

De publieke sector, de vakbonden en het recht

Minister Ronald Plasterk en FNV-voorzitter Ton Heerts stonden afgelopen jaar lijnrecht tegenover elkaar. Van het poldermodel leek weinig over. De FNV stapte zelfs naar de rechter om het buiten hen om gesloten loonakkoord ongedaan te krijgen. Hoewel de grootste vakbond nul op het rekest kreeg en de betrokken partijen bezwoeren dat de escalatie eenmalig was, valt het allerminst uit te sluiten dat de verhoudingen tussen overheid en vakbonden in de toekomst verder verhardden.

BAREND BARENTSEN

Hoogleraar sociaal recht & bijzonder hoogleraar arbeidsverhoudingen aan de Universiteit Leiden

Wat vakbondsvrijheid betreft hebben we het in Nederland goed. Terwijl in andere landen bonden het werken bemoeilijkt wordt, vakbondsactivisten ontslag riskeren en ze soms zelfs voor hun leven moeten vrezen, is het stakingsrecht bij ons een erkend grondrecht. Bovendien zijn de bonden gewaardeerde gesprekspartners in polderinstituten als de Sociaal Economische Raad (SER) en de Stichting van de Arbeid. Hoewel de meningen over de wenselijkheid ervan nogal verschillen, wijst het op 1 juli 2015 ingevoerde nieuwe ontslagrecht in ieder geval ook op een stevige positie van de vakbeweging.

Dat alles is echter geen reden tot feestvreugde. Zo zijn de ledenaantallen van de bonden dalende.¹ Met hun nadruk op de bescherming van (oudere) werknemers met een vast contract, de hoofdmoot van hun achterban, lijken ze een achterhoedegevecht te voeren. De wereld om hen heen wordt met de

dag flexibeler en zzp'ers zijn niet meer weg te denken, met als gevolg dat een toenemende groep outsiders het zonder bescherming van arbeidsrecht en cao's moet zien te stellen. De SER heeft daarom recentelijk de noodklok geluid voor het cao-overleg, al ziet de raad daar nog wel draagvlak en toekomst voor.²

Nu is de afnemende (en vergrijzende) achterban van vakorganisaties een al langer bestaand en vaker geconstateerd probleem. In dit artikel wil ik die discussie niet nog eens dunnetjes over doen, al deel ik het optimisme van de SER niet ten volle.³ Mij lijkt het veeleer vijf over dan vijf voor twaalf voor de bonden en cao's. Wel wil ik deze problemen gebruiken als achtergrond waartegen collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en collectieve acties zich de afgelopen jaren in de publieke sector hebben ontwikkeld.

Op basis van rechtspraak in de periode 2014-2015 over collectief onderhandelen en

collectieve actie signaleer ik dat de rechter zich afstandelijker opstelt in collectieve conflicten. De rechter vindt dat een zaak van de betrokken partijen. Hun vrijheid van collectief onderhandelen staat dus hoog in het vaandel, en sinds kort nog hoger. Al die vrijheid lijkt wenselijk en prachtig, maar heeft ook een keerzijde. In hoeverre is een verzwakte vakbeweging in staat om van die vrijheid gebruik te maken? Hebben zij, gezien de omvang van hun achterban en de beperkte actiebereidheid, wel voldoende 'bargaining power' in die vrije onderhandelingen?

De overheid als wet- én werkgever

Ik spits mijn beschouwing toe op de publieke sector. Aangezien de overheid naast werkgever ook wetgever is, is de procedure daar anders dan in de marktsector. Ambtenaren worden eenzijdig aangesteld door de overheidsinstantie waarvoor zij werken en ook hun arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld door de werkgever. Die zijn vastgelegd in wettelijke regelingen, zoals het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) en het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren (BBRA). In dergelijke regelingen is onder meer vastgelegd hoeveel vakantiedagen en salaris de ambtenaar heeft, welke voorzieningen er beschikbaar zijn bij ontslag en wat de rechten en plichten bij ziekte zijn. Kortom: de arbeidsvoorwaarden die voor werknemers in de marktsector in een cao zijn vastgelegd.

Deze eenzijdigheid is echter vooral theorie. Een ambtenaar sluit dan wel geen arbeidsovereenkomst met zijn werkgever, maar aan het aanstellingsbesluit gaan natuurlijk wel besprekingen vooraf. Ook bij de collectieve arbeidsvoorwaarden voor ambtenaren geldt dat die feitelijk op een akkoord met de bonden zijn gebaseerd.

Het komt erop neer dat overheidswerkgevers de wettelijke regeling van de arbeidsvoorwaarden pas na instemming van de vakbonden mogen wijzigen. Daarbij is de overheid in verschillende sectoren verdeeld. Per sector

— onder meer Rijk, defensie, politie, gemeenten en waterschappen — vindt afzonderlijk overleg plaats. Wordt een akkoord bereikt, dan worden de afgesproken arbeidsvoorwaarden — ook wel aangeduid als het overheids-cao — opgenomen in de wettelijke regelingen.⁴

Per sector is vastgelegd wie de onderhandelingspartners zijn en in welk geval er sprake is van een voldoende meerderheid bij de ambtenarenbonden om van een geldig arbeidsvoorwaardenakkoord te spreken. In de regel is instemming van de grootste, aan FNV gelieerde ambtenarencentrale plus een kleinere bond voldoende, of instemming van de drie kleinere centrales. Noch het overeenstemmingsvereiste noch de indeling in sectoren is volledig gebaseerd op bindende wet- en regelgeving. Ten dele gaat het om door overlegpartners gesloten protocollen en gebruiken.

Met het overeenstemmingsvereiste perken overheidswerkgevers hun wetgevende bevoegdheid in. Alleen op basis van een akkoord met de bonden kunnen zij tot wijziging van de collectieve arbeidsvoorwaarden overgaan. Zo wordt voorkomen dat een overheidsinstantie als wetgever eenzijdig zaakjes fikst die haar als werkgever goed uitkomen. Hiermee trachten zoveel mogelijk de situatie in de marktsector te benaderen, waar bonden vrijelijk kunnen onderhandelen over arbeidsvoorwaarden.

Een andere bijzonderheid van het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid is dat er voor de meeste sectoren voorzien is in een advies- en arbitrageregeling voor het geval het overleg stopt. Sinds de invoering van het overeenstemmingsvereiste, en het in feite naar 'normale' cao-onderhandelingen toegroeien van de arbeidsvoorwaardenvorming, doen de onderhandelingspartners minder beroep op deze regelingen.⁵

De onderhandelingen in de publieke sector zijn aldus sterk genormaliseerd, dat wil zeggen zoveel mogelijk in lijn gebracht met wat tussen werknemers en werkgevers in de marktsector gebruikelijk is.⁶ Hoewel veel vakbonden vrezden dat het wetsvoorstel tot

normalisering van de ambtelijke rechtspositie hun onderhandelingspositie in de toekomst zal ondermijnen, moet dat niet overdreven worden. Nu staan de bonden, als ze eensgezind zijn, in het huidige systeem wel iets sterker dan wanneer de complete vrijheid van marktpartijen-cao geldt, maar normalisering door ambtenaren ook onder het arbeidsrecht te laten vallen zou op zich goed aansluiten bij de ontwikkelingen die hierboven beschreven zijn.

Het is goed om op te merken dat juist de sectoren die niet of heel beperkt mogen staken – defensie en politie – buiten de normalisering van het wetsvoorstel vallen. Daar past uiteindelijk misschien beter een geprotocolleerd overlegstelsel bij, zij het dat de politiebonden er wel in zijn geslaagd binnen het bestaande stelsel met actie hun zin te krijgen.

Vrijheid van onderhandelen

De onderhandelingsvrijheid brengt ook het recht om te staken met zich mee. Met collectieve acties (of de dreiging ervan) kunnen werknemers hun eisen in de onderhandelingen kracht bij zetten. Zonder dat recht zouden de bonden min of meer tandeloos zijn en is de onderhandelingsvrijheid niet meer dan een wassen neus.

Nu is de vrijheid om actie te voeren niet onbeperkt. Als er onevenredige schade dreigt voor derden, of als de openbare orde, de nationale veiligheid of de volksgezondheid in het geding is, mogen acties worden verboden. Juist in de publieke sector is de kans aanwezig dat acties die belangen te sterk schaden.

De werkgever is bovendien niet verplicht om een cao aan te gaan. Ook die vrijheid is natuurlijk niet onbegrensd. Als er een jarenlange relatie bestaat met een bepaalde partij of er bepaalde toezeggingen zijn gedaan, kan een vakbond niet zonder meer worden uitgesloten van deelname aan de onderhandelingen. Het is ook niet zo dat andere vakbonden een concurrerende bond zomaar kunnen vetoën. Maar zeker waar het gaat om het uiteindelijk

afsluiten van collectieve afspraken genieten werkgevers en bonden een enorme vrijheid.⁷

Of de bereikte afspraken redelijk zijn, is daarbij niet relevant. De inhoud van het akkoord doet niet ter zake, zolang het maar is afgesloten met een voldoende representatieve vakbond. Een cao of arbeidsvoorwaardenakkoord kan heel wel afspraken bevatten die minder gunstig zijn voor (een deel van) de betrokken werknemers. Een vakbond wordt sterk genoeg geacht om zelf te beslissen of een onderhandelingsresultaat acceptabel is, of niet.

De laatste jaren heeft de rijksoverheid met de zogeheten nullijn gebruikgemaakt van deze onderhandelingsvrijheid. Om de financiën op orde te houden wilde men de salarissen simpelweg niet verhogen. Het gevolg was dat er in veel sectoren geen afspraken over arbeidsvoorwaarden tot stand kwamen. Hoogstens werd men het over deelonderwerpen eens. Hoewel deze opstelling was ingegeven door politieke motieven, stelde de overheid zich in feite op als iedere andere 'gewone' werkgever die meent het zuinig aan te moeten doen.

Afgezien van de politiesector is tegen de nullijn betrekkelijk weinig actie gevoerd. Ook is niet de weg van arbitrage of advies bewandeld.⁸ De bonden stonden blijkbaar niet sterk genoeg om een mooi akkoord af te dwingen. Overigens verliepen de onderhandelingen in sectoren als gemeenten vaak wel wat soepeler. De salarissen drukken daar niet rechtstreeks op de rijksbegroting, waardoor werkgeversonderhandelaars meer ruimte hadden om aan eisen van werknemers tegemoet te komen. Desalniettemin zijn er ook in die sectoren wel voorbeelden te vinden van onderhandelingen die vele jaren lang nagenoeg op slot hebben gezeten, bijvoorbeeld in het mbo.⁹

Rechter buiten de onderhandelingen...

Bij de onderhandelingen voor rijksambtenaren in 2015 liepen de gemoederen tussen de overheid en FNV hoog op. Met het aantrek-

ken van de economie was het tijd om van de nullijn af te stappen, vond ook minister van Binnenlandse Zaken Ronald Plasterk. Over hoe dat dan zou moeten, werd men het echter niet eens. Twistpunt was het voorstel om de pensioenpremie te verlagen en het vrijgekomen geld bij wijze van loonsverhoging direct aan de ambtenaren uit te keren. 'Een sigaar uit eigen doos', oordeelde de FNV. De onderhandelingen leverden niks op. De FNV trachtte tevergeefs via een kort geding een beslissing te forceren, waarop Plasterk zonder de grootste vakbond een voor alle sectoren geldig loonruimte-akkoord sloot.¹⁰ De overige bonden meenden dat loonsverhoging na jaren van nullijn en afgebroken onderhandelingen te prefereren viel boven een voortdurende impasse.¹¹

De FNV kreeg van de rechter tweemaal nul op het rekest

Daarop toog de FNV opnieuw naar de rechter. Kern van het betoog was dat aan akkoorden reëel en open overleg vooraf dient te gaan. Dat was volgens de FNV niet gebeurd. Doordat het akkoord bovendien voor alle sectoren geldig was, kon er anders dan gebruikelijk op sectoraal niveau niet meer onderhandeld worden. Voor de afzonderlijke sectoren was het volgens de bond dus slikken of stikken.

Helaas voor de grootste vakbond oordeelde de rechter anders.¹² Het vereiste overleg mag ook buiten de formeel voorgeschreven organen om worden gevoerd. Er was, vond de rechter, bovendien voldoende overlegd. In feite volgt de rechter hier de meerderheid van de onderhandelaars, die wel tevreden waren met het proces en met het resultaat.

Het staat de FNV uiteraard vrij om de onderhandelingen te verlaten, maar dat betekent niet dat het daarna gesloten akkoord ineens ongeldig is. Ook binnen de bijzondere context

van ambtelijk arbeidsvoorwaardenoverleg prevaleert dus de onderhandelingsvrijheid.

Inmiddels hebben alle betrokken vakbonden en de minister verklaard dat zij in de toekomst 'gewoon' weer met zijn allen willen onderhandelen.¹³ Ook de noodgreep naar afspraken op centraal niveau wordt door hen als eenmalig beschouwd.¹⁴

Juridisch wel meer actiemogelijkheden

De FNV en andere bonden, die anders willen, zullen in de toekomst dus terug moeten grijpen op alternatieve methoden. Dat kan om twee redenen moeilijk zijn. De eerste is de lage organisatiegraad. Daarnaast brengen collectieve acties in de publieke sector de maatschappelijke orde vaak in gevaar. Zo werd een actie in de ambulancezorg verboden, omdat het risico op onherstelbare gezondheidsschade bij patiënten te groot was.¹⁵

Met de sterkere nadruk op de onderhandelingsvrijheid boven procedures staan bonden dus voor een flinke uitdaging. Ironisch genoeg kunnen ze hoop putten uit de recente rechtspraak. Het wordt makkelijker voor bonden, ook in de publieke sector, om actie te voeren.

Tot voor kort konden stakingen en andere acties worden verboden om de enkele reden dat ze niet van tevoren waren aangekondigd of omdat ze prematuur waren. De Hoge Raad heeft in twee uitspraken geoordeeld dat die regels niet langer als zelfstandige criteria gelden.¹⁶ Hoewel relevant moeten ze onder meer worden afgewogen tegen de duur en schade van de actie, en hoe lang de onderhandelingen in een impasse verkeren.

Voor de publieke sector is verder van belang dat de voorkeursbehandeling van algehele stakingen met deze uitspraken is vervallen. Juist in de publieke sector is die manier van actievoeren vaak niet mogelijk, omdat bepaalde overheidsdiensten nu eenmaal altijd beschikbaar moeten zijn.

Zolang acties als stiptheidsacties, estafetestaking, prikacties en flashmobs redelijkerwijs kunnen bijdragen aan een beter resultaat

in de collectieve onderhandelingen zijn deze rechtmatig. Het is dus primair aan de bonden om te kiezen wanneer en op welke manier zij actie voeren. Nog steeds is het actierecht niet onbeperkt, maar het uitgangspunt is dat werknemers én ambtenaren actie mogen voeren.

Dit opent ook mogelijkheden voor sectoren waar de organisatiegraad en de actiebereidheid beperkt zijn. Zo deden slechts 1000 van de 150.000 schoonmakers aan de langste naoorlogse stakingsactie van 2010 mee. Desondanks werd de staking een succes, doordat de bonden met gerichte acties tegen de NS en Schiphol relatief veel impact hadden.¹⁷

Hoewel deze actieform voor de meeste ambtenaren wat radicaal lijkt, is er nu in ieder geval een tussenweg voor de onhaalbare en vaak onrechtmatige algehele staking en een symbolisch fluitconcert op het Malieveld. Zelfs bedrijfsbezettingen zijn niet langer uit den boze. Illustratief voor de verruimde mogelijkheden is de weigering van de politie om bijstand te verlenen aan deurwaarders. Het gerechtshof Den Haag vond deze acties niet onrechtmatig.¹⁸ Het hof woog uitdrukkelijk mee dat de bonden, omdat de politie nu eenmaal essentiële diensten verleent, beperkt zijn in hun mogelijkheden om acties te voeren.

Polderen of actie

Met deze ontwikkelingen in de rechtspraak kunnen de bonden dus twee kanten uit. Kiezen zij voor actie of polderen? Ietwat simpel gesteld is het de keuze tussen de methode-SP en -PvdA. Uit het recente verleden blijkt niet direct welke koers effectiever is.

Hoewel de schoonmaakacties succes hadden en ook de politiebonden (iets) meer dan hun collega-ambtenaren wisten binnen te slepen, heeft de FNV zich bij de onderhandelingen met Plasterk buitenspel laten zetten. Als gezegd corrigeerde de rechter dit niet, en ontbrak het de FNV aan overtuigingskracht om de eisen op een andere manier geaccepteerd te krijgen.

Een belangrijke bepalende factor is de actiebereidheid en de organisatiegraad binnen een sector. Soms zullen de mogelijkheden om tot actie over te gaan beperkt zijn, ook al laat de rechter nu iets meer toe dan voorheen. En hoewel er juridisch dus iets meer ruimte is, blijft die beperkt als de gezondheid en veiligheid van burgers in het geding zijn.

Bovendien kan polderen wel degelijk tot resultaten leiden. Zo was de FNV medeondertekenaar van het Sociaal Akkoord in 2013. Ontpolderen, dat wil zeggen kiezen voor een meer conflictueus dan harmonieus onderhandelingsmodel, is dus zeker niet altijd een garantie voor succes.

Zelfs wanneer confrontatie wel mogelijk is, is het de vraag of zo'n koers op de langere termijn wel verstandig is. Er valt wellicht meer te halen als werkgevers uit welbegrepen eigenbelang, en niet met het mes op de keel, tot cao-afspraken komen. Omgekeerd zouden overheidswerkgevers zich ook kunnen afvragen of zij moeten streven naar een op de korte termijn lastige consensus met alle bonden, of moeten gaan voor het minimaal juridisch haalbare.

Daar komt het gebutste imago nog bij. Het probleem van teruglopende en vergrijzende ledenbestanden verhelpen vakbonden niet door terug te grijpen op het klassieke wapenarsenaal en het beschermen van gevestigde werknemersbelangen, maar door aan te tonen dat ze er ook zijn voor de jongeren die zich alleen wanen op de arbeidsmarkt.

Besluit

De ontwikkelingen van de afgelopen jaren, en zeker 2015, hebben geleid tot een zekere normalisering van de arbeidsverhoudingen bij de overheid. Net als in de marktsector kunnen werkgevers en werknemers in vrijheid hun opstelling en inzet bepalen. Daar horen ook vakbonden bij die als ze dat nodig vinden actie voeren om hun gelijk te krijgen.

Intussen heeft de rechter – uiteraard binnen zekere grenzen – de deur opengezet voor

collectieve acties. Het gewicht van vormvoorschriften is afgenomen en andere, minder klassieke actievormen zijn in principe toegestaan. Het zal voor de bonden een kwestie van nuances zijn. Er is heus ruimte – en reden – om de belangentegenstelling in collectieve onderhandelingen wat zwaarder aan te zetten. Het hangt van de omstandigheden in een bepaalde sector af hoe groot die speelruimte is. De bonden zullen een afweging moeten maken wat handiger is om op langere termijn resultaten te behalen: in beginsel polderen of juist sneller en harder actievoeren. Die keus is uiteindelijk aan hen. Terwijl de strijd binnen de FNV tot vandaag de dag in alle hevigheid gevoerd wordt, heeft vakbond De Unie bijvoorbeeld het stakingsmiddel afgezworen.

Die afweging kan in de verschillende overheidssectoren bovendien anders uitvallen, al naar gelang de actiebereidheid en de organisatiegraad. Verder is het goed denkbaar dat bepaalde onderdelen binnen deze sectoren voor een eigen koers kiezen, als ze menen dat er voor hun specifieke groep iets anders en beters moet worden geregeld. Belastingambtenaren, cipers en wegwerkers van Rijkswaterstaat vallen nu nog onder dezelfde regeling als beleidsambtenaren op een ministerie, maar dat hoeft niet zo te blijven.

De sinds de introductie van het sectorenmodel in 1993 zo keurig aangeharkte tuin van arbeidsvoorwaardenvorming verwildert. Dat biedt vakbonden meer vrijheid en speelruimte, maar minder zekerheid.

Noten

- 1 SER-advies (2013), *Verbreiding draagvlak CAO-afspraken* (advies 13/03), Den Haag: SER 2013, p. 11 e.v.
- 2 Ibid., p. 37 e.v.
- 3 B. Barentsen (2016), 'Representativiteit is een illusie', in: *TRA* 2016/11.
- 4 L.C.J. Sprengers (2015), 'Collectief overleg en conflict', in: B.B.B. Lanting (2015), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, pp. 299-307.
- 5 Sprengers, 'Collectief overleg en conflict', pp. 334-336.
- 6 B. Barentsen (2013), *The wounded soldiers of bureaucracy* (oratie Leiden), par. 2.
- 7 A.T.J.M. Jacobs (2013), *Collectief arbeidsrecht*, p. 157 e.v.
- 8 Sprengers, 'Collectief overleg en conflict', p. 334, en: Werkgroep-Borstlap (2015), *Buitengewoon normale sturing*, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/06/18/rapport-buitengewoon-normale-sturing. Zie voor een beschrijving van het stelsel ook bijlage A bij dit rapport.
- 9 L.C.J. Sprengers (2013), 'Het cao-overleg in de sectoren', in: CAOP (2013), *De staat van de ambtelijke dienst 2013*, pp. 166-176, en: L.C.J. Sprengers (2015), 'Het cao-overleg in de sectoren', in: CAOP (2015), *De staat van de ambtelijke dienst 2015*, p. 198.
- 10 Sprengers (2015), 'Het cao-overleg in de sectoren', pp. 186-187.
- 11 Sprengers (2013), 'Het cao-overleg in de sectoren', p. 172. Normaliter trekken de ambtenarencentrales gezamenlijk op. De 'cao' voor de onderzoekinstellingen 2010-2014 is echter ook zonder AbvaKabo FNV afgesloten.
- 12 Gerechtshof Den Haag (27-10-2015), *JAR* 2015/296 (ECLI:NL:GHDHA:2015:2949).
- 13 W. van de Donk (2015), *Advies over de verhoudingen met de sociale partners van verkenner W. van de Donk d.d. 3 december 2015*, p. 2. www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2015/12/03/advies-over-de-verhoudingen-met-de-sociale-partners.
- 14 Sprengers (2015), 'Het cao-overleg in de sectoren', pp. 185-186.
- 15 Rechtbank Midden-Nederland (10-6-2015), *JAR* 2015/165 (ECLI:NL:RBMNE:2015:4232).
- 16 Hoge Raad (31-10-2014), *JAR* 2014/298 (Enerco), en Hoge Raad (19-6-2015), *JAR* 2015/188 (Amsta).
- 17 Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, p. 216.
- 18 Gerechtshof Den Haag (22-9-2015), *RAR* 2016/6 (ECLI:NL:GHDHA:2015:2555).