

Allen & Overy LLP

MEMORANDUM

Van Prof. mr. Ferdinand B.J. Grapperhaus, advocaat

Ons kenmerk 0010023-0022558 AMEM:1391709.1

Datum 23 september 2015

Onderwerp **Rapport Effecten van algemeen verbindendverklaring**

Geachte heer Spaans,

Aan mij is ter beschikking gesteld het concept-eindrapport van Regioplan met de titel “Effecten van algemeen verbindendverklaring”. In het hierna volgende geef ik enkele observaties bij het rapport. Het rapport en de bijbehorende bijlagen “Achtergronden rapportage effecten van algemeen verbindendverklaring”, geven een helder overzicht van de stand van zaken met betrekking tot de avv in de praktijk en het denken over de avv door de diverse stakeholders. Het rapport reikt aan het slot ook enkele oplossingen voor verbetering van de avv aan. In het onderstaande worden zoals gezegd slechts enkele kanttekeningen bij het rapport geplaatst.

Hoofdstuk 1. Inleiding

Werkelijk uitvoerige, kritische beschouwing van het rapport is mijns inziens op dit moment niet aan de orde, nu het rapport zelf ook constateert dat het met name ontbreekt aan een recent en bruikbaar empirisch onderzoek over de daadwerkelijke effecten en gevolgen van algemeen verbindendverklaring danwel: niet-algemeen verbindendverklaring. Naar mijn mening is dergelijk onderzoek wel degelijk mogelijk. Het zou zich moeten richten op meting van een aantal factoren in de arbeidsverhoudingen gedurende langere periodes waarin wel of niet sprake was van algemeen verbindendverklaring, waarbij gedacht kan worden aan: loonontwikkeling, collectieve acties, arbeidsmigratie en gebruikte contractsvormen voor werkenden. Een probleem bij een dergelijk onderzoek is nog altijd dat het, voor zover het zich zou beperken tot de periode na de Tweede Wereldoorlog, geen recht doet aan de ordening die als gevolg van collectieve onderhandelingen al stelselmatig op de arbeidsmarkt sedert circa 1870 heeft plaats gevonden. Die ordening is inmiddels een vanzelfsprekendheid en heeft ook een ordenend effect buiten het bereik van de door de algemeen verbindendverklaring bestreken sectoren en bedrijven. Anders gezegd: volledige loonconcurrentie is niet haalbaar voor bedrijven die zich buiten het bereik van de algemeen verbindendverklarde cao bevinden. Hier spelen wettelijke instrumenten zoals de Wet minimumloon een rol, maar heeft de algemeen verbindendverklarde cao uiteindelijk toch ook een zekere reflectiewerking. Hoewel mij geen onderzoek bekend is dat zich hier specifiek op heeft gericht, komt het wel enigszins terug in wel gedane onderzoeken.

Allen & Overy LLP is een partnership met beperkte aansprakelijkheid, geregistreerd in Engeland en Wales onder nummer OC306763. De partnership is erkend door en valt onder toezicht van de Solicitors Regulation Authority van Engeland en Wales. De term partner wordt gebruikt ter aanduiding van een lid van Allen & Overy LLP of van een medewerker of consultant met een vergelijkbare positie en kwalificaties. Een lijst met de leden van Allen & Overy LLP en van de niet-leden die partner worden genoemd, ligt ter inzage op de hoofdvestiging in Londen, One Bishops Square, Londen E1 6AD.

Allen & Overy LLP en de daaraan gelieerde ondernemingen zijn gevestigd in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Bangkok, Barcelona, Beijing, Belfast, Boedapest, Boekarest (geassocieerd kantoor), Bratislava, Brussel, Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho Chi Minhstad, Hong Kong, Istanbul, Jakarta (geassocieerd kantoor), Johannesburg, Londen, Luxemburg, Madrid, Milaan, Moskou, München, New York, Parijs, Perth, Praag, Rangoon, Riyadh (geassocieerd kantoor), Rome, São Paulo, Seoel, Shanghai, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, Warschau en Washington, D.C.

Tenslotte wijs ik nog op het citaat op bladzijde 6, dat suggereert dat in ieder geval in 1937 in de Tweede Kamer de indruk bestond dat de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming voor veel arbeidsrust had gezorgd. Ik ga thans over tot de bespreking van mijn kanttekeningen.

Hoofdstuk 2. De avv-procedure

Bladzijde 5 onderaan: Mijns inziens is het kerndoel van de avv hier wel zeer algemeen geformuleerd. Verderop in het onderzoek komt dit beter uit de verf. De avv heeft mijns inziens tot doel: het door collectieve afspraken algemeen verbindend te verklaren realiseren van evenwicht en arbeidsrust met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden.

Bladzijde 7: De beschrijving van de procedures, de ter visielegging en de bedenking is helder. Hier mist evenwel al het beschrijven van de inhoudelijke toets. Natuurlijk kan men zeggen dat die op het eerste gezicht niet thuishoort bij een beschrijving van de avv-procedure, maar dat is slechts op het eerste gezicht. De kern van de avv-procedure is immers de inhoudelijke toetsing, die is geformuleerd in het toetsingskader avv en daar zou op zijn minst in dit deel een beschrijving aan moeten worden gewijd, en bij voorkeur zelfs enige nadere toelichting bij moeten worden gegeven.

Hoofdstuk 3. Vastgestelde effecten van avv

Bladzijde 14: In tabel 3.1, naar het artikel van Rojer uit 2002, is geen referentie gemaakt aan artikel 14 van de Wet CAO. Dit is het artikel dat bepaalt dat werkgevers de bepalingen van de cao ook op de niet-gebonden werknemers moeten toepassen, tenzij de cao uitdrukkelijk anders bepaald. Juist dit wetsartikel heeft er in belangrijke mate toe geleid dat het vakbondslidmaatschap de afgelopen decennia steeds verder kon afnemen en ook de betrokkenheid bij de arbeidsvoorwaardenvorming bij werknemers steeds geringer werd. Juist artikel 14 Wet cao stimuleert wat hier wordt omschreven als “liftersgedrag”, oftewel: de free riders. Mijns inziens zou het rapport hier een korte uitleggende paragraaf moeten bevatten.

Bladzijde 15: Dat er weinig onderzoek is naar de voordelen van algemeen verbindendverklaren moge zo zijn, het moet ook mogelijk zijn om het effect op de concurrentie op arbeidsvoorwaarden empirisch vast te stellen. In de inleiding heb ik hier al enige opmerkingen over gemaakt. Hetzelfde geldt voor het punt van de besparing van transactiekosten dat overigens niet of nauwelijks terugkomt in het gehele rapport. Het terugbrengen van de onderhandeling tot gesprekken met slechts enkele vakbonden, maakt de avv tot een buitengewoon efficiënt instrument - althans in theorie. Dit geldt overigens al voor de cao in het algemeen. Ik zou menen dat, wanneer aan die enorme voordelen op transactiekosten getwijfeld wordt, een onderzoek over een langere periode uit het verleden moet worden gedaan naar sectoren waarin geen cao werd afgesloten, respectievelijk geen algemeen verbindendverklaring werd uitgesproken, in vergelijking met sectoren waar zulks wel het geval was, uiteraard corrigerend voor sectorspecificiteit.

Bladzijde 16: het hier in 4 categorieën opgedeelde onderscheid komt me enigszins kunstmatig voor. De vierde categorie is in wezen een specialis van de tweede categorie. Bovendien kan men zich afvragen of een na de algemeen verbindendverklaring pas afgesloten bedrijfstak-cao nog wel grond voor dispensatie van de inmiddels algemeen verbindendverklaarde cao kan opleveren. Mijns inziens zou dit dogmatisch onjuist zijn, nu de Algemeen verbindendverklaring beoogt de cao op een bepaald tijdstip vanaf dat tijdstip geldig te verklaren voor de gehele bedrijfstak, dit naar de omstandigheden van dat moment. Een later tot stand gekomen bedrijfs-cao kan daar niet aan afdoen, net zo min als het op een later tijdstip opzeggen van het lidmaatschap van de betreffende werkgeversorganisatie.

Op bladzijde 19 haalt het rapport – naar het lijkt met instemming – het SER-rapport uit 2013 aan, waar dit constateert dat collectieve afspraken, evenwichtige arbeidsverhoudingen en arbeidsbewustwording een belangrijke voorwaarde vormen voor een positief sociaal-economische ontwikkeling. Dit positieve voordeel komt in wezen niet terug in het voordelen/nadelen schema van Rojer, maar is volgens mij een bijna onlosmakelijk gevolg van de arbeidsrust, die weer voortvloeit uit de cao en de avv daarvan. Het onderzoek besteedt weinig aandacht aan dit punt. Mijns inziens zou het juist aanbeveling verdienen om die positieve sociaal-economische ontwikkeling nader te onderzoeken. In mijn boek Terug de polder in uit 2013 – dus

alweer enigszins gedateerd – beschrijf ik het effect dat in 2012 zichtbaar was in China van fabrieken waar personeel van de ene op de andere dag naar een andere fabriek overstapten, omdat zij enkele centen meer per uur kregen uitbetaald - louter omdat de collectieve afspraken zo slecht waren en de voorzieningen en secundaire arbeidsvoorwaarden zo beroerd dat er geen enkele reden was om bij te dragen aan arbeidsrust en continuïteit. Met als gevolg dat de sociale, maar ook de norm is ontwikkeling stagneert. Het is juist hier dat collectieve afspraak, maar ook algemeen verbindend verklaring daarvan de partijen op de arbeidsmarkt en daarmee de economie verder helpen.

Hoofdstuk 4. Waardering voor het avv-instrument

Op dit hoofdstuk heb ik geen specifiek commentaar, anders dan dat ik ook hier het punt van de bevordering van de sociaal-economische ontwikkeling niet terug zie komen maar het kan zijn dat dat inderdaad niet genoemd is door de stakeholders.

Hoofdstuk 5. Ontwikkelingen die van invloed zijn op de effectiviteit van het avv-instrument

Bladzijde 28: Het is goed dat het rapport kernachtig aangeeft dat de toename van het aantal zzp-ers direct van invloed wordt geacht op de effectiviteit van het avv-instrument. Evenwel werkt het rapport dit niet verder uit dan dat wordt geconstateerd dat zzp-ers, waar zij niet zijn gebonden aan de algemeen verbindendverklarde CAO, kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden. Hier zou het opportuun zijn om sector-specifiek onderzoek te doen, en te bezien hoe vaak in welke sectoren zzp-ers voorkomen, die, buiten de algemeen verbindendverklarde CAO staande, daarmee op de lonen en kosten concurreren.

Bladzijde 30: Het rapport besteedt zeer weinig aandacht aan het punt van de dekkingsgraad van de werknemersorganisaties. Juist hier zit in de eerste plaats in de perceptie vanuit de politiek en de maatschappij een tekort in het systeem. Het is op zichzelf niet te ontkennen dat de dekkingsgraad de afgelopen jaren naar een nauwelijks representatief niveau is afgezak in Nederland. Dat heeft niet alleen gevolgen voor de legitimatie van de CAO, het heeft ook – zelfs nog veel meer - negatieve consequenties voor de acceptatiegraad van de algemeen verbindendverklaring. Dat geldt temeer waar de afgelopen maanden steeds vaker CAO's zijn afgesloten door werknemersorganisaties, die verre van representatief waren en ook gezamenlijk niet aan representativiteit toekwamen in de betreffende sector. Hier is goed zichtbaar dat ook de mate waarin werknemers vertegenwoordigd zijn bij een bepaalde cao, Van invloed is op de maatschappelijke acceptatie van fenomeen een cao en avv.

Hoofdstuk 6. Inventarisatie van knelpunten en verbetermogelijkheden

Bladzijde 36: Het is juist dat er weinig of onvoldoende inhoudelijke toetsing is bij verzoeken om algemeen verbindendverklaringen. Hier zou de wet, of in ieder geval het toetsingskader verbeterd moeten worden. Niet alleen zou de vooraf algemeen verbindendverklaringen voorgelegde CAO beter inhoudelijk moeten worden getoetst op representativiteit aan beide zijden, die voorgelegde CAO zou ook inhoudelijk getoetst moeten worden: bevat deze cao de voor de betreffende bedrijfstak wezenlijke elementen en behelst de cao een pakket arbeidsvoorwaarden dat de vergelijking met de “peer group” in het binnen- en het buitenland kan doorstaan? Vooral die laatste toets zal uiteraard uiterst moeilijk zijn, omdat men daarbij wel haast niet aan een kwalitatief oordeel ontkomt. De inhoudelijke toetsing bij de ingang van de algemeen verbindendverklaringen is evenwel hard nodig om ook een betere inhoudelijke toetsing bij de uitgang - dat wil zeggen voor bedenkingen tegen algemeen verbindendverklaringen én vooral voor dispensatieverzoeken - te kunnen maken.

Bladzijde 37: Bij de mogelijkheden tot verbetering van de algemeen verbindendverklaringen wordt op geen enkele wijze ingegaan op het hiervoor genoemde inhoudelijke tekort, met name ook het inhoudelijke tekort op het punt van toetsing van dispensatieverzoeken. Dat laatste is nu juist zo belangrijk om de kritiek op de dwingelandij van de algemeen verbindendverklaringen gemotiveerd af te kunnen doen.

Hoofdstuk 7. Wat kunnen we leren van het buitenland?

Bladzijde 44: Hier staat een interessant paragraaf over zzp-ers. Het is een gemiste kans dat ook in dit rapport niet nader wordt ingegaan op de mogelijkheden voor een toets aan (schijn) zelfstandigheid.

Hoofdstuk 8. De bevindingen nader bezien

Bladzijde 47: Hier wordt terecht de vinger op de zere plek gelegd. Er is in Nederland geen systematisch onderzoek gedaan naar de betekenis van het algemeen verbindendverklarend instrument. Gegeven het feit dat de cao en de algemeen verbindendverklaring reeds zo lang fundamenten van ons arbeidsmarktstelsel zijn, en gegeven het feit dat Nederland een binnen de OECD bovengemiddelde arbeidsrust kent, en daarnaast ook nog een bovengemiddelde economische ontwikkeling, zou het welhaast een verplichting moeten zijn om gedegen empirisch onderzoek te doen naar de effecten van cao en algemeen verbindendverklaringen, alvorens wordt ingegaan op vanuit onder meer de politiek geuite, uiterst oppervlakkig geformuleerde en niet-gemotiveerde kritiek op deze instrumenten. Het rapport van Regioplan heeft goede kwaliteiten, maar gezien de opdracht aan Regioplan uiteraard niet de diepgang die hier door mij wordt voorgestaan.

Voor het overige ga ik niet uitvoerig in op dit hoofdstuk. Ik onderschrijf de conclusies van Regioplan op bladzijde 53 dat de discussie over algemeen verbindendverklaringen in feite goeddeels een discussie is over de cao. Ik mis vervolgens bij het rapport van Regioplan een uitvoeriger beschrijving van de uiteenlopende oplossingen die de afgelopen jaren zijn aangedragen om het draagvlak van de CAO te vergroten. Daarbij moet niet alleen worden gekeken naar allerlei mogelijke dwangmiddelen, maar vooral naar datgene wat de deelnemers op de arbeidsmarkt weer meer motiveert om actief betrokken te raken bij arbeidsvoorwaardenvorming en datgene wat ook een hogere acceptatiegraad oplevert van algemeen Verbindend verklaring. Daar zijn verschillende ideeën voor geopperd door verschillende auteurs, waaronder mij zelf. Ik laat dat hier verder voor wat het is, omdat ik ook niet weet of dit wel tot de opdracht van Regioplan behoorde.

Ferdinand Grapperhaus