigen.³⁶

In de literatuur wordt het standpunt verdedigd dat de rechtvaardiging voor de ultimatum remedium-toets volgt uit de opbouw van art. 6 ESH.³⁷ Het stakingsrecht dat is neergelegd in lid 4 van dit artikel wordt immers pas na de verplichting van de lidstaten tot bevordering van collectief overleg, collectief onderhandelen en bevordering van de totstandkoming van bemiddelings- en arbitrageprocedure genoemd. Daarnaast wordt in de literatuur verwezen naar de totstandkomingsgeschiedenis van het ESH, waaruit kan worden afgeleid dat de lidstaten het erover eens waren dat staken pas is toegestaan na een zekere onderhandelingsfase.³⁸ Dezelfde lijn volgde de Hoge Raad in het Douwe Egberts-arrest onder verwijzing naar de conclusie van A-G Spier.

Uit het voorgaande volgt dat er een breed draagvlak bestaat voor de ultimatum remedium-toets. Met Sagel zijn wij echter van mening dat art. 6 lid 4 ESH geen ruimte biedt voor de toets of een staking als uiterst middel is ingezet.³⁹ Dit is slechts anders indien een aangekondigde staking dusdanig vroeg wordt ingezet dat (nog) geen sprake is van een belangengeschil.

Naar onze mening zou aan de hand van art. G ESH moeten worden beoordeeld of een staking kan worden verboden. De rechter zou moeten onderzoeken in hoeverre een verbod van een ‘te’ vroeg ingezette staking in een democratische samenleving noodzakelijk is (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) en daarmee een beperking van het stakingsrecht rechtvaardigt. De door de Hoge Raad geïntroduceerde ‘tussenstap’ heeft onzes inziens – mede gezien de kritiek van het ECSR – geen toekomst.⁴⁰

Conclusie

Is de in de Nederlandse rechtspraak gehanteerde ultimatum remedium-toets in overeenstemming met het ESH en is daarin een ontwikkeling waar te nemen naar aanleiding van de kritiek van het ECSR? Beide vragen beantwoorden wij ontkennend. Rechters toetsen nog steeds eerst of een staking als uiterst middel is ingezet vóórdat aan art. G ESH wordt toegekomen. Gezien het brede draagvlak voor de ultimatum remedium-toets, pleiten wij voor behoud van het uitgangspunt dat een staking als uiterst middel moet worden ingezet. Een eventueel stakingsverbod vanwege het feit dat een staking ‘te’ vroeg is ingezet, zou echter voortaan gemotiveerd moeten worden aan de hand van de criteria van art. G ESH.



Over de auteurs

Mw. mr. A.W. Haverkort is advocaat bij Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat te Utrecht.



Mw. mr. I. Witte is advocaat bij Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat te Utrecht.

34 Zie ook A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004, p. 140.

35 Zie ook M.G. Rood, *Naar een stakingswet?*, Deventer: Kluwer, 1978, p. 167.

36 In de Transavia-uitspraak overwoog de rechter weliswaar dat partijen het uiterste moeten beproeven om tot een oplossing te komen, maar werd de staking uiteindelijk verboden vanwege de vredesplicht in de cao.

37 A.M. Luttmmer-Kat, ‘De toetsing van collectieve acties aan procedureregels’, *SMA* 1990, p. 82 met verwijzing naar H.L. Bakels, ‘Collectieve acties van arbeiders’, *SMA* 1982.

38 L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1996, p. 188. Overigens is Tilstra van mening dat aan de *travaux préparatoires* weinig betekenis meer kan worden toegekend, zie L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer: Kluwer, 1994, p. 133.

39 Zie ook S.F. Sagel, ‘Staken tegen de AOW-plannen; het mocht toch!’, *TRA* 2010/68 met verwijzing naar C.J.H. Brunner, ‘Het rechterlijke verbod van stakingen’, in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *Schetsen voor Bakels*, Deventer: Kluwer 1987.

40 In deze paragraaf gaan wij – gezien de kritiek van het ECSR – alleen in op de ultimatum remedium-toets.