

venden, aandeelhouders en stakeholders om van gedachten te wisselen over duurzaamheidskwesities die relevant zijn voor de bedrijfsstrategie van de onderneming en het bepalen van de zaken die materieel relevant zijn voor de onderneming.⁴³

- Beursgenoteerde ondernemingen dienen de uitoefening van rechten door obligatiehouders te faciliteren.⁴⁴

10. Tot slot

Met de herziening heeft de OESO de Principes geactualiseerd door onder andere aandacht te besteden aan recente ontwikkelingen op het gebied van diversiteit en digitalisering. Hoewel de Principes voor de OESO-lidstaten niet bindend zijn, zijn enkele hiervan wel geïmplementeerd in Nederlandse wet- en regelgeving, of opgenomen in concept-wetgeving.

Eline Viersen⁴⁵

Het recht op tegenstaking

Ondernemingsrecht 2023/56

Het nieuws stond de afgelopen maanden bol van de stakingen in sectoren als de zorg, de zuivel en het streekvervoer en bij organisaties als ING, Albert Heijn en FNV zelf. Opvallend is dat werkgevers weinig juridische acties ondernamen om de stakingen te laten beperken. PostNL lijkt de enige uitzondering in het afgelopen halfjaar,¹ terwijl het aantal stakingen in 2022 met 50% steeg ten opzichte van 2021² en er in het eerste kwartaal van 2023 zelfs vier keer zoveel werd gestaakt.

Dat lage aantal (juridische) tegenacties is ook interessant in het licht van de klachten die FNV en CNV hebben ingediend bij het European Committee of Social Rights (ESCR), dat toeziet op de naleving van o.m. art. 6 lid 4 ESH (her-

zien). Dit artikel regelt het recht op 'collectief optreden' (hieronder vallen staken en tegenstaken³) en heeft directe werking in de Nederlandse rechtsorde. De klachten houden in dat Nederlandse rechters sinds de mijlpaalarresten Enerco⁴ en Amsta⁵ te snel oordelen dat acties van de vakbonden een ongerechtvaardigde inbreuk maken op de belangen van (kwetsbare) derden, zoals passagiers die op een luchthaven stranden of patiënten die hun medicijnen niet op tijd krijgen. Het aantal vonnissen waarbij een staking op de een of andere manier is beperkt door de rechter is volgens de bonden tussen 2015 en 2020 met 13%-punt gestegen.⁶

Een verklaring voor het feit dat er in het huidige stakingsseizoen minder juridische acties zijn, kan erin gelegen zijn dat de belangen van derden bij de acties van de laatste tijd minder in het gedrang komen. Uiteindelijk heeft dat te maken met hoe de vakbonden hun acties insteken (vooral gericht op derden of op de werkgever zelf?) en wanneer zij die aankondigen (wordt voldoende tijd geboden om de scherpe randen eraf te halen?).

Dat werkgevers bij een zorgvuldige aanpak van de vakbonden weinig mogelijkheden hebben om een actie juridisch tegen te gaan, roept de vraag op of zij dan dus maar de staking moeten uitzitten. Het korte antwoord is: dat is alom de gedachte, maar dat hoeft zeker niet zo te zijn. Art. 6 lid 4 ESH (herzien) waarborgt het recht "van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangenschillen (...)". In de arresten Enerco en Amsta oordeelt de Hoge Raad dat het begrip 'collectief optreden' ruim moet worden uitgelegd. Het is immers een sociaal grondrecht en het waarborgt de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. In de Amsta-zaak, waarin het stakingsrecht aan de orde was, oordeelde de Hoge Raad "dat een werknemersorganisatie in beginsel vrij is in de keuze van middelen om haar doel te bereiken". Mede gelet op de link die de Hoge Raad legt met het recht op collectief onderhandelen, mag ervan worden uitgegaan dat die keuzevrijheid ook aan werkgevers toekomt. Werkgevers mogen dus in beginsel tegenstaken en de enige grond die er dan nog kan zijn om zo'n actie te beperken is art. 6 ESH (herzien). Daarbij zal ook worden gelet op de 'equality of arms': het actiemiddel van de een mag er niet toe leiden dat de onderhandelingspositie van de ander te veel wordt ingeperkt. Echter: werkgevers doen (vrijwel) niets met het recht op tegenstaking. Dat kan voor een deel komen door angst voor negatieve publiciteit. Media brengen stakingen geregeld als een David/Goliath-verhaal. Maar de passiviteit van werkgevers kan ook komen doordat er zeer weinig rechtspraak is op dit gebied. De vormen van tegenstaking die ik ken zijn de volgende.

43 Public Consultation on Draft Revisions to the G20/OECD Principles of Corporate Governance, Principe VI.B. Een dialoog tussen bestuurders, belangrijke leidinggevenden, belanghebbenden en aandeelhouders kan een essentiële rol spelen bij het informeren over het besluitvormingsproces van het bestuur en bij het opbouwen van het vertrouwen van beleggers en belanghebbenden in de bedrijfsstrategie op lange termijn. Met name voor beslissingen ter verbetering van de duurzaamheid en veerkracht van de onderneming die op korte termijn voor kosten of winstvermindering kunnen zorgen, maar op langere termijn voordelen opleveren, kan een dialoog van belang zijn. Best-practice-bepaling 1.1.5 van de Governance Code (welke bepaling bij de herziening in 2022 is opgenomen) stelt dat de vennootschap een beleid dient op te stellen voor een effectieve dialoog met stakeholders, om ervoor te zorgen dat bij het bepalen van de aspecten van de strategie die betrekking hebben op duurzaamheid de belangen van de relevante stakeholders van de vennootschap worden meegenomen.

44 Public Consultation on Draft Revisions to the G20/OECD Principles of Corporate Governance, Principe VI.D.6.

45 Mr. E.H. (Eline) Viersen is kandidaat-notaris bij Loyens & Loeff N.V. in Amsterdam.

1 Rb. Den Haag 22 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13241.

2 <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/18/meer-stakingen-in-2022-maar-minder-stakers> (geraadpleegd op 9 mei 2023).

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

4 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (*Enerco*).

5 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687 (*Amsta*).

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

Een in onbruik geraakte vorm is de 'uitsluiting'. Hierbij ontzegt de werkgever de werkwillige werknemers het recht op arbeid en loon. De gedachte hierachter is dat deze werkwilligen dan druk op de stakers uitoefenen om de staking te beëindigen. Het is onzeker of dit is toegestaan, gelet op art. 7:628 BW (geen arbeid, wel loon). Los daarvan vrezen werkgevers dat zij daarmee de werkwilligen tegen zich in het harnas jagen. In de afgelopen vijftig jaar lijkt dit niet meer te zijn toegepast in ons land.

Een bekender middel is het tijdelijk inhuren van ander personeel. Dit wordt ook wel 'onderkruipen' genoemd. Hierover is de laatste jaren meer duidelijkheid gekomen. Wat niet mag is extra uitzendkrachten uitlenen om het werk van de stakende werkers van de inlener over te nemen. Dit wordt immers verboden door art. 10 Waadi, de wet die ziet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De bonden hebben lang geprobeerd hieraan een bredere werking te geven maar de Hoge Raad heeft in het easyJet-arrest geoordeeld dat het onderkruipersverbod beperkt is tot het ter beschikking stellen of bemiddelen van arbeidskrachten. Ook het goed werkgeverschap brengt een dergelijke brede werking niet mee.⁷ In die zaak ging het om het over laten nemen van het werk van stakers door werknemers uit andere buitenlandse concernonderdelen. Verder is het toegestaan om een bepaalde bestaakte bedrijfsactiviteit, zoals schoonmaak, uit te besteden aan een derde.⁸ Dus een bedrijf dat een schoonmaakbedrijf gebruikt waarin gestaakt wordt, mag een ander schoonmaakbedrijf inschakelen in de hoop dat de schoonmakers in dat bedrijf niet staken.

Nieuw, en daarmee nog onduidelijk, is de vraag hoe met uitzendkrachten moet worden omgegaan die zich aansluiten bij een staking bij de inlener. Zij zijn solidair met de werknemers van de inlener maar bestaken mede hun eigen werkgever, het uitzendbureau. Op grond van het easyJet-arrest lijkt het mogelijk dat het uitzendbureau stakende uitzendkrachten mag vervangen door werkwilligen zolang er maar niet meer uitzendkrachten bijkomen en er geen werk van stakende werknemers van de inlener wordt overgenomen. Uitzendkrachten werken immers op grond van een arbeidsovereenkomst bij de uitzender en dus wordt niet meer gedaan dan het inzetten van eigen personeel. Een tegenargument kan zijn dat uitzendkrachten zo te veel beperkt worden in hun stakingsrecht, maar dat lijkt niet helemaal op te gaan. Als immers alle uitzendkrachten bij het uitzendbureau staken heeft dit uiteindelijk wel impact op het uitzendbureau en de inlener.

Dan is er nog de mogelijkheid om werkwilligen extra te belonen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het in strijd met het stakingsrecht is om stakers achteraf het recht op een winstuitkering te ontnemen.⁹ Aangenomen wordt echter dat het is toegestaan om een bonus aan werkwilli-

gen toe te kennen om de staking te breken.¹⁰ Van dit laatste wordt weinig gebruikgemaakt en mogelijk is dat doordat aan het voorgaande arrest een te brede uitleg wordt gegeven. Hier is ruimte voor werkgevers.

Ten slotte kan het een tactiek zijn dat werkgevers in een bepaalde branche een eenzijdige loonsverhoging toekennen nadat het overleg met de vakbonden is beëindigd. Deze verhoging is dan niet zoveel als de vakbonden eisen, maar de gedachte is dat een gedeeltelijke tegemoetkoming de lust om door te staken voor het restant zal doen verminderen. Dit speelde recent in de supermarktsector. Nadat de sociale partners hadden vastgesteld dat ze uitonderhandeld waren over een nieuwe cao, voerden de supermarkten gezamenlijk hun laatste bod door in de payroll. De ACM heeft hiernaar een onderzoek ingesteld. Dat onderzoek is weer gestaakt toen er alsnog een cao tot stand kwam. Niettemin gaf de ACM te kennen dat de handelwijze van de supermarkten in strijd met het mededingingsrecht was omdat deze plaatsvond nadat de collectieve onderhandelingen waren geëindigd en de handelwijze dus niet meer onder de cao-exceptie uit het mededingingsrecht viel.¹¹ Die exceptie houdt in dat het werkgevers alleen vrijstaat om met elkaar loonafspraken te maken in het kader van collectief overleg.¹² Het enkele feit dat een onderhandeling (althans formeel en meestal slechts tijdelijk) is geëindigd, brengt in de visie van de ACM al mee dat het collectief actierecht direct zijn grondslag verliest en door het mededingingsrecht wordt verboden. Het is opmerkelijk dat de ACM zich er geen rekenschap van geeft dat hier een botsing tussen (tegen)stakingsrecht en mededingingsrecht aan de orde is en dat dus ook gekeken zou moeten worden naar de impact die dit heeft op het recht op tegenstaking en de equality of arms.

Al met al staan werkgevers niet veel middelen ten dienste. Bovendien zijn de meeste middelen omgeven met vraagtekens en onzekerheden. Het lijkt erop dat werkgevers onvoldoende acht slaan op de regel dat het in beginsel aan *hen* is om het actiemiddel te kiezen. Anders dan de vakbonden, zijn werkgevers echter terughoudend bij het gebruik van hun actiemiddel, terwijl dat in ieder geval vanuit juridisch perspectief onnodig is. Het ligt voor de hand dat werkgeversorganisaties hier een stimulerende rol spelen, bijvoorbeeld door het voeren van proefprocedures, zoals ook vakbonden doen.

Jaap van Slooten¹³

7 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245 (easyJet).

8 Hof Amsterdam 24 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC6880.

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

10 S.F. Sagel & R.S. van Coevorden, annotatie bij Hof Arnhem 9 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU3100, SR 2006, 12.

11 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beeindigt-onderzoek-naar-mogelijk-loonkartel-supermarkten-vanwege-cao-akkoord> (geraadpleegd op 9 mei 2023).

12 Zie nader: B.J. Drijber, 'Versoepeling Europees kartelverbod voor collectieve afspraken met zzp'ers', *Ondernemingsrecht* 2022/44, in het bijzonder voetnoot 23.

13 Prof. dr. J. (Jaap) van Slooten is advocaat bij Stibbe, hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA en redacteur van dit tijdschrift. Als advocaat staat hij geregeld werkgevers bij in stakingsconflicten.