

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).

5. Het recht op collectief onderhandelen in Europees perspectief, verschillende Europese grondslagen van een omvangrijk recht

In het vorige hoofdstuk heb ik beschreven hoe het collectieve-onderhandelingsrecht door de ILO wordt beschermd, dit hoofdstuk zal ik mij concentreren op de bescherming van dit recht in Europa.

Het recht op collectief onderhandelen wordt in meerdere Europese verdragen beschermd. Wellicht geeft dit een indicatie van hoe breed gedragen dit recht is binnen Europa.[465] Op het niveau van de Raad van Europa zijn twee rechtsbronnen belangrijk: art. 11 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest. Op het niveau van de Europese Unie zijn art. 12 en 28 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van belang. In dit hoofdstuk onderzoek ik de vraag in hoeverre deze rechtsbronnen mede bepalend zijn voor de mogelijkheden om in topbeloningen in te grijpen.

Ten aanzien van deze verdragsbepalingen is met name het toezichtmechanisme verschillend vormgegeven. Inhoudelijk is er weinig verschil. Uit mijn onderzoek komt naar voren dat de verschillende Europese toezichthoudende organen aanknopen bij de interpretatie van het recht op collectief onderhandelen van de ILO, om vervolgens een eigen verdragsrechtelijke toets toe te passen.[466] Daardoor is een grote mate van overeenstemming ontstaan in de opvattingen van de ILO en de Europese organen over het recht op collectief onderhandelen, maar er zijn ook enkele verschillen.

In dit hoofdstuk staat net als in het vorige hoofdstuk het recht op collectief onderhandelen centraal, dit keer in Europees perspectief. De vraag naar de inhoud en de reikwijdte van het recht op collectief onderhandelen in Europees perspectief zal ik minder uitvoerig behandelen dan ik dat voor de ILO heb gedaan. Dit heeft meerdere redenen: ten eerste is de jurisprudentie van de verschillende Europese rechtsprekende en toezichthoudende organen minder uitvoerig op het gebied van collectief onderhandelen en al helemaal niet met betrekking tot het wettelijk ingrijpen in arbeidsvoorwaarden. Ten tweede leidt het beantwoorden van de vragen die ik in het vorige hoofdstuk heb besproken bij de ILO tot een herhaling van zetten: het Europese recht over het recht op collectief onderhandelen vertoont grote gelijkenissen met het recht op collectief onderhandelen dat wordt beschermd door de ILO én is daarbij een afgeleide van de ILO-normen. Ten derde is uit mijn onderzoek naar voren gekomen dat áls er al iets algemeens gezegd kan worden over de verschillen tussen het recht op collectief onderhandelen in het Europese recht en dat van de ILO, het Europese recht op collectief onderhandelen een beloningswet minder snel begrenst dan de ILO. Met andere woorden: als een beloningswet door de ILO-beugel kan, zal deze hoogstwaarschijnlijk ook binnen de Europese verdragsgrenzen blijven.

[465] Jaspers 2004, p. 19.
[466] Zie §5.5.

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 in Europees recht.[467] Mijn hoofdvraag voor dit hoofdstuk is: stelt het recht aan collectief onderhandelen in Europees perspectief grenzen aan beloningswetgeving?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst zet ik per Europees verdrag de inhoud van het recht op collectief onderhandelen uiteen en ga ik in op de toets die het desbetreffende toezichthoudende orgaan hanteert voor inperkingen van het recht op collectief onderhandelen. Daarbij besteed ik aandacht aan de personele werkingssfeer. Vervolgens toets ik of de Nederlandse beloningswetgeving voldoet aan de eisen van het Europese recht op collectief onderhandelen en hoe deze toets zich verhoudt tot de ILO-normen. Deze stappen neem ik eerst voor het EVRM in paragraaf 5.3-5.7. Vervolgens herhaal ik dit voor het ESH in paragraaf 5.8-5.12 en als derde behandel ik de vragen in de context van het EU-Handvest in paragraaf 5.13-5.16. Tot slot ga ik in paragraaf 5.17 in op de vraag of het recht op collectief onderhandelen in deze verdragen doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde.

5.1. Het EHRM en de juridische grondslag voor het recht op collectief onderhandelen

Het EHRM (hierna: het Hof) houdt toezicht op de naleving van de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen om grondrechten van burgers te waarborgen. De verplichtingen gelden in de eerste plaats voor verdragsstaten. Individuen en private rechtspersonen (zoals een vakbond) kunnen naar het Hof om een klacht tegen een verdragsstaat in te dienen indien zij menen dat de verdragsstaten hun verplichtingen uit het EVRM niet zijn nagekomen. Hiervoor moeten de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.[468] Het EVRM stamt uit 1950 en is door Nederland in 1954 geratificeerd.[469]

Het recht op collectief onderhandelen wordt, naast het overkoepelende recht op vereniging, beschreven in art. 11 van het EVRM:

> 1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.
> 2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten

[467] Voor de leesbaarheid spreek ik over Europese normen en later over Europees verdrag indien ik normen of een verdragen bedoel die ofwel binnen de Europese Unie gelden, ofwel binnen de Raad van Europa.
[468] Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 7.
[469] *Trb*. 1954, 151.

door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat.

5.2. Wat volgt uit het recht op collectief onderhandelen onder het EVRM?

Het EHRM hanteerde tot 2008 een terughoudend standpunt over het recht op collectief onderhandelen. Het Hof liet het aan verdragsstaten over om invulling te geven aan de (vak)verenigingsvrijheid en legde de nadruk op de *margin of appreciation*.[470] Art. 11 EVRM beoogde volgens het Hof niet het recht op collectief onderhandelen te beschermen, maar was bedoeld voor de vakverenigingsvrijheid in klassieke zin. Deze opvatting strookt met de tekst van art. 11 EVRM, die naar de letter alleen duidt op vakverenigingsvrijheid.

Het Hof is in een uitspraak tegen Turkije (*Demir/Turkije*) in 2008 teruggekomen op zijn aanvankelijk zuinige standpunt over het recht op collectief onderhandelen en heeft het recht aangemerkt als een 'wezenlijk element' van art. 11 EVRM.[471] Dit betekent dat de staten verplicht zijn zich rekenschap te geven van het recht op collectief onderhandelen. Inperking van het recht op collectief onderhandelen is alleen mogelijk indien de mogelijkheid daartoe voorzien is bij wet, gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel, noodzakelijk is in een democratische samenleving en het middel niet verder gaat dan nodig. Wegens het belang van de Demir-uitspraak voor de invulling van het recht op collectief onderhandelen, bespreek ik deze uitgebreid in de paragrafen hierna.

5.2.1. Demir tegen Turkije

Demir en Baykara waren lid van de Turkse ambtenarenvakbond Tüm Bel Sen. De vakbond sloot met de gemeente Gaziantep een cao af voor de duur van twee jaar vanaf 1 januari 1993. Deze cao bracht voor de werknemers betere arbeidsvoorwaarden tot stand wat betreft salaris, toeslagen en sociale voorzieningen. Tussen de werkgever en de vakbond ontstond een geschil over de nakoming door de werkgever van de cao. Er volgde een reeks uitspraken van Turkse rechters waarin wisselend, maar uiteindelijk in het nadeel van de vakbond werd geoordeeld. De cao had volgens de hoogste Turkse rechter nooit afgesloten mogen worden, omdat de ambtenarenvakbond volgens het Turkse recht geen vakverenigingsvrijheid heeft en hem geen recht op collectief onderhandelen toekomt. De vakbond had geen rechtspersoonlijkheid ten tijde van het aangaan van de cao en kon deze daarom ook niet geldig tot stand brengen. De cao werd nietig verklaard. De ambtenaren werden veroordeeld tot het terugbetalen van de salarisverhoging.

In 2008 behandelde de grote kamer van het EHRM deze zaak. De vakbondsleden voerden aan dat onder meer hun recht op collectief onderhandelen, volgend uit art. 11 EVRM, was

[470] Ewing & Hendy, *Industrial law journal* 2010, p. 2-51, p. 6. Uitspraken: EHRM 6 februari 1976, 5614/72 *(Motorrijdersvakbond Zweden/Zweden),* EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (*Nationale politievakbond België/België*).
[471] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 *(Demir/Turkije)*, zie ook Jacobs 2017.

geschonden. Turkije rechtvaardigde de ingreep in het collectief onderhandelen door te stellen dat het verbod op vakverenigingsvrijheid en collectief onderhandelen voor ambtenaren noodzakelijk zijn ter voorkoming van wanordelijkheden.

In de opbouw van de uitspraak schetst het EHRM het internationale juridische kader. Het Hof verwijst onder andere naar de ILO-verdragen 98 en 151 en het ESH, verdragen waar Turkije partij bij is.[472]

Over de uitzonderingsmogelijkheden van bepaalde groepen uit het tweede lid van art. 11 EVRM overweegt het Hof dat deze zeer restrictief moeten worden opgevat, en bovendien dat die inperkingsmogelijkheden alleen zien op het uitoefenen van het recht op collectief onderhandelen, en niet op het recht van vereniging. Gemeenteambtenaren zoals Demir en Baykara vallen niet onder de beperkingsmogelijkheden van lid 2, nu zij niet werkzaam zijn voor het centrale overheidsbestuur. Aan hen komt een volledig beroep op art. 11 EVRM toe. Het Hof overweegt dat verdragsstaten slechts een beperkte *margin of appreciation* hebben bij het inperken van het recht van vakverenigingsvrijheid. Ook rekent het Hof het Turkije zwaar aan dat, hoewel het land verdrag 87 van de ILO had geratificeerd, dit niet heeft geleid tot het toekennen van vakverenigingsvrijheid voor de ambtenaren. De ILO-verdragen 98 en 151, beide door Turkije geratificeerd, laten ook geen ruimte om gemeenteambtenaren uit te sluiten van het recht op collectief onderhandelen. Verder oordeelt het Hof dat Turkije niet heeft aangetoond dat er sprake is van een noodzaak in een democratische samenleving om het recht op collectief onderhandelen te beperken. Het EHRM concludeert dat er een schending was van art. 11 EVRM met betrekking tot 1) het recht om een vakbond op te richten en 2) het nietig verklaren van de cao die tussen Tüm Bel Sen en de werkgever na collectieve onderhandelingen tot stand was gekomen.

Het Hof erkent dat zijn oordeel een breuk is met eerdere uitspraken, maar geeft aan dat deze nieuwe benadering in lijn is met de uitleg van verdragen 98 en 151 van de ILO, art. 6 lid 4 ESH, art. 28 Handvest grondrechten van de EU en de praktijk van andere Europese staten.[473] Het Hof legt daaraan ten grondslag dat deze nieuwe benadering notie neemt van de veranderde perceptie in zowel internationaal recht en nationale jurisdicties, en dat het Hof daarbij een dynamische en evolutieve benadering aanhoudt.[474] Met deze uitspraak wordt het recht op collectief onderhandelen een zogeheten 'wezenlijk element' van art. 11 EVRM. Het Hof erkent in Demir dus uitdrukkelijk dat de onderhandelingsvrijheid onderdeel is van de vakverenigingsvrijheid van art. 11 EVRM.

Interessant is daarbij: niet alleen de relevante ILO-verdragen die Turkije heeft geratificeerd worden in deze uitspraak aangehaald, maar ook de uitleg door de ILO-organen wordt gebruikt voor de onderbouwing van het oordeel van het EHRM. Bijvoorbeeld door onder de noemer van het toepasselijke internationale recht te verwijzen naar aanbevelingen van de

[472] Het is gebruik voor het Hof om de relevante internationale verplichtingen bij een verdrag toe te passen. Vlgs. art. 32 Weens Verdragenverdrag en EHRM 29 januari 2008, 13229/03 (*Saadi/Verenigd Koninkrijk)*, §62.
[473] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije),* §153.
[474] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije),* §154, deze opstelling van het Hof wordt ook wel de 'living instrument'-benadering genoemd in Bruun, Lörcher & Schömann 2014, p. 299.

CFA.[475] Dit betekent dat in deze uitspraak de invulling van art. 11 EVRM mede door alle ILO-verdragen en jurisprudentie wordt bepaald. [476]

5.2.2. De rechtvaardigingsgronden en uitzonderingen bij art. 11 EVRM

Bovenstaande uitspraak maakt duidelijk dat het recht op collectief onderhandelen in art. 11 EVRM niet zomaar door een verdragsstaat gepasseerd kan worden. Het recht is echter niet absoluut. Het inperken van het recht kan volgens lid 2 in twee gevallen.

Ten eerste is het mogelijk om het recht op collectief onderhandelen te beperken indien de inperking voorzien is bij wet, noodzakelijk is in een democratische samenleving, en wordt getroffen ter bescherming van een gerechtvaardigd belang, gelegen in de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Ook moet de ingreep proportioneel zijn. Deze toets is vergelijkbaar met art. G bij het ESH.[477] De tweede uitzondering in art. 11 lid 2 EVRM geldt voor specifieke groepen, zijnde de politie, militairen en bepaalde staatsambtenaren. Ik kom hierop terug in de volgende paragraaf.

Art. 11 EVRM laat dus ruimte aan verdragsstaten om het recht op collectief onderhandelen in te perken met een gerechtvaardigd belang. Het EHRM lijkt deze ruimte soepel te interpreteren, bijvoorbeeld door rechtvaardigingen te accepteren die niet specifiek genoemd zijn in lid 2. In een Britse zaak ging het Hof akkoord met een meer economische rechtvaardiging om het recht op collectief onderhandelen in te perken.[478] Daar speelde wellicht mee dat de solidariteitsstakingen die daar aan de orde waren door het EHRM werden gezien als een secundaire vorm van collectieve actie, een opvatting die de Hoge Raad in de tijd tussen het NS-arrest en de Eneco-uitspraak ook had.[479] Een ander voorbeeld is een Roemeense zaak waarin het EHRM oordeelde dat Roemeense medewerkers van de kerk gerechtvaardigd waren uitgesloten van het opzetten van een nieuwe vakbond met een beroep op de bescherming van de scheiding van kerk en staat.[480]

5.2.3. Vallen topverdieners onder de personele reikwijdte van het EVRM?

Het EHRM sluit in beginsel niemand, dus ook niet de genoemde groepen uit lid 2, uit van het recht op vakverenigingsvrijheid. Het recht op collectief onderhandelen kan voor deze groepen, zijnde de krijgsmacht, de politie of staatsambtenaren, wel worden beperkt. Onder de laatste groep vallen niet alle (staats)ambtenaren, maar slechts diegenen die werkzaam zijn in uitoefening van essentiële staatstaken.[481] Gemeenteambtenaren vallen daarmee niet onder de uitzondering, zoals geïllustreerd in *Demir/Turkije*. De ambtenarenuitzondering uit lid 2 van

[475] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije),* §38 en 39.
[476] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije),* §166.
[477] Zie voor de uitwerking van art. G §5.7. e.v.
[478] EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/Verenigd Koninkrijk*).
[479] Diepenbach & Jaspers, *TRA* 2016, p. 3-8, onder 2.
[480] EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole/Roemenië*).
[481] EHRM 12 november 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH0824, *NJB* 2009/9, §97.

art. 11 EVRM is vergelijkbaar met de uitzondering in art. 6 van ILO-verdrag 98. De ILO heeft met verdrag 151 de uitzondering voor ambtenaren nog meer beperkt tot louter topambtenaren die werkzaam zijn bij het staatsapparaat. Dit betekent dat het EVRM een ruimere uitzondering voor ambtenaren kent dan de ILO. In de regel zullen beklaagde staten bij het EHRM ILO-verdrag 151 hebben geratificeerd, met als gevolg dat de uitzondering voor ambtenaren weer gelijkgetrokken zal zijn met EHRM.[482] Verder is het belangrijk om op te merken dat de groepsgewijze uitzondering uit het EVRM niet op het vormen van vakbonden ziet, maar op het recht van collectief onderhandelen. Dat neemt niet weg dat de beperking van het recht op collectief onderhandelen voor deze groepen proportioneel moet zijn.

5.2.4. Vallen *zelfstandige* topverdieners ook onder de reikwijdte van het recht op collectief onderhandelen?

In zowel de publieke als financiële sector komt het voor dat topverdieners als zelfstandigen werken of via een management-bv. Een interessante vraag voor het recht op collectief onderhandelen is of deze groep topverdieners ook onder de personele reikwijdte van het recht op collectief onderhandelen valt. De originele tekst van art. 11 EVRM spreekt van 'een ieder', waardoor de tekst geen onderscheid lijkt te maken tussen zelfstandigen en werknemers. In de zaak *Manole/Roemenië* uit 2014 heeft het EHRM ook expliciet geoordeeld dat het Hof geen reden zag om het recht op vakvereniging voor zelfstandige boeren uit te sluiten. In die zaak was het zelfstandige boeren verboden een eigen vakbond op te richten. Ook hierbij werd in de beoordeling door het EHRM aangeknoopt bij de visie van de ILO, maar maakte het EHRM daaruit op dat deze visie nog niet meebracht dat er een schending was van het recht op vakverenigingsvrijheid van de boeren. Er bestond namelijk een grote *margin of apprecation*, en die was volgens het Hof niet overschreden.[483] Aan zelfstandigen komt het recht zich te verenigen toe, maar dit was volgens het Hof in deze zaak al gewaarborgd, omdat de zelfstandige boeren zich konden aansluiten bij al bestaande vakbonden. De vraag is of ILO hier hetzelfde in zou staan.[484]

Met deze uitspraak lijkt het erop dat in het geval van zelfstandigen een inperking van het recht op collectief onderhandelen eerder gerechtvaardigd is. Topverdieners die als zelfstandige kwalificeren, vallen wel onder de werking van het verdrag, maar of het EVRM grenzen stelt aan beloningswetgeving is nog maar de vraag.

Kortom, de bescherming van art. 11 EVRM wankelt iets bij de toepassing op zelfstandigen. Een ingreep lijkt sneller gerechtvaardigd.[485] De aansluiting die het Hof zoekt bij andere internationale verdragen zoals het ESH, waarvan de werking zich niet uitstrekt tot het recht op collectief onderhandelen, zou daarbij de "boosdoener" kunnen zijn.

[482] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije),* §166.
[483] EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole/Roemenië*), §70 en 71.
[484] Zie ook de kritiek in: Hoekstra, *ArA 2018*, p. 43-83*,* p. 68.
[485] Hoekstra, *ArA 2018*, p. 43-83.

5.3. De aansluiting van het EHRM bij de ILO-verdragen

Voor de invulling van het recht op collectief onderhandelen sluit het EHRM aan bij het internationale recht ('general international law') dat van toepassing is op de beklaagde staten.[486] In het geval van de ILO hebben alle leden van de Raad van Europa de relevante verdragen geratificeerd. Als gevolg daarvan vloeit het collectieve-onderhandelingsrecht van de ILO bijna als vanzelf door naar de uitspraken van het Hof. Zelfs niet-geratificeerde verdragen en andere niet-bindende gezaghebbende instrumenten van recht voortkomend uit bijvoorbeeld organen van de Raad van Europa, maar ook de uitspraken van de organen van de ILO, kunnen een rol spelen bij de interpretatie van art. 11 EVRM.[487] Het Hof laat ook bij de personele reikwijdte van het recht op collectief onderhandelen zien dat het aansluit bij de ILO.[488] Wel lijkt het Hof het uitsluiten van groepen van het recht op collectief onderhandelen eerder gerechtvaardigd te achten.[489] Ook ten aanzien van het recht op collectieve actie is het EHRM soepeler met betrekking tot inperkingen. In een collectieve-actie-uitspraak tegen het Verenigd Koninkrijk verwijst het Hof ook naar de ILO, maar wordt niet geheel aangesloten bij de standpunten van de ILO.[490] De conclusie is dat de visies van het EHRM en de ILO op het recht van collectief onderhandelen grotendeels samenvallen, behoudens dan dat de uitspraken van het EHRM lijken te wijzen op een iets grotere mogelijkheid van gerechtvaardigde inperkingen.

5.4. Toepassing van het EVRM: Wnt en Wbfo vallen binnen de grenzen

Het ingrijpen in collectieve arbeidsvoorwaarden zoals in de Nederlandse beloningswetgeving Wnt en Wbfo is (nog) niet aan de orde geweest bij het EHRM. Al blijft het gissen wat het Hof vindt, gezien de beperkte hoeveelheid relevante uitspraken is het niet te verwachten dat het EHRM relevante grenzen stelt aan de huidige beloningswetgeving in de vorm van de Wnt en de Wbfo.

Hoe wezenlijk het element van collectief onderhandelen in art. 11 EVRM sinds *Demir/Turkije* ook mag zijn, het ingrijpen daarin wordt door het Hof nog steeds geregeld als gerechtvaardigd beschouwd. In de zaak waarin het EHRM kritisch was, was een veel grotere inperking op het recht op collectief onderhandelen aan de orde dan het aftoppen of reguleren van beloning. In *Demir/Turkije* was een gehele cao nietig verklaard, wat bovendien tot gevolg had dat de ambtenaren hun salarisverhogingen moesten terugbetalen.

Als het Hof uitsluiting van medewerkers van een kerk van het recht op vereniging toestaat, en het verbod op een solidariteitsstaking in Engeland accepteert, is het moeilijk voor te stellen dat het Hof een beloningsinperking zoals de Balkenendenorm of een bonusplafond als een

[486] Art. 32 Weens Verdragenverdrag; EHRM 29 januari 2008, 13229/03 (*Saadi/the United Kingdom)* §62; EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije),* §69 e.v.; en daarna ook in andere uitspraken, zie hierover: Bruun, Lörcher & Schömann 2014, p. 302.
[487] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije)*, §74-77.
[488] EHRM 12 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1112 (*Demir/Turkije)*, §100 e.v.
[489] EHRM 16 juni 2015, 46551/06 (*Manole/Roemenië)*, §70 en 71.
[490] EHRM 8 april 2014, 31045/10 (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/Verenigd Koninkrijk*).

ongerechtvaardigde inperking zal zien op het recht op collectief onderhandelen, als het Hof dit al als een inperking zou beschouwen. Natuurlijk moet in dat geval Nederland wel aantonen dat voldaan wordt aan de vereisten van lid 2 EVRM. De maatregel moet ingegeven zijn door een legitiem doel, voorzien zijn bij wet, proportioneel en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Al lijkt het vereiste van noodzakelijkheid in een democratische samenleving naar de letter streng, de praktijk wijst uit dat het Hof hier makkelijker mee omgaat indien de inperking minder hevig is. Voor het EHRM zou het pas problematisch zijn indien het topverdieners niet is toegestaan om vakbonden op te richten, deel te nemen aan een vakbond of geldige cao's tot stand te brengen.

5.5. Europees Comité voor de Sociale Rechten en de juridische grondslag voor het recht op collectief onderhandelen

Het volgende centraal staande verdrag is het Europees Sociaal Handvest (ESH). In het Nederlandse arbeidsrecht wordt met betrekking tot collectief onderhandelen meestal als eerste gewezen naar het ESH. Dit komt wellicht door de grote rol die het verdrag heeft gespeeld in ons stakingsrecht. In het NS-arrest is directe horizontale werking toegekend aan art. 6 lid 4 ESH, het recht op collectieve actie.[491]

Op Europees niveau is het recht op collectief onderhanden vastgelegd in art. 6 lid 2[492] ESH.

> Art. 6 ESH
>
> Ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen verbinden de Overeenkomstsluitende Partijen zich:
> 1. paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen;
> 2. indien nodig en nuttig de totstandkoming van een procedure te bevorderen voor vrijwillige onderhandelingen tussen werkgevers of organisaties van werkgevers en organisaties van werknemers, met het oog op de bepaling van beloning en arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten;
> 3. de instelling en toepassing van een doelmatige procedure voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage inzake de beslechting van arbeidsgeschillen te bevorderen;
> en erkennen:
> 4. het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten.

De inperkingsmogelijkheden op het recht op collectief onderhandelen zijn uitgewerkt in art. G, voorheen art. 31 ESH.

> Art. G. ESH

[491] HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*NS*); zie R. Hansma in: Art. 6 ESH (herzien) aant. 1.2.2. in: Peters 2019.
[492] De letterlijke tekst van lid 4 lijkt ook over collectief onderhandelen te gaan, dat lid gaat echter over het stakingsrecht.

> 1. Wanneer de in deel I genoemde rechten en beginselen en de in deel II geregelde doeltreffende uitoefening en toepassing hiervan zijn verwezenlijkt, kunnen zij buiten de in deel I en deel II vermelde gevallen generlei beperkingen ondergaan, met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden.
> 2. De krachtens dit Handvest geoorloofde beperkingen op de daarin vermelde rechten en verplichtingen kunnen uitsluitend worden toegepast voor het doel waarvoor zij zijn bestemd.

Het ESH stamt uit 1961 en is opgesteld in het kader van de Raad van Europa.[493] Nederland heeft art. 6 van de herziene versie van het ESH in 2006 geratificeerd, op voorwaarde dat lid 4 niet geldt voor militair personeel.[494]

Het ESH schept verplichtingen voor verdragsstaten ten aanzien van de bescherming en bevordering van sociale rechten van de burgers in hun staat. Verdragsstaten dienen rapporten over de implementatie van het Handvest in het nationale recht en de praktijk voor te leggen aan een comité van onafhankelijke deskundigen: het Europees Comité voor de Sociale Rechten (hierna: ECSR of het comité). Dit comité bestudeert de rapporten vanuit een juridisch perspectief en toetst of staten hun verdragsverplichtingen nakomen.

Sinds 1995 heeft het comité ook een klachtenprocedure, waarbij aangewezen internationale ngo's en door lidstaten erkende en aangewezen werkgevers- en werknemersorganisaties kunnen klagen over een lidstaat. De klachtenprocedure is beperkt tot klachten die betrekking hebben op wetgeving of het handelen van verdragsstaten. De klachten moeten collectieve klachten zijn, en kunnen dus geen individuele gevallen betreffen. Het comité oordeelt over klachten door middel van een gepubliceerd oordeel. De oordelen van het comité zijn niet juridisch bindend.[495]

In 2006 heeft Nederland naast art. 6 van het ESH ook het Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een systeem voor collectieve klachten (verdrag 158) geratificeerd. Nederland heeft geen verklaring afgegeven voor de erkenning van overige nationale organisaties met klachtrecht. Dit betekent dat Nederland alleen door internationale ngo's en representatieve nationale organisaties van werkgevers en werknemers bij het comité op het matje kan worden geroepen.[496] Een nationale vakbond kan dus een klacht indienen, maar een internationale vakbond op de lijst van het aanvullend comité zou ook zijn klachtrecht kunnen gebruiken om een nationale vakbond te steunen.[497]

---

[493] *Trb*. 1963, 90.
[494] *Trb*. 2006/128.
[495] Klosse & Vonk 2014, §14.9.3.
[496] Art. 1 en 2 Aanvullend protocol bij het Europees Sociaal Handvest; Van der Velde, *NTM/NJCM-bulletin* 2006, p. 304-338, p. 304.
[497] Nationale politievakbonden van Ierland hebben via de Europese politievakbond geklaagd bij het ECSR , zie ECSR No. 83/2012 (*EUROCOP/Ireland*).

Het comité publiceert om de paar jaar een selectie (een zogeheten digest) van de belangrijkste uitspraken met betrekking tot het ESH.[498] De opbouw van dit overzicht is artikelgewijs. Per verdragsartikel worden de overwegingen uit belangrijke uitspraken opgenomen. Deze selectie, tezamen met relevante uitspraken, gebruik ik om een beeld te verschaffen van de uitleg door het comité van het recht op collectief onderhandelen. Het comité heeft zich tot nu toe weinig beziggehouden met beloningswetgeving. De uitspraken gaan grotendeels over basisprincipes van collectief onderhandelen: vakverenigingsvrijheid en collectieve actie.[499]

De beperkte hoeveelheid uitspraken bemoeilijkt het doen van harde uitspraken over de grenzen aan ingrijpen in beloningswetgeving in het licht van het recht op collectief onderhandelen. Wat er niet is, kan ik niet onderzoeken. Het is echter wel mogelijk om een indicatie te geven van de manier waarop het Europese comité waarschijnlijk over collectief onderhandelen zou oordelen. Dit zal naar de huidige maatstaven niet veel anders uitpakken dan bij het hiervoor onderzochte EHRM. In de volgende paragraaf zet ik het kader van het recht op collectief onderhandelen uiteen zoals door het comité beschouwd.

5.6. Wat volgt uit het recht op collectief onderhandelen volgens het Europees Comité voor de Sociale Rechten?

Collectief onderhandelen, met inbegrip van het recht op collectieve actie, wordt erkend door het Europees Comité voor de Sociale Rechten in uitspraken en in het digest (een bloemlezing van de uitspraken van het ECSR).[500] Dit digest bevat vijf pagina's aan overwegingen over het recht op collectief onderhandelen. Ter vergelijking: de ILO heeft een 350 pagina tellend digest alleen gewijd aan het recht op vakvereniging en het recht op collectief onderhandelen.

Uit het digest blijkt dat het comité veel waarde hecht aan vrije onderhandelingen, zonder overheidstoezicht. De vakbonden moeten in staat worden gesteld om te onderhandelen over de verbetering van de leef- en werkomstandigheden van hun leden. Door middel van collectief onderhandelen kunnen volgens het comité andere sociale rechten worden bevorderd, zoals het recht op een billijke beloning uit art. 4 ESH.[501] Dit onderhandelingsrecht mag niet beperkt worden tot onderhandelen over minimale (of minimum)arbeidsvoorwaarden.[502] Ook moet een inperking van het collectieve-onderhandelingsrecht gerechtvaardigd worden en proportioneel zijn ingevolge art. G ESH.

De gepubliceerde uitspraken van het comité die specifiek zien op collectief onderhandelen als zodanig zijn beperkt in aantal. De meeste zaken gaan over collectieve actie en vakverenigingstoegang.[503] De twee voor mijn onderzoek meest relevante uitspraken zijn die tegen Zweden en Kroatië. In de Zweedse zaak kwam een beloningsbeperking aan de orde. In Zweden was het vakbonden van buitenlandse uitzendkrachten niet toegestaan om over lonen

[498] Het digest is laatstelijk verschenen in december 2018.
[499] Naast oordelen publiceert het comité ook elk jaar conclusies. Dit zijn aanbevelingen aan een verdragsstaat met betrekking tot de naleving van bepalingen uit een wetsartikel uit het ESH. Ik ga hier verder op in in §10.
[500] ECSR Digest 2018, p. 98.
[501] ECSR 21 maart 2018, complaint no. 116/2015 (*Matrica Hrvatskih Sindikata/Croatia*).
[502] ECSR Digest 2018, p. 99, zie verder §9.1.
[503] Bijv. ECSR 2 december 2012, complaint no. 83/2012 (*EuroCOP/Ierland).*

boven het niveau van het wettelijk minimum te onderhandelen. In de Kroatische zaak speelde het intrekken van bonussen van ambtenaren. Twee uitspraken zijn niet genoeg om een volledig beeld te vormen, maar kunnen in ieder geval een indicatie geven van het standpunt van de ECSR over het recht op collectief onderhandelen.

5.6.1. Comité sociale rechten over collectief onderhandelen in Zweden

Vakbonden in Zweden klaagden bij het comité over Zweedse wetgeving die onder meer art. 6 van het ESH zou schenden.[504] De wetgeving verplichtte buitenlandse uitzendbureaus die arbeidskrachten in Zweden tewerkstelden om zich aan te melden bij de Zweedse autoriteiten en – belangrijker voor deze casus – limiteerde het recht op collectief onderhandelen voor deze buitenlandse werknemers. Het recht op collectief onderhandelen was beperkt in die zin dat collectieve actie was alleen toegestaan voor het bewerkstelligen van arbeidsvoorwaarden op het minimumniveau van de werknemers in Zweden. Zweden beriep zich op onder andere Europese verplichtingen, voortgekomen uit de uitspraak *Laval* van het HvJ EU, die aanleiding had gegeven voor deze wetgeving, en betoogde dat er weliswaar beperkingen waren voor loononderhandelingen voorbij het minimumniveau, maar dat het niet onmogelijk was en daardoor niet in strijd met het recht op collectief onderhandelen.

Het comité oordeelde dat Zweden art. 6 ESH heeft geschonden. Het beperken van collectieve actie tot op het niveau van minimale arbeidsvoorwaarden is niet in lijn met art. 6 ESH. Op die manier worden de fundamentele rechten van werkenden en vakbonden om actief betrokken te zijn bij collectief onderhandelen met als doel de economische en sociale posities van de werkenden te beschermen te sterk beperkt.[505] Bij de beoordeling verwees het comité naar de internationale verplichtingen die Zweden heeft volgend uit internationale verdragen met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen (ILO-verdrag 87, 98 en 154).[506]

5.6.2. Kroatië wordt berispt voor het intrekken van bonussen voor ambtenaren

Matica Hrvatskih Sindikata, een grote ambtenarenvakbond in Kroatië, beklaagde zich in 2015 bij het comité over de ongeldigverklaring van een algemene ambtenaren-cao en over de invoering van een wet in 2012 die alle kerst- en vakantiebonussen voor ambtenaren introk.[507] Deze maatregelen volgden nadat onderhandelingen met de sociale partners vastliepen. De door de overheid beoogde salarisverlagingen, die waren ingegeven door de economische crisis, werden door de vakbond niet geaccepteerd. De vakbond meende te zijn geschonden in haar collectieve-onderhandelingsrecht zoals volgend uit art. 6 lid 2 ESH en zoals ingevuld door de ILO in verdragen en rechtspraak. Kroatië beriep zich op zijn beurt op een bepaling in

[504] ECSR 3 juli 2013, complaint no. 85/2012, *International labor rights case law* 1 (2015), p. 34-44 *(Swedish trade union/Sweden*).
[505] ECSR 3 juli 2013, complaint no. 85/2012, International labor rights case law 1 (2015), p. 34-44 (*Swedish trade union/Sweden*), r.o. 120.
[506] ECSR 3 juli 2013, complaint no. 85/2012, International labor rights case law 1 (2015), p. 34-44 (*Swedish trade union/Sweden*), r.o. 110.
[507] ECSR 21 maart 2018, complaint no. 116/2015 (*Matrica Hrvatskih Sindikata/Croatia*).

de oude cao die ongeldigverklaring bij een economische crisis mogelijk maakte en de economische crisis als reden voor het invoeren van de zojuist genoemde wet.

Het comité nam het ILO-standpunt in dat nietigverklaring van een cao zonder de instemming van beide partijen het vrije onderhandelingsrecht schendt. Ook in het geval van een economische crisis moet een verdragsstaat nog steeds proberen op vrijwillige basis de bezuinigingen door te voeren. Zelfs wanneer onmiddellijk moet worden ingegrepen wegens een economische crisis, is het ingrijpen in bestaande cao's niet in lijn met het vrije collectieve-onderhandelingsrecht.[508] Het comité zag de ongeldigverklaring van de cao in dit geval niet als problematisch omdat beide partijen volgens de cao deze mogelijkheid hadden bij een economische crisis. Het comité veroordeelde echter wel de inperking van het recht op collectief onderhandelen door middel van de ingevoerde wet. De inperking voldeed – mede gelet op de *ingrijpendheid* van de maatregel – niet aan de eisen van art. 31 ESH.[509] De economische redenen die Kroatië opvoerde als rechtvaardiging waren te beperkt: Kroatië had niet aangetoond waarom deze maatregel wegens een *pressing social need* nodig was in een democratische samenleving en dat deze maatregel voldeed aan het proportionaliteitsvereiste.

5.7. ECSR-conclusies

Naast uitspraken publiceert het comité ook conclusies die volgen op de jaarlijkse rapportage van verdragsstaten. In de conclusies beoordeelt het comité of de verdragsstaten op de juiste wijze uitvoering geven aan het ESH. De conclusies van het comité kunnen – ondanks de beperkte lengte (vaak niet meer dan één paragraaf aan tekst) een indruk geven van het standpunt van het comité over het recht op collectief onderhandelen. Al in 1998 overweegt het comité in een conclusie dat het inperken van het recht op collectief onderhandelen naar ILO-maatstaven moet worden beoordeeld.[510] Een maatregel die dat recht beperkt, moet exceptioneel, beperkt in tijd en proportioneel zijn. Ook moet zijn aangetoond dat geen andere – minder ingrijpende – maatregelen passend zijn voor het te ondervangen probleem.[511]

Ook andere conclusies van het comité wijzen in dezelfde richting: de ILO-normen zijn leidend.[512] Ik wil echter behoedzaam zijn en niet té veel waarde te hechten aan deze conclusies. De algemene formuleringen in de conclusies gaan niet in op de specifieke omstandigheden van het geval, en de conclusies kunnen verouderd zijn. In de laatste tien jaar zijn er geen verwijzingen meer naar het ILO-toetsingskader met betrekking tot collectief onderhandelen in de conclusies opgenomen.

[508] ECSR 21 maart 2018, complaint no. 116/2015 (*Matrica Hrvatskih Sindikata/Croatia*), §89.
[509] Art. 31 is het huidige art. G van (de herziene versie) het ESH. Kroatië had ten tijde van deze uitspraak de herziene versie van het ESH niet geratificeerd. Er is geen inhoudelijk verschil tussen art. G en art. 31 ESH.
[510] Conclusions XIV Sweden, art. 6-2.
[511] Bruun, Lörcher & Schömann 2014, p. 183.
[512] ECSR Conclusions IX-1 Netherlands, art. 6-2 & Conclusions XII-1 Iceland, art. 6-2.

5.8. Personele reikwijdte van het ESH

De personele reikwijdte van art. 6 van het ESH strekt zich uit tot alle werknemers en werkgevers, inclusief ambtenaren. Art. 5 ESH gaat specifiek over vakverenigingsvrijheid, en hierin is het wel mogelijk om in nationale regelgeving uitzonderingen te maken voor politie en leden van de strijdkrachten. Hetzelfde geldt daarmee voor art. 6 ESH. Nederland heeft bijvoorbeeld militairen en medewerkers bij defensie uitgezonderd van het stakingsrecht.[513] Het is niet toegestaan om alle ambtenaren uit te sluiten van het recht op staken.[514]

In de Nederlandse vertaling van het ESH wordt de term werknemers gebruikt, wat de indruk wekt dat het onderhandelingsrecht niet toekomt aan zelfstandigen. In de originele wettekst wordt echter 'workers' gebruikt, waardoor het waarschijnlijker is dat zelfstandigen wel onder de bescherming van het ESH vallen. Het comité droeg ten aanzien van art. 5 ESH uit dat de term 'worker' bedoeld was om zowel werknemers als zelfstandigen te omvatten.[515] In de literatuur wordt nog getwijfeld of dat betekent dat alle zelfstandigen vallen onder het collectieve-onderhandelingsrecht uit art. 6 lid 2 ESH.[516] In ieder geval is in 2018 een Ierse zaak gepubliceerd waarin het comité een algeheel verbod op collectief onderhandelen voor zelfstandigen niet in overeenstemming met art. 6 lid 2 achtte, onder meer omdat het voor het comité evident was dat de betrokkenen geen werkelijke zelfstandigen waren. Het comité oordeelde dat de betrokkenen behoorden tot een groep van zelfstandigen die geen andere wezenlijke invloed op de mededinging hadden dan werknemers.[517] Of het comité nu heeft bedoeld dat 'gewone' zelfstandigen wel uitgezonderd kunnen worden, is niet helder. Het is dus (nog) onduidelijk of zelfstandige topverdieners als normadressaat bij de Wnt of Wbfo precies dezelfde rechten hebben onder het ESH als werknemers.

5.9. Wettelijk ingrijpen in loon en het ESH en de aansluiting bij de ILO-verdragen

Wettelijk ingrijpen in loon zoals bij de Wnt en Wbfo gaat gepaard met het beperken van de collectieve-onderhandelingsvrijheid. Art. G ESH laat ruimte aan verdragsstaten om het recht op collectief onderhandelen in te perken, al worden daar wel voorwaarden aan verbonden. Het comité ziet het recht op collectief onderhandelen als een wezenlijk element van art. 6 ESH, maar laat ook zien dat gerechtvaardigd afwijken onder bepaalde voorwaarden mogelijk is. De toets uit art. G lijkt erg op het toetsingskader uit art. 11 lid 2 EVRM. De inperking moet bij wet voorzien zijn, ingegeven zijn door een *pressing social need* dat ingrijpen noodzakelijk maakt in een democratische samenleving, en proportioneel zijn. Hierbij geldt: hoe groter de impact, hoe belangrijker de rechtvaardiging.
De uitspraken van het comité gaan vooral over de klassieke collectieve-onderhandelingsonderwerpen: staking, toegang tot de onderhandelingen, representativiteit en de 'klassieke' vakverenigingsvrijheid.[518] Het minder dan een handjevol uitspraken die wel

[513] *Trb* 2006/128.
[514] Clauwaert, *Transfer* 2016, p. 405-411.
[515] Hoekstra, *ArA 2018*, p. 43-83.
[516] Hoekstra, *ArA 2018*, p. 43-83.
[517] ECSR 12 september 2018, no. 123/2016 (*Irish Congress of Trade Unions/Ierland)*, §40.
[518] ECSR Digest 2018.

over beloningen gaan, zoals de uitspraak tegen Zweden, geven wel een indruk. De Zweedse uitspraak toont aan dat het ESH landen niet toestaat om de onderhandelingsvrijheid te beperken tot het minimumloon. De uitspraak tegen Kroatië toont aan dat het inperken van het collectieve-onderhandelingsrecht deugdelijk gerechtvaardigd dient te worden. Deze uitspraken bieden onvoldoende basis om een vergaande conclusie te trekken over de mening van het comité over het inperken van beloning op de manier waarop dat in Nederland met de Wnt en de Wbfo is gedaan. Wat wel duidelijk wordt, is dat het comité verwijst naar de ILO bij de motivering van zijn oordelen en bij de conclusies.[519] Daarom is het in ieder geval aannemelijk dat het comité niet heel anders denkt dan de ILO over ingrijpen in beloning. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat het comité dicht naar de ILO toe is gegroeid met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen door steeds naar de ILO te verwijzen in zijn oordeel.[520] Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de ILO de meest uitgebreide visie heeft op het recht op collectief onderhandelen, en dat het comité zich daarbij aansluit, maar wel gebruikmaakt van een eigen toetsingskader. Concluderend wijzen de beperkte uitspraken, de conclusies en de aansluiting van het comité bij de ILO erop dat wettelijk ingrijpen in loon op de manier waarop Nederland dat tot nu toe doet, mogelijk is. Er kan potentieel een problematische grens in zicht komen indien het topverdieners niet zou zijn toegestaan om meer dan het geldende minimumloon of modaal af te spreken.

5.10. EU-Handvest en de juridische grondslag voor het recht op collectief onderhandelen

Bij het recht op collectief onderhandelen in EU-verband zoom ik in op het EU-Handvest, hoewel er ook ander Unierecht is dat de rol en positie van vakbonden en collectief onderhandelen waarborgt.[521] Het 'algemene' Unierecht op het gebied van onderhandelingsvrijheid als zodanig is echter te weinig ontwikkeld om er in dit bestek aandacht aan te besteden. Uitspraken van het HvJ EU waarin wordt geoordeeld over ingeperkte arbeidsvoorwaarden ontbreken. Daarnaast zijn de zaken die wel spelen bij het Hof ook nog in die zin beperkt dat het Hof alleen oordeelt over Unierechtelijke casussen. Het recht op collectief onderhandelen wordt wel erkend, maar moet ook in lijn zijn met andere fundamentele Europese beginselen zoals de vrije verkeersrechten, die volgens het Hof kort gezegd prevaleren. Ik bespreek het collectief onderhandelen in Europeesrechtelijk perspectief daarom maar kort.

Het recht op collectief onderhandelen binnen het recht van de Europese Unie is het meest prominent opgenomen in het EU-Handvest. Het EU-Handvest is tot stand gekomen in 2000, en omvat de grondrechten van alle EU-burgers. Het handvest heeft vanaf het moment van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 een juridisch bindende status gekregen.[522] Sinds dat moment kunnen individuele Unieburgers hierop een beroep doen, mits de verdragsbepalingen zich tot hen richten.

[519] Bruun, Lörcher & Schömann 2014, p. 183.
[520] Bruun, Lörcher & Schömann 2014, p. 269-270.
[521] Bijv. art. 153 of 156 EU-Werkingsverdrag.
[522] Barkhuysen & van Emmerik 2017, p. 36.

Het recht op collectief onderhandelen volgt uit art. 28 EU-Handvest.

> Art. 28 EU-Handvest: Het recht op collectieve onderhandelingen en op collectieve actie
>
> Werkgevers en werknemers of hun respectieve organisaties hebben overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken het recht, op passende niveaus collectief te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten, alsmede, in geval van belangenconflicten, collectieve actie te ondernemen ter verdediging van hun belangen, met inbegrip van staking.

Bij de interpretatie en het gebruik van het handvest door het Hof geldt er wel een belangrijk voorbehoud. Art. 28 EU-Handvest laat ruimte om zowel door middel van nationale wetgeving, als door middel van Unierecht, het collectieve onderhandelen te reguleren. Het Handvest komt overigens alleen aan bod als er sprake is van de uitvoering van Unierecht, volgens art. 51 EU-Handvest. De reikwijdte van het EU-Handvestverdrag is dus beperkter dan het EVRM, nu louter nationale aangelegenheden niet door het Hof kunnen worden getoetst.

5.11. Europese Hof van Justitie over het recht op collectief onderhandelen

Binnen het Europese recht speelt het eigen Uniemededingingsrecht een grote rol met betrekking tot het maken van prijsafspraken van werkenden. In het Albany-arrest uit 1999[523] oordeelde het Hof dat cao's die door middel van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en doel worden geacht niet onder art. 105 VWEU – het kartelverbod – te vallen.[524]

Het Hof heeft zich altijd ietwat terughoudend opgesteld met betrekking tot de erkenning van het collectief onderhandelen als een grondrecht dat prevaleert boven het Unierecht. In de arresten *Viking*[525] en *Laval*[526] heeft het Hof het standpunt uitgedragen dat de uitoefening van een grondrecht zoals het recht op collectief onderhandelingen aan bepaalde beperkingen kan worden onderworpen.[527] Het hof heeft verder geen uitspraken gedaan die aanleiding geven te denken dat deze beperkingen restrictief moeten worden opgevat. De lidstaten hebben wederom een ruime beoordelingsvrijheid inzake en regulering de invulling van het recht op collectief onderhandelen.

5.12. Personele reikwijdte en conflict van plichten, ILO vs. de Europese Unie

Indien en zover het Handvest al rechten geeft aan topverdieners, heeft het deel van de topverdieners dat kwalificeert als zelfstandige het probleem dat kartelwetgeving ondernemers verbiedt om prijsafspraken te maken. De originele tekst van het EU-Handvest spreekt over de

[523] HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*).
[524] HvJ EG 18-12-2007, ECLI:EU:C:2007:809, m.nt. W.J.M. Rauws (*Laval*), in: *Arbeidsrecht in 50 uitspraken* 2012, p. 194.
[525] HvJ EG 11 december 2007, ECLI:EU:C:2007:772.
[526] HvJ EG 18 december 2007, ECLI:EU:C:2007:809.
[527] HvJ EU 15-07-2010, ECLI:EU:C:2010:426, *TRA* 2010/105 m.nt. K. Boonstra.

collectieve-onderhandelingsrechten van ‘workers’ en ‘employers’, kwalificaties die in de literatuur en door het Hof dusdanig worden geïnterpreteerd dat het recht niet ziet op zelfstandigen.[528]

Baanbrekend was het arrest *FNV Kiem* in 2014, waarin het Hof ruimte liet voor schijnzelfstandigen om collectief te onderhandelen.[529] Daarmee is het echter nog steeds duidelijk dat aan gewone zelfstandigen in ieder geval geen Europees prevalerend recht op collectief onderhandelen toekomt. Verder heeft het recht op collectief onderhandelen met betrekking tot wettelijk ingrijpen in arbeidsvoorwaarden geen noemenswaardige rol gespeeld in de uitspraken van het Hof van Justitie.

De ILO heeft duidelijk een andere opvatting over zelfstandigen die collectieve onderhandelingen aangaan.[530] De ILO ziet zelfstandigen wel als onderdeel van de personele werkingssfeer van het recht op collectief onderhandelen zoals gewaarborgd in de verdragen 86 en 98.

5.13. Toepassing van het EU-Handvest

De Wnt en de Wbfo lijken binnen de grenzen van het recht op collectief onderhandelen te vallen zoals beschermd door het EU-Handvest. Het handvest laat ruimte voor beperkingen op het recht, verder zijn er geen uitspraken waaruit blijkt dat een maximumbeloning zoals in de Wnt of een beloningsplafond zoals in de Wbfo problematisch zou kunnen zijn met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen.

Dan is het ook nog de vraag of het EU-Handvest überhaupt van toepassing is op Nederlandse beloningswetten en in die zin beloningswetten kan begrenzen. Het verdrag is alleen van toepassing indien de nationale regelgeving betrekking heeft op regels uit het Unierecht. Voor de Wnt lijkt het van ondergeschikt belang of de wet raakt aan het vrije verkeer van werknemers of kapitaal, nu het in de regel zal gaan om Nederlandse staatsburgers en niet om EU-burgers, al valt dat theoretisch niet uit te sluiten. De Wbfo is regelgeving die gebruikmaakt van de ruimte die de richtlijn Kapitaalvereisten schept. Hierdoor valt beter te bepleiten dat het Unierecht betrokken is bij een eventuele klacht over de beloningswetgeving en dat het EU-Handvest dan van toepassing is. Problematisch is nog wel of het handvest dan ook ziet op nationale maatregelen die verder gaan dan het door de richtlijn voorgeschreven minimum, zoals het Nederlandse bonusplafond van 20% dat in de richtlijn op 100% is gesteld. Nog los van de vraag of het handvest ook van toepassing is op die materie, volgt uit het voorgaande dat er nog geen concrete aanknopingspunten zijn om grote betekenis toe te kennen aan het recht op collectief onderhandelen uit het EU-Handvest. Er is nog geen rechtspraak die iets concreets biedt en er is ook geen indicatie dat het recht zoals dat is opgenomen in het handvest een veel verdergaande strekking zou hebben dan de al langer bestaande equivalenten in de ILO-verdragen en art. 11 EVRM.

[528] Hoekstra, *ArA 2018*, p. 43-83, p. 72.
[529] HvJ EU 4 december 2014, C-413/13(*FNV KIEM/Staat der Nederlanden*); Koot-van der Putte 2015, §2.2.8.
[530] Zie hiervoor § 4.9.

5.14. Zijn de Europese verdragen geschikt voor doorwerking in de Nederlandse rechtsorde?

Ik heb onderzocht of beloningswetgeving zoals de Wnt en Wbfo vallen binnen de grenzen van het recht op collectief onderhandelen in Europese verdragen. Ik kom tot de conclusie dat de Europese verdragen geen noemenswaardige begrenzing geven aan de nu al in werking getreden Nederlandse beloningswetten, maar de uitkomst geeft wel een kader voor toekomstige beloningswetgeving en de grenzen daaraan in collectieve-onderhandelingsperspectief. Daarom is het interessant om te onderzoeken of de verdragen ook daadwerkelijk beloningswetgeving kunnen begrenzen door middel van doorwerking in de Nederlandse rechtsorde.

In hoofdstuk 4 ga ik uitgebreid in op doorwerking van verdragen in de Nederlandse rechtsorde. Voor het algemene kader verwijs ik graag terug naar dat hoofdstuk. In deze paragraaf zal ik specifiek ingaan op de doorwerking van de Europeesrechtelijke verdragen in de Nederlandse rechtsorde. Kunnen topverdieners een geslaagd beroep doen op het recht op collectief onderhandelen?

5.15. Doorwerking EVRM en ESH

Voor de beantwoording van de vraag of de verdragsbepalingen rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde is het noodzakelijk dat de bepalingen tot doel hebben eenieder te verbinden en in een geratificeerd verdrag zijn opgenomen.[531] Sinds het Rookverbod-arrest van de Hoge Raad is duidelijk wat de precieze vereisten zijn voor het aannemen 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 internationale norm toekomt, dit moet worden bepaald aan de hand van de inhoud van de bepaling. Het gaat erom of de bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast.[532] Indien dit het geval is, krijgen verdragsbepalingen ingevolge art. 94 GW voorrang: nationale wetgeving onverenigbaar met het verdrag moet dan buiten toepassing worden gelaten.[533] Alle bepalingen van het EVRM worden in de Nederlandse rechtsorde geacht geschikt te zijn voor individuele doorwerking.[534] De verdragsbepalingen zijn als een ieder verbindend aangemerkt omdat ze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Voor een rechterlijke toetsing van de Nederlandse beloningsregelgeving doemt er dan wel meteen een probleem op: art. 11 EVRM is wellicht concreet genoeg voor een aanspraak op het recht op collectief onderhandelen en de mogelijke inperkingen daarvan, maar wat daadwerkelijk mag en niet mag volgens het EVRM met betrekking tot inperkingen in arbeidsvoorwaarden volgt niet uit deze verdragsbepaling. Voor de invulling van dit artikel zijn de uitspraken van het Hof

[531] Art. 93 en 94 Gw.
[532] HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928.
[533] Barkhuysen & Van Emmerik 2011, §2.5.2.
[534] Barkhuysen & Van Emmerik 2011, §2.5.2.

relevant. Deze uitspraken zijn ingevolge art. 46 EVRM formeel alleen bindend voor de verdragsstaat waarover zij gaan. De Hoge Raad gaat echter uit van een bindende werking van alle uitspraken voor zover zij algemeen toepasselijke interpretaties van EVRM-normen bevatten.[535] Een dergelijke vorm van precedentwerking van jurisprudentie van het EVRM is ook gewenst, omdat verdragsstaten anders wellicht voor een bepaalde kwestie een gelijkwaardig oordeel van het EVRM verkrijgen als eerdere verdragstaten, terwijl dat te voorkomen was geweest indien die verdragsstaten de eerdere uitspraken ter harte hadden genomen.

De verdragsbepaling in art. 6 lid 4 ESH is door de Nederlandse rechter bestempeld als geschikt voor directe doorwerking.[536] Art. 6 lid 2 is in tegenstelling tot lid 4 tot de lidstaten gericht en lijkt daarmee, net als veel andere artikelen in het ESH,[537] niet geschikt voor doorwerking in de Nederlandse rechtsorde. Rechtstreekse werking is – ook gezien het gebrek aan doorwerking in de Nederlandse jurisprudentie tot nu toe – onwaarschijnlijk.

5.16. Doorwerking EU-Handvest

Het EU-Handvest is onderdeel van het recht van de Europese Unie en is juridisch bindend voor de lidstaten.[538] Het handvest heeft de status van primair EU-recht, dat betekent dat de bepalingen van het Handvest op zelfstandige basis rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde doorwerken.[539] Natuurlijke en rechtspersonen kunnen zich bij de Nederlandse rechter op het Handvest beroepen indien de bepalingen waarop zij zich beroepen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn geformuleerd.[540]

5.17. Andere doorwerking?

Naast rechtstreekse werking zijn er nog andere manieren waarop verdragsbepalingen en de niet-bindende uitspraken van organen kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde van lidstaten.

Ten eerste geldt voor het ESH en het EU-Handvest dat, ondanks dat rechtstreekse werking onwaarschijnlijk is, via open normen wel doorwerking zou kunnen plaatsvinden. Ook andere uitspraken, bijvoorbeeld van het ECSR, zouden ondanks de niet-bindendheid invloed kunnen uitoefenen op de uitwerking van het recht op collectief onderhandelen als vorm van soft law.[541] Hierover ging ik al uitgebreider op in in hoofdstuk 4.

[535] Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 31; HR 10 november 1989, *NJ* 1990/628.
[536] HR 30 mei 2986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*Spoorwegstaking*).
[537] Pennings 2014, §21.2.1.
[538] Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 7.
[539] HvJ EU 13 november 1984, ECLI:EU:C:1984:342 (*Van Gend en Loos*) en HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa Enel*).
[540] Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 38.
[541] De CRvB heeft in 2011 aan formeel niet bindende oordelen van het VN-mensenrechtencomité toch rechtswerking toegekend. CRvB 4 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3522, *AB* 2011/171 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

5.18. Conclusie: collectief onderhandelen in Europees perspectief

Al is het recht op collectief onderhandelen verankerd in drie belangrijke Europese verdragen, de uitleg daarvan door middel van bijvoorbeeld rechtspraak is lang niet zo goed uitgewerkt als bij de ILO. Daardoor is het lastig om conclusies te trekken over de daaruit voortvloeiende grenzen aan beloningswetgeving. Er zijn geen aanwijzingen dat het recht op collectief onderhandelen zoals volgend uit het ESH of het EU-Handvest de Nederlandse beloningswetgeving dusdanig begrenst, dat de huidige wetgeving in strijd is met het recht op collectief onderhandelen. In ieder geval geldt zeker niet dat die grenzen strenger zouden zijn dan de grenzen die door de ILO zijn gesteld. Voor toekomstige beloningswetgeving geven de verdragen en hun uitleg in ieder geval aanwijzingen over waar de grenzen liggen van de inperking van het collectief onderhandelen. Het is niet de bedoeling dat cao's worden bevroren zonder dat de tijdelijkheid van zo'n exceptionele maatregel in acht wordt genomen.

De meest uitgebreide en strenge Europese toets met betrekking tot het recht op collectief onderhandelen volgt uit het EVRM. Omdat het EHRM steevast de ILO-verdragen citeert en toepast bij het aanleggen van de toets, is deze toets in hoge mate gelijk aan het ILO-recht op collectief onderhandelen. Wel lijkt het EHRM in de toepassing net iets meer ruimte te geven voor een gerechtvaardigde inperking. Omdat de uitspraken van het Hof tot nu toe niet echt in de buurt zijn gekomen van het maximeren van topbeloning, blijft het gissen hoe de rechtspraak van het Hof zich zal ontwikkelen, al staat vast dat het Hof grote waarde hecht aan de ILO.

Concluderend lijkt een combinatieberoep op het EVRM en de ILO, mede omdat het EVRM rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, het meest succesvol om te gebruiken in een procedure waarin particulieren proberen een Nederlandse beloningswet buiten toepassing te laten verklaren, al lijkt, zoals ik in het voorgaande hoofdstuk heb geconcludeerd, de huidige beloningswetgeving niet in strijd te zijn met de normen van de ILO. Omdat het EVRM in ieder geval niet vérder gaat dan de ILO, zie ik bovendien geen reden om aan te nemen dat het EVRM een juridisch relevante belemmering oplevert voor de Wnt of de Wbfo. Toekomstige beloningswetgeving zou natuurlijk wel binnen de juridisch relevante grenzen van het collectief onderhandelen moeten blijven.

Met mijn onderzoek heb ik het Europese recht op collectief onderhandelen voor zover mogelijk in kaart gebracht. Dit heeft geleid tot inzicht in de grenzen aan beloningswetgeving. Wellicht is de huidige Nederlandse beloningswetgeving niet in strijd met dat recht, maar voor toekomstige beloningswetgeving is het wel relevant om rekening te houden met de grenzen die de Europese (en indirect dus de ILO-)verdragen vanuit het collectieve-onderhandelingsperspectief daaraan stellen.