



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het collectieve actierecht van de werkgever (I)

Sagel, S.F.; Haeringen, R. van

Citation

Sagel, S. F., & Haeringen, R. van. (2023). Het collectieve actierecht van de werkgever (I). *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 2023(6), 11-23. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716954>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716954>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

236. Het collectieve actierecht van de werkgever (I)

PROF. MR. S.F. SAGEL & MR. R. VAN HAERINGEN¹

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. In deze bijdrage brengen wij de mogelijkheden in kaart die de werkgever op grond van art. 6 lid 4 ESH heeft om zelf actie te voeren en zich op die manier te verzetten tegen de eisen en acties van vakbondszijde.

1. Inleiding

Echt gezellig is het niet meer in de polder. Dit voorjaar stond een lezenswaardig dubbelinterview in *de Volkskrant* met de voorzitters van FNV en VNO-NCW. ‘Zullen we maar gaan?’, zei VNO-NCW voorzitter Ingrid Thijsen toen het gesprek koud een kwartier bezig was. FNV-voorzitter Tuur Elzinga had haar achterban er net van beschuldigd ‘zakkenvullers’ te zijn, die zijn leden op een ‘houtje laat bijten’.² FNV heeft het niet bij harde woorden gelaten. Er is het afgelopen jaar, ingegeven door de torenhoge inflatie, door de bonden ingezet op zeer aanzienlijke cao-eisen. Liefst automatische prijscompensatie en anders toch minst genomen *double digit* loonsverhogingen. Weinig verrassend waren werkgevers niet bereid daaraan zo maar toe te geven en zij voelden zich in die terughoudendheid gesteund. Niet alleen door hun eigen belangenverenigingen, maar ook door – bijvoorbeeld – De Nederlandsche Bank die opriep tot terughoudendheid, uit vrees voor een zogeheten loon/prijs-spiraal.³ Waar dit allemaal in uitmondde? Acties, acties en nog eens acties. Nadat er vanwege de *Covid-19*-pandemie in de jaren 2020 en 2021 relatief weinig werd gestaakt,⁴ keerde dat tij in 2022 en de eerste helft van 2023. Op heel veel plekken werden collectieve acties gevoerd, van de bagage-afhandelaars op Schip-

hol, via de Nederlandse Spoorwegen tot winkelbedrijven als De Bijenkorf en Etos. FNV vaardigde naar eigen zeggen zelfs een recordaantal ultimatum uit in 2022 omdat zij de ‘zuinige werkgevers zat’ was.⁵ En het moet worden gezegd: de vakbonden hebben met hun acties, en soms zelfs met enkele actiedreiging, op verschillende terreinen indrukwekkende resultaten binnengehaald, zoals de loonsverhoging van nagenoeg 10% over een periode van achttien maanden die na een aantal stakingsdagen bij de NS werd afgesproken en de zomerbonus die bij Schiphol werd overeengekomen.⁶ Inmiddels raakt de stakingsgolf zelfs niet alleen meer het klassieke grootkapitaal, multinationals zoals ING, Ahold en Philips, maar ook FNV zelf. Die plaatste op haar eigen site een nieuwsbericht met een kop die tot twee keer lezen noopt: ‘FNV: mogelijk actie en stakingen op komst bij vakbond FNV’.⁷

Het einde van het actie-tijdperk is vooralsnog niet in zicht. Vlak voor de afronding van deze bijdrage liet diezelfde Tuur Elzinga op de voorpagina van het FD optekenen dat zijn vakbond voor het nieuwe cao-seizoen als vertrekpunt voor cao-onderhandelingen zelfs gaat inzetten op inflatiecorrectie als ‘beginpunt’ van de cao-onderhandelingen en dat over het meerdere ‘daarboven’ dan nog wel onderhandeld kan worden. Zouden werkgevers dat uitgangspunt

1 De auteurs zeggen Guus Heerma van Voss en Evert Verhulp dank voor hun commentaar.

2 Gijs Herderscheë & Marieke de Ruiter, ‘Het botert niet meer zo tussen werkgevers en werknemers: “Zullen we maar gaan?”’, *De Volkskrant*, 10 maart 2023.

3 <https://nos.nl/artikel/2456335-werkgevers-hoge-lonen-stuwen-inflatie-op-fnv-noemt-uitspraak-leugenachtig>
<https://www.rtlnieuws.nl/economie/artikel/5353156/werkgevers-waarschuwen-loonsverhogingen-inflatie-opstuwen>

4 <https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-arbeidsmarkt/werken-den/werkstakingen>

5 <https://www.fnv.nl/nieuwsbericht/algemeen-nieuws/2022/12/record-aantal-ultimatums-in-2022-leden-zijn-zuinige>

6 Na de collectieve acties in de herfst van 2022 hebben FNV en NS een akkoord bereikt waarin een totale structurele loonsverhoging van 9,25% over een periode van achttien maanden is afgesproken. Na zes maanden actievoeren en stakingen is in de nieuwe Metaal en Techniek cao een loonsverhoging van 7,4% binnen elf maanden afgesproken. Ook in de nieuwe Metalektro cao is een loonsverhoging van in totaal 11% overeengekomen.

7 <https://www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/zakelijke-dienstverlening/2023/04/fnv-mogelijk-actie-en-stakingen-op-komst-bij-vakbo>

van automatische prijscompensatie niet accepteren, dan ‘wordt het een hete herfst’, aldus Elzinga, die er ‘klaar mee’ is om ‘elk jaar voor hetzelfde tientje te knokken’.⁸

Al dat machtsvertoon van vakbondszijde vormt een goede aanleiding om het collectieve actierecht weer eens te bezien, maar dan vanuit een geheel ander perspectief dan dat van de vakbonden. Over hetgeen de vakbonden in een situatie van collectief conflict kunnen en mogen, wees de Hoge Raad in 2014 en 2015 de belangrijke *Enerco*- en *Amsta*-arresten. Daarin zijn de regels op dit terrein enigszins herschikt en verduidelijkt de Hoge Raad dat de bonden een ruime beoordelingsmarge hebben bij de keuze van het moment en de vorm van acties. Dat kan een staking zijn, maar ook andere actieformen zoals een demonstratieve bedrijfsbezetting of een flashmob, vallen onder de bescherming van art. 6 aanhef en onder 4 Europees Sociaal Handvest (hierna: ‘ESH’). Als de actie redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, valt deze onder het bereik van het collectief actierecht. De vakbond wordt hier een tamelijk ruime *margin of appreciation* gegund.⁹ Valt de actie binnen de scope van art. 6 lid 4 ESH, dan kan de uitoefening van het actierecht slechts worden beperkt wanneer de actie, kort gezegd, onevenredige inbreuk maakt op de belangen die art. 6 ESH waarborgt, zoals de rechten van derden, de openbare orde, de nationale veiligheid en de volksgezondheid. Bij die toets komt het aan op een proportionaliteitstoets, waarbij de belangen die betrokken zijn bij de uitoefening van het collectieve actierecht, moeten worden afgewogen tegen de daardoor geschade belangen en rechten. Bij deze afweging moet worden gekeken naar de aard en duur van de actie, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden, de aard van die belangen en de aard van de schade, alsmede of de actie tijdig is aangezegd en of die wordt georganiseerd bij wege van *ultimum remedium*, nadat alle andere routes naar een oplossing zijn uitgeput.¹⁰ Die laatste twee spelregels zijn echter, anders dan voorheen, geen zelfstandige rechtmatigheidsvoorwaarden meer.

De werkgever die zich in het kader van een belangengeschil geconfronteerd ziet met een ‘aanval’ van vakbondszijde, hoeft deze niet lijdzaam te ondergaan. Hij mag terugslaan

Natuurlijk, wanneer een werkgever wordt geconfronteerd met stakingen of andere vormen van collectieve actie, zal de eerste reactie zijn om na te gaan of daartegen in rechte iets te ondernemen valt, gegeven het hiervoor beschreven toetsingskader. Maar dat is niet de focus van deze bijdrage.

Want in de collectieve strijd staan de werkgever ook andere middelen ten dienste dan (alleen) het nemen van rechtsmaatregelen, met een vaak – juist vanwege het holistische karakter van de rechterlijke toetsing – toch enigszins ongewisse uitkomst. De werkgever die zich in het kader van een belangengeschil geconfronteerd ziet met een ‘aanval’ van vakbondszijde, hoeft deze niet lijdzaam te ondergaan. Hij mag terugslaan. Sterker nog: hij zal, geconfronteerd met een belangengeschil in de zin van art. 6 ESH, onder omstandigheden zelfs preventief de eerste klap mogen uitdelen, of in elk geval preventieve beschermingsmaatregelen kunnen treffen. Want het is niet alleen de vakbondszijde die het collectieve actiewapen ter beschikking heeft, ook de werkgever kan daarop terugvallen. Ook hij mag bij een belangengeschil actievoeren gericht op het breken (van de effectiviteit) van vakbondsacties, of zelfs op het voorkomen daarvan, teneinde aldus het betreffende geschil in zijn voordeel te beslechten.

Aan het actierecht van werkgevers is in de Nederlandse doctrine de afgelopen decennia vrij weinig aandacht besteed. Deze bijdrage beoogt een aanzet te doen om dat braakliggende terrein te ontginnen en de mogelijkheden die de werkgever heeft om actie te voeren, in kaart te brengen. In het eerste deel van dit tweeluik kijken we, na een aantal inleidende opmerkingen van algemene aard over het collectief actierecht van de werkgever (paragraaf 2), achtereenvolgens naar de mogelijkheden om het werk van stakers door andere werknemers van de bestaakte werkgever te laten overnemen, die wel werkwillig zijn (paragraaf 3) en de mogelijkheid die de werkgever heeft om nieuw personeel in dienst te nemen om het werk van stakers over te nemen (paragraaf 4). Daarna kijken we naar de mogelijkheden om extern personeel in te lenen, waarbij we de focus vooral richten op de mogelijkheid van uitlening vanuit ‘collega’-werkgevers (in dezelfde sector), die ook partij zijn bij het cao-geschil waarop de staking ziet. (paragraaf 5). Tot slot bezien we of het mogelijk is om bestaakt werk te outsourcen (paragraaf 6). In het tweede deel van deze bijdrage zal onder meer worden ingegaan op arbeidsvoorwaardelijke maatregelen die de werkgever kan nemen, om het verloop van acties van vakbondszijde te beïnvloeden, alsmede op het verschijnsel van de uitsluiting en op communicatie als actiemiddel. Ook gaan we daar in op medezeggenschapsrechtelijke aspecten van werkgeversacties.

2. Het collectieve actierecht van de werkgever; Enige algemene inleidende beschouwingen over de maatstaf van art. 6 lid 4 ESH

Bij gebreke van een stakingswet, was het uiteindelijk de Hoge Raad die in het *NS*-arrest van 30 mei 1986 het stakingsrecht binnen de Nederlandse rechtssfeer erkende, door vast te stellen dat rechtstreekse werking toekomt aan art. 6 lid 4 ESH. Blijkens de tekst van dit artikel komt het collectieve actierecht ook aan de werkgever toe. In art. 6 lid 4 ESH wordt immers gesproken over ‘het recht

8 <https://fd.nl/economie/1483843/elk-jaar-voor-hetzelfde-tientje-knokken-we-zijn-er-klaar-mee>.

9 HR 31 oktober 2014, «JAR» 2014/298.

10 HR 19 juni 2015, 015:1687, *NJ* 2015/438.

van werknemers en werkgevers op collectief optreden'.¹¹ Hoewel het NS-arrest zelf zag op de erkenning van het stakingsrecht van werknemers, overwoog de Hoge Raad daarin wel uitdrukkelijk dat art. 6 lid 4 ESH ook rechtstreekse werking heeft voor zover daarin het recht van werkgevers om collectieve actie te voeren, is geregeld. De bepaling is, zo overwoog de Hoge Raad, aldus geredigeerd 'dat werknemers en werkgevers zich op het door de betrokken verdragsstaten binnen zekere grenzen erkende recht in de nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen'.¹² Het NS-arrest vormt dus ook de bevestiging dat werkgevers zich hier te lande zonder meer op het recht op collectieve actie kunnen beroepen.¹³ De Hoge Raad heeft evenwel sinds het NS-arrest nooit een uitspraak gedaan die in zijn algemeenheid de grenzen en regels heeft verkend die gelden voor dat actierecht van werkgevers. Evenmin heeft hij zich ooit gebogen over de vraag of – wellicht – andere grenzen gelden voor werkgeversacties dan de maatstaven die gelden voor vakbondsacties, zoals hiervoor kort samengevat. Wel is er vrij recentelijk, in 2019, een uitspraak gedaan waarin het ging om een werkgeversmaatregel die kan worden gezien als uitoefening van dat recht, te weten: het inzetten van werkwilligen op het werk van stakers, zij het dat de Hoge Raad daarin niet uitdrukkelijk inging op de vraag of die maatregel inderdaad gedekt was door art. 6 lid 4 ESH en, zo ja, wat dit dan betekende voor de beoordeling.

Ons inziens laat de maatstaf die de Hoge Raad in de *Enerco*- en *Amsta*-arresten formuleerde voor vakbondsacties, zich eveneens goed toepassen op acties van werkgeverszijde. Het uitgangspunt van het *Enerco*-arrest is, naar hiervoor uiteen is gezet, dat de vakbond een ruime bandbreedte wordt gegund ter bepaling van de keuze en het moment van de acties. Als geoordeeld moet worden dat een collectieve actie redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, is die actie gedekt door art. 6 lid 4 ESH. Niet valt in te zien waarom de werkgever hier minder beleidsvrijheid gegeven moet worden; het grondrecht waar het om gaat, is immers hetzelfde. Het actierecht van de werkgever is de andere kant van dezelfde medaille waarop de vakbond zich kan beroepen, en vanuit de gedachte van de *equality of arms* op het strijdveld van het cao-conflict spreekt het niet aan de werkgever hier strenger de maat te nemen dan de vakbond/het collectief van werknemers.

Dat geldt, wat ons betreft, ook voor een actie van de werkgever die er juist op is gericht helemaal *geen* cao overeen te komen. Het recht op collectief onderhandelen bevat immers ook een negatieve zijde: het recht om geen cao-afspraken te moeten maken. Net zo goed als het stakingsrecht, in het omgekeerde geval, juist kan worden ingeroepen om erken-

ning als cao-onderhandelingspartner en overleg over een cao af te dwingen; het *Enerco*-arrest is daarvan een mooi voorbeeld. Dat het, net als wanneer de vakbond acties organiseert, aan de werkgever is om de inzet van zijn collectieve actierecht gestalte te geven en dat dus ook aan de werkgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt om te bepalen welke actie hij *wanneer* inzet, waarbij de actie pas niet meer gedekt is door art. 6 lid 4 ESH als ervan moet worden uitgegaan dat die redelijkerwijs niet kan bijdragen aan het bewerkstelligen van het door de werkgever gewenste cao-resultaat (dat dus ook kan bestaan in het *niet* afsluiten van een cao), vindt overigens ook steun in de wetsgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: 'Waadi'). Daarin is van regeringszijde opgemerkt (i) dat het bij een collectief arbeidsconflict in de eerste plaats de verantwoordelijkheid is van de conflicterende partijen 'om te bepalen welke middelen zij willen inzetten om hun argumenten kracht bij te zetten', hetgeen dus ook de vrijheid voor de werkgever omvat om die middelen te kiezen en (ii) dat 'de ondernemer tegen wie gestaakt wordt vrij moet zijn in de keuze van de middelen welke hij aanwendt om zijn schade te beperken'.¹⁴ Ook deze passage suggereert dat het in beginsel aan de werkgever is om zijn, grondrechtelijk geborgde, (tegen)actierecht in te vullen en dat de rechter ook bij hem terughoudend moet zijn bij zijn beoordeling of de genomen actie 'gedekt is door' (of toch valt buiten het beschermingsbereik van) art. 6 lid 4 ESH.

Kijken we vervolgens naar de mogelijkheden om de uitoefening van het door art. 6 lid 4 ESH gegeven recht te beperken, dan ligt het in de rede om ook op dat punt de beoordeling van werkgeversacties en werknemersacties langs dezelfde lat van art. 6 ESH te leggen.¹⁵ Het recht op collectieve actie van de werkgever is in de Nederlandse rechtssfeer aanvaard op grond van dezelfde bepaling (art. 6 lid 4 ESH) als het collectieve actierecht van de vakbonden. Dan ligt het, dogmatisch gezien, in de rede om ook dezelfde 'vertaalslag' naar het Nederlandse recht te maken van de beperkingsgronden die het ESH kent voor dat grondrecht, ongeacht of het gaat om uitoefening door de werkgevers- of de werknemerskant. Ook als de werkgever gebruik maakt van het grondrecht op collectieve actie, kan dat onevenredige inbreuk maken op de rechten en belangen van derden, en onder omstandigheden, ook op zwaarwegende door art. 6 ESH beschermde belangen als de volksgezondheid of de openbare orde. Te denken valt aan het geval dat de exploitant van een onderneming die ambulancevervoer verricht, besluit het werk bij wege van uitsluiting stil te leggen, of aan een ziekenhuis dat verpleegkundigen inzet op bepaalde werkzaamheden van stakende artsen die verpleegkundigen helemaal niet mogen verrichten. Ook gezichtspunten als de vraag of de werkgever zijn actie heeft aangezegd, en in hoeverre de actie voldoet aan het *ultimum remedium*-beginsel – is meteen overgegaan tot het zwaar-

¹¹ Onderstreping toegevoegd, SFS en RvH.

¹² HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, r.o. 3.2 (NS).

¹³ Dat ook aan werkgevers het recht op collectieve actie toekomt, wordt overigens ook op het niveau van de ILO erkend, naar volgt uit een *joint statement* uit 2015, waarin de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers in de ILO het collectieve actierecht over en weer hebben erkend.

¹⁴ Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 5, p. 15.

¹⁵ Zie in die zin ook J.M. van Slooten, 'Het recht op tegenstaking', *Ondernemingsrecht* 2023/56.

ste middel van een algehele uitsluiting, die ook werkwil-
lig raakt, of is veeleer in eerste instantie gekozen voor een
lichtere, positieve prikkel, in de vorm van een bonus voor
niet-stakers? – kunnen ook bij werkgeversacties in de art. G
ESH-toetsing worden betrokken.

Overeenkomstige toepassing van de art. G ESH-toetsing,
zoals door de Hoge Raad ontwikkeld voor stakingsacties,
op door art. 6 lid 4 ESH bestreken werkgeversacties, biedt
overigens ook een interessant denkraam voor discussies
over de verhouding tussen het collectieve actierecht aan
werknemerszijde en het recht van werkgevers op collectief
onderhandelen en actievoeren. In het *Amsta*-arrest is beslist
dat ook schade van de werkgever tegen wie een stakings-
actie zich richt en keert, ‘derdenschade’ is die kan meewe-
gen in de beoordeling of een beperking van het stakings-
recht dringend noodzakelijk is.¹⁶ Evenzo zal dan, in het
spiegelbeeldige geval van de door art. 6 lid 4 ESH gedekte
werkgeversactie, schade aan de rechten en belangen van de
werknemers(vereniging) tegen wie die actie zich richt en
keert, kunnen meewegen bij de beoordeling of een beper-
king op de vrije uitoefening van het werkgeversactierecht
dringend noodzakelijk is. Het feit dat de werkgeversactie
inbreuk maakt op de effectieve uitoefening van het collec-
tieve onderhandelings- en actierecht van (de leden van) de
vakbond, kan – anders gezegd – worden betrokken bij de
beoordeling van de vraag of de uitoefening van het actie-
recht van de werkgever beperkt moet worden. Ten gronde is
dit een kwestie van botsende grondrechten, waarbij volgens
ons wel enige rechterlijke terughoudendheid geboden is bij
het aanmerken van een inbreuk op het collectieve onder-
handelings- en actierecht van de werknemerskant, als reden
voor beperking op de voet van art. G ESH van het werk-
geversrecht op collectieve actie. Financiële schade van de
werkgever tegen wie een actie zich richt en keert, zal slechts
bij hoge uitzondering veel gewicht in de schaal kunnen
leggen bij de afweging of een beperking van het stakings-
recht gewettigd is,¹⁷ omdat het toebrengen van die schade
nu eenmaal de kern behelst van het recht om te staken.
In het spiegelbeeldige geval dat de *vakbond* zich beroept
op art. G ESH ter beperking van het werkgeversrecht op
collectieve actie, zal het feit dat de werknemerskant door
die actie financiële schade lijdt (doordat er vanwege de
werkgeversactie helemaal geen, of een minder gunstig cao-
resultaat tot stand komt), dus ook niet snel een beperking
van het werkgeversactierecht wettigen. Daar is het collec-
tieve actierecht van de werkgever nu juist op gericht; om
zijn belangen af te dwingen ten koste van de belangen van
de werknemers(vereniging) met wie hij het belangengeschil
heeft. De zaak kan echter van kleur verschieten, wanneer de
werkgeversactie de effectiviteit van de inzet van het collec-
tieve actiewapen van de werknemers niet alleen beperkt
– en in het verlengde daarvan ook hun mogelijkheden om

collectief te onderhandelen belemmert –, maar de uitoefe-
ning van hun grondrechten op collectief onderhandelen en
actievoeren in feite illusoir maakt, waardoor het evenwicht
op het slagveld van het collectieve conflict daadwerkelijk
ernstig verstoord raakt.¹⁸ Wanneer de onbeperkte uit-
oefening van het collectieve actierecht door de werkgever
ertoe leidt dat de werknemerskant haar rechten op collec-
tief actievoeren en/of collectief onderhandelen helemaal
niet meer *kan* uitoefenen (hoewel zij dat wel wil), zal dat
kunnen bijdragen aan het oordeel dat, alle omstandigheden
van het geval in aanmerking genomen, een beperking van
het werkgeversrecht om actie te voeren, geïndiceerd is. Het
enkele feit dat de werkgever, door zijn actie, (de effectiviteit
van) een *bepaalde* door de vakbond op touw gezette actie
weet te ondermijnen en te neutraliseren, is voor die conclu-
sie echter op zichzelf niet genoeg. De vakbond heeft immers
een ruim scala aan actiemiddelen om uit te putten en zal
dus mogelijk wel andere middelen kunnen inzetten om zijn
eisen alsnog kracht bij te zetten.

Wat ons betreft is er dus, al met al, geen aanleiding om voor
de beoordeling van de rechtmatigheid van werkgeversacties
een ander, strenger, toetsingskader te ontwikkelen, dan het
toetsingskader dat geldt voor vakbondsacties. Zo een alter-
natief, strenger toetsingskader voor werkgeversacties ligt
ook in die zin niet in de rede, dat er anders dan in de rela-
tie tussen een individuele werknemer en zijn werkgever, in
de relatie tussen collectiviteiten van werknemers verenigd
in een vakbond en een werkgevers(organisatie), niet naar
zijn aard sprake is van een ongelijke machtsverhouding.
In de eerstgenoemde, individuele arbeidsverhouding is de
werkgever de bovenliggende partij, hetgeen meebrengt dat
de werknemer bij (de toepassing van) sommige arbeids-
rechtelijke rechtsfiguren en leerstukken meer bescherming
toekomt dan wanneer de werkgever daarop een beroep wil
doen. Denk aan de strengere eisen die, vanuit het oogpunt
van ongelijkheidscompensatie, worden gesteld aan een
rechtsgeldige werknemersopzegging versus de eisen voor
een rechtsgeldige werkgeversopzegging,¹⁹ de verschillende
duur van de bij opzegging door de werkgever, respec-
tiefelijk werknemer, in acht te nemen *opzegtermijnen*,²⁰
alsmede de ingrijpende verschillen waar het de materiële
eisen betreft waaraan voldaan moet zijn, wil de werkge-
ver respectievelijk de werknemer het dienstverband kunnen
beëindigen.²¹ Daar waar collectiviteiten van werknemers,
verenigd in vakbonden, staan tegenover de werkgever is
van een dergelijk machtsongelijkheid die noopt tot een
ander beoordelingskader voor de uitoefening van bepaalde
rechten, ons inziens geen sprake. In de collectieve strijd
is een vakbond zeer zeker niet per definitie de zwakkere
partij, hetgeen de vakbonden met de concessies die zij het
afgelopen jaar bij menig multinational hebben afgedwon-

16 J.M. van Slooten, *T&C Arbeidsrecht*, art. G ESH, aant. 4. Zie ook het *Amsta*-
arrest, r.o. 3.3.5.

17 B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het Sociaal Recht’, *NJB* 2014/2505,
r.k., 2506, l.k.

18 Zie in gelijke zin: J.M. van Slooten, ‘Het recht op tegenstaking’, *Onderne-
mingsrecht* 2023/56.

19 HR 10 juni 2005, *NJ* 2005/395.

20 Art. 7:672 lid 2 en 4 BW.

21 Art. 7:669 lid 1 en 3 BW, vs. art. 7:672 BW.

gen, wel hebben aangetoond. Sterker nog: daar waar grote, sterke vakbonden zoals FNV en CNV staan tegenover een kleine of middelgrote werkgever, is het veeleer die werkgever die de onderliggende partij is. Voor ongelijkheidscompensatie ten voordele van de vakbond bij de uitoefening van het collectief actierecht, in die zin dat voor de werkgever een principieel ander, strenger toetsingskader zou moeten gelden dan voor de werknemerskant, zien wij dan ook vanuit dit opzicht geen aanleiding. Zulks nog los van de overige argumenten die daar, blijkens het voorgaande, zoal tegen spreken.

3. Inzet van eigen werkwilgig personeel op werk van stakers

In oorlogen sneuvelt de waarheid als eerste en de collectieve strijd is daarop geen uitzondering.²² Vakbonden kiezen er met enige regelmaat voor om voorafgaand aan of tijdens stakingen, dreigende taal te uiten langs de lijn dat het werk van stakers ‘besmet werk’ is, waaraan geen andere werker zijn handen vuil zou mogen maken. Het zou, zo schrijft FNV op haar website, van ‘ontbrekend respect’ in de richting van stakers getuigen om het door hen neergelegde werk te verrichten en bovendien zou de Arbeidsinspectie kunnen ingrijpen als er wel ‘besmet werk’ wordt verricht.²³ Het hanteren van de term ‘besmet werk’ voor het (laten) verrichten van werk van stakers suggereert dat die aanpak in zijn algemeenheid onbetamelijk is; wie wil er immers zijn vingers branden aan zoiets vies?

De juridische werkelijkheid is een andere. In beginsel is het juist *wel* toegestaan dat de werkgever, geconfronteerd met een collectieve actie, andere werknemers probeert in te zetten om het werk van de stakers over te nemen en aldus zijn bedrijfsvoering overeind te houden. Die inzet van andere arbeidskrachten op het werk van stakers kan namelijk juist worden gezien als een uitoefening van het door art. 6 lid 4 ESH gegeven collectieve actierecht van de werkgever, als verdedigingsmaatregel in de collectieve strijd waarmee de werkgever tracht om het geschil met de vakbond in zijn voordeel te beslechten. Tegelijkertijd kent het Nederlandse recht wel een uitdrukkelijke begrenzing van de mogelijkheden die de werkgever op dit punt heeft. In art. 10 Waadi is het zogeheten onderkruipersverbod opgenomen. Die bepaling houdt, kort gezegd, in dat ‘degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt’ geen arbeidskrachten ter beschikking mag stellen aan een bedrijf (of een deel daarvan) waar, zover bekend of voor zover redelijkerwijze bekend had kunnen zijn, een collectieve actie heerst in de vorm van staking of uitsluiting.²⁴ Onder ter beschikking stellen wordt daarbij, ingevolge de definitiebepaling van art. 1 Waadi verstaan 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’. Art. 3 lid 2 van de Waadi verbiedt ondertussen aan arbeidsbemiddelaars aan wie ‘*bekend is of redelijkerwijs bekend kan zijn, dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat*’ om te bemiddelen bij het plaatsen van werkzoekenden in dat bedrijf of die onderneming, of het gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.

In het navolgende zullen wij bezien welke ruimte de bestaakte werkgever in het licht hiervan nu precies heeft om het werk van stakers over te laten nemen door andere arbeidskrachten, in dienst van hemzelf of anderen.

Van regeringszijde is in 2009 naar aanleiding van Kamervragen uitdrukkelijk bevestigd dat het verbod van art. 10 Waadi niet van toepassing is wanneer in de onderneming waar een arbeidsconflict speelt tussen werkgever en werknemers, het werk van de stakers door *eigen personeel* van de bestaakte werkgever wordt overgenomen. Er is dan volgens de regering geen sprake van ‘het ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in de zin van de Waadi en hetzelfde geldt, gelet op art. 1 lid 3 onder c Waadi, wanneer door een onderneming die deel uitmaakt van hetzelfde concern als de onderneming waar gestaakt wordt, werkwillige arbeidskrachten worden gezonden naar de groepsmaatschappij waar gestaakt wordt. Intra-concern detachering valt niet onder de Waadi en levert dus ook geen schending van het onderkruipersverbod op.²⁵ Wat art. 10 Waadi verbiedt, aldus de regering, is het uitzenden van arbeidskrachten om te (gaan) werken *in de onderneming waar wordt gestaakt*; de bepaling strekt ertoe te voorkomen zowel (i) dat zittende uitzendkrachten het verloop van een collectieve actie in de bestaakte onderneming beïnvloeden door neergelegd werk van actiedeelnemers over te nemen, als (ii) dat gedurende de staking nieuwe uitzendkrachten worden aangetrokken die in die onderneming het neergelegde werk van de actiedeelnemers overnemen. Het voorgaande betekent, bijvoorbeeld, dat wanneer een werkgever een schoonmaakbedrijf inhuurt om zijn fabriek schoon te houden, en in dat schoonmaakbedrijf wordt gestaakt, er geen uitzendkrachten mogen worden ingehuurd *door dat schoonmaakbedrijf* om het werk van de stakende schoonmakers over te nemen. Maar de eigenaar van de fabriek mag wel zijn *eigen personeel* inzetten om het schoonmaakwerk in de fabriek te doen, of zelfs een ander schoonmaakbedrijf inschakelen om dat werk te verrichten. De schoonmakers van dat andere bedrijf, worden dan immers niet ingezet in de onderneming van het bestaakte schoonmaakbedrijf, maar in de onderneming van de fabrikant, althans in de onderneming van het niet-bestaakte schoonmaakbedrijf.²⁶

²² Toegeschreven aan Aischylos.

²³ <https://www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/handel/2022/12/mijn-collega-s-staken-waarom-is-hun-werk-nu-besmet>

²⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25264, nr. 5, p. 15.

²⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 17050, 397, p. 2.

²⁶ Hof Amsterdam 24 januari 2008, «JAR» 2008/105.

In een zaak over een staking bij *EasyJet* die in 2019 de Hoge Raad haalde, is door pilotenvakbond VNV getracht om de reikwijdte van het onderkruipersverbod op te rekken, althans om ingang te doen vinden dat de inzet van werkwil-
lig *eigen personeel* om het werk van stakers op te vangen – zo al niet in strijd met de Waadi – onrechtmatig zou zijn, althans in strijd met de norm van goed werkgeverschap. De Hoge Raad ging daarin niet mee.

De feiten lagen, kort samengevat, als volgt. Alle Europese piloten van *EasyJet* – met uitzondering van de in Zwitserland gestationeerde piloten – waren in dienst van dezelfde Engelse *EasyJet*-vennootschap, al werkten zij vanuit verschillende vestigingen. Sinds maart 2015 heeft *EasyJet* ook een vestiging op Schiphol, van waaruit zij met een aantal vliegtuigen dagelijks vluchten uitvoert. In 2016 zag *EasyJet* zich, in het kader van een cao-geschied met pilotenvakbond VNV, geconfronteerd met stakingsacties van haar Nederlandse vliegers. *EasyJet* heeft vervolgens piloten die eveneens bij haar in dienst waren, maar die vlogen vanuit een vestiging/standplaats elders in Europa, ingezet om het werk van de stakende Nederlandse piloten over te nemen. VNV achtte die aanpak in strijd met art. 10 Waadi, althans onrechtmatig en in strijd met de norm van goed werkgeverschap. *EasyJet* zou met haar handelwijze de door VNV georganiseerde staking willen breken en het stakingsrecht frustreren. Dat betoog werd in drie instanties verworpen.

In zijn arrest van 19 juli 2019 besliste de Hoge Raad dat er geen aanleiding is om het onderkruipersverbod als verrat in art. 10 Waadi ruimer uit te leggen dan volgt uit de letter van de wet; dat verbod heeft namelijk volgens de Hoge Raad, blijkens de wetsgeschiedenis, bewust een ‘*beperkte reikwijdte*’. De wetgever heeft daarmee volgens de Hoge Raad uitsluitend het oog gehad op het aantrekken en inzetten van ‘*externe uitzendkrachten*’ en niet op het inzetten van vervangend eigen personeel. De parlementaire geschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor een uitbreiding van dat verbod tot het inzetten van eigen personeel. Minstens even interessant aan de uitspraak van de Hoge Raad is dat hij vervolgens overweegt dat als ‘uitgangspunt’ geldt dat een werkgever die probeert de gevolgen van een stakingsactie op te vangen door andere werknemers in zijn dienst in te zetten op het werk van stakers, ‘*niet in strijd met de eisen van goed werkgeverschap of onrechtmatig handelt*’, ook niet indien die andere werknemers betere arbeidsvoorwaarden hebben en buiten het conflict staan en bij de uitkomst daarvan geen belang hebben.²⁷ De Hoge Raad bevestigt daarmee met zoveel woorden dat het een werkgever in beginsel zonder meer vrijstaat om eigen werkwillige werknemers in te zetten om het werk van stakers uit te laten voeren. Wil een werkgever bijvoorbeeld een staking in een fabriekshal het hoofd bieden door werknemers uit de administratie, of zelfs uit het managementteam, de neergelegde werkzaamheden in de fabriek te laten overnemen, dan is dit in beginsel toelaatbaar.

In de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen (‘uitgangspunt’), ligt besloten dat er *onder omstandigheden* tot een andere uitkomst gekomen kan worden. Wij denken dat de rechter bij een afwijking, op grond van de omstandigheden van het geval, van de regel dat het geoorloofd is om eigen personeel (of personeel van een groepsmaatschappij) het werk van stakers over te laten nemen, zeer terughoudend moet zijn, juist omdat die maatregel – hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden benoemt – gezien moet worden als een uitoefening van het collectieve actierecht door de werkgever. Dit betekent, zoals hiervoor is uitgewerkt, dat een beperking van de ruimte die de werkgever hier heeft, slechts kan plaatsvinden langs de band van art. 6 ESH.²⁸ Een beperking van het recht om werkwilligen in te zetten op het werk van stakers zal aldus maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk moeten zijn met het oog op de door datzelfde artikel geborgde belangen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de inzet van werkwilligen op het werk van stakers leidt tot onevenredige veiligheidsrisico’s, bijvoorbeeld omdat het gaat om werk dat zeer specialistisch van aard is en specifieke kennis/ervaring vereist.

De inzet van vervangend eigen personeel op het werk van stakers, ten einde het effect van die staking teniet te doen dan wel de impact daarvan te verminderen, lijkt in Nederland op dit moment geen wijdverspreide praktijk te zijn. Toch zijn er wel degelijk voorbeelden die aantonen dat het om een effectief middel kan gaan

Dat de inzet van eigen werkwillig personeel op het werk van stakers moet worden gezien als actie die valt onder het door art. 6 lid 4 ESH geborgde grondrecht, zodat terughoudendheid vereist is bij het beperken van de mogelijkheden daartoe, vindt steun in het recht van de ons omringende landen. Het Duitse *Bundesarbeitsgericht* was in een uitspraak van 2011 resoluut over de inzet van eigen personeel om het werk van stakers over te nemen; het gaat in dat geval volgens het BAG om een (door het grondrecht op collectieve actie gedekt) ‘actiemiddel’ van de werkgever, waartoe de werkgever de vrijheid heeft:²⁹ ‘*Der Arbeitgeber muss sich auch dafür entscheiden können, arbeitsbereite eigene Arbeitnehmer, (...), einzusetzen, um streikbedingte Arbeitsausfälle aufzufangen.*’³⁰ Die opvatting wordt ook

27 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245 (VNV/*EasyJet*), r.o. 3.3.2.

28 Zie eerder: B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het Sociaal Recht’, *NJB* 2019/2169, onder 5.1.

29 BAG 13 december 2011, 1 ABR 2/10, r.o. 31. ‘*Der Einsatz arbeitswilliger Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen streikender Beschäftigter ist eine Arbeitskämpfmaßnahme des Arbeitgebers. Damit versucht er, den Betrieb fortzuführen, die wirtschaftlichen Folgen des Streiks zu verringern und gleichzeitig seine Stellung in der Tarifaueinandersetzung zu verbessern.*’

30 R.o. 35.

in de Duitse arbeidsrechtelijke literatuur breed gedragen.³¹ In een uitspraak uit 2000 besliste ook het Franse *Cour de Cassation* dat een werkgever werkwillige werknemers in beginsel kan opdragen om de werkzaamheden van stakers over te nemen.³²

De inzet van vervangend eigen personeel op het werk van stakers, teneinde het effect van die staking teniet te doen dan wel de impact daarvan te verminderen, lijkt in Nederland op dit moment geen wijdverspreide praktijk te zijn. Toch zijn er wel degelijk voorbeelden die aantonen dat het om een effectief middel kan gaan.³³ Een geruchtmakend arbeidsconflict bij de raffinaderij van Shell in Pernis dat eind jaren zeventig van de vorige eeuw plaatsvond, is een goed voorbeeld. De vakbonden hadden bij de raffinaderij opgeroepen tot staken, waarna Shell vervolgens alle werkwilligen verzocht zich te laten registreren om (een deel van) het werk van stakers over te nemen. Onder meer het hooggeplaatste en leidinggevende personeel, dat niet onder de werkingssfeer viel van de cao waarop het belangengeschild zag, gaf aan de oproep van Shell gehoor en speelde een belangrijke rol bij het overeind houden van de raffinaderij.³⁴ De uitspraak van de Hoge Raad in de *EasyJet*-zaak, veertig jaar later gewezen, bevestigt achteraf de rechtmatigheid van die aanpak. Een recenter voorbeeld zijn de collectieve acties waarmee Albert Heijn zich in 2010 geconfronteerd zag in de vorm van werkonderbrekingen van werknemers in het distributiecentrum. De supermarktketen zette vervolgens werknemers in die normaliter de avonddiensten voor hun rekening namen. De vakbonden stelden zich ook hier op het standpunt dat sprake was van ‘besmet werk’ en dat in strijd was gehandeld met het ‘onderkruipersverbod’.³⁵ Naar aanleiding van het beklag van de vakbonden heeft de Inspectie SZW onderzoek gedaan. Van een overtreding bleek geen sprake te zijn, aldus de minister van SZW in een debat met de Tweede Kamer.³⁶ De rechtmatig bevonden (tegen)maatregelen die *EasyJet* heeft toegepast, passen eveneens in dit rijtje.

Mag de werkwillige werk van stakers weigeren?

Een interessante vraag die in dit verband nog wel opkomt, is in hoeverre werkwillige werknemers de vrijheid hebben om een opdracht van de bestaakte werkgever te weigeren, wanneer die ertoe strekt het werk van stakers over te nemen. Hier lijkt een genuanceerd antwoord op zijn plaats. Het uitgangspunt is vermoedelijk dat het verzoek van de werkgever om zulke werkzaamheden te verrichten – zeker

wanneer deze vallen binnen de reikwijdte van de contractueel bedongen arbeid – redelijk is. De werkgever vraagt de werknemer immers niet iets dat hij wettelijk niet van de werknemer mag vragen.³⁷ Integendeel: de werkgever geeft een opdracht waarmee hij een hem toekomend grondrecht uitoefent, hetgeen pleit voor de redelijkheid van de instructie.

Ook als de opgedragen werkzaamheden van de stakers wel vallen buiten de scope van de bedongen arbeid, zal de werkwillige werknemer ons inziens meestal gehouden zijn om die werkzaamheden te verrichten, ongeacht of de werkgever zich kan beroepen op een eenzijdig wijzigingsbeding, zodat kan worden getoetst aan de norm van art. 7:613 BW of dat zo een beding ontbreekt, zodat moet worden teruggeval- len op de *Stoof/Mammoet*-norm.³⁸ Zeker gelet op het feit dat de werkgever die geconfronteerd wordt met een staking in zijn algemeenheid een groot belang zal hebben bij het overeind houden van de productie, althans de dienstverle- ning, terwijl de opdracht om ander werk te doen bovendien slechts een tijdelijk karakter heeft, zal het voorstel, althans de opdracht, om zulk werk te doen, in het algemeen een redelijke zijn. Dat geldt natuurlijk eens te meer wanneer sprake is van werkzaamheden die een belangrijke maat- schappelijke functie vervullen, of de werkgever dat verzoek gepaard doet gaan met een toezegging van een bonus voor degenen die bereid zijn om te helpen de staking het hoofd te bieden; een financieel actiemiddel waarop we in het tweede deel van deze bijdrage nog terugkomen.

Toch is de discussie over de gehoudenheid van een werk- willige werknemer om het werk van stakers over te nemen, tot op grote hoogte nogal theoretisch van karakter. Het probleem is immers dat, wanneer de in beginsel werkwillige werknemer *wel* de opdracht weigert om ander, door stakers neergelegd, werk uit te voeren, de werkgever op zijn beurt geen dwangmiddelen heeft om naleving van die opdracht af te dwingen. Weigert de in beginsel werkwillige werknemer om het werk van stakers te verrichten, dan kiest hij daarmee in feite alsnog, in elk geval: deels, de kant van de vakbond. Die weigering om in plaats van het reguliere werk, het werk van de stakers te verrichten, is in feite niets anders dan een (in elk geval: gedeeltelijke) deelname aan de vakbondsactie en daarmee ook weer gedekt door art. 6 lid 4 ESH. Dit geldt ons inziens ook wanneer de werknemer aan wie de vraag wordt gesteld om het werk van stakers over te nemen, strikt genomen ‘buiten’ het cao-conflict staat. Bijvoorbeeld omdat hij geen belang heeft bij de uitkomst daarvan aangezien hij buiten de werkingssfeer van de cao valt. Zo een collega kan zich ons inziens solidair verklaren met de stakers en zich dan in beginsel eveneens beroepen op de bescherming van

31 Zie onder meer *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Auflage 2018, GG Art. 9 [Vereinigungsfreiheit] Rn. 175 en D. Hensche, Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, *Arbeitsrecht*, 4. Auflage 2017, GG Artikel 9 [Vereinigungsfreiheit], Rn. 132.

32 Cour de cassation, Chambre sociale 11 januari 2000 N° 97-22.025.

33 Zie ook Hof Amsterdam 24 januari 2008, «JAR» 2008/105 (*NedTrain*) en Rb. Roermond 2 februari 1996, «JAR» 1996/150.

34 Zie in dit verband <https://www.vakbondshistorie.nl/dossiers/de-staking-bij-shell-in-1979/>.

35 Zie in dit verband <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/staking-de-polen-willen-werken~b7ef79ef/>.

36 Kamerstukken II 2012/13, 29407, nr. 170.

37 Zie HR 6 april 1979, NJ 1979/429.

38 Overigens is het verschil tussen die beide normen in de praktijk inmid- dels verwaarloosbaar, zie daaromtrent: S.F. Sagel, ‘Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW?’ (I), *ArbeidsRecht* 2023/11, (II) *ArbeidsRecht* 2023/16 en (III) *Arbeidsrecht* 2023/22.

art. 6 lid 4 ESH, omdat die bepaling een ruime reikwijdte heeft en ook solidariteitsacties daaronder kunnen vallen.³⁹

Voor deelname aan een collectieve actie kunnen in beginsel geen disciplinaire sancties worden opgelegd, althans niet wanneer sprake is van een actie die is uitgeroepen door een erkende vakbond en die nog niet door de rechter is verboden.⁴⁰ Dit toont tegelijkertijd wel aan dat de werkgever, voor het laten verrichten van het werk van stakers door eigen werkwillig personeel, afhankelijk is van de bereidwilligheid van de werkwilligen om dat werk te doen. Een bereidwilligheid die de werkgever overigens, als gezegd, best kan aanwakkeren door bijvoorbeeld een bonus daarvoor toe te zeggen. De werkgever zal het, anders gezegd, moeten hebben van de *carrot*, en niet van de *stick*. Tegelijkertijd toont het voorgaande aan dat het opdragen van het werk van stakers aan werkwillige collega's, bepaald niet vrij van risico's is voor de werkgever. Zo een opdracht kan ertoe leiden dat werknemers die de kant van de vakbond nog niet hadden gekozen, in diens armen worden gedreven en alsnog de keuze maken om zich bij de actie aan te sluiten, zo niet geheel, dan toch deels: te weten door te weigeren het werk van stakers te verrichten. Maar dat maakt tegelijkertijd dat het middel als zodanig het evenwicht op het collectieve strijdtoneel niet onevenredig verstoort. Het betreft hier een bommetje dat ook in het gezicht van de werkgever zelf kan ontploffen en waarvoor dus geldt: *'handle with care'*.

4. Nieuw personeel in dienst nemen om het werk van stakers te verrichten?

In het verlengde van de discussie omtrent de toelaatbaarheid van het inzetten van eigen personeel om het werk van stakers te verrichten – een aanpak die dus in beginsel is toegestaan – komt de vraag op of het een werkgever ook vrijstaat om met het oog op een staking, of tijdens een staking, extra arbeidskrachten in dienst te nemen teneinde het werk van stakers over te nemen. Wij menen dat ook dat de werkgever met een beroep op art. 6 lid 4 ESH, de contractsvrijheid en zijn ondernemersvrijheid vrijstaat, zij het dat de werkgever zich wel zal moeten realiseren dat ook die werknemers, zodra zij in dienst zijn, wel het recht

zullen hebben om actie te voeren.⁴¹ De werkgever zal zich er dus wel, op voorhand, van moeten vergewissen wie hij binnenboord haalt en dat die vervangers daadwerkelijk werkwillig zijn en blijven. Ook kan het in dienst nemen van personeel als tegenactie, teneinde een staking te breken, mogelijk stuiten op de grenzen van art. 6 ESH, wanneer daarmee het recht van de werknemerskant om collectieve actie te voeren, geheel illusoir wordt gemaakt. Verwezen zij naar het toetsingskader dat wij in paragraaf 2 hiervoor formuleerden.

Een aanpak langs deze lijn zal overigens met name interessant, proportioneel en dus gerechtvaardigd kunnen zijn, in gevallen waarin de vakbond door slechts een zeer beperkte groep actiebereide werknemers het werk neer te laten leggen, het hele radarwerk van de werkgever tot stilstand kan laten komen. Gedacht kan worden aan een zogeheten speerpuntactie in een fabriek waarbij een kleine groep actiebereide "operators" die samen slechts één schakel in een hele lange productieketen bemensen, die hele keten kan stilleggen. Of aan een kleine IT-afdeling die, door met één druk op de knop alle schermen op zwart te zetten, een hele organisatie ontregelt. Zeker in dat soort gevallen, waarin de werkgever dan op zijn beurt voor het overeind houden van de productie/dienstverlening slechts een gering aantal vervangers nodig heeft, zouden de kosten van het tijdelijk in dienst nemen van vervangers, het overwegen waard kunnen zijn. Ook valt in zo een geval niet in te zien, waarom het in

39 Zie o.a. A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 242 die hier ons inziens terecht verwijst naar het hiervoor genoemde Enerco-arrest. Zie eveneens: F. Dorsemont, 'Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)', *Ara* 2015/2.3.

40 Zie HR 22 april 1988, *NJ* 1988/952 en daarover, de nog steeds relevante bijdrage van: R.A.A. Duk, 'Wie staakt wordt niet gestraft', *SMA* 1988, p. 535-537. Wel kan de werkgever aan die weigering van de opdracht om het werk van stakers te verrichten, consequenties in de sfeer van de loonbetaling verbinden. Daarop wordt in het tweede deel van deze bijdrage nog teruggekomen.

41 Ook in Duitsland wordt deze aanpak mogelijk geacht: zie K. Bepler, Haupe *Arbeitskampfrecht* / 11,1 *Weiterarbeit mit alten und neu eingestellten Arbeitnehmern*. Bepler, voormalig rechter aan het Bundesarbeitsgericht, merkt daaromtrent het volgende op: '*Der Arbeitgeber kann auch neue Arbeitnehmer einstellen, um bestreikte Arbeitsplätze zu besetzen. Er kann dabei allerdings auf die unterstützende Vermittlung durch die Agentur der Arbeit (nicht) hoffen; sie darf Arbeitslose nicht in unmittelbar von einem Streik betroffene Unternehmen vermitteln. Es ist aber zulässig, mit den anlässlich eines Streiks eingestellten Arbeitnehmern Arbeitsverträge abzuschließen, die nur für die Dauer des Arbeitskampfes gelten sollen*'. Het ILO-Committee on Freedom of Association daarentegen heeft zich negatief uitgelaten over het aannemen van personeel om het werk van stakers over te nemen. Het zou daarbij gaan om een 'ernstige inbreuk' op de vrijheid van vakvereniging, behalve wanneer sprake is van een 'essential sector'. ILO – Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, recommendation: 918, <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en>. Dat lijkt erme te maken te hebben dat in (een aantal van) de zaken, waarop deze aanbeveling zag, sprake was van ontslag van de stakende werknemers, teneinde hen te vervangen door ander werkwillig personeel. Ontslag wegens deelname aan een rechtmatige staking is, naar Nederlands recht, niet mogelijk en – ter vermijding van enig misverstand – ook niet wat wij bepleiten. Bovendien is de volgende aanbeveling van het Committee on Freedom of Association ten aanzien van het inhuren van personeel van buiten de bestaakte organisatie om het werk van stakers over te nemen een stuk genuanceerder: 919: '*If a strike is legal, recourse to the use of labour drawn from outside the undertaking to replace the strikers for an indeterminate period entails a risk of derogation from the right to strike, which may affect the free exercise of trade union rights*'. Hier wordt dus veeleer het *langdurig* inschakelen van externe arbeidskrachten om het werk van stakers over te nemen gezien als een *risico* (risk) op ondermijning van het stakingsrecht dat de vrije uitoefening van vakbondsrechten *mogelijk zou kunnen* (may affect) aantasten. Overigens hebben de beslissingen van dit gremium in de Nederlandse rechtssfeer geen directe werking, evenmin als de verdragen op basis waarvan het zijn oordelen velt.

dienst nemen van een aantal vervangers, dan een onevenredige inbreuk op het actierecht van de werknemers / de vakbond oplevert. Zij hebben er immers, op hun beurt, op ingezet om met een staking van slechts een handjevol actievoerders – en dus: tegen lage kosten voor de stakingskas – grote schade toe te brengen.

Natuurlijk is het – om voor de hand liggende redenen – raadzaam om zulke vervangende werknemers op basis van een tijdelijk contract in te zetten, zodat van hen weer afscheid genomen kan worden zodra de stakers hun werk hervatten. Heeft de werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden, dan zijn de betreffende posities na afloop van de staking dubbel bezet, en zal er dus na afloop van de staking gereorganiseerd moeten worden. De werkgever komt dan van de stakingsregen in de drup van het ontslagrecht terecht. Het lijkt ons overigens in dit verband niet verstandig om in een geval als dit overeenkomsten voor de betreffende bepaalde tijd van ‘de duur van de staking’ aan te gaan, omdat het – zeker wanneer het gaat over een staking over een ondernemings-cao – maar zeer de vraag is of dat eindtijdstip wel voldoende onafhankelijk is van de wil van de werkgever. Die heeft het immers zelf (ten dele) in de hand om de staking te beëindigen.⁴² Overigens zal de werkgever die op zoek is naar tijdelijk vervangend personeel, dat personeel wel zelfstandig moeten werven. Hij kan daarvoor, gelet op het hiervoor genoemde verbod als vervat in art. 3 lid 2 Waadi, geen beroep doen op een arbeidsbemiddelaar. Een alternatief kan zijn om in plaats van op basis van een arbeidsovereenkomst, de betreffende arbeidskrachten rechtstreeks als zelfstandigen, op grond van een overeenkomst van opdracht in te huren. Ook dat verbiedt de Waadi niet en kan eveneens worden gezien als een door het grondrecht op collectieve actie gedekte tegenmaatregel van de werkgever in de collectieve strijd. Maar die aanpak zal de werkgever mogelijk wel weer de discussie opleveren of het contract, achteraf, niet toch als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Overigens doet de werkgever die een oplossing langs deze lijn beoogt er natuurlijk goed aan om de mogelijke vervangers tijdig te selecteren, zodat hij hen ‘achter de hand’ heeft, zodra dat nodig is. Als het wervingsproces nog moet beginnen als de staking losbreekt, is de werkgever vermoedelijk te laat.

5. Externe arbeidskrachten inzetten op het werk van stakers?

Hiervoor is in kaart gebracht dat de werkgever veel armslag heeft om het werk van stakers over te laten nemen door *eigen* werkwillig personeel (of door werkwillige werknemers van een andere groepsmaatschappij) en eveneens om daarvoor tijdelijk nieuwe werknemers in dienst te nemen. Dat alles is niet in strijd met art. 10 Waadi en in beginsel evenmin onrechtmatig of in strijd met de norm van goed werkgeverschap. We gaan nu een stap verder en bezien of de werkgever, ondanks het onderkruipersverbod van art. 10

Waadi, wellicht ook gebruik kan maken van de hulp van de werknemers van *andere* werkgevers (buiten het concern). Of staat het onderkruipersverbod in de Waadi daaraan altijd en per definitie in de weg?

Uitlening binnen de bedrijfstak bij een sectoraal belangenschil

Bij cao-conflicten die zich niet uitstrekken tot slechts één werkgever, maar die betrekking hebben op een gehele bedrijfstak, wordt door vakbonden regelmatig gekozen voor een aanpak waarbij de stakingen specifiek worden gericht op bepaalde bedrijven, terwijl andere ongemoeid worden gelaten. Daar zullen, naar het zich laat aanzien, verschillende redenen voor kunnen zijn. Soms kiest de vakbond voor die strategie omdat hij denkt dat het betreffende bedrijf veel macht heeft binnen de sector en er dus door de staking toe gebracht zal worden om binnen de gelederen van de werkgeversvereniging aan te dringen op een beter bod. Soms zal de vakbond zich ook specifiek richten op bepaalde bedrijven omdat daar een hogere organisatiegraad of actiebereidheid is, dan bij andere bedrijven in de sector. Soms wordt een bepaald bedrijf ‘getarget’ omdat dat veel naamsbekendheid geniet en een actie daar dus veel media-aandacht genereert. En soms zal het ook zo zijn dat de bedrijfsprocessen bij bepaalde bedrijven in de sector zo zijn ingericht dat het daar mogelijk is om zelfs als maar een paar werknemers bereid zijn het werk neer te leggen, veel schade toe te brengen. In al dit soort gevallen wordt de pijn van stakingen die betrekking hebben op een sectorbreed belangenschil niet gelijkelijk, of zo men wil: eerlijk, verdeeld binnen die bedrijfstak, maar neergelegd bij bepaalde werkgevers, die de spreekwoordelijke klappen opvangen voor de hele bedrijfstak.

Het is de vraag of het in een dergelijk geval niet toelaatbaar zou zijn als andere werkgevers in die bedrijfstak, hun bestaakte bedrijfstakgenoot te hulp zouden kunnen komen door aan hem tijdelijk personeel uit te lenen om de acties daar te breken of in elk geval de impact ervan te matigen. Vooropgesteld zij, dat de definitiebepaling van ‘*ter beschikking stellen*’, als vervat in art. 1 lid 1 onder c Waadi, in die zin ruimer is geformuleerd dan de definitiebepaling van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW, dat de terbeschikkingstelling niet hoeft plaats te vinden in het kader van de uitoefening van beroep of bedrijf van de werkgever die personeel ter beschikking stelt. Ook een onderneming die er niet zijn beroep of bedrijf van maakt om personeel uit te lenen, maar incidenteel een groep werknemers ter beschikking stelt aan een bestaakte branchegenoot, valt in zoverre onder de definitie van art. 10 Waadi. Maar dat laat onverlet dat uit de definitiebepaling van art. 1 lid 1 onder c Waadi ook volgt, naar hiervoor is aangestipt, dat van ter beschikking stellen van arbeidskrachten slechts sprake is bij het ‘*tegen vergoeding*’ ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Het lijkt wat ons betreft, gelet op de tekst van de wet, geen twijfel dat daarbij wordt bedoeld op een vergoeding die de inlener betaalt aan de uitlener. Het ‘*tegen vergoeding*’ is immers in de definitiebepaling gerelateerd aan het ter

⁴² HR 8 januari 1952, NJ 1952/243.

beschikking stellen en dat – ter beschikking stellen – doet de uitlener aan de inlener.⁴³ In de rechtspraak is wel eens geoordeeld dat het vereiste dat de terbeschikkingstelling ‘*tegen vergoeding*’ moet plaatsvinden (om sprake te laten zijn van ter beschikking stellen in de zin van de Waadi) niet zou gelden voor ter beschikking stellen in de zin van art. 10 van de Waadi. Dat zou betekenen dat ook terbeschikkingstelling *om niet* onder het onderkruipersverbod valt. Maar die beslissing is wat ons betreft echt niet te rijmen met de wet. De definitiebepaling van ‘*ter beschikking stellen*’ als vervat in art. 1 lid 1 onder c Waadi ziet op het gebruik van die term in de gehele wet, en in de wetsgeschiedenis van de Waadi is nergens expliciet gemaakt dat voor art. 10 een uitzondering zou gelden. Bovendien heeft de Hoge Raad in het *EasyJet*-arrest juist gekozen voor een beperkte uitleg van art. 10 Waadi, waarbij strikt de hand is gehouden aan de beperkingen die art. 1 Waadi naar de letter meebrengen.⁴⁴

Collegiale uitlening aan een bestaakte branchegenoot *om niet*?

Het voorgaande betekent dat wanneer in een bedrijfstak waar een cao-conflict over een bedrijfstak-cao woedt, een werkgever die zelf (nog) niet bestaakt wordt, één of meer van zijn werknemers *om niet* ter beschikking zou stellen aan een andere onderneming in die bedrijfstak waar wel wordt gestaakt, die aanpak niet onder het onderkruipersverbod van art. 10 Waadi valt en dus niet verboden is. Dat lijkt ons ook in die zin de enig juiste conclusie, dat de helpende hand van zo een gratis terbeschikkingstelling van personeel juist kan worden gezien als een uitoefening van het door art. 6 lid 4 ESH gegeven grondrecht – en daarmee als een in beginsel rechtmatige handeling – zowel van de inlenende, maar vooral ook van de uitlenende werkgever. En op laatstgenoemde partij, de uitlener, ziet het onderkruipersverbod.⁴⁵ De uitlenende werkgever tracht met dat hulpbetoon immers invloed uit te oefenen op de uitkomst van het belangengeschil in zijn sector, bij welke uitkomst hij een rechtstreeks belang heeft nu hij, als bedrijfstakgenoot, aan het cao-resultaat gebonden zal zijn. Hij is, zo kan men zeggen, *partij* bij het belangengeschil en juist door de staking bij de andere onderneming af te wenden, kan hij helpen om de positie van de vakbonden in de onderhandelingen over de sector-brede cao te verzwakken zodat daarmee een, vanuit werkgeversperspectief ‘*gunstiger*’ resultaat kan worden afgedwongen. Bovendien kan niet gezegd worden dat de uitlenende werkgever, door op deze manier in te grijpen in het collectieve geschil, daarmee het evenwicht in de collectieve strijd onevenredig verstoort. Hij brengt immers, met die uitlening, zelf ook een financieel offer. Hij

zal immers het loon van de uitgeleende werknemers moeten doorbetalen, zonder dat hij daar zelf een arbeidsprestatie voor ontvangt (anders dan dat hij door zijn ‘bijdrage’ aan het collectieve conflict, profiteert van een gunstiger cao-resultaat). Bovendien neemt de uitlenende werkgever het risico dat de vakbond, in reactie op de uitlening, bij hem ook acties uitroept. Ook de inlener komt, vanzelfsprekend, een beroep toe op art. 6 lid 4 ESH als hij werkwilligen van een branchegenoot inleent. Voor hem is dat een middel om de staking af te wenden en het belangengeschil in de sector, waarvan hij deel uitmaakt, in het voordeel van de werkgeverskant te beslechten.

Het is overigens niet alleen in lijn met de *letter* van art. 10 Waadi, dat een geval als hiervoor beschreven – dus: ‘collegiale’ uitlening *om niet* binnen de sector bij een sectoraal cao-geschil – niet verboden is. Het is ook in lijn met de *geest* van het onderkruipersverbod. Beziet men de wetsgeschiedenis van de Waadi, dan steunt het daarin verankerde onderkruipersverbod in belangrijke mate op rapporten van de SER en de Stichting van de Arbeid die daaraan voorafgingen.⁴⁶ In de memorie van toelichting verwijst de regering uitdrukkelijk naar die rapporten als redengevend voor het handhaven van het onderkruipersverbod, dat eerder al was opgenomen in de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten 1965 en de Wet op de arbeidsbemiddeling 1990.

Als een vakbond er in het kader van een sectoraal cao-geschil voor mag kiezen om bij slechts één of een beperkt aantal werkgevers te gaan staken – en het strijdperk aldus af te bakenen – dan moet de andere kant van die medaille zijn dat de andere werkgevers in de sector, van hun kant niet slechts passief zullen mogen toekijken hoe die strijd afloopt, maar mogen ingrijpen in die strijd

Uit het hiervoor genoemde rapport van de SER, spreekt dat het onderkruipersverbod beoogt goede verhoudingen op de arbeidsmarkt te waarborgen. Zulke goede verhoudingen vereisen volgens de SER dat *intermediairs* die buiten een cao-conflict (in een bepaalde sector) staan en dus geen direct belang hebben bij de uitkomst daarvan, zich niet actief mengen in het verloop daarvan. *Intermediairs* op de arbeidsmarkt dienen zich er derhalve van te onthouden om door het ter beschikking stellen van arbeidskrachten de loop van het conflict dat niet het hunne is, te beïnvloeden.

43 Zie anders: Hof Den Bosch 8 maart 2016, «JAR» 2016/94, waarin het Hof overwoog dat niet aanstonds duidelijk is ‘aan wie’ de vergoeding betaald moet worden.

44 Hof Den Bosch 8 maart 2016, «JAR» 2016/94. Zie ook M. Diepenbach, ‘Gij zult niet onderkruipen’, <https://020ar.wordpress.com/2016/04/07/gij-zult-niet-onderkruipen/>, die terecht de kritische vraag stelt of het Hof met deze uitleg niet op de stoel van de wetgever is gaan zitten.

45 Rb. Oost-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:89; «JAR» 2019/42.

46 Zie daaromtrent M. van den Bergh & F.B.J. Grapperhaus, ‘Het onderkruipersverbod in het Nederlandse recht’, *TRA* 2011/46, alsmede *Kamerstukken II* 1996/97, 25264, nr. 3, p. 12.

den.⁴⁷ In een geval als hier bedoeld, is er geen sprake van dat intermediairs zich bemoeien met een conflict waar zij buiten staan en bij de uitkomst waarvan zij geen direct belang hebben. Er is, integendeel, sprake van een werkgever *in dezelfde sector* als de bestaakte werkgever, die arbeidskrachten uitleent om te helpen een conflict te beslechten waarbij hij zelf ook partij is, althans bij de uitkomst waarvan hij een rechtstreeks belang heeft. Als een vakbond er in het kader van een sectoraal cao-geschil voor mag kiezen om, om hem moverende strategische redenen bij slechts één of een beperkt aantal werkgevers te gaan staken – en het strijdperk aldus af te bakenen – dan moet de andere kant van die medaille zijn dat de andere werkgevers in de sector, die betrokken zijn bij hetzelfde geschil en gebonden zullen zijn aan de uitkomst ervan, van hun kant niet slechts passief zullen mogen toekijken hoe die strijd afloopt, maar mogen ingrijpen in die strijd. Zij zijn ten opzichte van die collectieve strijd immers geen buitenstaanders, maar uiteindelijk richt de strijd binnen de onderneming van hun branchegenoot, zich ook tegen hen. Zij zullen de vruchten van de uitkomst van die strijd immers ook voelen, in de vorm van het cao-resultaat voor de hele bedrijfstak dat de bonden met de staking trachten af te dwingen.

Intra-sectorale collegiale uitlening *om niet* is, gelet op al het voorgaande, in beginsel toelaatbaar als door art. 6 lid 4 ESH gedekt actiemiddel van de bestaakte werkgever en diens ‘helpende’ branchegenoot. Art. 10 Waadi staat er ook niet aan in de weg. De enige mogelijke beperkingen zullen kunnen volgen uit art. G ESH, als zij dringend noodzakelijk zijn ter borging van de daar genoemde rechten en belangen.

Collegiale uitlening aan een bestaakte branchegenoot *tegen vergoeding*?

Maar wat nu, als de werkgever die een in het kader van een sectoraal cao-geschil bestaakte branchegenoot te hulp schiet door een aantal arbeidskrachten aan hem uit te lenen om het werk van stakers over te nemen, wel een vergoeding wil ontvangen voor die uitlening. Is dat per definitie ontoelaatbaar, gelet op art. 10 Waadi?

Allereerst komt de vraag op of hier wellicht art. 1 lid 3 onder c Waadi uitkomst biedt. Ingevolge die bepaling is het ‘*bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk ter beschikking stellen van arbeidskrachten die bij degene die hen ter beschikking stelt, ten behoeve van arbeid in diens onderneming in dienst zijn*’, uitgezonderd van het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in de zin van de wet (en dus ook is onttrokken aan de reikwijdte van het onderkruipersverbod van art. 10 Waadi). Die uitzondering gaat in een geval als dit vermoedelijk niet op. Hoewel

misschien nog wel verdedigbaar is dat de tegen betaling personeel uitlenende werkgever handelt bij wijze van ‘*hulpbetoon*’ aan een bestaakte branchegenoot, kan – wanneer hij dat doet om een belangengeschil in de sector in het voordeel van de werkgeverskant te beslechten – moeilijk worden volgehouden dat hij dat ‘*zonder winstoogmerk*’ doet, zelfs wanneer hij zijn personeel tegen ‘*kostprijs*’ ter beschikking stelt. Dat winstoogmerk zit er nu juist in dat ook de uitlenende werkgever, die niet wordt bestaakt, er financieel rechtstreeks van meeprofiteert wanneer de staking elders (door zijn toedoen) niet aanslaat, waardoor uiteindelijk een voor alle werkgevers in de sector ‘*goedkoper*’ cao-resultaat wordt bereikt. Dat doel van de uitlening kan, vermoedelijk, toch wel als winstoogmerk worden aangemerkt.

Het is echter de vraag of de spreekwoordelijke kous daarmee af is. Als het door een werkgever die zelf partij is bij een sectoraal belangengeschil, tegen betaling uitlenen van personeel aan een in datzelfde geschil bestaakte branchegenoot, gezien moet worden als een uitoefening van het in art. 6 lid 4 ESH vervatte grondrecht, komt namelijk de vraag op of art. 10 Waadi wel verbindend is indien die bepaling in de weg staat aan zo een actie. Art. 6 lid 4 ESH heeft immers directe werking in de Nederlandse rechtssfeer en dat betekent dat daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht daarvoor moeten wijken, althans in lijn met art. 6 lid 4 ESH moeten worden uitgelegd.⁴⁸ Dat betekent dat verdedigbaar is, dat voor zover art. 10 Waadi in de weg staat aan een actievorm die erin bestaat dat een werkgever die partij is bij een sectoraal cao-geschil een bestaakte branchegenoot te hulp komt door *tegen betaling* ‘stakingsbrekers’ te leveren, de bepaling in zoverre strijdig kan zijn met het door art. 6 lid 4 ESH aan de werkgever gegeven actierecht (en dus buiten toepassing moet blijven), te weten: in al die gevallen waarin deze wettelijke beperking van het werkgeversactierecht niet dringend wordt vereist door de door art. G ESH beschermde rechten en belangen. Een genuanceerde blik is hier wel vereist. Zoals hiervoor in paragraaf 2 is aangegeven, kunnen ook de grondrechten op collectief onderhandelen en collectief actie voeren *van werknemers* (verenigd in een vakbond) worden aangemerkt als dergelijke, door art. G ESH beschermde rechten. Dat kan betekenen dat wanneer het op de hiervoor genoemde wijze tegen betaling collegiaal uitlenen van personeel bij een staking een onevenredige inbreuk oplevert op die rechten – bijvoorbeeld omdat het recht voor de vakbond om actie te voeren daarmee geheel illusoir wordt gemaakt – het in art. 10 Waadi vervatte verbod weer *niet* strijdig is met het in het ESH verankerde werkgeversactierecht (omdat laatstgenoemd recht in dat geval *wel* beperkt mag worden op grond van het ESH). We realiseren ons dat dit een nogal theoretisch denkkader is, waarbij de uitkomst vooraf lastig te voorspellen zal zijn. Om die reden zal het voor werkgevers die een sectoraal cao-conflict te lijf willen gaan door onderling personeel uit te lenen om stakingen tegen

47 SER-advies 1994/07, Arbeidsbemiddeling en TBA, p. 31: ‘Het handhaven van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt vraagt dat intermediairs die niet of in mindere mate een rechtstreeks belang hebben bij de uitkomst van het conflict zich niet actief mengen in het verloop van dit conflict. Intermediairs op de arbeidsmarkt dienen zich er derhalve van te onthouden om door bemiddeling en/of het ter beschikking gaan stellen de loop van het conflict te beïnvloeden.’

48 Zie art. 93 en 94 Grondwet; HR 11 december 1992, NJ 1996/229, r.o. 3.3, tweede volzin.

bepaalde bedrijfstakgenoten te breken, de voorkeur hebben om die uitlening zekerheidshalve *om niet* te doen. Die actie-vorm komt in elk geval niet in strijd met art. 10 Waadi.

Tot slot: uitlening vanuit een werkgever die buiten het (sectorale) belangengeschil staat?

We hebben ons tot slot de vraag gesteld of de bovenstaande analyse anders wordt wanneer de werkgever die personeel uitleent aan een bestaakte onderneming buiten het cao-conflict staat, omdat hij – bij een sector-breed cao-geschil – behoort tot een andere bedrijfstak, of omdat het cao-conflict ziet op een ondernemings-cao? Indien de uitlening geschiedt *tegen betaling*, zal die uitlening naar de letter vallen onder het onderkruipersverbod van art. 10 Waadi. De vraag is dan, of het daarin verankerde verbod terzijde kan worden geschoven met een beroep op art. 6 lid 4 ESH, omdat het ter beschikking stellen kan worden gezien als uitoefening door de uitlenende werkgever van zijn werkgeversactierecht. Dat zal in dit scenario meestal niet het geval zijn, simpelweg omdat die werkgever zich er niet op kan beroepen dat die handelwijze gedekt is door art. 6 lid 4 ESH. De uitlenende werkgever is immers in dit scenario geen ‘partij’ bij het belangengeschil waar de staking op ziet en waarin hij zich mengt door het uitlenen van zijn personeel. In uitzonderingsgevallen, zal de uitlenende werkgever zich wellicht desondanks op het standpunt kunnen stellen dat het uitlenen van personeel aan een bestaakte werkgever in een andere sector *wel* onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH valt. Daarbij moet gedacht worden aan het geval dat de uitlenende werkgever partij is bij een *ander* belangengeschil met dezelfde vakbonden, waarbij de uitlening kan worden gezien als ‘secundaire’ actie om die vakbond te bewegen om in dat *andere* geschil water bij de wijn te doen. Principieel valt niet in te zien, waarom vakbonden – naar blijkt uit het *Enerco*-arrest – *wel* met een beroep op art. 6 lid 4 ESH secundaire acties zouden mogen voeren tegen werkgevers die buiten een cao-geschil staan (om op die manier *indirect* druk uit te oefenen op de bestaakte werkgever),⁴⁹ terwijl het werkgevers op grond van diezelfde bepaling principieel niet vrij zou staan om druk uit te oefenen op de vakbond waarmee zij een belangengeschil hebben, door die vakbond in een *ander* belangengeschil de wind uit de zeilen te halen. Valt het uitlenen van personeel tegen betaling aan te merken als door art. 6 lid 4 ESH gedekte actie, dan – zo zouden wij menen – is die actie in beginsel rechtmatig en moet art. 10 Waadi daarvoor wijken, behoudens voor zover die werkgeversactie de toetsing aan de door art. 6 ESH beschermde belangen niet doorstaat. We verwijzen naar hetgeen daarover in de vorige paragraaf is opgemerkt.

Zou de tijdelijke uitlening van personeel door een werkgever die buiten het cao-conflict staat, aan een bestaakte werkgever (in een andere sector) geschieden *om niet*, dan is van schending van het onderkruipersverbod van art. 10 Waadi geen sprake omdat niet is voldaan aan het vereiste dat terbeschikkingstelling *tegen betaling* moet geschieden.

Dan rest de vraag of die uitlening wellicht onrechtmatig is, omdat daarmee door de uitlenende werkgever inbreuk wordt gemaakt op de effectieve uitoefening van het collectief actierecht van de vakbond en/of omdat aldus maatschappelijk onbetamelijk wordt gehandeld. Dat *kan* zo zijn, maar hoeft zeker niet per definitie het geval te zijn. Allereerst kan zich ook hier het scenario voordoen waarin de uitlenende werkgever zich er ter onderbouwing van de gratis uitlening op kan beroepen dat die moet worden gezien als door art. 6 lid 4 ESH gedekte actie omdat de uitlener zelf betrokken is bij een *ander* belangengeschil met dezelfde bonden en de uitlenende werkgever redelijkerwijs kan menen dat de uitlening hem kan helpen in het beslechten van dat eigen belangengeschil.

Een ander actiemiddel dat de bestaakte werkgever heeft, is om niet het werk van stakers door werkwilligen over te laten nemen, maar om het werk als zodanig uit de bestaakte onderneming te halen

Maar ook als daarvan *geen* sprake is, behoeft de uitlening zeker niet steeds onrechtmatig te zijn. De uitlening *om niet* kan, ook als daarmee inbreuk wordt gemaakt op de uitoefening van het stakingsrecht van de vakbond en die uitlening niet zelf gedekt is door art. 6 lid 4 ESH, toch gerechtvaardigd zijn. Er kan zich, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een rechtvaardigingsgrond voordoen. Bijvoorbeeld wanneer de uitlenende werkgever een direct zwaarwegend belang heeft bij beëindiging van de staking bij de andere werkgever, omdat zijn eigen bedrijfsvoering daarvan afhankelijk is (omdat hij toeleverancier of afnemer van de bestaakte onderneming is).

6. Bestaakt werk outsourcen

Een ander actiemiddel dat de bestaakte werkgever heeft, is om niet het werk van stakers door werkwilligen over te laten nemen, maar om het werk als zodanig uit de bestaakte onderneming te halen. Dat kan door het door de staking getroffen werk/de gestaakte productie voor de duur van de staking te verplaatsen naar een ander bedrijfs onderdeel waar niet wordt gestaakt (of waar minder stakingsbereidheid is), in Nederland of daarbuiten, of die productie zelfs uit te besteden aan een ander bedrijf. Op die manier kan de bestaakte werkgever, in elk geval (trachten te) voorkomen dat hij klanten moet teleurstellen en leveringsverplichtingen niet langer kan nakomen, met alle gevolgen voor zijn marktpositie, reputatie en eventuele schadeclaims van dien. Hoezeer de vakbonden ook deze aanpak mogelijk zullen desavoueren als het outsourcen van ‘besmet werk’, valt zo een maatregel, ons inziens, zonder meer binnen het beschermingsbereik van art. 6 lid 4 ESH. Ook hier is, mits binnen de grenzen van art. 6 ESH wordt gebleven, niets mis mee.

49 HR 31 oktober 2014, NJ 2015/252.

Een variant daarop, die wat ons betreft in beginsel eveneens toelaatbaar is, is dat de activiteit die door een staking wordt stilgelegd, wordt uitbesteed aan een andere onderneming, die die activiteit binnen de muren van de bestaakte werkgever gaat verrichten, waarbij de werknemers van de derde die die activiteit overnemen, werken onder diens leiding en toezicht; *contracting* dus. Zeker wanneer een vakbond een zogeheten ‘speerpuntactie’ organiseert, waarbij één bepaald afgebakend en gespecialiseerd bedrijfsproces wordt bestaakt, teneinde daarmee de hele onderneming te ontregelen en tot stilstand te laten komen, terwijl de werkgever zelf geen werkwilleg personeel in dienst heeft dat de juiste ‘papieren’ en/of kwalificaties heeft om het specifieke bedrijfsproces dat wordt bestaakt, in de lucht te houden, kan het tijdelijk *outsourcen* van dat proces een effectief middel zijn om de aldus vormgegeven staking tegemoet te treden. Er zal dan wel sprake moeten zijn van een ‘zuivere’ vorm van *contracting*, waarbij dus leiding en toezicht over het betreffende bedrijfsproces, echt komen te liggen bij de onderneming aan wie dat proces wordt uitbesteed.⁵⁰ In dat geval is namelijk geen sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, als bedoeld in het onderkruipersverbod als vervat in art. 10 Waadi. Van ter beschikking stellen in de zin van die bepaling is blijkens art. 1 lid 1 onder c Waadi immers slechts sprake wanneer de arbeidskrachten aan een derde ter beschikking worden gesteld om ‘onder diens toezicht en leiding’ werkzaam te zijn.

7. Tot (voorlopig) slot

In het eerste deel van dit tweeluik hebben wij ons gebogen over het algemene toetsingskader dat zou moeten gelden voor de rechtmatigheid van werkgeversacties op de voet van art. 6 lid 4 ESH, waarna we hebben onderzocht in hoeverre de werkgever zich tegen stakingen kan verweren

door het werk van stakers te laten overnemen door andere arbeidskrachten, die wel bereid zijn het werk te doen. Daarbij is achtereenvolgens gekeken naar de inzet van werkwilleg die de werkgever (of een andere groepsmaatschappij) reeds in dienst heeft, naar het tijdelijk aanwerven van personeel specifiek met het oog op het afweren van de gevolgen van een staking, naar het inlenen van personeel van een branchegenoot, of zelfs een werkgever buiten de branche, alsmede naar het outsourcen van het werk om onder andermans leiding en toezicht te worden verricht. Wat blijkt, is dat de werkgever hier velerlei mogelijkheden ten dienste kunnen staan; mogelijkheden die tot op heden in de praktijk niet of nauwelijks worden benut. In deel 2 van deze bijdrage ontginnen we het terrein verder. Dan zullen wij de focus leggen op actiemiddelen in de sfeer van beloning, zoals een bonus om staken te ontmoedigen, op uitsluiting en op communicatie als middel in de collectieve strijd. Ook bezien we dan de medezeggenschapsrechtelijke kant van werkgeversacties.

Dit artikel is afgesloten op 1 augustus 2023.

Over de auteurs



Prof. mr. S.F. (Stefan) Sagel

Hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.



Mr. R. (Rik) van Haeringen

Advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.

⁵⁰ Zie HR 19 maart 2021, NJ 2022/115 en Hof Den Bosch 21 augustus 2019, «JAR» 2019/239.