



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het collectieve actierecht van de werkgever (II)

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

Citation

Sagel, S. F., & Haeringen, R. van. (2024). Het collectieve actierecht van de werkgever (II). *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 2024(3), 4-20. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4210290>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4210290>

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

60. Het collectieve actierecht van de werkgever (II)

PROF. MR. S.F. SAGEL EN MR. R. VAN HAERINGEN

Aan het collectieve actierecht van werkgevers is in de Nederlandse doctrine de afgelopen decennia nauwelijks aandacht besteed. Nu vakbonden recent veel naar het collectieve actiewapen hebben gegrepen en exceptioneel hoge looneisen (blijven) stellen, is het nuttig om dat terrein te ontginnen. In dit tweede deel gaan wij verder met het in kaart brengen van de mogelijkheden die de werkgever (op grond van art. 6 lid 4 ESH) heeft om zelf actie te voeren. Daarbij wordt onder meer gekeken naar financiële maatregelen, zoals inhouding van loon en toekenning van bonussen om stakingen te voorkomen of te breken, het machtsmiddel van de uitsluiting en communicatie als wapen in de strijd. Ook wordt de medezeggenschapsrechtelijke kant van dit soort maatregelen gezien.

1. Inleiding

Art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (hierna: ESH) erkent het recht van zowel werknemers als werkgevers om bij een belangengeschil te grijpen naar het wapen van collectieve actie. Aan het collectieve actierecht van de werkgever is in de Nederlandse doctrine de afgelopen decennia weinig aandacht besteed. Dat is, wat ons betreft, een gemiste kans. Werkgevers kunnen bij een collectief geschil, wanneer zij geconfronteerd worden met acties of actiedreiging van de kant van de bonden, zoveel meer dan alleen maar grijpen naar het middel van een kort geding, gericht op een verbod op, of beperking van de acties van de bonden. Zij kunnen ook *zelf* actievoeren. Welke actievormen zijn in dat kader toelaatbaar? En welke grenzen zijn er te stellen aan werkgeversacties? Dat terrein trachten wij in deze bijdrage te ontginnen.

In het eerste deel van dit tweeluik,¹ hebben wij ons reeds gebogen over het algemene toetsingskader dat zou moeten gelden voor de beoordeling van de rechtmatigheid van werkgeversacties op de voet van art. 6 lid 4 ESH. Daarna hebben wij 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 onder meer gekeken naar de inzet van werkwilligen die de werkgever (of een andere groepsmaatschappij) reeds in dienst heeft, naar het – specifiek met het oog op het afweren van de gevolgen van een staking – tijdelijk werven van nieuw personeel, alsmede naar het inlenen van personeel van een branchegenoot, dan wel

een werkgever buiten de branche, en naar het *outsourcen* van het bestaakte werk om dat onder andermans leiding en toezicht te laten verrichten. In deel twee van deze bijdrage onderzoeken wij in de eerste plaats maatregelen en acties in de sfeer van beloning (paragraaf 2). Daarna zullen wij ingaan op de zogeheten uitsluiting (paragraaf 3). Vervolgens bespreken we de medezeggenschapsrechtelijke kant van werkgeversacties (paragraaf 4) en tot slot behandelen we de inzet van communicatie en organisatie als onderdeel van de collectieve strijd (paragraaf 5). Wij eindigen dit tweede deel met enkele afsluitende opmerkingen (paragraaf 6).

2. Maatregelen en acties op het gebied van beloning

Eén van de uitgangspunten van het collectieve actierecht is dat werknemers niet mogen worden gestraft wegens hun deelname aan collectieve acties, in elk geval niet wanneer die acties worden georganiseerd op gezag van een erkende vakbond en zolang als zij nog niet door de rechter in kort geding zijn verboden.² Dat is een logisch gevolg van het feit dat de deelname aan zulke acties moet worden gezien als de uitoefening van een verdragsrechtelijk verankerd grondrecht. Tegenmaatregelen van werkgevers wegens het deelnemen aan een rechtmatige vakbondsactie die in de kern neerkomen op *disciplinaire* maatregelen, zoals demotie en ontslag, zijn niet geoorloofd. Dat betekent echter niet dat de werkgever geen ruimte heeft om zijn werknemers met maatregelen in de sfeer van de beloning te ontmoedigen om actie te voeren.

¹ S.F. Sagel & R. van Haeringen, 'Het collectieve actierecht van de werkgever (I)', *TAP* 2023/6.

² HR 22 april 1998, *NJ* 1988/952, m.nt. Stein, r.o. 3.2. Zie ook R.A.A. Duk, 'Wie staakt wordt niet gestraft', *SMA* 1988, p. 535.

Het in verband met de deelname aan een staking ontnemen van financiële voordelen die actievoerders aan hun dienstverband kunnen ontnemen, levert namelijk niet steeds een ‘disciplinaire straf’ op en kan in bepaalde gevallen juist worden gezien als een door art. 6 lid 4 ESH gedekte werkgeversactie.

2.1 Jullie staken? Wij de loonbetaling staken!

Een eerste tegenmaatregel die werkgevers kunnen inzetten, betreft het stopzetten van de loonbetaling. Werknemers hebben geen recht op loon over de periode waarin zij het werk geheel neerleggen om deel te nemen aan collectieve acties. Dat is, in onze optiek, geen door art. 6 lid 4 ESH gedekt actiemiddel van de werkgever zelf, maar uitsluitend het gevolg dat de (loon)risicoregeling van art. 7:628 BW verbindt aan collectieve acties van werknemers en de bonden. Desalniettemin gaan wij hier toch in op de mogelijkheden om loon in te houden, en wel omdat de looninhouding, hoewel ons inziens als zodanig geen ‘collectieve actie’ in de zin van art. 6 lid 4 ESH, wel een *effectieve maatregel* in de collectieve strijd kan zijn.

Bij alternatieve actievormen, die afwijken van de klassieke werkstaking, wordt in de praktijk niet snel tot looninhouding overgegaan. Dat laat echter onverlet dat het wel kan en vermoedelijk ook in ruimere mate dan werkgevers wellicht denken

In art. 7:628 BW is, kort gezegd, bepaald dat de werkgever ook verplicht is het loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk *niet* heeft verricht, tenzij dat geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Die laatste uitzondering doet zich in ieder geval voor, wanneer een werknemer niet werkt, omdat hij actief deelneemt aan een collectieve actie. Zou de staker het werk *betaald* kunnen neerleggen, dan zou dat – zoals Heerma van Voss het uitdrukt – het evenwicht in de collectieve strijd natuurlijk volledig verstoren.³

Ten aanzien van werkwilligen en hun loonaanspraak bij collectieve acties ligt het antwoord op de vraag of loon kan worden ingehouden, genuanceerder. Uit rechtspraak van de Hoge Raad uit de jaren zeventig van de vorige eeuw volgt dat het afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder in het bijzonder de ‘aard van de actie’ en ‘de omstandigheden waaronder die wordt gevoerd’, of de werkgever het loon van werkwilligen kan inhouden. Bij een reguliere,

door erkende vakbonden uitgeroepen, staking die beoogt om kracht bij te zetten aan de arbeidsvoorwaardelijke eisen van werknemers, zullen niet alleen de stakers zelf, maar ook hun werkwillige collega’s die door de staking geen arbeid kunnen verrichten, hoewel zij daartoe wel bereid zijn, in het algemeen geen aanspraak op loon hebben. De gedachte daarachter is dat ook zij profiteren van de uitkomsten van de staking, terwijl bovendien het evenwicht in de machtsverhoudingen tussen de partijen bij het belangengeschil zou worden verstoord, indien de werkgever wiens onderneming door een dergelijke staking tot stilstand komt, niet alleen de daaruit voortvloeiende schade zou moeten dragen, maar ook nog zou moeten opdraaien voor de lonen van de niet aan de staking deelnemende werknemers. Dat zou vooral bij selectieve speerpuntstakingen, waarbij de vakbonden door een actie bij een beperkt deel van het bedrijf te organiseren, de gehele onderneming tot stilstand weten te brengen, tot onaanvaardbare gevolgen leiden.⁴

Bij een zogeheten ‘wilde staking’, waarbij een beperkt aantal werknemers – buiten de vakbonden om – een protestactie van korte duur organiseert, ligt het anders. Bij zo een staking ligt het meer voor de hand om het niet kunnen werken door werkwilligen te beschouwen als een oorzaak die in de risicosfeer van de werkgever valt, zeker wanneer de werkwilligen ook nog eens als ‘buitenstaanders’ zijn te beschouwen ten opzichte van de groep van wie de wilde actie uitgaat. Daarvan kan sprake zijn als zij niets van doen hebben met de eisen van de actievoerders.

De Hoge Raad heeft benadrukt dat ‘tussenvormen’ tussen de beide ‘types’ acties voorkomen en dat in die gevallen telkens moet worden gekeken bij welke van die twee types de tussenvorm, voor wat betreft de beantwoording van de vraag of werkwilligen aanspraak op loon hebben, beter past. In dit verband kan, bijvoorbeeld, worden gedacht aan – op het oog – ‘wilde stakingen’, waarbij de erkende vakbonden, in plaats van die acties uitdrukkelijk af te keuren en hun leden op te roepen om deze te beëindigen, daar veeleer (in de media) impliciete steun en begrip voor uitspreken. Soms wordt door de vakbonden zelfs impliciet gedreigd of expliciet geschermd met het risico van ‘wilde acties’, als de werkgeverszijde niet doet wat de bonden vragen. Dan laat zich wel de vraag stellen hoe ‘wild’ die acties – als zij vervolgens daadwerkelijk uitbreken – eigenlijk zijn.⁵

Uit een arrest van de Hoge Raad uit 2022 volgt dat de hiervoor besproken rechtspraak van de Hoge Raad uit de jaren zeventig van de vorige eeuw over de aanspraak op loon bij collectieve acties – hoewel gewezen onder de voorloper van de huidige risicoregeling, die nog uitging van het omge-

3 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/124.

4 HR 7 mei 1976, NJ 1977/55, m.nt. Scholten (Wielemaker/De Schelde).

5 Zie bijvoorbeeld de gang van zaken rond de totstandkoming van een sociaal plan bij VDL Nedcar in mei 2023, waarbij de bonden blijkens berichtgeving in de krant in het overleg met de directie hadden geschermd met het uitbreken van wilde acties, als er geen akkoord kwam: <https://www.nrc.nl/nieuws/2023/05/02/wilde-stakingen-dreigen-bij-vdl-nedcar-na-vastlopen-overleg-rond-sociaal-plan-gelopen-a4163584>.

keerde uitgangspunt ‘*geen arbeid, geen loon, tenzij...*’ – zijn werking onder het huidige art. 7:628 BW heeft behouden.⁶

2.2 Gedeeltelijke looninhouding bij alternatieve actievormen

Vermelding verdient hier nog dat collectieve acties van vakbonden natuurlijk niet behoeven te bestaan uit het neerleggen van het werk, zoals het geval is bij stakingen of werkonderbrekingen. De vakbonden staat een veel breder palet aan actievormen ter beschikking en het behoort – zo werd door de Hoge Raad in het *Enerco*-arrest uit 2014 nog eens bevestigd – tot hun prerogatief om te kiezen voor het middel dat hen het meest geraden voorkomt.⁷ Ook langzaamaanacties, stiptheidsacties of publieksvriendelijke acties waarbij wordt doorgewerkt, maar op een manier die ervoor zorgt dat de werkgever daaraan minder of helemaal niet verdient, zoals gratisopenbaarvervoeracties, zijn denkbaar. Ook bij zulke acties kan de werkgever ertoe overgaan om het salaris niet, of niet geheel, uit te betalen. Dat hem dat vrijstaat, heeft de Hoge Raad al in het *NS*-arrest uit 1986 beslist. Een ‘*redelijke wetstoepassing*’ kan er volgens de Hoge Raad toe leiden dat een werkgever die wordt geconfronteerd met personeel dat in het kader van zulke alternatieve collectieve acties ‘*geheel of in telkens wisselende delen niet naar behoren of niet volledig presteert*’ en daardoor zijn bedrijf ontwricht ziet, zijnerzijds tegenover het *gehele personeel* wordt ontheven van zijn verplichting het loon over de betrokken periode volledig door te betalen.⁸ Daaraan voegde de Hoge Raad wel toe dat de vraag ‘*naar welke maatstaf*’ het loon bij zulke alternatieve acties moet worden gekort een ‘*netelige*’ is, en dat dat er in de praktijk toe zal leiden dat werkgevers er de voorkeur aan geven bij collectieve acties die bestaan uit langzaamaanacties en korte werkonderbrekingen maar gewoon door te betalen. Die inschatting van de Hoge Raad van circa veertig jaar geleden getuigt van een vooruitziende blik en komt overeen met ons beeld van de praktijk van tegenwoordig. Bij alternatieve actievormen als deze, die afwijken van de klassieke werkstaking, wordt in de praktijk niet snel tot looninhouding overgegaan. Dat laat echter onverlet dat het wel *kan* en vermoedelijk ook *in ruimere mate* dan werkgevers wellicht denken.

Uit de rechtspraak volgt namelijk allereerst dat bij de beoordeling van de mate van korting *niet* doorslaggevend is welk percentage van de werkzaamheden uiteindelijk nog wel is uitgevoerd door de actievoerende werknemers. Soms kan door maar 5% van de werkzaamheden niet langer uit te voeren, een zeer aanzienlijke schade aan de werkgever worden toegebracht. Wellicht zelfs een grotere schade, dan wanneer de gehele onderneming wordt stilgelegd. Te denken valt bijvoorbeeld aan publieksvriendelijke gratisopenbaar-

vervoeracties, waarbij het openbaar vervoer wel doorrijdt, maar geen kaartjes meer worden verkocht en gecontroleerd. In zo een geval lopen de kosten (van bijvoorbeeld het gebruik van bussen en brandstof) wel door, maar staan daar geen inkomsten tegenover. In een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam uit 2003⁹ waarin werd beslist dat gratisopenbaarvervoeracties als zodanig niet onrechtmatig zijn, gaf het Hof partijen in een overweging ten overvloede mee dat voor hem ‘*buiten redelijke twijfel stond*’ dat bij zo een actievorm, gelet op het belang van de niet-verrichte werkzaamheden en op het daardoor aan de werkgevers toegebrachte nadeel, ‘*een salariskorting van 50% in ieder geval gerechtvaardigd zou zijn geweest*’. In een belangrijke vervolguitspraak uit 2016, die, anders dan de voorgaande zaak, uitdrukkelijk zag op de verschuldigdheid van loon bij een gratisopenbaarvervoeractie, diepte het hof de materie verder uit.¹⁰ Hij besliste in die zaak dat in zo een geval, voor de bepaling van de toe te passen korting, niet alleen gekeken moet worden naar de mate waarin de bedongen arbeid is verricht. De bonden hadden bepleit dat slechts een loonkorting van 5% gerechtvaardigd was, omdat maar 5% van het werk (verkopen en controleren van kaartjes) niet was gedaan, terwijl de werkgevers een percentage van 50% korting hadden toegepast op dagen waarop de gehele dag publieksvriendelijk werd gewerkt en 75% op dagen waarin tijdens de spits publieksvriendelijk en daarbuiten helemaal niet werd gewerkt. Het Hof verwierp de benadering van de bonden en besliste dat de schade die de werkgevers hadden geleden wel degelijk van groot belang is voor de toe te passen korting.¹¹ Sterker nog: de beslissing van het Hof moet zo worden verstaan dat het Hof oordeelde dat *in de onderhavige zaak* de aanzienlijke financiële schade die was geleden *op zichzelf beschouwd* reeds de toegepaste kortingen rechtvaardigde, los van andere gezichtspunten die bij de beoordeling van de omvang van de loonaanspraak in een geval als dit, relevant kunnen zijn.¹²

Wat ons betreft betekent dit niet dat bij de beoordeling van de toe te passen loonkorting uitsluitend de omvang van de schade van de werkgever in aanmerking zou moeten worden genomen. De toets van art. 7:628 BW is, uiteindelijk, een redelijkheidstoets, die een bredere blik op de omstandigheden van het geval vergt. Daarbij zullen – zoals de kantonrechter had beslist in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof uit 2016 –, naast de schade die de werkgever lijdt door de acties, ook andere omstandigheden kunnen meewegen, zoals de mate waarin in het kader van de acties de bedongen arbeid wel en niet is verricht, de aard en vorm van de acties en de aard van de onderneming. Is sprake van een (semi-)publieke werkgever waar een gehele staking tot ingrijpende maatschappelijke gevolgen (voor derden) leidt, dan kan het redelijk zijn om de keuze van werknemers, om ter afwending van die gevolgen te opte-

6 HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*), r.o. 3.1.4. De bewijslast dat de werknemer geen aanspraak heeft op loon, als hij niet werkt, ligt sinds de herformulering van de risicoregeling wel bij de werkgever.

7 HR 31 oktober 2014, NJ 2015/252, m.nt. E. Verhulp; «JAR» 2014/298, m.nt. E.M. Hoogeveen.

8 HR 30 mei 1986, NJ 1986/688, r.o. 3.6.

9 Hof Amsterdam 9 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF2826.

10 Hof Amsterdam 19 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:96.

11 Hof Amsterdam 19 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:96, r.o. 3.13.

12 Hof Amsterdam 19 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:96, r.o. 3.18.

ren voor een actievorm die de maatschappij en die derden ontziet, tot op zekere hoogte te ‘belonen’ met een bepaalde mate van behoud van hun loonaanspraken, ook al lijdt de werkgever aanzienlijke schade door de actie.

Die ‘holistische’ benadering, waarbij de omstandigheden van het geval bepalen in welke mate er bij alternatieve acties, die afwijken van de klassieke werkstaking, gekort mag worden op het loon, maakt het natuurlijk wel lastiger om te voorspellen welke ruimte er in een specifiek geval nu is om tot loonkorting over te gaan. Dat gezegd hebbende, denken wij dat uit de voornoemde uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2016 wel kan worden afgeleid dat de schade die werkgevers lijden door die acties een geschikt vertrekpunt is voor de beoordeling van de mogelijkheden om loon in te houden. En vaak is, met enige creativiteit – en soms ook: zonder die creativiteit – best een duidelijk schadecriterium te vinden, om het uitgangspunt voor een te hanteren korting op te baseren. Te denken valt aan gevallen waarin acties die niet bestaan uit een gehele staking, ertoe leiden dat de productie of de omzet van de werkgever door de acties, voor een bepaald percentage terugvalt. Illustratief in dit kader is de staking bij AkzoNobel in 2014, waarin de productie van chloor, om veiligheidsredenen, niet verder mocht worden teruggebracht dan 40%.¹³ In zo een geval is er een duidelijke en objectieve maatstaf om een uitgangspunt voor de loonkorting op te baseren, waarna aan de hand van andere omstandigheden van het geval nader kan worden bekeken of nog aanleiding bestaat om naar boven of beneden af te wijken.

Van belang is verder dat zowel de uitspraak uit 2003, als de daaropvolgende uitspraak uit 2016, klaarblijkelijk zo verstaan mogen worden dat het Amsterdamse Hof de werkgever die wordt geconfronteerd met alternatieve acties, waarbij het werk niet geheel wordt neergelegd, maar de werkgever wel financiële pijn wordt toegebracht, een zekere beleidsvrijheid gunt om te beoordelen welke loonkorting daarbij hoort. In de eerste zaak overwoog het Hof zonder daaraan veel woorden vuil te maken, dat een korting van 50% in ieder geval gerechtvaardigd was en in de zaak uit 2016 werden de toegepaste – nogal grofmazige – kortingen van 50% en 75% geaccepteerd, zonder dat daaraan nu al te gedetailleerde schadeberekeningen ten grondslag lagen. Hoewel ongelukkig met die uitkomst, hebben de vakbonden afgezien van cassatie. Een vakbondsjuriste van de FNV heeft zich wel eens laten ontvallen dat dat gebeurde omdat men ‘onvoldoende aanknopingspunten’ zag voor een cassatieberoep tegen de door het Hof gehanteerde benadering.¹⁴

Natuurlijk zal de werkgever – bij de huidige bewijslastverdeling van art. 7:628 BW – wel moeten onderbouwen

hoe hij tot het gehanteerde percentage is gekomen, maar de rechter neemt hem daarbij waarschijnlijk niet al te streng de maat. Dat lijkt ons alleen al in die zin terecht – en ook steun te vinden in het NS-arrest – dat de Hoge Raad in die uitspraak uit 1986 heeft vastgesteld dat het een ‘netelige kwestie’ is voor werkgevers om te bepalen welk percentage loonkorting gerechtvaardigd is bij acties die afwijken van het normale type van de gehele klassieke werkstaking, terwijl zulke actievormen wel aanzienlijke schade kunnen opleveren. Wij denken dat bij de beoordeling of de toegepaste korting redelijk is, door de rechter mede acht kan worden geslagen op de vraag of de werkgever – als de actie vooraf door de bonden is aangekondigd – het personeel ook vooraf heeft verwittigd tot welke looninhouding deze zal leiden. Een harde verplichting is dat niet, maar het vooraf verstrekken van zulke informatie duidt wel op zorgvuldigheid van de werkgever en kan dus worden meegewogen bij de beoordeling van de juridische houdbaarheid van het doorvoeren van de korting.

Tot slot merken wij nog op dat de uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2016 ook in die zin van belang is, dat daarin door de vakbonden de stelling was ingenomen dat wanneer sprake is van alternatieve acties – waarin door actievoerders maar een deel van het werk wordt neergelegd zodat de onderneming blijft draaien, zij het met een lelijk verlies voor de werkgever – de werkgever alleen tot gedeeltelijke looninhouding kan overgaan, wanneer hij dat doet ten opzichte van *alle* werknemers. Dat wil zeggen: niet alleen jegens de actievoerders, maar ook jegens de werkwilligen. Het Hof verwierp dat standpunt. Volgens hem volgt uit het NS-arrest niet dat een werkgever in het geval van zulke acties een evenredige korting *moet* toepassen op het loon van alle bij hem in dienst zijnde werknemers. Het staat de werkgever vrij om het werkwillige personeel dat de bedongen arbeid kan verrichten – en dat ook doet –, gewoon geheel uit te betalen. Die benadering lijkt ons juist. In het NS-arrest is niet meer beslist dan dat de werkgever het *recht* heeft om bij alternatieve acties – overigens net als bij klassieke werkstakingen – het loon van werkwilligen *ook* te korten, als zijn bedrijf wordt ontwricht door zulke acties. Een verplichting om, wanneer de actievoerders worden gekort, de werkwilligen ook te korten is er niet.

2.3 Looninhouding; de praktijk

In de praktijk bespeuren wij een zekere terughoudendheid bij werkgevers om bij stakingen en andere actievormen over te gaan tot inhouding van het loon (of een deel daarvan). Werkgevers lijken er doorgaans, zeker wanneer collectieve acties zich nog in de beginfase bevinden en mogelijk van korte duur zijn, voor te kiezen om hun werknemers – dus ook de actievoerders – door te betalen. Dat komt wellicht mede doordat het administratief bewerkelijk kan zijn om nauwgezet bij te houden wie heeft deelgenomen aan de acties en voor welke duur, en daarop een evenredige salariskorting af te stemmen. Een andere reden kan zijn, dat werkgevers bang zijn onnodig olie op het vuur te gieten door loonkortingen door te voeren. Vaak kiezen werkgevers

¹³ V.zr. Rb. Rotterdam 5 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7463.

¹⁴ Zie: Aktie, 25 jaar advocaat in het stakingsrecht, jubileumpublicatie Rudi van der Stege, Sprengers Advocaten, 2016, p. 30/31; https://www.sprengersadvocaten.nl/app/uploads/2021/12/Aktie_25_jaar_advocaat_in_het_stakingsrecht.pdf.

er pas voor om het loon van actievoerders in te houden, wanneer de acties een meer structurele omvang krijgen.

Het is de vraag in hoeverre werkgevers met die terughoudende aanpak een goed signaal afgeven. Als er zonder financiële consequenties actie kan worden gevoerd, zal dat in het algemeen de deelname aan de acties vergroten. Juist door inhouding van het loon ‘*vanaf dag één*’ kan de werkgever laten zien dat het hem menens is, dat hij zich niet wenst neer te leggen bij de eisen van de bonden, dat hij zich daar met de middelen die hem ten dienste staan tegen zal verzetten en dat actievoeren voor de werknemers een prijs heeft. De aankondiging dat vanaf het eerste moment loon wordt ingehouden, kan demotiverend werken en de actiebereidheid verkleinen. In dit verband is van belang te onderkennen dat, ook bij collectieve acties, de eerste klap vaak de spreekwoordelijke daalder waard is. Wordt een actie in de knop gebroken, doordat deze vanaf het begin – om welke reden dan ook – niet aanslaat, dan is dat ‘winst’ voor de werkgever in de collectieve strijd.

Het inhouden van het loon van *werkwillige* werknemers blijft in de meerderheid van de gevallen achterwege. Tot op zekere hoogte is dat begrijpelijk. De gedachte is dat inhouding van het loon bij werkwilligen er juist toe leidt dat ook zij door het achterwege blijven van loonbetaling ‘de staking in worden gejaagd’. Als werkwillige werknemers toch niet betaald krijgen, waarom zouden zij dan nog komen werken en zich niet alsnog bij de bonden aansluiten? Tegelijkertijd moet niet uit het oog worden verloren dat het inhouden van loon bij werkwilligen – en soms zelfs: het enkele dreigen met die maatregel – wel een bepaalde dynamiek in het collectieve strijdperk kan hebben, die (zeker: op de korte termijn) in het voordeel van de werkgever kan werken. Het korten van de loonaanspraken van werkwilligen, die meestal geen lid zijn van de vakbonden die de acties organiseren, kan ertoe leiden dat de werkwilligen druk gaan zetten op de actievoerders om hun eisen bij te stellen in neerwaartse zin. De werkwilligen zien zich immers in een positie geplaatst waarin zij een loonoffer moeten brengen in verband met een collectieve actie waaraan zij niet wensen mee te doen, terwijl de actievoerders onder tussen zelf (in elk geval: deels) vanuit de stakingskas van de bonden worden gecompenseerd voor het verlies van de loonaanspraak. De actievoerders hebben dus minder last van de stakingen dan de werkwilligen. Dat dat tot onrust leidt en de werkwilligen kan aanmoedigen om druk op de stakers te zetten om in te binden, behoeft nauwelijks toelichting. Die druk, zo hebben wij in de praktijk gezien, kan zonder meer effectief zijn. Maar tegelijkertijd moet een werkgever zich wel realiseren dat zo een aanpak wel tot een verwijdering, zo niet animositeit, tussen groepen werknemers kan leiden die langer duurt dan het collectieve geschil. Soms duurt het jaren voordat die wonden geheeld zijn. Dat aspect – dat vanzelfsprekend een nadeel vertegenwoordigt dat lastig in geld is uit te drukken – moet zonder meer ook worden meegewogen.

2.4 Looninhouding; niet alleen het basissalaris

Tot slot zij erop gewezen dat als werkgevers besluiten tot inhouding van het loon, die inhouding niet alleen het basissalaris hoeft te betreffen. De werkgever kan verder gaan dan dat. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2016 vindt bevestiging dat de loonkorting kan worden doorgetrokken naar alle ‘loongerelateerde’ arbeidsvoorwaarden, zoals toeslagen wegens gebroken en onregelmatige diensten, pensioenpremies, vakantiegeld, eindejaarsuitkering, verlofopbouw en arbeidsduurverkortening (ADV). Al die arbeidsvoorwaarden mogen, naar rato van de periode dat niet is gewerkt (en bij een gedeeltelijke looninhouding: ook naar rato van het kortingspercentage dat daarbij hoort), eveneens worden gekort.¹⁵ Op de mogelijkheid om een bonusaanspraak te korten in verband met deelname aan een collectieve actie, komen wij hierna nog separaat terug. Overigens wordt de mogelijkheid om het loon, maar ook de opbouw van arbeidsvoorwaarden zoals vakantieaanspraken, te korten in verband met deelname aan collectieve acties, ook door de toezichthouder op het ESH – het ECSR – als verenigbaar met art. 6 lid 4 ESH gezien. In zijn vijftiende *conclusions* merkte het ECSR in dit verband op:

‘The Committee recalls that a strike suspends the obligation of an employer to pay wages for the period concerned. The deduction from wages cannot exceed the wages equivalent to the duration of the strike. If a strike is prolonged its participants may also lose vacation rights as well as other benefits determined by the length of their term of employment.’¹⁶

2.5 Een bonus om stakingen te voorkomen of te beëindigen?

Een interessante vraag, waarover eerder ook al is geschreven, is of werkgevers met de toekenning of het onthouden van bonussen, stakingen of andere collectieve acties mogen ontmoedigen.¹⁷ Ook dat gebeurt, in onze beleving, in de praktijk weinig terwijl er wel degelijk mogelijkheden voor zijn. Maar een scherpe en genuanceerde blik is wel vereist, want het ene geval is het andere niet, zoals uit de navolgende analyse zal blijken.

¹⁵ Hof Amsterdam 19 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:96, r.o. 3.11.

¹⁶ Zie *Conclusions XV-1* (Finland), zie ook eerder al: ECSR, *Conclusions XIII-1* (1993), France; Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) v. France, Complaint No. 16/2003, Decision on the merits of 12 October 2004, § 63. Wat betreft de WW heeft de Centrale Raad van Beroep evenwel geoordeeld dat een staking geen gevolgen mag hebben voor de hoogte van een WW-uitkering van de stakers. De omstandigheid dat stakende werknemers een lager dagloon hebben en daardoor een lagere WW-uitkering ontvangen, levert een indirecte – en ongeoorloofde – beperking op van het stakingsrecht, aldus de Centrale Raad van Beroep. Ook het tegenwerpen van de wekeneis in de zin van de WW is in strijd met het stakingsrecht, aldus de Centrale Raad van Beroep (zie CrvB 5 april 2017, *USZ* 2017/181, r.o. 4.6 respectievelijk CrvB 16 december 2016, *USZ* 2017/89, r.o. 4.6).

¹⁷ Zie uitgebreider: S.F. Sagel & R.S. van Coevorden, ‘Bonussen voor werkwilligen bij stakingen – geoorloofd actiemiddel, beloning voor extra werk, of ontoelaatbare beperking van het stakingsrecht?’, *SR* 2006, 12.

De terughoudendheid die op dit terrein in de praktijk wordt betracht, heeft er, zoals Van Slooten recent opmerkte, wellicht mee te maken dat de Hoge Raad rond de eeuwwisseling een uitspraak deed over de toelaatbaarheid van ontzegging van een bonus in verband met het plaatsvinden van collectieve acties, waaraan vermoedelijk een te brede interpretatie wordt gegeven.¹⁸ Het ligt voor de hand onze analyse van de mogelijkheden te beginnen met een bespreking van die zaak, waarin de Hoge Raad op 24 september 1999 uitspraak deed.¹⁹

- (i) *Een algemene bonus- of winstdelingsregeling die uitkering in een bepaald jaar afhankelijk stelt van het feit dat niet is gestaakt?*

Het ging in de zaak uit 1999 om een reguliere winstuitkeringsregeling die de verschuldigdheid van één deel van de uitkering voor *alle* werknemers afhankelijk stelde van de voorwaarde dat in het tijdvak waarover de uitkering werd berekend, *geen* staking had plaatsgevonden. De rechtbank had beslist dat door het recht op een deel van de winstuitkering afhankelijk te stellen van het niet staken in het jaar waarop die winstuitkering betrekking had, *op voorhand* financiële druk op de werknemers werd uitgeoefend om geen gebruik te maken van het stakingsrecht, hetgeen gelijkgesteld moet worden met een beperking van dat recht. Zo een (categorische) beperking was volgens de rechtbank niet verenigbaar met de door art. 6 lid 4 en art. 6 ESH toegestane beperkingen en dus onverbindend. In cassatie werd daar tegenin gebracht dat van een beperking van het stakingsrecht geen sprake zou zijn omdat een werknemer bij deelname aan een staking, gelet op de hiervoor besproken risicoregeling van (wat thans is) art. 7:628 BW, ook zijn aanspraak op loon verliest voor de tijd gedurende welke hij de bedongen arbeid niet heeft verricht. De Hoge Raad verwierp deze klacht omdat art. 7:628 BW de verschuldigdheid van het loon slechts uitsluit voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, ‘maar geen betrekking heeft op een geval waarin een winstuitkering als de onderhavige in geval van staking op die enkele grond, *zonder enig verband met de duur van de staking*, aan de werknemer wordt onthouden.’ De uitspraak is ons inziens juist en past naadloos bij het hiervoor genoemde uitgangspunt dat *wie staakt* – of beter: deelneemt aan een door art 6 lid 4 ESH gedekte, rechtmatige actie – *niet wordt gestraft*. Van zo een ‘collectieve straf’ is wel sprake als de werkgever een reguliere bonus- of winstuitkering over het gehele jaar geheel onthoudt, indien in dat jaar gebruik is gemaakt van het door art. 6 lid 4 ESH bestreken collectieve actierecht, maar zonder dat de inhouding is gerelateerd aan de lengte van de staking. Tegelijkertijd maakt de door de Hoge Raad gekozen formulering

(‘*zonder enig verband met de duur van de staking*’) duidelijk dat het in een geval als dit, wel mogelijk is om een winstuitkering of bonusregeling zo vorm te geven dat deze niet wordt uitbetaald over dagen of uren waarop is gestaakt. Anders gezegd: een korting naar rato van het aantal gestaakte dagen of uren is toelaatbaar; zo een beperking is namelijk één-op-één in lijn met de hiervoor besproken risicoregeling.²⁰ Een dergelijke korting kan dan, bij een reguliere arbeidsvoorwaardenstaking door erkende vakbonden, zowel worden toegepast op de stakers, als op de werkwilligen. Maar voor zover de korting verder gaat dan de pro rata inhouding die door art. 7:628 BW gerechtvaardigd is, verschiet die inhouding van kleur van een rechtmatige inhouding op grond van de risicoregeling, naar een ontoelaatbare financiële strafmaatregel achteraf.

- (ii) *Mogen werkwilligen die tijdens een collectieve actie de ‘extra mile’ gaan, daarvoor (achteraf) extra beloond worden met een bonus?*

Een andere vraag is of een werkgever na afloop van, of tijdens een staking een bonus mag toekennen aan werkwilligen die tijdens de collectieve actie *extra inzet* hebben laten zien of door de staking *hinder* hebben ondervonden van stakers. Het is immers denkbaar dat werkwilligen extra arbeid of meer inspanningen dienen te verrichten tijdens collectieve acties, bijvoorbeeld door een lagere bezetting of zelfs onderbezetting als gevolg van actievoerende collega's. Of omdat zij tijdelijk ander, zwaarder, werk gaan doen dan hun gebruikelijke arbeid, omdat zij het werk van stakers overnemen.²¹ Ook kan worden gedacht aan het scenario waarbij stakende werknemers hun werkwillige collega's trachten te beletten het werk uit te voeren of hen zelfs het leven zuur maken met bedreigingen.²² Wij menen dat een dergelijke bonus geoorloofd is, mits de werkgever aannemelijk kan maken dat deze een (redelijke) compensatie vormt voor de extra inzet dan wel het ondervinden van hinder. Het onthouden van die bonus aan stakers is geen straf voor het feit dat zij hebben gestaakt. Het wordt niet een arbeidsvoorwaarde afgenomen waarop zij wel aanspraak hadden gehad als ze niet hadden gestaakt. In dat geval zou het extra werk door de werkwilligen immers niet nodig zijn geweest en zou de bonus aan niemand zijn uitgekeerd. Dat het achteraf, na de staking, toekennen

¹⁸ J.M. van Slooten, ‘Het recht op tegenstaking’, *Ondernemingsrecht* 2023/56.

¹⁹ HR 24 september 1999, NJ 1999/737.

²⁰ Voor de volledigheid: bij alternatieve actievormen die slechts een *gedeeltelijke* looninhouding wettigen, zal bij de inhouding op de bonus of winstuitkering niet alleen met het aantal dagen of uren dat actie is gevoerd rekening moeten worden gehouden, maar ook met het voornoemde percentage aan loonkorting dat over die periode is gerechtvaardigd.

²¹ Zie over de mogelijkheden die de werkgever heeft om werknemers ander werk te laten doen tijdens een staking, deel 1, paragraaf 3, van deze bijdrage (*TAP* 2023/6, p. 15-18).

²² Zie bijvoorbeeld een uitspraak van de kantonrechter Rotterdam van 16 februari 2005 (*RAR* 2005, 47), waarbij een staker aan zijn werkwillige collega een anonieme rouwkaart had gestuurd.

van een bonus aan werkwilligen wegens het verrichten van extra werk of het ervaren van extra belasting tijdens een staking toelaatbaar is, lijkt bevestiging te vinden in een arrest van het Hof Arnhem van 9 augustus 2005, waarin dat Hof oordeelde dat de in die zaak door de werkgever toegekende bonus van € 300 bruto aan niet-stakers *ongeoorloofd* was, *juist* omdat werd vastgesteld dat die bonus *niet* strekte ter beloning voor extra verricht werk.²³

De toekenning van een geldelijke beloning ter compensatie van extra inspanningen of werk, verricht tijdens een staking, lijkt aldus geoorloofd te zijn, met dien verstande dat de bonus dan wel een redelijke en passende compensatie dient te vormen voor de extra inspanning. De werkgever behoort ons inziens wel een zekere beleidsvrijheid te worden gegund om die waarde te bepalen, alleen al omdat het verzetten van het extra werk tijdens de staking een verdergaande ‘financiële tegenwaarde’ voor de werkgever kan hebben dan ‘alleen’ het overeind houden van de productie en de daarmee geboekte omzet. Door met de vereende krachten (en de extra inzet) van de werkwilligen een staking niet of maar deels effect te laten sorteren, vergroot de werkgever zijn onderhandelingskracht aan de cao-tafel, hetgeen een additionele waarde vertegenwoordigt van de door de werkwilligen geleverde extra prestatie. Bovendien – en ook dat speelt mee – zal de waarde van de hinder die werkwilligen van de zijde van actievoerders kunnen ondervinden in verband met het feit dat zij doorwerken tijdens een staking, ook moeilijk nauwkeurig zijn uit te drukken in geld. Terwijl ook dat wel degelijk een extra vergoeding kan wettigen, zeker nu die hinder ook nog geruime tijd na afloop van de actie kan na-ijlen.

- (iii) *Een bonus als door art. 6 lid 4 ESH gedekte werkgeversactie om een staking te breken of te voorkomen?* Vervolgens komt de vraag aan de orde of de werkgever, die zich in het kader van een belangengeschil in de zin van art. 6 lid 4 ESH geconfronteerd ziet met stakingen, wellicht een bonus mag toekennen om zo een staking te *beëindigen*. Of, wanneer in het kader van zo een belangengeschil een staking *dreigt*, te *voorkomen* dat die staking überhaupt uitbreekt en aanslaat. Zoals reeds eerder door Van Coevorden c.s. is bepleit, kan het toekennen of toezeggen van een bonus onder deze omstandigheden worden gezien als een door art. 6 lid 4 ESH bestreken werkgeversactie, die dan ook in beginsel rechtmatig

moet worden geacht.²⁴ Er is immers, in deze setting, sprake van een actueel belangengeschil waarin ook de werkgever zijn macht – en dus ook: zijn *financiële* macht – mag aanwenden om dat geschil in zijn voordeel te beslechten.

Zoals in het eerste deel van onze bijdrage is uitgewerkt, zullen ook door art. 6 lid 4 ESH gedekte werkgeversacties slechts rechtmatig zijn indien zij de toets aan art. 6 ESH, zoals die door de Hoge Raad via de band van art. 6:162 BW is vormgegeven, doorstaan. Dat kan ertoe leiden dat werkgeversacties, onder bijzondere omstandigheden, beperkt of zelfs verboden moeten worden, omdat zij een onevenredige inbreuk maken op de door art. 6 ESH bestreken belangen, het grondrecht op collectief onderhandelen en het recht op collectieve actie van de werknemerskant daaronder begrepen. Maar voor zulk rechterlijk ingrijpen zal bij deze actievorm – het toekennen van een loyaliteitsbonus ter beëindiging of voorkoming van een staking – niet snel aanleiding bestaan. Ons inziens kan zeker niet gezegd worden dat zo een ‘*financiële actie*’ per definitie een onevenredige inbreuk maakt op het actierecht van de werknemers en dus om die reden onrechtmatig zou zijn, wanneer die werkgeversactie ertoe leidt dat een staking doodbloedt of niet van de grond komt.²⁵ Allereerst is hier van belang, dat de rechter de actiemiddelen waarvoor de werkgever kiest, net als de actievorm waarvoor een vakbond kiest, terughoudend heeft te toetsen. De werkgever komt evenzeer beleidsvrijheid toe bij de keuze van het moment en de vorm van zijn collectieve actie.²⁶ Dat betekent ook dat het in beginsel aan de werkgever is om de hoogte van de bonus te bepalen. In de tweede plaats moet bedacht worden dat het enkele feit dat zo’n werkgeversactie succesvol is, en ertoe leidt dat de vakbonden hun eisen niet kunnen afdwingen, op zichzelf geen reden is voor een beperking van het werkgeversactierecht. Dat dat het *gevolg* kan zijn van de inzet van het werkgeversactierecht is immers inherent aan het feit dat de werkgever dat fundamentele recht ook toekomt.²⁷ Daar komt bij dat in de vorm van een ‘bonusactie’, naar zijn aard, een zekere begrenzing, of zo men wil: proportionaliteit besloten ligt. De gemiddelde werkgever zal immers niet bereid zijn om een bonus te betalen die hem meer kost dan (de gekapitaliseerde waarde van) de verbeteringen waar de bonden in het cao-geschil met de werkgever op inzetten. Kort gezegd: als betaling van de bonus duurder is dan toegeven aan de eisen van de bon-

23 Hof Arnhem 9 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU3100, r.o. 3.10. In gelijke zin besliste de Kantonrechter Arnhem in eerste aanleg: Ktr. Arnhem 5 april 2004, «JAR» 2004/153.

24 S.F. Sagel & R.S. van Coevorden, ‘Bonussen voor werkwilligen bij stakingen – geoorloofd actiemiddel, beloning voor extra werk, of ontoelaatbare beperking van het stakingsrecht?’, *SR* 2006, 12. R. Hansma, ‘art. 6 ESH, aant. 2.6.3’, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

25 Vgl. het algemene toetsingskader voor werkgeversacties als beschreven in paragraaf 2 van het eerste deel van deze bijdrage.

26 HR 31 oktober 2014, «JAR» 2014/298.

27 Zie ook in dit verband het eerste deel van deze bijdrage, paragraaf 2, *in fine*.

den, zal de werkgever weinig voelen voor het uitloven van zo'n antistakingspremie. Verder moet niet uit het oog worden verloren dat deze actievorm eigenlijk een beetje lijkt op de 'publieksvriendelijke acties' waarvoor ook de bonden soms opteren: de actie levert de werknemers aan wie de bonus wordt aangeboden, een *voordeel* op; anders dan bijvoorbeeld het geval is bij het hierna te bespreken, veel hardere middel van de uitsluiting.

Tot slot is van belang – in het kader van de beoordeling van de proportionaliteit van dit actiemiddel – dat het uitloven van een anti-actiebonus ook niet geheel zonder risico's is voor de werkgever. Zo kunnen werknemers een dergelijke actie in de wielen rijden door af te spreken dat een aantal van hen voor de bonus opteert en zich werkwilg meldt, terwijl er ondertussen nog genoeg stakers overblijven om de operatie van de werkgever te ontregelen, waarna de 'opbrengst' tussen de werkwilgen en de stakers wordt verdeeld.²⁸ Er zijn, anders gezegd, wel middelen voor de vakbonden om ook bij een actie als deze weer tegenmaatregelen te bedenken, of om weer om te schakelen naar andere actievormen die niet ondermijnd kunnen worden door het aanbieden van een bonus, zoals een secundaire actie bij een klant of toeleverancier van de bestaakte werkgever.²⁹

Hoewel de mogelijkheid voor werkgevers om in het kader van een bestaand cao-belangengeschil in de zin van art. 6 lid 4 ESH bij wege van een door dat artikel gedekte actie een antistakingsbonus uit te loven, al zo'n kleine twintig jaar geleden in de literatuur is verdedigd, lijken werkgevers vooralsnog niet van die mogelijkheid gebruik te maken. Wellicht, zoals Van Slooten heeft opgemerkt, omdat de hiervoor onder (i) genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 24 september 1999 hen op het verkeerde been zet en doet twijfelen aan de toelaatbaarheid van de toekenning van zo een bonus.³⁰ Die twijfel zou niet terecht zijn, want de uitspraak uit 1999 ziet, als gezegd, op een andere situatie. Te weten: op het geval waarin *na afloop van een staking* een reguliere jaarlijkse bonus 'voor straf' aan werknemers wordt onthouden, wanneer in een bepaald jaar een staking heeft plaatsgevonden.

Nu werkgevers in de praktijk vooralsnog geen gebruik lijken te maken van het collectieve actiemiddel van het beloven van een antistakingspremie, mag het geen verbazing wekken dat de Nederlandse rechter zich nog niet over de toelaatbaarheid van zulke acties heeft uitgela-

ten.³¹ Om die reden is het aardig te vermelden – en wellicht ook wel een steuntje in de rug voor werkgevers die overwegen om zo een actie eens uit te proberen – dat het Duitse *Bundesarbeitsgericht* (BAG) in een principiële uitspraak uit 2018 die actievorm als rechtmatige uitoefening van het in Duitsland grondwettelijk geborgde collectieve actierecht van de werkgever heeft omarmd. Het ging in die zaak om een werkgever die, vooruitlopend op stakingen die in zijn bedrijfstak waren uitgeroepen, aan zijn werknemers had laten weten dat zij per stakingsdag waarop zij zouden gaan werken een toch best aanzienlijke *Streikbruchprämie* ter hoogte van € 200 (en bij een latere staking € 100) *per dag* zouden ontvangen, bovenop hun reguliere loon. Een werknemer die wel aan de acties had deelgenomen, vorderde betaling van de premies die 'stakingsbrekers' hadden ontvangen, zich daartoe op het standpunt stellende dat – kort gezegd – sprake was van ongelijke behandeling. Het BAG achtte het een in beginsel rechtmatig actiemiddel ('*Arbeitskampfmassnahme*') om, voorafgaand aan een staking, een bonus toe te zeggen aan werknemers die afzien van deelname aan een staking, teneinde de effecten van die staking te minimaliseren.³² Een werk-

31 In een recente bijdrage lijkt Van der Heijden te suggereren dat nu bij de totstandkoming van het ESH 'vrijwel niet is gesproken' over andere actiemiddelen van de werkgever dan de uitsluiting, zulke middelen – zoals een antistakingsbonus – reeds om die reden niet (of slechts met maximale terughoudendheid) gebruikt zouden mogen worden. Zie P.F. van der Heijden, 'Stakingsrecht en machtsverhouding', *Ondernemingsrecht* 2024/4. Dat lijkt ons geen houdbaar standpunt, alleen al nu de tekst van het verdrag ongeclausuleerd spreekt over het recht 'van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht'; hetgeen dus een ruime, generieke formulering van het collectieve actierecht behelst, die – voor wat betreft de werkgeverszijde – meer omvat dan de uitsluiting en ruimte biedt voor ontwikkeling van andere vormen van werkgeversacties. De hierna te bespreken uitsluiting, is bovendien het meest verstrekende actiemiddel voor de werkgever. Niet valt in te zien waarom werkgevers daartoe dan op grond van art. 6 lid 4 ESH wel zouden mogen overgaan, maar minder verstrekende middelen terzijde zouden moeten laten. Wie het meerdere kan, mag in beginsel ook het mindere. Zie in die zin ook: J.M. van Slooten in zijn naschrift in *Ondernemingsrecht* 2024/5. Bovendien zou de benadering van Van der Heijden ook niet goed te rijmen zijn met het door de Hoge Raad in het *Enerco*-arrest (HR 31 oktober 2014, NJ 2015/252) gekozen uitgangspunt, dat wanneer sprake is van een belangengeschil in de zin van art. 6 lid 4 ESH, de actievoerende partij vrij is in de keuze van het actiemiddel, mits dat middel maar redelijkerwijs kan bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen.

32 BAG, Urteil vom. 14. August 2018 – 1 AZR 287/17, r.o. 20 en 30. Zie ook: <https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2021/01/1-AZR-287-17.pdf>. De werkgever had aan zijn medewerkers, in het kader van een bedrijfstakbrede staking, het volgende bericht doen toekomen: 'Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir erwarten, dass die Gewerkschaft ver. di in unserem Markt zum Streik aufrufen wird. Sollte es in unserem Markt tatsächlich zu einem Streik an einem oder mehreren Tagen kommen und die Verkaufsfähigkeit des Marktes erheblich gefährdet sein, hat T entschieden, allen arbeitswilligen Mitarbeitern und Auszubildenden, die bei einem Streik ihrer regulären Tätigkeit nachgehen und nicht streiken, eine Prämie in Höhe von 200,00 EUR brutto je Streiktag (Vollzeit) (Teilzeit wird stundenanteilig berechnet) auszus zahlen. Ihr Marktleiter wird dokumentieren, dass Sie an Stelle des Streiks gearbeitet haben und meldet dies an die Personalabteilung. Die Streikbruchprämie wird dann im Rahmen der nächsten monatlichen Gehaltsabrechnung ausgezahlt.'

28 Een werkgever die een bonus als deze uitlooft, doet er dus goed aan om die bonus zo te verwoorden dat de aanspraak daarop slechts bestaat als er voldoende werkwilgen zijn om het bedrijf normaal, of tot een bepaald niveau, te laten "doordraaien".

29 Zo'n secundaire actie kan ook gedekt zijn door art. 6 lid 4 ESH blijkens HR 31 oktober 2014, «JAR» 2014/298.

30 HR 24 september 1999, NJ 1999/737.

gever, zo overwoog het BAG, hoeft de gevolgen van een staking niet weerloos over zich heen te laten komen, maar mag met tegenmaatregelen de ontregeling van zijn bedrijf – als gevolg van de staking – tegengaan. In een uitvoerig gemotiveerde uitspraak, merkte het BAG daarbij onder meer op dat het uitloven van een premie als hier aan de orde ook geen naar zijn aard disproportionele maatregel is, nu de werkgever enerzijds financiële offers moet brengen om de maatregel te treffen (hij wordt geconfronteerd met kosten), terwijl de vakbonden anderzijds allerlei middelen ten dienste staan om de effectiviteit van die maatregel te begrenzen, zoals het laten ‘rouleren’ van stakers. Bovendien was de premie niet zo hoog, dat daarvan een dwang uitging om niet te staken.³³ Het BAG overwoog tot slot dat de aangeboden premie ook geen ontoelaatbare inbreuk op het stakingsrecht van de werknemers opleverde, alleen al omdat de premie er niet op was gericht de staking te verbieden – de werknemers waren vrij om te kiezen voor staken of voor werken met de premie – of om de werknemers voor onbepaalde duur van het gebruik van hun stakingsrecht af te houden. Wij zouden menen dat de afweging door de Nederlandse rechter, op grond van het op het ESH gebaseerde toetsingskader, niet anders zou moeten uitvallen.

1. Een loyaliteitsbonus achteraf, enkel vanwege het feit dat niet meegestaakt is?

Van het hiervoor onder (iii) beschreven geval waarin in het kader van een actueel belangengeschil – dus: op een moment dat zo een geschil bestaat – bij wege van uitoefening van het collectieve actierecht van de werkgever een bonus wordt aangeboden aan iedereen die niet meedoet aan een staking, moet het geval worden onderscheiden waarin de werkgever *na afloop* van dat belangenschil een bonus toekent aan alle werknemers die tijdens de stakingen hebben doorgewerkt om hen te bedanken voor hun loyaliteit, maar *zonder* dat die betaling wordt gerechtvaardigd door enige extra inzet, inspanning of hinder die die werkwilligen hebben geleverd, respectievelijk ondervonden. In zo een geval is de toekenning van die bonus niet gedekt door art. 6 lid 4 ESH, omdat zich – op het moment van de toekenning – geen belangengeschil in de zin van die bepaling meer voordoet. Tegelijkertijd is deze ongelijke behandeling tussen stakers en werkwilligen niet gerechtvaardigd door het feit dat de werkwilligen tijdens de acties een extra inzet hebben getoond, die een extra beloning – en in zoverre ‘betere behandeling’ – van de werkwilligen wettigt. De toegekende bonus kan onder die omstandigheden niet anders worden gezien dan als het, zonder rechtvaardiging, slechter behandelen van stakers dan werkwilligen, enkel vanwege het feit dat de stakers van hun door art. 6 lid 4 ESH geborgde recht gebruik hebben gemaakt. Dat is niet toelaatbaar, want als gezegd: wie staakt, wordt niet gestraft. Of, geplaatst in de sleutel van het ESH, in deze setting levert het ont-

houden van de bonus aan stakers een inbreuk op het stakingsrecht op, waarvoor geen rechtvaardiging in de zin van art. 6 ESH te ontwaren valt. Deze situatie valt ons inziens dan ook op één lijn te stellen met het hiervoor onder (i) besproken geval. Overigens kan ook hier weer een aardige parallel worden getrokken met het Duitse recht. In een uitspraak uit 1992 besliste het BAG dat het na afloop van een staking toekennen van een ‘loyaliteitsbonus’ aan werkwilligen als ongeoorloofde ongelijke behandeling kwalificeert, als die bonus enkel wordt onthouden aan bepaalde werknemers omdat zij gestaakt hebben, maar zonder dat de werkgever hard weet te maken dat de werknemers die hebben doorgewerkt tijdens de staking daardoor zijn blootgesteld aan additionele ‘fysieke of psychische belasting’.³⁴ Stakende werknemers die hun bonus zijn misgelopen hebben in zo een geval een vordering op hun werkgever om alsnog betaling van de bonus af te dwingen.³⁵

3. De uitsluiting

De meest vergaande vorm van collectieve actie die in de gereedheidskist van de werkgever zit, is de zogeheten ‘uitsluiting’. Hieronder wordt begrepen het recht van werkgevers om werkwilligen uit te sluiten van het verrichten van werk onder inhouding van hun loon (waarna de bedrijfsactiviteiten van – een bepaald onderdeel van – de onderneming tijdelijk worden beëindigd).³⁶ De werkwilligen worden, anders gezegd, tijdelijk naar huis gestuurd onder mededeling dat aan hun diensten voorlopig geen behoefte bestaat, hoewel zij hun werk op zichzelf genomen best *zouden kunnen* uitoefenen. Van de uitsluiting dient de situatie te worden onderscheiden waarin werkwilligen *ten gevolge van* een collectieve actie van collega-werknemers onvermijdelijk zonder werk komen te zitten, omdat zij hun werk door de acties van de actievoerders feitelijk niet kunnen uitoefenen.³⁷ In uitkomst kan dat scenario echter voor de betrokken werkwilligen hetzelfde zijn, nu de werkgever ook in dat geval meestal gerechtigd is hun loon in te houden. Ook dan zitten zij dus zonder werk en zonder loon.

De gedachte achter de uitsluiting is dat de uitgesloten werknemers, die (anders dan de stakers) best willen werken, door het verlies van hun werk en inkomen druk gaan uitoefenen op hun collega’s die nu juist wel (willen gaan) staken, om dat niet te doen. Hoewel de uitsluiting een effectief middel kan zijn, is de inzet ervan bepaald niet zonder risico’s. De productie komt (nog meer) stil te liggen, met alle risico’s van dien voor de relaties van de werkgever met klanten en/

33 BAG, Urteil vom 14. August 2018 – 1 AZR 287/17, r.o. 32 en 46.

34 BAG, Urteil vom 11. August 1992, 1 AZR 103/92.

35 BAG, Urteil vom 28. Juli 1992 1 AZR 87/92; BAG, Urteil vom 11. August 1992 – 1 AZR 103/92.

36 Zie in dit kader A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 234.

37 M.G. Rood, *Naar een stakingswet*, Deventer: Kluwer 1978, p. 88; L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 130.

of afnemers. Verder zal een uitsluiting ertoe kunnen leiden dat werknemers die voorheen nog welwillend stonden ten opzichte van de werkgever, die sympathie verliezen en juist in de armen worden gedreven van de bonden. Een tweede nadeel betreft de gevolgen voor de onderlinge verhoudingen op de werkvloer. Het behoeft weinig voorstellingsvermogen dat die verhoudingen negatief beïnvloed zullen worden, wanneer de werkgever bewust groepen werknemers tegen elkaar opzet, door middel van uitsluiting. In hoeverre met name het eerste risico zich zal verwezenlijken – te weten: dat de uitsluiting er voor zorgt dat voorheen werkwilligen ‘overlopen’ naar de vakbondskant, waardoor de bond alleen maar aan kracht wint – zal in belangrijke mate afhangen van de vraag in hoeverre de eisen van de bonden als (volstrekt) onredelijk worden ervaren door de werkwilligen en de werkgever (geloofwaardig) het beeld weet op de roepen dat hij ‘niet anders kan’ dan grijpen naar het middel van de uitsluiting. Dat is dus ook een kwestie van effectieve communicatie in de collectieve strijd, waarop we hierna nog terugkomen.

Er wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen de zogeheten ‘defensieve’ uitsluiting en de ‘offensieve’ uitsluiting.³⁸ Een defensieve uitsluiting is een tegenmaatregel van de werkgever, in reactie op wat men een ‘onvolledige’ staking zou kunnen noemen. Zo’n onvolledige staking doet zich bijvoorbeeld voor als niet alle werknemers in een onderneming staken, maar slechts een deel van hen. Te denken valt aan het geval dat bij een supermarktketen de medewerkers van een distributiecentrum staken, maar de vrachtwagenchauffeurs en het winkelpersoneel niet. Een defensieve uitsluiting kan er dan in bestaan dat de werkgever de winkels sluit en het winkelpersoneel en de chauffeurs naar huis stuurt. Maar ook bedrijfstak-breed kan sprake zijn van een ‘gedeeltelijke’ staking, te weten: wanneer de vakbonden bij een geschil over een bedrijfstak-cao slechts in een beperkt aantal ondernemingen tot een staking oproepen.³⁹ Niet-bestaakte werkgevers kunnen er dan voor kiezen hun deuren te sluiten om zich solidair te verklaren met bestaakte collega-werkgevers.⁴⁰ Zo een gezamenlijke werkgeversactie vergt een gecoördineerde aanpak waar (nagenoeg) alle werkgevers in de bedrijfstak mee dienen in te stemmen. Werkgevers moeten daarbij bereid zijn het concurrentievoordeel dat zij hebben doordat een branchegenoot wordt bestaakt, terwijl zij zelf niet worden bestaakt, op te geven.

De offensieve uitsluiting gaat nog een stap verder. In dat geval sturen werkgevers het personeel naar huis en staken

zij de loonbetaling in het kader van een belangengeschil *proactief*, dat wil zeggen: voordat de vakbonden überhaupt stakingen hebben uitgeroepen (of zulke stakingen zijn uitgebroken). Bij een offensief optreden nemen werkgevers feitelijk het initiatief en ontketenen zij als het ware een collectief conflict, terwijl de defensieve uitsluiting in wezen neerkomt op een tegenstaking die als reactie op een collectieve actie van werknemers moet worden gezien.

In de Nederlandse praktijk wordt het middel van de uitsluiting de afgelopen decennia niet of nauwelijks gebruikt.⁴¹ Er is wel enige oudere feitenrechtspraak waarin is bevestigd dat uitsluiting naar Nederlands recht toegestaan kan zijn, maar die rechtspraak dateert van ruim voor de aanvaarding van het collectieve actierecht door de Hoge Raad op grond van art. 6 lid 4 ESH, zodat de betekenis van die uitspraken beperkt is.⁴² Hij is niet gewezen onder het huidige toetsingskader, zoals dat volgt uit het NS-arrest, gelezen in samenhang met de recentere *Enerco*- en *Amsta*-arresten. Toch lijkt het weinig twijfel dat het middel van de uitsluiting ook onder de vigeur van dat toetsingskader in beginsel rechtmatig is.⁴³ Het ECSR heeft verschillende keren bevestigd dat de uitsluiting onder het actierecht van art. 6 lid 4 ESH valt.⁴⁴ Sterker nog: het ECSR heeft in dat kader benadrukt dat de uitsluiting voor werkgevers ‘*the main form of collective action*’ is.⁴⁵ Ook de *International Labour Organization* (ILO) erkent het recht van werkgevers tot uitsluiting. In een zogeheten *joint statement* van de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers in de ILO wordt het recht op collectieve actie over en weer erkend; voor werknemers de staking, en voor werkgevers de uitsluiting.⁴⁶

De heersende leer in de – op dit punt: beperkte en groten-deels (ver)oude(rde) – Nederlandse doctrine is dat de defensieve uitsluiting in beginsel toelaatbaar is, terwijl de offensieve uitsluiting vrijwel nooit de toets der kritiek zal kunnen doorstaan. Die opvatting lijkt ons – in grote lijnen – nog steeds juist, ook als daarop het huidige toetsingskader wordt losgelaten.

38 Zie uitvoerig: P. Zonderland, *Recht en plicht bij staking en tegenstaking*, Deventer: Kluwer 1974, p. 239 e.v.

39 A.G. Maris, ‘Offensieve uitsluiting’, *SMA* 1983, p. 732-734.

40 Ook wel ‘solidariteitsuitsluiting’ genoemd, zie L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 130.

41 Van Slooten merkt op dat de uitsluiting de afgelopen vijftig jaar niet meer lijkt te zijn toegepast; J.M. van Slooten, ‘Het recht op tegenstaking’, *Ondernemingsrecht* 2023/56.

42 Zie onder andere Rb. Haarlem (pres.) 12 maart 1946, *NJ* 1946/198 en Hof Amsterdam 23 januari 1947, *NJ* 1947/725.

43 Zie ook: P.F. van der Heijden, ‘Stakingsrecht en machtsverhouding’, *Ondernemingsrecht* 2024/4, die zeer kritisch is op de mogelijkheden van collectief actievoeren door werkgevers, zoals onder meer in (het eerste deel van) deze bijdrage beschreven, maar nu juist de meest verstrekkende vorm van werkgeversactie – de uitsluiting – als wel aanvaardbare werkgeversactie beschouwt.

44 Zie ECSR, Conclusion I 1969, p. 38-39. Zie ook: L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 182; L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 65-66.

45 Conclusion I, 39. Zie ook: F. Pennings, *Social Responsibility in Labour Relations: European and Comparative Perspectives*; L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 126.

46 *Final Report of the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and the Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), in relation to the right to strike* (rapport van 23-25 februari 2015, TMFAPROC/2015/4), Genève.

3.1 Offensieve uitsluiting...

Vooropgesteld zij, dat ons inziens niet valt in te zien waarom de offensieve uitsluiting principieel buiten de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH zou vallen.⁴⁷ Is sprake van een belangengeschil in de zin van art. 6 lid 4 ESH, dan zal de werkgever ook *vooruitlopend* op eventuele acties van de werknemerskant, maatregelen kunnen nemen om zijn positie in het overleg te versterken en de door hem wenselijk geachte uitkomst af te dwingen. Een offensieve uitsluiting is dus, bij een belangengeschil, gedekt door art. 6 lid 4 ESH. Dat laat echter onverlet dat zo een offensieve uitsluiting vermoedelijk maar heel zelden, zo niet vrijwel nooit, de daarop volgende art. G ESH-toets zal kunnen doorstaan. Bij die beoordeling komt het immers, zoals in paragraaf 2 van het eerste deel van deze bijdrage is beschreven, aan op een proportionaliteits-toets, waarbij moet worden bezien of het gekozen middel geen onevenredige inbreuk maakt op de door dat artikel geborgde belangen, zoals de rechten van derden, de openbare orde, de nationale veiligheid en de volksgezondheid. Bij die toets komt het aan op een afweging van de belangen die betrokken zijn bij de uitoefening van het collectieve actierecht, tegen de daardoor geschade belangen en rechten. Bij deze afweging moet worden gekeken naar de aard en de duur van de actie, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de partij tegen wie de actie zich richt of van 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. In verreweg de meeste gevallen zal die toets in het nadeel van de offensief uitsluitende werkgever uitvallen. In de eerste plaats is in dit verband de aard van het gekozen middel van belang. Een uitsluiting is het meest zware wapen dat de werkgever kan aanwenden. Waar het de aard van de belangen betreft die door de inzet van dat wapen worden geschaad, geldt het volgende. Nog los van eventuele veiligheids- of milieureisico's die – afhankelijk van de sector waarin de uitsluiting plaatsvindt – het stilleggen van een onderneming door een uitsluiting kan hebben, en nog los van de schade die klanten van de werkgever daardoor kunnen ondervinden, brengt de inzet van dat wapen hoe dan ook zware schade toe aan het belang van de betrokken werknemers om met hun werk in hun levensonderhoud te voorzien.⁴⁸ En niet alleen in hun eigen levensonderhoud overigens, maar ook in dat van de familieleden waarvoor zij de financiële zorg dragen. Dat zijn, maatschappelijk gezien, zwaarwegende belangen. En waar men wat de schade van de door de uitsluiting getroffen werknemers betreft nog kan tegenwerpen dat die schade op zichzelf niet doorslaggevend behoort te zijn, omdat het toebrengen van zulke schade aan de 'tegenpar-

tij' nu eenmaal inherent is aan een door art. 6 lid 4 ESH gedekte actie, geldt zulks voor de familieleden van de door de uitsluiting geraakte werknemers niet.⁴⁹ Zij zijn, bij zo een actie, zuivere derden en worden door de gevolgen van de uitsluiting wel degelijk geraakt. Bij dat alles komt – en ook dat is een belangrijk gezichtspunt – het *ultimum remedium*-argument. Dat criterium is weliswaar, zo weten wij sinds het *Amsta*-arrest, geen zelfstandige rechtmatigheidsvoorwaarde voor een door art. 6 lid 4 ESH gedekte actie meer, maar wel een gezichtspunt binnen de proportionaliteits-toets op grond van art. G ESH. Bij een offensieve uitsluiting zet de werkgever zijn allerzwaarste wapen in feite in op een wel heel vroeg moment, te weten: als de vakbond en de werknemers nog niet eens zijn begonnen met staken. Het *belang* van de werkgever bij de inzet van het paardenmiddel is dus, op dat moment, (op zijn best) overzichtelijk: of de vakbond een staking gaat organiseren, en in gevallen waarin de vakbond daartoe wel al heeft opgeroepen: of die aangekondigde actie aanslaat, is bij een offensieve uitsluiting nog maar de vraag. Bovendien zijn minder 'pijnlijke' actievormen denkbaar: waarom niet eerst proberen om acties van de bonden op voorhand, proactief, te ondermijnen met het uitloven van een stevige loyaliteitsbonus voor iedereen die afziet van meedoen aan stakingen? Al met al denken wij dat de rechter, wanneer hij de offensieve uitsluiting legt langs de lat van het *Enerco/Amsta*-toetsingskader, zo een actie slechts in de meest uitzonderlijke gevallen gewettigd zal achten. Het komt neer op het inzetten van het allerzwaarste wapen, op inzet van de 'nucleaire optie', voordat de tegenstander van zijn kant überhaupt maar één schot heeft gelost, en dat met zeer verstrekkende impact op zwaarwegende belangen van derden die geheel buiten het belangengeschil staan. Wie dat meent te mogen doen, moet met hele sterke argumenten komen.

3.2 ... en de defensieve uitsluiting

Dat brengt ons op de defensieve uitsluiting. In de meest recente druk van zijn handboek over het collectieve arbeidsrecht, heeft Jacobs de vraag opgeworpen of dat middel de komende tijd niet weer meer in de schijnwerpers zal komen te staan door de creatieve manieren waarop vakbonden actievoeren.⁵⁰ Te weten: vaak niet meer met klassieke werkstakingen, waarbij de gehele organisatie het werk neerlegt, maar veeleer met actievormen waarin maar een deel van het personeel wordt opgeroepen te staken, maar op die

47 Zie A.G. Maris, 'Offensieve uitsluiting', *SMA*, 1983, p. 726-742. Bijgevalen door L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 137. Zie ook H.L. Bakels, 'De uitsluiting en het collectief overleg over arbeidsvoorwaarden', in: W. Breemhaar & T.R. Hidmal (red.), *Samenleven, samenwerken. Henriquez-bundel*, Deventer: Kluwer 1983, p.19.

48 Zie ook L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 129.

49 Bij een staking van vakbondszijde kan sedert het *Amsta*-arrest binnen de art. G ESH-toets ook rekening worden gehouden met schade van de bestaakte werkgever zelf, al zal ook daar dat schade-aspect niet snel tot een beperking leiden, nu de kern van het stakingsrecht juist het toebrengen van schade is. Zie M. Diepenbach, 'Stakingsrecht anno 2023: is er nog nieuws onder de zon?', *ArbeidsRecht* 2023/52, die constateert dat de lagere rechtspraak daarmee in lijn is. Zie ook: B. Barentsen, 'Staken na Enerco en Amsta; Schets van de stakingsjurisprudentie vanaf 2014', *ArbeidsRecht* 2017/36. Werkgeversschade kan wel 'vol' meetellen in de art. G ESH-toets, wanneer de staking zich weliswaar keert tegen de werkgever, maar zich richt tegen overheidsbeleid. De werkgever is dan een 'gewone derde'.

50 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 234.

manier wel – en dus: met inzet van relatief beperkte middelen – de organisatie van de werkgever geheel wordt ontregeld, of zelfs tot stilstand komt. Of waardoor een situatie wordt gecreëerd waarin de onderneming weliswaar doordraait, maar de werkgever zijn verdienmodel ondermijnd ziet, zoals bij de gratisopenbaarvervoeracties.

De vraag is of het voor de werkgever in de meeste van deze gevallen wel *nodig* is om te grijpen naar het middel van de defensieve uitsluiting. Veel zal, juist bij dit soort creatieve vakbondsacties, kunnen worden opgelost met een beroep op art. 7:628 BW, zonder dat de werkgever hoeft terug te grijpen op het actiemiddel van de defensieve uitsluiting. Is sprake van een door erkende vakbonden uitgeroepen speerpuntactie waarbij de vakbond door één schakel in de productieketen te bestaken, de *gehele onderneming* weet stil te leggen, dan behoeft de werkgever de werkwillige werknemers die andere schakels in de keten bemensen, niet defensief uit te sluiten om zich van zijn loonbetaling jegens hen te ontdoen. Zij kunnen ten gevolge van de actie het werk niet doen en verliezen dan in lijn met de hiervoor in paragraaf 2 besproken uitgangspunten in beginsel hun aanspraak op loon. Beroept de werkgever zich daarop, dan zullen de werknemers vermoedelijk reeds om die reden niet meer op het werk verschijnen. Een defensieve uitsluiting is daarvoor niet nodig, met als voordeel dat de werkgever niet hoeft uit te leggen dat aan de door art. 6 lid 4 jo. art. G ESH gestelde eisen voor een werkgeversactie is voldaan. Een bijkomend voordeel voor de werkgever van die aanpak is, dat hij de ‘schuld’ voor het verlies van de loonaanspraak in de richting van de werkwilligen, één-op-één bij de vakbond kan leggen.⁵¹ Het verlies van hun aanspraak op loon is het gevolg van de vakbondsacties die maken dat zij, hoewel werkwillig, hun werk niet meer kunnen doen; het is niet het gevolg van het feit dat de werkgever hen heeft uitgesloten.⁵² Ook op acties waarbij een *deel* van de werkzaamheden wordt neergelegd – zoals bij de hiervoor besproken gratisopenbaarvervoeracties – of bij acties waarbij wel voltijds wordt doorgewerkt maar, bijvoorbeeld, de productie met een bepaald percentage wordt teruggeschroefd, kan de werkgever via de band van art. 7:628 BW reageren met procentuele loonkortingen voor het *gehele personeel*, zonder dat hij daarvoor werknemers actief hoeft uit te sluiten.

Een defensieve uitsluiting is, anders gezegd, eigenlijk pas van toegevoegde waarde op het moment dat de werkgever verder wil gaan met het inhouden van loon, dan de van vakbondszijde georganiseerde acties – het in art. 7:628 BW bepaalde in aanmerking genomen – wettigen aan verval van loon ook bij de werkwilligen.⁵³ Te denken valt aan gevallen

waarin de vakbonden één fabriek van de werkgever bestaken, terwijl andere productielocaties ongemoeid worden gelaten. Of waarbij één productielijn wordt bestaakt, terwijl de andere lijnen – in dezelfde fabriek – blijven doordraaien. In dat soort gevallen zal de werkgever, wil hij druk zetten door het inhouden van loon bij werknemers die werkzaam zijn bij die andere fabrieken, respectievelijk productielijnen, ten aanzien van hen een defensieve uitsluiting moeten toepassen. Zij zijn immers werkwillig en kunnen hun werk, ondanks de staking elders in de onderneming, ook ongestoord op de reguliere wijze blijven uitoefenen. Voor een loonkorting enkel op grond van art. 7:628 BW als uitvloeisel van de staking die elders in de onderneming plaatsvindt, lijkt dan geen ruimte te bestaan.

Een defensieve uitsluiting kan ook toegevoegde waarde hebben als de werkgever zich ten gevolge van de vorm van de acties van de vakbonden, slechts *ten dele* bevrijd ziet van zijn loonbetalingsplicht, zoals bij de hiervoor genoemde publieksvriendelijke acties, of bij acties waarbij de productie terug wordt gebracht met een bepaald percentage. Wil de werkgever zich bij zulke acties van zijn *gehele* loonverplichting ontdoen, dan zal hij in reactie op de actie die de vakbonden hebben georganiseerd, over moeten gaan op een defensieve uitsluiting. De onderneming, of het deel van de onderneming waarop die uitsluiting ziet, komt dan geheel tot stilstand en de werkgever is dan van zijn gehele loonverplichting ontheven (ervan uitgaande dat die uitsluiting de toetsing aan art. G ESH kan doorstaan).⁵⁴ Te denken valt aan het – toegegeven: nogal hypothetische – geval van het vervoerbedrijf dat in reactie op een gratisopenbaarvervoeractie, het gehele door hem verzorgde vervoer stillegt.⁵⁵

Ook bij de beantwoording van de vraag of zo een defensieve uitsluiting gewettigd is, zal het – ervan uitgaande dat zo’n actie inderdaad valt onder art. 6 lid 4 ESH, hetgeen ons moeilijk betwistbaar lijkt – weer aankomen op de hiervoor reeds verschillende keren besproken proportionaliteitstoets op basis van art. G ESH. Een defensieve uitsluiting kan die toets ons inziens onder omstandigheden best doorstaan. De omstandigheden van het geval zullen daarbij beslissend zijn en algemene regels zijn niet te geven. Maar ook hier laten de door de Hoge Raad in het *Amsta*-arrest

51 De bewijslast rust in dit geval wel op de werkgever.

52 Een interessante vraag is daarbij nog wel, of de werknemers de werkgever in zo een geval niet kunnen tegenwerpen dat hij maar vervangende werknemers op het werk van de stakers had moeten zetten, zodat de productie hervat had kunnen worden.

53 L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 131 en 133.

54 Zie ook L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag: Sdu 1996, p. 113, waarin een citaat van Bakels wordt aangehaald. Hoewel Bakels zich beperkt tot werknemers die deelnemen aan de staking, kan volgens Bakels een stiptheidsactie door uitsluiting worden getransformeerd in een ‘normale’ werkstaking, waardoor de werkgever wordt bevrijd van loondoorbetaling.

55 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 223. Jacobs noemt bij wijze van voorbeeld het geval waarin de NS naar aanleiding van estafettetakingen door het land, het gehele treinverkeer in het gehele land stillegde, hetgeen hij – klaarblijkelijk – als uitsluiting beschouwt. Het is de vraag of dat klopt. Als de dienstregeling van NS, mede in verband met de belasting van het spoornetwerk, zo complex is dat estafettetakingen het treinverkeer in het gehele land zodanig ontregelen dat het treinverkeer niet meer verantwoord overleind te houden is, is het stilleggen van dat treinverkeer geen gevolg van uitsluiting door NS, maar van de acties van de bonden.

geformuleerde gezichtspunten zich weer prima toepassen om maatwerk mogelijk te maken. Het maakt nogal uit of de werkgever op een eerste korte werkonderbreking van de bonden op één productielijn in één van zijn vijf fabrieken reageert met een algehele uitsluiting van het gehele personeel van alle fabrieken voor onbepaalde tijd, of dat hij nadat er een week is gestaakt op een bepaalde productielijn, de medewerkers van één andere productielijn – waarvan hij weet dat zij het niet eens zijn met de actievoerders –, ook voor twee dagen zonder beloning naar huis stuurt om hen te stimuleren om maar eens ‘verhaal te halen’ bij hun stakende collega’s, of bij de vakbond. In zijn algemeenheid kan waarschijnlijk wel gezegd worden, dat het *ultimum remedium*-gezichtspunt dat – zoals we hiervoor zagen – bij een offensieve uitsluiting binnen de art. 6 ESH-toets in sterke mate vóór een verbod op de actie spreekt, zulks bij de defensieve uitsluiting in het algemeen in mindere mate zal doen. Bij de defensieve uitsluiting zijn de onderhandelingen immers al geklapt en hebben de bonden al collectieve actie ondernomen, de uitsluiting is daarop slechts een reactie. Van belang is voorts, dat ook bij de beoordeling of de defensieve uitsluiting de art. 6-toets doorstaat, niet alleen de schade die de uitgesloten werknemers (en degenen die van hen financieel afhankelijk zijn) door die actie lijden, kan worden betrokken. Als vakbonden in rechte tegen (de rechtmatigheid van) zo’n actie willen opkomen, zullen zij zich daarbij, ons inziens, ook kunnen beroepen op de belangen van derden, zoals klanten van de werkgever die het middel van de uitsluiting toepast, alsmede op de overige door art. 6 ESH geborgde belangen. Net als dat omgekeerd ook het geval is, als de werkgever in rechte opkomt tegen een staking van de vakbond.

3.3 De aanspraak op loon bij uitsluiting

Dat brengt ons op de vraag hoe het eigenlijk zit met de aanspraak op loon van werkwillige werknemers, die in verband met een uitsluiting hun werk niet meer kunnen doen. Van Slooten stelt in een recente bijdrage, dat dat ‘onzeker’ zou zijn in het licht van art. 7:628 BW.⁵⁶ Hij heeft daar in die zin gelijk in dat richtingwijzende rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt. Maar over de uitkomst waartoe zou moeten worden gekomen, zou die vraag ooit bij de cassatierechter belanden, zijn wij minder onzeker. Moet worden geoordeeld dat de uitsluiting een rechtmatige uitoefening van het door art. 6 lid 4 ESH erkende actierecht van de werkgever is, dan hoort daarbij dat de loonaanspraak van de uitgesloten werknemers voor de duur van de actie vervalt; dat is immers inherent aan de rechtmatige uitoefening van dat collectieve actiemiddel. Zoals Zonderland dat in 1974 al treffend tot uitdrukking bracht: van stakers wordt ook niet verwacht dat zij ‘remplacanten aan de bestaakte werkgever aanbieden’ om de effecten van de staking teniet te doen.⁵⁷ Net zo min kan dan van de via

uitsluiting actievoerende werkgever verlangd worden het loon aan de uitgesloten te betalen, want dan is de financiële prikkel waar het met de uitsluiting nu juist om te doen is, tenietgedaan. Uitsluiting krijgt dan het karakter van betaald verlof en van wat extra betaalde vrije tijd voor werkwilligen zal weinig stimulans op hen uitgaan om druk te zetten op actievoerders om de staking te beëindigen. Is sprake van een rechtmatige uitsluiting, dan valt het niet-verrichten van de arbeid in de risicosfeer van de betrokken werknemers, die het (tijdelijke) verlies van hun loonaanspraak zullen moeten accepteren als gevolg van de rechtmatige uitoefening door de werkgever van zijn door art. 6 lid 4 ESH geborgde grondrecht. Doorstaat de uitsluiting de toetsing aan art. 6 ESH evenwel niet, dan kan de werkgever zich voor de looninhouding niet beroepen op art. 6 lid 4 ESH. Partijen vallen dan terug op de door de Hoge Raad in het *Van der Gulik*-arrest ontwikkelde regel dat een op non-actief gestelde werknemer zijn recht op loon behoudt.⁵⁸ Alleen bij een *rechtmatige* uitsluiting – zo kan men het ook zeggen – moet de regel uit dat arrest wijken voor de directe werking van art. 6 lid 4 ESH. Daarbij zij overigens opgemerkt dat voor zover een werknemer zijn loonaanspraak reeds voorafgaand aan een uiteindelijk onrechtmatig bevonden uitsluiting deels was verloren ten gevolge van een staking die de vakbond had georganiseerd, hij zijn loonaanspraak voor dat deel ons inziens niet terugkrijgt vanaf het moment van de uitsluiting. De primaire oorzaak voor het niet verrichten van dat deel van de arbeid blijft in dat geval de staking, niet de onrechtmatige uitsluiting die daar later overheen kwam.⁵⁹

4. Medezeggenschapsrechtelijke perikelen bij (tegen)acties aan werkgeverszijde

In het eerste deel van deze bijdrage hebben wij uiteengezet dat werkgevers verschillende mogelijkheden hebben om het werk van stakers door werkwillige collega's in de bestaakte onderneming over te laten nemen. Werkgevers kunnen zelfs personeel aantrekken om het bestaakte werk uit te laten voeren. Bovendien kan het werk uit de bestaakte onderneming worden gehaald. Dat kan door het door de staking getroffen werk en/of de gestaakte productie voor de duur van de staking te verplaatsen naar een ander bedrijfsonderdeel waar niet wordt gestaakt (of waar minder stakingsbereidheid is), in Nederland of daarbuiten, of door die productie zelfs uit te besteden aan een ander bedrijf. In dit tweede deel van deze bijdrage zagen we dat de werkgever ook financiële tegenacties kan ondernemen, zoals het in het kader van een belangengeschil aanbieden van een loyaliteitsbonus voor iedere dag dat niet wordt meegedaan aan een staking van vakbondszijde. En ook het stilleggen (van

56 J.M. van Slooten, ‘Het recht op tegenstaking’, *Ondernemingsrecht* 2023/56.

57 P. Zonderland, *Recht en plicht bij staking en tegenstaking*, Deventer: Kluwer, 1974, p. 243.

58 HR 21 maart 2003, *NJ* 2007/332. Zie daarover: S.F. Sagel, ‘Recht op loon tijdens schorsing of non-actiestelling’, *ArbeidsRecht* 2003/29.

59 Net zo goed als een werknemer die in detentie is, en daardoor zijn werk niet kan doen, zijn aanspraak op loon niet terugkrijgt als de werkgever hem zekerheidshalve ook nog eens schorst. De primaire oorzaak voor het niet verrichten van de arbeid blijft dan liggen in de risicosfeer van de werknemer.

delen) van de productie, bij wege van uitsluiting, wordt door art. 6 lid 4 ESH gedekt.

Wel komt bij dit soort (tegen)acties de vraag op of de werkgever dergelijke besluiten zomaar kan nemen, zonder daarbij de medezeggenschap te betrekken. Zijn deze (voorgenomen) besluiten niet adviesplichtig in de zin van art. 25 Wet op de ondernemingsraden (WOR)? Een verplaatsing van de productie naar een andere locatie, of naar een andere onderneming binnen hetzelfde concern, zal *naar zijn aard* zonder meer kunnen vallen binnen de reikwijdte van art. 25 WOR, waarbij in het bijzonder het bepaalde in lid 1 onder c (beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan), onder d (belangrijke inkrumping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming) en onder f (wijziging van de plaats waar de onderneming haar werkzaamheden uitoefent) in het oog springen.

Waar het de besluiten betreft tot het voeren van (tegen)acties die qua onderwerp mogelijk onder het adviesrecht van art. 25 WOR vallen, kan men zich allereerst afvragen of zij vanwege het tijdelijke karakter van die maatregelen (te weten: slechts voor de duur van de staking) wel belangrijk genoeg zijn om adviesplichtig te zijn

Ook de hiervoor beschreven maatregel van de uitsluiting zou kunnen worden geschaard onder art. 25 lid 1 onder c WOR, nu deze er eveneens toe kan leiden dat de werkzaamheden van de onderneming of een (belangrijk) onderdeel daarvan tijdelijk worden beëindigd. Voorts geldt dat het besluit van de werkgever om werknemers van buiten de onderneming, die bijvoorbeeld in dienst zijn van een branchegenoot, bestaat werk te laten uitvoeren, zich laat kwalificeren als het groepsgewijs werven of inlenen van arbeidskrachten in de zin van art. 25 lid 1 onder g WOR. Ook zo een besluit is in de regel adviesplichtig. Bij het uitloven van een bonus aan al die werknemers die zich niet aansluiten bij een staking komt het instemmingsrecht van art. 27 WOR mogelijk om de hoek kijken; want gaat het hier – in elk geval voor wat het besluit om aan *die groep* een bonus toe te kennen – niet om een beloningsregeling in de zin van art. 27 lid 1 onder c WOR?

Waar het de besluiten betreft tot het voeren van (tegen)acties die qua onderwerp mogelijk onder het adviesrecht van art. 25 WOR vallen, kan men zich allereerst afvragen of zij vanwege het *tijdelijke* karakter van die maatregelen (te weten: slechts voor de duur van de staking) wel *belangrijk* genoeg zijn om adviesplichtig te zijn. Het enkele feit dat sprake is van een *tijdelijk* besluit, betekent op zichzelf niet

dat geen sprake is van een *belangrijk* besluit.⁶⁰ Uiteindelijk zullen de omstandigheden van het geval hier doorslaggevend zijn, waarbij gekeken moet worden naar de tijdsduur van het besluit, de belangrijkheid van het besluit en de mate van (on)omkeerbaarheid van de gevolgen ervan. Men kan hier bij de meeste van de hiervoor genoemde mogelijke acties, zoals een tijdelijke verplaatsing van de productie of het tijdelijk inhuren van vervangende arbeidskrachten, best verschillend tegenaan kijken. Enerzijds zal de duur van de maatregel vaak uiterst beperkt zijn, nu stakingen hier te lande meestal veeleer een kwestie van dagen of weken dan van maanden zijn. Bovendien zal de maatregel na afloop van de staking weer worden teruggedraaid. Het werk keert terug op de bestaakte locatie of het tijdelijke personeel wordt weer vervangen door de (voormalige) stakers. In dat opzicht zijn de personele gevolgen beperkt en omkeerbaar. Anderzijds is er ook wel een tegenargument denkbaar. Dat luidt dat een besluit tot het voeren van een werkgeversactie als hier bedoeld wel degelijk in die zin belangrijk kan zijn, dat het – indien daarmee het door de werkgever beoogde resultaat van het ‘breken’ van de staking wordt bereikt – een langdurige negatieve impact kan hebben op de werknemers in de onderneming. De werknemers van de bestaakte werkgever zullen daardoor, gedurende langere tijd, genoegen moeten nemen met minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan de vakbond had weten af te dwingen, indien de werkgever het werk niet (bij wege van tegenactie) had kunnen verplaatsen.

Als men zou menen dat een besluit van de werkgever om (tegen) actie te voeren valt onder het adviesrecht van art. 25 WOR, dreigt een botsing tussen de vereisten van het medezeggenschapsrecht en het grondrecht op collectieve actie van de werkgever. Die botsing zal niet zozeer zien op de tijd die is gemoeid met het vragen van het advies aan de medezeggenschap. Gelet op de urgentie die speelt bij stakingsconflicten, zal de ondernemingsraad gevraagd kunnen worden zijn advies over voorgenomen besluiten tot het bij wege van werkgeversactie tijdelijk verplaatsen van de productie of het tijdelijk beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming (bij een uitsluiting), op de meest korte termijn te geven. De lengte van die termijn die de ondernemingsraad redelijkerwijs moet worden gegund voor zijn advisering, zal daarbij ons inziens wel enigszins afhangen van de vraag of de vakbond de staking heeft aangezegd en zo ja, op welke termijn. Is die staking ruim van tevoren aangekondigd, dan zal de werkgever de ondernemingsraad ook meer tijd hebben te gunnen voor het adviseren omtrent tegenmaatregelen, dan wanneer hij wordt overvallen door een verrassingsactie van de vakbond. Adviseert de ondernemingsraad negatief en weigert hij de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR op te geven, dan zal de werkgever zijn besluit om, bijvoorbeeld, tijdelijk het

60 T.J. Vlot, 'Tijdelijke besluiten en de WOR', *ArbeidsRecht* 2003/14; A.B. van Els, 'Begrip 'belangrijk' in artikel 25 lid 1 WOR van 1979 tot 2019', in: *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2019, p. 63/64.

werk te verplaatsen of groepsgewijs personeel in te lenen, in beginsel een maand moeten opschorten.⁶¹ Dat vormt een zeer ingrijpend beletsel voor een effectieve uitoefening door de werkgever van het recht om zulke tegenmaatregelen te nemen en daarmee een ingrijpende beperking van de vrije uitoefening van het door art. 6 lid 4 ESH ook aan hem gegeven collectieve actierecht. Na een maand zijn de meeste stakingsacties immers wel beëindigd. De wet zelf biedt geen grondslag voor een afwijking of buitenwerkingstelling van de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR. Maar dat laat onverlet dat zulke afwijkingen in rechtspraak en literatuur wel mogelijk worden geacht, mits aan strenge eisen is voldaan.⁶² Wij zouden menen dat voor zo een afwijking, in een geval als dit, ruimte moet zijn, omdat onverkorte toepassing van de wachttermijn er hier voor zou zorgen dat de werkgever een door hem gekozen uitoefening van het grondrecht op uitoefening van zijn collectieve actierecht wordt ontzegd. Daarmee wordt het evenwicht in de collectieve strijd verstoord. Men kan het ook zo zeggen: indien de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR in de weg staat aan een effectieve uitoefening van het door art. 6 lid 4 ESH ook voor werkgevers geborgde grondrecht op collectieve actie, dan is die bepaling van nationaal recht strijdig met die rechtstreeks werkende bepaling en zal de nationale termijn dus moeten wijken.⁶³

Hier kan overigens een aardige parallel worden getrokken met hoe in het Duitse recht wordt aangekeken tegen de relatie tussen de rechten van de medezeggenschap en het recht van de werkgever om collectieve actie te voeren. Het BAG heeft al in 1980 aanvaard dat een inperking van de rechten van de ondernemingsraad gerechtvaardigd is, telkens wanneer bij een onverkorte implementatie van die rechten een serieus risico bestaat dat de ondernemingsraad een werkgeversactie *voorkomt* en aldus in diens nadeel ingrijpt in het collectieve geschil dat de werkgever met de vakbond uitvecht.⁶⁴ Wel heeft het BAG later verduidelijkt dat de medezeggenschapsrechten slechts in zoverre worden beperkt als zij de mogelijkheden van de werkgever om van zijn kant collectieve actie te voeren, ingrijpend beperken.⁶⁵ Daaraan is volgens het BAG bijvoorbeeld voldaan, als de werkgever op grond van het medezeggenschapsrecht een

termijn in acht moet nemen, alvorens hij de door hem gewenste actie kan inzetten.⁶⁶

Een afwijking van de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR zal in gevallen als hier aan de orde, eens te meer aanvaardbaar zijn, nu daarmee voor de ondernemingsraad niet de gang naar de rechter wordt geblokkeerd. Die kan immers nog steeds het besluit ter toetsing aan de Ondernemingskamer voorleggen, zij het dat die toetsing dan *de facto* wel een toetsing *achteraf* zal zijn. De slagingskansen van zo een beroep op de Ondernemingskamer zouden evenwel in een geval als dit sowieso gering moeten zijn, in elk geval: als i) aan de vereisten van procedurele zorgvuldigheid is voldaan doordat de ondernemingsraad vooraf in de gelegenheid is gesteld te adviseren en ii) de actie van de werkgever blijft binnen de door art. 6 ESH getrokken grenzen.⁶⁷ Juist nu het bij een besluit als hier aan de orde gaat om de uitoefening door de werkgever van een door art. 6 lid 4 ESH gedekt actiemiddel ter beslechting van een belangengeschil met de vakbond, zal de rechter niet snel tot het oordeel mogen komen dat dat besluit 'in redelijkheid' niet genomen kon worden. Dat oordeel verdraagt zich immers niet met het uitgangspunt dat ook de werkgever het recht heeft op het voeren van collectieve actie en dat het aan hem is om de in dat verband te kiezen actiemiddelen te bepalen, net zo goed als aan de vakbond een ruime marge wordt gelaten om de aan te wenden actiemiddelen te kiezen, zoals volgt uit het *Enerco*-arrest van 2014.⁶⁸

Ten aanzien van de medezeggenschapsrechtelijke implicaties van de hiervoor besproken werkgeversactie bestaande uit het uitloven van een bonus voor werknemers die afzien van deelname aan een staking, zij het volgende opgemerkt. Zoals aangestipt, komt ten aanzien van die actievorm de vraag op of daarop het instemmingsrecht van art. 27 lid 1 onder c WOR wellicht van toepassing is. Wij denken dat dat niet zo is. Ingevolge de wetsgeschiedenis is een beloningssysteem een *systeem* volgens hetwelk beloningen worden berekend en aan bepaalde functies worden toegekend. Op de toekenning en hoogte van primaire arbeidsvoorwaarden heeft dat instemmingsrecht geen betrekking.⁶⁹ Hoewel de rechtspraak over de exacte betekenis en reikwijdte van het instemmingsrecht voor beloningssystemen op zijn zachtst gezegd niet uitblinkt in helderheid, is wel duidelijk dat sprake moet zijn van een *systeem*.⁷⁰ Wil daarvan sprake zijn, dan moet een besluit met een min of meer algemeen

61 Dat zal niet nodig zijn, als de ondernemingsraad afziet van het tijdig uitbrengen van advies. Verzuimt de ondernemingsraad tijdig te adviseren, dan zal hij niet ontvankelijk zijn in een beroep bij de Ondernemingskamer. Dat betekent wederom – zoals Kroeze met juistheid opmerkt – dat de wachttermijn dan ook niet in acht genomen behoeft te worden. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/643.

62 Hof Amsterdam 24 december 2007, «JAR» 2008/34. L.C.J. Sprengers, 'commentaar op art. 25 WOR', in: J.M. van Slooten e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, aant. 19; *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/644. Dat ligt ook voor de hand, alleen al omdat ook toepassing van de regel van art. 25 lid 6 WOR naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

63 In lijn met het in art. 93 en 94 Grondwet bepaalde.

64 BAG 22. Dezember 1980 – 1 ABR 2/79 – zu C II 3 a der Gründe, BAGE 34, 331; BAG 30. August 1994 – 1 ABR 10/94 – zu B II 1 a der Gründe, BAGE 77, 335.)

65 BAG 10. Dezember 2002 – 1 ABR 7/02 – zu B III 3 b der Gründe, BAGE 104, 175.

66 BAG 10. Dezember 2002 – 1 ABR 7/02 – BAGE 10, 175.

67 HR 18 mei 2018, *NJ* 2018/377, r.o. 3.4.2. ('Het betreft hier een door de ondernemingskamer te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer. De ondernemingskamer gaat slechts na of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Zij laat daarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid.')

68 HR 21 oktober 2014, *NJ* 2015/252.

69 Hof Den Haag 23 maart 2010, «JAR» 2010/212; Hof Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4021.

70 Zie P.G. Vestering & W.A. Zondag, 'Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen', *TAP* 2008/1, p. 14 e.v.

en *permanent* karakter voorliggen.⁷¹ Vestering en Zondag hebben er met juistheid op gewezen dat de instemming van de ondernemingsraad in het verlengde daarvan niet vereist is voor beslissingen die betrekking hebben op een *incidentele* situatie.⁷² En precies dat doet zich voor bij de toekenning van een loyaliteitsbonus om een bepaalde staking te breken of te ontmoedigen. Dus alleen al om die reden lijkt ons de toekenning van zo een bonus niet instemmingsplichtig. Daar komt nog bij, dat het bij zo'n bonus gaat om een primaire arbeidsvoorwaarde op de toekenning – en de hoogte – waarvan het instemmingsrecht ook (om die reden) niet van toepassing is.

5. Organiseren en informeren: wat de vakbond kan, mag de werkgever ook

Naast de hiervoor besproken 'harde' maatregelen, heeft de werkgever ook enkele meer *softe* middelen tot zijn beschikking om zijn standpunt in het collectieve conflict kracht bij te zetten. De laatste jaren is er veel te doen geweest rond het zogeheten verschijnsel van *organising* door vakbonden.⁷³ Heel in het kort komt dat verschijnsel erop neer dat vakbonden werknemers niet alleen 'lid van de club' willen laten zijn, maar hen ook zelf willen activeren en medeverantwoordelijk maken voor het voeren van acties, door hen te informeren, op te leiden en te '*empoweren*'. De latere FNV-bestuurder Lilian Marijnissen, nadien geruime tijd Tweede Kamerlid voor de SP, schreef er in 2008 haar afstudeerscriptie over.⁷⁴ De actiemiddelen waarvoor wordt gekozen, zijn vaak vernieuwend, soms ludiek en meestal media-geniek.⁷⁵ Er wordt niet alleen druk gezet op de werkgever zelf, maar ook op andere stakeholders, zoals afnemers en aandeelhouders. Een beetje burgerlijke ongehoorzaamheid hoort er ook bij, zoals Marijnissen dat in haar scriptie verwoordde. De demonstratieve bedrijfsbezetting van een verzorgingshuis in Amsterdam, die leidde tot het *Amstar*-arrest uit 2015, is er een mooi voorbeeld van.⁷⁶ Met dergelijke vernieuwende actievormen heeft de FNV in sommige sectoren, zoals de thuiszorg en de schoonmaak, indrukwekkende resultaten weten af te dwingen. Vrij recent nog – op 13 oktober 2023 – besloot een groep stakende werknemers het hoofdkantoor van hun werkgever op Schiphol een bezoek te brengen in een poging om een oplossing te vinden voor het uitblijven van een nieuwe cao. Er was inmiddels een week gestaakt en naar zeggen van de FNV gaf de werkgever niet thuis. '*De verantwoordelijken zitten*

in hun warme ivoren toren op Schiphol', liet de betreffende bestuurder van de FNV optekenen.⁷⁷

Maar wat de vakbond kan, mag de werkgever ook. Ook hem staat het vrij om in het kader van een (dreigend) collectief conflict de werkvloer op te gaan om de werknemers te informeren over zijn standpunt, over de redelijkheid daarvan en zelfs om werknemers die het met hem eens zijn te organiseren om samen op te trekken tegen wat de vakbond presenteert als de gewenste uitkomst. In collectieve geschillen beproeven wij in de praktijk doorgaans een zekere terughoudendheid bij werkgevers om hun kant van het verhaal actief onder de aandacht van hun personeel te brengen, laat staan om daarbij samen te werken met personeel dat op de werkgeverslijn zit. Dat is niet nodig. Net zoals de vakbond het (grond)recht heeft om zijn mening te geven, de achterban te informeren door het verspreiden van pamfletten, *mailings* en bijeenkomsten,⁷⁸ en aldus te trachten om 'zieltjes te winnen' voor het voeren van actie, mag ook de werkgever zijn personeel actief benaderen met informatie over wat hij heeft geboden in het overleg met de vakbond. Hij mag toelichten waarom hetgeen de bond met acties wil afdwingen, niet redelijk of zelfs een bedreiging voor (de werkgelegenheid in) de onderneming is. Dat recht komt de werkgever, net als de vakbond, toe op grond van art. 6 lid 4 ESH en het bepaalde in art. 10 EVRM. Blijkt een substantieel deel van het personeel achter de mening van de werkgever te gaan staan, dan mag de werkgever (dat deel van) het personeel ook 'organiseren' voor het gezamenlijke standpunt van de werkgever en het betreffende deel van het personeel dat hem steunt, bijvoorbeeld door een demonstratieve bijeenkomst waarbij uiting wordt gegeven aan onvrede over het standpunt van de vakbond.

Waar het de inhoud van de informatievoorziening over een collectief geschil betreft, bestaat er wel een zeker verschil tussen de eisen die aan de vakbond, respectievelijk de werkgever, gesteld worden

Waar het de *inhoud* van de informatievoorziening over een collectief geschil betreft, bestaat er wel een zeker verschil tussen de eisen die aan de vakbond, respectievelijk de werkgever, gesteld worden. Aan vakbonden wordt, terecht, een zekere mate van vrijheid gegund om zaken wat ongenueanceerd neer te zetten. De voorzieningenrechter Amsterdam verwoordde het onlangs aldus dat een vakbond, geen '*onafhankelijke organisatie*' is, maar een belangenbehartiger.

71 M. van Schaick, 'Het instemmingsrecht van de OR: wanneer is sprake van een besluit van algemene strekking?', *ArbeidsRecht* 2020/15.

72 *Kamerstukken II* 1975/76, 13954, nr. 3, p. 4.

73 Zie voor een interessant overzicht: W. Sprenger & M. van Klaveren, *Organising binnen de Nederlandse arbeidsverhoudingen*, Amsterdam: De Burcht 2009.

74 L. Marijnissen, *Met één hand kun je niet klappen*, Radboud Universiteit 2008, <https://docplayer.nl/23448194-Met-een-hand-kun-je-niet-klappen.html>.

75 Zie ook de Duitse zaak die leidde tot BAG 22 september 2009 – AZR 972/08, waarin werd geoordeeld dat een *flashmob* onder de rechtmatige uitoefening van het collectieve actierecht valt.

76 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687, «JAR» 2015/188.

77 N. Kater, 'Stakende werknemers naar hoofdkantoor Cargill op Schiphol', *fny.nl*, 13 oktober 2023. <https://www.fny.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/voedingsindustrie/2023/10/stakende-werknemers-naar-hoofdkantoor-cargill-op-s>

78 EHRM 12 september 2011, «JAR» 2011/280, r.o. 56.

ger. *‘In die positie staat het haar vrij zaken te chargeren, als uitgangspunt voor de onderhandeling met de werkgever en om aandacht te krijgen voor haar zaak’*, aldus de voorzieningenrechter.⁷⁹ We zijn het daarmee eens, zij het dat het woord *‘onafhankelijk’* vermoedelijk beter vervangen had kunnen worden door *‘onpartijdig’*. Onafhankelijk moeten vakbonden juist *wel* zijn. Onbeperkt is de vrijheid van vakbonden om te chargeren en te sneren, natuurlijk niet. Zeker daar waar harde beschuldigingen worden geuit, zoals dat de werkgever *‘sjoemelt’* of *‘steelt’*, hoeft de werkgever zich dat ook van een vakbond niet te laten welgevalen, als enige feitelijke grondslag voor die beschuldiging ontbreekt.⁸⁰ De marges die de werkgever heeft in de informatiestrijd met de vakbond zijn smaller. Die werkgever moet als hij zijn personeel informeert over de status van het cao-overleg, de eisen van de bonden en zijn eigen positie daarin, wel juiste informatie verstrekken. Het bepaalde in art. 7:611 BW brengt mee dat de werkgever zorgvuldigheid betracht jegens zijn werknemers en hen niet onjuist voorlicht; dat vereiste geldt ons inziens ook – en onverkort – wanneer de werkgever zich in een collectief geschil met de vakbond bevindt.⁸¹ Het spreekt voor zich dat maatregelen als *organising* en *informing* hand in hand kunnen gaan met andere (tegen)acties die een werkgever overweegt in te zetten in het collectieve conflict. Net als de vakbonden, doen ook werkgevers er goed aan een integrale en geïntegreerde strategie te ontwikkelen om zo goed mogelijk uit de strijd te komen.

6. Afsluitende opmerkingen

Bij stakingen en andere collectieve acties van vakbonden is de eerste vraag van de werkgevers die daardoor geraakt worden aan hun advocaat: kunnen we die acties niet laten verbieden? Rechtsmaatregelen kunnen inderdaad soms uitkomst bieden, maar het vertrekpunt bij een belangengeschil is dat de vakbonden een grote *margin of appreciation* hebben om over te gaan tot acties, en om te bepalen waar, wanneer en hoe ze die acties voeren. Daarbij komt, dat de uitkomst van een procedure vaak tot op zekere hoogte ongewis is.⁸²

Om die reden is het goed dat werkgevers zich realiseren dat zij bij een cao-conflict met de bonden – en, in ruimere zin: een belangengeschil in de zin van art. 6 lid 4 ESH – meer mogelijkheden hebben dan alleen het treffen van rechts-

maatregelen om de acties van de bonden te stoppen of te beperken. Naast of in plaats van het treffen van rechtsmaatregelen, beschikken zij over allerlei opties om buiten de rechter om (tegen)maatregelen te nemen en een vuist te maken met acties. Precies dat speelveld hebben we getracht in deze bijdrage in kaart te brengen. Deels zijn die maatregelen niet meer dan het invoeren van de gevolgen die het Nederlandse arbeidsrecht aan (de deelname aan) collectieve acties van werknemerszijde verbindt, zoals het verval van loonaanspraken op de voet van art. 7:628 BW. Deels zijn het collectieve acties die de werkgever mag nemen op de voet van art. 6 lid 4 ESH.

Het spectrum om maatregelen te nemen en actie te voeren is breed

En het spectrum om maatregelen te nemen en actie te voeren is breed. Het loopt van het inzetten van werkwil-ligen op het werk van stakers, via het inlenen van personeel van branchegenoten tot het tijdelijk inhuren van personeel of zzp'ers en het outsourcen van besmet werk. En van zachte methodes zoals het aanbieden van bonussen om stakingen te breken of te voorkomen, en het winnen van de *hearts and minds* van de werknemers met informatiecampagnes, tot vergaande en harde middelen zoals een (defensieve) uitsluiting. Er blijkt dus, bij nadere bestudering, best veel te kunnen, al zal het steeds maatwerk zijn, binnen de begrenzingen die art. 6 ESH met zich brengt. Voor *hard and fast rules* is, ook hier, geen plaats. Natuurlijk: het vergt enig lef van werkgevers om in de praktijk af te tasten hoever die mogelijkheden gaan en wat de effecten ervan zijn. Tot op zekere hoogte gaat het daarbij, gelet op het vrijwel geheel ontbreken van Nederlandse rechtspraak op dit terrein, om een sprong in het diepe. Tegelijkertijd geldt dat de vergelijkingen die we hebben getrokken met, onder meer, het Duitse en het Franse recht, ons leren dat in die landen werkgevers door de rechter de nodige armslag wordt geboden om zelf actie te voeren. Niet valt in te zien waarom de Nederlandse rechter daar fundamenteel anders over zou moeten denken.

Dit artikel is afgesloten op 1 april 2024.

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.

⁷⁹ Vزر. Rb. Amsterdam 15 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7571.

⁸⁰ Vزر. Rb. Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2912.

⁸¹ HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4492.

⁸² Zo ongewis zelfs, dat de vakbonden een klacht hebben ingediend bij de Raad van Europa over (onder meer) die onvoorspelbaarheid van de Nederlandse rechtspraak. Zie: 'FNV naar Raad van Europa om stakingsrecht', AD 11 januari 2019, link: <https://www.ad.nl/economie/fnv-naar-raad-van-europa-om-stakingsrecht~ad62c43a/>. Zie voor de klacht: <https://rm.coe.int/cc201casedoc1-en/1680a36ebd> Zie voor de reactie daarop van de Nederlandse staat: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/no-201-2021-european-trade-union-confederation-etuc-netherlands-trade-union-confederation-fnv-and-national-federation-of-christian-trade-unions-in-the>.