

# Procedureregels in het stakingsrecht: van spelregeltoetsing naar gezichtspunten

*ArbeidsRecht* 2016/5

**In het Amsta-arrest heeft de Hoge Raad het beoordelingskader voor de rechtmatigheid van een staking gewijzigd. De aan de proportionaliteitstoets voorafgaande spelregeltoetsing wordt afgeschaft, maar de procedureregels vormen nog wel gezichtspunten bij de proportionaliteitstoets. In deze bijdrage wordt het nieuwe beoordelingskader besproken. Daarbij wordt ingegaan op de rol en wijze van toepassing van de procedureregels. Besproken wordt wat de consequenties van dit nieuwe beoordelingskader zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een staking.**

## 1. Een ommekeer in het stakingsrecht?

Belangrijke ontwikkelingen hebben zich het afgelopen jaar voorgedaan op het gebied van het stakingsrecht. In juni 2015 wees de Hoge Raad in de Amsta-zaak een arrest waarbij het toetsingskader voor een collectieve actie werd gewijzigd.<sup>2</sup> De procedureregels van tijdige aanzegging en het ultimatum-remedium-beginsel maken nu niet langer meer onderdeel uit van een voorafgaande spelregeltoetsing, maar zijn een van de gezichtspunten bij het beoordelen van de rechtmatigheid van de staking in het kader van art. 6 ESH. Op de toepassing van het ultimatum-remedium beginsel bestond lange tijd kritiek. Het Europees Comité van Sociale Rechten (verder: het Comité) oordeelde herhaaldelijk in de conclusies bij de periodieke rapportageprocedure dat de Nederlandse praktijk op dit punt dit in strijd was met art. 6 lid 4 ESH.<sup>3</sup> Ook in de literatuur bestond kritiek op de toepassing van het ultimatum-remedium beginsel bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een staking.<sup>4</sup> In Conclusie 2014 oordeelde het Comité echter opeens dat de Nederlandse praktijk (rechtspraak over 2009 tot en met 2014) nu wél conform het ESH was.<sup>5</sup> Was er dan al een kentering in de rechtspraak gekomen vóór het Amsta-arrest? In dit artikel bespreek ik de laatste Conclusie van het Comité en daarna ga ik in op het nieuwe beoordelingskader van de

Hoge Raad. Vervolgens zal ik de vraag beantwoorden of het nieuwe beoordelingskader van de Hoge Raad mijns inziens betekent dat een staking minder snel verboden zal worden.

## 2. Waarom is de praktijk nu weer wel in overeenstemming met art. 6 lid 4 ESH volgens het Comité?

In Conclusie 2014 oordeelt het Comité laatstelijk over de toepassing van het ESH in Nederland.<sup>6</sup> In de vorige Conclusie 2010 herhaalde het Comité dat het gebruik van het ultimatum-remedium-beginsel in strijd was met art. 6 lid 4 ESH en vroeg het de Nederlandse regering om voorbeelden uit de rechtspraak te verstrekken om aan te tonen dat de vereisten van art. 6 ESH in acht genomen worden wanneer de rechter oordeelt dat een staking prematuur is.<sup>7</sup> Het daaropvolgende rapport van de Nederlandse regering bevatte twee voorbeelden uit de rechtspraak. De eerste zaak betreft het vonnis van de voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht van 19 januari 2010 waarbij de rechter oordeelt dat de vakbondsactie in verband met de kabinetsplannen tot verhoging van de AOW leeftijd onder art. 6 lid 4 ESH valt.<sup>8</sup> De tweede zaak betreft het vonnis van de voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht van 3 mei 2012 waarbij de rechter oordeelt dat de staking van politieambtenaren is toegestaan, omdat deze tijdig was aangezegd, er geen misbruik werd gemaakt van controlerende en handhavende taken van de politie en de openbare orde en veiligheid geen gevaar liepen.<sup>9</sup> In Conclusie 2014 worden alleen deze twee zaken kort genoemd met de hiervoor weergegeven inhoudsindicatie, die in de vertaling lijkt te zijn overgenomen uit inhoudsindicatie van de uitspraak gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). De zaken worden niet besproken en geanalyseerd. Het Comité overweegt slechts dat deze twee voorbeelden illustreren dat de Nederlandse rechtbanken die oordelen op basis van het proportionaliteitscriterium de bepalingen van art. 6 ESH in acht nemen bij hun oordelen. Het Comité komt tot de conclusie dat de Nederlandse praktijk nu in overeenstemming is met art. 6 lid 4 ESH.

Het is niet duidelijk, gezien de gebrekkige motivering, waarom deze conclusie getrokken wordt. Het was immers de toepassing van het ultimatum-remedium-beginsel waarop kritiek was en er wordt niet ingegaan in hoeverre die praktijk in dat opzicht zou zijn veranderd. In beide aangevoerde vonnissen komt het aspect van het ultimatum-remedium niet aan de orde in de overwegingen van de rechter. Wel de

1 Mr. dr. Ivo van der Helm, Universitair docent Arbeidsrecht en Sociaal Beleid, Universiteit Utrecht. Verbonden aan het Montaigne Centrum, Onderzoekscentrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing, Universiteit Utrecht.

2 HR 19 juni 2015 (Abvakabo FNV/Stichting Amsta), ECLI:NL:HR:2015:1687, *JAR* 2015/188, m.nt. A. Stege; *NJ* 2015/438, m.nt. E. Verhulp.

3 ECSR, Conclusions XVI-1, Netherlands, Article 6-4, 30/5/2003 (1/1/1999-31/12/2000), ECSR, Conclusions XII-1, Netherlands, Article 6-4, 28/2/2005 (01/01/2001-31/12/2002), ECSR Conclusions XVIII-1, Netherlands, Article 6-4, 30/10/2006 (01/01/2003-31/12/2004). Zie voor de conclusies van het ECSR: <[www.hudoc.esc.coe.int/](http://www.hudoc.esc.coe.int/)>.

4 Zie onder meer A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Reeks VvA 33, Kluwer: Deventer 2004, p. 63-83, I. van der Helm, 'Heeft het ultimatumremedium-beginsel z'n langste tijd gehad?', *Arbeidsrecht* 2014/39.

5 ECSR, Conclusions 2014, Netherlands, Article 6-4, 5/12/2014 (01/01/2009-31/12/2012).

6 ECSR, Conclusions 2014, Netherlands, Article 6-4, 5/12/2014 (01/01/2009-31/12/2012).

7 ECSR, Conclusions 2010, Netherlands, Article 6-4, 14/12/2010 (01/01/2005-31/12/2008).

8 Rb. Utrecht (vzr) 19 januari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL0532.

9 Rb. Utrecht (vzr) 3 mei 2012, ECLI:RBUTR:2012:BW5227.

procedureregule van tijdige aanzegging kwam aan bod. In de staking over de AOW leeftijd kwam aan de orde of het onderwerp waarop de actie betrekking had wel voldoende duidelijk aan de werkgever kenbaar was gemaakt. En in de actie van de politie ging het of de actie tijdig was aangezegd. Deze vragen werden in beide zaken bevestigend beantwoord.

In beide uitspraken concentreerde de beoordeling zich op het aspect van de proportionaliteit van de staking en of de rechten van derden of andere algemene belangen genoemd in art. 6 ESH reden voor beperking waren. Hieruit blijkt inderdaad, zoals het Comité oordeelt, dat de rechter bij het toepassen van de proportionaliteitstoets de beperkingsgronden van art. 6 ESH in acht neemt. Maar dat was op zich zelf niet het voornaamste punt van kritiek. Het Comité had immers in Conclusie XVII-1(2005) al geoordeeld dat het gebruik van het proportionaliteitscriterium op zich zelf niet de uitoefening van het stakingsrecht ondermijnt omdat dit essentieel is om te bepalen of een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving in overeenstemming met art. 31 (G) ESH. Het gebruik van de proportionaliteitstoets was daarom niet in strijd met het ESH. Vanwege het redelijkheidskarakter van de rechterlijke inmenging wilde het Comité wel aandacht blijven besteden aan de beslissingen die het stakingsrecht op deze grond beperken.<sup>10</sup>

Het Comité had in Conclusie 2010 voor het oordeel of de Nederlandse praktijk verdragsconform was daarom om voorbeelden uit de rechtspraak gevraagd waaruit blijkt dat de rechters de vereisten van art. 6 in acht nemen wanneer zij oordelen of de actie prematuur is. De door de Nederlandse regering aangevoerde uitspraken geven hiervan geen blijk en zijn eigenlijk niet de soort voorbeelden waarnaar het Comité had verzocht. Het is daarom des te verwonderlijk dat het Comité in Conclusie 2014 tot het oordeel komt dat de Nederlandse praktijk nu weer wel in overeenstemming is met het ESH.

### 3. De Hoge Raad gaat om

#### 3.1 *Waar ging het juridische geschil over?*<sup>11</sup>

Door de FNV werd een collectieve actie georganiseerd bij een locatie van Amsta; een verzorgingstehuis waar ouderen en mensen met een verstandelijke beperking en andere zorgbehoevenden worden verzorgd. Eerst hadden de acties de vorm van korte werkonderbrekingen. Daarna werd een wat krachtigere actie gevoerd die de vorm had van een poortblokkade waarbij aan een aantal medewerkers, zoals bestuurders en enkele andere medewerkers, de toegang tot het tehuis werd ontzegd. Verder werd door de actievoerders geluidsoverlast veroorzaakt voor de bewoners, onder meer door te bonken op ramen en deuren. De gevoerde acties waren niet van tevoren aangekondigd.

In de cassatieprocedure bij de Hoge Raad is het cassatiemiddel gericht tegen de overweging van het hof over de vraag of de collectieve actie valt onder art. 6 lid 4 ESH. Het hof beantwoordde deze vraag ontkennend.<sup>12</sup> Het hof overwoog (r.o. 3.9) dat de actie niet van tevoren was aangekondigd en ook niet de proportionaliteitstoets kon doorstaan omdat deze niet was ingezet als ultimum remedium. Daarom viel de actie niet onder de bescherming van art. 6 lid 4 ESH en was deze onrechtmatig. In het cassatiemiddel voert de vakbond aan dat het hof bij de beoordeling van de vraag of de actie onder de bescherming van art. 6 lid 4 ESH valt, ten onrechte beslissende betekenis heeft toegekend aan de zwaarwegende procedureregels. De door het hof genoemde spelregels zijn: a) dat de staking aan de werkgever tijdig moet worden aangezegd in verband met de daardoor mogelijke geschade belangen van de werkgever en derden; en b) dat de actie een ultimum remedium dient te zijn waarin besloten ligt dat zij dient te worden getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

De Advocaat Generaal (A-G) bij de Hoge Raad concludeert tot verwerping van het beroep.<sup>13</sup> De stelling van de FNV dat niet bij iedere actievorm als harde eis geldt dat deze moet worden aangezegd om onder de bescherming van art. 6 lid 4 ESH te vallen, dient volgens de A-G te worden verworpen omdat deze volgens de A-G berust op een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad had immers in het NS-arrest de zwaarwegende spelregeltoets aanvaardbaar geacht.<sup>14</sup> De stelling van de FNV dat bij de uitoefening van het stakingsrecht verder niet als harde eis geldt dat deze actie steeds als ultimum remedium moet worden gehanteerd, berust volgens de A-G op een verkeerde lezing van het arrest van het hof. Volgens de A-G heeft het hof het vereiste van het ultimum remedium meegewogen in de proportionaliteitstoets in het kader van art. 6 ESH. Daarom mislukte volgens de A-G ook de motiveringsklacht.

#### 3.2 *De Hoge Raad wijzigt het beoordelingskader*

Bij de beoordeling van de klachten van het cassatiemiddel stelt de Hoge Raad met een verwijzing naar zijn arrest in de Enerco-zaak voorop dat de strekking van art. 6 lid 4 ESH is de erkenning van het recht van werknemers op collectief optreden in het kader van belangengeschillen om de doeltreffende uitoefening van het recht op collectieve onderhandelingen te waarborgen. Vanwege deze strekking moet het begrip 'collectief optreden' niet te beperkt worden uitgelegd. Een werknemersorganisatie is daarom vrij in de keuze van de middelen om haar doel te bereiken. Of er sprake is van een collectieve actie die valt onder art. 6 lid 4 ESH wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de actie redelijkerwijs kan bijdrage tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Als dat het geval

10 ECSR, Conclusion XVII-1, Netherlands, Article 6-4, 28/2/2005 (01/01/2001-31/12/2002).

11 HR 19 juni 2015 (Abvakabo FNV/Stichting Amsta), ECLI:NL:HR:2015:1687.

12 Hof Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:903.

13 Conclusie A-G bij de Hoge Raad J. Spier van 6 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:189.

14 HR 30 mei 1986 (NS-arrest), ECLI:NL:HR:1986:AC9402.

is, kan de collectieve actie slechts beperkt worden langs de weg van art. G ESH.<sup>15</sup>

De Raad overweegt vervolgens dat de 'spelregels' niet langer een zelfstandige maatstaf zijn om te beoordelen of een collectieve actie rechtmatig is. De Hoge Raad gaat hiermee om, want hij overweegt dat *in zijn algemeenheid* niet meer als zelfstandige voorwaarde voor de toelaatbaarheid van een collectieve actie kan worden gesteld dat zij tijdig is aangezegd en wordt ingezet als uiterste redmiddel zoals nog wel was overwogen in het Douwe Egberts-arrest.<sup>16</sup> De aparte aan de proportionaliteitstoets voorafgaande spelregeltoetsing wordt daarmee verlaten.

De spelregels blijven nog wel een functie vervullen in het gewijzigde toetsingskader. De spelregels van tijdige aanzegging en ultimatum remedium zijn nog steeds van belang bij de beoordeling of een staking beperkt of verboden moet worden langs de weg van art. G ESH. Zij fungeren daarbij als gezichtspunten. Het belang van de spelregels als gezichtspunten kan variëren en is afhankelijk van de soort collectieve actie. In het kader van een algehele werkstaking hebben zij een groot gewicht, maar dat is in mindere mate wanneer er sprake is van een 'prikactie' van beperkte duur waardoor geen grote schade wordt aangericht. Een staking kan alleen beperkt of verboden worden als dat in het concrete geval maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is. Hierbij dienen alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Daarbij kan van belang zijn: de aard en de duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het nagestreefde doel, de veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden en de aard van de belangen en de schade. Ook kan, onder omstandigheden zelfs beslissende, betekenis toekomen aan de vraag of de spelregels zijn nageleefd.<sup>17</sup>

Het oordeel van het hof (in r.o. 3.9) was daarom onjuist. De naleving van de spelregels is immers niet van belang voor de vraag of de actie valt onder art. 6 lid 4 ESH. Evenmin is dit zonder meer een grond voor beperking of verbod van de actie op grond van art. G ESH. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het hof.

#### 4. Een kleine cosmetische ingreep of een metamorfose?

Het is de vraag wat nu precies de betekenis van arrest is voor de juridische beoordelingskader van de rechtmatigheid van de staking en de stakingspraktijk. Dus welke rol hebben de procedureregels bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een staking? En wat zijn de consequenties voor de praktijk dat de procedureregels niet langer onderdeel zijn van een voorafgaande spelregeltoets zijn maar deel uitmaken

van een van de gezichtspunten. Betekent dit dat een staking nu minder verboden zal worden?

De Hoge Raad brengt de spelregels onder bij de redelijkheidstoets op basis van art. G ESH. Deze oplossing was bepleit door Haverkort en Witten.<sup>18</sup> Door incorporatie van de spelregeltoetsing in de redelijkheidstoets komt de Hoge Raad enigszins tegemoet aan de kritiek van het Comité. Tegen het ultimatum remedium-beginsel als voorafgaande toets had het Comité immers bezwaar (zie § 2). De spelregels worden dus gehandhaafd maar krijgen een andere plaats in het beoordelingskader.

Hoe de spelregels als gezichtspunten passen en toegepast moeten worden binnen het nieuwe beoordelingskader, is niet geheel duidelijk. In het kader van de tot nu toe gehanteerde redelijkheidstoets met toepassing van art. G ESH vindt namelijk een beoordeling plaats of het gehanteerde stakingsmiddel proportioneel is gelet op de belangen van derden en algemene belangen. De vraag is dan of de collectieve actie ter bescherming van die belangen beperkt of verboden moet worden. De spelregel van het ultimatum remedium daarentegen ziet op de vraag of niet te vroegtijdig naar een actiemiddel is gegrepen; het ziet op de vraag óf naar het stakingsmiddel kan worden gegrepen en niet of de gekozen vorm van de staking proportioneel is.<sup>19</sup> En de regel van tijdige aanzegging heeft geen betrekking op de beperking van het recht op collectieve actie op grond van art. G ESH, maar is volgens het Comité een voorwaarde voor de uitvoering van een actie.<sup>20</sup>

Het ultimatum remedium-beginsel brengt verder mee dat naar het stakingsmiddel mag worden gegrepen als alle andere middelen om tot overeenstemming te komen hebben gefaald. Er is hiervan sprake als de onderhandelingen zijn vastgelopen; er is een breekpunt in de onderhandelingen en er is een patstelling ontstaan tussen partijen. De vraag is of nu een andere toepassing wordt gegeven aan het ultimatum remedium-beginsel. De Hoge Raad vermeldt de door het hof genoemde spelregels. Het hof stelt, onder verwijzing naar het Douwe Egberts arrest van de Hoge Raad, dat in het vereiste dat een collectieve actie slechts als ultimatum remedium moet worden gehanteerd besloten ligt dat de actie mede dient te worden getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Ik leid dit overigens niet af uit het Douwe Egberts arrest; het wordt daar niet expliciet vermeld. Daar wordt alleen vermeld dat het stakingsmiddel pas gebruikt mag worden als het recht op collectieve onderhandelingen niet daadwerkelijk op een andere manier tot gelding kan worden gebracht, dus in dat opzicht speelt alleen het principe van subsidiariteit een zekere rol.<sup>21</sup> De

15 HR 31 oktober 2014 (Enerco), ECLI:NL:HR:2014:3077, r.o. 3.5.1-3.5.2, NJ 2015/252, JAR 2014/298.

16 HR 28 januari 2000 (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:2000:AA4618.

17 HR 19 juni 2015 (Abvakabo FNV/Stichting Amsta), ECLI:NL:HR:2015:1687, r.o. 3.3.5.

18 A.W. Haverkort & I. Witte, 'Ontwikkelingen van het stakingsrecht na kritiek van het ECSR', TAP 2013/3, p. 118.

19 HR 28 januari 2000, (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:2000:AA4618. Zie ook de noot van E. Verhulp bij HR 31 oktober 2014, NJ 2015/252.

20 ECSR, Conclusions XIV-1, Ireland, Article 6-4, 30/3/1998 (1/1/1994-31/12/1996).

21 HR 28 januari 2000, (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:2000:AA4618, r.o. 3.3.

Hoge Raad laat zich niet uit over de bewoordingen van het hof over het ultimatum-remedium-beginsel. Het stelt wel in het algemeen dat het gewicht van de spelregels als gezichtspunten kan variëren en afhankelijk is van de vorm van de staking. Als een stakingsvorm wordt gekozen waarbij grotere schade wordt toegebracht, hebben de spelregels meer gewicht dan wanneer het een vorm betreft met minder schadelijke gevolgen. De Hoge Raad maakt hierbij overigens geen onderscheid tussen de beide spelregels. Bij het beginsel van tijdige aanzegging spelen wel de belangen van de werkgever en anderen een rol, omdat deze spelregel dient om het de werkgever en anderen de tijd te gunnen om schadebeperkende maatregelen te kunnen nemen.

Het lijkt, nu de actievorm en de daarbij getroffen belangen van anderen van invloed is op het gewicht dat aan de spelregel wordt toegekend, dat er ook een soort proportionaliteitstoets aangelegd wordt bij het ultimatum-remedium-beginsel. Hierdoor wordt bij de toepassing van het ultimatum-remedium-beginsel, anders dan voorheen het geval was, de belangen van derden en mogelijk ook van de werkgever betrokken. Er wordt dan niet alleen maar gelet op de vraag of onderhandelingen tussen de bonden en de werkgever geen zin meer hebben, maar ook of de door de staking belangen van de anderen en de werkgever disproportioneel worden getroffen. Dit is een verruiming van de toepassing van het ultimatum-remedium-beginsel. Als die belangen van anderen en de werkgever inderdaad een rol spelen, zou dit kunnen leiden dat eerder dan voorheen de rechter tot het oordeel komt dat de staking niet als uiterste redmiddel is gebruikt. Maar het is de vraag hoe ver de rechter daadwerkelijk gaat treden in de beoordeling van de betrokken belangen. Want de Hoge Raad heeft in het Douwe Egberts arrest overwogen dat de rechter terughoudendheid moet zijn bij het antwoorden van de vraag of een staking in een concreet geval anders dan als uiterste middel is gehanteerd. Dit volgt niet alleen uit het feit dat het gaat om de uitoefening van een grondrecht, maar ook kan afhangen van verschillen in waardering van de omstandigheden en een inschatting van de met dat middel te bereiken resultaten, terwijl de beslissing of het middel van staking moet worden toegepast dan wel nog andere mogelijkheden bestaan in korte tijd moet worden genomen.<sup>22</sup> Deze formule is in de constante jurisprudentie herhaald bij de beoordeling of de staking als ultimatum-remedium is gebruikt. Men kan aannemen dat er in dit opzicht geen wezenlijke verandering is beoogd door de Hoge Raad.

Een staking kan vanwege het verlaten van de voorafgaande spelregeltoetsing in ieder geval niet meer verboden worden alleen om de reden dat niet is voldaan aan het ultimatum-remedium-beginsel of tijdige aanzegging. Dat zou betekenen dat een staking minder snel verboden kan worden. Maar het beginsel kan, – onder omstandigheden zelfs beslissende – betekenis hebben of een staking beperkt wordt in het kader van art. G ESH. Dus een staking kan mede vanwege het niet naleven van de procedureregels verboden worden. Het lijkt wel er wel op dat voor beperking van de staking in het alge-

meen een zwaardere toets wordt aangelegd. Tot voor kort hanteerde de Hoge Raad een redelijkheidstoets. De formule was dat een staking verboden kon worden met inachtneming van de beperkingsgronden van art. G ESH indien de bonden niet in redelijkheid niet tot deze actie hadden kunnen komen.<sup>23</sup> Maar sinds het Enerco-arrest hanteert de Hoge Raad een toets dat een beperking maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is.<sup>24</sup> Deze toets had de Raad eerder in het Streekvervoer-arrest gebruikt.<sup>25</sup> Over het algemeen werd deze zwaarwegende toets niet gebruikt maar werd de redelijkheidstoets gehanteerd zoals de Raad deze ook in het Douwe Egberts-arrest nog noemde.<sup>26</sup> Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in de Amsta-zaak bij de omstandigheden die van belang kunnen zijn of een beperking maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is, niet alleen aan derden toegebrachte schade vermeldt maar ook de schade toegebracht aan de werkgever. Dit is verwonderlijk want schade aan de werkgever is inherent aan het gebruik van het stakingsmiddel. Vaste rechtspraak is dat ondanks de beoogde en op de koop toe genomen schade aan de werkgever en anderen, deze staking in beginsel geduld moet worden. Zo oordeelde de Raad nog in het Douwe Egberts-arrest.<sup>27</sup> Bovendien valt de werkgever in principe niet onder ‘anderen’ wiens belangen een grond voor beperking kunnen vormen op grond van art. G ESH.<sup>28</sup> Een beperking op grond van art. G ESH kan daarom in principe alleen gegrond worden op de grond van de buitenproportioneel geschade belangen van derden en algemene belangen, zoals openbare orde, veiligheid, en de gezondheid. Het lijkt er nu op dat de Hoge Raad de deur open heeft gezet om de aan de werkgever toegebrachte schade toch te betrekken bij de beoordeling of voldaan is aan het vereiste van proportionaliteit.

Uit enkele recente rechterlijke uitspraken blijkt hoe wordt omgegaan met het nieuwe beoordelingskader. In het arrest van Hof Den Haag van 22 september 2015, betrof het een actie van de politie om geen assistentie te verlenen aan deurwaarders.<sup>29</sup> Het hof oordeelde dat nu de actie gedekt was door art. 6 lid 4 ESH, deze ondanks de daaruit voortvloeiende en op de koop toe genomen schade voor de werkgever (Staat) en derden (deurwaarders) in beginsel geduld moest worden als rechtmatige uitoefening van het grondrecht. Het hof vermeldde vervolgens de formule van het Amstarrest voor de beperking van het recht op staking. Het hof paste vervolgens in concreto een proportionaliteitstoets toe. Hoewel er een overleg zou komen tussen de bonden en de minister, betekende dit niet dat ook over de arbeidsvoorwaarden zou worden onderhandeld. Daarom zou de actie niet tijdelijk moeten worden gestaakt. Hiermee gaf het hof impliciet aan dat het ultimatum-remedium-beginsel niet

22 HR 28 januari 2000, (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:2000:AA4618, r.o. 3.3.

23 HR 30 mei 1986 (NS-arrest), ECLI:NL:HR:1986:AC9402; HR 28 januari 2000, (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:1986:AA4618.

24 HR 31 oktober 2014 (Enerco), ECLI:NL:HR:2014:3077, r.o. 3.8.1.

25 HR 21 maart 1997 (Streekvervoer), ECLI:NL:HR:1997:ZC2309, NJ 1997/437.

26 HR 28 januari 2000, (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:2000:AA4618, r.o. 3.3.

27 HR 28 januari 2000, (Douwe Egberts), ECLI:NL:HR:2000:AA4618, r.o. 3.3.

28 A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Reeks Vva 33, Kluwer: Deventer 2004, p. 105-105, 115-117, 144-149.

29 Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2555.

was geschonden en betrof de vraag of aan deze procedureregels was voldaan in de beoordeling. De schade aan derden is volgens het hof voorts inherent aan de actie en was nog niet zo omvangrijk geworden dat deze onaanvaardbaar was. Daarom was het niet dringend noodzakelijk de actie te verbieden. In een andere zaak bij een staking tijdens de ochtendspits in het streekvervoer in Utrecht, speelde ook de vraag of de toegebrachte schade aan de werkgever en derden een reden vormde voor beperking van de actie.<sup>30</sup> De Kantonrechter Utrecht overwoog in het vonnis van 14 oktober 2015 bij de beoordeling van de beperking allereerst dat de actie tijdig en zorgvuldig was aangezegd. Hier werd dus de procedureregels van tijdige aanzegging in de beoordeling betrokken. Niet gebleken was dat de actie behalve de financiële schade voor de werkgever, meer dan alleen hinder voor reizigers en andere weggebruikers tot gevolg had. Ook kon niet geconcludeerd worden dat het verlies van de omzet van de werkgever zodanig was dat het beginsel van proportionaliteit was geschonden.

Uit deze uitspraken blijkt dat de rechter het nieuwe beoordelingskader hanteert. De rechter past een proportionaliteitstoets toe bij de beoordeling of de staking langs de weg van art. 6:162 BW beperkt kan worden, waarbij alle omstandigheden worden meegewogen. De procedureregels van tijdige aanzegging en het ultimatum-remedium-beginsel worden in de beoordeling betrokken. Hoewel ze niet meer een voorafgaande toets zijn, worden ze wel als eerste omstandigheden beoordeeld. Aan deze procedureregels was in deze zaken voldaan. Het ultimatum-remedium-beginsel wordt marginaal en terughoudend getoetst, zoals dit vrijwel altijd in jurisprudentie gebeurde. De procedureregels hadden daarom in deze zaken geen wezenlijke betekenis, zoals in de jurisprudentie over het algemeen wel geconstateerd kan worden.<sup>31</sup> Het zwaartepunt ligt voornamelijk bij de beoordeling of de schade voor anderen disproportioneel is. Schade voor de werkgever en anderen moet in principe geduld worden. Een beperking zou alleen op z'n plaats zijn als de schade voor anderen dusdanige grote omvang heeft. Nieuw is overigens dat de Kantonrechter nog beoordeelt of de schade van de werkgever disproportioneel was. De belangen van de werkgever zouden dus mogelijk van invloed kunnen zijn op de te maken proportionaliteitstoets. Al met al lijkt de beoordeling niet wezenlijk anders of zwaarder dan volgens de voorgaande jurisprudentie het geval was. Geconcludeerd kan worden dat de beoordeling niet anders verlopen zou zijn dan voorheen het geval was. Daarom zal het nieuwe beoordelingskader van de Hoge Raad waarschijnlijk geen grote gevolgen hebben voor de stakingspraktijk.

30 Kantonrechter Utrecht 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7579.

31 I. van der Helm, 'Heeft het ultimatum-remedium-beginsel z'n langste tijd gehad?', *Arbeidsrecht* 2014/39.