

CAO bij de overheid: Is er nog wel reden voor een apart overlegstelsel bij de overheid?

Prof. mr. L.C.J. Sprengers*

* Prof. mr. L.C.J. Sprengers bekleedt de Albeda-leerstoel Universiteit Leiden, is advocaat te Utrecht en redacteur van dit blad.

In Sociaal Recht is in de reeks over het CAO-recht de laatste jaren aandacht besteed aan verschillende vraagstukken die te maken hebben met het collectief arbeidsrecht. In dit artikel komt een op het eerste gezicht vreemde eend in de bijt van het CAO-recht aan de orde: de CAO bij de overheid. Hoewel de titel van dit artikel wat misleidend is – bij de overheid is immers geen sprake van een CAO in de zin van art. 1 Wet op de CAO – is er wel alle reden om aandacht te besteden aan de arbeidsvoorwaardenvorming bij de overheid. De vraag of het CAO-model zoals dat in de marktsector geldt, ook toegepast moet worden bij de overheid is immers recent weer in diverse publicaties opgeworpen. In dit artikel gaat de auteur nader in op een aantal kenmerkende elementen van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming bij de overheid. Hij besteedt daarbij ook aandacht aan de toekomstige ontwikkelingen en staat stil bij de vraag of één (collectief) arbeidsrecht voor zowel de marktsector als de overheid in het verschiet ligt.

1. Inleiding

In Nederland kennen we bij de overheid de bijzondere ambtelijke status, die onder meer wordt gekenmerkt door de aanstelling van een ambtenaar in plaats van het afsluiten van een arbeidsovereenkomst: een eenzijdige in plaats van een tweezijdige rechtshandeling. Daaruit vloeit voort dat er bij de overheid geen sprake is van een CAO in de zin van art. 1 Wet op de CAO: een overeenkomst aangegaan door een of meer werkgevers – en werknemersorganisaties ‘waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.’ Met name van dat laatste is bij de overheid geen sprake. Wel worden er tussen werkgevers- en werknemersorganisaties bij de overheid overeenkomsten gesloten waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld. Deze overeenkomsten worden de laatste jaren ook aangeduid als CAO, bijv. de CAO Rijk of de CAO gemeenten. De inhoud van deze overeenkomsten moet echter nog worden omgezet in een wijziging van de rechtspositieregeling door de werkgever, waarna deze in de eenzijdige rechtsrelatie doorwerkt. De aanduiding CAO wordt wisselend gebruikt voor zowel het onderhandelaarsakkoord als voor de rechtspositieregeling.

In de definitiebepalingen van de CAO Universiteiten is bijvoorbeeld aangegeven dat het begrip ‘CAO’ niet wordt gedefinieerd als ‘collectieve arbeidsovereenkomst’ maar als ‘collectieve arbeidsvoorwaardenregeling’.¹ Fase heeft gewezen op het feit dat de term CAO ook voor de marktsector een vlag is die niet de lading dekt. Er is immers geen sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 lid 1 BW. De benaming collectieve arbeidsvoorwaardenovereenkomst ware beter. Maar een dergelijke benaming maakt geen schijn van kans gezien de ingeburgerdheid van de term CAO, aldus Fase.² Het begrip CAO is een verzamelbegrip geworden, waarvan de letters niet in alle gevallen meer staan voor de oorspronkelijke woorden.

Van Peijpe heeft recent de vraag gesteld of ambtenaren eigenlijk ook niet een arbeidsovereenkomst hebben nu aan de aanstelling altijd een wilsovereenstemming ten grondslag ligt. Hij heeft daaraan de conclusie gekoppeld dat bij een minder traditionele opvatting van de ambtenarenstatus de eenzijdige aanstelling niet in de weg zou hoeven staan aan toepassing van de WCAO.³ Een voorbeeld van hoe getracht wordt met in stand houding van de twee stelsels, beide steeds meer naar elkaar toe te redeneren. Het geeft aan dat de vraag (weer) actueel is of het CAO-model, zoals dat in de marktsector geldt, ook kan worden toegepast bij de overheid. Deze vraag is recent aan de orde gesteld in het rapport van het Interdepartementaal Beleidsonderzoek (IBO) over de normalisatie van de rechtspositie van het overheidspersoneel, onder de titel ‘Buitengewoon normaal’.⁴ Hierin

wordt onderzocht of de ambtelijke rechtspositie kan worden afgeschaft. Het stelsel van de regeling van arbeidsvoorwaarden(overleg) vormt daar een belangrijk onderdeel van. Alle redenen om in een reeks over het CAO-recht aandacht te besteden aan de collectieve arbeidsvoorwaardenregeling bij de overheid. In dit artikel zal ik nader ingegaan op een aantal kenmerkende elementen van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming bij de overheid. Aan de orde komen het sectorenmodel (2) de partijen bij het overleg (3), het overeenstemmingsvereiste en het meederheidsvereiste(4), de duur van de overeenkomst (5), de binding van de ambtenaren (6) en patstellingen in het overleg (7). Ik zal bij deze onderdelen ingaan op het huidige stelsel en de conclusies van het IBO-rapport. Tot slot zal ik aandacht besteden aan de toekomstige ontwikkelingen (8), de vraag of we op weg zijn naar één (collectief) arbeidsrecht.

2. Sectorenmodel

Een kenmerkend verschil tussen het overleg in de overheidssector en de marktsector is dat er bij de overheid een publiekrechtelijke regeling, een algemeen verbindend voorschrift, dient te zijn, waarin de wijze van overleg tussen de overheidswerkgever en de vakbonden wordt geregeld. De 'spelregels' van het overleg dienen in materiële wetgeving te worden vastgelegd, zo schrijft art. 125 lid 1 onder q Aw voor.

In het verleden werd de inhoud van het overleg bij de overheid voornamelijk bepaald door de uitkomsten van het overleg op centraal niveau. Enerzijds omdat een aantal rechtspositionele en arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden centraal werd geregeld voor alle ambtenaren, anderzijds doordat de uitkomsten van de onderhandelingen op centraal rijksniveau, feitelijk maatgevend waren voor de inhoud van de arbeidsvoorwaardenregelingen bij de decentrale overheden. Door de groei van de overheidsorganisatie en de toename van de overheidsstaken, ontstond een behoefte aan diversificatie op het terrein van de arbeidsvoorwaardenregelingen. Dit heeft geleid tot de komst van het sectorenmodel.⁵

Het is een onderdeel van het proces om te komen tot normalisering van de arbeidsverhoudingen bij de overheid, dat in gang is gezet in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Dit proces heeft ook gevolgen gehad voor andere aspecten van de ambtelijke rechtspositie, de ambtelijke status, op het terrein van onder meer de sociale zekerheid, pensioenregeling en medezeggenschap.

In 1993 is het sectorenmodel ingevoerd, nadat hiermee vanaf 1988 bij wijze van proef ervaringen waren opgedaan. Dit heeft geleid tot een decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid naar in eerste instantie acht sectoren (rijk, defensie, politie, onderwijs en wetenschappen, rechterlijke macht, gemeenten, provincie en waterschappen). Inmiddels zijn er dertien overheidssectoren onderscheiden.

De sectoren zijn verschillend van omvang. De sectoren gemeenten, rijk en onderwijs omvatten bijvoorbeeld elk meer dan honderdduizend ambtenaren; de sectoren defensie en politie omvatten rond de 60 000 ambtenaren; in de sectoren provincies en waterschappen zijn rond de 10 000 en in de sector de rechterlijke macht zijn rond de 3000 ambtenaren werkzaam.

Er zijn belangrijke verschillen in de mate waarin elke sector een eenheid vormt. Binnen de rijksoverheid zijn er vijf sectoren, de kabinetssectoren (rijk, onderwijs, defensie, rechterlijke macht en politie), waarvoor een minister dan wel staatssecretaris voor de werkgeversinbreng direct verantwoordelijk is. De afspraak is gemaakt dat de betrokken bewindspersoon pas definitief zijn goedkeuring kan verlenen aan een onderhandelingsresultaat, als de ministerraad daarmee akkoord is gegaan. De ministerraad toetst daarbij het onderhandelingsresultaat aan het mandaat dat eerder is geformuleerd.

Wat opvalt is dat er wel in de Ambtenarenwet een verplichting is opgenomen voor de overheidswerkgevers om de wijze van overleg met de vakbonden vast te leggen in regels, maar dat er geen regels met betrekking tot het sectorenmodel als zodanig zijn vastgelegd. Het zou voor de hand liggen en passen binnen het huidige stelsel van het ambtenarenrecht - indien de overstap naar het civiele CAO-model niet wordt gemaakt - om in de Ambtenarenwet de (spel)regels over het sectorenmodel vast te leggen. Bij de start van het

sectorenmodel is bewust niet gekozen voor een wettelijke regeling. De commissie Rood gaf in 1991 aan dat een wettelijke regeling de ontwikkelingen zou kunnen gaan fixeren.⁶ Inmiddels is zoveel ervaring met het sectorenmodel opgedaan, dat dat bezwaar nu achterhaald is.

De Minister van BZK heeft een coördinerende taak inzake het arbeidsvoorwaardenbeleid bij de overheid. In verband met deze taak wordt jaarlijks als bijlage bij de begroting de Trendnota Arbeidszaken Overheid uitgebracht, waarin inzicht wordt gegeven in de ontwikkelingen op het terrein van de arbeidsvoorwaarden bij de overheid. Met herhaling is in deze nota's aandacht besteed aan het sectorenmodel.

Uit deze nota's blijkt dat er over het algemeen tevredenheid is over de uitkomsten van het sectorenmodel.⁷ Maar de laatste jaren wordt ook meer gewezen op de gevolgen van steeds verdergaande decentralisatie. Gewezen wordt op de toenemende kosten van het overleg bij verdergaande decentralisatie, de transactiekosten.⁸ In de Trendnota Arbeidszaken Overheid 2005 is het interdepartementaal beleidsonderzoek aangekondigd naar de wenselijkheid van het opheffen van de ambtelijke status.⁹

In het IBO-rapport 'Buitengewoon normaal', waarin de resultaten van dit onderzoek worden verwoord, worden twee beleidsopties uitgewerkt.¹⁰ Ten eerste de optie van volledige normalisatie. Als voordeel daarvan wordt onder meer aangevoerd dat er voor alle werknemers in Nederland één (arbeids)rechtssysteem gaat gelden; overzichtelijkere en transparantere arbeidsverhoudingen in Nederland; minder regeldrukke en verbetering van de arbeidsmobiliteit tussen overheid en bedrijfsleven en omgekeerd. Geconcludeerd wordt dat een volledige normalisering zeer wel mogelijk is, waarbij een uitzondering wordt gemaakt voor de sector rechterlijke macht. Voor rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast geldt dat zij een bijzondere positie innemen en daarom van volledige normalisatie zouden moeten worden uitgesloten. Hetzelfde geldt voor de benoemde politieke ambtsdragers, zoals ministers, burgemeester en wethouders. Voor de sector defensie wordt volledige normalisatie mogelijk geacht, waarbij dan wel in afzonderlijke wetgeving de bijzonderheden die samenhangen met het dienstverband van de militair moeten worden geregeld.

Als tweede optie wordt geschetst het handhaven van de huidige status quo, waarbij nagegaan wordt welke aanpassingen dan binnen het huidige systeem nodig zijn. Daarbij komen (alleen) aanpassingen in het CAO-stelsel met betrekking het vervallen van het meerderheidsvereiste (zie hierna par. 4) en de looptijd (zie hierna par. 5) aan de orde. Geen aandacht wordt besteed aan het reguleren van het sectorenmodel als zodanig in de Ambtenarenwet.

3. Partijen bij het overleg

Een ander kenmerkend element voor het CAO-overleg bij de overheid is de wijze waarop wordt bepaald welke partijen aan werknemers –en werkgeverszijde tot het overleg worden toegelaten.

In art. 125 lid 1 onder *q* AW is de verplichting voor de overheidswerkgevers opgenomen om in regelgeving de wijze vast te leggen waarop met de in aanmerking komende vakorganisaties overleg wordt gevoerd. Dit houdt in dat in die regelgeving zowel aandacht moet worden besteed aan de wijze waarop het overleg zal worden gevoerd als ook wie er aan de overlegtafel wordt toegelaten.

Voor de rijksoverheid is in het ARAR aangegeven welke partijen aan het overleg aan werknemerszijde deelnemen aan het sectoroverleg rijksoverheidspersoneel (SOR). Daarin zijn de vier grote ambtenarencentrales vertegenwoordigd.¹¹ Deze centrales van overheidspersoneel zijn ook vertegenwoordigd in de Raad voor het Overheidspersoneel (ROP). In art. 105 lid 2 onder *e* ARAR is voorts aangegeven dat door de Kroon tot het overleg kunnen worden toegelaten andere centrales van verenigingen van ambtenaren, die onder meer gelet op het aantal ambtenaren dat zij vertegenwoordigen eveneens als

representatief kunnen worden aangemerkt, mits het algemeen belang zich hiertegen niet verzet. Andere vakorganisaties die tot het overleg toegelaten worden, zullen hun representativiteit moeten bewijzen. Van Peijpe geeft aan dat dit in zal houden dat een andere vakbond die er in slaagt bijvoorbeeld evenveel leden te hebben als de kleinst toegelaten centrale, tot het overleg zal moeten worden toegelaten. Weigering zal in dat geval al gauw een daad van willekeur opleveren en op die grond onrechtmatig zijn, behoudens zeer bijzondere omstandigheden bijvoorbeeld wanneer het gaat om een organisatie met een verboden doel.¹² Naast het ledenaantal speelt ook de spreiding over de verschillende categorieën van betrokken ambtenaren een rol bij de representativiteit.

Deze regeling is kenmerkend voor het overleg bij de overheid.¹³ Voortvloeiend uit de ambtelijke status, de eenzijdige aanstelling, is gekozen voor een opzet van het overlegsysteem waarbij de overheid de overlegpartners aan werknemerszijde aanwijst. In de marktsector behoort het tot de bevoegdheden van de CAO-partijen om te bepalen wie tot het overleg wordt toegelaten. De contractsvrijheid van partijen brengt met zich mee dat er in principe geen verplichting bestaat om partijen toe te laten tot het overleg. Uit art. 4 ILO-verdrag no. 98 en art. 11 ILO-verdrag no. 87 volgt het beginsel van de vrijheid van vakvereniging en het recht op collectief onderhandelen. Dit recht kan onder druk komen te staan, indien met een beroep op de contractsvrijheid een representatieve vakbond van het overleg wordt uitgesloten. Uit de rechtspraak blijkt, dat vorderingen tot toelating tot het overleg worden toegewezen in die gevallen waarin de eisende partij representatief is voor een groep werknemers en er reeds sprake is van overleg met andere partijen.¹⁴ Hoewel in de marktsector het stelsel gebaseerd op de contractsvrijheid, anders is dan in de overheidssectoren, zijn praktisch de verschillen niet zo groot, als naar de (geringe hoeveelheid) rechtspraak wordt bekeken.

In het verleden is overwogen om in een wettelijke regeling het recht op CAO-overleg te reguleren. Mede naar aanleiding van een SER-advies uit 1979 is het daar niet van gekomen. De meerderheid van de SER vond dat de vrije onderhandelingen die het systeem van loonvorming kenmerken, ook betrekking hebben op de keuze van de onderhandelingspartners. In geval van machtsmisbruik van de CAO-partijen is het mogelijk om via een rechterlijke toetsing of er sprake is van een onrechtmatige daad in te grijpen.¹⁵

Naast het aanwijzen van de deelnemers aan het overleg aan werknemerszijde, wijst de overheid binnen de verschillende sectoren ook aan wie er namens de werkgever(s) deelneemt aan het sectoroverleg. Dit kan ertoe leiden dat aan werkgeverszijde sectoronderhandelaars zijn aangewezen door de overheid, die niet altijd de feitelijke werkgever zijn of als werkgeversvereniging kunnen worden aangemerkt. Zo benadrukte de Minister van BZK bij een eerste evaluatie van het sectorenmodel, dat bij een volledige overgang naar het CAO-model van een verplichte coördinatie op sectorniveau geen sprake meer zou kunnen zijn. Dit zou alleen nog op vrijwillige basis kunnen.¹⁶

In het IBO-rapport Buitengewoon Normaal wordt met name aan dit aspect veel aandacht besteed.¹⁷ Aangegeven wordt dat bij overgang naar het CAO-model de aanwijzing van overlegpartners aan werknemers- en werkgeverszijde, zoals die in het sectorenmodel ligt besloten, zou komen te vervallen. Ten aanzien van de coördinerende rol op het gebied van het arbeidsvoorwaardenbeleid wordt er op gewezen dat deze tot nu toe vooral verloopt over de band van de aangewezen (kabinets)sectorwerkgevers en binnen het Verbond Sectorwerkgevers Overheid (VSO).¹⁸ Om de status quo aan werkgeverszijde te handhaven worden enkele aanvullende maatregelen voorgesteld. Allereerst kunnen aan de kant van de overheid werkgeversverenigingen worden opgericht, voor zover die nog niet bestaan, die als CAO-partij kunnen optreden bij het afsluiten van 'bedrijfstak-CAO's' voor sectoren als gemeenten, provincies en waterschappen, rijk en defensie. Voor de laatste twee kan de Staat als CAO-partij optreden. Voor de sector Rijk zou kunnen worden afgesproken dat de onderhandelingen exclusief worden gevoerd door de minister van BZK. Voor de sector Politie is denkbaar, aldus het IBO-rapport, dat in de Politiewet of in de WCAO de Minister van BZK wordt aangewezen als centrale CAO-onderhandelaar. Daarmee blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van de minister voor de rechtspositie van het

politiepersoneel verankerd en blijft ook in de toekomst sprake van één soort werknemers van de Nederlandse politie met een uniforme rechtspositie.

Hiermee kan de verantwoordelijkheid van de Minister materieel veilig worden gesteld, maar de binding van iedere politieregio, die een eigen rechtspersoonlijkheid heeft, als werkgever aan de CAO is dan nog niet geregeld. Dat is wel van belang binnen het CAO-model om de directe en indirecte doorwerking van de CAO in de arbeidsovereenkomst te realiseren. Indien voor de politiesector niet voor het model met een werkgeversvereniging wordt gekozen, zal mijn inziens inderdaad een bijzondere bepaling in de WCAO vereist zijn.

Uit deze voorstellen blijkt dat via andere wegen de coördinerende rol over het arbeidsvoorwaardenbeleid van de minister van BZK bij een overgang naar het CAO-model behouden kan blijven. De rol van de VSO zal daarbij ook kunnen gaan toenemen.

Ook via de financierings –of subsidievoorwaarden zijn financiële kaders te stellen. De werkgevers zullen daar terdege rekening mee moeten houden, zeker als zij geen andere inkomstenbronnen hebben om de arbeidsvoorwaarden uit te financieren.

Het belang van deze coördinerende of sturende rol van de overheid op het proces van arbeidsvoorwaardenoverleg wordt vaak naar voren gebracht in verband met het budgetrecht van het parlement. Dit is het recht om door middel van de begroting de kaders van de uitgaven, ook voor arbeidsvoorwaarden, vast te stellen. In het kader van de normalisering van het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid is enige terughoudendheid van het parlement een vereiste. Voorkomen moet worden dat het parlement de positie van mede-onderhandelaar gaat innemen. Deze taak behoort tot de ministeriële verantwoordelijkheid van de verantwoordelijk minister. Becking heeft aangegeven dat een overgang naar het contractenstelsel geen uitholling van het budgetrecht hoeft in te houden. Ten eerste is het eindresultaat van de onderhandelingen altijd op termijn door de politiek beïnvloedbaar is. Ten tweede bestaat er het instrument van de budgetsturing. Hij acht het wel van belang dat ook gekeken wordt naar andere beheersvormen gericht op het maken van afspraken tussen de politiek verantwoordelijken en de (decentrale) overheden en particuliere instellingen over het niveau van dienstverlening.¹⁹

In het IBO-rapport wordt in dit verband gewezen naar Zweden. De rechtspositie van praktisch alle Zweedse overheidswerknemers is weliswaar genormaliseerd, maar daar wordt sinds 1984 gewerkt met een zogenoemde referentiemodel dat de arbeidsvoorwaardenbudgetten voor de collectieve sector spiegelt aan de veronderstelde productiviteitsontwikkeling in de marktsector.²⁰

Een overgang naar het CAO-model tast noch het budgetrecht noch de coördinerende taak van de Minister van BZK substantieel aan. Er bestaan mogelijkheden om andere instrumenten te hanteren om deze belangen voldoende te borgen.

4. Overeenstemmingsvereiste en meerderheidsvereiste

Het meest bijzondere element van het CAO-overleg bij de overheid is wel het overeenstemmingsvereiste en daaraan gekoppeld het meerderheidsvereiste.

In art. 125 lid 1 onder *q* AW staat dat de overheidswerkgever in regelgeving moet aangegeven over welke onderwerpen overeenstemming met de vakorganisaties dient te worden bereikt. Dit wordt wel aangeduid als het overeenstemmingsvereiste.

Voor de rijksoverheid is in art. 105 ARAR aangegeven dat overeenstemming met het Sectoroverleg Rijk (SOR) dient te worden bereikt over een voorstel waarover overleg dient plaats te vinden dat strekt tot het invoeren of wijzigen van een regeling met rechten of verplichtingen van individuele ambtenaren. Voor het overleg op decentraal niveau binnen het Rijk is in art. 113 lid 3 en 4 ARAR het overeenstemmingsvereiste op een vergelijkbare wijze geregeld, met dien verstande dat uitgezonderd zijn de onderwerpen waarover met het SOR wordt overlegd. Ieder centrale heeft één stem.

Overeenstemming is bereikt als de meerderheid van de vier centrales er voor is. Indien de stemming binnen de sectorcommissie staakt, beslist de Minister BZK of het besluit ten uitvoer wordt gebracht. Dit wordt wel het meerderheidsvereiste genoemd.

Ook de overige overheden hebben het overeenstemmingsvereiste en meerderheidsvereiste vastgelegd op een veelal vergelijkbare wijze in protocollen en arbeidsvoorwaardenregelingen.²¹

Het overeenstemmingsvereiste komt in die vorm niet voor bij het CAO-overleg in de marktsector. Daar is sprake van contractsvrijheid. Er is geen verplichting om tot overeenstemming te komen. De regels van het verbintenissenrecht gelden, hetgeen betekent dat partijen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid met elkaar het overleg moeten voeren, maar de verplichting om tot overeenstemming te komen is niet op voorhand aanwezig.

Uit de evaluatie van het sectorenmodel was naar voren gekomen dat de vraag of de regeling van het overeenstemmingsvereiste aanpassing vergt, aandacht verdient.

In het IBO-rapport wordt aangegeven dat de beperkingen die nu zijn ingebakken in het overeenstemmingsvereiste komen te vervallen bij een overstap naar het CAO-model. Verwacht wordt dat dit de flexibiliteit ten goede zal komen en blokvorming aan de zijde van de centrales de wind uit de zeilen kan worden genomen. Gewezen wordt op de mogelijkheid voor de werkgever om met een minderheid van de overheidsvakbonden of slechts met één van de bonden een CAO af te sluiten. Door o.a. de werking van de Wet op de CAO en de Wet op het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten kan dan toch het gewenste resultaat worden bereikt. In het IBO-rapport wordt er op gewezen dat een CAO niet altijd een verbetering van arbeidsvoorwaarden hoeft in te houden. Daarom zou een verstandige werkgever in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding dienen op te nemen.

Wat opvalt is dat het IBO-rapport op dit punt met name aandacht besteedt aan de mogelijkheid om versoberingen door te voeren. Dit lijkt een door de huidige (economische) situatie gekleurde redenering. Ik zou een andere argumentatie voorop willen stellen. Er ontstaat meer flexibiliteit in het arbeidsvoorwaardenoverleg, indien de mogelijkheid wordt geïntroduceerd om een rechtsgeldige CAO af te sluiten tussen de werkgever en een van de vakbonden. Dit kan gaan om versoberingen, maar ook om verbeteringen van de rechtspositie. Deze vrijheid past bij de grondgedachte van de vrijheid van onderhandelen, die het CAO-model kenmerkt. Bij de introductie van het overeenstemmingsvereiste werd met name beoogd een (juridische) basis voor een gelijkwaardige onderhandelingspositie van de vakbonden versus de overheidswerkgever te creëren. Geconstateerd kan worden dat de vakbonden bij de overheid zich inmiddels binnen de kaders van het sectorenmodel hebben ontwikkeld tot volwaardige overlegpartners in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Bij patstellingen in het overleg wordt in voorkomende gevallen het gebruik maken van collectieve actiemiddelen niet geschuwd. Het recht op het voeren van collectieve actie wordt inmiddels, gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak (zie hierna par. 7), ook voor de overheidssectoren (grotendeels) erkend. Bij echte zware CAO-conflicten wordt de mogelijkheid van advies –en arbitrage minder vaak gebruikt dan de mogelijkheid om via (de dreiging met) actiemiddelen druk op de onderhandelingen te zetten.

Gezien deze ontwikkeling in de positie van de vakbonden bij de overheid is de vraag aan de orde of het handhaven van het overeenstemmingsvereiste nog noodzakelijk is om een gelijkwaardige onderhandelingspositie veilig te stellen. Ik denk dat die noodzaak is komen te vervallen. Dit instrument heeft alleen nog een functie in die situaties waarin de beperkingen aan het gebruik maken van het collectief actierecht van dien aard zijn, dat dit de mogelijkheden van de vakbond wezenlijk belemmert om zijn positie in de onderhandelingen met voldoende kracht te ondersteunen, bijvoorbeeld in de defensiesector. Het overeenstemmingsvereiste beperkt de overheid als werkgever echter wel om bij patstellingen eenzijdig op te treden. De overheid kan geen veranderingen doorvoeren in rechtspositieregelingen zonder overeenstemming met de meerderheid van de vakbonden. Een mogelijkheid die een werkgever in de marktsector wel heeft. Hij kan een rechtsgeldige CAO afsluiten met één van de vakbonden. Voorts bestaat de mogelijkheid, indien het overleg muurvast zit, dat een werkgever kan besluiten het overleg met de vakbonden af te breken en eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden door te voeren. Dit is overigens niet

zonder problemen en er zitten veel juridische haken en ogen aan, gezien de wijze waarop de inhoud van de CAO in de arbeidsovereenkomst doorwerkt of daarin is geïncorporeerd. Het kan voorts zijn dat overleg met de ondernemingsraad en met individuele werknemers vervolgens wel nog vereist is. Dit maakt het eenzijdig vaststellen van een wijziging van de arbeidsvoorwaardenregeling voor een werkgever, die tot dan toe in het collectief overleg met de vakbonden CAO's heeft afgesloten, niet aantrekkelijk en maakt dit tot een theoretische optie. De optie om een CAO met slechts een minderheid of één (kleine) vakbond af te sluiten is, kijkend naar de CAO-praktijk in de marktsector, een optie die meer voor de hand kan liggen. Maar beschouwd vanuit de uitgangspunten van de vrijheid van onderhandelen, beschikt de werkgever over de (theoretische) bevoegdheid om het overleg af te ronden en over te gaan tot het eenzijdig vaststellen van wijziging van een arbeidsvoorwaardenregeling, nadat de looptijd van een CAO is verstreken. Deze mogelijkheid speelt een rol in het CAO-overleg, in die zin dat ook vakbonden moeten afwegen hoe ver zij willen gaan in het al dan niet overbruggen van de patstelling in het overleg om niet het risico te lopen dat aan werkgeverszijde de bereidheid tot overleg komt te vervallen. De overheidswerkgever is wat dat betreft meer gebonden vanwege het overeenstemmingsvereiste.

Het vervallen van het meerderheidsvereiste kan het probleem in het leven roepen dat er een CAO wordt afgesloten met een zeer kleine vakbond, met zeer weinig leden binnen de onderneming of bedrijfstak of met een vakbond, die zeer dicht bij de werkgever staat en daardoor niet in staat is om serieuze onderhandelingen te voeren.²² Bij de overheid lijkt minder snel aan de orde dat er met een vakbond die geen of nauwelijks leden heeft binnen een overheidsonderneming, een CAO wordt afgesloten, als rekening wordt gehouden met de in vergelijking met de marktsector hoge organisatiegraad van ambtenaren, die lid zijn van de vakorganisaties die deelnemen aan het overleg. Wat wel kan is dat een van de centrales bereid is akkoord te gaan met een CAO, terwijl deze bijvoorbeeld slechts een bepaald segment van het personeel vertegenwoordigt. Het hoort echter tot het wezen van de vrijheid van onderhandelen om dit mogelijk te maken.

In de tweede beleidsoptie in het IBO-rapport, het handhaven van de status quo met aanpassingen in het huidige stelsel, wordt als een van de noodzakelijke aanpassingen aangegeven dat bij sommige overheidswerkgevers de behoefte bestaat het meerderheidsvereiste te doorbreken. Dit zou kunnen door de wettelijke mogelijkheid te creëren om in de overheidssectoren ook met één centrale van overheidspersoneel een arbeidsvoorwaardenakkoord te sluiten, dat vervolgens vertaald zal worden in een rechtspositiereglement dat alle ambtenaren bindt. Wat opvalt is dat in deze tweede optie niet wordt voorgesteld het overeenstemmingsvereiste te laten vervallen, hetgeen bij de eerste optie wel aan de orde is. Ook indien niet de volledige overstap naar het CAO-stelsel zou worden gezet, zou bij het handhaven van de huidige status quo aan de orde gesteld kunnen worden of de functie van het overeenstemmingsvereiste inmiddels, gezien de gegroeide positie van de vakbonden bij de overheid in het sectorenmodel en het recht op het voeren van collectieve actie, niet zo is gewijzigd dat de noodzaak van het handhaven van een overeenstemmingsvereiste is komen te vervallen.

5. Duur overeenkomst

Ook wat betreft de tijdsduur waarvoor de gemaakte afspraken gelden en de gevolgen daarvan voor het overleg, bevat het CAO-overleg bij de overheid een bijzonder element.

In de marktsector vindt CAO-overleg plaats meestal voorafgaand aan het verstrijken van de looptijd van de CAO. Art. 19 WCAO bepaalt dat een CAO geacht wordt telkens voor eenzelfde looptijd, maar maximaal een jaar, te zijn verlengd, tenzij de CAO is opgezegd of in de CAO anders is bepaald. Opzegging door een van de partijen heeft in beginsel tot gevolg dat de CAO voor alle partijen eindigt (art. 21 WCAO). Hierdoor ontstaat een wederzijdse noodzaak aan de overlegtafel om aansluitend aan het aflopen van de oude CAO een nieuwe CAO overeen te komen.

Bij de overheid wordt hetgeen afgesproken is met de vakorganisaties vertaald in een wijziging van de rechtspositieregeling. Vervolgens geldt die wijziging voor onbepaalde tijd, totdat er op enig moment weer overeenstemming is bereikt over een nieuwe wijziging. Door de komst van het sectorenmodel is hierin formeel geen verandering gekomen. Bij het overleg worden wel vaak expliciet afspraken gemaakt over de tijdsduur van de 'CAO'. De functie daarvan is dat het moment wordt bepaald waarop nieuw overleg zal plaatsvinden. Het heeft echter geen gevolg voor de looptijd van de rechtspositieregeling als zodanig.

In het IBO-rapport wordt als verschil geschetst dat bij het CAO-model de rechten van overheidswerknemers berusten op CAO-afspraken die bij expiratie weer ter discussie gesteld kunnen worden en niet langer op wettelijke voorzieningen die in de praktijk veel moeilijker te veranderen zijn. Het CAO-model is daarom flexibeler. Gewezen wordt ook op het voordeel dat de CAO niet meer hoeft te worden omgezet in een wijziging van de rechtspositieregeling.

In het rapport zelf wordt deze grotere flexibiliteit ook weer iets genuanceerd, door te wijzen op de nawerking van CAO-bepalingen. Het is inderdaad van belang om daarop te wijzen, omdat daarmee de verschillen aanzienlijk verkleind worden. Zeker als rekening wordt gehouden met de aanbeveling in het IBO-rapport dat overheidswerkgevers de inhoud van de CAO in de arbeidsovereenkomst dienen te incorporeren, om de binding van de niet-georganiseerde werknemer contractueel te realiseren. Dit houdt in dat de inhoud van de 'oude' regeling na zal werken.

In de tweede beleidsoptie geeft het IBO-rapport aan dat bij overheidswerkgevers de behoefte bestaat om om het CAO-systeem te adopteren op het punt van de looptijd van de rechtspositionele aanspraken. Als motivering wordt aangevoerd dat met name in tijden waarin over negatieve arbeidsvoorwaarden moet worden onderhandeld, er bij de vakbonden weinig aanleiding zal zijn om het overleg te bespoedigen, omdat de in de rechtspositie vastgelegde aanspraken immers voor onbepaalde tijd gelden. Daartoe zouden partijen de looptijd van het arbeidsvoorwaardenakkoord gelijk kunnen schakelen met de geldingsduur van de rechtspositieregeling. Verwezen wordt, als voorbeeld, naar de afspraken over het eenmalig deel van de eindejaarsuitkering.

Deze aanbevelingen lijken meer betrekking te hebben op de wens om de overlegcultuur op dit punt te veranderen, dan dat de voorgestelde wijziging op zichzelf leidt tot het gewenste resultaat. Indien (een bepaald deel) van een rechtspositieregeling voor bepaalde tijd geldt, is de kans groot dat beginselen van behoorlijk bestuur met zich kunnen brengen dat de oude regeling blijft gelden, nawerkt, totdat een nieuwe regeling is overeengekomen. Dit is zeker zo als gekozen wordt om de gehele rechtspositie een gelijke looptijd te geven als het arbeidsvoorwaardenakkoord. Alleen in die gevallen waar het gaat om eenmalige, incidentele arbeidsvoorwaarden kan dat anders zijn. Wat dat betreft is het verschil tussen het CAO-model en het sectorenmodel in juridische zin minder groot dan de overheidswerkgevers in het IBO-rapport stellen.

6. Binding individuele ambtenaar

Kenmerkend voor de rechtspositie van ambtenaren is, zoals eerder vermeld, de eenzijdige aanstelling. Dit is een eenzijdige rechtshandeling. De vrijheid van de overheid om van deze eenzijdige bevoegdheid gebruik te maken, is aan beperkingen onderhevig. Wijzigen van (collectieve)arbeidsvoorwaarden, die betrekking hebben op rechten en verplichtingen van ambtenaren, dienen in overeenstemming met de vakorganisaties tot stand te komen. Nadat er overeenstemming met de vakbonden is bereikt, dient de overheidswerkgever het algemeen verbindend voorschrift, de rechtspositieregeling, aan te passen of vast te stellen. Pas door wijziging daarvan wordt de individuele ambtenaar aan de wijziging gebonden. Formeel speelt de wil van de ambtenaar daarbij geen rol. Problemen met betrekking tot de binding van de ambtenaar zijn voor de overheidswerkgever formeel minder groot dan voor de werkgever in de marktsector. Voor de overheidswerkgever is irrelevant of de werknemer lid is van een vakbond of niet. Het onderscheid tussen gebonden en ongebonden werknemer, zoals het CAO-recht dat kent, doet zich niet voor. Een onderscheid tussen een

directe binding van leden op grond van art. 9 WCAO of een indirecte binding op grond van art. 14 WCAO is niet nodig. Door de eenzijdige rechtshandeling is de overheidswerkgever bij machte alle ambtenaren te binden aan een wijziging van het rechtspositiebesluit. Kenmerk van de ambtelijke rechtspositieregelingen is dat veel elementen collectief per sector zijn geregeld en dat de behoefte veelal ook bij de ambtenaar ontbreekt om zijn individuele wil over de desbetreffende wijziging, die het resultaat is van verplicht overleg met de vakbonden, te uiten.

Er is echter een aantal ontwikkelingen dat maakt dat er vaker tweezijdige elementen in de individuele rechtsbetrekking een rol (gaan) spelen.

Allereerst kan het zijn dat er bij de aanstelling van de ambtenaar en de onderhandelingen die daaraan zijn voorafgegaan een aantal bijzondere arbeidsvoorwaarden is overeengekomen, al dan niet vastgelegd in de akte van aanstelling, bijvoorbeeld een bijzondere arbeidsvoorwaarde over de (privé)huisvesting vanwege verhuizing bij het aanvaarden van een aanstelling of over het toekennen van een bonus. Deze afspraken komen het meest voor bij hogere functies. Zo'n arbeidsvoorwaarde kan formeel via een eenzijdig besluit gewijzigd worden, maar de ambtenaar kan met een beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur een dergelijke eenzijdige wijziging, zonder dat deze is gebaseerd is op zijn wil of zonder voorafgaand overleg, aanvechten.

Ook zijn er binnen de overheidssectoren steeds meer keuzevarianten in de collectieve arbeidsvoorwaardenregelingen zoals bijvoorbeeld het IKAP (individuele keuzen in het arbeidsvoorwaardenpakket) bij de rijksoverheid. Dit kan betrekking hebben op werktijden, vakantiedagen of secundaire arbeidsvoorwaarden als computer en kinderopvang.²³ Binnen de kaders van de collectieve regeling wordt meer ruimte geboden voor individuele keuzen voor de ambtenaren. Dit heeft tevens tot gevolg dat de vrijheid voor de overheidswerkgever om daar eenzijdig een wijziging in aan te brengen buiten de wil van de ambtenaar om beperkt wordt. Daarvan kan pas sprake zijn indien een wijziging van de collectieve regeling een wijziging van de individuele rechtspositie vereist.

Een andere ontwikkeling is dat er een wetsontwerp aanhangig is tot wijziging van de Ambtenarenwet.²⁴ Voorgesteld wordt om daarin op te nemen het van oudsher in het civiele arbeidsrecht bekende beginsel van goed werkgever -en werknemerschap, zoals geregeld in art. 7:611 BW. Art. 125ter AW zou moeten komen te luiden: 'Het bevoegd gezag en de ambtenaar zijn verplicht zich als een goed werkgever en goed ambtenaar te gedragen.' Op basis van deze algemene norm is in het civiele arbeidsrecht de nodige jurisprudentie ontstaan over de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst.²⁵ Nadat deze bepaling in de Ambtenarenwet is opgenomen, mag er van worden uitgegaan dat meer nog dan nu het geval is elementen van tweezijdigheid in de eenzijdige ambtelijke rechtsverhouding zullen binnentreden.

Als de positie van de ambtenaar vergeleken moet worden met die van een werknemer wat betreft de binding aan wijzigingen van arbeidsvoorwaardenregelingen, dan is deze het best te vergelijken met de positie van een werknemer die een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. De werknemer heeft een arbeidsovereenkomst ondertekend waarin is opgenomen dat op die arbeidsovereenkomst van toepassing is de inhoud van een personeelsgids of CAO alsmede toekomstige wijzigingen daarvan. Via incorporering in de arbeidsovereenkomst wordt de werknemer gebonden aan hetgeen in het collectief overleg met vakbonden, ondernemingsraad of soms eenzijdig door de werkgever wordt gewijzigd aan de arbeidsvoorwaardenregeling. Art. 7: 613 BW legt beperkingen op aan het gebruik van dergelijke eenzijdige wijzigingsbedingen. De werkgever mag daarvan alleen gebruik maken indien hij daartoe een zwaarwichtig belang heeft. Een dergelijk zwaarwichtig belang wordt vermoed aanwezig te zijn, indien de werkgever overeenstemming met een vakorganisatie heeft bereikt of instemming van de ondernemingsraad heeft verkregen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis met verwijzing naar het *IBM*-arrest van de Hoge Raad.²⁶ Omdat bij de overheid collectieve regelingen met overeenstemming van de vakbonden gewijzigd worden, is daarmee het zwaarwichtig belang voor de werkgever bij de overheid in beginsel gegeven. Alleen indien er dusdanige individuele belangen zijn dat op basis van de redelijkheid en

billijkheid en beginselen van behoorlijk bestuur (rechtszekerheid-, gelijkheids- of evenredigheidsbeginsel) de individuele belangen zwaarder moeten wegen, kan het zijn dat een eenzijdige wijziging geen stand kan houden op basis van deze belangenafweging. Het huidige stelsel bij de overheid is te beschouwen als een institutioneel stelsel, dat als kenmerk heeft dat daarin geen onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de hoedanigheid van de werknemer (gebonden vanwege vakbondslidmaatschap of ongebonden).²⁷ De 'CAO' bij de overheid bindt alle ambtenaren.

De rechtspraak van de Hoge Raad over de interpretatie van CAO-bepalingen waarin rechten van werknemers worden geregeld, heeft er voor gezorgd dat de verschillen in rechtskracht tussen de eenzijdig door de overheidswerkgever vastgestelde rechtspositieregelingen en de CAO minder groot zijn dan verwacht. Men zou immers verwachten dat de bedoeling van CAO-partijen ten aanzien van een bepaling uit een CAO bij de uitleg van een dergelijke bepaling, in het overeenkomstenrecht van groter belang is dan bij de eenzijdig vastgestelde rechtspositieregeling in het ambtenarenrecht. De Hoge Raad heeft bepaald dat de zogenoemde CAO-norm als leidraad moet worden gehanteerd bij de interpretatie van CAO-bepalingen, tenzij de bedoeling van partijen voor derden, ongebonden werkgevers in geval van AVV en/of ongebonden werknemers, kenbaar is.²⁸ Tanja-Van den Broek concludeert dan ook terecht dat voor CAO's in wezen hetzelfde geldt als voor wetgeving: men moet zich, door raadpleging van voor ieder toegankelijke bronnen kunnen vergewissen van de rechten en verplichtingen die men gewild of ongewild heeft verkregen.²⁹

In het IBO-rapport wordt bij de eerste optie geconcludeerd dat de eenzijdige aanstelling voor het overgrote deel van de ambtenaren kan vervallen en worden vervangen door de tweezijdige privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst.³⁰ Aangegeven wordt dat een verstandige overheidswerkgever standaard een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op zal nemen om ook te waarborgen dat in de CAO opgenomen verslechtingen zullen doorwerken in de arbeidsovereenkomst.

De verschillen in de binding van de werknemer en de ambtenaar aan arbeidsvoorwaardenregeling zijn derhalve minder groot, dan de formele verschillen doen vermoeden.

7. Patstellingen in het overleg

In het IBO-rapport wordt niet ingegaan op de regelingen die gelden bij conflicten in het collectief overleg. Omdat deze echter van wezenlijk belang zijn voor het proces van de arbeidsvoorwaardenvorming, had dit in een onderzoek naar de voor- en nadelen van het aanpassen van de ambtelijke rechtspositie niet buiten beschouwing moeten blijven. Ik zal hierna allereerst ingaan op de advies- en arbitrageregeling bij patstellingen in het collectief overleg in de verschillende overheidssectoren en vervolgens aandacht besteden aan het collectief actierecht.

7.1 Advies –en arbitrageregeling

Bij de overheid is met de introductie van het overeenstemmingsvereiste tevens in de overlegregeling een advies –en arbitrageregeling opgenomen. Er zijn permanente advies –en arbitragecommissies ingesteld, die een rol kunnen spelen bij een patstelling in het CAO-overleg.

Zo is in 1984 de advies- en arbitragecommissie (AAC) in het leven geroepen.³¹ Deze commissie is ook wel bekend geworden onder de naam van haar voorzitter, in eerste instantie de commissie Albeda en later de commissie de Ruiter. De commissie is bevoegd voor geschillen in de sector Rijk, Politie, Defensie en Onderwijs.³² De advies- en arbitrageregeling is in 1997 in het ARAR opgenomen onder de art. 110b tot en met 111 ARAR.³³ Voor de lagere overheden is de Lokale Advies –en Arbitrage Commissie (LAAC) ingesteld, onder voorzitterschap van Van der Heijden.

De advies -en arbitrageregeling wordt ook wel de sluitstukregeling genoemd.³⁴ De sluitstukregeling is van begin af aan bedoeld om aan het slot van het overleg een bijzondere

procedure te realiseren, wanneer het overleg niet tot overeenstemming heeft geleid. De regeling is een uitwerking van het bepaalde in art. 6 lid 3 ESH, waarin is bepaald dat de lidstaten dienen te bevorderen dat een doelmatige procedure voor de bemiddeling en vrijwillige arbitrage bij (collectieve) arbeidsgeschillen wordt ingesteld en toegepast. De Nederlandse overheid heeft wel voor de overheidssector voldaan aan de verplichting van art. 6 lid 3 ESH, maar niet voor de marktsector.

In de marktsector komt een dergelijke regeling niet voor. Wel wordt er op ad hoc basis soms voor gekozen om een bemiddelaar te betrekken bij een patstelling in het collectief overleg. Maar dit geschiedt niet frequent. Geconstateerd kan worden dat de neiging bij CAO-partijen in de marktsector niet groot is om derden te betrekken bij patstellingen in het collectief overleg met uitzondering van de kort gedingrechter bij geschillen over de geoorlooftheid van een collectieve actie. Op dit punt wijkt de Nederlandse situatie sterk af van die van andere Europese landen.³⁵ Er zijn recent wel weer geluiden te horen geweest om ook voor de marktsector over te gaan tot het instellen van een advies –en arbitrage voorziening.³⁶ Tot voor de Tweede Wereldoorlog was in de Arbeidsgeschillenwet 1923 wel voorzien in een wettelijke regeling die erop was gericht om vreedzame bijlegging van geschillen te bevorderen. Daarbij speelde de Rijksbemiddelaar een rol bij arbeidsgeschillen waarbij minimaal 50 werknemers waren betrokken.³⁷

Op het moment dat het collectief overleg bij de overheid volgens het CAO-model wordt vormgegeven komen de advies –en arbitrageregelingen te vervallen. Daarmee wordt de verplichting die op de Nederlandse overheid rust op grond van art. 6 lid 3 ESH onvoldoende ingevuld. Op een moment dat het CAO-model voor de overheidssector wordt geïntroduceerd, dient in de besluitvorming betrokken te worden de vraag of voorzien moet worden in een regeling voor advies –en arbitrage bij patstellingen in het CAO-overleg. Ik ben daar een voorstander van, mits dit het recht op het voeren van collectieve actie niet of niet wezenlijk belemmert.

7.2. Collectief actierecht

Ook op het terrein van het collectief actierecht wordt door de ambtenaren een bijzondere positie ingenomen. De ratificatie van het ESH heeft door Nederland pas in 1980 plaatsgevonden. Voordat deze ratificatie kon plaatsvinden diende onder meer eerst het strafrechtelijk stakingsverbod te worden geschrapt, dat vanaf 1903 voor ambtenaren en spoorwegpersoneel in het Wetboek van Strafrecht was opgenomen. Bij de ratificatie heeft de Nederlandse regering een voorbehoud gemaakt, waarin het overheidspersoneel vooralsnog van de werking van art. 6 lid 4 ESH werd uitgezonderd. Dit gebeurde in afwachting van nationale wetgeving over de regeling van het recht op collectieve actie voor ambtenaren. Van het voornemen om te komen tot wetgeving over het collectieve actierecht van ambtenaren is het tot op heden nog niet gekomen. Enerzijds omdat de wijziging van het overlegstelsel om te komen tot het sectorenmodel de hoogste prioriteit van de regering kreeg vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw en anderzijds vanwege de ontwikkelingen in de rechtspraak. In het najaar van 1983 braken op grote schaal acties uit binnen de overheidssector naar aanleiding van het voornemen van de overheid om de salarissen van ambtenaren en trendvolgers te korten. In een tijdsbestek van een maand heeft dit elf kort geding vonnissen opgeleverd.³⁸ Daarin werd het stakingsrecht van werknemers in overheidsdienst in beginsel erkend, dit ondanks het feit dat de wetgever bij de ratificatie van art. 6 lid 4 ESH een uitzondering had gemaakt voor ambtenaren. Uit het *NS*-arrest viel al af te leiden dat de Hoge Raad van mening was dat ook ambtenaren zich op het recht op collectieve actie ex art. 6 lid 4 ESH konden beroepen.³⁹ Een recht dat kan worden beperkt door spelregels, die in acht moeten worden genomen bij het uitoefenen van dit recht en het shadeaspect. De toetsing vindt plaats aan de hand van art. 31 ESH en art. 6:162 BW. In deze rechtspraak wordt geen onderscheid gemaakt tussen het recht op collectief actievoeren in de marktsector en overheidssectoren als zodanig. Het is wel zo, dat de toepassing van deze normen binnen de overheidssector eerder een rechterlijk verbod voor een bepaalde actie kan opleveren. Enerzijds omdat de overlegprocedures bij de overheid formeel en

uitvoerig zijn geregeld, zodat handelen in strijd met deze procedure eerder onzorgvuldig is. Anderzijds doordat gezien de aard van de overheidsactiviteiten acties in de collectieve sector sneller tot overlast en schade bij het publiek zullen leiden, zeker als deze langer duren. Jaspers constateert dat in een steeds gesmeerder en sneller draaiende samenleving ongestoorde dienstverlening op het tijdstip waarop de klant het wil als een verworven recht wordt beschouwd. Daarop inbreuk maken door acties wordt niet snel en gemakkelijk geaccepteerd.⁴⁰ Ook wijst hij op de legitimitetsvraag die in de ontwikkeling van het stakingsrecht waarneembaar is. Zijn collectieve acties georganiseerd door vakbonden of andere belangengroeperingen, vaak opkomend voor een eigen deelbelang, gelet op de gevolgen voor het publiek nog wel te rechtvaardigen?

Bij de overheid geldt dat bij overheidstaken die te maken hebben met het handhaven van de openbare orde en veiligheid, afhankelijk van de gekozen actievorm, strikter worden getoetst door de rechter aan art 31 ESH.

De regering heeft reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw aangegeven niet meer voornemens te zijn om door middel van een wet het stakingsrecht te reguleren, behalve ten aanzien van militairen en burgerpersoneel bij defensie, die essentiële ondersteunende taken verrichten voor de krijgsmacht.⁴¹ Inmiddels is een wetgevingstraject gestart tot ratificatie van een herziening van het ESH, waarin is opgenomen dat Nederland zich gebonden zal achten aan art. 6, vierde lid ESH, behalve wat betreft militaire ambtenaren in werkelijke dienst alsmede ambtenaren in dienst bij het Ministerie van Defensie.⁴² Het voornemen bestaat om het recht op collectieve actie binnen de defensiesector te regelen in de Militaire Ambtenarenwet.

Gezien de directe doorwerking van het recht op collectieve actie, zoals geregeld in art. 6 lid 4 ESH, de ontwikkeling in de rechtspraak en het wetgevingstraject tot wijziging van het voorbehoud ten aanzien van het collectief actierecht van ambtenaren, hoeven er bij een overgang naar het CAO-model geen bijzondere voorzieningen te worden getroffen op het terrein van het collectief actierecht, met uitzondering van de aangekondigde wettelijke regeling van de inperkingen op het collectief actierecht voor de sector defensie. Bij de vormgeving van die inperking zal rekening gehouden moeten worden met de normalisering van de arbeidsverhoudingen, ook binnen deze sector. Beperkingen zouden niet verder moeten strekken dan om de in art. 31 ESH gewaarborgde belangen veilig te stellen. Dat betekent volgens mij dat beperkingen, die een inbreuk maken op het collectief actierecht, betrekking moeten hebben op die situatie waarin besloten is tot inzet van defensiepersoneel en niet dat per definitie acties die de beschikbaarheid van het defensiepersoneel beïnvloeden op voorhand ongeoorloofd worden geacht. Er moet een relatie zijn tussen de omvang van de inperking en het doel ex art. 31 ESH. Hoe meer het collectief actierecht van ambtenaren wordt ingeperkt, hoe groter denoodzaak zal zijn om te (blijven) voorzien in een overeenstemmingsvereiste en een advies- en arbitrageregeling..⁴³

8. Is er nog wel reden voor een apart overlegstelsel bij de overheid?

De afgelopen jaren heeft er met tussenpauzes discussie plaats gevonden over de vraag waar het normaliseringsproces bij de overheid moet eindigen. In 1999 heeft de ROP een advies uitgebracht inzake de ambtelijke status. De ROP adviseerde dat het natuurlijke moment om de ambtelijke status af te schaffen nog niet is aangebroken. Het normaliseringsproces is nog niet afgerond. Op de ingeslagen weg van geleidelijke normalisering moet worden doorgegaan. Een definitieve uitspraak over het afschaffen van de ambtelijke status werd niet gedaan.⁴⁴ De uitkomsten van het onderzoek naar de eerste optie uit het IBO-rapport maakt duidelijk dat het afronden van het proces van normaliseren door afschaffing van de ambtelijke status voor de meeste sectoren een reële mogelijkheid is. In de tweede optie wordt met name gepleit om het bestaand model op het terrein van het collectief overleg aan te passen (vervallen meederheidsvereiste en het introduceren van een looptijd voor CAO-afspraken). Ik heb eerder aangegeven het van belang te vinden dat er een duidelijke uitspraak wordt gedaan over het einddoel van het normaliseringsproces. Er zijn

geen onoverkomelijke problemen om de stap naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers te zetten.⁴⁵ Het IBO-rapport brengt op hoofdlijnen de voor- en nadelen van de afschaffing van de ambtelijke status goed in kaart en biedt een goede basis voor het verdere debat. De drie belangrijkste verschillen tussen de rechtspositie in de markt- en overheidssector zijn: het ontslagrecht, de rechtsbescherming en het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg.⁴⁶ Op alle drie de onderwerpen zou nagegaan moeten worden aan welke eisen een uniforme regeling van het arbeidsrecht voor werknemers en ambtenaren zou moeten voldoen. Geconstateerd kan worden dat tot nu toe nauwelijks vanuit die optiek de vraagstelling wordt benaderd. Ook het IBO-rapport, mede ingegeven door de opdracht, bekijkt de materie volgens mij nog te eenzijdig. Teveel wordt bekeken of hetgeen in de marktsector geldt ook voor de ambtenaren zou kunnen gelden. Te weinig wordt nagegaan welke waardevolle elementen uit het ambtenarenrecht als bouwsteen voor het uniforme arbeidsrecht zouden kunnen dienen. Het zou juist goede mogelijkheden bieden om de reeds decennialang lopende discussies over het ontslagrecht, zowel in de marktsector als bij de overheid, te plaatsen in een breder perspectief. Van Peijpe geeft aan dat een 'omgekeerde normalisering' overwogen zou kunnen worden door de voorstellen van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel over te nemen. Deze commissie stelde voor om de preventieve ontslagtoets te laten vervallen en een interne voorprocedure binnen de onderneming voor te schrijven.⁴⁷ Een regeling die gelijkenissen toont met de regeling in het ambtenarenrecht.

Bij de vraag of de normalisering volledig dient te worden afgerond, spelen de ontwikkelingen ten aanzien van de verschillende aspecten van de ambtelijke rechtspositie een rol. Hoewel de vraag of er nog reden is om een apart overlegstelsel bij de overheid te handhaven hiervan niet los gezien kan worden, beperk ik mij gezien het onderwerp van dit artikel tot deze vraag. Uit het bovenstaande blijkt dat er geen onoverkomelijke problemen zijn bij het toepassen van het CAO-recht voor de overheidssectoren. Ik ben geen voorstander van de minder traditionele interpretatie die Van Peijpe voorstaat om met instandhouding van het huidige stelsel het collectief overleg bij de overheid toch onder de werking van de WCAO te brengen. Onder de huidige tekst van art. 1 WCAO en 7:615 BW lijkt mij die conclusie niet te handhaven. Het zou leiden tot hybride mengvormen, waarbij de kantonrechter bevoegd zou worden over geschillen ten aanzien van het collectief arbeidsrecht bij de overheid te oordelen en de bestuursrechter bevoegd zou zijn over geschillen gebaseerd op het individueel ambtenarenrecht te oordelen. De problemen in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad rondom het verlies van de ambtelijke status bij detachering hebben duidelijk gemaakt tot welke ongewenste (samenloop)problemen minder traditionele opvattingen over de ambtelijke status kunnen leiden.⁴⁸ De Centrale Raad van Beroep heeft dat inmiddels ook weer ingezien⁴⁹ en is teruggekomen op zijn eerdere rechtspraak.

Ik vind dat het onderbrengen van het CAO-overleg bij de overheid onder de WCAO door middel van een wetwijziging gerealiseerd dient te geschieden. De overstap van het overheidsoverlegstelsel naar het CAO-model, kan alleen als ook wordt besloten om in de individuele arbeidsverhouding de eenzijdige aanstelling te vervangen door de arbeidsovereenkomst.

Indien daartoe wordt besloten, is dat bij uitstek een goede gelegenheid om tevens na te gaan of andere aanpassingen in het CAO-recht aangebracht zouden moeten worden. Te denken valt aan onderwerpen die veel aandacht trekken als de binding van de niet-gebonden werknemer, de CAO afgesloten door een vakbond met geen of nauwelijks leden binnen de onderneming of die onder invloed van de werkgever staat en het AVV van CAO's.⁵⁰ Ook zou aandacht besteed dienen te worden aan de vraag of er niet meer structuur moet komen in de regels over het sociaal plan.⁵¹ Het onderbrengen van de ambtenaren onder het CAO-recht is een goede aangelegenheid om het CAO-recht te moderniseren. Niet omdat bij genoemde onderwerpen zich specifieke knelpunten voordoen die betrekking hebben op het overleg bij de overheid, maar wel omdat dit een goede aangelegenheid is om het CAO-recht breder aan te passen.

Een aspect waar in ieder geval wel aandacht aan besteed zal moeten worden bij de overgang van het overlegstelsel bij de overheid naar het CAO-model, is de vraag of de advies- en arbitrageregelingen die de overheidssectoren nu kennen behouden dienen te blijven en

opgenomen moeten worden binnen het CAO-model dan wel dat op een andere wijze inhoud gegeven zal gaan worden aan de verplichting van art. 6 lid 3 ESH.

Het IBO-rapport vormt een goede basis voor een (her)start van de discussie over de ambtelijke status. Deze discussie dient naar mijn mening niet louter te gaan over de gevolgen van het afschaffen van de ambtelijke status, onder leiding van de Minister van BZK, maar dient te gaan over het gewenste uniforme arbeidsrecht, waarbij ook de Minister van SZW een belangrijke rol dient te spelen. De vraagstelling zou wat mij betreft verbreed mogen worden naar de inhoud en wenselijkheid van één arbeidsrecht voor werknemers en ambtenaren.

Dit is het tiende artikel in de reeks over CAO-recht. Vorige artikelen in deze reeks van prof. dr. E. Lutjens, mr. J.C.M.G. Bloemarts, dr. B. Waas, dr. F. Dorssemont, dr. F. Deinert, mevr. mr. E.J.A. Franssen, prof. mr. C.J. Loonstra, mr. F.B.J. Grapperhaus en mr. J.J.M. de Laat verschenen in respectievelijk SR 2004, 53, SR 2004, 37, SR 2004, 30, SR 2004, 29, SR 2004, 28, SR 2004, 27, SR 2003, 35, SR 2002, p. 184 en SR 2002, p. 65.

¹ In CAO NU is in de preambule aangegeven dat er sprake is van een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling en niet van een CAO in de zin van de Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst.

² W.J.P.M.Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 45-46.

³ T. van Peijpe, 'Deze maand: AW of BW?', *SMA* 2005-9.

⁴ Rapport van de werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel, 'Buitengewoon normaal', Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6.

⁵ Zie hierover K.M.Becking, *'Grand Design, Een onderzoek naar processen van normalisering en decentralisering in de arbeidsverhoudingen voor overheidspersoneel in de periode 1990-2000*, Den Haag: Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (diss. UU), Serie Overheid & Arbeid, 2001-16

⁶ Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten over het complex rechtspositieregelingen van het overheidspersoneel, juni 1991, Den Haag.

⁷ *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 403, nrs. 1-2, p. 32-33.

⁸ *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29204, nr.2, p. 22-24.

⁹ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29801, nr. 2, p. 45-46.

¹⁰ Rapport van de werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel, 'Buitengewoon normaal', Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6, hfst. 4.

¹¹ Algemene Centrale van Overheidspersoneel (ACOP), de Christelijke Centrale van Overheidsonderwijspersoneel (CCOOP), het Ambtenarencentrum (AC) en de Centrale van Middelbare en Hoger Functionaris bij Overheid en Onderwijs, Bedrijven en Instelling (CMHF)

¹² Van Peijpe, *Schets van het Nederlands Ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 186-187.

¹³ Zie bijv. voor de gemeentes art. 12:1 CAR/UWO, voor de provincies art. I.1 Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling provincies (CAP).

¹⁴ L.C.J. Sprengers, *De Wet op de Ondernemingsraden bij de Overheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 120-121.; Rb Utrecht 28 april 1999, *JAR* 1999/115 waarin een vakbond met meer leden dan twee andere deelnemers aan het overleg representatief werd beschouwd; Vzng. Rb. Rotterdam 2 mei 2003, *JAR* 2003/142 waarin vordering van vakbond, niet aangesloten bij CAO, tot onderhandelingen over sociaal plan, werd afgewezen.

¹⁵ J. van de Hel, 'Recht op de CAO-overleg', *ArbeidsRecht* 1999/50.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 253, nr. 6, p.18.

¹⁷ Rapport van de werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel, 'Buitengewoon normaal', Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6, p. 35-36.

¹⁸ VSO heeft rechtspersoonlijkheid in de vorm van een stichting gekregen om het interbestuurlijk karakter van het VSO beter tot uiting te brengen, door het niet meer onder bestuurlijke verantwoordelijkheid van de minister van BZK te plaatsen. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 064 A en nr. 1.

¹⁹ K.M.Becking, Zie hierover K.M.Becking, *'Grand Design, Een onderzoek naar processen van normalisering en decentralisering in de arbeidsverhoudingen voor overheidspersoneel in de periode 1990-2000*, Den Haag : Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (diss. UU), Serie Overheid & Arbeid, 2001-16, p. 168-173.

-
- ²⁰ Rapport van de werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel, 'Buitengewoon normaal', Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6, p. 28-29.
- ²¹ Zie bv. voor de gemeenten art. 12:2 CAR/UWO, voor de provincies art. 1.2 t/m 1.4 CAP.
- ²² De vraag naar de rechtsgeldigheid van een dergelijke CAO komt met name aan de orde indien uitzondering van de werking van een AVV-CAO wordt verzocht. Zie hierover W.J.P.M. Fase, 'De schone CAO-schijn', *SMA* 2004, p. 55-61; A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, (diss. VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 259-267; A.Ph.C.M.Jaspers, 'Gele bonden' in Nederland, *SR* 2004, 1, A.T.J.M.Jacobs, *Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's, opgenomen in: CAO-recht in beweging*, Den Haag:SDU 2005, p. 44-52.
- ²³ Zie het Rapport *Rijk aan voorwaarden, een onderzoek naar de secundaire arbeidsvoorwaarden bij de sector Rijk*, opgesteld voor Interdepartementale coördinatievergadering personeelsbeleid rijksdienst, juni 2002, te vinden op www.caop.nl/infotheek/infotheek_home.html.
- ²⁴ *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 436, nr. 2.
- ²⁵ Zie hierover G.J.J.Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 29.
- ²⁶ HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335; E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, art. 7:613 BW, aant. 5.
- ²⁷ In het civiele arbeidsrecht wordt het institutioneel stelsel geplaatst tegenover het contractueel stelsel, W.J.P.M.Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 209-223.
- ²⁸ HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/83 (*DSM/Fox*).
- ²⁹ T.H. Tanja-Van den Broek, 'Hoge Raad, CAO's en uitleg, opgenomen' in: *Voor de Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 153, Reeks VvA 34..
- ³⁰ Rapport van de werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel, 'Buitengewoon normaal', Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6, par. 4.1 en 3.1.3.
- ³¹ Besluit van 22 mei 1984, *Stb.* 1984, 317.
- ³² Zie voor een overzicht van geschillenregelingen waarin de AAC is opgenomen: M.J.W.M. Akkermans, *Het gelijk van twee kanten*, 's Gravenhage: CAOP 2003, p. 274.
- ³³ Voor overzicht van adviezen van AAC en LAAC zie: M.J.W.M. Akkermans, *Gelijk hebben, gelijk krijgen: 10 jaar Advies –en arbitragecommissie Rijksdienst*, Den Haag: CAOP 1994.; M.J.W.M. Akkermans, *Het gelijk van twee kanten*, 's Gravenhage: CAOP 2003; L.C.J.Sprengers, 'Collectieve belangen –uiteenlopende geschillen', opgenomen in: *Arbeidsconflicten bij de overheid*, Den Haag: Sdu 2003.
- ³⁴ De term is afkomstig uit het rapport van de commissie Toxopeus II, rapport van de commissie van advies inzake de regeling van voorziening per collectieve arbeidsgeschil in de overheidssector, 's-Gravenhage, 1mei 1980, p. 7.
- ³⁵ Zie voor een overzicht van de verschillende wijze waarop collectieve geschillen worden opgelost: A. de Roo en R.Jagtenberg, *Settling disputes in Europe*, Deventer-Boston: Kluwer 1994; F.ValdesDal-Ré (red), *Labour conciliation, mediation and arbitration in European Union Countries*, Madrid: Subdirección General de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2003.
- ³⁶ M.J.W.M. Akkermans, *Het gelijk van twee kanten*, 's Gravenhage: CAOP2003, p.90-92; J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht: enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving* (diss. UL), Den Haag: Boom Juridische Uitgeverijen 2004, p. 388-396.
- ³⁷ M.G.Rood, *Naar een stakingswet?* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 50-56; A.J.T.M. Jacobs, 'Onderzoek, verzoening, bemiddeling en arbitrage in arbeidsconflicten, 'in: *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 1986 (Frenkel-bundel), p. 268-282.; C.J.Loonstra, *Derden-interventie bij CAO-conflicten* (diss. Utrecht), Groningen: Wolters-Noordhoff 1987, p. 121-151.
- ³⁸ Deze vonnissen zijn opgenomen in Jaspers (red.), *De ambtenarenstakingen, grenzen in kort geding*, Deventer:Kluwer 1983. Zie ook L.Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 64 t/m 69.
- ³⁹ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.
- ⁴⁰ A.h.C.M.Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004 Reeks VvA 33, p. 2/3.
- ⁴¹ *Aanhangsel Handelingen II* 1989/90, 635, p.1277.
- ⁴² Art. 3, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 941, nr. 2.
- ⁴³ Zie ook de ontwikkelingen in de case law van het deskundigencomité van het ESH als ook van de IAO-comités over essentiële en vitale diensten beschreven door A.h.C.M.Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004 Reeks VvA 33, p. 149-156.
- ⁴⁴ Advies van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid inzake de Ambtelijke Status, advies nr. 17, Den Haag 1998.

⁴⁵ L.C.J. Sprengers, *De Wet op de Ondernemingsraden bij de Overheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 691 e.v.; L.C.J.Sprengers, 'Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?', *TAR* 1999, 463-465.

⁴⁶ L.C.J. Sprengers, *De Wet op de Ondernemingsraden bij de Overheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998, hfst. 13.

⁴⁷ T. van Peijpe, De overheid als bijzondere werkgever, in: *Arbeidsrecht bij de overheid* (losbl.)Alphen a/d Rijn: Kluwer april 2005, A1110-14/15.

⁴⁸ Zie hierover E.L.Pasma, 'De gedetacheerde ambtenaar: een juridische soap' *ArbeidsRecht* 2001, 58. Recent ook nog door Duk aangehaald in een analyse van 'foute' HR-arresten: R.A.A.Duk, 'Fout', opgenomen in: *Voor de Laat: De Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, (Reeks VvA 34), p. 10.

⁴⁹ CRvB 22 februari 2001, *TAR* 2002,77 en CRvB 31 januari 2002, *TAR* 2002,89.

⁵⁰ Zie over actuele vraagstukken in het CAO-recht onder meer: A.Ph.C.M.Jaspers, 'De toekomst van de CAO en de CAO van de toekomst', *SR* 2002, p. 271-272; het boek naar aanleiding van het tweede arbeidsrechtcongres 12-13 november 2004: C.L. Loonstra (red), *CAO-recht in beweging*, Den Haag: SDU 2005 en A.Stege, 'CAO-actualiteiten: de art. 14-werknemer, misbruik van CAO-recht en selectieve algemeen verbindendverklaring', *SR* 2005-43.

⁵¹ Zoals onder meer voorgesteld door J. M. van Slooten, 'Kroniek van het Sociaal recht', *NJB* 2005, p. 1629-1629.