



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning

Vos, E.L.H. van der

Citation

Vos, E. L. H. van der. (2023, February 14). *Grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3563086>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3563086>

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

4. Het recht op collectief onderhandelen

Het recht op collectief onderhandelen is een breed, internationaal gedragen recht. Bijna alle landen wereldwijd erkennen het belang en het bestaan van dit recht, dit blijkt bijvoorbeeld uit het grote aantal landen dat de door de Internationale Arbeidsorganisatie daarover opgestelde verdragen heeft geratificeerd (155 voor verdrag nr. 87). In de constitutie van de ILO staat dat de lidstaten de plicht hebben om de fundamentele beginselen van de organisatie, waaronder de vakverenigingsvrijheid valt, te waarborgen. Verder heeft de ILO verklaard dat elke verdragsstaat, ook heeft deze de relevante verdragen niet geratificeerd, de plicht heeft om het recht op collectief onderhandelen te waarborgen, te promoten en te verwezenlijken.³⁰⁰ Ook in het Europese recht, zowel op het niveau van de Raad van Europa als van de Europese Unie, wordt het recht op collectief onderhandelen in meerdere verdragen beschermd en erkend, onder meer in het Europees Sociaal Handvest, het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.

In mijn proefschrift onderzoek ik de grenzen van het wettelijk ingrijpen in topbeloning. Is het wettelijk ingrijpen in beloning door een maximum in te stellen, de vertrekvergoeding te beknotten en de vorm van beloning te reguleren in strijd met het recht op collectief onderhandelen? Zouden de beloningbeperkende normen uit de Wnt en de Wbfo in strijd kunnen zijn met het recht op collectieve onderhandeling zoals internationaal beschermd in de genoemde verdragen? Waaraan moeten normen die ingrijpen in (top)beloning aan voldoen in het licht van internationale verdragen? Specifiek over de vraag van ingrijpen in topbeloning is beperkt literatuur voorhanden. Vandaar dat ik in dit hoofdstuk vooral inga op de oordelen van de ILO.

In dit hoofdstuk zal ik het recht op collectief onderhandelen zoals onderdeel van de verdragen van de ILO centraal zetten. In het volgende hoofdstuk, (hoofdstuk 5) zal het collectief onderhandelen in Europees perspectief worden besproken. Dat hoofdstuk zal minder uitvoerig zijn, omdat de Europese verdragen minder concrete verplichtingen aan collectief onderhandelen opleggen dan de ILO, en omdat er minder rechtspraak voorhanden is. Ook sluiten, en dat is misschien wel het belangrijkste argument, de verschillende Europese organen steeds aan bij de ILO-opvattingen over collectief onderhandelen, om vervolgens hun eigen Europese toets hierop los te laten.

In dit hoofdstuk onderzoek ik waar de grenzen liggen van het wettelijk ingrijpen in beloning in het licht van het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door internationaal recht. Het lijkt wellicht een theoretische discussie of en in hoeverre het collectieve-onderhandelingsrecht invloed heeft op Nederlandse beloningswetten omdat sommige van de topverdieners niet zijn verenigd en zo geen aanspraak maken op het collectieve-onderhandelingsrecht, maar die invloed is er zeker. Zo niet nu (in)direct, dan in de toekomst. Ten eerste is het zonneklaar dat het maximeren van beloning ingrijpt op de ruimte die sociale partners hebben om te onderhandelen, daar is de CFA in een aantal oordelen ook heel

³⁰⁰ The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998.

duidelijk over.³⁰¹ Vóór de invoering van de Wbfo waren er nog verschillende cao's met bonusregelingen, maar in de nasleep van de financiële crisis zijn de meeste bonusregelingen per cao bij grote banken afgeschaft, waardoor de Wbfo deze niet direct heeft doorkruist.³⁰² Met betrekking tot topverdieners in de publieke sector bestaan er ook verenigingen van topverdieners die geraakt kunnen worden door de beloningswetten, denk aan de vereniging van basisschooldirecteuren (de AVS) en een vereniging van zorgbestuurders (de NVZD), al heeft die laatste vereniging niet expliciet in de statuten opgenomen dat zij cao's kan afsluiten. Om toch te onderzoeken hoe de beloningswetten de collectieve-onderhandelingsvrijheid mogelijk nog verder doorkruisen, naast de gewone inperking van de onderhandelingsruimte, heb ik in paragraaf 4.35 de hypothetische situatie opgenomen waarin beloningswetgeving de al bestaande cao's doorkruist.

Nederland heeft een voorgeschiedenis met betrekking tot wettelijk ingrijpen in beloning. In het verleden is Nederland een paar keer geconfronteerd met kritiek van de ILO over het ingrijpen in de salarissen in de cao's, en is de rol van het collectieve-onderhandelingsrecht als grondrecht al centraal komen te staan in de literatuur, zoals bijvoorbeeld in het proefschrift van Boonstra.³⁰³ In deze Nederlandse zaken is door de CFA onder meer een lijn bepaald ten opzichte van overheidsbemoeienis in cao's, daarom bespreek ik de Nederlandse zaken in paragraaf 4.16 en verder.

De hoofdvraag die ik zal beantwoorden in dit hoofdstuk, is of het wettelijk ingrijpen in beloning zoals dit in Nederland aan de orde is, in strijd zou kunnen zijn met het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO. Dit hoofdstuk concentreert zich op de vraag of Nederland zijn volkenrechtelijke verplichtingen met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen schendt. De volgende vraag is of de ILO-normen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Of een individuele werknemer een (juridisch geslaagd) beroep in Nederland zou kunnen doen op een eventuele strijdigheid behandel ik aan het slot.

De indeling in dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 4.1 tot en met 4.3 beschrijf ik op hoofdlijnen de ILO als internationale organisatie, en concentreer me daarbij op de voor dit hoofdstuk belangrijke organen ervan. Ik onderzoek in de paragrafen erna (paragraaf 4.4-4.5) welke concrete verplichtingen voortvloeien uit het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO, in het bijzonder in het kader van wettelijk ingrijpen in arbeidsvoorwaarden en loon. Daarna (in paragraaf 4.6-4.13) onderzoek ik specifiek of de topverdieners in Nederland wel onder de reikwijdte van het recht op collectief onderhandelen vallen. Voor het bepalen of de normen uit de beloningswetgeving een mogelijke schending op het recht op collectief onderhandelen meebrengen, destilleer ik uit de Wnt en de Wbfo grofweg vier beloningsnormen – die voor het recht op collectief onderhandelen het meest belangrijk zijn – en toets ik deze in paragraaf 4.14-4.37 aan de vereisten die het recht op collectief onderhandelen met zich meebrengt. Tot slot overweeg ik of de ILO-verdragen

³⁰¹ Zie § 4.15 en verder.

³⁰² Als voorbeeld is de in de inleiding genoemde ING-cao relevant.

³⁰³ Zie hiervoor de proefschriften van Boonstra, 1996, Jacobs, 1986 en Plessen, 1996.

doorwerken in de Nederlandse rechtsorde en concludeer ik in paragraaf 4.43 wat de grenzen zijn die voortvloeien uit het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO.

4.1. De ILO

Voor ik in paragraaf 4.5 onderzoek wat het recht op collectief onderhandelen inhoudt volgens de ILO, is het belangrijk om eerst een beter beeld te hebben van het toezichtmechanisme van de ILO en de inhoud van de door haar opgestelde verdragen met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen. Dit is bedoeld om de uitspraken en aanbevelingen van de comités van de ILO die later in dit hoofdstuk aan bod komen op waarde te schatten.

4.2. De ILO op hoofdlijnen

De ILO is opgericht in 1919 krachtens het vredesverdrag van Versailles en was ingegeven door de gedachte dat een liberaal systeem als tegenhanger voor het communisme alleen kan worden gehandhaafd wanneer staten een sociaal en geloofwaardig alternatief hebben.³⁰⁴ Heden ten dage houdt de ILO zich bezig met het wereldwijd doen aanvaarden en implementeren van fundamentele arbeidsrechten. Sinds 1946 is, na de oprichting van de VN, de ILO erkend als speciale instelling van de Verenigde Naties (VN). Op dit moment zijn bijna alle lidstaten van de VN ook lid van de ILO.³⁰⁵

4.3. Toezicht door de CoE & CFA

De voor het recht op collectief onderhandelen belangrijke toezichtroutes zijn de volgende. Allereerst is er de “hoofdroute”. Van de verdragsstaten wordt verwacht dat zij regelmatig rapporteren over de implementatie van de door hen geratificeerde verdragen, met inspraak van de nationale sociale partners op het rapport. De Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations (CoE) houdt daar toezicht op. Dit comité is onafhankelijk, speciaal ingericht voor deze taak en bestaat uit 20 leden uit verschillende landen die wegens hun deskundigheid worden benoemd. Het zijn voornamelijk hoogleraren en rechters, gespecialiseerd in internationaal (arbeids)recht. De oordelen van de CoE zijn niet juridisch bindend. Jaarlijks rapporteert de CoE over landen die in hun ogen niet of niet helemaal aan hun verplichtingen hebben voldaan.³⁰⁶ In het rapport worden alle verdragen systematisch per land behandeld. De jaarlijks op de ILO-conferentie optredende Committee on the Application of Standards (CAS) bespreekt het rapport van de CoE en komt met aanbevelingen aan lidstaten om de problemen die door de CoE zijn geconstateerd te verhelpen. Ook de verdragen over het recht op collectief onderhandelen worden jaarlijks aan de orde gesteld bij lidstaten waar problemen zijn geconstateerd.

De voor het recht op collectief onderhandelen belangrijke toezichtroute is de klachtmogelijkheid bij de Committee on Freedom of Association (CFA). Dit comité valt

³⁰⁴ Zandvliet 2019.

³⁰⁵ Bouwens, Roozendaal & Houwerzijl 2017, §8.3.1.

direct onder de Raad van Beheer. Het is, zoals de hele ILO, tripartiet samengesteld en bestaat uit een onafhankelijke voorzitter en een gelijk aantal ($3 \times 6 = 18$) vertegenwoordigers van overheden, werknemers en werkgevers. De CFA heeft krachtens de ILO-constitutie het mandaat om te beoordelen of een bepaalde wetgeving of praktijk van een lidstaat in overeenstemming is met de beginselen van de vakverenigingsvrijheid en de collectieve-onderhandelingsrechten die zijn vastgelegd in de relevante verdragen.³⁰⁷ Klagen is mogelijk voor lidstaten, werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties: de procedure is niet bedoeld voor individuen. Een klacht kan worden ingediend indien volgens de klagende organisatie sprake is van een schending van de verdragen 87 en/of 98 of (voor lidstaten die de verdragen niet hebben geratificeerd) schending van de beginselen van vakbondsvrijheid of collectieve onderhandelingsvrijheid. Een klacht bij de CFA leidt tot een uitspraak en kan resulteren in een aanbeveling van de Raad van Beheer van de ILO om de nationale praktijk of wetgeving in de desbetreffende lidstaat te wijzigen.

De uitspraken van de CFA zijn niet juridisch bindend. De CFA doet, via de Raad van Beheer, aanbevelingen om het recht en/of de praktijk van een verdragsstaat in overeenstemming te brengen met de ILO-verdragen. Deze 'soft law' sorteert effect dankzij het gezag dat de CFA in de loop van haar thans 70-jarige bestaan heeft opgebouwd. Ook verwijzen de verschillende rechtsprekende organen in Europa geregeld naar ILO-uitspraken in wél bindende uitspraken. Zie hiervoor hoofdstuk 5.

4.4. De juridische grondslag voor het recht op collectief onderhandelen

Het recht op collectief onderhandelen is onderdeel van het breder geformuleerde recht op vakbondsvrijheid. De vakbondsvrijheid omvat onder meer het recht om een vakbond op te richten en in te richten, deel te nemen aan een vakbond, het recht om te staken (hoewel hierover sinds 2012 een intensieve interne discussie bestaat³⁰⁸) en het recht op collectief onderhandelen. De ILO noemt het recht op collectief onderhandelen – en daarbij ook het recht om te onderhandelen over loon – een van de kernonderdelen van het recht op verenigingsvrijheid en betoogt dat het al voortvloeit uit verdrag 87, dat naar de letterlijke tekst alleen lijkt te zien op verenigingsvrijheid.³⁰⁹

Het recht op vakbondsvrijheid is vastgelegd in (de preambule van) de ILO-constitutie. Daarnaast is het recht op vakbondsvrijheid gewaarborgd door middel van verdrag 87³¹⁰ en verdrag 98.³¹¹ Dit zijn ook de voor collectief onderhandelen – als onderdeel van de vakbondsvrijheid – meest relevante verdragen. In 1981 is daar verdrag 154 bijgekomen.³¹² Voor het recht op vakverenigingsvrijheid binnen de publieke sector is ook verdrag nr. 151 relevant.³¹³

³⁰⁷ *CFA Compilation of decisions* 2018, p. 308.

³⁰⁸ Van der Heijden, *ArA* 2018, p. 3-17.

³⁰⁹ *CFA Compilation of decisions* 2018, §1233.

³¹⁰ *Stb.* 1950, J 538.

³¹¹ *Trb.* 1979, 79.

³¹² *Trb.* 1982, 99.

³¹³ *Trb.* 1979, 50.

Het onderzoek naar het recht op collectief onderhandelen zoals uitgedragen door de ILO start bij de verdragsbepalingen die dit recht coderen. Ik beschrijf hieronder integraal de belangrijkste bepalingen voor het recht op collectief onderhandelen.

4.4.1. Verdrag 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht

Verdrag 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht is het verdrag dat de grondlegger is van het collectief onderhandelen.³¹⁴ Het verdrag bevat rechten voor werkenden om zich te organiseren om zo voor het collectief te kunnen opkomen.³¹⁵

ILO-verdrag 87, art. 3³¹⁶

1. De werknemers- en werkgeversorganisaties hebben het recht haar statuten en reglementen op te stellen, vrij haar vertegenwoordigers te kiezen, haar organisatie en werkzaamheden in te richten en haar werkprogramma's te formuleren.
2. De Overheid moet zich van elke inmenging, welke dat recht kan beperken of de wettige uitoefening daarvan kan belemmeren, onthouden.³¹⁷

Nederland heeft in 1950 verdrag 87 geratificeerd.

4.4.2. Verdrag 98 betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen (1949) en verdrag 154 betreffende de bevordering van het collectief onderhandelen

Naast verdrag 87 speelt voor het recht op collectief onderhandelen verdrag 98 een belangrijke rol. Heel verschillend zijn de verdragen niet: wel naar de letter, maar inmiddels niet meer door de uitleg van de ILO-comités. De verdragen worden vaak in één adem genoemd. Bijna alle staten in de wereld hebben verdrag 98 geratificeerd, net zoals verdrag 87 – al ontbreken grote landen als India, de VS en China, samen goed voor zo'n 3 miljard inwoners en daarmee de helft van de wereldbevolking. Dit heeft echter lang geduurd omdat de tekst van verdrag 98 verder gaat met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen dan verdrag 87.

ILO-verdrag 98, art. 4

Waar nodig, moeten aan de nationale omstandigheden aangepaste maatregelen worden getroffen om de volledige ontwikkeling en het volledige gebruik aan te moedigen en te bevorderen van procedures voor het vrijwillig onderhandelen tussen

³¹⁴ *Stb.* 1950, 538.

³¹⁵ H. Dunning 'The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize', *International labour review* 137(2), ISSN: 0020-7780.

³¹⁶ *Stb.* 1950, 538.

³¹⁷ Dit artikel is belangrijk voor het recht op collectief onderhandelen, omdat er volgens de ILO uit voortvloeit dat de frustratie van dit recht door een lidstaat betekent dat een vakbond niet meer in vrijheid haar organisatie en werkzaamheden kan inrichten. *CFA Compilation of decisions* 2018, §1234. p. 232.

werkgevers of werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties, ten einde de arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten te regelen.³¹⁸

Nederland is relatief laat partij geworden bij dit verdrag, ratificatie vond pas plaats in 1993.³¹⁹ Boonstra heeft beschreven dat dit verschillende redenen had. Aanvankelijk vond het toenmalige kabinet de vereisten met betrekking tot de bescherming van de werkenden tegenover de overheid te ver gaan, aangezien deze zouden moeten leiden tot aanpassingen van het wettelijk stelsel. Later volgden nog andere bezwaren.³²⁰ Deze niet-binding aan het verdrag heeft nog een rol gespeeld bij de discussie die Nederland met de ILO voerde in de jaren 70 over de betekenis van verdrag 87, dat volgens de ILO met betrekking tot het collectief onderhandelen dezelfde betekenis heeft als verdrag 98.

Verdrag 98 kan op zijn beurt in samenhang worden beschouwd met verdrag 154: het verdrag betreffende de bevordering van collectief onderhandelen. Aan dit verdrag komt geen bijzondere status toe in verhouding tot de al bestaande verdragen. Ook dit verdrag heeft Nederland pas geratificeerd in 1993.³²¹

ILO-verdrag 154, art. 2

Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder de term “collectief onderhandelen” verstaan alle onderhandelingen die plaatsvinden tussen een werkgever, een groep werkgevers of een of meer werkgeversorganisaties enerzijds en een of meer werknemersorganisaties anderzijds, om: a) arbeids- en tewerkstellingsvoorwaarden vast te stellen; en/of b) betrekkingen tussen werkgevers en werknemers te regelen; en/of c) betrekkingen te regelen tussen werkgevers of hun organisaties en een of meer werknemersorganisaties.

4.4.3. Verdrag 151 betreffende de bescherming van het vakverenigingsrecht en procedures voor het vaststellen van arbeidsvoorwaarden in de openbare dienst

Verdrag 151 is speciaal voor de bescherming van de vakverenigingsvrijheid van ambtenaren.³²² Ook hun komt het recht op collectief onderhandelen toe. Dit recht staat vanuit historisch perspectief het meest onder druk, al is het maar omdat ambtenaren moeten onderhandelen over geld dat wordt ingelegd door de regering en dus de belastingbetaler. In de financiële crisis van 2008 zijn zelfs salarissen van ambtenaren over de hele wereld verlaagd of bevroren. De ILO achtte het noodzakelijk om een specifiek verdrag in het leven te roepen voor deze groep, gezien hun zwakke positie tegenover een sterke wederpartij.

ILO-verdrag 154

³¹⁸ *Trb.* 1979, 79.

³¹⁹ Nederland ratificeerde verdrag 98 pas in 1993, Boonstra, 1996, p. 242.

³²⁰ Boonstra, 1996, p. 186.

³²¹ *Trb.* 1982, 99.

³²² Ik gebruik de term ambtenaren voor alle personen werkzaam in de publieke sector.

Art. 7

Waar nodig moeten aan de nationale omstandigheden aangepaste maatregelen worden getroffen om de volledige ontwikkeling en het volledig gebruik aan te moedigen en te bevorderen van procedures voor het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden tussen het betrokken overheidsgezag en de organisaties van overheidspersoneel, of van zodanige andere procedures die het mogelijk maken voor vertegenwoordigers van overheidspersoneel om deel te hebben aan het vaststellen van genoemde arbeidsvoorwaarden.³²³

Nederland heeft het verdrag geratificeerd in 1988.

4.5. Wat volgt uit de ILO-verdragen?

De normen uit de bovengenoemde verdragen zijn niet direct heel duidelijk. De rechtsregels beperken zich op het eerste gezicht tot een inmengingsverbod en een bemoeidingsgebod. Wat er concreet voortvloeit uit deze regels in het kader van het recht op collectief onderhandelen wordt in hoge mate bepaald door de aanbevelingen van de CFA en de CAS. Deze organen hebben een veel verderstrekkende opvatting over collectief onderhandelen dan de verdragen op eerste gezicht lijken te beogen. Hier kom ik op terug in de loop van dit hoofdstuk.³²⁴

4.6. Vallen de topverdieners uit de beloningswetgeving onder de ILO-verdragen?

Hiervoor heb ik de verdragen en de status van de ILO besproken. Om de vraag te kunnen beantwoorden of de Nederlandse beloningswetgeving in strijd is met ILO-verdragen is het relevant eerst te onderzoeken of de topverdieners onder het toepassingsbereik van het door de ILO-beschermde recht op collectief onderhandelen vallen. Ik noem deze personen tijdens dit onderzoek topverdieners. Zoals al besproken in de inleiding onder paragraaf 1.5.3: Het begrip topverdieners slaat allereerst op werkenden in topfuncties in zowel de publieke als financiële sector die hoge salarissen verdienen. In de Wbfo is het mogelijk dat ook niet hoog verdienende of hooggeplaatste werkenden te maken krijgen met een inperking op hun collectief onderhandelingsrecht door middel van het bonusplafond. Toch heb ik voor de werkbaarheid ervoor gekozen om deze groep ook onder de noemer ‘topverdieners’ te vatten.

Deze vraag naar het toepassingsbereik valt uiteen in meerdere deelvragen. De eerste deelvraag heeft betrekking tot de collectiviteit. Voor het toepasselijk zijn van de ILO-verdragen is het van belang dat er sprake is van een vereniging met kenmerken van een vakbond. De tweede te onderzoeken deelvraag is of het zijn van zelfstandige uitmaakt voor het recht op collectief onderhandelen. De laatste deelvraag vloeit voort uit de gedachte van de

³²³ Trb. 1979, 50.

³²⁴ In dit hoofdstuk verwijs ik naar “de ILO”, hiermee bedoel ik de opvattingen van de commissies van de ILO samengenomen. Als ik naar uitspraken verwijs, gebruik ik de naam van de CFA, als onderdeel van de ILO.

wetgever dat de ILO-verdragen niet bedoeld zijn voor topverdieners³²⁵; is dat waar of kunnen zij toch rechten ontleen aan de verdragen?

Onder het toepassingsbereik van een recht vallen is nog niet hetzelfde als dit recht kunnen uitoefenen; de vraag naar inroepbaarheid van het recht op collectief onderhandelen volgt pas aan het slot van dit hoofdstuk.

In deze paragraaf onderzoek ik of topverdieners³²⁶ aanspraak kunnen maken op collectieve rechten zoals beschermd door de ILO. Wat is ervoor nodig om onder het toepassingsbereik van de verdragen met betrekking tot collectief onderhandelen te vallen? Deze vraag valt uiteen in drie deelvragen:

- Zijn topverdieners genoodzaakt tot het vormen van een vakbond?
- Kunnen topverdieners die werken als zzp'er aanspraak maken op het recht op collectief onderhandelen?
- Zijn de collectieve rechten in de ILO-verdragen wel bedoeld voor topverdieners of gelden ze louter voor de onder- en middencategorie van werkenden?

4.7. Vakbonden voor topverdieners

Om zich op de vrijheid van collectief onderhandelen te kunnen beroepen zullen topverdieners zich moeten aansluiten bij een vakvereniging die hun belangen vertegenwoordigt. Op dit moment zijn topverdieners niet altijd lid bij een vakvereniging, iets wat makkelijk te veranderen is. Daarbij komt dat topverdieners – zowel in de financiële als in de publieke sector – niet altijd onder een cao vallen.³²⁷ Een uitzondering op deze regel zijn de basisschooldirecteuren, voor wie een eigen cao geldt.

Een ‘gewone’ vakvereniging zal de salarissen van de topfunctionarissen uit de Wnt en de dagelijksbeleidsbepalers uit de Wbfo niet zo snel als prioriteit stellen. Deze topverdieners hebben er doorgaans weinig belang bij om lid te worden en de noodzaak om collectief hun arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen ontbreekt. Vakbonden hebben zelfs geregeld vijandige uitlatingen gedaan over topbestuurders, omdat zij vinden dat topbestuurders te veel verdienen. De FNV publiceert bijvoorbeeld elk jaar een lijst met topsalarissen van topbestuurders in de ouderenzorg. De FNV noemt de topsalarissen van deze bestuurders een “doorn in het oog” en noemde in 2017 de lijst extra wrang omdat in 2016 nog 70.000 zorgmedewerkers op straat waren gezet.³²⁸

Om toch de rechten op collectief onderhandelen binnen te halen en niet vast te zitten aan een ‘gewone’ vakbond, zouden de topverdieners een eigen vereniging kunnen oprichten. Dat is ook gebeurd. Een voorbeeld hiervan is de Algemene Vereniging Schoolleiders (AVS). De

³²⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 33978, nr. 7, p.29.

³²⁶ Topverdieners definieer ik in mijn inleidende hoofdstuk in § 1.5.3..

³²⁷ Gezien de cao-exceptie in de Wbfo maar ook gezien de vaak gebruikte individuele uitonderhandeling op topniveau in de Wnt. Zie hierover het advies commissie Dijkstal ‘Normeren en Waarden’, 2007, hoofdstuk 6.

³²⁸ <https://nos.nl/artikel/2177519-topinkomens-ouderenzorg-nog-steeds-ver-boven-balkenendenorm.html>

AVS is de vakbond voor basisschooldirecteuren. De vakbond oefent de rechten van zijn leden onder meer uit door aan de onderhandelingsstafel te zitten en soms ook stakingen te organiseren. In de zorgsector bestaat voor topbestuurders de Nederlandse Vereniging van bestuurders in de zorg (NVZD), die echter naar Nederlands recht geen bevoegdheid heeft tot het sluiten van cao's, omdat dit niet expliciet in haar statuten is opgenomen.³²⁹ Met het oprichten van een vereniging die kwalificeert als vakbond halen topverdieners fundamentele collectieve arbeidsrechten binnen, dus ook het recht op collectief onderhandelen.

Het is de vraag of een collectief van topverdieners voor het onderhandelen over een cao ook officieel de titel vakbond moet hebben. Uit de verdragen van de ILO blijkt dat de nadruk ligt op de representativiteitseis.³³⁰ Logischerwijs kan een vakbond bestaande uit topverdieners niet voor alle werkenden in een sector onderhandelen. Zo'n vakbond is in deze niet representatief. Indien er geen representatieve vakbond bestaat, neemt de ILO genoegen met een belangenvereniging met kenmerken van een vakbond. Dus een officiële vakbondstitel is niet vereist.

4.8. Verenigingen van zzp'ers

In de top van zowel de financiële als de publieke sector komt het voor dat topverdieners zich laten inhuren via een management-bv of als zelfstandige. Is het fundamentele recht op vakverenigingsvrijheid met inbegrip van het recht op collectief onderhandelen wel geschikt voor degenen die op basis van een zzp-constructie werken? Hebben ook zij het recht op collectief onderhandelen volgens de ILO? In de officiële Nederlandse vertaling van bijvoorbeeld verdrag 87 ILO wordt steeds gebruikgemaakt van de term 'werknemersverenigingen'.³³¹ Deze term sluit zelfstandigen uit van het toepassingsbereik van verdrag 87. Als men echter kijkt naar de tekst van het originele verdrag, in de taal waarin het verdrag ooit is opgesteld, lijkt daaruit juist te volgen dat aan zelfstandigen ook collectieve rechten toekomen.³³² In art. 4 van verdrag 98 wordt verdragsstaten opgedragen collectieve onderhandelingen te stimuleren "between employers or employers' organisations and workers' organisations" oftewel tussen werkgeversorganisaties en organisaties van 'werkers' (iedereen die werkt dus, of dat nu in loondienst of op andere wijze is). Ook volgt uit art. 2 van verdrag 87 dat de vakverenigingsvrijheid bestaat voor een ieder zonder onderscheid, dus ook niet naar contract. Ook de belangrijke uitleggende en toezichthoudende organen CFA en CoE van de ILO laten duidelijk blijken in hun uitleg dat het recht op collectief onderhandelen niet beperkt is tot werknemers en werkgevers, maar ook geldt voor andere werkers.³³³ Geen onderscheid mag wat hen betreft worden gemaakt op basis van de aard van het contract, mits het collectieve karakter is gewaarborgd.³³⁴ Verdragsstaten hebben volgens de ILO zelfs de

³²⁹ Art. 2 Wcao.

³³⁰ *CFA Compilation of decisions* 2018, §525.

³³¹ *Tractatenblad* 1963/90.

³³² Hoekstra, *ArA* 2018, p. 43-83, §3.2.

³³³ Hoekstra, *ArA* 2018, p. 43-83, p. 54.

³³⁴ *CFA Compilation of decisions* 2018, §326 vanaf p. 60.

plicht om vrijwillige onderhandelingen zowel tussen werkgevers en werknemersverenigingen als tussen opdrachtgevers en werkersverenigingen te bevorderen.³³⁵

In het Europese recht, zie het volgende hoofdstuk, is het onderhandelen over loon van zelfstandigen in de regel in strijd met het Europese mededingingsrecht. Dat zijn door het kartelrecht verboden prijsafspraken.³³⁶ De ILO heeft daar nadrukkelijk minder moeite mee en draagt uit dat ook zelfstandigenorganisaties het recht moeten hebben om over loon te onderhandelen.³³⁷ Hoe de ILO dat, ondanks de vele mededingingsrechtelijke wetgeving op zowel Europees als nationaal niveau, voor zich ziet, blijft dan de vraag. Ik kom hierop terug in paragraaf 4.41, waarin ik inga op de doorwerking van de verdragen.

4.9. Zijn de ILO-normen wel bedoeld voor topverdieners?

In het wetgevingstraject van de Wnt merkt de regering op dat de ILO-normen zoals die over het recht op collectief onderhandelen vooral bedoeld zijn voor lagerbetaalde werknemers.³³⁸ Met de ILO-verdragen is volgens de regering niet beoogd om topverdieners in gelijke mate als andere werknemers te beschermen. Daarvoor verwijst de regering naar de uitzonderingsmogelijkheid die in verdrag 151 is opgenomen voor ambtelijke *high-level employees*. Ik zal in de deelparagrafen hieronder onderzoeken of topverdieners recht hebben op vakverenigingsvrijheid en zo ja, of ze dan ook recht hebben om collectief te onderhandelen.

ILO-Verdrag 151, art. 1

1. This Convention applies to all persons employed by public authorities, to the extent that more favourable provisions in other international labour Conventions are not applicable to them.
2. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to high-level employees whose functions are normally considered as policy-making or managerial, or to employees whose duties are of a highly confidential nature, shall be determined by national laws or regulations.
3. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws or regulations.

³³⁵ CFA *Compilation of decisions* 2018, §1231.

³³⁶ Zie §5.3.4.

³³⁷ CFA *Compilation of decisions* 2018, §1233.

³³⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 33978, nr. 7, p. 29.

4.10. Vakverenigingsvrijheid voor topambtenaren

De gedachte dat de ILO-verdragen niet bedoeld zijn om topverdieners te beschermen is wel te begrijpen. De meeste aanbevelingen van de ILO aan verdragsstaten om het recht op collectief onderhandelen beter na te leven zijn gedaan na klachten van vakbonden, zoals in de wetsgeschiedenis van de nooit aangenomen wet Wnt-3 is terecht is opgemerkt.³³⁹ Bovendien worden de ‘gewone’ lagerbetaalde werknemers nu eenmaal veel vaker en beter vertegenwoordigd door deze vakbonden. Dit betekent dat de aanbevelingen niet vaak specifiek een hogerbetaalde doelgroep betreffen. Echter, dit houdt nog niet in dat de verdragen specifiek zijn bedoeld voor lagerbetaalde werknemers. Klachten over hogerbetaalde werknemers komen gewoon minder voor. Toch zijn deze klachten in de geschiedenis van de ILO ook weleens opgekomen en besteedt de ILO er speciaal aandacht aan, in de door haar elke paar jaar gepubliceerde samenvatting van belangrijke overwegingen met betrekking tot de vakverenigingsvrijheid.³⁴⁰

Een enkele zaak waarin de CFA is ingegaan op de positie van topverdieners was die tegen Korea. De CFA merkt in die zaak op dat de uitsluiting van hogere ambtenaren in strijd is met het fundamentele recht op verenigingsvrijheid.³⁴¹ Het is noodzakelijk dat ook deze ambtenaren het recht behouden om hun eigen verenigingen in te richten ter verdediging van hun eigen belangen.³⁴² Verder benadrukt de CFA dat ambtenaren, zonder onderscheid, het recht hebben om organisaties in te richten of deel te nemen aan organisaties naar eigen keuze.³⁴³ Daarbij is in art. 2 van verdrag 87 vastgesteld dat aan ieder het recht toekomt om een vakbond in te richten of aan een vakbond deel te nemen, zonder onderscheid van enige vorm. Dit artikel is ooit bedoeld als non-discriminatie-norm, maar het geeft topwerknemers de mogelijkheid om zich op het brede toepassingsbereik te beroepen omdat het élk onderscheid verbiedt.³⁴⁴

Verder benadrukt het comité dat de uitzondering voor hoge ambtenaren in art. 1 lid 2 van verdrag 151 betrekking heeft op het recht op collectief onderhandelen, niet op de vakverenigingsvrijheid.³⁴⁵ Ook mogen volgens de ILO topverdieners uit de publieke sector wel uitgesloten worden van het deelnemen aan vakbonden die andere soorten werkers dienen, maar moet hun dan wel het recht worden toegekend om eigen vakbonden op te richten die hun eigen belangen dienen.³⁴⁶ Dit betekent dat de Nederlandse regering in zoverre ongelijk had toen ze zei dat belangrijke ILO-normen ook gelden voor topambtenaren.³⁴⁷ Zij mogen hun eigen vakbonden oprichten en hun eigen belangen verdedigen. De vraag die rest, is of het recht op collectief onderhandelen ook onverkort geldt voor deze topambtenaren.

³³⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34818, nr. 3, p. 9.

³⁴⁰ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §369, p. 67.

³⁴¹ ILO case no. 1865, Korea report 340, 751 en 752.

³⁴² CFA, *Compilation of decisions* 2018, high-ranking public servants (k), §369, p. 67.

³⁴³ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §326 vanaf p. 63.

³⁴⁴ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §315, p. 59.

³⁴⁵ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §371, p. 68.

³⁴⁶ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §370, p. 68.

³⁴⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 33978, nr. 7, p. 29.

4.11. **Recht op collectief onderhandelen voor topambtenaren**

In het genoemde verdrag 151 is dus een uitzondering opgenomen voor hoge ambtenaren met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen. Maar wat houdt deze uitzondering volgens de CFA nu in?

In ieder geval houdt deze uitzondering niet in dat lidstaten hun topambtenaren mogen verbieden om een eigen vakorganisatie op te richten om hun eigen belangen te waarborgen, zoals in de vorige paragraaf onderzocht.³⁴⁸

De CFA interpreteert verdrag 98 zo dat alleen “high-level” ambtenaren die werkzaam zijn in “state administration” kunnen worden uitgezonderd van het recht op collectief onderhandelen.³⁴⁹ Dit zijn grofweg topambtenaren die daadwerkelijk voor een staatsorgaan werken, oftewel (top)rijksambtenaren. In het EVRM wordt in art. 11 ook verwezen naar personen die werkzaam zijn in de “state administration”. Dit is in de Nederlandse versie van het EVRM vertaald als leden werkzaam binnen het ambtelijk apparaat van de Staat. Gemeenteambtenaren horen niet bij deze groep ambtenaren. Volgens de ILO gaat deze uitzondering nadrukkelijk niet op voor alle ambtenaren die worden gezien als “white-collar employees”, wat zich leent voor een vertaling als “alle ambtenaren die de overheid ten dienste zijn in kantoorbanen”. De CFA expliciteert het begrip ‘white-collar employees’ door uit te spreken dat alleen topambtenaren (high-level) die direct werken voor het staatsapparaat uitgezonderd mogen worden van het recht op collectief onderhandelen.³⁵⁰

De vraag is dan nog waar de ILO op doelt met deze uitzonderingsmogelijkheid op het recht op collectief onderhandelen. Logischerwijs kan de uitzondering betrekking hebben op het recht om te staken, wat door de ILO wordt gezien als een onderdeel van het recht op collectief onderhandelen. Dit wordt overigens betwijfeld door anderen. Staken ligt wellicht niet heel erg voor de hand voor werknemers binnen het leger en de politie. Ik zie echter niet heel goed in waarom rijksambtenaren niet zouden moeten kunnen staken, wellicht brengt hun takenpakket mee dat hun staken zou worden gezien als onderhandelen met zichzelf. Er zijn geen aanwijzingen dat deze uitzondering uit verdrag 151 ziet op het recht om te onderhandelen over collectieve arbeidsvoorwaarden, zoals loon. Als dit al zo was, zou een groot deel van Wnt-topfunctionarissen nog steeds buiten deze door de CFA strikt begrensde definitie van “high employees” vallen. Alle topfunctionarissen die werken in de semipublieke sector of voor andere bestuursorganen kunnen niet onder deze uitzondering beperkt worden in hun recht op collectief onderhandelen. Kortom: de Nederlandse regering is in het wetgevingsproces van de Wnt uitgegaan van een onjuiste veronderstelling. Allen, zo niet de meeste ambtenaren, hebben een onverkort recht op collectief onderhandelen.

³⁴⁸ ILO case No. 1865, Republic of Korea, 2006, report 340, § 741.

³⁴⁹ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1243, p. 233.

³⁵⁰ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1249, p. 234.

4.12. Onverkort recht op collectief onderhandelen voor topverdieners in de financiële sector

De normadressaten van de meest beloningbeperkende normen uit de Wbfo zijn de dagelijksbeleidsbepalers voor de vertrekvergoeding en de ‘gewone’ werkenden in de financiële sector voor het bonusplafond. Voor deze twee groepen is – in tegenstelling tot bij toprijksambtenaren – geen uitzonderingsmogelijkheid opgenomen in een dergelijk verdrag van de ILO. Deze groep kan niet puur op basis van het zijn van topwerker worden uitgezonderd van het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO. De rechten komen hun in ieder geval volledig toe.

4.13. Tussenconclusie: topverdieners staan in hun collectieve recht

Het recht op vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen geldt volgens de CFA en daarmee de ILO zonder onderscheid voor iedereen. Ambtenaar of niet. Zzp’er of niet. Topverdiener of niet. Wel is het dan van belang dat de topverdieners zich verenigen. Dat hoeft niet per se in een ‘gewone’ vakbond, dit mag ook in een eigen belangenvereniging van topverdieners.

Er is wel een uitzonderingsmogelijkheid op het recht op collectief onderhandelen in art. 1 lid 2 van verdrag 151 voor bepaalde topambtenaren die werkzaam zijn voor de rijksoverheid. Het is verdragsstaten toegestaan om voor deze groep aparte nationale wetten met betrekking tot het collectief onderhandelen te laten gelden die hun recht enigszins beperken. Dit lijkt voornamelijk te duiden op het recht tot staken. Zelfs al was deze uitzondering bedoeld om topambtenaren hun collectieve rechten volledig te ontnemen, dan zouden veel van de topfunctionarissen die kwalificeren als topfunctionaris onder de Wnt, hier niet onder vallen.

Voor de topverdieners en andere personen werkzaam in de financiële sector zijn deze twee fundamentele rechten hoe dan ook niet in te perken. Hun komt het recht op verenigingsvrijheid en collectief onderhandelen onbeperkt toe.

Nu ik heb geconstateerd dat ook topfunctionarissen middels een vakbond onder het recht op collectieve onderhandeling kunnen vallen, is de vervolgvraag wat die collectieve-onderhandelingsrechten inhouden. In de volgende paragraaf zal ik uiteenzetten hoe de ILO oordeelt over ingrijpen in topbeloning.

4.14. De ILO over overheidsingrijpen in arbeidsvoorwaarden

Om uiteindelijk de vraag te beantwoorden of de beloningbeperkende normen uit de Wnt en de Wbfo wellicht in strijd zijn met het recht op collectief onderhandelen, heb ik de ILO-visie op collectief onderhandelen met betrekking tot overheidsingrijpen in arbeidsvoorwaarden nader onderzocht. Dit was nodig om een beter beeld te krijgen van de visie die de ILO

uiteindelijk zou hebben op het ingrijpen in topbeloning (een onderdeel van ingrijpen in arbeidsvoorwaarden).

De zojuist genoemde ILO-visie komt volgens mij voort uit de samenhang tussen de verdragen en de aanbevelingen van de CFA en de CAS. De belangrijkste aanbevelingen van de CFA zijn sinds 1972 gepubliceerd in de *Digest*, sinds 2018 *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association* geheten.³⁵¹

Ik splits de visie van de CFA uit in concretere verplichtingen voor verdragsstaten. Eerst behandel ik de specifieke, bij de ILO onder de aandacht gebrachte zaken in paragraaf 4.20. Daarna zal ik deze verplichtingen in een genuanceerd perspectief plaatsen.

4.15. Uitgangspunt: niet bemoeien met het onderhandelingsproces

Het uitgangspunt van de ILO is dat de overheid zich moet onthouden van bemoeienis met het onderhandelen door de sociale partners.³⁵² Met betrekking tot loon en arbeidsvoorwaarden houden de verdragen 87 en 98 in dat de sociale partners in staat moeten worden gesteld om de lonen en andere arbeidsvoorwaarden in vrijheid (zonder overheidsbemoeienis) af te spreken.³⁵³ Na het vaststellen van het uitgangspunt dat de ILO uitdraagt op het gebied van het recht op collectief onderhandelen heb ik verder onderzoek gedaan naar de visie van de ILO over hoe dit uitgangspunt te hanteren. Uiteindelijk ben ik uitgekomen op vier, voor dit recht concrete(re) verplichtingen met betrekking tot collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden die de ILO hanteert. Deze verplichtingen vloeien voort uit de aanbevelingen van de CFA en de CAS. Ze kunnen als negatieve verplichtingen worden gekwalificeerd, omdat van de verdragsstaten wordt gevraagd zich voornamelijk te *onthouden* van overheidsbemoeienis. Desalniettemin is het gebruik van de term negatieve verplichting voer voor discussie, omdat negatieve verplichtingen soms ook een actieve handeling inhouden.

1. Regering mag cao's niet afhankelijk maken van haar toestemming

Het is in strijd met art. 4 van verdrag 98 om een cao afhankelijk te maken van de toestemming van een minister zodat partijen niet vrijelijk over loon kunnen onderhandelen.³⁵⁴ Wel mag een staat een ambtenaren-cao afhankelijk maken van toestemming van een overheidsorgaan belast met de publieke begroting indien de cao voor een langere periode geldt dan de gewoonlijke begrotingsperiode van een staat.³⁵⁵

2. Regering mag geen arbeidsvoorwaarden uitzonderen van de onderhandelingsruimte van sociale partners

³⁵¹ Te vinden via de website van de ILO.

³⁵² Art. 3 van verdrag 87 & *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association – sixth edition*, §1424 & 1425.

³⁵³ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1233.

³⁵⁴ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1439.

³⁵⁵ ILO case no. 1878, Peru, report 306, 1997, §325.

De CFA heeft meermaals naar voren gebracht dat arbeidsvoorwaarden als loon, toeslagen, arbeidstijden, vakantiedagen en meer op geen enkele wijze mogen worden uitgezonderd van de reikwijdte van het recht op vrije collectieve onderhandeling.³⁵⁶

3. *Maatregelen wegens economische noodzaak zoals bevroren lonen, verplichte verlenging cao's en het beperken van indexering lonen aan levenskosten zijn niet toegestaan, tenzij...*

Het beperken van de indexering van de lonen aan de levensstandaardkosten is volgens de CFA alleen toegestaan als uitzonderlijke maatregel. Dit beleid moet vervolgens niet langer dan redelijkerwijs nodig is worden gevoerd en alleen binnen de context van een beleid om de economie weer op peil te krijgen.³⁵⁷ Ook heeft de CFA als visie dat het voor overheden alleen mogelijk is een verplichting aan cao-partijen op te leggen om de cao's te verlengen indien een noodsituatie dat vergt en voor hooguit een korte tijd.³⁵⁸ Verder moet deze maatregel proportioneel zijn en waarborgen inbouwen voor de levensstandaard van de werkenden die geraakt worden door deze maatregel.

Ook bij een ernstige economische crisis moeten verdragsstaten zich onthouden van ingrijpen in collectief onderhandelen. Indien een overheid denkt niet anders te kunnen doen dan ingrijpen in de lonen, moet een maatregel die het collectief onderhandelen beperkt, als een exceptionele maatregel worden ingevoerd, proportioneel zijn, in duur beperkt zijn en met waarborgen omkleed zijn om de levensstandaard van werkenden te beschermen. Ook legt de CFA de nadruk op het zoveel mogelijk betrekken van de sociale partners bij het besluitvormingsproces over zo'n maatregel, alvorens deze wordt ingevoerd.³⁵⁹

4. *Al gesloten cao's mogen niet worden beïnvloed door nieuwe wetgeving*

Het comité oordeelde geregeld dat de invoering van bijvoorbeeld een maximumloon niet zou moeten inbreken op bestaande cao's.³⁶⁰ Ook wetgeving met terugwerkende kracht zou niet moeten inbreken op al gesloten of zelfs afgelopen cao's.³⁶¹

Bestudering van deze vier lijnen levert meer inzicht op in de door de ILO gehanteerde kernwaarde met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen in het kader van arbeidsvoorwaarden en beloning. Nederland heeft bij het formuleren van deze uitgangspunten ook een rol gespeeld, bijvoorbeeld door een langlopende discussie met de ILO te voeren over de vraag of de geleide loonpolitiek in strijd is met de collectieve-onderhandelingsvrijheid, zie paragraaf 4.16 en verder.

³⁵⁶ ILO case Non 2326, Australia, report 338, §450.

³⁵⁷ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1463.

³⁵⁸ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1455, p. 269.

³⁵⁹ Zie bijv. Griekenland, Portugal en Spanje: ILO case no. 2820, Greece, 2012 report no. 365; ILO case no. 3027, Portugal 2015, report no. 376; ILO case no. 2947, Spain 2014, report no. 371.

³⁶⁰ CFA, *Compilation of decisions*, 2018, §1424, 1427 en 1433.

³⁶¹ ILO case no. 2615, El Salvador, 2009, report no. 353, §869.

4.16. Drie Nederlandse ILO-zaken

Nederland heeft een interessante geschiedenis met de ILO. Al tientallen jaren staat Nederland niet meer op de lijst van de ILO voor extra handhaving en controle.³⁶² Toch zijn er geregeld klachten geweest van Nederlandse vakbonden over de naleving van het recht op collectief onderhandelen.

Alleen al door het gegeven dat de hier centraal staande beloningswetten Wnt en Wbfo in Nederland goed werken (overigens zijn deze wetten (nog) niet in een klacht bij de CFA aan de orde geweest), is het interessant om te kijken hoe de relatie met de ILO is met betrekking tot maximumloon en ingrijpen in arbeidsvoorwaarden. Er zijn drie in het oog springende procedures geweest met betrekking tot loonbemoeienis (ofwel: loonpolitiek) van Nederland. Deze loonbemoeienis en de reactie van de ILO daarop hebben een stempel gedrukt op het recht op collectief onderhandelen in Nederland, en zijn in de literatuur uitgebreid besproken.³⁶³ Na deze zaken kort uiteen te hebben gezet, zal ik ingaan op het effect van deze procedures voor het onderzoek naar het oordeel van de ILO over overheidsingrijpen in arbeidsvoorwaarden.

4.16.1. Nederland en de (geleide) loonpolitiek

De ILO is jarenlang kritisch geweest over de Nederlandse overheidsbemoeienis met lonen. Zo is Nederland in de jaren tachtig in de problemen geraakt door de ‘loonpolitiek’. De Nederlandse overheid had koppelingen aangebracht in het loonsysteem – dit systeem wordt gezien als een overblijfsel van het loonsysteem dat gold ten tijde van de Duitse bezetting. De lonen in de publieke en semipublieke sector en de sociale uitkeringen werden gekoppeld aan de lonen in de private sector. Het gevolg hiervan was dat de overheidsuitgaven afhankelijk waren van de stijging van de lonen in de private sector. Dit is de reden dat in de Wet op de loonvorming bevoegdheden waren opgenomen voor de minister van SZW om de lonen in de private sector te bevriezen.³⁶⁴

Klachten vakbonden en verweer Nederlandse overheid

De Nederlandse vakbonden CNV, FNV en MHP dienden in juli 1988 een klacht in over de loonpolitiek. De vakbonden beklagden zich erover dat de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (Waggs) strijdig was met de vakbondsvrijheid en de principes die daarmee samenhangen. Deze klachten waren voor de ILO niet onbekend. Al jarenlang uitte het comité van experts van de ILO kritiek op het Nederlandse systeem, dat het recht op collectief onderhandelen inperkte. De ILO zond in de jaren 80 zelfs de Amerikaanse arbeidsrechtprofessor Windmuller naar Nederland om Nederland te adviseren in een zogeheten Direct Contact Mission.³⁶⁵

³⁶² P.F. van der Heijden, *ArA* 2018-1, p. 6.

³⁶³ Boonstra 1996, Jacobs 1986 en Plessen 1996.

³⁶⁴ P.F. van der Heijden, *ArA* 2018-1, p. 7.

³⁶⁵ ‘Er zijn geen ILO-watchers in dit land’, interview met Paul van der Heijden, *NTM/NJCM-bulletin*, 2007, p. 420.

De Nederlandse overheid verweerde zich onder andere met een procedureel argument. Het recht op vrijelijk collectief onderhandelen werd volgens de Nederlandse overheid niet beschermd door verdrag 87, maar door verdrag 98, dat tijdens het conflict niet door Nederland was geratificeerd.³⁶⁶

Oordeel comité

De CFA ging voorbij aan dat verweer en oordeelde dat Nederland het recht op collectief onderhandelen niet goed beschermde. Een cao afhankelijk maken van de toestemming van een minister (die een cao kon afwijzen omdat deze niet in overeenstemming met overheidsbeleid zou zijn) was een te grote inbreuk op het vrij kunnen onderhandelen van sociale partners.³⁶⁷ Het comité beaamde dat een bepaalde mate van overheidscontrole op het onderhandelingsproces van sociale partners gerechtvaardigd kan worden door “compelling reasons of national economic interest”. De ILO eist echter dat in zo’n geval de overheidsbemoeienis alleen wordt opgelegd als een exceptionele maatregel, die niet verder gaat dan noodzakelijk en ook niet langer werkt dan redelijk nodig is, met waarborgen voor de nodige bescherming van de werknemers. De CoE voegde daaraan toe dat indien een cao strijdig lijkt te zijn met het algemeen maatschappelijk belang, het mogelijk moet zijn voor de overheid om de partijen daarop te wijzen. De uiteindelijke uitkomst van de inhoud van de cao moet echter bij de sociale partners blijven.³⁶⁸ De ILO zei geen bewijs te hebben gekregen dat er een dwingende reden van nationale economische aard zou zijn voor deze wetgeving en viel vooral over het ‘tijdelijke’ karakter van de loonpolitiek: door jarenlange werking was de loonpolitiek het tijdelijke karakter ontstegen en deze kon dan ook niet meer als een exceptionele maatregel worden beschouwd.³⁶⁹ De CFA adviseerde Nederland de wetgeving te wijzigen in lijn met de beginselen van vakverenigingsvrijheid.³⁷⁰

4.16.2. AVV-verklaring

Een in Nederland voorkomende overheidshandeling die grote impact heeft op de onderhandelingsvrijheid van sociale partners is de algemeenverbindendverklaring (AVV) die de minister van Sociale zaken ingevolge de Wet AVV kan uitspreken.³⁷¹ De AVV kan het recht op collectief onderhandelen in die zin aantasten dat collectieve arbeidsvoorwaarden voor een hele sector gaan gelden, terwijl eerdere cao’s overeengekomen tussen kleinere cao-partijen in dezelfde sector het onderspit delven. Ook heeft de AVV tot gevolg dat partijen die zich doelbewust niet hebben aangesloten bij een bepaalde cao, die toch moeten volgen. In

³⁶⁶ Nederland ratificeerde verdrag 98 pas in 1993. Boonstra 1996, p. 242.

³⁶⁷ ILO case no. 1469, Netherlands, report no. 265, 1989.

³⁶⁸ ILO case no. 1469, Netherlands, report no. 265, 1989, §198.

³⁶⁹ ILO case no. 1469 Netherlands, report no. 265, 1989, §201 & 202.

³⁷⁰ Daarmee maakt de ILO duidelijk dat het recht op collectief onderhandelen binnen het vakverenigingsrecht valt.

³⁷¹ Art. 2 Wet AVV.

2008 dienden een werkgeversvereniging en een vakbond uit Nederland een klacht over de AVV-systematiek in bij de CFA.³⁷²

Feiten, klachten en weerwoord Nederlandse overheid

Vakbond LBV en werkgeversorganisatie Altro Via verzochten de minister in juli 2007 om dispensatie van de algemeen verbindend verklaarde cao geldend in hun sector met een beroep op de eigen cao die zij waren overeengekomen. De minister wees het verzoek af met als argument dat de activiteiten van de bedrijven die waren aangesloten bij de kleinere cao (40 stuks) niet anders waren dan de activiteiten van de bedrijven die meeonderhandelden aan de algemeen verbindend verklaarde cao (6500 aangesloten bedrijven). De sociale partners stapten na enig onsuccesvol protest bij de minister naar de ILO. Zij voerden aan dat de niet toegekende dispensatie op de AVV-cao in strijd was met het recht op vrijelijk onderhandelen van kleinere sociale partijen, verdisconteerd in verdrag 87, 98 en 154. In plaats van het collectief onderhandelen te bemoedigen en ondersteunen heeft de overheid volgens hen de onderhandelingsvrijheid juist beperkt.

De overheid verweerde zich onder meer door te stellen dat de zij de onderhandelingsvrijheid niet schendt omdat zij zich niet bemoeit met de inhoud van een cao. Het doel van een AVV-cao is om oneigenlijke concurrentie door niet-gebonden leden tegen te gaan. Dit ondersteunt en beschermt het collectieve overleg en de bevordert de harmonieuze verhoudingen tussen werkgevers en werknemers. De AVV wordt uitgesproken indien een cao is overeengekomen met de meerderheid van de sociale partners in een sector. Sociale partners hebben de mogelijkheid tot protest in het proces naar de AVV en als dit niets oplevert, de mogelijkheid tot een verzoek om dispensatie van de algemeen verbindend verklaarde cao. De effectiviteit van het systeem om eerlijke arbeidsvoorwaarden voor een hele sector te waarborgen valt of staat met de AVV. Dispensatie is een middel dat slechts bedoeld is voor de situatie dat er binnen een deelgroep van een sector daadwerkelijk behoefte is aan een eigen cao wegens andere bedrijfsspecifieke kenmerken. De overheid legde ook uit dat zelfs bij het niet honoreren van dispensatie, de gunstigere bepalingen nog steeds van kracht zijn indien het een minimum-cao betreft.

Oordeel comité

De CFA heeft zich uitgesproken over deze klacht en de Nederlandse situatie als niet strijdig met het recht op collectief onderhandelen beoordeeld. Weliswaar constateerde de CFA dat het recht op collectief onderhandelen wordt ingeperkt maar vond het AVV-systeem door middel van de uitzonderingsmogelijkheden voor partijen niet berisingswaardig. Het comité merkte ook op dat het Nederlandse systeem nooit is bekritiseerd door de CFA.³⁷³ De mogelijkheid om aanvullende arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen in een eigen cao, die

³⁷² CFA, definitive report – case no. 2628, 2008. ILO 18 november 2008, ECLI:NL:XX:2008:BG8892, TRA 2009/29 m.nt. K. Boonstra.

³⁷³ Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, zie CFA, definitive report – case no. 2628, 2008, §1159.

geldend zijn zelfs zonder dispensatie (mits gunstiger voor de werknemer), was voor de CFA voldoende om geen direct probleem te zien in het licht van het collectief onderhandelen.

4.16.3. Overheidsbemoeienis in de Nederlandse postsector

In 2012 oordeelde de CFA over een klacht van de Werkgeversvereniging Postverspreiders Nederland (WPN) over de overheidsbemoeienis in de postsector met betrekking tot het afsluiten van een cao met minimumarbeidsvoorwaarden. Volgens de WPN werd het recht op collectief onderhandelen niet gewaarborgd door het handelen van de Nederlandse overheid.³⁷⁴

Het probleem was ontstaan nadat door de in 2009 in werking getreden Postwet de monopoliepositie van TNT verdween en de volledige Nederlandse postmarkt werd geliberaliseerd, conform een EU-richtlijn. De werkgeversvereniging WPN sloot een cao af met de vakbonden waarin partijen afspraken dat in de drieënhalve jaar na de liberalisering stapsgewijs moest worden toegewerkt naar de situatie dat 80% van de postbezorgers een arbeidsovereenkomst zou hebben. De einddatum van de cao was 30 september 2012, op dat moment diende dan het percentage te zijn behaald.³⁷⁵ De overheid vond deze cao onvoldoende dwingend en stelde bij AMvB in oktober 2009 vast dat postbedrijven verplicht waren om stapsgewijs uiteindelijk 80% van de personen werkzaam in de post een arbeidsovereenkomst aan te bieden tegen 30 september 2012.³⁷⁶ De rechter oordeelde – in eerste instantie en hoger beroep – echter dat de cao van de WPN voldeed aan deze AMvB.³⁷⁷ Per 1 oktober 2010 beëindigden de vakbonden de cao echter omdat de tussentijdse percentages niet werden gehaald. Nieuwe onderhandelingen liepen spaak en de overheid besloot tot het inzetten van een bemiddelaar. Ook gaf de overheid aan een nieuwe AMvB te willen vaststellen waarbij als einddatum 30 september 2013 voor 80% arbeidsovereenkomsten voor de postverspreiders werd genoemd. WPN sloot een nieuwe cao af met de vakbonden waarbij de maatstaf van de overheid werd gebruikt.

Klachten vakbonden en verweer Nederlandse overheid

De WPN was van mening dat de overheid te veel druk had uitgeoefend op het onderhandelingsproces en op de inhoud van de cao en zich zo in strijd met het recht op collectieve onderhandelingen had gedragen. De vakbond beklagde zich erover dat de overheid door te dreigen met een AMvB de WPN had gedwongen een cao af te sluiten en daarnaast ook ongeoorloofde druk had uitgeoefend door het aanstellen van een mediator. De overheid verweerde zich door te stellen dat de AMvB noodzakelijk was omdat uit eerdere cijfers uit 2007 bleek dat een groot percentage van de postverspreiders minder dan het wettelijk minimumloon verdiende.

³⁷⁴ ILO case no. 2905, Netherlands, 6 oktober 2011, report 365.

³⁷⁵ ILO case no. 2905, Netherlands, 6 oktober 2011, report 365, *TRA* 2013/52.

³⁷⁶ Hof Den Haag 13 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0859, *JAR* 2010/122 & Rb. Den Haag 31 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8075, *JAR* 2010/33.

³⁷⁷ Hof Den Haag 13 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0859, *JAR* 2010/122 & Rb. Den Haag 31 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8075, *JAR* 2010/33.

Oordeel comité

Het comité bracht in zijn oordeel in eerste plaats in herinnering dat de ILO de opvatting uitdraagt dat de overheid zich moet onthouden van bovenmatige beïnvloeding van het onderhandelingsproces tussen sociale partners. Het comité vervolgde zijn standpunt echter door ook te benoemen dat het de vaste lijn van het comité was dat de wetgevende macht van een land de minimumarbeidsvoorwaarden kan bepalen en dat dit geen inperking is van het gebod tot het bevorderen en beschermen van het collectief onderhandelen onder art. 4 van verdrag 98. De overheid had zich niet in strijd met het verdrag gedragen. Wel had de Nederlandse overheid de autonomie van de sociale partners uit het oog verloren door het aanstellen van de mediator.³⁷⁸

Kortom: het comité benadrukte dat de ILO-verdragen niet bepalen dat de overheid geen invloed mag uitoefenen op het onderhandelingsproces, maar dat geen *undue interference* met het onderhandelingsproces mag plaatsvinden, te vertalen als onnodige of bovenmatige inmenging.

4.16.4. Betekenis Nederlandse zaken

Hiervoor heb ik geconstateerd dat het uitgangspunt van de ILO is dat de onderhandelingen tussen sociale partners ongemoeid moeten worden gelaten. Toch blijkt uit de opgestelde negatieve verplichtingen en de daarna genoemde voorbeelden over Nederland dat dit uitgangspunt wel genuanceerd mag worden. Het Nederlandse AVV-systeem doorstaat de toets, terwijl op grond daarvan toch de vrijheid van onderhandelingspartijen die niet eens partij waren bij de cao enorm wordt beperkt.

Het bevriezen of vergaand reguleren van de lonen gaat de ILO echter te ver. De geleide loonpolitiek heeft niet de goedkeuring van de ILO kunnen verkrijgen. Ingrijpen in lonen wegens budgettaire of economische gronden kan alleen maar onder strenge voorwaarden. Er moet sprake zijn van een exceptionele omstandigheid, een tijdelijke maatregel die rekening houdt met de belangen van werknemers. De loonpolitiek van Nederland had geen tijdelijk karakter en voldeed niet aan deze door de ILO gestelde voorwaarden.

4.17. ILO over maximering beloning

De wettelijke maximering en regulering van beloning zoals in de Nederlandse rechtsorde momenteel plaatsvindt door middel van de Wnt en de Wbfo is niet aan de CFA voorgelegd. In een heel vroeg stadium van het wetgevingsproces van de Wnt is geadviseerd – in het rapport ‘Normeren en Waarderen’ van de commissie-Dijkstal in 2007– om de toen nog toekomstige Wnt-normen onderdeel te laten zijn van een adviesaanvraag aan het Bureau van de ILO.³⁷⁹ Daar is niets mee gedaan, omdat de regering van mening was dat de Wnt-normen niet in strijd zijn met de internationale verdragen, zie hiervoor hoofdstuk 2.

³⁷⁸ ILO case no. 2905, Netherlands, 6 oktober 2011, report 365, §1222.

³⁷⁹ Commissie-Dijkstal ‘Normeren en waarderen’, september 2007, p. 30.

Bij de ILO is weleens een op de Balkenendenorm lijkende maatregel aan de orde geweest: namelijk toen de Nederlandse overheid een (indirect) plafond wilde stellen aan ambtenarensalarissen om budgettaire redenen. In de general survey van het CoE in 1994 is ingegaan op de status van de verdragen 86 en 94³⁸⁰ met betrekking tot de verenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen. In deze survey heeft de CoE het standpunt uitgedragen dat het opleggen van een minimum- en maximumbeloning niet direct in strijd is met de verdragen. Door de CFA is in een uitspraak uit 2006 tegen Canada hetzelfde geoordeeld.³⁸¹ Voor de ILO is het voornamelijk belangrijk dat de sociale partners een *significante* rol behouden bij het onderhandelen over salaris en genoeg informatie ter beschikking hebben om te onderhandelen. Dit blijkt uit de *compilations of decisions 2018* van de ILO.

“1486. In so far as the income of public enterprises and bodies depends on state budgets, it would not be objectionable – after wide discussion and consultation between the concerned employers’ and employees’ organizations in a system having the confidence of the parties – for wage ceilings to be fixed in state budgetary laws, and neither would it be a matter for criticism that the Ministry of Finance prepare a report prior to the commencement of collective bargaining with a view to ensuring respect of such ceilings.

1487. With regard to the principle relating to the fixing of wage ceilings, the Committee was of the opinion that it was vital for workers and their organizations to have the possibility of participating fully and significantly in the determination of this wider bargaining framework. That would mean their having access to all financial, budgetary or other information to allow them to assess the situation in full knowledge of the facts. (See 344th Report, Case No. 2467, para. 571.)”³⁸²

Dit standpunt wordt later ook uitgedragen door het CFA in aanbevelingen aan specifieke verdragsstaten.³⁸³ In een uitspraak tegen Peru stelt de ILO dat een loonplafond in de publieke sector an sich niet problematisch is, mits dit maar met de sociale partners is besproken.

The Committee reiterates its previous conclusions and once again recalls the principle, according to which “in so far as the income of public enterprises and bodies depends on state budgets, it would not be objectionable – after wide discussion and consultation between the concerned employers’ and employees’ organizations in a system having the confidence of the parties – for wage ceilings to be fixed in state budgetary laws”³⁸⁴

Het is voor deze toegestane vorm van maximering van ambtenarensalarissen niet nodig dat hetzelfde strenge toetsingskader wordt toegepast als bij het ingrijpen wegens een ernstige

³⁸⁰ General survey ILO 1994.

³⁸¹ ILO case no. 2467, Canada, 2007, report 344, §571.

³⁸² CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1486 en 1487.

³⁸³ CFA case no. 2106, Mauritius, 2000, report 325, §486; ILO case no. 2941, Peru, 2015, report 374, §658; CFA, *Compilation of decisions* 2018, 1486 en 1487.

³⁸⁴ CFA case no. 2941, Peru, 2015, report 374, §658.

economische crisis.³⁸⁵ De CFA herhaalt het standpunt uit de survey van de CoE uit 1994 in zijn compilation uit 2018, waaruit blijkt dat de ILO een onderscheid maakt tussen bovenstaande maatregel en verdergaande maatregelen. Indien een lidstaat eenzijdig, dus zonder consultatie van sociale partners, een maatregel neemt zoals het bevriezen van alle salarissen, kan dit alleen onder het strenge toetsingskader.

The Committee has endorsed the point of view expressed by the Committee of Experts in its 1994 General Survey: While the principle of autonomy of the parties to collective bargaining is valid as regards public servants covered by Convention No. 151, the special characteristics of the public service described above require some flexibility in its application. Thus, in the view of the Committee, legislative provisions which allow Parliament or the competent budgetary authority to set upper and lower limits for wage negotiations or to establish an overall “budgetary package” within which the parties may negotiate monetary or standard-setting clauses (for example: reduction of working hours or other arrangements, varying wage increases according to levels of remuneration, fixing a timetable for readjustment provisions) or those which give the financial authorities the right to participate in collective bargaining alongside the direct employer, are compatible with the Convention, provided they leave a significant role to collective bargaining. It is essential, however, that workers and their organizations be able to participate fully and meaningfully in designing this overall bargaining framework, which implies in particular that they must have access to all the financial, budgetary and other data enabling them to assess the situation on the basis of the facts. This is not the case of legislative provisions which, on the grounds of the economic situation of a country, impose unilaterally, for example, a specific percentage increase and rule out any possibility of bargaining, in particular by prohibiting the exercise of means of pressure subject to the application of severe sanctions. The Committee is aware that collective bargaining in the public sector “calls for verification of the available resources in the various public bodies or undertakings, that such resources are dependent on state budgets and that the period of duration of collective agreements in the public sector does not always coincide with the duration of budgetary laws – a situation which can give rise to difficulties”. The Committee therefore takes full account of the serious financial and budgetary difficulties facing governments, particularly during periods of prolonged and widespread economic stagnation. However, it considers that the authorities should give preference as far as possible to collective bargaining in determining the conditions of employment of public servants; where the circumstances rule this out, measures of this kind should be limited in time and protect the standard of living of the workers who are the most affected. In other words, a fair and reasonable compromise should be sought between the need to preserve as far as possible the autonomy of the parties to bargaining, on the one hand, and measures which must be taken by governments to overcome their budgetary difficulties, on the other.

³⁸⁵ Dit toetsingskader wordt beschreven in § 4.15 onder c en verder.

In 2013 kwam een general survey van de CoE uit over het recht op collectief onderhandelen in de publieke sector. Deze survey richtte zich specifiek tot de landen die in hun collectieve arbeidsvoorwaardensysteem hadden ingegrepen naar aanleiding van de financiële crisis vanaf 2007. Sommige landen – zoals Griekenland,³⁸⁶ – verlaagden of bevroren eenzijdig de lonen.³⁸⁷ De CoE benadrukte dat dit alleen kan als voldaan is aan de strenge normen uit het toetsingskader dat de CoE voor ingrijpen in collectief onderhandelen wegens budgettaire of economische overwegingen heeft ingericht.³⁸⁸ De CoE merkte verder wel op dat gezien de bijzonderheden in de publieke sector, er flexibel met het recht op collectief onderhandelen kan worden omgegaan.³⁸⁹ Het is opvallend dat de uitgangspunten over looningrijpen over collectief onderhandelen uit de survey uit 1994 niet letterlijk werden herhaald in de general survey over de publieke sector uit 2013. Echter, deze bewoordingen over loonplafonds in de publieke sector stonden wel in de compilation van de CFA uit 2018. Ik ga er daarom van uit dat de CFA nog steeds hetzelfde onderscheid maakt tussen mild ingrijpen in collectief onderhandelen en grover ingrijpen in het recht op collectief onderhandelen.

De ILO spreekt zich kortom niet uit als directe tegenstander van een loonplafond in de publieke sector. Maar de organisatie benadrukt graag het belang om de sociale partners te betrekken bij het proces tot het vaststellen van dit plafond.³⁹⁰ De ILO vindt dat de vakbonden – om volledig en zinvol te kunnen deelnemen aan het ontwerpen van het onderhandelingskader – toegang moeten hebben tot financiële, budgettaire en andere informatie om zo toegang tot en een eerlijke kans in het debat te verkrijgen.³⁹¹ Indien het ingrijpen in loon verder gaat dan een loonplafond, benadrukt de ILO andere – strengere – voorwaarden in de vorm van een toetsingskader. Ik zal in deze paragraaf voorbeelden van bij de CFA aangebrachte klachten bespreken die te maken hebben met een (vorm van een) verdergaand loonplafond.

4.18. Canada en de verplicht verlengde cao's

Net voor het uitbreken van de wereldwijde financiële crisis nam een verdragsstaat – Canada, en dan specifiek de regering van provinciestaat Quebec – vergaande maatregelen die volgens de betrokken Canadese ambtenarenvakbonden in strijd zouden zijn met de collectieve onderhandelingsvrijheid. In december 2005 werd een wet genaamd ‘Act 43’ aangenomen en deze trad vrijwel direct in werking. De wet zorgde er voornamelijk voor dat alle nog lopende en al verlopen cao's uit de gehele publieke sector, inclusief de gezondheidszorg en het onderwijs, werden verlengd tot 1 maart 2010. Begin 2006 meldden 12 ambtenarenvakbonden zich bij de ILO met klachten die betrekking hadden op het door de regering schenden van het

³⁸⁶ Griekenland alsmede Spanje en Portugal, zie §6.4.2.

³⁸⁷ Zie voor een mooi overzicht Marshall, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2014, p. 449-478.

³⁸⁸ Zie §2.5.1.

³⁸⁹ ILO, ‘Freedom of collective bargaining in the public service’, *General survey*, 2013 §324 e.v.

³⁹⁰ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1487.

³⁹¹ ILO case no. 2106, Mauritius, 2000, report 325, §, 486; ILO case no. 2941, Peru, 2015, report 374, §658; CFA, *Compilation of decisions* 2018, 1487.

recht op collectief onderhandelen.³⁹² Ik bespreek deze zaak in het licht van het recht op collectief onderhandelen.

4.18.1. Klachten bonden en verweer Canadese overheid

De belangrijkste klacht van de vakbonden luidde dat de wet – waarmee al verlopen cao's werden verlengd – was ingevoerd zonder overleg met de vakbonden. Ook was er geen ruimte voor heronderhandelingen of nieuwe cao's gedurende de drie jaar dat de oude cao's van toepassing zouden blijven. Collectief onderhandelen was daarmee drie jaar niet mogelijk, en ook staken was niet toegestaan zolang de cao's van kracht bleven.

De regering van Quebec verweerde zich door te stellen dat het verlengen van de cao's een noodzakelijke maatregel was aangezien de onderhandelingen met de vakbonden al tweeëneenhalf jaar in een impasse zaten. Volgens de regering leken de vakbonden niet te willen begrijpen dat Quebec aan het maximum zat qua publieke uitgaven. De economische groei was lager dan de jaren ervoor. Aan de eisen van de vakbonden tegemoetkomen betekende volgens de regering dat iedere ingezetene meer belasting zou moeten gaan betalen.

De regering vervolgde dat ze zich had gehouden aan het strenge toetsingskader van de ILO met betrekking tot ingrijpen in de cao's. De verlengde cao's waren ooit vrijelijk uitonderhandeld door de cao-partijen, de regering had daarbij eenzijdig een salarisverhoging doorgevoerd, zodat de levensstandaard van de werknemers beschermd zou zijn. Ook zei de regering dat deze exceptionele maatregel noodzakelijk was en dat ze de kortst mogelijke periode had gekozen voor de maatregel, puur met als doel de noodzakelijke stabilisering van de publieke uitgaven. Daarnaast wees de regering erop dat de lonen nog steeds hoger waren dan in de private sector.

Oordeel comité

Het comité benoemde allereerst dat de maatregel van de regering betekende dat verlopen of bijna verlopen cao's werden verlengd terwijl de sociale partners nog in onderhandeling waren. Kunnen onderhandelen over arbeidsvoorwaarden is volgens het comité een essentieel onderdeel van vrij collectief onderhandelen en daarmee van de vakverenigingsvrijheid. Het comité erkende dat er een beperkter regime met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen mag gelden voor ambtenaren werkzaam voor de overheid, maar dat een dergelijk beperkt regime in ieder geval niet mag gelden voor allen die werkzaam zijn in de publieke sector. Het mag alleen gelden voor ambtenaren die kerntaken van de overheid uitoefenden. De uitzondering geldt niet voor docenten en zorgmedewerkers, die wel last hadden van de verlengde cao's.

Het comité herinnerde Canada eraan dat aan dat het niet ondenkbaar is dat een staat zijn ambtenaren loonplafonds oplegt in zijn staatsbegroting. Wel zou dat dan moeten plaatsvinden na een periode van brede discussie en overleg met de sociale partners en in een zodanige vorm gegoten moeten zijn dat het systeem het vertrouwen van deze partijen draagt. Ook zou

³⁹² ILO case no. 2467, Canada, 2006, report 344.

de ILO een systeem waarin het ministerie van Financiën voorafgaand aan de onderhandelingen een rapport uitbrengt met het oog op de naleving van zulke beloningsplafonds, niet direct afkeuren.

Het comité beschouwde de duur van de verlenging als excessief, en vond dat de regering zich niet aan het toetsingskader had gehouden. Een restrictie als deze op het recht op collectief onderhandelen zou alleen ingezet moeten worden als een exceptionele maatregel. De vorm moet verder proportioneel zijn, de maatregel zou niet langer moeten worden ingezet dan nodig, en met inbegrip van maatregelen om de levensstandaard van werknemers te beschermen. Behalve over de excessieve duur waren partijen het ook oneens over de vraag of de salarisverhoging van 2% genoeg was om de levensstandaard van de werkenden te beschermen. De vakbonden wezen erop dat voor de personen die een bevroren cao hadden, er gedurende de bevroren periode überhaupt geen stijging was (2004 en 2005). Het comité stelde voor dat de regering de salarisstijging zou herbeoordelen, mogelijkerwijs door de inzet van een onafhankelijk persoon die het vertrouwen van alle partijen had.

Tot slot beval het comité de regering aan om de wetgeving te wijzigen zodat zij de verdragen 87 en 98 niet zou schenden. De overheid zou op grond van de wet alleen maar moeten kunnen ingrijpen in collectief onderhandelen in exceptionele omstandigheden en deze wet zou dan proportioneel moeten worden uitgevoerd. Ook drong het comité erop aan bij de regering om in de toekomst geen arbeidsvoorwaarden meer op te leggen die niet zijn overlegd met de sociale partners.

4.19. Ecuador berispt voor permanent beloningsplafond

De Ecuadoraanse ambtenarenvakbonden klaagden zich in 2008 bij de CFA³⁹³ over maatregelen in Ecuador die in hun ogen de vakbondsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen ernstig inperkten. Deze maatregelen van Ecuador waren een reactie op de overheids-cao's waarin grote privileges en excessieve beloningen werden toegekend. Zo werden banen doorgegeven aan familieleden van ambtenaren indien deze met pensioen gingen of overleden, werd overwerk betaald aan vakbondsleden terwijl er niet daadwerkelijk gewerkt was, werd vakantiegeld uitgedeeld aan familieleden van werknemers, werden grote bonussen gegeven bij vrijwillig vertrek, werden grote transitiesommen verstrekt bij verandering van werkgever, werden grote private pensioenstortingen gedaan en meer. Dit ontkenen de betrokken vakbonden overigens niet. Op de petroleumvakbond na, erkenden alle vakbonden dat er sprake was van excessieve privileges en excessieve beloningscomponenten voortvloeiend uit de cao's. Ecuador trok als reactie hierop wetgeving in die het recht op collectief onderhandelen waarborgde en verklaarde een aantal bepalingen uit cao's in de publieke sector nietig. In vervolg daarop voerde het land wettelijke "cao"-bepalingen door met betrekking tot arbeidsvoorwaarden. Cao-bepalingen werden verder bij de overheidsrechter op nietigheid getoetst.

De vakbonden klaagden zich erover dat de overheid zichzelf de macht had toegekend om cao's nietig te verklaren en in plaats daarvan zelf bindende arbeidsvoorwaarden op te leggen.

³⁹³ ILO case no. 2684, Ecuador, 2008.

Door middel van uitvoeringsdecreten kwam er een (permanent) plafond op beloning en vertrekvergoedingen en een verbod op aanvullende private pensioenbetalingen. Dit schond hun recht op collectief onderhandelen. De overheid beriep zich echter op het algemene belang van Ecuador om geen overheidsgeld te verspillen, omdat dat in het nadeel zou zijn van alle mensen in Ecuador, oftewel schadelijk voor het algemeen belang.

Oordeel comité

De ILO was begripvol voor het algemene belang dat de overheid van Ecuador moet dienen, maar was ook streng.³⁹⁴ De CFA oordeelde dat bedingen die als excessief worden beschouwd, getoetst dienen te kunnen worden door een rechter in plaats van door de overheid, omdat de overheid anders een dubbele rol aanneemt: die van partij en rechter. Zelfs dan zou de controle alleen moeten kunnen worden uitgevoerd voor zeer extreme gevallen. De CFA verzocht de Peruaanse overheid om de overheidsdecreten die een permanent maximum op beloning, vertrekvergoedingen en het verbod op aanvullende pensioenen inhielden, in te trekken. De CFA deed dit met als doel de vrijheid op collectief onderhandelen te herstellen. Ook gaf de CFA aan dat indien een overheid overtuigd is van de noodzaak tot het ingrijpen in vrije onderhandelingen met betrekking tot beloning, zij alleen zou moeten ingrijpen vanuit de gedachte dat dit een exceptionele maatregel is die niet verder moet gaan dan noodzakelijk, door de maatregelen hooguit voor een redelijke periode te laten gelden en een vangnet te creëren voor de bescherming van de werknemers. Daarbij gaf de CFA ook nog een kritiekpunt op de procedure. Indien Ecuador arbeidsvoorwaarden had willen veranderen, had de staat beter kunnen wachten tot deze cao's waren uitgewerkt en dan nieuwe onderhandelingen kunnen starten met de vakbonden.³⁹⁵

4.19.1. Griekenland en loonvermindering

Na de financiële crisis kortte een aantal landen (o.a. Portugal en Spanje) op ambtenarensalarissen zonder daarvoor met de sociale partners te hebben overlegd.³⁹⁶

Griekenland legde zijn ambtenaren via noodwetten onder meer een korting van 7% op hun vaste salaris en een korting van 30% op hun variabele beloning op. Andere werkenden in de (semi)publieke sector werden op een soortgelijke manier gekort op hun salaris. Daarnaast bevroor de Griekse regering niet alleen de cao's opdat er geen nieuwe loonsverhogingen konden plaatsvinden, maar zorgde ze ervoor deze noodwetten voorrang hadden op de al van kracht zijnde cao's. De cao's en de vakbonden werden daarmee buitenspel gezet.

Klachten bonden en verweer Griekse overheid

De bonden beklagden zich over de (permanente) noodwetten die de Griekse regering had doorgevoerd. Zij voelden zich ernstig in hun collectieve onderhandelingsrecht aangetast, zoals dat is beschermd door onder meer verdrag 87 en 154.

³⁹⁴ ILO case no. 2684, Ecuador, 2008, report 354, §830.

³⁹⁵ ILO case no. 2684, Ecuador, 2008, report 354, §840 onder d.

³⁹⁶ ILO case no. 3027, Portugal, 2015, report 376 en ILO case no. 2947, Spain, 2014, report 371.

Griekenland verweerde zich onder andere met het wel begrijpelijke argument dat het terugdringen van de overheidskosten noodzakelijk was wegens de financiële crisis. Verder bevond Griekenland zich in een spagaat: het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Unie hadden aangedrongen op stevige bezuinigingen als voorwaarde voor een te verkrijgen lening.

Oordeel comité

De CFA wees Griekenland – ondanks geuit begrip voor de extreme financiële situatie – erop dat het collectieve-onderhandelingsrecht niet te veel onder de financiële crisis mag lijden.³⁹⁷ De CFA staat dusdanig ingrijpen in loon wegens een financiële crisis toe onder strenge voorwaarden. Indien een overheid denkt niet anders te kunnen doen dan ingrijpen in de lonen, moet de maatregel moet exceptioneel, tijdelijk en proportioneel zijn. Ook moet de maatregel waarborgen bevatten om de levensstandaard van de werkenden die geraakt worden door de maatregel te beschermen. Griekenland had de mogelijkheden van ingrijpen in loon overschreden. De CFA benadrukte dat in een geval als bij Griekenland, alle besluiten tot een vermindering of bevrozing van loon bij voorkeur vrijwillig en in goed overleg met de sociale partners worden genomen. De CFA verzocht Griekenland de rol van sociale partners te versterken.

4.20. Uitgangspunten moeten worden genuanceerd

Hoewel de onder § 4.15 genoemde vier uitgangspunten – te weten: de regering mag een cao niet afhankelijk maken van haar toestemming; ze mag geen onderwerpen uitzonderen van de cao-onderhandelingen; ze mag maatregelen als bevrozing lonen, verplichte verlenging cao's en beperking van de indexering van de lonen aan levenskosten slechts opleggen indien voldaan is aan streng toetsingskader; en al gesloten cao's mogen niet worden beïnvloed door nieuwe wetgeving – erg lijken aan te sturen op een rol als verdragsstaat waarbij het onthouden van bemoeienis met de collectieve onderhandelingsvrijheid van sociale partners vooropstaat, is dit niet het hele verhaal, zoals ook blijkt uit de bovenstaande oordelen. De CFA heeft in die zaken laten zien dat het wel duidelijk ruimte wil laten voor ingrijpen in arbeidsvoorwaarden mits dit gerechtvaardigd is door een algemeen belang, proportioneel toegepast wordt en met zo veel mogelijk inspraak van de sociale partners. Ook op het gebied van het maximeren van beloning door middel van loonplafonds is het mogelijk voor een verdragsstaat om in te grijpen, zelfs zonder het strenge toetsingskader. Het collectieve-onderhandelingsrecht is niet absoluut. Dat blijkt ook uit het voorbeeld waarin de ILO³⁹⁸ zich inzet om minimumlonen te bewerkstelligen in zo veel mogelijk verdragsstaten.³⁹⁹ Dit is, al is het ter bescherming van de werkenden, ook een inbreuk op het collectieve-onderhandelingsrecht.

³⁹⁷ ILO case no. 2820, Greece, 2012, report 365.

³⁹⁸ Zie bijvoorbeeld: Verdrag betreffende de vaststelling van minimumlonen, in het bijzonder met betrekking tot de ontwikkelingslanden. *Trb.* 1971, 48.

³⁹⁹ Later verschoof het accent van de ILO meer naar *decent work*.

4.20.1. Minimumvoorwaarden

De ILO heeft zich met betrekking tot loon juist wel ingezet voor actieve overheidsbemoeienis met collectief onderhandelen door het aanmoedigen en verplicht stellen van minimumstandaarden voor arbeidsvoorwaarden.

De belangrijkste minimumstandaard is de Minimum Wage Convention uit 1970, nummer 131. Hierin verplicht de ILO de verdragsstaten minimumlonen in te voeren. Kennelijk strekt het recht op collectief onderhandelen zich niet zover uit dat het ook de onderkant van de lonen raakt, en dus ook het vrije collectieve onderhandelen beperkt. De bescherming die het minimumloon biedt, heeft kennelijk voorrang gekregen op deze vrijheid. Dit wordt ook bevestigd in verdrag 131. In lid 1 van art. 2 wordt ten eerste bepaald dat minimumloon niet (contractueel) kan worden uitgesloten. Bij niet-naleving zullen de betrokken persoon of personen aan passende straf- of andere sancties worden onderworpen. In lid 2 van art. 2 wordt daarover bepaald dat het recht op collectief onderhandelen, uitgesloten het bepaalde in lid 1, onverminderd van kracht blijft. Ook indien de minimumstandaarden speciaal voor een bepaalde sector door een verdragsstaat in het leven worden geroepen om zo sociale partners tot een bepaald minimum te dwingen, is dit nog niet in strijd met het collectieve-onderhandelingsrecht volgens de ILO. Het was Nederland⁴⁰⁰ die in 2012 met een klacht over dit onderwerp te maken kreeg bij de CFA. De CFA oordeelde dat het Nederland was toegestaan om minimumarbeidsvoorwaarden te eisen voor de postsector. Wel was de CFA kritisch over de door de overheid aangestelde bemiddelaar.⁴⁰¹

4.21. Wat zijn de criteria voor een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op collectief onderhandelen volgens de ILO?

Hoewel de ILO redelijk strikte regels heeft met betrekking tot ingrijpen in beloning, tonen de specifieke aangebrachte klachten bij de CFA aan dat een rechtvaardiging zo'n ingreep toch legitiem kan maken. Werknemersbescherming is in ieder geval een rechtvaardiging om minimumarbeidsvoorwaarden wettelijk op te leggen aan sociale partners. Al zegt de ILO het niet met zoveel woorden: uit de Nederlandse postsectorzaak kan ik opmaken dat overheidsbemoeienis in het belang van de werknemers het ingrijpen in collectief onderhandelen kan rechtvaardigen. Dit betekent overigens niet dat elk algemeen belang een rechtvaardiging is voor het ingrijpen in de collectieve-onderhandelingsvrijheid. De lonen eenzijdig verlagen of bevriezen wegens budgettaire overwegingen van een verdragsstaat is niet zomaar toegestaan; het wordt aan een streng toetsingsmechanisme onderworpen. Toch betekent ook dit dat zo'n ingreep in het collectief onderhandelen te rechtvaardigen kan zijn, mits deze maar voldoet aan de vereisten die de ILO eraan stelt.

Er zijn twee duidelijke rechtvaardigingen te bespeuren in de rapporten van de ILO met betrekking tot ingrijpen in beloning: de net besproken werknemersbescherming (Nederlandse AVV en minimumloonwetgeving) en de economische noodtoestand (voorbeelden van

⁴⁰⁰ Comité voor vakverenigingsvrijheid van de ILO, rapport 365, november 2012, Nederland, *TRA* 2013/52, m.nt. Boonstra.

⁴⁰¹ ILO case No. 2905, Netherlands, 2011, report 365, §1222.

Canada en Griekenland). Het aanwezig moeten zijn van een rechtvaardiging voor een inbreuk op het recht op collectief onderhandelen met betrekking tot topbeloning doet denken aan het nodig zijn van een legitiem doel in het EVRM wanneer er inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht.

Een rechtvaardigingsgrond op zichzelf is niet genoeg voor een succesvolle inperking van het recht op collectief onderhandelen. Proportionaliteit speelt ook een grote rol. Zo meldt de ILO herhaaldelijk dat het bestaan van loonplafonds in de publieke sector an sich geen groot probleem vormt voor het collectief onderhandelen. In bijvoorbeeld de Ecuador-zaak wordt de nadruk ook gelegd op proportionaliteit: de overheid had met een andere oplossing ook de lonen kunnen bevriezen of verlagen.

Oftewel, voor een geslaagde ingreep in beloningen door een overheid moet in het kader van het recht op collectief onderhandelen een rechtvaardiging aanwezig zijn en mag het middel niet het doel voorbij schieten. Een meer concreet uitgewerkte variant op dit leerstuk zijn de strenge criteria die de ILO hanteert bij ingrijpen in loon wegens budgettaire overwegingen.⁴⁰² Dan wordt staten opgedragen zo'n ingreep alleen in exceptionele omstandigheden toe te passen, met een tijdelijke duur, en in overleg met de sociale partners.

Betekent voorgaande nu dat dit de enige twee rechtvaardigingen zijn om in te grijpen in collectief onderhandelen? Die gedachte lijkt mij te beperkt. De CFA-oordelen geven aanleiding om het standpunt in te nemen dat het recht op collectief onderhandelen kan worden ingeperkt mits de rechtvaardiging deugt en het middel niet verder gaat dan nodig. Hoe minder ernstig de ingreep, hoe milder de aanbevelingen en het oordeel van de CFA. Dit maakt de toets van de CFA relatief. Hoe heftiger de ingreep, hoe belangrijker de rechtvaardiging. En als er al door een staat wordt ingegrepen, dan hecht CFA waarde aan de consultatie van sociale partners bij dat ingrijpen.

Kortom: een vergaande inbreuk op loon dient voorzien te zijn van een rechtvaardiging. Indien deze rechtvaardiging gegrond is door budgettaire of economische overwegingen, past de ILO haar strenge toetsingskader toe. Indien de rechtvaardiging in werknemersbescherming ligt, past de ILO dit toetsingskader niet toe. Evengoed blijft de proportionaliteit belangrijk, evenals de consultatie van sociale partners bij de ingreep. De toets van de ILO kan daarom een relatieve toets genoemd worden.

4.22. Tussenconclusie: wat houdt het recht op collectief onderhandelen in met betrekking tot beloning en wat vindt de ILO van het wettelijk ingrijpen in topbeloning?

Wat het recht op collectief onderhandelen inhoudt volgens de ILO wordt in eerste plaats bepaald door de verdragen. Door de open formulering van de bepalingen in de relevante verdragen 87, 94 en 154 worden de aanbevelingen van de CFA en de CoE als nadere, gezaghebbende invulling gezien. De comités doen echter geen bindende uitspraken en

⁴⁰² Zie de omschrijving van deze criteria staan in § 4.15 onder 3.

daardoor kan tussen de verdragsstaten en de comités een *interpretation gap* ontstaan.⁴⁰³ Dit heeft in Nederland in de jaren tachtig geleid tot een langlopende discussie met de ILO over de geleide loonpolitiek.

De invulling die de CFA geeft aan het recht op collectief onderhandelen met betrekking tot beloning heb ik onderscheiden in vier uitgangspunten. Deze uitgangspunten laten zich als volgt samenvatten. Een verdragsstaat zich moet onthouden van bemoeienis bij het onderhandelingsproces tussen sociale partners door geen arbeidsvoorwaarden uit te zonderen van onderhandeling, lonen niet te bevriezen of te koppelen aan de levensstandaard en cao's niet afhankelijk te maken van toestemming van de overheid. Tot slot moet een verdragsstaat al gesloten cao's ongemoeid laten. Louter het collectief onderhandelen benaderen vanuit deze verboden is echter niet het hele verhaal. De ILO draagt tevens uit dat overheidsbemoeienis juist wel op zijn plaats is om minimumarbeidsvoorwaarden te stimuleren, zoals het minimumloon. Ook had de ILO geen moeite met het Nederlandse AVV-systeem, dat is ingegeven door de wens tot werknemersbescherming. Het recht op vrij collectief onderhandelen is dus niet absoluut. Ter bescherming van werknemers kan het recht op collectief onderhandelen worden ingeperkt, ook lijkt er ruimte te zijn om op basis van een andere rechtvaardiging in het algemeen belang in te grijpen in het collectief onderhandelen, mits proportioneel. Vrijelijk – en daarmee wordt bedoeld ongestoord door overheidsbemoeienis – onderhandelen door sociale partners blijft echter het kerndoel.

Met betrekking tot topbeloning sluit de ILO niet direct uit dat een staat een loonplafond instelt met het oog op de economie. Dit moet dan wel in goed overleg en debat met de sociale partners tot stand komen. Ook moet er voldoende ruimte blijven voor een *significante* rol voor de sociale partners bij de onderhandelingen over loon. Bij meer vergaande ingrepen in beloning uit budgettaire overwegingen hanteert de ILO een streng toetsingskader. Om dringende economische redenen mag een exceptionele maatregel tijdelijk worden ingevoerd mits deze proportioneel is en er waarborgen zijn ingebouwd voor de levensstandaard van de werknemers.

Wat de CFA zou vinden van de Nederlandse beloningswetgeving is (nog) niet bekend. De Wbfo en Wnt zijn daar nog niet aan de orde geweest door klachten van een (Nederlandse) vakbond bij de CFA, noch is deze wetgeving gesignaleerd door de CoE. Wel geven de ILO-aanbevelingen aanleiding om het standpunt in te nemen dat ook het recht op collectief onderhandelen kan worden ingeperkt mits de rechtvaardiging deugt en het middel niet verder gaat dan nodig. Ook is het aan te raden om de sociale partners zoveel mogelijk te betrekken bij dit soort wetgeving. De ILO zal dan niet het strenge toetsingskader toepassen dat gebruikelijk is bij wetten die uit budgettaire overwegingen zijn geboren. De Wnt en Wbfo zijn niet ontworpen om van tijdelijke aard te zijn, en zullen zo al niet door dat toetsingskader komen. Maar gezien de doelstelling van deze beloningswetgeving zie ik niet in dat deze wetten net zo streng zullen worden beoordeeld als loonmaatregelen in andere ILO-zaken. Daarbij is de ingrijpendheid van de Wnt en de Wbfo veel kleiner dan bij de voorbeelden die

⁴⁰³ Zie hiervoor verder over *interpretation gap* § 4.39.

wij hebben gezien. Ik toets de Nederlandse beloningsnormen aan het vanaf paragraaf 4.15 uiteengezette kader van de ILO.

4.23. Maken de beloningsnormen inbreuk op het collectieve-onderhandelingsrecht van de topverdieners?

Zijn de normen uit de Wbfo en Wnt die in dit proefschrift centraal staan in strijd met het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO? In paragraaf 2 van dit hoofdstuk heb ik onderzocht wat het recht op collectief onderhandelen inhoudt. Mijn conclusie was dat het recht op collectief onderhandelen geen absoluut recht is: het kan in beperkte mate worden beknot. In paragraaf 4.6 heb ik onderzocht of de topverdieners uit de beloningswetgeving wel onder de ILO-verdragen vallen en zo aanspraak kunnen maken op het recht op vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen. Mijn conclusie is – kort gezegd – dat aan de topverdieners in de financiële sector het recht op collectief onderhandelen onbeperkt toekomt. Voor de ambtenaren geldt: mocht er op grond van verdrag 151 een uitzondering gemaakt worden voor sommige rijksambtenaren, dan gaat het in ieder geval niet om het leeuwendeel van de grote groep ambtenaren die onder de reikwijdte van de Wnt valt. Nu rest de vraag of bij deze meerderheid van de topverdieners inbreuk wordt gemaakt op hun recht op collectief onderhandelen, en of deze schending wellicht gerechtvaardigd is in het licht van de doelstellingen van de beloningbeperkende wetgeving. Om deze vraag te beantwoorden zal ik eerst de rechtvaardiging voor de Wnt en de Wbfo beschouwen, en daarnaast de standpunten van de regering en, indien aanwezig, adviesorganen die de regering hebben geadviseerd, tegen het licht houden. Ik splits de uitwerking in twee delen: eerst beantwoord ik de vraag of het recht op collectief onderhandelen van de topfunctionarissen uit de Wnt geschonden wordt, daarna zijn de topverdieners uit de financiële sector aan de beurt.

4.24. Inbreuk rechten topfunctionarissen uit Wnt

Nu ik in de voorgaande paragrafen heb geconstateerd dat aan de topverdieners uit de Wnt het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO toekomt, resteert nog de vraag of de beloningswetgeving van de Wnt – de Balkenendenorm en het goudenhanddrukverbod – het recht op collectief onderhandelen daadwerkelijk schendt. Dit hangt af van de rechtvaardiging van de individuele beloningsbeperking afgewogen tegen de ernst van de inbreuk. Om die vraag te beantwoorden beschouw ik eerst de rechtvaardiging van de regering voor de Wnt, en de standpunten van de regering en de adviesorganen over mogelijke strijdigheid met het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO. Daarna trek ik mijn conclusie aan de hand van het in 4.21 uiteengezette toetsingskader.

Ik zal de Wnt toetsen aan de hand van de meest belangrijke op de beloning ingrijpende normen:

- De Balkenendenorm
Dit is een norm die het salaris van publieke topfunctionarissen maximeert

zoals in de Wnt onder art. 2.1 is vastgesteld. Er is geen cao-exceptie. De norm kan ook lager liggen dan het niveau van een ministersalaris, door de categorale en sectorale bezoldigingsnormen.

- Het goudenhanddrukverbod publieke sector (Goudenhanddrukverbod PS)
Deze norm beperkt de vertrekvergoeding van topfunctionarissen zoals gedaan in de Wnt onder art. 2.10. Hiervoor geldt een beperkte cao-exceptie.

4.25. Rechtvaardiging van de regering voor de Balkenendenorm

De Wnt is opgezet door een lang aanhoudende roep om regulering van de beloning van personen die werkzaam zijn in de publieke sector. Voor meer informatie over de achtergrond van de Wnt, zie hoofdstuk 1.

De doelstelling van de Wnt heeft de regering als volgt geformuleerd:

“De inzet van het kabinet is om de topbezoldigingen in de publieke en semipublieke sector te normeren en te maximeren. Het kabinet is van mening dat organisaties die een publieke taak hebben en die bekostigd worden met publiek geld, hun bestuurders ordentelijk behoren te betalen. Ordentelijk betekent: evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant. Overigens moet wel rekening worden gehouden met de wens om vacatures te vullen met kandidaten met kwaliteit en met de wens om die mensen ook een redelijke tijd voor de organisatie te behouden. Het is het kabinet ernst om dit goed te regelen voor de overheid, inclusief de zelfstandige bestuursorganen (publiek en privaat) en voor de semipublieke sector. Het kabinet heeft hierbij, als gezegd, niet de bedoeling het primaat van de sociale partners inzake de loonvorming te doorbreken.”⁴⁰⁴

De wetgeving wordt dus ingezet om de topsalarissen in de publieke sector te normeren en te maximeren. Verder geeft de regering aan dat uit de rapporten van de commissie-Dijkstal blijkt dat in bepaalde branches veel bestuurders een salaris boven een zelfopgelegde sectornorm verdienen.⁴⁰⁵

4.26. Standpunt van de regering in het Wnt-wetgevingsproces met betrekking tot het maximumloon voor topfunctionarissen

Door de regering is in het wetgevingsproces van de Wnt-2 – de Wnt die uiteindelijk onder andere de Balkenendenorm naar 100% verlaagde – aangedragen dat de ILO een beschermende functie heeft voor gewone werknemers, niet per se voor de topverdieners. De regering heeft dit op de volgende wijze geformuleerd:

“Vanzelfsprekend is het recht op collectief onderhandelen niet absoluut. Dit is ook door het Freedom of Association Committee van het ILO erkend. Voor zover de regering bekend is er echter geen uitspraak van het Committee over een wettelijk

⁴⁰⁴ *Kamerstukken II 2010/11, 32600, nr. 3, p. 6.*

⁴⁰⁵ *Kamerstukken II 2010/11, 32600, nr. 3, p. 7 e.v.*

bezoldigingsmaximum voor de hoger betaalde (top)functionarissen. De rapporten die door deze Committee zijn opgesteld zien veelal op ingrijpen in of bevriezen van salarissen en dan meestal van lagerbetaalde werknemers. Daarvan is in deze situatie geen sprake. Het gaat hier om het stellen van een bovengrens. Dit betreft bovendien een relatief hoge grens, die wordt gesteld om de topfunctionarissen een behoorlijk doch niet bovenmatige bezoldiging te geven die maatschappelijk aanvaardbaar is. Tot deze grens mag vrij worden onderhandeld over de hoogte van de bezoldigingen. De regering meent daarom dat het wetsvoorstel niet op gespannen voet staat met ILO-Verdragen. Een ondersteuning voor deze gedachtelijn zou kunnen worden gevonden in art. 1, tweede lid, van ILO-Verdrag nr. 151, waarin is opgenomen dat ‘the extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to high-level employees whose functions are normally considered as policy-making or managerial, or to employees whose duties are of a highly confidential nature, shall be determined by national laws or regulations’.”⁴⁰⁶

Verder is de regering ook van mening dat er in praktisch opzicht geen cao’s worden beknot. Op het moment van invoeren waren er zover bekend geen salarissen boven het ministerniveau in een cao vastgelegd.

“De regering is van mening dat dit wetsvoorstel, mede gelet op de voorbereidende fase ervan, voldoet aan de vereisten die worden gesteld aan de begrenzing van het recht op vrij en collectief onderhandelen. Bovendien laten de gestelde grenzen voldoende ruimte voor collectieve onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden van topfunctionarissen. Zo is uit een inventarisatie met het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gebleken dat de in de bestaande CAO’s opgenomen salarissen van topfunctionarissen onder de salarissen van een Minister liggen. In zoverre wordt dan ook feitelijk geen inbreuk gemaakt op de onderhandelingsvrijheid van de sociale partners. Echter, ook al zouden deze salarissen erboven liggen, dan kan nog niet worden gesteld dat geen mogelijkheden meer bestaan voor collectieve onderhandelingen. Deze onderhandelingsvrijheid geldt uiteraard ook voor de in de toekomst af te sluiten CAO’s. De collectieve onderhandelingen zullen echter binnen het kader van de wet, dat wil zeggen met inachtneming van het hierin neergelegde maximum, moeten plaatsvinden.”⁴⁰⁷

De wetgever stelt zich op het standpunt dat de topfunctionarissen nog steeds genoeg vrijheid hebben om collectief te onderhandelen en dat een eventuele inperking wordt ondersteund vanuit verdrag 151.

4.27. Standpunt van de wetgever in de Wnt-3 over inperken collectieve-onderhandelingsvrijheid

Tijdens de internetconsultatie van de Wnt-3, de wet die de personele reikwijdte van de Wnt had moeten uitbreiden van topfunctionarissen tot alle werkenden in de publieke sector, is de

⁴⁰⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33978, nr. 3, p. 26.*

⁴⁰⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33978, nr. 7, p. 30.*

regering uitgebreid ingegaan op mogelijke strijdigheid met de ILO-verdragen. In de parlementaire geschiedenis wordt aandacht besteed aan het bonusverbod in de publieke sector voor dagelijksbeleidsbepalers (een nu afgeschafte maatregel) en de vraag of dat voor alle werknemers zou moeten gaan gelden met de Wnt-3.

Het in de nu geldende wet verankerde verbod op variabele beloning zou de regering hoe dan ook te stringent achten, wanneer die zou gelden voor werknemers. Immers, bij dit verbod zou geen enkele werknemer bij een instelling vallend onder de WNT nog een variabele beloning mogen ontvangen, ongeacht de hoogte van zijn totale bezoldiging en ongeacht of sprake is van een ‘topinkomen’. Hiermee wordt een inbreuk gemaakt op de arbeidsvoorwaardenvorming van een zeer grote groep werknemers die in het geheel niet bijdraagt aan de doelstelling van de wet. Omdat een variabele beloning bovendien veelal onderdeel is van de uitkomst van de collectieve onderhandeling over arbeidsvoorwaarden, staat een dergelijk algeheel verbod op gespannen voet met de verdragen van de International Labour Organization (ILO) en het daaruit voortvloeiende recht op vrij en collectief onderhandelen, zonder dat het verbod noodzakelijk is voor de realisering van de doelstellingen van dit wetsvoorstel.⁴⁰⁸

Eenzelfde redenering werd in het wetgevingsproces gevolgd met de blik op de ontslagvergoedingen. Ook deze zouden niet genormeerd moeten worden voor alle werknemers van de publieke sector wegens een te grote beperking van het recht op collectief onderhandelen zoals neergelegd in de ILO-verdragen.⁴⁰⁹ De Wnt-3 is uiteindelijk nooit in werking getreden.

4.28. Standpunt van de commissie-Dijkstal in het rapport ‘Normeren en Waarden’

De commissie-Dijkstal bracht op verzoek van de minister van Binnenlandse zaken in 2007 – ver voor de tijd van de Wnt – een advies uit over de normering van topbeloningen in de publieke sector. In het rapport wordt ingegaan op de vraag of het maximeren van beloning in de publieke sector in strijd kan zijn met het recht op collectief onderhandelen. Hierover zegt de commissie het volgende:

“De commissie heeft daarbij meegewogen, dat zij zelf van mening is, dat haar advies, inclusief de voorgestelde wettelijke maatregelen, geen strijdigheid inhoudt met de internationale normen inzake de vakverenigingsvrijheid en de vrijheid van collectief onderhandelen. Immers, het ter discussie stellen van overheidsnormering van topsalarissen is tegen een achtergrond van internationale normen met betrekking tot de vrijheid van vakvereniging en van collectief onderhandelen niet echt voor de hand liggend. Het is algemeen bekend dat topinkomens in de praktijk nooit onderwerp vormen van collectieve onderhandelingen. Ze worden individueel uitonderhandeld.

⁴⁰⁸ Internetconsultatie Wnt-3, Memorie van Toelichting, p. 7, onder §4.3.

⁴⁰⁹ Consultatie Wnt-3, Memorie van Toelichting, p. 7, onder §4.4.

Het stellen van een norm of salarismaximum door de wetgever kan dan niet in strijd komen met de internationaal erkende vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen. In theorie is het denkbaar, dat de totstandbrenging van een wettelijke norm of maximum van topinkomens voor betrokkenen aanleiding zou kunnen zijn om zich te verenigen in vakverenigingen in de formele zin des woords om vervolgens collectieve contracten voor bepaalde topinkomens na te streven. Als dat zou gebeuren zou een wettelijke norm of maximum inderdaad in strijd zijn met de vakverenigingsvrijheid en de collectieve onderhandelingsvrijheid, zoals die is neergelegd in de internationale verdragen. Een dergelijke wettelijke regeling kan zulk een strijdigheid vermijden door een clausule te bevatten, die stelt: de bepalingen van deze wet zijn niet van toepassing wanneer de inkomens bedoeld in deze wet, berusten op een collectieve arbeidsovereenkomst. In theorie zou zo'n clausule betekenen, dat betrokkenen de wettelijke normering kunnen ontgaan via het afsluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten. Op zichzelf is dat niet in strijd met het grotere geheel van het Nederlandse sociaal recht. Daarin komt het wel vaker voor, dat de sociale partners langs de weg van collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen afwijken van de wet. De wetgever toont in dat type wetgeving zijn vertrouwen, dat sociale partners verantwoord zullen omgaan met die vrijheid. Een vertrouwen, dat is gebaseerd op de goede relaties tussen de sociale partners en de overheid, die kenmerkend is voor het Nederlandse model van arbeidsverhoudingen. De comité is ervan overtuigd, dat een dergelijk vertrouwen ook hier gerechtvaardigd is.⁴¹⁰

De commissie stelt zich op het standpunt dat topverdieners niet vaak onder een cao vallen maar hun beloning individueel uitonderhandelen. Verder stelt het rapport vast dat een cao-exceptie een mogelijk ILO-bezwaar kan wegnemen. De uiteindelijke werkelijkheid in de Wnt is echter anders. De gouden handdruk kent weliswaar een cao-exceptie, maar deze kan niet worden ingevuld door een vakbond speciaal opgericht voor topfunctionarissen.⁴¹¹ De Balkenendenorm kent helemaal geen exceptie.

4.29. Hoe moeten de standpunten in het Wnt-wetgevingsproces worden geduid in het licht van het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO?

In bovenstaande parlementaire stukken hebben de regering en de commissie-Dijkstal een aantal uitlatingen gedaan over de rechtmatigheid van de Wnt-normen als inbreuk op het recht op collectief onderhandelen. Ik zal de relevante standpunten van de regering en de commissie-Dijkstal met betrekking tot collectief onderhandelen een voor een langsgaan en onderzoeken of deze kloppen in het licht van het recht op collectief onderhandelen.

1. Regering in wetgevingsproces: Het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO ziet op veelal op het salaris van lagerbetaalde werknemers. Een ondersteuning voor dit standpunt bevindt zich in verdrag 151, waarin *high-level*

⁴¹⁰ Adviescomité rechtspositie politieke ambtsdragers, 'Normeren en waarderen', september 2007, p. 30.

⁴¹¹ Adviescomité rechtspositie politieke ambtsdragers, 'Normeren en waarderen', september 2007, p. 30.

employees onder omstandigheden mogen worden uitgezonderd van het recht op collectief onderhandelen.⁴¹²

De regering lijkt te suggereren dat topverdieners minder recht toekomt op collectief onderhandelen dan lagerbetaalde werknemers. Zoals ik in § 3 heb omschreven, zijn er geen aanwijzingen in de aanbevelingen van de CFA voor dit standpunt. De ILO benadrukt juist dat ook de hogerbetaalde werknemers het recht op vereniging toekomt.⁴¹³ En wat betreft het recht op collectief onderhandelen is slechts een kleine groep – politie, militairen en ambtenaren werkzaam bij de staatsadministratie – uitgezonderd in verdrag 151 en ziet deze uitzondering, zoals ik heb onderzocht in § 5.3, vermoedelijk op het recht om te staken als onderdeel van het recht op collectief onderhandelen. Als deze uitzondering al zou zien op het onderhandelen over loon, zouden veel topfunctionarissen buiten de uitzonderingsmogelijkheid vallen, bijvoorbeeld alle topfunctionarissen werkzaam bij semipublieke instellingen. Het is onjuist om te veronderstellen dat het toepassingsbereik van de ILO-verdragen niet groot genoeg is voor deze hogere lonen.

2. Commissie-Dijkstal: Het is algemeen bekend dat topinkomens in de praktijk nooit onderwerp vormen van collectieve onderhandelingen. Ze worden individueel uitonderhandeld. Het stellen van een norm of salarismaximum door de wetgever kan dan niet in strijd komen met de internationaal erkende vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen.⁴¹⁴

Deze overwegingen blijken in de praktijk genuanceerd te moeten worden. In de wetsevaluatie van de Wnt gepubliceerd eind 2015 wordt zelfs in het eindrapport van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg en de Unie van Waterschappen opgemerkt dat het bonusverbod tot gevolg heeft dat zij hun cao's niet goed kunnen toepassen op topfunctionarissen. Variabele beloning die onderdeel uitmaakt van cao's kon niet goed worden toegepast op topfunctionarissen die wel onder een cao vallen. Dit heeft ertoe geleid dat het bonusverbod uit de Wnt is gehaald.⁴¹⁵ Hieruit blijkt dus dat de topfunctionarissen uit de Wnt wel geregeld onder een cao vallen of dat er in ieder geval de wens is dat zij eronder zouden moeten vallen. Ook komt het in rechterlijke uitspraken geregeld voor dat een topfunctionaris dankzij een cao recht heeft op een bovenwettelijke uitkering zoals wachtgeld.⁴¹⁶

3. Regering in wetgevingsproces Wnt-2: Uit een inventarisatie met het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is gebleken dat de in de bestaande cao's opgenomen salarissen van topfunctionarissen onder de salarissen van een minister

⁴¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33978, nr. 3, p. 26.

⁴¹³ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §370, p. 68.

⁴¹⁴ Adviescomité rechtspositie politieke ambtsdragers, 'Normeren en waarderen', september 2007, p. 30.

⁴¹⁵ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Evaluatie van de Wet normering topinkomens (WNT) 2013-2015, p. 23.

⁴¹⁶ Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2952 (*werknemer/Stichting Driezorg, Wonen Welzijn & Zorg*).

liggen. In zoverre wordt dan ook feitelijk geen inbreuk gemaakt op de onderhandelingsvrijheid van de sociale partners.⁴¹⁷

Voor het maken van inbreuk op het recht op collectief onderhandelen is het nodig dat onderhandelingsruimte wordt ingeperkt. Dat het op het moment van invoeren niet voorkwam dat bij cao een hoger salaris dan de Balkenendenorm was vastgelegd, betekent niet dat de onderhandelingsruimte niet wordt ingeperkt. Natuurlijk is het voor de uiteindelijke afweging wel van belang of de inperking onrechtmatig is in het licht van de ILO-verdragen. Dit is ook een argument om juist wel een cao-exceptie toe te staan. De commissie-Dijkstal heeft overigens wél gepleit voor het opnemen van een cao-exceptie, al ziet de commissie dit als een theoretische discussie. Hiervoor is ook steun in de literatuur.⁴¹⁸

4.30. Schendt de Wnt het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO?

Dat het beperken van de maximumbeloning door middel van de Balkenendenorm of het goudenhanddrukverbod een inperking is op het recht op collectief onderhandelen, zal niemand verbazen. Beide normen beperken de onderhandelingsruimte tussen de sociale partners. De Balkenendenorm doet dat door een cao-exceptie uit te sluiten. Het goudenhanddrukverbod laat zoals genoemd wél ruimte voor een cao-afpraak die hoger is dan de norm, maar deze cao-afpraak mag dan weer niet gemaakt zijn door een vakbond louter bestaand uit topfunctionarissen. Beter gezegd, het mag niet gaan om een bepaling die slechts van toepassing is op topfunctionarissen.⁴¹⁹

De loonnormen leiden echter wel tot een kleine inperking gelet op de reikwijdte van de norm. Het gaat om een maatregel tegen excessieve beloningen in de publieke sector, waarbij er is gekozen voor een beperkte groep.

Omdat de ILO zich nooit over de Wnt heeft uitgesproken, moeten we een voorschot nemen op een ILO-oordeel dat wellicht ooit nog zal komen. Over salarisplafonds bij ambtenaren heeft de ILO wel al relevante standpunten gepubliceerd. In de eerste plaats hanteert de ILO het uitgangspunt dat een salarisplafond in de publieke sector wegens budgettaire redenen an sich niet problematisch is indien dit plafond in goed overleg met de sociale partners tot stand is gekomen.⁴²⁰ In het geval van de Wnt is door de overheid overleg gevoerd met de Samenwerkende centrales overheidspersoneel (Sco). De Sco hebben aangegeven de zorg ten aanzien van topinkomens met het kabinet te delen. Ondanks dat de Sco wel principieel bezwaar hebben tegen een wet waarmee de overheid eenzijdig ingrijpt in de vrijheid van onderhandelen van sociale partners van werknemers, zien zij de noodzaak van een maatschappelijk verantwoorde bezoldiging van topfunctionarissen.⁴²¹ De Sco lijken verder

⁴¹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33978, nr. 7, p. 30.

⁴¹⁸ Houwerzijl 2011 p. 357-377.

⁴¹⁹ Art. 1.1 onder i Wnt; Barkhuysen, Berhout & Claessens, *T&C Wnt*, 10^e druk, aantekening 9 bij art. 1.1.

⁴²⁰ Zie §4.17, waarin ik uitgebreid inga op het standpunt van de ILO over salarisplafonds in de publieke sector; Case no. 2106, Mauritius, 2000, report 325, § 486; Case no. 2941, Peru, 2015, report 374, §658; CFA, *Compilation of decisions*, 2018, 1487.

⁴²¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 33600, nr. 3, p. 35.

geen vergaande invloed op de hoogte van de plafonds te hebben gehad. Wellicht was het netter geweest als die mogelijkheid er wel was geweest, in het licht van de overlegcultuur die de ILO propageert. Echter, uit niets blijkt dat vakbonden weerstand hebben geuit tegen de hoogte van deze plafonds, sterker nog: vakbonden maken zich er heden ten dage nog steeds sterk voor om excessieve beloning in de publieke sector aan te pakken.

Men kan zich afvragen of een ‘gewone’ vakbond die voor alle werknemers staat, representatief genoeg is om over iets te onderhandelen wat bijna alleen effect heeft op topverdieners. De ILO lijkt echter niet zo ver te gaan dat mede specifieke topverdienersvakbonden moeten worden geconsulteerd voor de vaststelling van een loonplafond, als die vakbonden al bestaan. Ik ben van mening dat het kabinet ten tijde van de Wnt genoeg overleg heeft gevoerd, en dat er zeker meer overleg zou zijn gevoerd indien er vakbonden waren geweest die enorme problemen hadden gehad met de Wnt. Tot zover is er prima voldaan aan het milde uitgangspunt van de ILO bij loonplafonds.

Problematisch zou kunnen zijn dat de Wnt met een andere reden is ingevoerd dan waar de ILO bij het milde uitgangspunt van uitgaat. De Balkenendenorm is onder meer ingegeven door de gedachte dat publieke middelen ordentelijk, dus niet excessief, horen te worden besteed. Bij de zaken waarin de CFA zich uitspreekt over loonplafonds gaat het meer om budgettaire overwegingen, door het simpele feit dat de uitgaven aan ambtenarensalarissen een-op-een effect hebben op de staatsuitgaven. De vraag is of de ILO dit verschil van redenen als aanleiding ziet om veel strenger over de Wnt te oordelen.

Toetsingskader bij grof ingrijpen van toepassing?

Er is een aantal zaken aanhangig geweest bij de ILO waarin zij zich zeer kritisch heeft uitgesproken over overheidsbemoeienis waarbij loonplafonds in extreme mate waren doorgevoerd, bijvoorbeeld in Ecuador.⁴²² Naast overeenkomsten met de Nederlandse Wnt – het gaat in beide gevallen om ambtenaren – zijn er echter ook veel verschillen met die buitenlandse zaken. Zo liet Ecuador de cao’s ongeldig verklaren en daarvoor overheidsdecreten in de plaats komen. De onderhandelingsvrijheid werd in Ecuador niet alleen beperkt, ze werd voor ambtenaren zelfs helemaal buiten toepassing gelaten. Ook was er geen overgangsrecht en grepen de overheidsdecreten direct in de bestaande cao’s in.

De CFA heeft een toetsingskader ontwikkeld bij vergaande ingrepen in de onderhandelingsvrijheid. Dit toetsingskader is bijvoorbeeld in de Ecuador-uitspraak toegepast en ook bij de loonpolitiek in Nederland. Het komt erop neer dat zo’n inperking van het recht op collectief onderhandelen alleen mogelijk is in het kader van maatregelen om de economie op peil te brengen, niet verder mag gaan dan noodzakelijk, niet langer mag duren dan een redelijke termijn (waarbij drie jaar in ieder geval te lang is), en omgeven moet zijn met waarborgen voor de bescherming van getroffen werknemers.⁴²³ Art. 10 van de Wet op de loonvorming, al eerder genoemd in de inleiding, is een uitwerking van dit toetsingskader.⁴²⁴

⁴²² Zie vanaf §4.17.

⁴²³ CFA, *Compilation of decisions*, 2018 §1456, p. 270.

⁴²⁴ Art. 10 Wet op de loonvorming.

Deze uitzondering onder strenge voorwaarden – mits er sprake is van een rechtvaardiging in de economische sfeer – betekent mijns inziens niet dat er geen andere gronden kunnen zijn om toch van het recht op collectief onderhandelen af te wijken. De adviezen en uitspraken waarbij de ILO dit toetsingskader heeft toegepast, zien vooral op de situatie dat een overheid ingrijpt in collectief onderhandelen om dringende economische of budgettaire redenen. Het is begrijpelijk dat de ILO hierin een streng toetsingskader aanlegt, het moet immers niet zo zijn dat een overheid zijn budgettaire tekorten zomaar afwentelt op de ambtenaren. Dit zou niet alleen de marktwerking ernstig verstoren, maar belangrijker nog: het zou de positie van ambtenaren ten opzichte van niet-ambtenaren ernstig verzwakken. Paal en perk stellen aan ambtenarensalarissen door een maximum in de publieke sector te hanteren ziet de ILO dan als minder problematisch.

Mild uitgangspunt hanteren of het toetsingskader toepassen?

De vraag is of de ILO bij de Wnt-casus zal kiezen voor het strenge toetsingskader, of het relatief milde uitgangspunt over maximering van loon in de publieke sector. Mijn vermoeden is dat de ILO het laatste zal doen. Het strenge toetsingskader geldt bij maatregelen die ernstig ingrijpen in de collectieve-onderhandelingsvrijheid. Bij een loonplafond voor ambtenaren in Canada was de ILO al een stuk minder streng.⁴²⁵ De Wnt is in veel opzichter een ander instrument dan bevrozing van lonen uit de cao. Het gaat bij de Balkenendenorm om een maximumloon voor een relatief kleine groep gespecificeerde ambtenaren. De onderhandelingsvrijheid wordt beperkt tot aan het bedrag van een ministersalaris, wat zo'n vijf keer het modale inkomen is en de minimumarbeidsvoorwaarden daarmee niet raakt.⁴²⁶ Het maximum wordt door de wetgever gerechtvaardigd door te wijzen op het maatschappelijk belang om in te grijpen in excessieve beloning in de publieke sector. Daarbij wordt het recht op collectief onderhandelen weliswaar beknot, maar niet stilgelegd, zoals bij streng beoordeelde zaken door de CFA wel het geval was.

Proportioneel ingrijpen

Een belangrijk kritiekpunt dat ook in de Ecuador-zaak is geuit, gaat over de proportionaliteit. Waarom heeft de overheid geen cao-exceptie opgenomen? Naast het vertrouwen dat de overheid zou kunnen hebben in de onderhandelingen van sociale partners, speelt hier ook mee dat bijvoorbeeld de rijksoverheid zelf partij is bij een groot aantal cao's in de publieke sector. De cao-exceptie lijkt een eenvoudige uitzondering die een probleem met het collectief onderhandelen oplost, deze werd ook al gesuggereerd door de commissie-Dijkstal in 2007.⁴²⁷ Aan de andere kant is het de vraag of de cao-exceptie misbruik in de hand werkt. Het problematische van deze mogelijkheid openlaten is dat onderhandelen in de publieke sector het risico draagt van misbruik. Indien er te weinig publieke bestuurders zijn in een land en deze groep onderhandelt met een vakbond bestaande uit topfunctionarissen, zou het kunnen gebeuren dat topfunctionarissen louter met hun eigen groep onderhandelen. Alleen onderhandelen met de eigen groep levert het risico op dat de markt niet helemaal perfect

⁴²⁵ ILO case no. 2467, Canada, 2007, report 344.

⁴²⁶ Centraal Planbureau, *Cijfers modaalinkomen 2018*, te vinden via www.cpb.nl.

⁴²⁷ Adviescomité rechtspositie politieke ambtsdragers, 'Normeren en waarderen', september 2007, p. 30.

werkt omdat de groep een eigen belang zou kunnen hebben om elkaar onderling voordeel te gunnen. Er bestaan dan minder belangentegenstellingen dan tussen reguliere vakbonden en werkgeversorganisaties.

Een staat die bij het ingrijpen in beloning een obstakelvrije weg wil bewandelen, stelt een onvoorwaardelijke cao-exceptie in voor de Balkenendenorm en het goudenhandddrukverbod. Er zijn echter goede argumenten om dit juist niet te doen. De beloningbeperkende normen zijn niet van zo'n aard – gezien de geringe 'ingrijpendheid' – dat Nederland daadwerkelijk in de problemen komt. Daarbij acht ik van doorslaggevende waarde dat de beloning wordt beknot in plaats van stilgelegd en dat het doel van de Wnt deze beperkte inperking rechtvaardigt.

Alles overwogen hebbend zie ik geen reden waarom de Balkenendenorm uit de Wnt in strijd zou zijn met de ILO-verdragen. De Wnt past binnen het milde uitgangspunt van de ILO.

4.31. De Wbfo en het recht op collectief onderhandelen

De twee meest in het oog springende normen uit de Wbfo zijn het door mij beschreven bonusplafond en de goudenhandddruknorm voor de beleidsbepalers in de financiële sector.⁴²⁸ Bij beide normen is er geen cao-exceptie mogelijk; het is de vraag hoe deze normen zich verhouden tot het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO. Deze normen zijn niet zijn voorgelegd aan de ILO.

Twee Wbfo-normen

- **Het bonusplafond**
Een norm die een plafond instelt voor variabele beloning voor alle werkenden bij een financiële instelling, art. 121 Wbfo.
- **Het goudenhandddrukverbod voor de financiële sector (in dit hoofdstuk: goudenhandddrukverbod FS)**
Een norm die de vertrekvergoedingen van dagelijksbeleidsbepalers in de financiële sector normeert zoals in art. 1:125 lid 2 Wft.

De norm met het grootste bereik is het bonusplafond. Deze norm geldt – enkele uitzonderingen daargelaten – voor iedereen die werkzaam is in de financiële sector. Dit is een vorm van loonregulering: niet de hoogte wordt aangetast maar de manier waarop er wordt beloond.

Het goudenhandddrukverbod FS is beperkter qua toepassingsbereik (alleen dagelijksbeleidsbepalers) maar zegt wel iets over de hoogte van de beloning. Een vertrekvergoeding mag niet meer dan een vast jaarsalaris betreffen. Dit is een grote inperking en het is ook de vraag of dit betekent dat dagelijksbeleidsbepalers geen recht hebben op een

⁴²⁸ Zie hoofdstuk 2.

transitievergoeding, nu deze ook gebaseerd is op variabele looncomponenten.⁴²⁹ Het goudenhanddrukverbod FS is in die zin vergelijkbaar met het goudenhanddrukverbod PS: in beide gevallen gaat het om een beperkte groep personen met een topfunctie.

In de parlementaire geschiedenis is een enkele keer gerefereerd aan het recht op collectief onderhandelen zoals gegrond in de ILO-verdragen. In de volgende paragrafen zal ik de rechtvaardiging van de wet beschrijven en het standpunt met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen van de toenmalige regering beschouwen, om vervolgens in te gaan op verschillende aspecten van deze standpunten in het licht van het recht op collectief onderhandelen.

4.32. Standpunt regering over het bonusplafond uit de Wbfo

De rechtvaardiging van de loonbeperkende maatregelen in de Wbfo is gelegen in de bescherming van de consument.⁴³⁰ De Wbfo-wetgever zegt daarover:

“De belangrijkste motivatie voor de verschillende maatregelen in het onderhavige wetsvoorstel is consumentenbescherming (met betrekking tot consumenten in hun hoedanigheid van klanten van de financiële sector en als belastingbetaler). Hierboven is aangegeven dat de maatregelen mede zijn ingegeven door incidenten die zich de afgelopen jaren hebben voltrokken binnen de financiële sector. Deze incidenten zijn mede een gevolg van excessieve variabele beloningen en veelal is de consument de dupe geworden. Een en ander heeft er toe geleid dat het vertrouwen in de financiële sector laag en broos is. De gewenste cultuur- en gedragsverandering ten aanzien van beloningsbeleid heeft zich in onvoldoende mate voltrokken. Hierdoor is nog steeds sprake van een vertrouwenskloof tussen maatschappij en financiële sector en blijft het risico bestaan dat excessieve variabele beloningen blijven leiden tot nieuwe incidenten.”⁴³¹

Er is door de Wbfo-wetgever summier ingegaan op de vraag hoe het bonusplafond zich verhoudt tot het recht op vrije cao-onderhandelingen, naar aanleiding van vragen gesteld door fractieleden van het CDA. In de volgende paragraaf, zal ik de standpunten van de regering duiden.

Vraag van de CDA-fractie:

“De leden van de fractie van het CDA vinden het terecht dat zowel door de sector als overheden, zowel nationaal als op Europees niveau, maatregelen worden genomen met betrekking tot het beloningsbeleid. Deze leden zouden graag willen vernemen hoe het bonusplafond van 20% dat ook geldt voor CAO-personeel zich verhoudt tot een aantal ILO-verdragen, met name het recht op vrije CAO onderhandelingen. Deze leden vragen in dat kader of de motivering voor het bonusplafond is gelegen in

⁴²⁹ Regeling looncomponenten en arbeidsduur, art. 5.

⁴³⁰ *Kamerstukken I*, 2014/15, 33964, E, p.3.

⁴³¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 13.

stijgingen van lonen in het verleden. Wanneer dat het geval is vragen deze leden of dergelijke voorstellen ook worden overwogen voor andere sectoren, zoals bij piloten.”⁴³²

De regering antwoordde als volgt:

“In de genoemde ILO-verdragen is inderdaad de vrijheid om collectief te onderhandelen vastgelegd. Het onderhavige voorstel perkt die vrijheid formeel in beperkte mate in. Het kabinet is van mening dat deze inperking gerechtvaardigd is gelet op de achtergrond van de maatregel, namelijk de bescherming van de consument. Materieel is de beperking van de onderhandelingsvrijheid bovendien beperkt omdat thans in veel cao's de hoogste haalbare variabele beloning niet hoger is dan 20%. In een aantal gevallen is in de afgelopen periode variabel belonen bij cao afgeschaft. De gevolgen voor personen die onder een cao vallen zijn daarom beperkt. In tegenstelling tot hetgeen deze leden veronderstellen is de motivering voor het bonusplafond niet gelegen in te hoge stijgingen van de totale lonen in het verleden. De maatregelen in het wetsvoorstel zijn niet gericht op de hoogte van de totale beloning. De hoogte van de vaste beloning wordt niet geraakt door dit voorstel.”⁴³³

De CDA-fractie nam geen genoegen met dit antwoord en vroeg nadere verklaring:

“In de ILO-verdragen is de vrijheid van collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden gewaarborgd. Het kabinet erkent dat bij de beperking van de bonusuitkering tot 20% voor het CAO-personeel het door ILO-verdragen gegarandeerde recht op vrije CAO-onderhandelingen wordt ingeperkt. Het kabinet motiveert dit door een verwijzing naar de bescherming van de consument. Dit is naar de mening van de leden van de CDA-fractie een te grote beperking van het begrip algemeen belang. Door te verwijzen naar het belang van de consument kan elk ingrijpen in de CAO worden verdedigd. Graag ontvangen deze leden een nadere verduidelijking van het kabinet op dit punt. De leden van de VVD-fractie vragen het kabinet op grond waarvan zij van mening is dat de werking van belangrijke bepalingen in een internationaal verdrag mogen ingeperkt op grond van interne doelstellingen van één van de lidstaten.”

De regering antwoordde daarop als volgt:

“Het is algemeen aanvaard in de Europese jurisprudentie dat bescherming van de consument een gerechtvaardigde reden kan zijn om in het kader van het algemeen belang vrijheden, zoals de vrijheid tot collectief onderhandelen, te beperken. Dit betekent niet dat elke willekeurige maatregel die inbreuk maakt op dat recht kan worden gerechtvaardigd door verwijzing naar de bescherming van de consument. Het primaat tot collectief onderhandelen ligt bij werkgevers en werknemers. Dit is een recht waar de overheid slechts bij hoge uitzondering inbreuk op kan maken. Enorm

⁴³² *Kamerstukken II 2014/15, 33964, C, p. 6.*

⁴³³ *Kamerstukken II 2014/15, 33964, C, p. 6.*

hoge vaste beloningen zijn bijvoorbeeld maatschappelijk zeer ongewenst. Het is echter niet aan de overheid om die beloningsvorm, die in beginsel geen prikkels met zich mee kan brengen die consumenten kan schaden, te beperken in hoogte middels regelgeving. In het geval van variabele beloningen ligt dit naar het oordeel van het kabinet anders en bestaat voldoende aanleiding (mede gelet op incidenten uit het verleden en de steun van de samenleving die financiële sector heeft gehad) om variabele beloningen, en daarmee het recht op collectief onderhandelen, te beperken. Werknemersorganisaties hebben aangegeven dit te delen. Ten slotte wijst het kabinet er op dat materieel sprake is van een zeer beperkte inperking van de onderhandelingsvrijheid omdat in veel CAO's reeds variabele beloningen zijn afgeschaft. Wanneer wel nog sprake is van de mogelijkheid tot het ontvangen van een variabele beloning op basis van de CAO ligt de hoogst haalbare variabele beloning veelal lager dan 20%. De beperking zal voor personen die onder een CAO vallen dan ook geen grote gevolgen hebben.”⁴³⁴

4.33. Hoe moeten de standpunten van de Wbfo-wetgever worden geduid in het licht van het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO?

Uit de beantwoording van de vragen van de CDA-leden door de Wbfo-wetgever destilleer ik twee argumenten waarop de regering zich in het wetgevingsproces beroept.

1. De rechtvaardiging van het bonusplafond ligt in consumentenbescherming. Dit is een juiste rechtvaardiging om deze (beperkte) maatregel te rechtvaardigen.⁴³⁵

Bij de ILO komen maar weinig zaken aan bod die een ander doel dienen dan bescherming van de werkenden zelf. Een doorlopend thema zijn ingrepen ter bescherming van de economie, waarbij de CFA een streng toetsingskader hanteert. Dit is op zichzelf logisch: indien er begrotingstekorten zijn, is het niet de bedoeling om dan maar gelijk een greep in de salarissen van ambtenaren te doen. Toch staat de CFA zelfs dat in beperkte mate toe door toepassing van het strikte toetsingskader. De CFA stelt voorop dat er een compromis moet worden gevonden tussen de autonomie van de sociale partners en de noodzaak voor de overheid om begrotingstekorten op te heffen.⁴³⁶ Ingrijpen in collectief onderhandelen met het oog op consumentenbescherming is voor de CFA een uniek begrip.

2. Op dit moment zijn er geen cao's waarbij de variabele beloning zo hoog is, dus de inperking is daarmee beperkt.⁴³⁷

Dit argument is ook gebruikt in het Wnt-wetgevingsproces (zie argument 3 in paragraaf 4.28). De regering heeft een punt, maar het mag worden genuanceerd. Voor het maken van inbreuk op het recht op collectief onderhandelen is het nodig dat de onderhandelingsruimte wordt beperkt. Dat het op het moment van invoeren niet of nauwelijks voorkwam dat bij cao een hogere variabele beloning werd toegekend, betekent niet dat de onderhandelingsruimte

⁴³⁴ *Kamerstukken II 2014/15, 33964, E, p. 3.*

⁴³⁵ *Kamerstukken II 2014/15, 33964, E, p. 3.*

⁴³⁶ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1490.

⁴³⁷ *Kamerstukken II 2014/15, 33964, E, p. 3.*

niet wordt ingeperkt. Natuurlijk is het wel zo dat het praktische probleem op dat moment niet speelde. Dit is overigens ook een argument om juist wel een cao-exceptie toe te staan.

4.34. Schenden de normen van Wbfo het recht op collectief onderhandelen?

Is het bonusplafond of het goudenhanddrukverbod FS een schending van het recht op collectief onderhandelen? Ik zal deze vragen niet te uitgebreid behandelen om herhaling van zetten uit paragraaf 4.30 over de Wnt te voorkomen. Voor zover er verschillen zijn met de beloningsnormen uit de Wnt, zal ik daarop ingaan.

De regering stelt zich op het standpunt dat de Wbfo geen schending oplevert van het recht op collectief onderhandelen zoals beschermd door de ILO. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft in een consultatiereactie op een vroege versie van het bonusplafond geschreven dat de beloningsvoorschriften wel degelijk strijd opleveren met het recht op collectieve-onderhandelingsvrijheid.⁴³⁸ Dit is echter verder niet gemotiveerd door de NVB.

Ik sluit mij aan bij het standpunt van de regering; ik licht hierna toe waarom.

Het uitgangspunt bij het recht op vrij collectief onderhandelen blijft dat de overheid zich zoveel mogelijk moet onthouden van bemoeienis met de vrije collectieve onderhandelingen. In ieder geval is het reguleren van beloning met een bonusplafond een beperking van het recht op collectief onderhandelen. Partijen zijn nu eenmaal niet vrij om zelf te kiezen voor een bonus hoger dan 20%. Er is dus sprake van overheidsbemoeienis. Aan de andere kant wordt de hoogte van de totale beloning ongemoeid gelaten. In die zin wordt de onderhandelingsruimte niet ingeperkt. Het grootste effect voor de werkenden in de financiële sector is dat zij meer zekerheid zullen hebben over het iedere maand te ontvangen bedrag aan loon, nu dit minder sterk afhangt van variabele factoren. De ruimte voor variabel loon is immers ingeperkt, maar die voor vast loon niet.

Ik heb in paragraaf 4.15 lijnen geschetst die de CFA hanteert om de ruimte te bepalen die een overheid heeft om in te grijpen. Een van die lijnen is dat er geen arbeidsvoorwaarden uitgesloten mogen worden van de collectieve onderhandelingen. De vraag is of het wettelijk invoeren van een bonusplafond dit doet.

Een bonusplafond beperkt de onderhandelingsruimte van sociale partners, maar is geen inbreuk op hun onderhandelingsvrijheid. Het geeft geen limiet aan de financiële waarde van de arbeidsvoorwaarden en sluit de arbeidsvoorwaarde ‘beloning’ ook niet uit van de onderhandelingsruimte. Er zijn veel andere voorbeelden van regulering van loon zonder dat dat problemen oplevert. Afdeling 2 van titel 10 boek 7 BW staat er vol van: loon mag niet in alcohol of drugs worden uitbetaald;⁴³⁹ loon mag alleen onder bepaalde voorwaarden in natura worden uitbetaald; minimumloon mag alleen giraal worden betaald.⁴⁴⁰ Hoeveel anders is een bonusplafond dan, nu dat beperkingen stelt aan het gebruik van een bepaalde *vorm* van

⁴³⁸ M.A.W. de Vocht, *Consultatiereactie Wetsvoorstel beloningsbeleid financiële ondernemingen Nederlandse vereniging van Banken*, 23 december 2013, zie www.internetconsultatie.nl.

⁴³⁹ Art. 7:617 lid 1 sub b BW.

⁴⁴⁰ Art. 7a Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

loonbetaling? Het is wellicht een beperking van de onderhandelingsvrijheid, maar niet van de onderhandelingsruimte. Daarmee is het plafond geen inbreuk op de vrije collectieve onderhandelingen. De vrijheid om het over essentiële dingen te hebben in de onderhandelingen, zoals werktijden en lonen, blijft bestaan. Gelet op de vier lijnen die ik in paragraaf 4.15 heb geschetst, blijft de kern van de onderhandelingsvrijheid onaangetast.

Het goudenhanddrukverbod FS kent geen cao-exceptie zoals deze beperkt geldt bij het goudenhanddrukverbod in de Wnt. Er kan zelfs worden betwijfeld of een dagelijksbeleidsbepaler wel recht heeft op een volledige transitievergoeding, omdat variabele looncomponenten daarin worden meegerekend⁴⁴¹ en het goudenhanddrukverbod dit niet toestaat.⁴⁴² Leidt het ontbreken van de cao-exceptie nu tot een probleem?

De impact van het handdrukverbod in de financiële sector is een stuk minder groot dan die van het equivalent in de publieke sector. Het gaat namelijk niet om een absoluut bedrag, maar om een bedrag dat gekoppeld is aan het vaste jaarsalaris van een dagelijksbeleidsbepaler. Bij het afspreken van de vaste salarissen die in de sector moeten worden gehanteerd, kunnen de sociale partners rekening houden met het vertrekvergoedingsmaximum, anders dan in de publieke sector. Op die manier is er de facto meer ruimte voor bonusafspraken. Al met al is er, net als bij het goudenhanddrukverbod in de publieke sector, geen schending van het collectieve-onderhandelingsrecht.

4.35. Is er een scenario denkbaar waarbij de Nederlandse beloningswetten de ILO-normen toch schenden?

De al eerder genoemde vereniging van zorgbestuurders, de NVZD, heeft geen expliciete bevoegdheid in haar statuten staan om cao's af te sluiten. Dat betekent dat de NVZD naar Nederlands recht geen cao's kan afsluiten, zie art. 2 Wet CAO. Wel heeft de NVZD in de periode 2009-2012 beloningsafspraken gemaakt met de Nederlandse vereniging van toezichthouders in zorginstellingen (NVTZ) in de vorm van een beloningscode. In deze code zijn toen salarissen afgesproken die zouden passen bij de functies van zorgbestuurders. Voor een deel waren deze salarissen hoger dan de maxima uit de (later in werking getreden) Wnt. Stel nu dat de eerdere beloningscode wél een cao was geweest, had de Wnt daar dan een volgens de ILO-normen onaanvaardbare inbreuk op gemaakt?

Het uitgangspunt bij het recht op vrij collectief onderhandelen blijft dat de overheid zich zoveel mogelijk moet onthouden van bemoeienis met de vrije collectieve onderhandelingen. Daaronder valt het gebod niet in te grijpen in bestaande cao's, zoals ik in paragraaf 4.15 heb opgemerkt. Om te voldoen aan de vereisten van de verdragen 87 en 98, had de overheid in zo'n geval vóór de inwerkingtreding van de Wnt met de sociale partners in gesprek moeten gaan. Is de vereniging bereid om na de afloop van de cao een wettelijk loonplafond te accepteren? In het door mij aangehaalde voorbeeld van Ecuador in paragraaf 4.19 heeft de overheid ook maximumsalarissen opgelegd, dwars door cao's heen. Dat heeft geleid tot een schrobbering van de CFA: Ecuador had moeten wachten met het opleggen van loonplafonds

⁴⁴¹ Regeling looncomponenten en arbeidsduur.

⁴⁴² Art. 1:125 Wft.

tot de bestaande cao's waren uitgewerkt.⁴⁴³ Bij de inwerkingtreding van de Wnt, in het geval van al bestaande cao's, dunkt mij dat er nog meer gewicht mag worden toegekend aan het ILO-vereiste dat de NVZD een *significante* rol heeft bij het ontwerp van de Wnt. Het gaat dan immers om arbeidsvoorwaarden waarover zij eerder zélf onderhandelde.⁴⁴⁴

4.36. Conclusie: de Wnt en Wbfo worden niet begrensd door het recht op collectief onderhandelen

In dit hoofdstuk heb ik de status van de verdragen van de ILO uiteengezet en onderzocht of topverdieners vallen onder de personele reikwijdte van de ILO-verdragen. Ik heb geconcludeerd dat topverdieners, mits verenigd, in beginsel aanspraak kunnen maken op de door deze verdragen gewaarborgde onderhandelingsvrijheid. Daaraan staat niet in de weg dat zij kwalificeren als topverdiener, anders dan de Wnt-wetgever lijkt te denken. Vervolgens heb ik onderzocht wat de verdragen uit de ILO inhouden met betrekking tot het ingrijpen in loon. Hiervoor heb ik aanbevelingen van de CFA en de Digest geanalyseerd. De ILO heeft twee duidelijke benaderingen: loonplafonds in de publieke sector zijn tot op zekere hoogte in orde, mits de sociale partners zijn geconsulteerd. Verdergaand ingrijpen in loon door middel van, bijvoorbeeld, het bevriezen van een cao wegens een economische noodzaak is alleen toegestaan indien is voldaan aan een streng toetsingskader. Tot slot ben ik nagegaan of de Nederlandse beloningswetten voldoen aan de ILO-normen. In beide wetten is eerst geprobeerd om met sectorafspraken het loon te reguleren, dit is in beide gevallen niet afdoende gelukt. De proportionaliteit van de maatregelen is – ondanks het gebrek aan een cao-exceptie – voldoende in orde. Wellicht had Nederland er goed aan gedaan aan nog grondiger overleg te voeren met vakbonden in beide sectoren, en zelfs afgevaardigden van de topverdieners uit te nodigen aan tafel. Het was misschien netter geweest, maar de ILO verplicht daartoe niet. De Wnt en Wbfo blijven binnen de grenzen van het recht op vrije collectieve onderhandelingen.

4.37. Afdwingbaarheid verdragsnormen

Hiervoor kwamen de volkenrechtelijke verplichtingen aan bod die de Staat der Nederlanden is aangegaan door zich te verbinden aan de ILO-verdragen. In hoeverre werpen de ILO-verdragen grenzen op voor het wettelijk ingrijpen in topbeloning? In de vorige paragrafen heb ik geconcludeerd dat de Wnt en de Wbfo niet in strijd zijn met het recht op collectief onderhandelen. Verdergaande beloningswetgeving zou wel in strijd kunnen zijn met het collectieve-onderhandelingsrecht, bijvoorbeeld als alle cao's in de publieke sector worden bevroren of arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden vastgesteld door de overheid. De volgende vraag dringt zich dan op: in hoeverre kunnen topverdieners, individueel of collectief, een rechtens afdwingbaar beroep doen op de ILO-verdragen die voornamelijk gericht zijn tot de verdragsstaten? Werken deze verdragen rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde?

In de komende paragrafen zal ik ingaan op de doorwerking van internationale verdragen en uitspraken van commissies in de Nederlandse rechtsorde. Ik doe dit aan de hand van de ILO-

⁴⁴³ ILO case no. 2684, Ecuador, 2008, report 354, §840 onder d.

⁴⁴⁴ CFA, *Compilation of decisions* 2018, §1489.

verdragen, maar het doorwerkingsleerstuk werkt op dezelfde manier voor de verdragen van de Raad van Europa, die ik bespreek in het volgende hoofdstuk.

4.38. Doorwerking van verdragen: algemeen

Verdragsbepalingen kunnen onder omstandigheden rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Met doorwerken bedoel ik dat een beroep kan worden gedaan op een verdragsbepaling zonder een afwijzing op de procedurele grond dat het betrokken individu er geen beroep op mag doen. De vraag is dus of topverdieners of verenigingen van topverdieners gerechtigd zijn zich te beroepen op de in dit hoofdstuk besproken ILO-normen. Een andere vraag, die hiervoor is behandeld, is of hun beroep daarop inhoudelijk slaagt, of dat de conclusie is dat de beloningsingreep binnen de grenzen van de verdragen blijft.

Het is mogelijk dat internationale verdragsbepalingen doorwerken in het Nederlandse recht dankzij ons monistische doorwerkingsstelsel. Art. 93 en 94 Grondwet bepalen dat internationale verdragen deel uitmaken van de nationale rechtsorde, zelfs zonder omzetting. Dit houdt echter nog niet in dat alle verdragen direct inroepbaar zijn voor een individu of een collectief. De vereisten voor rechtstreekse werking zijn dat de bepalingen komen uit een verdrag dat geratificeerd is, en tot doel hebben een ieder te verbinden.⁴⁴⁵ Sinds het Rookverbod-arrest van de Hoge Raad is duidelijk wat de precieze vereisten zijn van rechtstreekse werking van internationale verdragen. De Hoge Raad oordeelde dat indien niet uit de tekst of totstandkomingsgeschiedenis blijkt of er rechtstreekse werking aan een verdrag toekomt, dit moet worden bepaald aan de hand van de inhoud van de bepaling. Het gaat erom of deze inhoud onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om zonder meer als objectief recht te worden toegepast in de nationale rechtsorde.⁴⁴⁶ Indien dit het geval is, krijgen de verdragsbepalingen ingevolge art. 94 GW voorrang: nationale wetgeving die onverenigbaar is met het verdrag moet dan buiten toepassing worden gelaten.⁴⁴⁷ Rechteren hebben daarom ook de bevoegdheid om nationale wetten te toetsen aan deze internationale verdragen.⁴⁴⁸

Dat niet alleen de letterlijke tekst belangrijk is bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van rechtstreekse werking, blijkt uit een uitspraak van de CRvB⁴⁴⁹ over het VN-vrouwenverdrag.⁴⁵⁰ De CRvB oordeelde dat in de eerste plaats niet uit het verdrag volgt dat dit rechtstreeks werkt, maar wel duidelijk was dat datgene wat Nederland bood aan de zwangere zelfstandigen – namelijk *niets* – de minimumvereisten van het verdrag niet bereikte. In het verdrag is namelijk voorgeschreven dat voor iedere vrouw die – al dan niet in loondienst – inkomensvormende arbeid verricht, enige vorm van bevallingsverlof met behoud

⁴⁴⁵ Zie hiervoor een mooie ILO- en Europese Code-exercitie: CRvB 8 september 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY8221, AB 2006/417, m.nt. Pennings.

⁴⁴⁶ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928.

⁴⁴⁷ Barkhuysen & Van Emmerik 2011.

⁴⁴⁸ Waterman, *TAP* 2012, p. 119-124.

⁴⁴⁹ CRvB 27 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2461.

⁴⁵⁰ Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, New York, 18-12-1979, Trb. 1980, 146.

van (een zeker) inkomen open moet staan. Geoordeeld werd dat de bepaling van het verdrag “in zoverre” geschikt is voor directe werking.

4.39. Doorwerking ILO-verdragen

ILO-verdragen zijn direct gericht aan de verdragspartijen, en verbinden daarom niet ‘een ieder’. In beginsel worden zij niet geacht rechtstreeks te werken en doen ze dat ook niet, in die zin dat een individuele burger uit een verdragsstaat er geen beroep op kan doen. Toch moet dit worden genuanceerd. In de Nederlandse rechtsorde wordt nog wel eens rechtstreekse (horizontale) werking toegekend aan internationale verdragen die zich in eerste instantie richten tot de verdragspartijen.⁴⁵¹ Met betrekking tot het socialezekerheidsrecht heeft de Centrale Raad van Beroep een aantal keer (overigens ook een aantal keer niet) rechtstreekse werking aan ILO-verdragen toegekend.⁴⁵² Ook andere, vergelijkbare VN-verdragen hebben doorwerking genoten. In 2017 heeft de Centrale Raad van Beroep rechtstreekse werking aan het VN-Vrouwenverdrag toegekend.⁴⁵³ Met verstreckende gevolgen: sinds die uitspraak hebben vrouwen die kwalificeren als zelfstandige recht op een financiële compensatie tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof.

Of de verdragsbepalingen van de ILO kunnen doorwerken, hangt af van de formulering en inhoud ervan. De formulering van sommige verdragsbepalingen, zoals art. 4 van verdrag 151, geeft aanleiding om een doorwerking a priori uitgesloten te achten:

ILO-verdrag 151, art. 4

Public employees’ organisations shall enjoy complete independence from public authorities.

Het probleem is dat verdragsnormen zoals de bovenstaande te open zijn om er specifieke regels uit te destilleren. Uit art. 4 volgt dat ambtenarenvakbonden onafhankelijk van de overheid moeten kunnen opereren; onduidelijk blijft echter welke concrete situaties leiden tot schending van deze verdragsbepaling. Met betrekking tot collectief onderhandelen speelt dit probleem ook. Ja, vakbonden mogen collectief onderhandelen, maar hoe ver dit recht gaat en in hoeverre het kan worden beperkt, is niet exact geregeld.

Voor een concretere invulling van die open normen is Nederland afhankelijk van de aanbevelingen of uitspraken van de CoE en de CFA. Deze oordelen kunnen wel als rechtsbron fungeren, maar leveren niet zomaar bindende normen op.⁴⁵⁴

Zeker met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen zijn de bepalingen in de verdragen 87 en 94 betrekkelijk vaag. Bepalingen uit geratificeerde verdragen door

⁴⁵¹ Loonstra & Zondag 2020, p. 1215 en verder.

⁴⁵² Korda & Pennings, *European Journal of Social Security* 2008, p. 131-158, met de volgende voorbeelden: CRvB 8 september 2006, *L&S* 2007/1, 9 m.nt. Waterman: ‘De aantasting van het risque social’; CRvB 29 mei 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:AL0666 (*Stichting Regionaal Ziekenhuis*): betalen eigen bijdrage bij geïndiceerde ziekenhuisopname wegens bevalling is in strijd met de rechtstreeks werkende verdragsbepalingen uit IAO-verdragen 102 en 103.

⁴⁵³ CRvB 27 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2461.

⁴⁵⁴ Pennings 2006.

verdragsstaten gelden, maar de interpretaties die de CoE of de CFA hieraan geven, hebben niet dezelfde status als het verdrag zelf. De aanbevelingen van deze comités worden gekwalificeerd als *soft law*. Dit betekent niet dat deze aanbevelingen en oordelen geen (in meer of mindere mate) gezaghebbende rechtsbronnen zijn,⁴⁵⁵ alhoewel hierover discussie bestaat in de literatuur.⁴⁵⁶ Gerards heeft beschreven hoe deze aanbevelingen toch werking hebben in de Nederlandse rechtsorde. Verdragsstaten kunnen zich echter altijd beroepen op een andere interpretatie van deze verdragsbepalingen. Deze problematiek wordt de *interpretation gap* genoemd.⁴⁵⁷

Indien er geen doorwerking mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de verdragsbepalingen niet onvoorwaardelijk zijn en onvoldoende nauwkeurig zijn, betekent dat niet dat er geen rechtswaarde aan de bepalingen kan worden toegekend. Het betekent echter wel dat zij geen voorrang krijgen in geval van strijdigheid met een nationale wet. Indien er geen strijdige wetten zijn, behoudt de verdragsbepaling haar rechtswaarde voor de Nederlandse rechtsorde.⁴⁵⁸

4.40. Voorbeelden van directe werking van het recht op collectief onderhandelen in de Nederlandse rechtsorde

In sommige zaken over collectief arbeidsrecht wordt door vakbonden nog weleens een beroep gedaan op de rechten voortvloeiend uit de ILO-verdragen. Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen zaken waarin twee partijen twisten over de betekenis van het recht op collectief onderhandelen, en de situatie dat een Nederlandse wet dit recht zou belemmeren. Vanzelfsprekend is de toepassing van het recht op collectief onderhandelen op een civiele zaak waarbij verder geen Nederlandse norm in het geding is, veel minder problematisch dan een zaak waarbij aan de rechter wordt gevraagd een Nederlandse wet buiten toepassing te verklaren gezien het recht op collectief onderhandelen.

Ik bespreek drie zaken waarin het recht op collectief onderhandelen een rol heeft gespeeld. In de eerste zaak beklaagt een groep topverdieners, namelijk zorgdirecteuren, zich over een schending van het recht op collectief onderhandelen door de Balkenendenorm.⁴⁵⁹ In de tweede en derde zaak gaat het om de doorwerking van ILO-normen in de private rechtsverhouding tussen vakbond en werkgever.

*Zaak 1: Nederlandse vereniging zorgdirecteuren tegen Staat der Nederlanden*⁴⁶⁰

De Nederlandse Vereniging van bestuurders in de zorg (NVZD) vordert bij de rechter dat de Staat zorgdirecteuren uitsluit van de Balkenendenorm, die destijds nog was vastgesteld op 130% van het ministersalaris. De NVZD stelt dat de WNT in strijd is met het recht op collectief onderhandelen zoals gewaarborgd door de ILO en de vrijheid van vakvereniging

⁴⁵⁵ HR 30 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9402, NJ 1986/688 m.nt. P.A. Stein (*NS Spoorwegstaking*).

⁴⁵⁶ Aan de ene kant: Jacobs 2017, § 12.6.1. Aan de andere kant Jaspers 2004, p. 16-19.

⁴⁵⁷ Pennings 2006, p. 176.

⁴⁵⁸ Loonstra & Zondag 2015, §21.2.1.

⁴⁵⁹ Ik bespreek deze zaken hier alleen in het licht van het recht op collectief onderhandelen en laat overige, wellicht interessante aspecten voor wat zij zijn.

⁴⁶⁰ Rb. Den-Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165.

zoals is vastgelegd in de artikelen 11 EVRM en 12 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Zij voert daarvoor aan dat het reguleren van de beloning van topbestuurders in de afgesproken beloningscode BBZ gelijkgesteld kan worden aan het collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden voor (gewone) medewerkers van instellingen. Het opleggen van een wettelijk vastgestelde norm voor bestuurders van privaatrechtelijke zorginstellingen zonder dat de instellingen of bestuurders als collectief inspraak hebben, is in strijd met het recht op collectief onderhandelen en de vrijheid van vakvereniging zoals vastgelegd in art. 11 EVRM en art. 12 van het Handvest.

De rechtbank wijst het beroep op het recht op collectief onderhandelen af. Zij overweegt het volgende:

“Het beroep op artikel 12 van het Handvest wordt verworpen omdat dit artikel gezien het bepaalde in artikel 51 van het Handvest geen eenieder verbindende bepaling betreft zoals bedoeld in artikel 94 van de Grondwet. Artikel 11 EVRM waarborgt het recht op vergadering en vereniging. Niet valt in te zien dat dit recht door toepassing van de WNT op enige wijze wordt beperkt. Het artikel bevat geen plicht voor de Staat tot onderhandeling met betrokkenen alvorens een wet in formele zin wordt vastgesteld. Het artikel bevat geen plicht voor de Staat tot onderhandeling met betrokkenen alvorens een wet in formele zin wordt vastgesteld. Aangezien NVZD haar andersluidende standpunt niet nader heeft onderbouwd, zal dat eveneens worden gepasseerd. In dit kader wordt nog opgemerkt dat, anders dan NVZD kennelijk meent, de door haar gewenste formalisering van de BBZ hoe dan ook niet vanuit de sector kan worden afgedwongen. Ook indien een sector wordt gereguleerd onder het tweede regime van de WNT kan die sector immers enkel een voorstel doen voor de te hanteren sectorale bezoldigingsnorm.”⁴⁶¹

*Zaak 2: VNV tegen Ryanair*⁴⁶²

De VNV vordert in kort geding Ryanair te gebieden ook VNV-leden die in dienst zijn van concurrerende luchtvaartmaatschappijen toe te laten bij cao-onderhandelingen. De VNV beroept zich onder meer op de fundamentele vakbondsrechten voortvloeiend uit ILO-verdragen, en beweert dat het weigeren van deze leden in strijd is met deze rechten. De rechter beaamt, en dit was an sich ook niet betwist door Ryanair, dat de VNV zelf mag weten hoe zij zich organiseert, zoals ook vastgelegd is in ILO-verdrag nummer 87 en 98 (resp. art. 3.1 en 2). Ryanair voert alleen aan dat het mededingingsrecht zou moeten prevaleren, gezien Europese Richtlijn 2016/943 en art. 101 EU-Verdrag. De rechter maakt daar korte metten mee. Ten eerste wordt in de genoemde Europese richtlijn zelf al een uitzondering gemaakt voor cao-overleg; ten tweede prevaleren Europese mededingingsregels niet boven de fundamentele vrijheden op het gebied van collectieve onderhandelingen (Hof EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:430, *Albany*). De rechter wijst de vordering van VNV toe.

⁴⁶¹ Rb. Den-Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165, r.o. 3.13.

⁴⁶² Rb. Noord-Holland 23 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7350.

Zaak 3: Federatieve Raildienst vakbond tegen NS⁴⁶³

Vakbond Federatieve Raildienst (FRV) vordert in kort geding toelating tot het collectieve overleg bij de cao-onderhandelingen van de NS. De FRV beroept zich op de ILO-verdragen 87, 98 en 135 en de ILO-aanbevelingen 143 en 346. De voorzieningenrechter wijst de vordering af onder verwijzing naar het representativiteitsbeginsel. De rechter sluit zich aan bij het standpunt van NS dat aan het internationale recht geen afdwingbare aanspraak op overleg, informatie en vakbondsfaciliteiten, zoals gevorderd, kan worden ontleend. Ook indien (met FRV) wordt aangenomen dat de in ILO-verdragen en -aanbevelingen vervatte normen, door hun reflexwerking in horizontale verhoudingen, doorwerken in de relatie tussen werkgevers en werknemers(organisaties), kan daaraan niet de algemene regel worden ontleend dat het een werkgever(sorganisatie) te allen tijde verboden is om onderscheid te maken tussen vakbonden door de ene wél en de andere niet te erkennen en te faciliteren.⁴⁶⁴

4.41. Wat betekenen de Nederlandse zaken voor de doorwerking van het recht op collectief onderhandelen?

Zoals deze voorbeelden laten zien, kunnen facetten van het recht op collectief onderhandelen direct doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. In het geval van de NVZD werd dat echter niet aangenomen. Wat de toegang tot de onderhandelingstafel betreft, lijkt dat wat genuanceerder te liggen. In de FRV-zaak wordt een opening geboden voor reflexwerking, zij het dat dat niet veel oplevert voor de betrokken vakbond. Het is dan ook de vraag of de ILO-normen veel verschil maken voor topverdieners die met Nederlandse beloningswetgeving worden geconfronteerd.

Het is moeilijk voorstelbaar dat een rechter een beloningswet als Wnt of Wbfo buiten toepassing laat wegens strijdigheid met het recht op collectief onderhandelen. De voornaamste reden hiervoor is dat, zelfs als de rechter besluit grote waarde toe te kennen aan de aanbevelingen en uitspraken van de CFA en de CoE, er dan nog steeds een specifieke aanbeveling of uitspraak ontbreekt die toeziet op juist het onderwerp van dit proefschrift: ingrijpen in topbeloning. Hoe concreter de uitspraken van de ILO zijn, hoe meer kans er is dat een Nederlandse rechter reden ziet een Nederlandse wet buiten toepassing te verklaren. Die concreetheid ontbreekt tot nu toe. Dit betekent echter niet dat de ILO-normen niet in de toekomst bij andere beloningswetten nog in beeld kunnen komen, nu directe doorwerking mogelijk is.

4.42. Conclusie: wat zijn de grenzen voortvloeiend uit het recht op collectief onderhandelen van de ILO?

Het uitgangspunt van het recht op collectief onderhandelen zoals door de ILO beschermd is dat er geen overheidsbemoeienis moet plaatsvinden met het vrije collectieve onderhandelen. De belangrijkste vier lijnen die ik aan de CFA-uitspraken heb ontleend zijn dat cao's niet afhankelijk mogen worden gemaakt van de toestemming van de overheid, dat geen

⁴⁶³ Rb. Utrecht 1 april 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH9295.

⁴⁶⁴ Zie rechtsoverweging 4.6.

arbeidsvoorwaarden kunnen worden uitgezonderd van de onderhandelingsruimte van sociale partners, dat wegens economische noodzaak ingrijpen in cao's niet is toegestaan tenzij voldaan wordt aan een streng toetsingskader, en dat al gesloten cao's niet mogen worden beïnvloed door nieuwe wetgeving.

Zoals geconcludeerd in de paragrafen 4.36 blijven de Wnt en de Wbfo binnen die marges. Topverdieners kunnen, mits verenigd, in beginsel aanspraak maken op de collectieve-onderhandelingsverdragen. De ILO heeft twee duidelijke benaderingen met betrekking tot looningrijpen: loonplafonds in de publieke sector zijn tot op zekere hoogte in orde, mits de overheid daarover de sociale partners heeft geconsulteerd. Verdergaand ingrijpen in loon door middel van bijvoorbeeld het bevriezen van een cao wegens economische omstandigheden is alleen toegestaan indien is voldaan aan een streng toetsingskader. Zowel de Wnt als de Wbfo vallen binnen de grenzen van het collectieve onderhandelingsrecht.

Naast de rol die de ILO-grenzen kunnen spelen zonder dat deze indirect doorwerken in de rechtsorde – de staat moet zich namelijk nog steeds aan de ILO-normen houden – kan de mogelijkheid van directe werking kunnen de ILO-grenzen zeker een relevante rol spelen in de Nederlandse rechtsorde. De ILO-normen hebben bewezen de potentie om door te werken in de verhouding tussen werkgever en werknemer of in de verhouding tussen staat en vakbond, in procedures voor de nationale rechter. De rechtspraak is tot nu toe echter terughoudend met het toekennen van doorwerking aan het recht op vrije collectieve onderhandelingen. Een belangrijke verklaring daarvoor is dat de uit dat recht voortvloeiende normen en grenzen niet erg concreet worden gemaakt in de verdragen. Het is vervolgens de vraag wat de status is van de oordelen en adviezen van de toezichthoudende ILO-instanties, waarin de verdragsbepalingen wel zijn geconcretiseerd.