



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid

Koot-van der Putte, E.

Publication date

2007

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Koot-van der Putte, E. (2007). *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*. [, Universiteit van Amsterdam]. Kluwer.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

COLLECTIEVE
ARBEIDSVOORWAARDEN
EN INDIVIDUELE
CONTRACTSVRIJHEID

door

Esther Koot-van der Putte

COLLECTIEVE ARBEIDSVOORWAARDEN
EN INDIVIDUELE CONTRACTSVRIJHEID

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus
prof. mr. J.W. Zwemmer
ten overstaan van een door het
college voor promoties ingestelde commissie,
in het openbaar te verdedigen in de Aula der Universiteit

op woensdag 23 mei 2007, te 10.00 uur

door Esther van der Putte

geboren te Haarlem

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. P.F. van der Heijden

Co-promotor: dr. R.H. van het Kaar

Commissieleden: prof. mr. F.B.J. Grapperhaus

prof. dr. A.T.J.M. Jacobs

prof. mr. E. Verhulp

prof. mr. J.M. van Slooten

*Voor N.H. van der Putte
en S. van der Putte-Hekster*

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	IX
Lijst van gebruikte afkortingen	XIII
Inleiding en probleemstelling	I
I	Geschiedenis collectieve instrumenten 7
1.1	Inleiding: beperking individuele contractsvrijheid 7
1.2	Cao 8
1.2.1	Achtergrond 8
1.2.2	Voorstanders 13
1.2.3	Tegenstanders 16
1.3	Avv 21
1.3.1	Achtergrond 21
1.3.2	Voorstanders 24
1.3.3	Tegenstanders 31
1.4	Ondernemingsovereenkomst 36
1.5	Bedrijfsregelingen 43
1.6	Conclusie 44
2.	Cao en individuele contractsvrijheid 49
2.1	Inleiding 49
2.1.1	Systeem cao-recht 49
2.1.2	Cijfers 52
2.1.3	Probleemstelling 54
2.2	De werknemer en de cao 55
2.2.1	Het vakbonds lid 55
2.2.2	De art. 14-werknemer 62
2.2.3	De werknemer gebonden door incorporatie 82
2.2.4	Het oud-vakbonds lid 84
2.2.5	De werknemer na overgang van onderneming 86
2.2.6	Af- en oproepwerknemer 87
2.2.7	De uitzendwerknemer 89
2.2.8	De freelancer (opdrachtnemer) 91
2.2.9	Tussenconclusie 92
2.3.	De werkgever en de cao 94
2.3.1	Het lid van een werkgeversvereniging 94
2.3.2	Lid worden tijdens de looptijd van een cao 96
2.3.3	Het niet-lid 97

2.3.4	Het oud-lid	97
2.3.5	De cao-volger	98
2.3.6	De werkgever met een ondernemings-cao	99
2.3.7	De werkgever gebonden wegens uitzendarbeid	101
2.3.8	De werkgever die op- en afroept	101
2.3.9	De opdrachtgever.	102
2.3.10	De werkgever gebonden door overgang van onderneming.	102
2.3.11	Tussenconclusie	108
2.4.	Voor welke tijd is men aan de cao gebonden?	109
2.4.1	Terugwerkende kracht	110
2.4.2	Nawerking.	115
2.4.3	Tussenconclusie	118
2.5	Voor welk type arbeidsvoorwaarden geldt de binding?	119
2.5.1	Loon en fooi	120
2.5.2	Arbeidstijd/overwerk	125
2.5.3	Reiskostenregeling	127
2.5.4	Tussenconclusie	128
2.6	Hoeveel onderhandelingsruimte biedt de cao?	129
2.6.1	De werknemer	129
2.6.2	De werkgever	130
2.6.3	Differentiatiemogelijkheden	130
2.7	Conclusie	139
3	Avv en individuele contractsvrijheid	147
3.1	Inleiding	147
3.1.1	Systeem avv.	147
3.1.2	Cijfers avv.	149
3.1.3	Probleemstelling.	150
3.2	De werknemer en avv.	151
3.3	De werkgever en de avv	160
3.4	Werkingsduur	165
3.4.1	Werkingsduur avv	165
3.4.2	Terugwerkende kracht	165
3.4.3	Nawerking.	169
3.5	Welk type cao-bepalingen?	179
3.5.1	Het Toetsingskader avv	180
3.5.2	Avv en decentralisatiebepalingen	184
3.5.3	Avv en fonds-cao's	189
3.5.4	Avv en meerderheidsvereiste	191
3.6	Hoe dwingend is de binding aan de avv-cao?	194
3.6.1	Dispensatie en uitzondering.	194
3.6.2	Afwijken gedurende de looptijd avv	200
3.7	Conclusie	203

4	Ondernemingsraad en individuele contractsvrijheid	207
4.1	Inleiding	207
4.1.1	Systeem WOR en BW	207
4.1.2	Cijfers	210
4.1.3	Probleemstelling.	211
4.2	Bevoegdheden van de or en doorwerking	212
4.2.1	Uitbreiding bevoegdheden or bij cao	213
4.2.2	De ondernemingsovereenkomst	218
4.2.3	Instemmingsrecht or	224
4.2.4	Bedrijfsregeling	235
4.2.5	Via overige wetten (ATW, WAA, WAZ).	241
4.3	Beperking van individuele contractsvrijheid door de or.	250
4.3.1	Stilzwijgende goedkeuring door de werknemer	251
4.3.2	Het incorporatiebeding	252
4.3.3	Eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW.	253
4.3.4	Eenzijdige wijziging op grond van art. 7:611 BW.	256
4.3.5	De invloed van de or bij eenzijdige wijziging	259
4.4	Conclusie	267
5	Duitsland	275
5.1	Inleiding	275
5.1.1	Systeem Duits collectief arbeidsrecht in hoofdlijnen	275
5.1.2	Cijfers.	280
5.1.3	Probleemstelling.	286
5.2	Het Duitse systeem	287
5.2.1	Tarifvertrag	287
5.2.2	Allgemeinverbindlicherklärung	294
5.2.3	Betriebsrat.	297
5.2.4	Slot	298
5.3	Meer individuele vrijheid tot afwijken van Tarifvertrag?	299
5.3.1	Jurisprudentie: Holzmann, Burda, Viessmann	301
5.3.2	Discussie in de literatuur	306
5.3.3	Slot	310
5.4	Minder betekenis van Allgemeinverbindlicherklärung?	312
5.4.1	Kritiek	312
5.4.2	Voorstellen voor verandering.	313
5.4.3	Slot	315
5.5	Meer ruimte voor Betriebsräte?	315
5.5.1	Voorstellen voor verandering.	316
5.5.2	Negatieve contractsvrijheid	318
5.5.3	Bündnisse für Arbeit.	319
5.5.4	Betriebsrat en bedrijfsregeling	322

5.5.5	Slot	323
5.6	Conclusie	323
6	Conclusie en slotbeschouwing	329
6.1	Beantwoording centrale vraag	329
6.2	Slotbeschouwing	338
6.2.1	Juridisch-systematisch	338
6.2.2.	Praktisch	342
6.2.3	Slot	343
	Summary	345
	Zusammenfassung	357
	Bijlagen.	369
	Literatuurlijst	373
	Jurisprudentieregister	385
	Trefwoordenregister	389
	Curriculum vitae	395

VOORWOORD

In het voorwoord van een proefschrift past het enkele woorden van dank en eer neer te schrijven aan het adres van een aantal mensen dat ertoe heeft bijgedragen dat ik kan terugkijken op een heerlijke en inspirerende periode van mijn leven waarin ik mij heb mogen bezighouden met de rechtswetenschap.

Allereerst wil ik mijn promotor prof. mr. Paul van der Heijden bedanken. Door zijn bevoegenheid en visie ben ik blijvend geïnspireerd. Zijn vertrouwen in de voortgang en zijn duidelijke handreikingen hebben ervoor gezorgd dat ik altijd met veel plezier aan het onderzoek heb gewerkt. Van onmisbare steun is geweest de nimmer aflatende begeleiding – in plezierige sfeer – door mijn copromotor dr. Robbert van het Kaar. Robbert is in staat geweest mij zowel op grote lijnen als op details tijdig bij te sturen en mijn stukken op opbouwende wijze van commentaar te voorzien. Hiervoor ben ik hem grote dank verschuldigd.

De hooggeschatte leden van mijn promotiecommissie, prof. mr. Antoine Jacobs, prof. mr. Evert Verhulp, prof. mr. Jaap van Slooten en prof. mr. Ferdinand Grapperhaus, ben ik zeer erkentelijk, daar zij zich met grote voortvarendheid een oordeel over het manuscript hebben gevormd en dit tevens van nuttig commentaar hebben voorzien.

Dank ben ik verschuldigd aan Dienand Christe, die mij als jonge student aan de UvA voor het vak Arbeidsrecht heeft gewonnen door zijn gedreven manier van lesgeven. Mijn passie voor arbeid kon ik verder uitleven bij het Amsterdams Instituut voor Arbeidsstudies (AIAS), waar met name Marc van der Meer en Jelle Visser mijn belangstelling voor de macro-vraagstukken hebben aangewakkerd. Mijn interesse werd verder gevoed door een student-assistentenschap bij Paul van der Heijden aan de vakgroep arbeidsrecht van de UvA, waar het zonder Hetty van der Meij niet zo gezellig en goed georganiseerd zou zijn geweest.

Als onderzoeker en later als promovenda kwam ik terecht in het warme bad dat Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) heet. Met de fijne collega's heb ik daar in een vriendschappelijke sfeer aan mijn onderzoek kunnen werken. Nog vers in mijn geheugen staan de diverse uitjes en feestelijke gelegenheden. Keer op keer bleek dat de voortreffelijke onderzoekskwaliteit van de collega's hand in hand gaat met goede picknick- en borrelvaardigheden. Met name de wildpaté van Robert Knegt mag niet ongenoemd blijven! En natuurlijk zou dit alles niet zo gezellig zijn zonder Astrid Ornstein, die altijd aan iedereen en alles denkt en zorgt voor bijzondere attenties.

Speciaal noemen wil ik mijn ‘roomy’ en paranimf Tanja van den Berge met wie ik veel lief en leed heb gedeeld, waarvoor heel veel dank. Alf Bungener vormde in de rol van buurman (op de tweede verdieping) een constante factor in mijn promovenda-bestaan. Götz Hempel van het HSI wil ik danken voor zijn correcte vertaalwerk ten behoeve van de Zusammenfassung. Het dagelijks werk zou ook zeker niet zo aangenaam zijn geweest zonder: Klara Boonstra, Alexandra Baris, Jan Popma, Frank Tros, Monique Aerts, Mies Westerveld, Wim Eshuis, Nuria Ramos Martin, Julie Castongay, Ivo Nelissen, Eva Schram, Ronald Beltzer, Marian Schaapman, Marianne Grünell, Els Sol, Ilse Zaal, Margreet Kroon, Ceciel Rayer en Martin Olbers, ‘de oude meester’.

Während meiner Forschungszeit war ich als Gastforscher willkommen beim Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Köln. An dieser Stelle möchte ich meinen Dank aussprechen an Herrn Prof. Dr. Martin Hensler und Herrn Dr. Hubertus Palenberg, für die Unterstützung und Fachgespräche über das deutsche Arbeitsrecht. Herrn Prof. Dr. Jochem Schmitt von der Freien Universität Berlin gilt mein Dank für die anregenden Gedanken in Bezug auf das deutsche kollektive Arbeitsrecht und die Unterstützung während meiner Studien- und Forschungszeit. Dank gebührt auch Frau Dr. Karen Ullmann und Herrn Dr. Martin Kimmich von der Hans-Böckler Stiftung. Die mit Ihnen geführten Gesprächen haben mir die Einsicht verschafft in die für Deutschland so spezifische Details des Rechts in Bezug auf die Gestaltung kollektiver Arbeitsbedingungen.

Om naast mijn wetenschappelijke activiteiten meer inzicht te verwerven in ‘het echte leven’ heb ik de stap naar de advocatuur gezet. Bij Pot Jonker Seunke Advocaten in Haarlem wordt mij die kans geboden. Ik heb in mr. Jan van den Berg een patroon gevonden, die mij op heldere en aimabele wijze de kneepjes van het vak bijbrengt. Ook de dagelijkse begeleiding wordt door hem, samen met Muriel Middeldorp en Rob Wiebosch op uitstekende wijze ter hand genomen. Ik wil aan hen mijn dank betuigen voor het in mij gestelde vertrouwen. Ook bedank ik mijn collega’s van de sectie arbeidsrecht: Hester Tonino, Henk Kelderhuis, Wicher van der Sleen, Ellenpetra van der Molen en Floris Diepraam, voor het feit dat ik zo snel een nieuw ‘thuis’ heb gevonden.

Peter van Minnen van HRM advocaten ben ik erkentelijk voor de inspirerende gesprekken en zijn eigen wijze van benadering van het arbeidsrecht. Tevens ben ik hem erkentelijk voor het feit dat hij mijn manuscript heeft willen doorlezen. Dieuwertje, Eva, Cindi, Jesca, Maaïke, Roos en Petra dank ik voor hun onbaatzuchtige en liefdevolle vriendschap. Hilde dank ik voor alles wat er is.

Merel van Weel, paranimf en fantastische vriendin dank ik voor al het moois dat wij samen delen. Miriam van der Putte, mijn innig geliefde zus, dank ik voor haar grote steun toen ik in de zomer van 2006 werd geplaagd door RSI. Door haar inzet bij het doorvoeren van de correcties en maken van het jurisprudentieregister kwam alles toch nog op tijd gereed. Mijn ouders, Nico en Sylvia van der Putte-Hekster dank ik voor alle liefde en kansen die zij mij hebben gegeven. Bram dank ik omdat hij zo Bram is. En Jeroen, mijn echtgenoot, dank ik voor al die kopjes koffie verkeerd die hij de afgelopen maanden voor me heeft gemaakt. Zijn bijdrage aan dit proefschrift is echter veel ruimer en valt niet in een paar zinnen te vatten.

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Abs.	Absatz
ABU	Algemene Bond van Uitzendondernemingen
ADV	Arbeidsduurverkorting
A-G	advocaat-generaal
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
ANDB	Algemene Nederlandse Diamantbewerkersbond
ANWV	Algemeen Nederlands Werkliedenverbond
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
Arbo	Arbeitsomstandigheden
<i>ArbuR</i>	Arbeit und Recht
ARP	Antirevolutionaire partij
art.	artikel
ATW	Arbeidstijdenwet
<i>AuR</i>	Arbeit und Recht
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVON	Arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau
avv	algemeenverbindendverklaring
AVV	Alternatief voor Vakbond
BAG	Bundesarbeitsgericht
<i>BB</i>	Betriebsberater
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfA	Bündnis für Arbeit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BV	besloten vennootschap
BW	Bürgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungweise
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CDA	Christen Democratisch Appèl
CDU	Christlich Demokratische Union
CHU	Christelijk Historische Unie

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
COR	centrale ondernemingsraad
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CSU	Christlich Soziale Union
CWI (de)	Centrale organisatie Werk en Inkomen
CWI (het)	Centrum voor Werk en Inkomen
D'66	Democraten '66
<i>DB</i>	Der Betrieb
DBB	Deutsche Beamtenbund
DGB	Deutsche Gewerkschaftsbund
diss.	dissertatie
DM	Deutsche Mark
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRM	Europese Hof voor de rechten van de mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgende
Fm.	Fussnote
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
hg./hrsg.	Herausgeber
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HS	Halbsatz
HrvA	Hooge Raad van Arbeid
HSI	Hugo Sinzheimer Instituut
HvJ	Hof van Justitie
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ILO	International Labour Organisation
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto

KB	Koninklijk Besluit
Ktg.	kantongerecht
KVP	Katholieke Volkspartij
LAG	Landesarbeitsgericht
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NAS	Nationaal Arbeids Secretariaat
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
<i>NJ</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>NJB</i>	Nederlands Juristenblad
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
NJV	Nederlandse Juristen-Vereeniging
NS	Nederlandse Spoorwegen
nt.	noot
NV	naamloze vennootschap
NVV	Nederlands Verbond van vakverenigingen
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
or	ondernemingsraad
OT	Ohne Tarifbindung
p.	pagina
par.	paragraaf
pct.	procent
Pres.	president
<i>Prg.</i>	Praktijkgids
PvdA	Partij van de Arbeid
PVT	Personeelsvertegenwoordiging
Rb.	rechtbank
RdA	Recht der Arbeit
<i>RM</i>	Rechtsgeleerd Magazijn
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RvS	Raad van State
S.	Satz/Seite
SDAP	Sociaal Democratische Arbeiderspartij
SER	Sociaal-Economische Raad
<i>SMA</i>	Sociaal Maandblad Arbeid

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

sog.	sogenaant
SP	Socialistische Partij
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SR	Nederlands tijdschrift voor sociaal recht
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
szw	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Toetsingskader AVV	Toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen
TNO	Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
Unie MHP	De Unie voor Middengroepen en Hoger Personeel
VDB	Vrijzinnig Democratische Bond
VNO-NCW	Verbond van Nederlandse ondernemingen- Christelijk Werkgeversverbond
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
WAA	Wet aanpassing arbeidsduur
WAADI	Wet Allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAZ	Wet arbeid en zorg
Wet AVV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet CAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WLv	Wet op de Loonvorming
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans Böcklerstiftung
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

Inleiding

Een grondbeginsel in het Nederlandse verbintenissenrecht is de individuele contractsvrijheid. Individuele contractsvrijheid ligt in het verlengde van de partijautonomie, ofwel het zelfbeschikkingsrecht en brengt in de woorden van Asser-Hartkamp met zich mee 'dat men bij het effectueren van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen.' Dit betekent dat een ieder vrij is al dan niet een overeenkomst aan te gaan en een contractspartij te kiezen. Daarbij mag men zelf de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst vaststellen, en deze al dan niet aan een vorm binden of onderwerpen aan gekozen wetgeving.¹

Deze vrijheid van partijen is in het arbeidsrecht niet onbeperkt. Behalve door dwingende wetsbepalingen in het Burgerlijk Wetboek, kan de contractsvrijheid in het arbeidsrecht worden beperkt door gebondenheid aan een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) op grond van de Wet CAO. Voor 84% van de werknemers is een cao van toepassing op de individuele arbeidsovereenkomst. Indien partijen door een cao gebonden zijn in de zin van art. 9 Wet CAO treedt de normatieve werking van art. 12 Wet CAO in. Indien zich normatieve werking voordoet zijn de werknemer en de werkgever niet langer vrij af te wijken van de geldende cao-bepalingen. Een dergelijke afwijking is nietig. Nietigheid doet zich niet voor indien de cao een minimumkarakter heeft en het een afwijking ten gunste van de werknemer betreft. Ook art. 14 Wet CAO beperkt de contractsvrijheid, omdat dit artikel de gebonden werkgever verplicht om de cao ook toe te passen op niet georganiseerde werknemers. De werkgevers die niet gebonden zijn door lidmaatschap van een werkgeversvereniging kunnen verplicht worden de cao toe te passen doordat deze algemeen verbindend (avv) is verklaard door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van de Wet avv.

Er doet zich dus een bepaalde spanning voor tussen de werking van het stelsel van collectief arbeidsrecht en de individuele vrijheid van partijen om de arbeidsovereenkomst naar eigen believen in te richten. De contractsvrij-

1. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 31.

heid is beperkt om de machtsverhoudingen tussen de werknemer en werkgever in evenwicht te brengen, waarbij men uitgaat van de veronderstelling dat de werknemer over het algemeen niet als volwaardige onderhandelingspartij tegenover de werkgever kan optreden. In het arbeidsrecht spreekt men daarom van het principe van ongelijkheidscompensatie. Dit principe ligt ten grondslag aan het collectieve arbeidsrecht en zorgt ervoor dat de werknemer bescherming krijgt, onder meer doordat niet mag worden afgeweken van cao-bepalingen waaraan werknemer en werkgever gebonden zijn.

De vergaande beperking van de contractsvrijheid door het cao-recht omwille van bescherming van de werknemer dateert van 1927. Destijds was het merendeel van de beroepsbevolking werkzaam in de industriële sector. De industrie werd gekenmerkt door een Fordistisch (genoemd naar automobiefabrikant Ford) model van arbeidsverhoudingen. De productiewijze stond veel meer in het teken van massawerk, dan van maatwerk. Dit gold ook voor de arbeidsvoorwaarden. In de woorden van Van der Heijden: ‘Grote legers industriearbeiders stonden aan de lopende band dagelijks grote hoeveelheden massaproducten te produceren. Zij luisterden allen – binnen een strikt hiërarchische organisatiestructuur – naar dezelfde arbeidsvoorwaarden en arbeidstijden.’²

Begin 21^{ste} eeuw kan worden vastgesteld dat de arbeidsverhoudingen zijn veranderd. Hoewel de werknemer in veel relaties nog als economisch afhankelijk kan worden beschouwd, heeft deze zich in sociaal opzicht emancipeerd. De meeste werknemers zijn werkzaam in de dienstensector. Veel van het productiewerk is overgenomen door geautomatiseerde processen en er wordt steeds meer een beroep gedaan op de kennis van werknemers. Veel werknemers hebben de behoefte de arbeidsvoorwaarden zo te kunnen inrichten dat die past bij hun persoonlijke omstandigheden. De vraag dient zich aan of het wel past in deze tijd de macht van de collectiviteit boven die van het individu te blijven plaatsen door arbeidsvoorwaarden centraal te regelen in een cao.³

Zo wordt door werkgevers wel beweerd dat de cao niet anders zou zijn dan een knellend keurslijf. Werkgevers zouden door de werking van de cao belemmerd worden in hun bedrijfsvoering. De cao en vooral ook de avd daarvan zouden de loonkosten onnodig opschroeven. De starre cao-bepalingen over arbeidstijden zouden geen rekening houden met de eisen van

2. P.F. van der Heijden, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid; op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht, in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, A.C.J.M. Wilthagen, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?* (Sinzheimer-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 5.

3. P.F. van der Heijden, ‘Een nieuwe rechtsorde van de arbeid; op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht’, *NJB* 1997/40, p. 1837-1844.

het productieproces en de specifieke eigenschappen van de onderneming. Ook werd eind jaren negentig door politici en werkgevers wel gesteld dat de ‘mondige werknemer’ zeer goed in staat zou zijn de eigen boontjes te doppen.⁴

Om zich van het keurslijf van de cao te ontdoen stelden werkgevers voor het proces van arbeidsvoorwaardenvorming te verplaatsen naar het niveau van de onderneming. De ondernemingsraad (or) zou kunnen functioneren als onderhandelingspartner bij het vaststellen van primaire arbeidsvoorwaarden. Afspraken met de or ontberen echter doorwerking in het individuele arbeidscontract en kunnen de individuele werknemer derhalve niet binden. In de praktijk worden wel wegen gezocht om de afspraken met de or van invloed te laten zijn op de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer. Dit kan door feitelijke toepassing geschieden. Juridisch correct echter is de incorporatie krachtens een beding in de individuele arbeidsovereenkomst al dan niet vergezeld van een beding tot eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW.

Ondanks de behoefte aan decentralisering is de Wet CAO sinds 1927 onveranderd. Deze wet plaatst de collectiviteit boven het individu. Indien een collectieve regeling van toepassing is, is het niet toegestaan op individuele basis af te wijken. De vraag dient zich aan of indien tussen werkgever en werknemer overeenstemming bestaat over een van de cao afwijkende individuele regeling, zij dan niet in staat moeten worden gesteld om af te wijken van de cao. Dit geldt nog sterker in de situatie van avv, omdat avv ten doel heeft om werkgevers en werknemers die niet reeds (door lidmaatschap van een cao-partij) gebonden waren door een cao alsnog te binden aan de avv-cao door een besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Deze ongebonden werkgevers en werknemers kunnen als gevolg van het avv-besluit niet meer in van de cao afwijkende zin contracteren. Denkbaar is echter dat zij zich welbewust van de cao afzijdig hebben willen houden. Deze vrijheid wordt door avv teniet gedaan.

Het Duitse *Tarifvertragsgesetz* is op hoofdlijnen vergelijkbaar met de Nederlandse Wet CAO. Het cao-instrument in de praktijk is in Duitsland echter minder gedecentraliseerd dan in Nederland het geval is, doordat sociale partners moeite hebben om overeenkomst te bereiken over compromissen. Dit heeft tot gevolg dat de cao bij werkgevers weinig populair is. Duitse werkgevers onttrekken zich feitelijk aan de cao door deze niet

4. Zo stelde het Kamerlid Wilders Kamervragen naar de representativiteit van de vakorganisatie: *Aanhangsel van de Handelingen II*, 2001-2002, 1544, p. 3277-3278, *Aanhangsel van de Handelingen II*, 2001-2002, 833, p. 1749, *Vragen II*, 2001-2002, 2010213530, *Aanhangsel van de Handelingen II*, 2001-2002, 1044, p. 2181-2182.

na te leven of zeggen het lidmaatschap van de werkgeversvereniging op. Dit laatste heeft tot gevolg dat aan het meerderheidsvereiste – van belang voor avv – niet meer wordt voldaan, waardoor de reikwijdte van de cao als instrument afneemt. Door werkgevers wordt wel getracht meer afspraken te maken op het decentrale niveau. De Duitse or komt echter geen bevoegdheid toe op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden, tenzij deze bevoegdheid uitdrukkelijk berust op delegatie door sociale partners. Sociale partners bereiken echter niet altijd overeenstemming over de mogelijkheden om bevoegdheden op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden te delegeren.

Gegeven de spanning die zich zowel in Nederland als in Duitsland voordoet, dient zich de vraag aan welke ruimte er nog is om binnen het bestaande wettelijk systeem van cao-recht tegemoet te komen aan de behoefte aan maatwerk op individueel dan wel decentraal niveau. Vormt de cao een nauwsluitend keurslijf of bestaan er wegen om aan de werking van de cao te ontkomen? Welke werknemers en werkgevers worden gebonden aan de cao en voor welke duur? Hoe treedt gebondenheid op en onder welke voorwaarden kan worden afgeweken? Welke ruimte voor de individuele contractsvrijheid bestaat er in het Nederlandse en Duitse collectieve arbeidsrecht? Deze vragen zullen worden onderzocht aan de hand van de volgende probleemstelling:

Welke ruimte bieden bestaande wettelijke instrumenten van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming aan de individuele contractsvrijheid ?

Deze probleemstelling valt in twee vragen uiteen:

1. Welke spanning bestaat er in de wet tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming?
2. In hoeverre, dat wil zeggen ten aanzien van welke onderwerpen, onder welke voorwaarden, binnen welke grenzen, geven collectieve instrumenten van arbeidsvoorwaardenvorming ruimte voor een uitwerking c.q. afwijking van de neergelegde normen?

Deze vragen zullen als volgt worden behandeld. In hoofdstuk 1 wordt de totstandkomingsgeschiedenis van drie verschillende typen instrumenten van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming beschreven. Aan de orde komen achtereenvolgens: de Wet CAO, de Wet AVV en de WOR. Van deze wetten wordt weergegeven welke argumenten pro en contra de beperking van de individuele contractsvrijheid zijn gewisseld tijdens de behandeling ervan in het parlement.

In hoofdstuk 2 wordt de cao besproken. Ingegaan wordt op de verschillende manieren om gebonden te raken aan de cao en aan de ruimte die resteert om van de cao af te wijken bij verschillende vormen van gebondenheid. Stilgestaan wordt bij het vakbondslid, het niet-lid, de art. 14-werknemer, het oud-lid, de werknemer na overgang van onderneming, de af- en oproepwerknemer, de uitzendkracht en de opdrachtnemer. Voor de werkgever komen aan de orde: het lid van een werkgeversvereniging, de werkgever die lid wordt tijdens de looptijd van de cao, het niet-lid, het oud-lid, de ‘cao-volger’, de werkgever met een ondernemings-cao, de werkgever gebonden door uitzendarbeid, de werkgever die op- en afroept, de opdrachtgever en de verkrijgende werkgever na overgang van onderneming. Voor elk type werknemer en werkgever wordt nagegaan welke mogelijkheden de wet biedt om de werknemer en werkgever te binden aan de cao. Bij elk type gebondenheid wordt vastgesteld in hoeverre er nog ruimte is voor afwijken van de cao. Naast de vraag wie er gebonden zijn (welk type werknemer of werkgever) zal worden ingegaan op de vraag voor welke duur de gebondenheid geldt. Ingegaan wordt op de thema’s looptijd, nawerking en terugwerkende kracht. Daarnaast komt de vraag aan de orde voor welk type arbeidsvoorwaarden de gebondenheid geldt. Tot slot wordt ingegaan op de vraag hoe dwingend de gebondenheid is. Hierbij wordt aandacht besteed aan differentiatiemogelijkheden die de cao biedt. Gedacht kan hierbij worden aan maatwerkbepalingen in de cao, zoals de raam-cao, decentralisatiebepalingen en de cao à la carte.

In hoofdstuk 3 wordt de avv van cao’s besproken. De behandeling van de avv is vergelijkbaar met die van de cao in hoofdstuk 2. Ook hier zal worden ingegaan op de verschillende posities van de werknemer en werkgever bij verschillende vormen van gebondenheid. Met betrekking tot de werkingsduur van avv wordt achtereenvolgens ingegaan op de mogelijkheid terugwerkende kracht danwel nawerking toe te kennen aan avv. De vraag wordt gesteld welk type cao-bepalingen voor avv in aanmerking komt, waarbij aandacht wordt besteed aan onder meer de avv van decentralisatiebepalingen. In dit kader wordt ook de avv van fonds-cao’s besproken en wordt stilgestaan bij het meerderheidsvereiste voor avv. Bij de behandeling van de vraag hoe dwingend avv is, zal worden stilgestaan bij de verschillende mogelijkheden om dispensatie van avv te verkrijgen en om van avv af te wijken gedurende de looptijd van de avv.

In hoofdstuk 4 staan de bevoegdheden van de or en de verhouding tot de individuele contractsvrijheid centraal. Naast de eigen bevoegdheden van de or wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid bevoegdheden toe te delen door middel van delegatie door cao-partijen. Bij de uitbreiding van de bevoegdheden kan ook de ondernemingsovereenkomst op grond van art. 32 lid 2 wor een belangrijke rol spelen. Voorts kan worden gedacht aan de bedrijfseigen regelingen in de vorm van personeelsgidsen bij de

totstandkoming waarvan de or betrokken kan zijn. Relevant in dit kader is de rol die de or krijgt toegedeeld door wetgeving dat zogeheten ‘2/3 dwingend recht’ bevat, zoals de Wet aanpassing arbeidsduur en de Wet Arbeid en Zorg. Nadat is stilgestaan bij de verschillende bevoegdheden van de or wordt onderzocht in hoeverre afspraken met de or ingang vinden in de individuele arbeidsovereenkomst, door onder meer incorporatie in de individuele arbeidsovereenkomst of door stilzwijgende goedkeuring door de werknemer. Ten slotte wordt bezien hoe de arbeidsovereenkomst gewijzigd kan worden indien bijvoorbeeld een algemeen geïncorporeerde bedrijfsregeling (met instemming van de or) tussentijds wordt gewijzigd waarbij de vraag wordt gesteld in welke mate instemming van de or van invloed is op de wijzigingsmogelijkheden voor de werkgever .

In hoofdstuk 5 komt de Duitse situatie aan de orde. De spanning die in Duitsland bestaat tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zal worden onderzocht door allereerst het Duitse systeem van collectief arbeidsrecht op hoofdlijnen te schetsen. Daarbij zal – net als voor Nederland – worden ingegaan op drie typen instrumenten van collectief arbeidsrecht, namelijk cao, avv en afspraken met de or. Met betrekking tot de cao zal de vraag worden gesteld of er meer individuele contractsvrijheid is ontstaan om af te wijken van de cao dan voorheen het geval was. Bij avv doet zich de vraag voor of gesproken kan worden van een verminderde betekenis van het avv-instrument. Een teken dat in die richting wijst is het gegeven dat werkgevers zich in toenemende mate distantieren van de cao, wat gevolgen heeft voor de mogelijkheid de cao algemeen verbindend te verklaren. In dat kader wordt ingegaan op voorstellen vanuit wetenschap en politiek om de avv-procedure te versoepelen. Tot slot zal de rol van de or worden belicht door de vraag te stellen of er meer ruimte is ontstaan voor de or dan voorheen het geval was. De rol van de or wordt beperkt door het beginsel van de negatieve contractsvrijheid. Na de behandeling van dit beginsel zal de invloed op de individuele contractsvrijheid van verschillende afspraken die met de or in de praktijk worden gemaakt worden besproken.

In hoofdstuk 6 volgt de conclusie van het onderzoek met de beantwoording van de probleemstelling. Tot slot volgt een slotbeschouwing.

De tekst van het onderzoek is afgesloten op 1 augustus 2006.

I GESCHIEDENIS

COLLECTIEVE INSTRUMENTEN

1.1 Inleiding: beperking individuele contractsvrijheid

De negentiende eeuw stond in het teken van de toenemende industrialisatie. Grote groepen arbeiders werkten lange dagen in fabrieken tegen schamele beloning en onder miserabele arbeidsomstandigheden. Om de arbeidsomstandigheden te verbeteren werd in 1895 de Veiligheidswet aangenomen. De arbeidsverhouding was echter lange tijd nog niet gereguleerd en viel onder de huur en verhuur van diensten. De vaststelling van het loon was uitkomst van individuele onderhandelingen. Dat de arbeider niet in een al te rooskleurige onderhandelingspositie verkeerde, zal niemand ontkennen; de vraag naar werk was groter dan het aanbod. Dientengevolge was de welvaart onder de arbeidende klasse gering. Wel bestond – als uitkomst van de Franse Revolutie van 1789 – individuele contractsvrijheid voor alle partijen.

Individuele contractsvrijheid ligt in het verlengde van de partijautonomie, ofwel het zelfbeschikkingsrecht. Contractsvrijheid brengt volgens Asser-Hartkamp met zich mee ‘dat men bij het effectueren van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen.’ Dit betekent dat een ieder vrij is al dan niet een overeenkomst aan te gaan en de contractspartij te kiezen. Ook brengt contractsvrijheid mee dat men zelf de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst mag vaststellen, en deze al dan niet aan een vorm kan binden of onderwerpen aan gekozen wetgeving.¹

Contractsvrijheid bracht niet iedereen welvaart en geluk. Tegen deze achtergrond deden zich twee ontwikkelingen voor. Ten eerste begonnen arbeiders zich aaneen te sluiten in vakverenigingen. Ten tweede ontstond de eerste wetgeving waarin getracht werd de positie van de zwakker geachte contractspartij te versterken door dwingendrechtelijke wetsbepalingen. De regeling van de arbeidsovereenkomst en van de collectieve arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek (BW) vormden het begin van de regulering van arbeidsverhoudingen. Niet langer werd voorzien in de absolute bescherming van individuele vrijheidsrechten. Sterker nog: de regeling in het

1. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 31.

bw maakte – en maakt – inbreuk op de individuele contractsvrijheid. De grond hiervoor is de beschermingsgedachte.

De bescherming door het bw is één van de pijlers van het arbeidsrecht² en strekt zich uit over de belangen van de economisch zwakker geachte contractspartij. Daar deze zich kan laten vertegenwoordigen in het arbeidsvoorwaardenoverleg door vakorganisaties strekt de wettelijke bescherming zich ook uit over overeenkomst die is gesloten tussen vakorganisaties en werkgevers(verenigingen); over de collectieve arbeidsovereenkomst (cao). De cao beperkt de individuele contractsvrijheid van degenen die gebonden zijn door de collectieve arbeidsovereenkomst.

In dit hoofdstuk staat centraal welke argumenten er ten tijde van het totstandkomen van de wetgeving zijn gewisseld pro en contra de beperking van de individuele contractsvrijheid door collectiefrechtelijke wetgeving. Na deze inleiding wordt ingegaan op de discussie rondom de wettelijke regeling van de cao (1.2), de Wet avv (1.3) de Wet op de ondernemingsraden (1.4) en art. 7:613 BW (1.5) dat van belang is voor de bedrijfsregeling. Tot slot volgt een conclusie (1.6). Voor de meer recente geschiedenis van deze instrumenten verwijs ik naar de volgende hoofdstukken.

1.2 **Cao**

1.2.1 *Achtergrond*

De voorlopers van de eerste vakbonden – de steunfondsen – ontstonden in de jaren vijftig van de negentiende eeuw om bescherming te bieden aan de arbeiders tegen de risico's van de industriële economie. In 1861 werd in Amsterdam de eerste plaatselijke bond gesticht met als doel steun te verlenen aan werkloze drukkers. Deze drukkersbond stichtte ook de eerste landelijke vakbond in 1866. Dit was de Algemene Nederlandse Typografenbond. Vanaf dat moment gingen arbeiders zich in verschillende bedrijfstakken in versneld tempo organiseren.³

In 1871 werd de eerste landelijke vakcentrale opgericht, het Algemeen Nederlands Werkliedenverbond, ANWV. In 1877 scheidten protestantse arbeiders zich af onder de naam Patrimonium. Ook werd het ANWV verder uitgedund door het opstappen van de socialistische leden. Zij verenigden zich in de Sociaal Democratische Bond (SDB), onder leiding van Domela

2. P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 2001-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 85.

3. J.P. Windmuller, C. de Galan & A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1983, p. 18-19.

Nieuwenhuis. Op het internationale socialistische congres in 1891 in Brussel werd benadrukt dat in ieder land een nationaal arbeiderssecretariaat zou moeten worden opgericht. De Nederlandse socialisten gaven als één van de weinigen gehoor aan deze oproep en zo werd in 1893 het Nationaal Arbeiders- Secretariaat (NAS) opgericht, dat diende als een overkoepelende organisatie voor de verschillende vertakkingen van de arbeidersbeweging. Een jaar later maakten enkele socialistische leiders zich los uit de SDB en richtten de SDAP (Sociaal-Democratische Arbeiders Partij) op. Ook deze bond voegde zich bij het NAS. Gelijktijdig ontwikkelden de confessionele en katholieke vakverenigingen zich.⁴

In 1906 werd door zo'n 15 landelijke vakbonden het Nederlands Verbond van Vakverenigingen (NVV) opgericht. Deze centrale federatie telde bij oprichting 19.000 leden. Het ledental verdubbelde zich elke vier jaar. In 1909 werd vervolgens het Christelijk Nationaal Vakverbond opgericht. Deze federatie telde bij aanvang een kleine 6000 leden. Tot slot telden de katholieke vakbonden die bijeengebracht waren in het centrale Bureau voor de Rooms-Katholieke Vakorganisatie bij aanvang in 1909 zo'n 9000 leden.⁵

Nadat reeds sinds enkele jaren cao's werden afgesloten (de eerste cao dateert van 1894 en werd afgesloten in de Amsterdamse bouw), ontstond de behoefte aan een wettelijke regeling van de 'collectieve arbeidsovereenkomst'. In 1907 kwam de Wet op de Arbeidsovereenkomst tot stand. Deze wet verkreeg een plaats binnen het bw en gaf voor het eerst speciale regels met betrekking tot de arbeidsovereenkomst, waardoor de arbeidsovereenkomst niet meer alleen onder het algemene contractenrecht (of huurrecht) viel. In de Wet op de Arbeidsovereenkomst werd een beperkte regeling met betrekking tot de cao opgenomen.

Art. 1637n BW

In 1907 werd art. 1637n in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Dit artikel regelde de verhouding tussen de individuele arbeidsovereenkomst en de cao en regelde tevens het rechtsgevolg van een afwijking van de cao (waardoor beide partijen gebonden zijn) in een individuele arbeidsovereenkomst. Met art. 1637n BW was Nederland één van de eerste landen ter wereld die de

4. J.P. Windmuller, C. de Galan & A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1983, p. 20-25.

5. J.P. Windmuller, C. de Galan & A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1983, p. 45.

cao wettelijk als rechtsfiguur erkende. Alleen het Zwitserse kanton Genève was eerder, met een regeling in 1904.⁶

De tekst van art. 1637n BW luidde als volgt:

‘Elk beding tusschen den werkgever en den arbeider, strijdig met eene collectieve arbeidsovereenkomst, door welke zij beide gebonden zijn, zal op de daartoe strekkende vordering van ieder dergenen die bij de collectieve arbeidsovereenkomst partij waren, met uitsluiting evenwel van den werkgever zelve worden nietig verklaard.

Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan eene regeling, getroffen door eene of meer werkgevers of eene of meer rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van werkgevers, met eene of meer rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van arbeiders, omtrent arbeidsvoorwaarden, bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.’

Aanvankelijk had de Minister van Arbeid Loeff in zijn wetsontwerp niet de intentie ook iets te regelen met betrekking tot de cao. Hij was ervan overtuigd dat het vakverenigingswezen eerst een hogere graad van ontwikkeling moest hebben bereikt voordat overgegaan kon worden tot het regelen van de collectieve arbeidsovereenkomst. In Nederland hadden de vakverenigingen – in vergelijking met het buitenland – ‘nog niet een zeer gewichtige betekenis.’⁷ Daarbij stelde de minister dat het ondenkbaar was enkel de collectieve arbeidsovereenkomst te regelen, zonder dat daarbij aandacht zou worden besteed aan verwante onderwerpen. Hij dacht hierbij aan ‘de verplichte vakorganisatie, de civielrechtelijke verantwoordelijkheid der vakverenigingen, en de beslechting van economische geschillen uit het arbeidscontract voortvloeiende door scheidsgerechten, zonder dat aan het arbeidscontract zelve strafrechtelijke sanctie zou worden gegeven.’⁸ Onder druk van een meerderheid van de Kamer is uiteindelijk artikel 1637n toch toegevoegd aan het wetsontwerp.

Tussen het opnemen van art. 1637n in het BW (1907) en het totstandkomen van de Wet CAO in 1927 verstreken twintig jaren. In de tussentijd is op verschillende wijzen getracht tot een nadere regeling van de cao te komen. Een belangrijk obstakel in de discussie vormde de vraag of nu moest

6. T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 111.

7. Memorie van Toelichting, par. 4, in: A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 469.

8. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 470.

worden overgegaan tot privaatrechtelijke of tot publiekrechtelijke regeling van de cao. Met ‘privaatrechtelijk’ werd bedoeld op een regeling zoals wij die nu kennen in de Wet CAO; een wet die een verbintenisrechtelijke relatie tussen partijen schept bij aanwezigheid van een cao. Met ‘publiekrechtelijk’ werd bedoeld op een wet waarbij iets als de algemeen verbindendverklaring (avv) werd geregeld; hiervoor was een besluit van een publiekrechtelijk bestuursorgaan vereist. De wettelijke regeling van de avv kwam pas in 1937 tot stand; het ontstaan van deze wet wordt in par. 1.3 behandeld.

1920 Voorontwerp Heemskerk

Om tot een nadere wettelijke regeling van de cao te komen werd in 1920 het voorontwerp Heemskerk-Aalberse voorgelegd aan de Hoge Raad van Arbeid. Deze raad was in 1919 door de regering opgericht om te dienen als permanente plaats van overleg tussen de overheid, het bedrijfsleven en de georganiseerde werknemers. De Hoge Raad van Arbeid telde zo’n 40 tot 50 leden, waaronder vertegenwoordigers van de vier grootste werkgeversverenigingen, de grootste drie vakcentrales en enkele onafhankelijke leden (zowel deskundige hoogleraren als hoge ambtenaren van verschillende ministeries).⁹

Het voorontwerp Heemskerk was opgezet om aan het BW te worden toegevoegd als een nieuwe ‘Zevende Titel B van Boek III’. In het voorgestelde art. 1637n BW werd de nietigheid van rechtswege geregeld van met de cao strijdige bedingen. De nietigheid van strijdige bedingen zou zowel door de vakorganisaties als door de leden kunnen worden ingeroepen; tevens zouden de vakorganisaties schadevergoeding kunnen vorderen voor schade die door hun leden was geleden. Verder zouden werkgevers de bepalingen van de cao ook moeten toepassen op ongeorganiseerde werknemers. Daarbij bleven werknemers ook na het einde van hun lidmaatschap gebonden aan de lopende cao.¹⁰

Uit het advies van de HRvA bleek dat een meerderheid van de leden geen voorstander was van de voorgestelde nadere regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst in het BW. Argumenten daarvoor waren dat het ontwerp te beperkt was, omdat het geen ruimte bood aan verschillende elementen waaraan dringende behoefte bestond, zoals de avv en de staking. Daarbij kwam dat het ontwerp ook enige zaken bevatte die volgens de tegenstanders niet in het BW pasten, zoals een regeling op grond waarvan

9. J.P. Windmuller, C. de Galan & A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1983, p. 66.

10. T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht* (diss. Amsterdam (UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 181-182.

de werkgever de cao ook toe diende te passen op ongebonden werknemers. Een grote meerderheid stelde dat nadere regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst in een aparte wet de voorkeur zou verdienen boven het inlassen van enkele artikelen in het BW.¹¹

1927 Wet CAO

Op 22 september 1926 werd het wetsontwerp voor de Wet CAO ingediend door de Ministers Donner (Justitie) en Slotemaker De Bruïne (Arbeid). In het parlementaire debat over de Wet CAO werd regelmatig gediscussieerd over het feit dat de individuele contractsvrijheid van zowel werkgevers als werknemers wordt beperkt door de werking van de cao. Eén van de meest in het oog springende eigenschappen van de collectieve arbeidsovereenkomst is het feit dat de collectiviteit voorrang krijgt boven het individu.¹² Het betreft hier een specifieke manier van beperken van de individuele contractsvrijheid. Hoewel de contractsvrijheid in het systeem van het Burgerlijk Wetboek als principe voorop staat zijn hier uitzonderingen op. Zowel in het huurrecht als in het meer recente consumentenrecht, is gekozen voor een inbreuk op de contractsvrijheid. Veelal werd dit gedaan uit oogpunt van bescherming van de zwakker geachte contractspartij.¹³

Om welke redenen werd nu ten tijde van het totstandkomen van de Wet CAO gekozen voor deze voorrang van collectieve regelingen boven individuele overeenkomsten? In de Memorie van Toelichting werd hierover het volgende naar voren gebracht:

‘Dit is dus het beginsel: het lidmaatschap der vereeniging brengt mede gebondenheid aan de c.a. [collectieve arbeidsovereenkomst; ek]. De uitwerking van dit beginsel zal verschillend zijn, al naarmate men meer of minder waardering heeft voor het instituut der c.a. en al naarmate men meent, dat op dit terrein de vrijheid van het individu moet wijken voor de wensch der collectiviteit. Het onderhavige ontwerp wil de c.a. eenigszins versterken. Daarvan zijn de artt. 9,10 en 11 mede een uitloeiSEL. Wie lid is eener vereeniging weet van te voren, dat het mogelijk is, dat hij door eene c.a. zal worden gebonden. Wil hij dit gevolg niet, dan trede hij niet tot die vereeniging toe. In zooverre wordt de individuele vrijheid volledig gerespecteerd. Doch wie lid is eener vereeniging, drage met de lusten, welke het lidmaatschap medebrengt, ook de daaraan verbonden lasten.

11. Hooge Raad van Arbeid, *Advies over het voorontwerp eener burgerlijkrechtelijke regeling der collectieve arbeidsovereenkomst*, nr. 210, 13 juli 1920, p. 1-2.

12. *Handelingen II* 1926/27, 166, nr. 4, p. 3.

13. Zie hierover: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.

Een stelsel, volgens hetwelk men lid kan blijven eener vereeniging, doch zich tevens kan onttrekken aan de c.a. is halfslachtig.¹⁴

In het verdere debat stelde minister Slotemaker de Bruïne dat hij de grote kracht van de collectieve arbeidsovereenkomst hierin zoekt dat deze gestalte geeft aan de overtuiging dat er overleg nodig is tussen werkgevers en werknemers. Dit staat tegenover het zuivere individualisme van werkgever en werknemer. De collectieve arbeidsovereenkomst geeft volgens hem aan dat dit overleg niet alleen moet worden gevoerd tussen een werkgever en zijn arbeiders, maar ook tussen een of meer patroons en arbeiders die landelijk georganiseerd zijn. ‘Dat is nu naar mijn overtuiging voor den arbeider van zeer grote beteekenis, omdat daardoor de arbeidersmassa krijgt dat organisme, dat zij noodig heeft om te kunnen handelen.’¹⁵

Over een wettelijke regeling van de cao volgde nog een langdurige discussie. Deze discussie zal worden weergegeven door achtereenvolgens de belangrijkste argumenten te belichten, waarbij grofweg wordt onderscheiden in argumenten vanuit drie verschillende stromingen, te weten, sociaal-democraten, liberalen en confessionelen. Apart wordt aandacht besteed aan hetgeen de regering voor ogen stond. Eerst komen de voorstanders aan het woord, vervolgens de tegenstanders.

1.2.2 *Voorstanders*

Discussie 1907: art. 1637n BW

De voorstanders van de wettelijke regeling van de cao in het BW gaven verschillende argumenten voor beperking van de individuele contractsvrijheid. Zo stelden leden van de SDAP dat de Franse Revolutie weliswaar alle beperkende bepalingen ten aanzien van arbeid ophief, maar dat daarvoor in de plaats slechts enkele onbeduidende bepalingen over het arbeidscontract waren opgenomen in het burgerlijk recht. Vrijheid en gelijkheid van de werkman in verhouding tot zijn patroon heeft dit volgens de SDAP niet gebracht. ‘Het is een bekend feit, dat slechts de werkman, die door groote capaciteiten een soort van monopolie bezit, indien hij individueel optreedt, eenigen invloed op de hem geboden arbeidsvoorwaarden kan oefenen; de overigen moeten accepteren, wat hun wordt aangeboden.’¹⁶

14. *Handelingen II* 1926/27, 166, nr.4, p. 5.

15. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2034.

16. J.H. van Zanten, ‘De zogenaamde CAO’, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1903, XXII, p. 494.

Een wettelijke regeling zou werknemers het voordeel brengen dat zij als gelijken van de werkgevers werden beschouwd en in staat werden gesteld invloed op de arbeidsvoorwaarden uit te oefenen, terwijl het niveau van de arbeidsvoorwaarden ook niet meer door onderlinge concurrentie kon worden verlaagd. Voorts zou een wettelijke regeling werkgevers het voordeel verschaffen dat de arbeidsvoorwaarden voor allen gelijk worden, waardoor onderlinge concurrentie wordt verminderd. Tenslotte zou de gehele bedrijfstak kunnen opbloeien, doordat de collectieve arbeidsovereenkomst rust brengt, doordat stakingen achterwege blijven.¹⁷

Tevens brachten de sociaal-democraten naar voren dat het algemeen belang er niet mee gediend zou zijn als werknemers en werkgevers als partijen tegenover elkaar zouden blijven staan:

‘En wat is nu in beider welbegrepen belang? Om steeds in krijg met elkander te verkeren? Om als twee honden te vechten om het been, ten einde er den derden (den buitenlander) mede te zien wegllopen? Neen, dat is de weg niet; maar wel om te komen tot samenwerking, waarbij beider belangen worden behartigd (...) een samenwerking van die beiden, die toch samen het bedrijf uitoefenen, ten einde het bedrijf te bevorderen en vooruit te brengen, om het hoofd te bieden aan den buitenlandschen mededinger en de gemeenschappelijke belangen te behartigen, opdat er tevredenheid zal zijn onder alle belanghebbenden.’¹⁸

De sociaal-democraten pleitten ervoor het wetsontwerp aan te nemen om de ontwikkeling van de vakorganisatie op een hoger plan te tillen. Door een verdere formalisering en een sterke leiding kan de vakorganisatie tot ‘een weldaad’ worden voor de maatschappij. ‘Terwijl zij aan den eenen kant de gemeenschappelijke rechten verdedigt en belangen bevordert, treedt zij op tegen verkeerd individualisme en ziet zij scherp toe op haar leden, omdat zij gevoelt, dat haar goede naam en haar invloed afhangt van het goede gedrag harer leden.’ Als voorbeeld werd aangehaald ‘de prachtige organisatie van het Algemeen Nederlansch Diamantbewerkersbond, dat de tucht onder zijn leden meesterlijk weet te handhaven.’¹⁹

Op de liberale bezwaren dat door de wettelijke regeling van de cao de tirannie van de meerderheid wordt ondersteund, antwoordde Minister van Justitie Van Raalte dat dat op hem niet zoveel indruk maakt. De collectieve regeling maakt dat het individu onderworpen kan worden aan de wil van de collectiviteit. Een tirannie van de minderheid was in zijn ogen nog veel onwenselijker. ‘(...), welk een onmogelijke toestand het zoude zijn, dat als

17. J.H. van Zanten, ‘De zogenaamde cao’, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1903, XXII, p. 495.

18. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 549.

19. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 548.

een vakvereniging van duizend leden een regeling wenscht in het belang van alle leden en van de nijverheid, één lid kan zeggen: dat zal niet gebeuren. Dat is toch aan de zaak een proportie geven die zij niet heeft. Laten wij dat niet doen.²⁰

De regering stelde in haar antwoord aan de Eerste Kamer dat het inderdaad niet zelden voorkomt dat in de collectiviteit de individuele verantwoordelijkheid zoekraakt; het geweten zou hierdoor kunnen worden verzwakt. Bij de collectieve arbeidsovereenkomst – zo stelde de regering – is hiervan echter geen sprake. Dit komt door het feit dat het bestuur van de vakvereniging een eigen speciale verantwoordelijkheid draagt. Wel zal invoering van de cao:

‘(...) leeren den persoonlijken, vaak bandeloozen wil te onderwerpen aan dien der collectiviteit; men zal inzien dat om iets goeds tot stand te brengen, om de welvaart zijner gelijken te bevorderen, men niet in ieder opzicht zal kunnen doen wat men zelf zoude willen, doch wat de collectiviteit in aller belang raadzaam acht. De opvoedende kracht, van de collectieve arbeidsovereenkomst uitgaande, zal niet enkel den industrielen vrede bevorderen, maar ook buiten het gebied der arbeidsovereenkomst heilzaam kunnen werken.’²¹

In de Eerste Kamer werd door de sociaal-democraten opgemerkt, dat art 1637n BW een bescheiden wenk was in de richting waarin gevaren diende te worden. Hierbij werd gewezen op het belang van het ondersteunen van de ontwikkeling van de collectieve arbeidsovereenkomst, omdat die in het belang van zowel werkgever als werknemer was. Er werd betoogd dat het in ieders belang was te komen tot samenwerking om de concurrentie vanuit het buitenland het hoofd te kunnen bieden en om te komen tot tevredenheid aan alle zijden.²²

Discussie 1927: Wet CAO

De sociaal-democraten stelden dat zowel ondernemers als werknemers gebaat zijn bij perioden van zekerheid en rust, zoals die door het collectieve contract worden gewaarborgd. Herhaalde conflicten ondermijnen volgens hen op den duur iedere bedrijfstak. Het collectieve contract vermindert het aantal conflicten, verlengt de duur van het conflict en vergroot de omvang van het conflict. Dit is volgens de sociaal-democraten te verkiezen boven ‘den contractloozen toestand, welke meestal een guerilla-oorlog met zich

20. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 530.

21. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 543/544.

22. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 549.

brengt. Bij collectieve contracten komen alleen de grote conflicten die onvermijdelijk zijn.’ De klassenstrijd neemt hierdoor een vorm aan die minder verwoestend werkt.²³

Met betrekking tot de dwang die van de collectieve arbeidsovereenkomst uitgaat was de opvatting van de sociaal-democraten dat dit een geoorloofde dwang was. Wanneer de overgrote meerderheid zich eenmaal heeft georganiseerd, dan is een individualistisch optreden waarmee men zich probeert te onttrekken aan de organisatie niet meer toelaatbaar. ‘Niemand heeft het recht zich te onttrekken aan datgene, wat door de gemeenschap als het belang dier gemeenschap wordt gevoeld’.²⁴

De Anti-Revolutionairen waren eveneens voorstander van de inperking van de individuele contractsvrijheid. Zij betoonden zich wars van het belang dat aan de individuele vrijheid werd gehecht.

{...} in den tijd van onze vaders kende men dat individualisme niet. In den tijd van de vaders was er verplichte organisatie en sterke Overheidsbemoeiing en was er ook in zekeren zin ‘bindendverklaring’. Want de stadskeuren, die men had vastgesteld, waren in hun wezen niets anders dan de regelen, die door de vakorganisaties voor de bedrijven waren vastgesteld. Die waren in die keuren verplicht gesteld. In den tijd van de vaders moest men van dat individualisme niets hebben. Men begreep, dat de arbeidsvoorwaarden niet op zuiver individualistische wijze konden worden vastgesteld, omdat de handeling van den een invloed heeft op de gedraging van den ander.²⁵

Het individualisme volgde niet uit het Christelijke geloof, maar was het gevolg van denkbeelden die in de Franse Revolutie werden gepredikt. Groot bezwaar was dat voor christelijk werd aangezien wat eigenlijk het gevolg was van een liberale (‘wil men revolutionaire’) maatschappijbeschouwing. Om deze reden konden de Anti-Revolutionairen hun steun verleunen aan het wetsontwerp.

1.2.3 *Tegenstanders*

Discussie 1907: art. 1637n BW

Een belangrijk onderwerp van discussie was de *gebondenheid* van partijen aan de collectieve arbeidsovereenkomst. In de algemene privaatrechtelijke leer geldt dat men weet waaraan men zich committeert. Een rechtshan-

23. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2014.

24. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2036.

25. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2043.

deling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een (ondubbelzinnige) verklaring heeft geopenbaard.²⁶ In het geval van de collectieve arbeidsovereenkomst is dit volledig anders. Partijen worden gebonden door een overeenkomst waarbij zij zelf geen partij zijn, maar aan de naleving waarvan zij door hun lidmaatschap van een vakvereniging wel gehouden zijn. Een dergelijke regeling vormde een afwijkende rechtsfiguur binnen het Burgerlijk Wetboek.

Het waren vooral de confessionelen, die bezwaar hadden tegen de regeling. Zij misten de waarborg dat de arbeider niet gebonden zal raken door een collectieve arbeidsovereenkomst, die niet van te voren aan hem is bekend geworden. Naar voren werd gebracht dat de wet met betrekking tot het reglement wel een waarborg kende, doordat een arbeider niet gebonden raakt aan een reglement dat niet vooraf aan hem is bekend gemaakt. Daarom wilden de confessionelen een bepaling toevoegen op grond waarvan de wet nadere regels kan stellen omtrent het tot stand komen van collectieve arbeidsovereenkomsten en omtrent de wijze waarop de daarbij betrokken personen gebonden worden.²⁷

Het gebonden zijn aan een bepaalde overeenkomst en het daarmee terzijde stellen van de contractsvrijheid vergde duidelijkheid volgens de confessionele afgevaardigden. Volgens de confessionelen was niet goed doorzocht wat de juridische term ‘gebondenheid’ impliceerde.

‘Wij hebben gisteren van den Minister (...) gehoord, dat de beteekenis van dit woord ‘gebonden’ eigenlijk een klein beetje in de lucht hangt. Toen gesproken werd over goede trouw en over het onzedelijke van in strijd te handelen met de collectieve arbeidsovereenkomst, indien men zich gebonden heeft als lid van die vereeniging, heeft men gezegd: welnu, de rechter zal eventueel moeten uitmaken in hoever men gebonden is ja dan neen.’²⁸

Het oorspronkelijke wetsvoorstel kende een ruime regeling ten aanzien van de gebondenheid. In dit voorstel hoefden niet zowel werkgever als werknemer lid te zijn van een cao-sluitende partij. Dit was vergelijkbaar met het huidige art. 14 Wet CAO. Tegen dit voorstel kwam bezwaar. Zo gaf Minister Van Raalte het voorbeeld van ongeorganiseerde arbeiders die naar de stad Amsterdam zouden trekken, omdat de lonen daar hoger waren. Een werkgever zou daar niet voor hoeven op te draaien volgens de Minister. Daarop werd de ruime regeling vervangen door een meer restrictieve rege-

26. Zie art. 3: 33 BW.

27. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 497-498.

28. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 526.

ling; volgens deze regeling ontstond alleen gebondenheid aan de cao als beiden partij zijn.²⁹

Met betrekking tot de verhouding collectiviteit- individu toonde de parlementariër Van Idsinga (CHU) zich een fel tegenstander van de beperking van de individuele contractsvrijheid. Hij wenste te 'verhinderen dat vakverenigingen met haar collectieve arbeidsovereenkomsten slagboomen worden tegen de individuele vrijheid van de leden. Die vrijheid gaat mij boven alle maatschappelijke verhoudingen.'³⁰ Vervolgens ging de discussie over de vraag of men zich als vakverenigingslid nog kan terugtrekken als lid, waardoor men zou kunnen voorkomen gebonden te zijn aan een collectieve arbeidsovereenkomst die men afwijst. Door de Commissie van Rapporteurs werd aangevoerd dat dit in strijd zou zijn met het beginsel van de goede trouw. Als mensen zich na het sluiten van de cao nog aan de werking daarvan kunnen onttrekken, dan is er geen draagvlak. Van Idsinga antwoordde:

'Ik acht zeer zeker de goede trouw een van de eerste zedelijk eischen, welke hoog moeten worden gehouden. Maar het wil mij voorkomen, dat het niet doenlijk is om elke zedelijke verplichting te maken tot een volkomen rechtsverplichting. Een bezwaar om dat te doen ontmoet men steeds waar men, om het doel te kunnen bereiken, de individuele vrijheid te zeer en te onnodig aan banden zou leggen.³¹ (...) Ik vindiceer de vrijheid voor elk lid eener vereeniging om zich in zijn particuliere aangelegenheden niet te storen aan de afspraken door zijn vereeniging gemaakt, wanneer hij die afspraken afkeurt of het er niet mede eens is. Dit wensch ik als een algemeen en fundamenteelen regel erkend te zien.'³²

Ook bij de behandeling in de Eerste Kamer werd discussie gevoerd over de vraag of het aan de overheid is om de individuele vrijheid aan banden te leggen ten gunste van de overeenkomsten die door vakverenigingen gesloten worden. In het voorlopig verslag van de Eerste Kamer stelden tegenstanders van confessionele achtergrond dat het op de voorgrond schuiven van het begrip van een met een autonomen wil bezielde, handelende collectiviteit, de weg opent voor verkeerde ontwikkelingen. In de collectiviteit zou de individuele verantwoordelijkheid zoek raken, waardoor het geweten verzwakt zou worden.³³

29. R. Knecht (red.) e.a., *Instituten van de arbeidsmarkt: een retrospectieve studie*, Den Haag: OSA 1995, p. 14.

30. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 515.

31. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 517.

32. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 518.

33. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 540.

Aan liberale zijde bestond de angst dat de vakverenigingen zich zouden ontwikkelen tot een ‘staat in den Staat’. Hierbij werd als voorbeeld genoemd dat de vakvereniging van diamantbewerkers wilde verbieden dat leerlingen die buiten Amsterdam hebben geleerd in de Amsterdamse diamantslijperijen werden aangenomen. Er werd betoogd dat dergelijke bepalingen in strijd waren met het algemeen belang en met de openbare orde. Zulke bepalingen belemmeren de individuele vrijheid in ernstige mate. Naar het oordeel van deze leden was het dan ook zeer bedenkelijk, als de staat zich ertoe zou lenen de individuele vrijheid aan banden te leggen en aan overeenkomsten van de vakorganisaties een buitengewone wettelijke sanctie te verlenen.³⁴

Tussen liberalen en confessionelen heerste verschil van opvatting over de toedeling van verantwoordelijkheid. Waar liberalen meer belang hechtten aan de vrijheid van het individu, leefde in met name protestants-christelijke kring sterk de ‘organische gedachte’. De gemeenschappen waarvan het individu deel uitmaakt zijn van belang als bouwsteen van de samenleving, niet het individu zelf. Een voorbeeld hiervan is het zog. ‘huismankiesrecht’ van de Anti-Revolutionairen, waarbij het voldoende is dat het gezinshoofd (als afgevaardigde van zijn gemeenschap) een stem uitbracht. Dit in tegenstelling tot het individualistische liberale kiesstelsel.³⁵

Discussie 1927: Wet CAO

Bij het aannemen van de Wet CAO opperden de confessionelen het bezwaar dat de collectieve arbeidsovereenkomst een aanslag op de individuele vrijheid van de werknemer vormde. Zo stelde de SGP'er Kersten dat hij zich wegens de sterking van de vakbeweging tegen het wetsontwerp moest keren. Deze ‘empowerment’ van de vakbeweging zou de arbeider namelijk zijn vrijheid ontnemen. Dit is een opvallend en niet veel gehoord argument in de discussie. Het werd als volgt onderbouwd:

‘Het collectief arbeidscontract lijdt aan groote nivelleering; het wischt persoonlijke eigenschappen uit; de individualiteit gaat teloor. Hoe zal men met de zoo geheel uiteenlopende bijzondere verhoudingen rekening houden, waarin de contractanten leven? Hoe komt bij de eenvoudigste overeenkomst, gebouwd op de collectieve arbeidsvoorwaardenregeling, de arbeider tot zijn recht? Hoe wordt bekwaamheid en trouw door zulk een uniforme regeling erkend? Het collectieve contract wil streng, zeer streng binden en in die gelijkvormigheid

34. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 540.

35. T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 102.

worden de enkelen gedrukt. Het instituut, in de wettelijke regeling bedoeld, is een aanslag op de vrijheid. De vakverenigingen zullen de leden knechten, het individueel verantwoordelijkheidsbesef uitwisschen, den persoonlijken wil binden.³⁶

Hoewel de christelijk historische vertegenwoordigers niet kunnen worden gezien als echte tegenstanders van het wetsontwerp, zijn zij slechts gematigd positief. Zo werd de belangenstrijd tussen werkgevers en werknemers niet ontkend. Deze belangenstrijd (het woord ‘klassenstrijd’ werd opzettelijk gemedend) was echter het noodlottig gevolg van de gewaardeerde individuele vrijheid, voor het behoud waarvan de CHU stond. Die vrijheid omvatte de vrijheid om te ‘arbeiden en te laten arbeiden’; om de voorwaarden, waaronder men werkt of laat werken, te bepalen. Hieronder viel ook de vrijheid om zoveel mogelijk te verdienen en zo goedkoop mogelijk te kopen. Maar de CHU aanvaardde de gevolgen van die vrijheid niet zonder meer indien de arbeider het slachtoffer zou worden. Dan achtte de CHU de overheid geroepen om in te grijpen en de ongebondenheid te bedwingen.³⁷

Ondanks het feit dat erkend werd dat het stellen van de macht van de associatie tegenover de onbeteugelde vrije concurrentie zijn vruchten had afgeworpen, werd van christelijk-historische zijde gewaarschuwd, dat de overheid zich vroeg of laat geroepen zal kunnen achten om te voorkomen, dat een ongebreidelde ontwikkeling van de collectieve arbeidsovereenkomst oorzaak wordt van beperking van de individuele vrijheid.³⁸

Hoewel men er aan katholieke zijde van overtuigd was dat de regeling van de cao noodzakelijk was, werd betreurd dat deze van overheidswege moest worden ‘opgelegd’, omdat men er de voorkeur aan gaf dat regelingen ontstaan vanuit organisaties in de maatschappij zelf.³⁹ Omdat de vakorganisatie nog niet de hiervoor benodigde graad van ontwikkeling had bereikt, maar de cao toch als erg belangrijk werd gezien, was het van belang dat de wetgever een helpende hand reikte.⁴⁰

De liberalen waren ertegen de vakorganisatie te versterken door middel van wetgeving. Zij zagen het liefst zo min mogelijk overheidsbemoeiing met arbeidsvoorwaarden. Deze dienden uitkomst te zijn van het vrije spel der economische krachten. Bij de behandeling van de Wet CAO traden de liberale parlementsleden hoofdzakelijk op als vertegenwoordigers van de grote industriële werkgevers, met name die in de exportsector. Deze sector

36. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2017.

37. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2025.

38. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2026.

39. R. Knegt (red.), *Instituten van de arbeidsmarkt: een retrospectieve studie*, Den Haag: OSA 1995, p. 12.

40. A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 10.

vreesde een te grote belemmering door de cao en de algemeen verbindend verklaring daarvan. Naast de economische bezwaren gaven de liberalen ook juridische bezwaren zoals strijdigheid van het ontwerp met grondbeginselen als gelijkheid van partijen. Knottenbelt (Vrijheidsbond) hekelde het ontbreken van een grondbeginsel voor de wettelijke regeling.⁴¹

Kortom, de verschillende partijen hadden uiteenlopende opvattingen ten aanzien van het beperken van de individuele contractsvrijheid door de cao. Waar de liberalen en de anti-revolutionairen de vrijheid het liefst ongemoeid lieten, pleitten sociaal-democraten, confessionelen en socialisten voor beperking van die vrijheid omwille van bescherming van de zwakker geachte contractspartij. De sociaal-democraten voegden hier nog aan toe dat wettelijke regeling van de cao de arbeidsverhoudingen ten goede zou komen met als gevolg dat de klassenstrijd zou worden afgezwakt tot een meer acceptabele vorm.

1.3 **Avv**

1.3.1 *Achtergrond*

Ten tijde van het totstandkomen van de Wet avv in 1937 was het instituut van de cao reeds sterker verankerd in de Nederlandse samenleving dan ten tijde van het aannemen van de Wet cao. Het aantal georganiseerde werknemers bedroeg in 1911 nog 153.689, er golden 87 cao's voor 23.000 werknemers. In 1920 was het aantal georganiseerde werknemers gestegen tot 683.486. Er golden toen 984 cao's voor 273.600 werknemers. In 1937 was het aantal cao's gestegen tot 1241; deze golden voor 282.863 werknemers, terwijl er 725.000 werknemers georganiseerd waren.

Om te voorkomen dat niet-georganiseerde werknemers en werkgevers het loonpeil dat in de cao was vastgelegd zouden ondermijnen werd gedacht over mogelijkheden om de werking van de cao uit te breiden tot niet-georganiseerden. Dit zou onder georganiseerde werkgevers de vraag kunnen oproepen waarom zij zich wel aan de cao dienen te houden en anderen zich eenvoudigweg afzijdig konden houden. Van Rhijn schreef hierover in 1924: '(...) wij zijn overtuigd, dat alleen de bindendverklaring zal kunnen voorkomen, dat het collectief contract op den duur zijn sympathie in werkgeverskringen gaat verliezen. Mocht dit laatste gebeuren, dan staat men voor het feit, dat met het *contract* tevens het *contact* tussen

41. T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 201-202.

werkgevers en werknemers verloren gaat, met alle funeste gevolgen daaraan verbonden.⁴²

Volgens Mok was de doelstelling van de Wet avv tweeërlei: enerzijds de idee om de cao uit te breiden tot allen die op grond van hun sociaal-economische positie tot de invloedssfeer van de cao behoorden. Anderzijds ook de behoefte om de cao te beschermen tegen concurrentie van buitenstaanders en tegen het 'weglopen' van gebonden werkgevers en werknemers.⁴³ Het Nederlands Verbond van Vakverenigingen stelde in een open brief aan de Tweede Kamer dat de algemeen verbindend verklaring ertoe kan leiden dat deze twee 'gevaaren worden ondervangen'. Het nvv wees er tevens op dat reeds 35 jaar geleden voor het eerst werd gepleit voor een dergelijke regeling en dat sindsdien de overtuiging dat dit noodzakelijk is, alleen maar is gegroeid. Met andere woorden: 'Het thans ingediende wetsontwerp is dus niet een product van plotseling opgekomen omstandigheden, maar vloeit geheel voort uit de maatschappelijke ontwikkeling.'⁴⁴

In 1911 werd een commissie gevormd die een onderzoek instelde naar de werking van de Wet op de Kamers van Arbeid. Ook deze commissie, voorgezeten door Drucker, met Meijers als secretaris, kwam tot de conclusie dat het wenselijk was dat de overheid in bepaalde gevallen de inhoud van een cao verklaarde tot algemene bedrijfsregeling, die ook personen moest binden die geen partij bij de overeenkomst waren. Deze commissie begreep goed dat door een dergelijke regeling een sterke inbreuk wordt gemaakt op de contractsvrijheid van de minderheid. 'Zij zag echter in, dat de ontwikkeling ertoe zou leiden, dat het individualistische beginsel plaats maakt voor het sociale.'⁴⁵

Hiertegenover werd door Smissaert, secretaris van de Vereniging van Nederlandsche Werkgevers, gesteld dat het zeer bezwaarlijk was 'dat de minderheid zich voor de meerderheid zal moeten bukken. (...) Dit feit ligt op den bodem der zaak en beheerscht haar geheel'. Het commentaar van Smissaert was één van de eerste bezwaren dat zich niet beperkte tot

42. A.A. van Rhijn, 'Vrije concurrentie en collectieve arbeidsovereenkomst', *De Economist* 1924, 73, p. 188.

43. S. Mok, 'Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten', in: *Rechterlijke beslissingen inzake de Wet op de arbeidsovereenkomst (bij: Tijdschrift voor Arbeidsrecht)*, 1 april 1937, p. 1.

44. Nederlands Verbond van Vakverenigingen, *Aan de Tweede Kamer der Staten Generaal 's-Gravenhage*, Amsterdam 19 februari 1937, p. 1

45. Rapport betreffende de werking der Wet op de Kamers van Arbeid, 1911, p. 142, geciteerd in: S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1939, p. 7.

juridisch-technische uiteenzettingen.⁴⁶ Hij voegde nog toe dat het streven naar algemeen verbindend verklaren in wezen reactionair zou zijn, wegens het uitgangspunt: 'niet de in vrijheid werkende maatschappelijke krachten, niet de mogelijke ontwikkeling van individueel streven, maar de opsluiting van de individuen in de organisatie, hun onderwerping aan het verband hetwelk hun allen de wet zal stellen, de Staat die op verzoek der meerderheid den dwang sanctionneert.'⁴⁷

Om de cao verder te ondersteunen, werd in 1936 het wetsontwerp betreffende regeling van de algemeen verbindend verklaring ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsontwerp was vrijwel gelijk aan het wetsontwerp dat door Minister Aalberse in 1925 was voorgelegd aan de Hooge Raad van Arbeid.⁴⁸ De Hooge Raad van Arbeid adviseerde daar in 1926 positief over. De adviezen zijn verwerkt in het uiteindelijke wetsontwerp van 1936; zo werd bijvoorbeeld een regeling omtrent de onverbindendverklaring opgenomen, omdat verschillende leden van de HRvA daarop hadden aangedrongen.⁴⁹

Op grond van het uiteindelijke wetsontwerp konden partijen bij de cao aan de Minister van Arbeid, Handel en Nijverheid vragen om algemeen verbindend verklaring van de cao voor een gehele bedrijfstak, wanneer de cao reeds voor een geruime meerderheid van de bedrijfstak gold. Door een ministerieel besluit werd de cao dan voor alle werkgevers en werknemers van toepassing verklaard. De regeling was vooral geïnspireerd door de Wet op het verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van

46. Zie voor de meer technische uiteenzettingen: E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 397, J.H. van Zanten, 'De zogenaamde cao', *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1903, p. 447, A.P. Th. Eyssel, 'De collectieve arbeidsovereenkomst: regtsinstituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 60.

47. H. Smislaert, *Onze eeuw*, 12^{de} jg (1912), I, p. 118-134, aangehaald in S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1939, p. 8.

48. Al eerder heeft de HRvA geadviseerd over een wettelijke regeling van de algemeen verbindend verklaring. Dit was in 1920. De Raad gaf aan dat de tijd om over te gaan tot de verbindendverklaring van de cao rijp was. Wel werd door enkele tegenstanders opgemerkt dat de verbindendverklaring betekent 'dat de ongeorganiseerde arbeiders, zonder dat zij zich daarvoor eenige opoffering getroosten, dezelfde voordeelen genieten als de ongeorganiseerde. Dit zal het vakverenigingswezen ondermijnen'. Dit bezwaar werd door de voorstanders afgedaan met de opmerking dat de vakorganisaties zich toch zo sterk mogelijk dienen te maken, omdat na afloop van de cao wellicht opnieuw strijd dient te worden gevoerd. Toch is het zojuist genoemde bezwaar thans aan de orde van de dag; de representativiteit van de vakorganisatie wordt in twijfel getrokken. De zog. 'free-riders' liften mee op de resultaten die door vakbonden worden behaald, zonder dat zij hiervoor contributie betalen.

49. T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 246.

ondernemersovereenkomsten, van 1935.⁵⁰ Het doel van deze Wet OVV was het uitsluiten van concurrentie onder ondernemers door te voorkomen dat enkelingen zich afzijdig zouden kunnen houden van de gemaakte (prijis-)afspraken.⁵¹

De tekst van art. 2 Wet avv luidde als volgt. ‘Onze Minister kan bepalingen van eene collectieve arbeidsovereenkomst, die in het geheele land of in een gedeelte des lands voor eene – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden, in het geheele land of in dat gedeelte des lands algemeen verbindend verklaren’.⁵²

Dit is en was een opmerkelijke rechtsfiguur. Ons gehele privaatrecht was (vroeger sterker dan tegenwoordig) doorspekt van de gedachte dat een overeenkomst berust op wilsovereenstemming. Dit is bij de binding aan de collectieve arbeidsovereenkomst door algemeen verbindend verklaring duidelijk niet het geval. Men wordt door een publiekrechtelijke rechtshandeling gebonden aan een overeenkomst waarbij men geen partij is.⁵³ In hoeverre dit geoorloofd is en met welk doel men deze regeling zou invoeren, was het belangrijkste onderwerp van de parlementaire discussie die hierna besproken wordt.

1.3.2 *Voorstanders*

Preadvies Hooge Raad van Arbeid

Het preadvies over het wetsontwerp werd uitgebracht door Commissie XII uit de Hooge Raad van Arbeid. De Commissie ging in op de vraag of het wenselijk is de mogelijkheid tot verbindendverklaring te openen. In een preadvies over de avv stelden de voorstanders binnen de Commissie dat het op het gebied van het civiele recht geoorloofd is individuen in hun vrijheid te beknotten door bepalingen van dwingend recht. Als voorbeelden hiervan werden onder andere genoemd de regeling in het Burgerlijk Wetboek van de voogd en van de curator. Of het opleggen van dwingend

50. Wet van 24 mei 1935 (Stb. 1935, 310).

51. R. Knegt (red.) e.a. 1995, p. 26, J.Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling; De ververmaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938), Amsterdam: N.V. De Arbeiderspers 1938, p. 129

52. Staatsblad, nr. 801, p. 1-2.

53. Sinzheimer was voor zover bekend de eerste die – zonder groot enthousiasme – geopperd heeft om bepalingen die voor grote delen van een bedrijfs-(tak) tot ‘*Sitte*’ zijn geworden, verbindend te verklaren. Hij noemde dit ‘Staatliche Generalisierung des Mehrheitswillens’, zie: H. Sinzheimer, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag, II*, 1908, p. 297, geciteerd in: S. Mok, Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, in: *Rechterlijke beslissingen inzake de Wet op de arbeidsovereenkomst (bij: Tijdschrift voor Arbeidsrecht)*, 1 april 1937, p. 2.

recht rechtstreeks geschiedde of door het verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten, maakte volgens deze leden geen verschil.⁵⁴

De voorstanders binnen de Commissie stelden tevens dat juist de ervaring van de voorgaande jaren had geleerd, hoe urgent het is dat op sociaal gebied het stelsel van regeling van bovenaf wordt vervangen door een stelsel van overleg door de belanghebbenden. Een zodanig stelsel zou de beste waarborg bieden tegen te vergaande overheidsbemoeiing, desorganisatie en chaos. Daarbij, stelden de voorstanders, hoefden werkgevers niet bang te zijn voor de verbindend verklaring, omdat zij ook in hun collectieve contracten konden overeenkomen dat de algemeen verbindend verklaring niet zou worden aangevraagd.

Vervolgens waren de voorstanders van de avv het oneens met de stelling dat dit stelsel ondemocratisch zou zijn. Het feit dat er hier en daar ontduiking van de collectieve arbeidsovereenkomst plaatsvond, was volgens hen niet genoeg reden om tegen de collectieve arbeidsovereenkomst als geheel gekant te zijn. Daarbij, zo stelden de voorstanders, 'kan het enkele feit, dat vermoedelijk bij verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomst ontduikingen zullen voorkomen, op zich zelf niet voldoende reden geacht worden om zich tegen de mogelijkheid van verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten te verzetten.'⁵⁵

Ook Van Rhijn stelde in een drietal artikelen dat hetgeen door werkgevers en werknemers werd vastgelegd, steun van de overheid verdiende. Hij stelde hiertoe dat de cao tot taak had een synthese te bieden tussen de 'ijzeren gebondenheid van de gildentijd en het consequente individualisme van het jonge kapitalisme'. Daarbij bevorderde verbindendverklaring volgens Van Rhijn de werkelijke vrijheid, doordat zij voorkwam dat een grote groep die de ontwikkeling van het bedrijfsleven wilde bevorderen, hierin gehinderd zou worden door een kleine minderheid. Voorts stelde Van Rhijn dat het feit dat een bepaalde regeling door een grote groep is getroffen een sterk vermoeden vestigde dat de regeling juist was en dat de daarin overeengekomen prijzen ook door het bedrijf te dragen zouden zijn. Tot

54. De vraag naar de verhouding tussen contractsvrijheid en dwingend recht vertoont grote gelijkenis met de vraag naar de verhouding tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. In beide gevallen gaat het om de vraag of de burger (werknemer) in staat moet worden geacht zelf over alles overeenkomsten te sluiten, zonder dat beperkingen worden opgelegd of grenzen worden aangegeven. Zie voor meer over de verhouding dwingend recht en contractsvrijheid: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer, 1999.

55. Hooge Raad van Arbeid, *Preadvies van Commissie XII over een voorontwerp regelende verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Den Haag, 27 februari 1926, p. 5/6.

slot zag Van Rhijn in de verbindendverklaring een middel om te komen tot decentralisatie van sociale rechtsvorming.⁵⁶

Mok schreef in 1936: ‘Het is echter evenzeer onduldbaar, dat een collectieve arbeidsovereenkomst, welke voor de grote meerderheid der in een bedrijf in loondienst werkenden geldt en dat zijn sociale betekenis heeft bewezen, elk ogenblik gevaar loopt, omdat onsociale klanten de vrijheid verkiezen boven een gebondenheid, die werkgevers en werknemers gelijk ten goede komt. Een kleine minderheid kan thans een geheel bedrijf tyranniseren en de regeling der arbeidsvoorwaarden tot een chaos maken.’⁵⁷

Met betrekking tot het beperken van vrijheid stelt Mok:

‘Principieel is het wetsontwerp van grote betekenis, omdat het opnieuw een diepe inbreuk maakt op het zuiver individualistisch burgerlijke recht. De betekenis van de organisatie, van de collectiviteit, als rechtsvormend orgaan, wordt er door versterkt. Het is een nieuwe stap op de weg der socialisatie van het privaatrecht. Hoe bescheiden die stap ook is, wij zijn er verheugd om, omdat hij ons dichter bij ons doel brengt.’⁵⁸

Parlementaire behandeling

In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij de Wet avv werd gewezen op verschillende positieve gevolgen van de collectieve arbeidsovereenkomst. Zo wordt benadrukt dat de cao orde en rust in het bedrijfsleven heeft gebracht. Avv werd geïntroduceerd als een middel om concurrentie op arbeidsvoorwaarden te beperken door de cao te ondersteunen. Daarbij kon de werkgever voor de looptijd van de cao zeker zijn van de kosten van de arbeidsvoorwaarden. Ook hoefde de werkgever niet te vrezen voor stakingen binnen zijn bedrijf. Volgens de MvT hadden ook arbeiders er baat bij dat de bedrijfsvrede niet telkens werd verstoord. Daarnaast bood de cao werknemers het grote voordeel dat zij niet meer individueel hoefden te onderhandelen.

Genoemde voordelen konden echter teniet worden gedaan indien groepen werkgevers en werknemers zich afzijdig zouden houden van de cao. Zonder avv kunnen niet-gebonden werkgevers slechtere arbeidsvoorwaar-

56. Van Rhijn, *Vrije concurrentie en collectieve arbeidsovereenkomst II*, De Economist 1924, p. 184 e.v., aanhehaald door S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1939, p. 16.

57. S. Mok, ‘Verbindend en onverbindendverklaring der collectieve arbeidsovereenkomst’, *Het Volk* 28 december 1936.

58. S. Mok, ‘Verbindend- en onverbindendverklaring der collectieve arbeidsovereenkomst’, *Het Volk*, 28 december 1936.

den toepassen dan de gebonden werkgevers en hierdoor zou een scherpe concurrentie op arbeidsvoorwaarden kunnen ontstaan.

‘Door zoodanige concurrentie geprikkeld, zijn tal van werkgevers, die de collectieve arbeidsovereenkomst eerst toepasten, er toe gekomen, het lidmaatschap hunner organisatie op te zeggen, ten einde langs dien weg hun vrijheid in zake de regeling van de arbeidsvoorwaarden te herkrijgen.⁵⁹ Dit vergrootte dan voor de overige bij het collectief contract betrokken werkgevers weer de moeilijkheid om bij het eindigen daarvan een nieuw contract aan te gaan. Met name in tijden van neergang is de concurrentie der ongeorganiseerden sterk voelbaar en doet zij aan de geneigdheid om collectieve arbeidsovereenkomst af te sluiten, ernstig afbreuk.’⁶⁰

Door de sociaal democratische vleugel werd gereageerd op het liberale bezwaar dat de cao geen loondifferentiatie zou toelaten. Zij noemden het een theoretisch bezwaar, dat individuele ondernemers werden beperkt in hun vrijheid om met de arbeiders overeen te komen wat zij zelf wenselijk en mogelijk achtten. Aan het bezwaar werd weinig waarde gehecht, aangezien de sociaal-democraten deze ‘vrijheid’ van ondernemers ‘kwalijk verdedigbaar’ achtten. Hierbij wezen zij op het feit dat regelingen betreffende loon en arbeidsduur geen zaken waren die alleen de individuele werkgever en werknemer aangingen; het waren zaken, die rechtstreeks invloed hebben op het hele bedrijf, ook op de gedragingen van anderen. Daarom moesten deze onderwerpen volgens de sociaal-democraten onderdeel uitmaken van onderlinge beraadslaging en van gemeenschappelijke beslissing. Daaraan werd nog toegevoegd: ‘*Men vergeete daarbij niet, dat bij een collectieve arbeidsovereenkomst de vrijheid van den ondernemer wel naar beneden, doch niet naar boven beperkt is [cursief; EK].* Bij zulk een overeenkomst toch worden slechts minimum arbeidsvoorwaarden gesteld. Reeds hieruit volgt de onjuistheid van het bezwaar dat de collectieve arbeidsovereenkomst niet voldoende mogelijkheid tot differentiatie in de loonen zou openlaten. In vele van zoodanige overeenkomsten is trouwens een vergaande differentiatie vastgelegd.’⁶¹

Met betrekking tot de loondifferentiatie werd voorts opgemerkt dat de collectieve arbeidsovereenkomsten reeds met allerlei verschillen rekening hielden. Zo kenden de landelijke contracten veelal een indeling van de gemeenten in een aantal gemeenteklassen. Voor elke gemeenteklasse was een bepaald loon vastgesteld, dat min of meer aansloot bij de plaatselijke loon-

59. Het opzeggen van het lidmaatschap van de werkgeversvereniging vindt op grote schaal plaats in Duitsland. Deze ontwikkeling komt aan de orde in Hoofdstuk 6.

60. *Handelingen II* 1936/37, nr. 3, p. 3.

61. *Handelingen II* 1936/37, nr. 4, p. 8.

standaard. Daardoor kon volgens de sociaal-democraten voldoende verschil tussen de arbeidsvoorwaarden in de grotere en in de kleinere gemeenten worden gemaakt. Daarbij onderscheidde men vele categorieën van geschoolde en niet geschoolde arbeiders, jeugdige personen en vrouwen.

Voorts werd er door de sociaal-democraten op gewezen dat het collectieve contract in gevaar kan worden gebracht door een betrekkelijk kleine ongeorganiseerde minderheid. ‘Het betreft hier meer een quaestie van gezindheid, onwil, egoïsme, individualisme, gebrek aan sociaal inzicht, dat een aantal werkgevers en arbeiders weerhoudt tot een vakorganisatie toe te treden. Het is volstrekt geen onmacht. Het is zuiver onwil en zij, die bekend zijn met de praktijk van het vakverenigingsleven zullen deze stelling van a tot z onderschrijven. Wij vragen van den wetgever geen maatregelen om deze a-sociale werkgevers en werknemers lid te doen worden, maar wat wij wel vragen is, dat maatregelen genomen worden om te voorkomen dat zij door hun afzijdigheid anderen in gevaar brengen.’⁶²

De overheid behoorde volgens de sociaal-democraten ervoor zorg te dragen dat het particulier belang niet boven het belang van de gemeenschap zal uitgaan. Op de liberale opmerking dat het ontwerp-*AVV* een toegeven aan de waan van de dag zou zijn werd van sociaal-democratische zijde gereageerd door erop te wijzen dat men niet meer leefde in de waan van de eeuw daarvoor, toen men meende dat het ‘algemeen belang het best werd gediend, wanneer ieder individu zooveel mogelijk zijn eigen belang behartigde’.⁶³

De sociaal-democraten reageerden ook op het bezwaar, aangevoerd tegen de collectieve contracten in het algemeen en tegen de verbindend-verklaring daarvan in het bijzonder, dat snelle aanpassing aan gewijzigde omstandigheden wordt belemmerd. Dit bezwaar werd overdreven geacht. Voor de economische crisis van de jaren dertig werd het nooit als een bezwaar gezien dat niet ieder moment tot aanpassing kon worden overgegaan. Daarentegen was het, volgens de sociaal-democraten voor de rust en de stabiliteit in het bedrijfsleven in hoge mate wenselijk, dat niet telkens opnieuw loonacties kunnen worden gevoerd, noch door de arbeiders, noch door de werkgevers. Dit werd juist gezien als een van de grote voordelen van het instituut van de collectieve arbeidsovereenkomsten. De bedrijfsvrede is telkens voor een bepaalde tijd verzekerd.⁶⁴ Zo werd naar voren gebracht dat in enkele belangrijke industrieën waar het instituut sterk is

62. *Handelingen II* 1936/37, p. 1965.

63. *Handelingen II* 1936/37, nr. 4, p. 9.

64. *Handelingen II* 1936/37, nr. 4, p. 8.

ingevoerd, zoals het grafische bedrijf, het bouwbedrijf, de meubelindustrie, de sigarenindustrie, in geen jaren een arbeidsconflict is geweest.⁶⁵

Volgens de sociaal-democraten kon de algemeen verbindend verklaring van collectieve arbeidsovereenkomst de sociale rechtvaardigheid dienen, zowel voor werkgever als voor werknemer.

‘Het tijdperk (...), waarin de theorie van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt ongebreidelde toepassing vond, was zoo rijk aan afwijkingen van de rechtsorde, die de onderlinge verhoudingen in beschaafde volken behooren te beheerschen, dat de arbeiders als het ware tot organisatie worden gedwongen. Het verantwoordelijkheidsbesef jegens den medemensch bleek zo onvoldoende ontwikkeld, dat het zoo luid verheerlijkte vrije spel der economische krachten tot menscheijkerwijze onhoudbare toestanden heeft geleid.’⁶⁶

Was bij de behandeling van de Wet CAO nog houdbaar dat de contractsvrijheid in zekere zin gewaarborgd bleef, bij de behandeling van de Wet AVV moest men wel toegeven, dat de contractsvrijheid beperkt werd. Minister van Sociale Zaken Slingenberg verwoordde in de mondelinge behandeling van de Wet AVV het moeilijke punt van deze wettelijke regeling. De Minister stelde dat hier een publiekrechtelijke sfeer wordt geschapen. Hier werden immers derden gebonden aan overeenkomsten waartoe zij zich niet uit eigen wil wensten te verbinden. Hiermee raakten wij volgens de Minister aan de kern van het wetsontwerp van de verbindendverklaring, namelijk dat personen door het totstandkomen van de wet gedwongen kunnen worden om zich tegen hun wil te onderwerpen aan de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst. Deze groep kan bestaan uit 49 % van de bedrijfsgenoten. Deze kern moet men volgens de Minister steeds voor ogen houden:

‘(...), want dat is een aangelegenheid van zóó groote beteekenis, als wij bij ons privaatrecht op dit oogenblik niet kennen en zeker niet kennen in dezen omvang. Dit heeft ook ten gevolge dat wij bij alle verdere besprekingen van de artikelen ons telkens en telkens weer voor ogen moeten stellen: mag ik een burger, die van evenveel waarde is aan een andere burger, omdat hij in een bepaald bedrijf in een minderheidspositie verkeert, opleggen de verplichting om zich aan bepalingen a en b, die hij niet wil, waartegen hij zich misschien verzet en waartegen hij gestreden heeft, te onderwerpen? Dat is dé groote vraag, waarvoor wij ons straks bij de behandeling van de artikelen gesteld zien.’⁶⁷

65. *Handelingen II* 1936/37, p. 165.

66. *Handelingen II* 1936/37, p. 1962.

67. *Handelingen II* 1936/37, p. 1989.

De Minister stelde dat al in 1911 werd aangedrongen op de verbindend-verklaring. Het was Drucker, die in een rapport, dat hij uitbracht aan de voorzitters van de Kamers van Arbeid, verdedigde dat een collectieve arbeidsovereenkomst bindend zou moeten worden verklaard indien de overgrote meerderheid van een bedrijfstak door een collectieve arbeidsovereenkomst gebonden was. De Minister benadrukte dat het uitgangspunt voor het wetsontwerp steeds is geweest dat een kleine minderheid niet een grote meerderheid mag terroriseren.⁶⁸

De vrees van de liberalen voor verstarring van het economisch leven werd door de Minister onnodig geacht. 'De verbindendverklaring geschiedt ten hoogste voor den duur van het collectief contract, doch in geen geval voor een langer tijdvak dan een jaar.' Daarbij wijst de Minister op het feit dat er altijd de mogelijkheid bestaat van toepassing van art. 6 Wet avv dat de Minister de bevoegdheid geeft over te gaan tot het intrekken van de verbindendverklaring, mochten de omstandigheden zich belangrijk wijzigen.

De confessionelen merkten op 'dat de regeling van de avv een nieuwe, toe te juichen inbreuk op het individualistisch burgerlijk recht is en tevens dat het een nieuwe stap is in de richting van de bedrijfsorganisatie.'⁶⁹ Tegenover de meer individualistische inslag van de liberale zijde, wordt van confessionele zijde gesteld dat langs de weg van avv 'als vanzelf een innerlijke gebondenheid wordt gevestigd, een zekere mate van zedelijke eenheid, die het individualistische verleden voorgoed doet vergeten, en het bedrijf rijp maakt voor een rechtsregeling, die van elke machtsaanwending volkomen losstaat.'⁷⁰ Daarbij werd gesteld dat het al erg genoeg was, dat verschillende werkgevers en werknemers zich onttrekken aan het werk, dat verricht moet worden om tot een bevredigende overeenkomst te komen, terwijl anderen zich inspannen om tot een goed resultaat te komen. Volgens de confessionelen bestond er geen enkel steekhoudend argument om zulke personen te laten te profiteren van het werk, door anderen verricht, en gelijktijdig dat werk geweld aan te doen.⁷¹

Aan confessionele zijde werd gesteld 'dat het vervangen van chaos door orde in het bedrijfsleven in het belang is van werkgevers, arbeiders en volksgemeenschap. De weg naar samenwerking wordt daardoor meer geëffend. Dit zou ook moeten leiden tot beperking van de directe overheidsbemoeiing.'⁷² Ontkend werd dat de algemeen verbindend verklaring zou leiden tot

68. *Handelingen II* 1936/37, p. 1988.

69. *Handelingen II* 1936/37, p. 1965.

70. *Handelingen II* 1936/37, p. 1963.

71. *Handelingen II* 1936/37, p. 1971.

72. *Handelingen II* 1936/37, nr. 4, p. 9.

het terroriseren van de minderheid. De regelingen komen ordelijk tot stand en zijn zowel door werkgevers als door werknemers goedgekeurd en economisch mogelijk geacht. Op die regels wordt door de overheid slechts sanctie verleend om te voorkomen dat de regelingen worden ondermijnd. Slechts als de overheid de regelingen ook juist acht, worden de regelingen bindend verklaard. Benadrukt werd door de confessionelen dat er dus geen sprake was van dwang of terroriseren. ‘Het gaat op ordelijke wijze, de uit het bedrijf opgekomen regelingen worden na toetsing verbindend verklaard.’⁷³

Tevens werd in de discussie opgemerkt: ‘Hoe meer zoodanige regelingen uit het bedrijf zelf opkomen, des te meer zal ingrijpen van den wetgever door vaststelling van voor alle bedrijven of een complex van bedrijven geldende gebods- en verbodsbepalingen, met de nadeelen die daaraan kleven, op den achtergrond kunnen treden. Wil men dit evolutieproces voldoende in de hand werken, dan is het noodzakelijk, dat de in het bedrijf opgekomen regelingen ook aan minderheden, die zich daaraan onttrekken, kunnen worden opgelegd. En dat maakt de verbindendverklaring mogelijk.’⁷⁴

Over de bezwaren van ondernemers die niet bij de collectieve arbeidsovereenkomst betrokken willen zijn, werd van confessionele zijde gesteld ‘dat niet ter discussie werd gesteld dat de concurrentie behouden moet blijven. Maar wel bestond er bezwaar tegen, dat deze concurrentie gevoerd wordt op de ruggen en ten koste van de arbeiders. Dit werd gezien als deloyale concurrentie.’⁷⁵

1.3.3 *Tegenstanders*

Preadvies Hooge Raad van Arbeid

Het preadvies over het voorontwerp uitgebracht door Commissie XII uit de Hooge Raad van Arbeid ging in op de vraag of het wenselijk is de mogelijkheid tot verbindendverklaring te openen. Met betrekking tot de praktische gevolgen van een wettelijke regeling van de verbindend verklaring was de Commissie verdeeld. De tegenstanders binnen de Commissie konden zich niet verenigen met het beginsel dat het geoorloofd zou zijn om mensen te dwingen tot de binding van de meerderheid, terwijl die mensen – misschien op zeer goede gronden – hebben geweigerd de regelingen die voor de meerderheid gelden over te nemen.

Tevens stelden de tegenstanders dat die werkgevers die in beginsel voorstanders zijn van de collectieve arbeidsovereenkomst terughoudend zullen

73. *Handelingen II* 1936/37, p. 1980.

74. *Handelingen II* 1936/37, p. 1973.

75. *Handelingen II* 1936/37, p. 1973.

zijn met het afsluiten van deze overeenkomst, omdat zij zullen vrezen dat deze ook verbindend wordt verklaard voor andere ondernemers, die deze zware loonkosten wellicht helemaal niet kunnen dragen. Voorts wezen zij op het risico dat de lonen zullen stijgen, doordat andere bedrijven in de regio de arbeidsvoorwaarden opvoeren; hierdoor zouden werkgevers niet meer in staat zijn het hoofd te bieden aan internationale concurrentie. ('Wat zou er van onze exportindustrie zijn overgebleven, wanneer vier jaar geleden de toen geldende collectieve contracten algemeen verbindend zouden zijn verklaard?').⁷⁶

Voorts wezen de tegenstanders op het feit dat een verbindendverklaring erin zal resulteren dat niemand méér zal willen geven dan het minimum, wat een ongunstige uitwerking zal hebben op regelingen als pensioen, ziekengeld e.d.. Daarnaast werd gesteld dat de verbindendverklaring niet paste in een goede sociale politiek, omdat hiermee vooral die sectoren worden gesteund waar de lonen toch al het hoogst zijn (de 'beschutte' bedrijven), terwijl in de 'onbeschutte' bedrijven een tussenkomst van de overheid het meest geboden zou zijn (denk hierbij aan landbouw). Er werd hier gesteld: 'sociale politiek op een dwaalspoor'.⁷⁷

Naar aanleiding van het advies van de Commissie XII ontstond een debat tussen Cort van der Linden en Van Rhijn. Cort van der Linden toonde zich een tegenstander van de verbindendverklaring om drie redenen. Ten eerste vormde de verbindendverklaring een opheffing van de bestaande vrijheid. Ten tweede zou zij schade brengen aan particuliere belangen. En ten derde zou de verbindendverklaring steeds per bedrijfstak geschieden. Cort van der Linden stelde als principe dat overheidsdwang slechts geoorloofd is 'ter wegneming van misbruiken èn als eenheid van handelen noodig is ter verwezenlijking van een in zich, dus niet volgens de meerderheid, rechtvaardig doel en die eenheid alleen met Overheidssteun te verkrijgen is'.⁷⁸

Van Rhijn stelde daar tegenover (dit werd reeds vermeld in par. 1.3.2), dat verbindendverklaring berust op de gedachte dat datgene dat door werkgevers en werknemers op het terrein van de cao is bereikt, de steun van de overheid verdiende. De cao heeft tot taak 'een synthese te geven tussen de ijzeren gebondenheid van den gildentijd en het consequente individualisme van het jonge kapitalisme'. De werkelijke vrijheid wordt volgens Van

76. Hooge Raad van Arbeid, *Preadvies van Commissie XII over een voorontwerp regelende verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Den Haag, 27 februari 1926, p. 4.

77. Hooge Raad van Arbeid, *Preadvies van Commissie XII over een voorontwerp regelende verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Den Haag, 27 februari 1926, p. 4/5.

78. P.W.J.H. Cort van der Linden, *Tegen het verbindendverklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten*, 1923, geciteerd in: S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1939, p. 15.

Rhijn bevordert doordat verbindendverklaring voorkomt dat inspanningen van werkgevers en werknemers die het bedrijfsleven willen laten ontwikkelen worden gefrustreerd door enkelingen. Daarbij stelt hij dat indien de grote meerderheid van werkgevers en werknemers een cao heeft gesloten, dit een zeer sterk vermoeden vestigt dat een juiste regeling is getroffen. Tot slot zag Van Rhijn in de verbindendverklaring een mogelijkheid te komen tot decentralisatie van rechtsvorming; dat wil zeggen van het niveau van de overheid naar het niveau van sociale partners.⁷⁹

Parlementaire behandeling

In de parlementaire discussie over het wetsontwerp van de Wet avv werd van liberale zijde sterk geageerd tegen het feit dat personen zouden kunnen worden gedwongen toe te treden tot een overeenkomst waarbij zij geen partij wilden zijn. Ofschoon collectieve arbeidsovereenkomsten van waarde kunnen zijn, kunnen er redenen zijn om daarbuiten te willen blijven; zo zou een werkgever mogelijk loondifferentiatie willen instellen. Dit werd door algemeen verbindend verklaring onmogelijk gemaakt. Verder stelden de liberalen dat overeenkomsten alleen aan hen die daarbij partij zijn tot wet strekken. De overheid behoorde zich in het algemeen te onthouden van bemoeienis met de lonen, hetzij rechtstreeks of langs de weg van algemeen verbindend verklaring. Huns inziens was dit wetsontwerp niets anders dan ‘een toegeven aan den waan van den dag.’⁸⁰

Van liberale zijde werden in het Voorlopig Verslag ernstige bedenkingen tegen de algemeen verbindend verklaring naar voren gebracht. Hoofdzakelijk koesterde men vrees voor verstarring van het economisch leven, een toenemende ingrijpende overheidsbemoeiing en een beperking van de contractsvrijheid. Gesteld werd dat verstarring van het economisch leven niet in het algemeen belang kan zijn. Argument hiervoor was dat het Nederlandse bedrijfsleven zich bij verandering op de internationale markt snel aan de gewijzigde omstandigheden moest kunnen aanpassen om zijn positie in de wereld te kunnen behouden. Hiervoor kan ook een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden op korte termijn nodig zijn.⁸¹ Deze argumenten worden heden ten dage ook door ondernemers gebruikt. Meer hierover in Hoofdstuk 3, waar de zaak *Smead/Bonden*⁸² wordt besproken.

79. Van Rhijn, *Vrije concurrentie en collectieve arbeidsovereenkomst II*, De Economist 1924, p. 184 e.v., aanhehaald door S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1939, p. 16.

80. *Handelingen II* 1936/37, nr. 4, p. 7.

81. *Handelingen II* 1936/37, nr. 4, p.7.

82. V.zr. Rb. Groningen 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198.

Door de liberalen werd aangetekend dat het ontwerp niet strekte tot sociale rechtsvaardigheid, maar eerder tot sociale onrechtvaardigheid. Dit wegens het feit dat slechts bepaalde groepen in de samenleving zouden worden geholpen. De geboden hulp zou ten koste gaan van andere groepen in de samenleving.⁸³

Het Verbond van Nederlandsche Werkgevers (vnw) was gekant tegen het feit dat in de Wet avv het streven was neergelegd om de druk van de ongeorganiseerden op cao's te breken. De vraag of uitschakeling van in de vrije maatschappij op het loonpeil inwerkende factoren wel wenselijk is, kwam volgens het vnw niet aan de orde in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp.⁸⁴ Hierover stelde het verbond: 'Maar het is goed, dat uit het Voorlopig Verslag is gebleken, dat de strijd om verbindendverklaring, alle sociale en ethische argumenten ten spijt, tegen de ongeorganiseerden gaat, die het den georganiseerden lastig maken bepaalde hunnerzijds gekoesterde wenschen doorgevoerd te krijgen. En om dit doel te bereiken, aarzelt men niet zijn streven "in het algemeen belang" met het algemeen belang te vereenzelvigen. Verrassend openhartig, maar tegelijkertijd ontstellend egoïstisch achten wij de mentaliteit, die achter deze betogen schuil gaat. Voor ons is de organisatie nimmer doel, slechts middel.'⁸⁵ Als laatste werd de vraag aan de orde gesteld of arbeiders de buitenstaanders (of 'onderkruipers') terecht met schele ogen aankeken. 'Heeft niet in de eerste plaats elke arbeider het recht zelf over de voorwaarden, waaronder hij wenscht te arbeiden, te beslissen?''⁸⁶

Ook het sgp-lid Van Dis oordeelde negatief toen hij stelde dat een minderheid van ongeorganiseerden zich dus zal moeten onderwerpen aan hetgeen een meerderheid van georganiseerden wil. Van recht was hier volgens Van Dis geen sprake meer. Volgens het sgp-lid werd macht hier gesteld boven recht. Hij hekelde het feit dat de vrijheden van de ongeorganiseerden hier met voeten werden getreden. Hij stelde dat kan worden gesproken van dictatuur, gezien de pressie die door de regering op de ongeorganiseerden wordt uitgeoefend. Dit zou niet alleen machtsmisbruik zijn, het grote gevaar zou ook dreigen dat bedrijven die nauwelijks het hoofd boven water konden houden, door de verbindendverklaring niet meer in staat zijn aan

83. *Handelingen II* 1936/37, p. 1969/1970.

84. Verbond van Nederlandsche Werkgevers, *Betreffende Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, 13 maart 1937, p. 3.

85. Verbond van Nederlandsche Werkgevers, *Betreffende Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, 13 maart 1937, p. 5-6.

86. Verbond van Nederlandsche Werkgevers, *Betreffende Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, 13 maart 1937, p. 7.

hun verplichtingen te voldoen, omdat hen alle vrijheid met betrekking tot arbeidsvoorwaarden is ontnomen. Dit zou tot gevolg hebben dat bedrijven worden genoodzaakt tot sluiting of opheffing, wat tot een nog grotere werkloosheid zou leiden.⁸⁷ Ook dit is een argument dat tegenwoordig door ondernemers wordt gebruikt als zij bijvoorbeeld dispensatie willen verkrijgen van een algemeen verbindend verklaarde cao.

Een radicaal standpunt werd ingenomen door Westerman van de partij Nationaal Herstel.⁸⁸ Deze partij was voorstander van een vérgaande ordening van het maatschappelijke en economische leven. Het wetsvoorstel avv bood naar opvatting van Westerman niet voldoende ordening:

‘Wie ordening zegt, zegt 100 pct. ordening. Halve ordening, driekwart ordening is wanorde. Argumenten, waarom Nederland geen dag langer zonder dezen partieelen ordeningsmaatregel kan leven, heb ik niet gevonden.’ Dit wetsvoorstel scheidt geen economische orde. Het legt alleen machtsverhoudingen vast. Het heeft daarom met ordening alleen den uiterlijken schijn gemeen, maar dringt niet tot het wezen van de zaak door.(...) Dat de vakverenigingen dit wetsvoorstel toejuichen, spreekt vanzelf. Het is vleesch van haar vleesch, bloed van haar bloed. Het bevat de vervulling van haar lievelingswensch. Het versterkt haar positie.⁸⁹

Daarentegen werd door de communistische parlementariërs helemaal geen prijs gesteld op organisatie en ordening. Er werd opgemerkt dat sterk werd gehecht aan bewegingsvrijheid van de arbeiders. Om die reden bestond geen behoefte aan boeien, die de bewegingsvrijheid van de arbeiders verkleinden. Ook was er geen behoefte aan maatregelen, die aan bureaucraten het recht zouden geven voor arbeiders te denken en alleen te beslissen. De visie op organisatie en ordening was niet zo, ‘dat het sociaal onrecht in de ordening vastgelegd moet worden’. Tot slot werd gesteld: ‘Ik dank er voor, mij zelf gelukkig te prijzen, omdat ik mocht medewerken aan waardelooze dingen. Ieder van u weet, dat de groote stoot in de loonen in (...) België en Frankrijk gekomen is door de massa-stakingen van Mei en Juni 1936.’⁹⁰

87. *Handelingen II* 1936/37, p. 1979.

88. Het Verbond voor Nationaal Herstel (VNH) was een autoritaire, rechtse partij die pleitte voor een krachtig gezag en zich keerde tegen partijpolitiek. Het Verbond werd geleid door enkele hoge militairen en hoge ambtenaren. In 1933 behaalde de partij circa 30.000 stemmen, goed voor één zetel. De partij werd later overvleugeld door de NSB, waar overigens niet alle aanhangers naar overstapten.

89. *Handelingen II* 1936/37, p. 1975-1976.

90. *Handelingen II* 1936/37, p. 1978.

Waren de partijen bij de invoering van de Wet CAO al verdeeld over de vraag of door middel van de CAO ingegrepen mocht worden in de individuele contractsvrijheid, tijdens de discussie over de AVV werden de tegenstellingen nog iets scherper. Het waren wederom confessionelen en liberalen die de vrijheid hoog in het vaandel hadden staan. Voor de confessionelen gold dat zij ingrijpen door de overheid wel toelaatbaar achtten op het moment dat deze vrijheid slachtoffers zou maken. De sociaal-democraten achtten de vrijheid van de werknemers zo betrekkelijk dat bescherming en solidariteit door AVV de voorkeur verdiende. Zowel de zeer linkse (socialistische) als de zeer rechtse (Nationaal Herstel) vleugel zag niets in de regeling. De laatste omdat de regeling niet voldoende ordening zou brengen. De eerste omdat de individuele vrijheid niet moet worden belemmerd en het niet aan bureaucraten is te beoordelen wat goed is voor arbeiders.

I.4 Ondernemingsovereenkomst

Achtergrond

De Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) kwam tot stand in 1950 en is sindsdien gewijzigd in 1971, 1979, 1990 en in 1998. Met de WOR werd tegemoet gekomen aan de behoefte aan democratisering van de arbeidsorganisatie. De ondernemingsraad (hierna: OR) heeft op grond van de WOR een aantal bevoegdheden. De besluiten voor welke aan de OR instemming moet worden gevraagd, staan vermeld in artikel 27 WOR. Op grond van art. 32 lid 1 WOR kunnen aan de OR extra bevoegdheden worden toegekend. Dit kan gebeuren door toekenning door sociale partners in een CAO. Een andere mogelijkheid is dat de extra bevoegdheden worden vastgelegd in een overeenkomst tussen OR en werkgever in een zogeheten ondernemingsovereenkomst. Deze mogelijkheid werd ten tijde van de wetswijziging van 4 maart 1998 (Stb. 107) in art. 32 lid 2 WOR opgenomen ter vervanging van de oorspronkelijke toekenning van bevoegdheden bij besluit van de ondernemer.⁹¹

Als hoofdregel geldt dat de afspraken met de OR niet doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Vereist is dat de individuele werknemer de afspraak accepteert door middel van een verklaring. Om het gebruik van afspraken met de OR in de praktijk te vergemakkelijken is het mogelijk een incorporatiebeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Dit incorporatiebeding kan zo worden geredigeerd dat ook toekomstige afspraken met de OR van toepassing zijn op de individuele arbeidsovereenkomst. Middels een wijzigingsbeding is het ook mogelijk om afspraken met de OR onderdeel

91. R.H. van het Kaar, *Ondernemingsraad* (losbl.), aant. 1 bij art. 32 WOR.

uit te laten maken van de arbeidsovereenkomst. Sinds de wijziging van de WOR in 1998 kent het BW een apart artikel 7:613 BW dat de eenzijdige wijziging reguleert. Op grond van dit artikel kan de werkgever slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende voorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken.

De werknemer moet het beding dus ondertekenen waarmee wilsovereenstemming wordt bereikt over de mogelijke effecten van afspraken met de or op zijn arbeidsovereenkomst. Als de werknemer niet instemt met het beding behoudt hij zijn negatieve contractsvrijheid. De negatieve contractsvrijheid houdt in dat men niet tegen zijn wil gebonden kan raken aan regelingen. De or is een vertegenwoordiging van werknemers op grond van de wet. De werknemer die zich niet wenst te laten vertegenwoordigen heeft de mogelijkheid zich te onttrekken aan de regelingen die worden vastgesteld in samenspraak met de or. De werknemer heeft immers nooit mandaat verstrekt aan de or om hem te vertegenwoordigen.

In deze paragraaf wordt ingegaan op de argumenten die zijn gewisseld ten tijde van de wijziging van de WOR in 1998. In dat jaar werd de regeling van het reglement (art. 27 WOR) vervangen door een bepaling in het BW over eenzijdige wijziging (art. 7:613 BW). Ook wordt aandacht besteed aan art. 32 lid 2 WOR, dat het voor de ondernemer mogelijk maakt een overeenkomst met de or te sluiten. De invloed van de ondernemingsovereenkomst op de individuele arbeidsovereenkomst was onderwerp van debat in 1998 en zal na de behandeling van incorporatie en eenzijdige wijziging kort worden behandeld.

Incorporatie en eenzijdige wijziging

In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp ter wijziging van de WOR⁹² werd gesteld dat in toenemende mate door werkgevers gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid bedrijfseigen regelingen te incorporeren in de individuele arbeidsovereenkomst van werknemers. Ook werden deze regelingen nogal eens eenzijdig door de werkgever gewijzigd. Alleen redelijkheid en billijkheid konden ertoe leiden dat de werknemer zich niet gebonden hoefde te achten aan een wijzigingsbeding. Ook lag de bewijslast aan de zijde van de werknemer. Met het wetsontwerp beoogde de regering de praktijk van eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door werkgevers terug te dringen.

92. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21.

Uitgangspunt van het wetsvoorstel was dat de arbeidsovereenkomst in beginsel niet eenzijdig kan worden gewijzigd, tenzij daar zwaarwichtige belangen voor aantoonbaar zijn. De regering beoogde de werknemer 'een steviger individuele positie te geven'. Ook werd volgens de regering zoveel mogelijk rekening gehouden met het belang van werkgevers om de arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen. Aansluiting werd gezocht bij in de praktijk gangbare methoden om de arbeidsvoorwaarden te ordenen. Daarbij werd zo min mogelijk ingegrepen in het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming en arbeidsverhoudingen, wegens de belangrijke eigen verantwoordelijkheid van de sociale partners. Een koersverlegging lag niet in de rede. Ook wilde de regering aansluiting zoeken bij de ontwikkelingen van voortschrijdende decentralisatie en differentiatie. De regering verwachtte dat een meer geprononceerde rol van de or een gevolg zou zijn van het wetsvoorstel.⁹³

In het verslag van de vaste commissie voor Sociale Zaken brachten de verschillende politieke partijen hun opvatting over het wetsontwerp naar voren. De PvdA-fractie stelde het te betreuren dat er onduidelijkheid ontstond in de afbakening van taken en verantwoordelijkheden tussen enerzijds de vakbeweging en anderzijds de or met betrekking tot de vorming van arbeidsvoorwaarden. De fractie vroeg zich af waar de regering de or positioneerde in relatie tot de vakbeweging, waarbij onderscheid gemaakt diende te worden tussen bedrijven mét en zonder cao en bedrijven met een relatief hoge, respectievelijk relatief lage organisatiegraad.⁹⁴

In de visie van de cda-fractie dienden arbeidsvoorwaarden primair de verantwoordelijkheid van sociale partners te blijven. Wel konden zij instemmen met de regeling van art. 7:613 BW, waarbij alleen tot eenzijdige wijziging kan worden overgegaan indien de werkgever daarbij een zwaarwegend belang heeft. Hiervan is alleen sprake indien dit voortvloeit uit een cao of indien dit is vastgesteld in overeenstemming met de or. De fractie benadrukte dat er geen concurrentie mocht ontstaan tussen vakorganisaties en de or.⁹⁵

De vvd-fractie constateerde dat de regering een kans liet liggen om aan decentralisatie en maatwerk concreet invulling te geven. Dit omdat de regering vasthield aan de formulering van art. 14 Wet CAO. De fractie bepleitte keuzevrijheid om primaire arbeidsvoorwaarden overeen te komen hetzij tussen ondernemer en de or, hetzij langs de bestaande weg van de centrale of bedrijfstak-cao. De individuele omstandigheden van het bedrijf konden

93. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

94. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 20.

95. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 21.

zo beter tot hun recht komen. Daarbij stelde de fractie de volgende vraag: ‘Waarom kan een overeenkomst inzake primaire arbeidsvoorwaarden tussen ondernemer en OR niet op een gelijkwaardig niveau worden gezet als dat van de huidige cao-onderhandelingen? Waarom prevaleert de cao – als regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde – boven hetgeen ondernemer en OR overeenkomen?’⁹⁶

De D66-fractie merkte op dat de nieuwe regeling van art. 7:613 BW wellicht overbodig is. Volgens de formulering van dat artikel kan de werkgever slechts een beroep doen op het wijzigingsbeding als hij daarbij zo’n zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Volgens de fractie ligt het voor de hand dat aan de instemming van werknemersorganisaties en ondernemingsraden reeds belangrijke betekenis toekomt bij de beoordeling of een bepaalde regeling van arbeidsvoorwaarden redelijk is. Daarbij is de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het algemeen geregeld in art. 6:2 en art. 6:248 BW. Een afzonderlijke regeling met betrekking tot wijzigingsbedingen is volgens de fractie niet nodig. ‘Bij de toepassing van art. 6:248 BW moet mede in aanmerking worden genomen dat ook de aard van de arbeidsovereenkomst zich ertegen verzet dat de werkgever te lichtvaardig eenzijdige wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kan aanbrengen die voor de werknemer nadelig zijn.’⁹⁷

Ook de SGP-fractie meende dat al voorzien is in een redelijkheidstoets in de algemene bepalingen ten aanzien van redelijkheid en billijkheid in de artikelen 6:2 en 6:248 van het BW.⁹⁸ Mijns inziens wordt bij deze opmerking wel over het hoofd gezien dat art. 7:613 BW een omkering van de bewijslast met zich brengt waardoor het niet meer aan de werknemer is om te stellen en te bewijzen dat gebruikmaking van het wijzigingsbeding in strijd is met de redelijkheid. De werkgever moet aantonen dat dit redelijk is.

De GroenLinks-fractie had bedenkingen ten aanzien van het oorspronkelijk voorgestelde tweede lid van art. 7:613 BW. Op grond van dit lid werd een zwaarwegend belang vermoed aanwezig te zijn indien de werkgever de instemming van de or voor een regeling had verkregen. Zo vroeg de fractie zich het volgende af:

‘Kan de OR wel gezien worden als een voldoende sterk tegenwicht ten opzichte van de ondernemer? Welke waarborg bestaat er dat de OR inderdaad bij de instemming met een voorstel van de ondernemer toetst of er sprake is van een zwaarwegend belang zijdens de werkgever? Of is het denkbaar dat de OR

96. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 22.

97. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 22.

98. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 24.

simpelweg akkoord gaat met een wijzigingsvoorstel, omdat de raad op een heel ander vlak iets van de ondernemer gedaan probeert te krijgen? In hoeverre is de OR voorts representatief te achten voor de werknemers of groepen van werknemers die getroffen worden door eenzijdige wijziging?⁹⁹

De sp-fractie had grote bezwaren tegen het wetsvoorstel. Volgens deze fractie moet als belangrijkste uitgangspunt gelden dat arbeidsvoorwaarden niet kunnen worden vastgesteld of gewijzigd zonder de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer. Om die reden zou aan de or geen uitdrukkelijke rol moeten toekomen bij de vaststelling of wijziging van arbeidsvoorwaarden, die direct doorwerken in de arbeidsovereenkomst. Mocht aan de or toch een rol toekomen, dan dient dit te zijn in de vorm van een instemmingsrecht en niet in de bevoegdheid een overeenkomst te sluiten met de ondernemer. Ook in de situatie dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden uit een cao van toepassing wil verklaren op ongeorganiseerde werknemers, was de fractie van mening dat de werkgever hier de uitdrukkelijke instemming van de werknemers voor nodig had. Dat arbeidsvoorwaarden voortvloeien uit een cao, acht de fractie niet een rechtvaardiging om eenzijdig in te breken in de individuele arbeidsovereenkomst.¹⁰⁰

Doorwerking in individuele arbeidsovereenkomst

In de Memorie van Toelichting werd door de regering vooropgesteld dat de cao – als regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde – prevaleert boven afspraken tussen ondernemer en or. De normatieve werking van cao's blijft gehandhaafd. De afspraken met de or daarentegen hebben niet het karakter van een cao en werken dus niet automatisch en dwingend door in de individuele arbeidsovereenkomst.¹⁰¹ Uit het verslag van een openbaar gesprek van de vaste commissie voor Sociale Zaken wordt duidelijk dat ook hier doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst van ondernemingsovereenkomsten door geen van de partijen werd bepleit.

Van de zijde van de vakbeweging (FNV) werd gesteld dat in het huidige systeem van arbeidsvoorwaardenvorming twee systemen bestaan die niet door elkaar moeten worden gehaald. Enerzijds bestaat het contractuele systeem van Wet CAO, die de bevoegdheden vaststelt die gekoppeld zijn aan het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht. Daarbij is er ook het individuele arbeidsovereenkomstenrecht dat de individu bescherming biedt bij bepaalde individuele contracten. Het bezwaar van de vakbeweging is dat dit

99. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 23.

100. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 7, p. 24.

101. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 23.

contractuele systeem door elkaar gehaald wordt met onderwerpen die in de wor geregeld worden: ‘In die wet is toch sprake van een ander model. Een or is een instituut dat binnen een bedrijf functioneert met bepaalde rechten op basis van de Wet op de ondernemingsraden. De or is geen vereniging van werknemers om belangen te behartigen en om collectieve overeenkomsten te sluiten.’ Om die reden toonde de vakbeweging bezwaar tegen doorwerking van afspraken met de or in de individuele arbeidsovereenkomst. Wel zou de FNV iets voelen voor een instemmingsrecht van de or, daar dit niets te maken heeft met het contracteren tussen or en ondernemer.

Van werkgeverszijde werd opgemerkt dat zij individuele contractsvrijheid van groot belang achtte: ‘In ieder geval is voor ons essentieel en fundamenteel in onze systematiek van arbeidsverhoudingen dat onderhandelingen met vakbonden en or plaatsvinden op basis van wederzijdse vrijwilligheid. De contractsvrijheid is ook in onze contacten met de or essentieel.’ In dit verband zag de werkgeversvereniging niets in een automatisch instemmingsrecht van de or. Daarbij stellen de werkgevers dat ze het vreemd achten dat de vakbeweging wel een instemmingsrecht bepleit, maar vervolgens niets voelt voor doorwerking van een ondernemingsovereenkomst. De vakbeweging antwoordde dat dit ook twee verschillende principes zijn. Een instemmingsrecht past in de systematiek van de wor en een contracterende or past niet in deze systematiek. Het contracteren door vertegenwoordigers van werknemers is voorbehouden aan verenigingen van werknemers. Met betrekking tot de genoemde vrijheid merkte de FNV op dat die vrijheid vooral door de ondernemers wordt genoten. Door het vermengen van de twee systemen van arbeidsvoorwaardenvorming kunnen de ondernemers ‘vrij gaan winkelen’. Zij kunnen immers kiezen met welke partij zij zullen contracteren. Deze vrijheid geldt niet voor de werknemerspartij.¹⁰²

De Unie MHP stelde in principe geen bezwaren te hebben tegen het maken van afspraken met de or. Maar er moest wel met de individuele werknemer worden nagegaan of die afspraak ook voor de individuele werknemer gold. De individuele werknemer moest die afspraak expliciet accepteren. Met betrekking tot het instemmingsrecht van de or, dat in het oorspronkelijke wetsontwerp was opgenomen, stelde de MHP het volgende. Ook als de or instemde met een bepaalde maatregel, moest nog beoordeeld worden of de or wel voldoende representatief was voor die beslissing. Hierbij werd het volgende voorbeeld gegeven:

‘Een or die alleen maar bestaat uit lager personeel kan instemmen met een maatregel die alleen maar geldt voor het middelbaar en hoger personeel. (...) Ik kan mij heel goed voorstellen dat een werknemer zich niet gebonden voelt

102. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 4, p. 5.

aan een instemming van de OR. Dan heeft hij in redelijkheid en billijkheid een zaak. Vandaar dat wij de doorwerking op die wijze niet wensen.¹⁰³

VNO-NCW onderschreef de filosofie van het kabinet en in het bijzonder dat er voor afspraken tussen ondernemer en or een juridisch kader nodig is. Zij benadrukte dat eventuele afspraken alleen dienden te ontstaan op basis van vrijwilligheid. Om die reden achtte zij het onnodig om iets te regelen inzake de doorwerking van die afspraken naar het niveau van de individuele arbeidsovereenkomst. Tussen de partijen bestonden dus geen grote tegenstellingen over de vraag naar doorwerking; doorwerking werd door geen van de partijen bepleit.¹⁰⁴

In het hierboven reeds genoemde SER-advies wordt door een deel van de Raad, waaronder vakbeweging en kroonleden, opgemerkt dat de or bij meerderheid van stemmen besluit tot het al dan niet instemmen met een ondernemingsregeling. Hierdoor wordt de minderheid door de meerderheid gebonden. Deze wijze van besluitvorming wijkt volgens deze raadsleden sterk af van de wijze van besluitvorming zoals die plaatsheeft aan de onderhandelingstafel van de cao. De onderhandelaar die het niet eens is met het resultaat, kan besluiten niet akkoord te gaan. Hierdoor wordt ook voorkomen dat de werknemersleden die hij vertegenwoordigt gebonden raken aan regelingen die zij niet goedkeuren.¹⁰⁵

Bij de totstandkoming van de WOR 1998 en art. 7:613 BW waren er geen bepleiters van doorwerking van de ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst, omdat dit een te grote systeemwisseling zou inhouden. Met betrekking tot de eenzijdige wijziging zijn de opvattingen verdeeld. De SGP en D'66 achtten de redelijkheidstoets van art. 7:613 BW overbodig. De SP had bezwaren tegen een contracterende or, maar wilde de or wel een instemmingsrecht toekennen. GroenLinks zette vraagtekens bij de countervailing power van de or, indien het oorspronkelijke lid 2 van art. 7:613 BW zou worden aangenomen. Het CDA juichte de wijziging toe, als het primaat van de vakorganisatie bij de arbeidsvoorwaardenvorming maar gehandhaafd zou blijven. De PvdA hechtte aan een duidelijke verdeling van taken tussen de or en de vakbonden. De VVD tenslotte gaf aan te betreuren dat de regering niet meer kansen creëerde voor maatwerk op het niveau van de onderneming.

103. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 4, p. 7.

104. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 4, p. 8.

105. SER-advies 94/06: *Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR*, Den Haag: SER 1994, p. 168.

1.5 Bedrijfsregelingen

Achtergrond

Vooraf aan het huidige art. 7:613 BW ging de regeling van het arbeidsreglement in het BW. In het oude BW was in art. 1637j bepaald, dat een door de werkgever vastgesteld reglement voor de werknemer alleen verbindend was, indien de werknemer schriftelijk had verklaard zich met dit reglement te verenigen. Het BW gaf geen definitie van het arbeidsreglement en bepaalde ook niets ten aanzien van de inhoud van het reglement of de onderwerpen die daarin geregeld zouden kunnen worden. Art. 1637j BW bevatte wel een drietal formele eisen voor de rechtsgeldigheid van een arbeidsreglement. Het eerste vereiste was dat een volledig exemplaar van het reglement kosteloos door of vanwege de werkgever aan de werknemer werd verstrekt. De tweede eis was dat door of vanwege de werkgever een door deze ondertekend volledig exemplaar van het reglement ter inzage voor een ieder werd neergelegd ter griffie van het kantongerecht, binnen welk ressort de onderneming gevestigd was. De derde eis was dat een volledig exemplaar van het reglement op een voor de werknemer gemakkelijk toegankelijke plaats, zoals het arbeidslokaal, duidelijk leesbaar werd opgehangen.

Daarnaast bepaalde art. 1637l BW dat een verklaring van een werknemer, waarbij deze zich verenigde met elk in de toekomst vast te stellen reglement of met iedere toekomstige wijziging in een bestaand reglement, nietig was. Tevens was een nieuw reglement dat tijdens de dienstbetrekking was vastgesteld danwel een wijziging inhoud van een bestaand reglement, slechts dan verbindend indien de werknemer tijdig van te voren kennis kon nemen van het nieuwe reglement en daarmee instemde. De bepaling van 1637k BW vormde het sluitstuk van de regeling. Dit artikel schreef voor dat de weigering van de werknemer om akkoord te gaan met een nieuw of gewijzigd arbeidsreglement werd aangemerkt als een opzegging van de dienstbetrekking. Hier bestond dus veel vrijheid voor de werkgever en zeer weinig vrijheid voor de werknemer. Ook de WOR kende een artikel betreffende het arbeidsreglement. Sinds 1971 bepaalde art. 27 WOR dat de werkgever instemming van de OR behoefde voor de wijziging of vaststelling van een arbeidsreglement, als bedoeld in art. 1637j BW.

Beperken van individuele contractsvrijheid

Hoewel hierboven voor de volledigheid kort is ingegaan op de historie van het arbeidsreglement, zal in deze paragraaf niet dieper worden ingegaan op de discussie over het al dan niet beperken van de individuele contractsvrijheid door een bedrijfsregeling. De reden hiervoor is dat in de voorgaande paragraaf (1.4) al besproken is welke argumenten er zijn gewisseld bij de

wijziging van de wor in 1998 waarbij art. 7:613 in het BW werd opgenomen. Dit artikel stelt vast dat voor een eenzijdige wijziging van (bijvoorbeeld een geïncorporeerde) bedrijfsregeling vereist is, dat de belangen van de werkgever bij die wijziging zwaarder wegen dan de belangen van de werknemer die door de wijziging worden geschaad, dit bezien in het licht van redelijkheid en billijkheid. Het artikel legde de bewijslast aan de zijde van de werkgever, waardoor de individuele contractsvrijheid van de werkgever sterker wordt bepert dan vóór 1998 het geval was. Desalniettemin beschikt de werkgever in de praktijk in tegenstelling tot de werknemer over ruime mogelijkheden om gebruik te maken van zijn individuele contractsvrijheid door het gebruik van bedrijfsregelingen. Voor een overzicht van de gewisselde argumenten verwijs ik naar paragraaf 1.4.

1.6 Conclusie

Ten tijde van het totstandkomen van de collectiefrechtelijke wetgeving is gediscussieerd over de spanning die het beperken van de individuele contractsvrijheid door collectiefrechtelijke wetgeving met zich meebrengt. In de discussie kunnen verschillende argumenten worden onderscheiden die achtereenvolgens worden besproken.

Differentiatie en maatwerk

Dit type argument werd in twee verschillende situaties gebruikt. In eerste instantie werd het gebruikt in de discussie over de vraag of sociale partners wel konden beslissen over wat goed zou kunnen zijn voor de individuele ‘arbeider’. Dat was ten tijde van het proces van centraliseren van de arbeidsvoorwaardenvorming door middel van het instrument van de cao en avv. Bij het decentraliseren van de arbeidsvoorwaardenvorming ten tijde van het herzien van de wor kwam het argument van maatwerk en differentiatie weer ter tafel. Het argument werd gebruikt bij de vraag of aan de or meer bevoegdheden moesten toekomen met betrekking tot arbeidsvoorwaardenvorming. Voorstanders van meer bevoegdheden voor de or stelden dat met de or beter kon worden onderhandeld over arbeidsvoorwaarden, omdat hij beter weet wat er speelt binnen een specifieke onderneming. In de tussenliggende periode, bij de opkomst van de verzorgingsstaat die was gebouwd op collectieve arrangementen, werd het argument van differentiatie niet gehoord, er bestond blijkbaar eensgezindheid over het nut van de collectieve instrumenten.

Verantwoordelijkheidsverdeling

De vraag wie de verantwoordelijkheid moet dragen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden speelde sterk bij de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst. Voornamelijk was de vraag aan de orde of ingrijpen van de overheid in het proces van de vrije markt wel gewenst was. Dit niet alleen om de marktwerking niet te verstoren, zoals de liberalen vreesden, maar ook omdat de confessionelen liever zagen dat organisaties vanuit de maatschappij zelf ontstonden, zonder overheidsbemoediging.

Ten tijde van het herzien van de WOR was de vraag niet zozeer wat de gewenste verdeling zou zijn tussen de overheid of de sociale partners. Veeleer rees de vraag naar de verdeling van verantwoordelijkheid tussen sociale partners en het niveau van de onderneming of het individuele niveau. Liberalen bepleitten een toenemende decentralisatie van de vorming van arbeidsvoorwaarden. Deze verantwoordelijkheid zouden or en individuele werknemer en werkgever samen kunnen dragen. Aan sociale partners zou nog slechts een regisserende rol toekomen, door de kaders te scheppen waarbinnen nadere afspraken kunnen worden gemaakt op het ondernemingsniveau. Door sociaal-democraten werd echter gesteld dat de verantwoordelijkheid voor onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden bij de werknemersverenigingen dient te liggen en niet bij de or, wegens het ontbreken van mandaat van de werknemers en gebrek aan countervailing power.

Kracht, kennis en kunde

Zowel bij het ontstaan van de Wet CAO als bij het ontstaan van de WOR, werd gediscussieerd over de vraag of de partijen sterk genoeg zijn om te kunnen onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden. Niet alleen de kracht van de partij speelde een rol, ook de kennis en ervaring waren elementen die in de discussie werden betrokken. Zo werd in 1927 in de discussie gesteld dat de individuele werknemer niet in staat was om voor zijn belangen op te komen. Om die reden werd de vorming van arbeidsvoorwaarden gecentraliseerd.

Bij het herzien van de WOR waren voorstanders van de individualisering van mening dat de individuele werknemer zelf voldoende in staat was om zijn eigen boontjes te doppen, omdat de werknemer van het einde van de twintigste eeuw veel mondiger is dan de ‘arbeider’ van het begin van de twintigste eeuw. Tegenstanders hiervan beweerden echter dat de or niet over voldoende kracht, kennis en kunde (countervailing power) beschikte om zijn onderhandelingspartner van repliek te dienen.

Solidariteit

Bij de Wet CAO en AVV was solidariteit van werknemers onderling een belangrijk argument van voorstanders van die wetgeving. Vraag was wel of de overheid hier een taak had om de solidariteit te ondersteunen of dat de initiatieven puur van de ‘arbeiders’ zelf moesten komen. Door de toenemende individualisering is het begrip solidariteit meer naar de achtergrond verdwenen. De tendens van individualisering kenmerkt zich door de afbouw van de (collectieve) verzorgingsstaat en de opkomst van wat men noemt de ‘mondige burger of werknemer’. In de discussie over decentralisering van arbeidsvoorwaardenvorming, wordt de mondige werknemer als voorbeeld gebruikt om tot uitdrukking te brengen dat de werknemer – meer dan vroeger – in staat is voor zijn eigen belangen op te komen. Onderlinge solidariteit zou derhalve minder nodig zijn en ook bescherming zou om die reden minder noodzakelijk zijn dan vroeger. Met het verdwijnen van de solidariteit, is ook de beschermingsgedachte naar de achtergrond gedrongen.

Negatieve contractsvrijheid

Bij het totstandkomen van de Wet CAO en AVV toonden de liberalen zich tegenstanders van de binding van ongeorganiseerden aan de CAO. Werknemers en werkgevers die zich niet wensten te organiseren moesten niet tegen hun wil gebonden kunnen worden aan een collectieve regeling. Dit was in strijd met de individuele contractsvrijheid van het individu. Ook werd wel gesproken over de ‘tyrannie van de meerderheid’. Anderen zetten daar tegenover dat geen sprake mag zijn van de ‘tyrannie van de minderheid’. De verhouding tussen het individuele belang en dat van het collectief was een heikel punt in de discussie. De communistische partij verzette zich tegen beperking van de bewegingsvrijheid van de arbeiders door AVV. De individuele vrijheid diende voorop te staan en het was niet aan bureaucraten te beoordelen wat goed was voor individuele werknemers.

Bij de herziening van de WOR en de discussie over de eventuele doorwerking van de ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst speelde het begrip negatieve contractsvrijheid eveneens een rol van betekenis. Voor de meerderheid van de partijen zou doorwerking een te grote systeembreuk betekenen. Waar het gaat om invloed van de OR op de individuele arbeidsovereenkomst van werknemers, werd gewezen op het feit dat de individuele werknemer zich niet vrijwillig laat vertegenwoordigen door de OR. De werknemer heeft niet de keuze zich aan te sluiten bij de OR zoals bij een vakbond, die een vereniging is. De OR is een – weliswaar democratisch – instituut, maar omdat de werknemer zich niet kan onttrekken aan besluiten van de OR, zouden deze besluiten volgens de meerderheid in de parlementaire discussie geen doorwerking moeten hebben.

Ordering en rust

Dat de cao rust brengt in een bedrijfstak was één van de meest gehoorde argumenten van voorstanders van de cao. Er hoeft immers niet individueel te worden onderhandeld. De werknemer en de werkgever weten waar zij aan toe zijn. Er zijn daardoor weinig stakingen en geen concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Dit geldt ook voor avv, dat ervoor zorgt dat de rust van de cao niet wordt ondermijnd door enkele ongebonden werkgevers en werknemers die met elkaar arbeidsvoorwaarden overeenkomen die beneden het niveau van de cao liggen.

Concurrentie en flexibiliteit

Door tegenstanders van cao en avv werden in 1927 en 1937 al vraagtekens gezet bij de effecten van deze instrumenten op concurrentie en flexibilisering. Zoals hierboven gesteld, was het argument van ordering en rust van zwaar gewicht bij het aannemen van de Wet cao en de Wet avv. Ondernemers vreesden destijds voor verstarring van het economisch leven. Zij stelden dat de concurrentie werd bemoeilijkt, wat weer nadelig kon uitwerken voor de positie van Nederland in het internationale bedrijfsleven. Tegenwoordig wordt dit argument weer gebruikt door critici van de cao en de algemeen verbindend verklaring daarvan.

Systematiek

Bij het wijzigen van de wor in 1998 speelde de vraag of aan de or meer bevoegdheden moesten worden toegekend. Aan de orde was toen of de or met de ondernemer kon contracteren over arbeidsvoorwaarden. Nog los van de vraag of een eventuele afspraak doorwerking zou hebben, toonde de vakbeweging zich tegenstander van deze contractuele benadering van de medezeggenschap. Een instemmingsrecht paste beter in de systematiek. Hiertoe werd het volgende gesteld. Tot dan toe was het sluiten van overeenkomsten voorbehouden aan verenigingen van werknemers, die hun leden vertegenwoordigden. De or daarentegen is een instituut en vertegenwoordigt de werknemers op grond van de wet in plaats van op basis van lidmaatschap.

Slot

De inzet van de argumenten is tijdgebonden en afhankelijk van de economische situatie. Wordt de voorkeur gegeven aan absolute marktwerking of worden de uitkomsten van marktwerking iets verzacht door de uitkomsten te socialiseren? Wordt geloofd in de kracht van het individu of wordt ervan

uitgegaan dat niet alle individuen hun eigen boontjes kunnen doppen en derhalve bescherming verdienen? Mede afhankelijk van het economisch tij zal nu weer eens de ene stroming, dan weer eens de andere stroming in populariteit toe- of afnemen.

Na het debat over de totstandkoming van de Wet CAO en Wet AVV die in het teken stond van de verhouding tussen het centrale niveau (de overheid) en het decentrale niveau van de sociale partners, heeft de spanning tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming lange tijd niet ter discussie gestaan. In de jaren negentig van de vorige eeuw kwam het individuele niveau meer in de belangstelling. Dit speelde een rol toen vraagtekens werden gesteld bij de houdbaarheid van het instrument van avv en – in het verlengde – cao.

In de komende hoofdstukken zullen de verschillende collectieve instrumenten van arbeidsvoorwaardenvorming afzonderlijk worden besproken. In deze hoofdstukken zal, naast de juridisch-technische behandeling van de instrumenten, ook de recente discussie over de verhouding tussen contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming aan de orde komen.

2. CAO EN INDIVIDUELE CONTRACTSVRIJHEID

2.1 Inleiding

Voor het overgrote deel van de Nederlandse beroepsbevolking geldt een cao. Als de werknemer en werkgever zijn gebonden door een cao op grond van de Wet CAO staat het de individuele partijen niet langer vrij een afwijkende individuele afspraak te maken. Dit primaat van de collectiviteit boven het individu is één van de peilers van het collectieve arbeidsrecht. Dit kan knellend werken voor ondernemers die hun arbeidsvoorwaarden meer flexibel gestalte willen geven. Ook kan het primaat van de collectiviteit knellend zijn voor werknemers die meer geïndividualiseerde arbeidsvoorwaarden willen, bijvoorbeeld om arbeid en zorg te kunnen combineren.

De vraag die in dit hoofdstuk onderzocht zal worden is hoeveel ruimte er rest voor individuele keuzevrijheid indien een cao van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Na de inleiding (2.1) wordt ingegaan op verschillende typen gebondenheid van werknemers (2.2) en werkgevers (2.3), de tijdsduur van de gebondenheid (2.4), het type arbeidsvoorwaarden waarvoor de gebondenheid geldt (2.5) en op de vraag hoe dwingend die gebondenheid aan de cao is (2.6). Tot slot volgt de conclusie (2.7).

2.1.1 *Systeem cao-recht*

Een grondbeginsel van het cao-recht is dat werknemer en werkgever hun contractsvrijheid met betrekking tot arbeidsvoorwaarden opgeven indien zij lid worden van een vakbond of werkgeversvereniging. Het lidmaatschap van deze verenigingen is een vereiste voor de gebondenheid aan een cao.¹ Door het lidmaatschap van de vakbond kiest de werknemer ervoor zich te laten vertegenwoordigen in het arbeidsvoorwaardenoverleg. De uitkomst van dat overleg, de cao, werkt door in de individuele arbeidsovereenkomst, indien de werkgever ook gebonden is. De gebondenheid ontstaat door art. 9 Wet CAO, dat een dubbele eis stelt. Door de cao gebonden zijn al degenen die lid zijn van een cao-partij én bij de cao zijn betrokken. De betrokkenheid duidt op de bedoeling van cao-partijen. Van belang is voor wie zij de cao hebben willen sluiten. De doelgroep wordt meestal in de definities

1. In dit hoofdstuk wordt de situatie van avv buiten beschouwing gelaten.

aan het begin van de cao aangeduid, of de doelgroep blijkt impliciet uit de regeling van de functie- en salarisgroepen.²

Wederzijdse gebondenheid op grond van art. 9 Wet CAO is een eerste vereiste voor de normatieve werking van art. 12 Wet CAO. De normatieve werking van art. 12 Wet CAO houdt in dat bepalingen van de cao automatisch en dwingend doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst die is gesloten tussen een werkgever en een werknemer, die beiden aan de cao gebonden zijn. Door de normatieve werking zijn bepalingen die tussen een gebonden werkgever en een gebonden werknemer zijn overeengekomen in de individuele arbeidsovereenkomst nietig, indien zij strijden met de bepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomst. De bepalingen van de cao komen dan in plaats van de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomst. De gebonden werknemer en werkgever kunnen niet meer vrijelijk over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden onderhandelen. Ook al zouden beide partijen wilsovereenstemming bereiken over een afwijking, deze wordt automatisch getroffen door de nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO. Daarbij past één kanttekening. Afwijken ten gunste van de werknemer is in de meeste gevallen wel toegestaan. Dit wordt het gunstigheidsbeginsel genoemd.³ Dit is slechts anders indien de cao een standaard-cao is waarvan niet mag worden afgeweken. In de regel zijn cao's minimum-cao's.⁴

Ook voor de aanvullende werking van art. 13 Wet CAO is gebondenheid vereist. Op grond van de aanvullende werking modelleert de cao voor arbeidsvoorwaardenbepalingen die niet in de individuele arbeidsovereenkomst, maar wel in de cao zijn geregeld de individuele arbeidsovereenkomst naar voorbeeld van de cao. Wanneer een vakbonds lid en een gebonden werkgever dus in de individuele arbeidsovereenkomst (opzettelijk) niets hebben geregeld ten aanzien van loon, en hierover is wel een bepaling in de cao opgenomen, dan worden de partijen geacht overeenkomstig de cao te hebben gecontracteerd. De vrijheid van partijen om op individueel niveau niets te regelen, wordt dan 'overruled' door de werking van de cao. Door de normatieve en aanvullende werking van artikel 13 Wet CAO verliezen werkgever en werknemer keuzevrijheid indien in de bedrijfstak of onderneming een cao van kracht is met een toepasselijke werkingssfeer.

De gebonden werkgever is op grond van art. 14 Wet CAO verplicht de cao ook toe te passen op niet georganiseerde werknemers die bij hem in dienst treden. Deze verplichting heeft hij tegenover sociale partners en niet tegenover de niet-georganiseerde werknemer. De verplichting is in het leven geroepen om te voorkomen dat niet-georganiseerde werknemers

2. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 63.

3. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 89.

4. H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 231.

de vakbondsleden concurrentie aandoen. Hoewel in de praktijk de meeste werknemers instemmen met het aanbod van de cao door de werkgever behoudt de niet-georganiseerde werknemer in theorie de mogelijkheid het aanbod te weigeren. Indien de werknemer instemt met de toepassing van de cao, dan zijn er twee mogelijkheden. Ten eerste kan de cao feitelijk worden toegepast. Ten tweede kan de cao uitdrukkelijk worden geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. In de laatste situatie ontstaat een vorderingsrecht van de werknemer op grond van zijn individuele arbeidsovereenkomst, in de eerste situatie is dit niet het geval.

Art. 14a Wet CAO is bestemd voor de situatie van overgang van onderneming. Het artikel bepaalt dat rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voor de vervreemder van de onderneming ten aanzien van de werknemers voortvloeiden uit bepalingen van een cao waaraan de vervreemder gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming. Door de overgang van onderneming is de verkrijgende werkgever verplicht ten aanzien van de overgenomen werknemers de bepalingen van de cao door welke de vervreemdende werkgever was gebonden toe te passen. Dit is de verkrijger niet alleen verplicht ten aanzien van de overgenomen werknemers die vóór de overname gebonden waren aan de cao; ook moet de verkrijger de verplichtingen die voortvloeien uit art. 14 Wet CAO naleven ten aanzien van de overgenomen werknemers die niet aan die cao zijn gebonden.⁵

Er zijn ook niet georganiseerde werkgevers. Zij kunnen ervoor kiezen de cao 'te volgen'. Zij kunnen dit doen door een incorporatiebeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst eventueel aangevuld met een beding tot eenzijdige wijziging. Het incorporatiebeding verwijst dan naar een bepaalde cao die tussen partijen van toepassing wordt. Er is dan echter geen sprake van cao-recht, maar van individuele arbeidsovereenkomstenrecht. In het geval van incorporatie van een cao worden de cao-bepalingen contractsbepalingen en geldt ook niet meer de dwingende doorwerking. Partijen zijn vrij om – los van de inhoud van de cao – anders overeen te komen in hun individuele contract.⁶

De dwingende werking van de cao haakt aan bij de gebondenheid van de werkgever. Als de werkgever gebonden is is hij verplicht de cao toe te passen in de relatie met zijn georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers. De ongebonden werkgever is vrij om de cao niet toe te passen of om de cao wel te volgen maar hier gedeeltelijk van af te wijken. Wel kan de ongebonden werkgever verplicht worden de cao toe te passen als gevolg

5. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 3 bij art. 14a Wet CAO.

6. A.F. Bungener, E. Koot-van der Putte, 'Incorporeren van een CAO door een ongebonden werkgever', *SR* 2006, 6/7, p. 227-232.

van een overgang van onderneming conform art. 14a Wet CAO. Ook kan de ongebonden werkgever verplicht worden de cao toe te passen indien deze algemeen verbindend is verklaard, maar deze situatie blijft in dit hoofdstuk buiten beschouwing. Zie hiervoor Hoofdstuk 3.

2.1.2 *Cijfers*

In 2005 zijn in totaal 748 reguliere cao's aangemeld. Onder deze cao's vallen bijna 6,2 miljoen werknemers. Het betreft 174 bedrijfstak-cao's met 5,3 miljoen werknemers en 574 ondernemings-cao's met ruim 0,8 miljoen werknemers. In aanmerking genomen dat de beroepsbevolking 7,4 miljoen Nederlanders telt⁷, is duidelijk dat de dekkinggraad van de cao in Nederland groot is en zo'n 84% bedraagt. Hier staat tegenover dat de organisatiegraad van de beroepsbevolking slechts 25% bedraagt.⁸

Tabel 2.1: Overzicht van reguliere cao's naar soort en economische sector

	Bedrijfstakken		Ondernemingen		Totaal aantal	
	cao's	Werknemers	cao's	Werknemers	cao's	Werknemers
Landbouw	10	206.000	1	-	11	206.000
Industrie	48	926.500	274	150.000	322	1.076.500
Bouwnijverheid	12	627.500	3	5.000	15	632.500
Handel en Horeca	40	1.258.500	47	45.500	87	1.303.500
Vervoer en communicatie	11	356.000	104	162.500	115	518.500
Zakelijke dienstverlening	15	585.500	93	208.500	108	794.000
Overige dienstverlening	38	1.346.500	52	288.000	90	1.634.500
Totaal	174	5.307.000	574	859.000	748	6.166.000

Bron: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving, *Voorjaarsrapportage CAO-afspraken* 2005, bijlage 6: overzicht van cao's in Nederland.

7. CBS, *Maandelijkse cijfers werkloze-, werkzame- en niet-beroepsbevolking*, 2005 dec./2006 feb., Voorburg/Heerlen 2006.

8. CBS, *Sociaal-economische maandstatistiek* 2003/3, p. 17.

Naast de reguliere cao's zijn er per bedrijfstak en per onderneming ook andere typen cao's te onderscheiden. Onderstaande tabel bevat een overzicht van de verschillende soorten cao's. Naast de reguliere cao's worden onderscheiden: cao's met betrekking tot: vervroegde uittreding (vut), opleiding (o&o), sociaal fonds (sf) en overigen (ove).

Tabel 2.2: Aantal cao's uitgesplitst naar soort en type

Type	Bedrijfstakken	Ondernemingen	Totaal
REG	174	574	748
VUT	46	2	48
O&O	17	-	17
SF	31	-	31
OVE	45	254	299
Totaal	313	830	1143

Bron: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving, *Voorjaarsrapportage CAO-afspraken 2005*, bijlage 6: overzicht van cao's in Nederland.

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen de werknemers die rechtstreeks vallen onder de werking van een bedrijfstak-cao en de werknemers die worden gebonden door de algemeen verbindend verklaring (avv) van de cao. Ruim 4,6 miljoen werknemers worden direct gebonden door de bedrijfstak-cao en 0,7 miljoen worden gebonden door de werking van avv.

Tabel 2.3: Overzicht van werknemers onder cao en avv voor de reguliere bedrijfstak-cao's uitgesplitst naar economische sector

Werknemers	Aantal	cao	AVV	Totaal
Landbouw	10	131.000	75.500	206.000
Industrie	48	841.500	85.500	926.500
Bouwnijverheid	12	511.500	116.500	627.500
Handel en Horeca	40	980.000	278.500	1.258.500
Vervoer en communicatie	11	313.500	42.500	356.000
Zakelijke dienstverlening	15	563.000	23.000	85.500
Overige dienstverlening	38	1.305.000	41.500	1.346.500
Totaal	174	4.644.500	662.500	5.307.000

Bron: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving, *Voorjaarsrapportage CAO-afspraken 2005*, bijlage 6: overzicht van cao's in Nederland.

Uit deze cijfers kan volgens het ministerie van szw worden geconcludeerd dat gemiddeld 14% van de werknemers onder bedrijfstak-cao's werkzaam is in bedrijven die geen partij zijn bij de cao-onderhandelingen. Deze werknemers worden alleen gebonden als gevolg van de algemeen verbindend verklaring. Meer hierover in hoofdstuk 3.

2.1.3 *Probleemstelling*

Uit de behandeling van het systeem van cao-recht (par. 2.1.1) blijkt dat de werking van het cao-recht dwingend is. Op het moment dat partijen zijn gebonden door de cao mogen zij niet afwijken in de individuele arbeidsovereenkomst, tenzij deze afwijking gunstiger is voor de werknemer. Ook bleek dat het overgrote deel van de beroepsbevolking valt onder de werking van een cao terwijl slechts 25% van de werknemers zich hiertoe verbindt door het aangaan van een vakbondslidmaatschap. Men kan bij de dwingende binding door de cao de vraag stellen in hoeverre dit nog past in deze tijd. De Wet CAO dateert uit 1927 toen het nog gebruikelijk was om zaken collectief te regelen. Tegenwoordig worden regelingen in toenemende mate geïndividualiseerd. Ook kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre de vertegenwoordiging door de vakbond in het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg als representatief is te beschouwen. De vakorganisatie vertegenwoordigt feitelijk slechts 25% van de beroepsbevolking, desondanks wordt de overgrote meerderheid van de werknemers gebonden door de cao.

Is het gegeven dat de moderne werknemer die beter opgeleid is dan tachtig jaar geleden het geval was nog te rijmen met het feit dat afwijken van de cao niet is toegestaan? Is het afwijken ook niet toegestaan indien werknemers massaal instemmen met de afwijking? Bestaat er dan geen contractsvrijheid? Hoe is dit in de situatie dat de werkgever in financiële moeilijkheden verkeert? Moeten deze werkgever zich ook strikt houden aan de cao of zijn er mogelijkheden om toch af te wijken? Is het misschien mogelijk om met instemming van de or of van het voltallige personeel af te wijken van de cao? Dit soort vragen zal ook aan de orde komen in dit hoofdstuk.

Duidelijk is dat de collectieve regelingen van grote invloed zijn op de rechtspositie van vele werknemers en werkgevers in Nederland. In dit hoofdstuk zal worden nagegaan of de cao daadwerkelijk zo weinig mogelijkheden voor individuele keuzevrijheid biedt als wel wordt beweerd. Hoofdvraag zal zijn welke ruimte het cao-recht nog biedt aan de individuele contractsvrijheid. Speciale aandacht zal worden besteed aan het gunstigheidsprincipe en aan art. 14 Wet CAO. De vraag zal worden behandeld door na te gaan hoeveel vrijheid er is bij *verschillende typen gebondenheid van werknemers en werkgevers*. Aandacht wordt besteed aan de vraag *voor welke tijd* en *voor welk type*

arbeidsvoorwaarden de gebondenheid geldt en tot slot *hoe dwingend* de gebondenheid is.

2.2 De werknemer en de cao

Voor de werknemer zijn verschillende typen gebondenheid te onderscheiden. Het type gebondenheid hangt af van de status van de werknemer. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan het vakbondslicid, de art. 14-werknemer, de werknemer gebonden door incorporatie, het oud-lid, de werknemer na overgang van onderneming, de af- en oproepwerknemer, de uitzendkracht en de freelancer (opdrachtnemer).

2.2.1 *Het vakbondslicid*

De arbeidsovereenkomst van het vakbondslicid is het meest direct genormeerd door de collectieve arbeidsovereenkomst. Door het lidmaatschap van de vakbond kiest de werknemer ervoor zich te laten vertegenwoordigen in het arbeidsvoorwaardenoverleg. De uitkomst van dat overleg, de cao, werkt door in de individuele arbeidsovereenkomst indien de werkgever ook gebonden is. De gebondenheid ontstaat door art. 9 Wet CAO, dat de dubbele eis stelt van gebondenheid en betrokkenheid. Voor de gebondenheid is niet vereist dat men vanaf het begin van de looptijd van de cao lid is van de vereniging die partij is bij de cao. Wanneer men gedurende de looptijd van de cao lid wordt van de vereniging, zal binding aan de cao ontstaan vanaf het moment dat men als lid is geaccepteerd, mits men betrokken is bij die cao. Vanaf dat moment zijn de normatieve en de aanvullende werking van de artikelen 12 en 13 Wet CAO van kracht.

Gebondenheid, betrokkenheid en werkingssfeer

Om vast te kunnen stellen of er sprake is van gebondenheid in de zin van art. 9 Wet CAO, moet eerst worden gezien of het vakbondslicid betrokken is bij de cao. Voor betrokkenheid bij de cao wordt gelet op de vraag wat de kernactiviteiten van de onderneming zijn. Aan de hand van de kernactiviteiten van de onderneming kan worden beoordeeld of de werkzaamheden vallen binnen de werkingssfeer van de cao. Hieronder worden twee zaken besproken waarbij de vraag speelde of personeel van de dochteronderneming voor wat betreft de arbeidsvoorwaarden onder de cao van de moederonderneming zou behoren te vallen.

In de uitspraak van het Scheidsgerecht voor het bankbedrijf van 26 februari 1997 (*FNV Dienstenbond/ABN AMRO Bank NV*)⁹ vorderde de FNV Dienstenbond nakoming van de cao voor het Bankbedrijf voor de medewerkers van het ABN AMRO Call Centre te Nijmegen. ABN AMRO was voornemens bij de medewerkers van het call centre minder gunstige arbeidsvoorwaarden toe te passen dan bij de medewerkers van de bank. In het geding vorderde de FNV Dienstenbond nakoming van de cao van zowel de ABN AMRO Bank NV als ABN AMRO Call Centre Nijmegen BV. Terzake van de vordering tegen laatstgenoemde partij verklaarde het Scheidsgerecht zich onbevoegd, aangezien dit call centre niet was aangesloten bij een van de cao-partijen, zodat het geen werkgever was in de zin van de cao. Het Scheidsgerecht stelde verder:

‘Het Scheidsgerecht (...) verwerpt het uitgangspunt van eiseres, dat op een vennootschap, welke geen lid is van partij ter ene zijde bij de cao en die niet valt onder de werkingssfeeromschrijving van de algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de cao, de cao van toepassing is als gevolg van de enkele omstandigheid dat zij een dochteronderneming is van een lid van de werkgeversvereniging, partij bij die cao.’

Vervolgens werd het geding gevoerd tegen ABN AMRO NV. Het ging hierbij om de vraag of de ABN AMRO, door aparte arbeidsvoorwaarden te hanteren voor personeel van het call centre, in overeenstemming met de centrale doelstellingen van de cao voor het Bankbedrijf handelde, te weten: regulering van de arbeidsvoorwaarden van in principe alle medewerkers in het bankbedrijf en voorkoming van concurrentievervalsing op de arbeidsmarkt. Het Scheidsgerecht beantwoordde deze vraag ontkennend. De werkzaamheden die de bank door het call centre wilde laten verrichten behoorden tot de kernactiviteiten van de bank. Er was geen rechtvaardiging voor een ander arbeidsvoorwaardenregime en een en ander zou kunnen leiden tot uitholling van het draagvlak van de cao.

Een vergelijkbare vraag betreffende de werkingssfeer van de cao deed zich voor in de zaak tussen *Bonden/NS Stations*.¹⁰ NS Stations BV (i.c. gedaagde) had bij wijze van experiment en later permanent kaartverkoopactiviteiten ondergebracht in de zogenaamde Wizzl winkel. Deze Wizzl winkel vormde een afzonderlijk organisatorisch deel van de bedrijfsvoering van NS Stations, maar was wel 100% dochter van NS-stations. In de winkel werden levens-

9. Scheidsgerecht voor het Bankbedrijf 26 februari 1997, *JAR* 1997/103.

10. Pres. Rb. Utrecht 20 januari 1998, *KG* 1998, 153.

middelen aangeboden volgens de formule van ‘convenience shops’ en ook werd de vroegere taak van het loket overgenomen.

Aanvankelijk bestond het personeel voornamelijk uit personen die gedetacheerd waren bij de ns Stations; zij vielen nog onder de cao van de Sociale Eenheid ns. Voor de nieuw aan te trekken medewerkers wilden ns Stations en Wizzl nieuwe (en minder gunstige) arbeidsvoorwaarden opstellen. Kern van het geschil betrof de vraag of de cao óók van toepassing was, of behoorde te zijn op het nieuwe personeel van Wizzl.

De President stelde vast, dat niet de kaartverkoop en de informatieverstrekking, maar de winkeliersactiviteiten als de kernactiviteiten van de Wizzl-winkels hadden te gelden. Om die reden meende de President dat er onvoldoende reden is om te oordelen dat de door de Wizzl gedreven onderneming viel onder de Sociale Eenheid ns. Het enkele feit dat de oprichting van de Wizzl-winkels heeft plaatsgevonden gedurende de looptijd van de cao was onvoldoende reden om te oordelen dat het Wizzl-personeel onder de cao zou moeten vallen; er waren overigens meer dochtervennootschappen uitgezonderd van de cao Sociale Eenheid ns. Voorts was geen sprake van een onaanvaardbare uitholling van het draagvlak van de cao.

In beide behandelde zaken (ABN AMRO en Wizzl) ging het om de vraag of het personeel van dochterondernemingen onder de cao van de moederonderneming zou moeten vallen. In het eerst behandelde geval luidt het oordeel dat er geen rechtvaardiging was voor een ander arbeidsvoorwaardenregime voor de dochteronderneming, omdat een en ander zou kunnen leiden tot uitholling van het draagvlak van de cao. In het geval van de Wizzl-winkel was er naar het oordeel van de President onvoldoende reden om te oordelen dan Wizzl eenzelfde arbeidsvoorwaardenregime zou moeten hebben als de Sociale Eenheid ns. In dit geval zou een en ander niet hoeven te leiden tot een onaanvaardbare uitholling van het draagvlak van de cao.

Het criterium dat van belang was in de beide zaken was de vraag of de te verrichten activiteiten kernactiviteiten betroffen. In de zaak tegen ABN AMRO was dat wel het geval en in de Wizzl-zaak werden in de dochteronderneming geen kernactiviteiten verricht. De toetsing van de werkingssfeer van de cao en het antwoord op de vraag of de werkzaamheden al dan niet kernactiviteiten betreffen zijn dus afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. De toetsing is van belang om te kunnen beoordelen of de werkgever gehouden is de cao toe te passen en of er spanning bestaat tussen de cao en de individuele contractsvrijheid om afwijkende arbeidsvoorwaarden overeen te komen.

Normatieve werking

Een uitspraak met betrekking tot de reikwijdte van de normatieve werking van art. 12 Wet CAO deed de Hoge Raad op 14 januari 2000 in de zaak *Quicken/Boonen*.¹¹ De uitspraak maakt duidelijk dat het gunstigheidsprincipe strikt dient te worden gehanteerd. Het gunstigheidsprincipe houdt in dat afwijken van een minimum-cao alleen is toegestaan indien dit gunstiger is voor de werknemer. In de zaak *Quicken/Boonen* werd nader vastgesteld wat nu precies onder ‘gunstig’ kan worden verstaan. Hoofddlijn van het arrest is dat bij een vergelijking van wat gunstiger is, de bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst stuk voor stuk moeten worden vergeleken met de bepalingen in de geldende cao.

In casu was op de individuele arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer de cao voor het Horecabedrijf van toepassing. De werknemer en werkgever waren in de individuele arbeidsovereenkomst een loon overeengekomen dat vele malen hoger was dan het loon dat in de cao was neergelegd. Tevens hadden de werkgever en de werknemer afgesproken geen overuren uit te zullen betalen. In het geding vorderde de werknemer toch vergoeding van de overuren op grond van art. 12 Wet CAO, dat stelt dat elk beding in een individuele arbeidsovereenkomst dat strijdig is met een cao, nietig is en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen van de cao gelden.¹²

De rechtbank oordeelde eerder dat de vordering moest worden afgewezen, omdat het maximale cao-loon vermeerderd met de in de cao geregelde overurenvergoeding lager was dan het door de werknemer genoten salaris. De rechtbank keek dus niet één op één welke bepalingen strijdig waren met de cao, maar paste een zogenaamde ‘pakketvergelijking’ toe. Ook de AG Hartkamp beoordeelde in de Conclusie met behulp van het ‘gezond verstand’ welke elementen (‘bedingen’) van de individuele arbeidsovereenkomst bij elkaar hoorden, mede met het oog op hetgeen partijen voor ogen stond en toetste de uitkomst hiervan vervolgens aan de cao.

De Hoge Raad oordeelde echter in geheel andere zin. Volgens de Hoge Raad is een ‘pakketvergelijking’ niet toegestaan en:

‘(...) heeft de Rechtbank miskend dat ingevolge art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst ‘elk beding’ dat strijdig is met een CAO waaraan beide partijen gebonden zijn, nietig is, en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen

11. HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43.

12. Boonen was geen vakbondslicid en feitelijk dus niet gebonden op grond van art. 9 en 12 Wet CAO. Het ontbreken van dit vakbondslicidmaatschap speelt echter geen rol in het geding. In de procedure wordt uitgegaan van art. 12 Wet CAO en de werking van dat artikel.

van de CAO gelden. Ook indien met de Rechtbank, als in cassatie onbestreden, ervan moet worden uitgegaan dat een CAO een minimumgarantie met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden bevat en dat bedingen die ten gunste van de werknemer van de CAO afwijken, geldig zijn, had de Rechtbank dan ook, nu Boonen zich erop had beroepen dat met betrekking tot de overwerkvergoeding het in de CAO bepaalde had te gelden, dienen te onderzoeken of hetgeen ten aanzien van het overwerk in de arbeidsovereenkomst is bepaald gunstiger is dan het dienaangaande in de CAO bepaalde. Zij had derhalve niet het in de arbeidsovereenkomst omtrent het salaris en omtrent het overwerk bepaalde als één geheel mogen beschouwen en op grond daarvan tot de slotsom mogen komen dat volgens de CAO het salaris van Boonen, vermeerderd met de vergoeding voor het gemiddelde aantal door hem gewerkte overuren, een geringer bedrag opleverde dan zijn salaris op grond van de arbeidsovereenkomst, en dat derhalve het in de arbeidsovereenkomst bepaalde geldig is.

Door aan de hand van deze vergelijking te beoordelen of het in de overeenkomst bepaalde gunstiger is dan de regeling van de CAO heeft de Rechtbank ook uit het oog verloren dat het van de feitelijke omstandigheden in de concrete situatie, te weten het aantal in feite gewerkte overuren, afhangt of het in de arbeidsovereenkomst dan wel het in de CAO bepaalde voor de werknemer gunstiger is, hetgeen tot het niet met de eisen van de rechtszekerheid strokende resultaat zou kunnen leiden dat de desbetreffende bepaling van de arbeidsovereenkomst de ene maand wél, en de andere maand niet als geldig zou moeten worden aangemerkt.⁷

Deze uitspraak van de Hoge Raad ontmoette kritiek in de literatuur. Zo reageerden Van der Heijden en Heerma van Voss kritisch op de stelling van de Hoge Raad dat pakketvergelijking uit den boze is en dat het gaat om een één op één vergelijking per onderwerp. De uitspraak heeft volgens hen belangrijke gevolgen voor de rechtspraak, nu door de individualisering en de toenemende roep om maatwerk in veel gevallen zal worden afgeweken van de cao ten gunste van de werknemer. De opvatting van de A-G Hartkamp die wel uitging van de mogelijkheid van pakketvergelijking, lijkt volgens Van der Heijden en Heerma van Voss meer aan te sluiten bij de individualisering van arbeidsvoorwaarden.¹³ Ook Van Slooten is kritisch over de uitspraak. Hij heeft moeite met de uitkomst, omdat de werknemer ongeveer het dubbele van het cao-salaris verdiende, wat inderdaad een aanzienlijk verschil is. Volgens Van Slooten lijkt het niet waarschijnlijk dat

13. G.J.J. Heerma van Voss & P.F. van der Heijden, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2000, p. 1549 en 1550.

partijen ook tot dat bedrag waren gekomen als ze zich de strijdigheid van hun afspraken met de cao hadden gerealiseerd.¹⁴

In tegenstelling tot de hierboven behandelde schrijvers stelt Stege dat het oordeel van de Hoge Raad hem juist lijkt. Indien pakketvergelijking zou worden toegestaan, zou dit verstrekken consequenties hebben en betekenen dat bepaalde minimumnormen toch geen minimumnormen zijn.¹⁵ In die zin sluit Stege zich aan bij Hijma die in een noot bij dit arrest stelde dat de Hoge Raad het gelijk aan zijn zijde heeft:

‘Wanneer wordt aangenomen dat een bepaald complex van regels ertoe strekt om aan een contractspartij een minimumniveau te garanderen, dan is grote terughoudendheid geboden ten aanzien van de gedachte dat het hier en daar wel wat minder mag zijn zolang de eindbalans maar positief is. Ten aanzien van de concrete bepaling waarbij men een tenachterblijven toch zou toelaten, wordt immers, hoe men het ook wendt of keert, teruggekomen op het – principieel te achten – uitgangspunt dat een bepaald minimum is gegarandeerd. Op het geofferde punt bestaat per saldo kennelijk geen minimumgarantie. Naar mijn gevoelen zou voor zulk een differentiatie – ja discriminatie – in beginsel een (voldoende concreet) aanknopingspunt in het overtreden regelcomplex zelf aanwijsbaar moeten zijn. Waar een dergelijk aangrijpingspunt ontbreekt, zullen argumenten van rechtsbescherming en rechtszekerheid, die bij een minimumgarantie steeds bij uitstek actueel zijn, het pleit al snel in niet-differentiërende zin beslechten.’¹⁶

Ik sluit mij aan bij deze redenering van Hijma. De rechtszekerheid wordt geen dienst bewezen met de mogelijkheid van minimumvoorwaarden af te wijken omwille van individuele keuzemogelijkheden. Dat soort ruimte treft men in een cao à la carte, maar niet in een minimum-cao. Indien het scheppen van dergelijke mogelijkheden in de bedoeling zou hebben gelegen van de sociale partners in de betreffende bedrijfstak, dan zouden zij de cao anders hebben kunnen vormgeven.

Aanvullende werking

Uit de jurisprudentie over de aanvullende werking van art. 13 Wet CAO kan worden afgeleid dat wanneer een gebonden vakbondslid en een gebonden werkgever verzuimen iets te bepalen in de individuele arbeidsovereenkomst

14. J.M. van Slooten, ‘De nietigheid van een beding dat afwijkt van de CAO’, *SR* 2000/4, p. 109-110.

15. A. Stege, ‘De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen’, *ArbeidsRecht* 2000/12, p. 12.

16. HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273 m.nt. Hijma.

dat wel is geregeld in de cao, dan de bepalingen van die cao gelden. Zo werd in de zaak *Den Teuling/Van Pelt*¹⁷ een dwingende aanvullende werking aangenomen. In de individuele arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was geen proeftijdbeding opgenomen. Over een dergelijk beding was bij het aangaan van de overeenkomst ook niet gesproken. Nadat de werkgever de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang had opgezegd, stelde de werknemer zich op het standpunt dat de opzegging in strijd met de opzegtermijn was gedaan. De werkgever echter stelde dat er in casu een proeftijd zou gelden, aangezien in de cao vermeld stond: 'De eerste twee maanden van de dienstbetrekking zullen over en weer als proeftijd gelden, tenzij schriftelijk een kortere proeftijd is overeengekomen.' De kantonrechter stelde vast dat deze proeftijd inderdaad zou gelden, aangezien hieromtrent niets in de individuele arbeidsovereenkomst was opgenomen, maar de cao in de individuele arbeidsovereenkomst wel van toepassing was verklaard.

Ook in de zaak *Prinssen/Sissy Boy*¹⁸ werd de rechtbank geconfronteerd met het een beroep op het proeftijdbeding, in dit geval door werkgever kledingwinkel Sissy Boy. Dit proeftijdbeding was niet in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen, maar stond wel in de cao. De eiseres stelde dat een beroep op dit proeftijdbeding niet opgaat, daar de proeftijd op grond van de cao schriftelijk moet worden vastgelegd. Daarbij is aan eiseres nooit een exemplaar van de cao ter hand gesteld. De cao bepaalde ook (ongelukkig geredigeerd en strijdig met een andere bepaling met betrekking tot de proeftijd) dat ongeacht of een arbeidsovereenkomst reeds schriftelijk is vastgelegd, de eerste twee maanden ervan als proeftijd gelden. Volgens eiseres was dit artikel niet geldig, omdat een proeftijdbeding nooit van rechtswege kan gelden.

De rechtbank oordeelde dat het artikel wel geldig was, nu dit op grond van art. 13 Wet CAO een dwingende aanvullende werking had. Daarbij oordeelde de rechtbank dat gedaagde ten onrechte geen exemplaar van de cao heeft verstrekt aan eiseres. Dit bracht echter niet met zich mee dat er geen proeftijd gold, daar niet is gesteld of gebleken dat eiseres de arbeidsovereenkomst niet zou zijn aangegaan als zij van de cao en het daarin voorkomende proeftijdbeding had kennisgenomen.

Uit deze zaken wordt duidelijk dat een voor de werknemer bezwarend beding als een proeftijdbeding op grond van de aanvullende werking van art. 13 Wet CAO kan gelden in de relatie tussen de gebonden werknemer en de gebonden werkgever, ook al is hieromtrent niets in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen. Het cao-recht beperkt het vakbondslid in zijn vrijheid in afwijking van de cao te contracteren. Als de

17. Ktg. Tilburg, 12 april 1990, *Prg.* 1990, nr. 3258, p. 340.

18. Rb. Amsterdam 28 februari 1996, *JAR* 1996/138.

cao een regeling bevat, dan werkt deze dwingend door in de individuele arbeidsovereenkomst.

Conclusie

Samenvattend kan worden gesteld dat het cao-recht geen ruimte biedt aan de individuele contractsvrijheid van het vakbondslicid. Door het lidmaatschap van één van de cao-partijen ontstaat gebondenheid aan de cao. Voor de gebondenheid is niet vereist dat men vanaf het begin van de looptijd van de cao lid is van de vereniging die partij is bij de cao. Wanneer men gedurende de looptijd van de cao lid wordt van de vereniging, zal binding aan de cao ontstaan vanaf het moment dat men als lid is geaccepteerd, mits men betrokken is bij die cao. Voorts zorgt de normatieve werking ervoor dat bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst die in strijd zijn met de cao nietig zijn. Daarbij zorgt de aanvullende werking ervoor dat wanneer in de individuele arbeidsovereenkomst niets is geregeld ten aanzien van een onderwerp, de bepalingen van de cao de individuele arbeidsovereenkomst op dit punt aanvullen. Mogelijkheden om in ongunstige zin af te wijken van de cao zijn nihil, zoals bleek in de zaak *Quicken/Boonen*¹⁹, waarin het gunstigheidsprincipe door de Hoge Raad strikt werd uitgelegd.

2.2.2 *De art. 14-werknemer*

Onder ‘de art. 14-werknemer’ wordt in dit kader verstaan de werknemer, die geen lid is van een vakbond tevens cao-partij, die een arbeidsovereenkomst heeft met een gebonden werkgever, en op wiens arbeidsovereenkomst de bepalingen van de cao van toepassing zijn verklaard. Doordat deze werknemer niet gebonden is aan een cao-partij, zoals vereist door art. 9 Wet CAO, geldt voor deze groep werknemers geen automatisch dwingende doorwerking conform art. 12 Wet CAO. Om te voorkomen dat werkgevers bij voorkeur ongebonden werknemers in dienst zouden nemen, hetgeen tot ondermijning van de cao zou kunnen leiden, schrijft art. 14 Wet CAO voor dat wanneer bij de collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald, de werkgever, die door de overeenkomst gebonden is, verplicht is, tijdens de duur van die cao de cao-bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten die hij sluit met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn.

Dit houdt voor de art. 14-werknemer in dat zijn gebonden werkgever hem bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst in beginsel gelijk moet behandelen als wel aan de cao gebonden werknemers. Hij moet de onge-

19. HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273.

bonden werknemer aanbieden de cao-bepalingen van toepassing te verklaren op de individuele arbeidsovereenkomst. Dit aanbod is de werknemer niet verplicht te accepteren; zijn contractsvrijheid blijft bestaan. Er zijn voor de werknemer twee mogelijkheden. Ten eerste kan hij het aanbod weigeren: de cao vindt dan geen toepassing. Dit betekent dat hij met de werkgever ook in afwijking van de cao kan contracteren. Ten tweede kan de werknemer uitdrukkelijk of stilzwijgend met het aanbod instemmen. Vanaf dat moment moeten de arbeidsvoorwaardenbepalingen van de cao in acht worden genomen in de individuele arbeidsovereenkomst.²⁰

Bij het aannemen van de Wet CAO in 1927 werd van liberale zijde kritiek geuit op art. 14. Redenen hiervoor waren dat de cao door deze bepaling bindend werd verklaard voor de werkgever buiten de grenzen van het burgerlijk contractrecht. ‘De wetgever is natuurlijk bevoegd, zulk een bepaling te maken, doch dan handelt hij vierkant tegen het voormelde grondbeginsel van ons burgerlijk contractrecht en treedt hij op het gebied van het publiekrecht.’ Om redenen van publiek belang wordt een verplichting uitgebreid naar een groep personen die hier niets mee te maken heeft. Verder zou de bepaling de gelijkheid van rechten en verplichtingen van partijen verbreken.²¹

Van sociaal-democratische zijde werd hiertegenover gesteld dat de overeenkomst niemand anders dan de contractsluitende partijen verbindt. ‘De partij die de overeenkomst sluit, de werkgever, verbindt zich bij die overeenkomst tegenover de arbeidersorganisatie, met wie hij die overeenkomst sluit, dat, wanneer hij niet-georganiseerden in zijn dienst neemt, hij die niet-georganiseerden in dienst zal nemen op de voorwaarden die gelden voor de door de overeenkomst gebondenen’. Hij sluit de verbintenis van art. 14 dus niet met de arbeiders, maar tegenover de arbeidersorganisatie, waarmee hij de collectieve overeenkomst sloot. Met andere woorden; het zijn de arbeidersorganisaties met wie die overeenkomst gesloten is, die een recht op schadevergoeding tegenover de werkgever kunnen doen gelden. Deze overeenkomst verbindt volgens de sociaal-democraten dus niemand anders dan de beide partijen, die de overeenkomst aangaan.²²

Ook de Minister reageerde op de eerder aangehaalde opmerking van liberale zijde dat de individuele werknemer in zijn contractsvrijheid wordt beperkt door artikel 14 Wet CAO en dientengevolge nadeel zal ondervinden van de collectieve arbeidsovereenkomst:

20. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 94-95.

21. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2014.

22. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2019.

‘Zoodra men het oog vestigt op het groote geheel der arbeidersmassa, die wij sinds de industrialisatie kennen, is het eigenlijk gevaar voor den arbeider niet meer, dat de massa der georganiseerden arbeiders den enkelen arbeider zal knechten, maar dat in de massa der ongeorganiseerde arbeiders de enkele arbeider zal ondergaan, en ik geloof, dat, wie van dien kant de zaak beziet, ook met het oog op een getemperd individualisme, voorstander moet zijn van een vakorganisatie en collectieve contracten.’²³

Geen dwingend recht

Op grond van art. 14 Wet CAO is de gebonden werkgever gehouden de cao ook toe te passen op niet georganiseerde werknemers. Art. 14 Wet CAO is een diagonale bepaling die alleen verplichtingen schept voor de werkgever ten opzichte van cao-partijen. Slechts cao-partijen kunnen naleving vorderen indien niet wordt voldaan aan de verplichting. De art. 14-werknemer kan dus zelf geen nakoming vorderen van de cao. Het niet-dwingende karakter van art. 14 Wet CAO blijkt uit de eerste zinsnede van het artikel, waar staat, dat men in een cao art. 14 buiten toepassing kan verklaren (‘Wanneer bij collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald (...)’). Dit komt in de praktijk zelden voor.²⁴

Bij de parlementaire behandeling van artikel 14 Wet CAO stelde de regering voorop dat de regel van art. 14 niet tot een voorschrift van dwingend recht moest worden gemaakt. Dit zou volgens de regering in strijd zijn met het karakter van het wetsontwerp, waarin zoveel mogelijk vrijheid is gelaten aan de contracterende partijen.²⁵ Daarbij stelde de regering in reactie op kritiek uit de Tweede Kamer dat het artikel ook voor de werknemer verplichtingen zou moeten scheppen, maar dat wederkerigheid in deze te streng zou zijn. De niet-gebonden werknemer kan aan het artikel geen rechten ontleen, maar kan er ook geen verplichtingen door krijgen. De regel van artikel 14 voldoet volgens de regering wel aan hetgeen partijen voor ogen staat, omdat de regel in heel veel collectieve arbeidsovereenkomsten wordt overgenomen. Dit is volgens de regering van belang, omdat het anders wel heel gemakkelijk zou zijn voor werkgevers om zich aan de overeenkomst te onttrekken en ongebonden werknemers in dienst te nemen.²⁶ Dit kon niet de bedoeling geweest zijn van de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst.

23. *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2034.

24. *Kamerstukken I* 2001-2002, 222a, Notitie inzake zelfregulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen (vergaderjaar 1999-2000), p. 5.

25. *Handelingen II* 1926/27, 166, nr. 4, p. 21.

26. *Handelingen II* 1926/27, 166, nr. 4, p. 21.

In de MvT werd benadrukt, dat art. 14 slechts regelend recht geeft. De wetgever koos weliswaar partij, door de werkgever te verplichten de cao ook toe te passen op niet-gebonden werknemers, maar een afwijkende regeling in de cao is mogelijk. Verder werd aangetekend dat het artikel alleen geldt voor de werkgever en niet voor de werknemer. Anders zou de gebonden werknemer bij de niet-gebonden werkgever alleen mogen werken volgens de arbeidsvoorwaarden van de collectieve arbeidsovereenkomst. Dat kan in sommige gevallen volgens de regering te streng zijn, want het komt slechts in zeldzame gevallen voor dat ‘de individuele arbeider aan den werkgever zijn voorwaarden stelt, welke deze laatste zou hebben te accepteren.’²⁷ Ook legt artikel 14 geen verplichting op, waaraan de derde-arbeider een recht kan ontleen. Het geldt hier slechts een verplichting tegenover de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst.²⁸

De regering reageerde ook op het argument dat het voor ongeorganiseerde werknemers wel eenvoudig werd gemaakt zich buiten de vakorganisatie te houden en toch de vruchten van de cao te plukken. De regering stelde dat dit argument niet afdoende voorkwam. Toch is hier wel degelijk sprake van een probleem. Door de werking van art. 14 kunnen de zogenaamde ‘freeriders’ profiteren van de voordelen van de cao, zonder daarvoor te hoeven delen in de lasten. Die lasten worden gedragen door de georganiseerde werknemers. De organisatiegraad van de Nederlandse beroepsbevolking is laag; mensen betalen kennelijk niet graag voor iets dat ook gratis kan worden verkregen. Door de lage organisatiegraad wordt de vakbeweging wel een geringe representativiteit verweten. Zo heeft het vvd-kamerlid Wilders hierover vragen aan de minister van Sociale Zaken gesteld.²⁹ In de discussie over de representativiteit van de vakbeweging kan naast de organisatiegraad ook aandacht worden besteed aan de dekkinggraad van de cao die met 84%³⁰ veel hoger ligt. Als de representativiteit van de vakbeweging wordt gemeten naar tevredenheid en naar de hoeveelheid werknemers die zij feitelijk in het arbeidsvoorwaardenoverleg vertegenwoordigen ligt de representativiteit weer hoger. Niet-vakbondsleden beoordelen de cao desgevraagd met een 7,8 (vakbondsleden geven een 8,8).

27. *Handelingen II* 1926/27, 166, nr. 4, p. 7.

28. *Handelingen II* 1926/27, 166, nr. 4, p. 10.

29. *Aanhangsel van de Handelingen II* 2001-2002, 1544, p. 3277-3278, *Aanhangsel van de Handelingen II* 2001-2002, 833, p. 1749, *Vragen II* 2001-2002, 2010213530, *Aanhangsel van de Handelingen II* 2001-2002, 1044, p. 2181-2182.

30. CBS, *Maandelijkse cijfers werkloze-, werkzame- en niet-beroepsbevolking*, 2005 dec./2006 feb, Voorburg/Heerlen 2006.

Niet-vakbondsleden geven voor de tevredenheid een 6,8 tegen een 7,0 voor de tevredenheid over de cao van vakbondsleden.³¹

Jurisprudentie

Artikel 14 Wet CAO beperkt de individuele contractsvrijheid van de werkgever, maar beperkt de individuele contractsvrijheid van de ongeorganiseerde werknemer niet. Artikel 14 richt zich tot de werkgever. Deze wordt ertoe verplicht de cao ook aan te bieden aan de niet georganiseerde werknemer.³² De werknemer daarentegen wordt ongemoeid gelaten door artikel 14. Hij wordt tot niets verplicht, maar verkrijgt ook geen recht. Dit laatste is in de jurisprudentie in het arrest van de Hoge Raad uit 1957 inzake *Suk/Brittannia*³³ bevestigd. Duidelijk werd dat het een plicht is van de werkgever om de cao-bepalingen aan te bieden aan de ongeorganiseerde werknemer. Mocht de werkgever verzuimen het aanbod te doen, dan kan de werknemer ook geen nakoming vorderen.

In casu vorderde de werknemer betaling van het achterstallig loon over de vijf jaren gelegen voordat hij ontslag had gehad. Hij stelde hiertoe dat Britannia hem niet volgens cao had betaald. Britannia voelde zich hier toe gerechtigd, omdat Suk niet was aangesloten bij een vakorganisatie. De Hoge Raad stelt in zijn oordeel dat de Wet op de Collectieve arbeidsovereenkomst verschil maakt tussen het geval, dat partijen bij een arbeidsovereenkomst beide zijn gebonden aan de collectieve arbeidsovereenkomst en het geval dat wel de werkgever, maar niet de werknemer is gebonden aan de collectieve arbeidsovereenkomst. In het eerste geval geldt op grond van de artikelen 12 en 13 Wet CAO de collectieve arbeidsovereenkomst tussen partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst. De cao normeert de individuele arbeidsovereenkomst indien deze in strijd is met de cao of indien de cao regelingen bevat waarin niet is voorzien in de individuele arbeidsovereenkomst. In het tweede door de Hoge Raad onderscheiden geval is de werkgever verplicht de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen in de individuele arbeidsovereenkomsten met zijn ongebonden werknemers. Deze werknemers ontlenen aan art. 14 Wet CAO echter geen vorderingsrecht. Indien de werkgever zijn verplichting niet zou nakomen, dan kunnen werknemers ook niet zelfstandig nakoming vorderen. De gebonden werkgever is het naleven van de cao alleen verplicht tegenover sociale partners. De Hoge Raad benadrukt dat art. 14 ook geen normatieve

31. G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005, p. 71.

32. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 94-95.

33. HR 7 juni 1957, *NJ* 1957; 527, *SMA* 1958, p. 447 m.nt. MBV.

werking met zich meebrengt. Volgens de Hoge Raad is door de wetgever welbewust geen sanctie als in art 12 en 13 in art. 14 opgenomen om te voorkomen dat de collectieve arbeidsovereenkomst algemeen verbindend zou zijn. Om die reden wordt aan de niet gebonden arbeider dus geen recht jegens de werkgever toegekend bij overtreding van art. 14.

In het geval van art. 14 doet de werkgever de werknemer een aanbod, dat deze ook kan weigeren. Daarbij behoeft een gebonden werkgever die een wijziging wil aanbrengen in de individuele arbeidsovereenkomst, die hij heeft gesloten met een ongebonden werknemer, diens instemming, zo bleek in de zaak *Duschka/Bosch*.³⁴ In dit geval had de gebonden werkgever met de vakbonden een ‘overlevingsplan’ opgesteld (met de instemming van de or), waarin was bepaald dat de eindejaarsuitkering zou worden teruggebracht tot één bruto maandsalaris. In casu vorderde de niet-gebonden werknemer echter betaling van de gehele eindejaarsuitkering, zoals was afgesproken in de individuele arbeidsovereenkomst. De rechtbank oordeelde dat het overeengekomen ‘overlevingsplan’ niet kan worden aangemerkt als een cao en dat de werknemer alleen al daarom niet gebonden is. Daarbij stelt de rechtbank, dat zelfs als het een cao had betroffen, de werkgever niet de bevoegdheid zou toekomen de wijzigingen zonder toestemming van de werknemer door te voeren, aangezien de werknemer geen lid was van één van de betrokken vakbonden.

Ook in een zaak bij het Kantongerecht te Wageningen³⁵ was de vraag aan de orde in hoeverre de arbeidsvoorwaarden van de ongebonden werknemer konden worden gewijzigd. In casu was de werkgever gebonden aan een cao en aan het Rijttijdenbesluit. Op grond hiervan was de werkgever verplicht om de werktijd terug te brengen van 55 naar 44 uur per week. De ongebonden werknemer stemde niet in. De kantonrechter stemde in met het voorstel van de werkgever om de dienstbetrekking te ontbinden onder toekenning van een vergoeding. Deze vergoeding bestond uit de verplichting van de werkgever om de werknemer weer in dienst te nemen voor 44 uur per week tegen 85% van het vroegere loon. Dit is volgens annotator Mannoury een creatieve invulling van het begrip ‘vergoeding’. Doordat de werknemer aan zijn contractsvrijheid vasthield was dit eenzijdig wijzigen de enige optie die de werkgever ter beschikking stond. Hij was echter niet bij machte het loon naar evenredigheid te beperken. Omdat de kantonrechter vaststelde dat de werkgever zich zowel aan de cao als aan het Rijttijdenbesluit diende te houden, werd gekozen voor deze creatieve oplossing. De individuele contractsvrijheid van de ongebonden werknemer

34. Rb. Amsterdam 31 mei 1995, *JAR* 1995/162.

35. Ktg. Wageningen van 6 april 1988, *Prg.* 1989, nr. 2986, p. 13.

werd door deze oplossing beperkt. Deze uitspraak heeft in de praktijk niet veel navolging gekregen.

In de zaak betreffende een sociaal plan dat als cao was aangemeld oordeelde de Kantonrechter te Den Bosch.³⁶ In casu was de afdelingschef van een supermarkt als gevolg van een reorganisatie boventallig verklaard. Het sociaal plan dat op de reorganisatie van toepassing was bepaalde dat boventallige personeelsleden konden worden verplicht de vrije dagen die het aantal van 15 overstegen tijdens de duur van het dienstverband op te nemen. De werknemer ageerde tegen deze bepaling en vorderde betaling van alle niet-genoten vakantiedagen. Hij stelde dat hij als niet georganiseerde werknemer niet onder de werking van het sociaal plan viel.

De kantonrechter stelde de werknemer in het gelijk. De werknemer was niet gebonden aan de cao op grond van art. 9 Wet CAO, nu hij geen lid was van een vakbond die is aangesloten bij de cao. Ook bestond die binding niet op grond van de arbeidsovereenkomst, nu daarin niet naar de cao werd verwezen. De werknemer had ook niet ingestemd met de toepassing van de cao, maar had hiertegen juist uitdrukkelijk geprotesteerd. De kantonrechter merkte nog op dat het in deze situatie niet zo is dat de werknemer wel profiteert van de gunstige bepalingen van de cao, maar niet gebonden wil raken aan ongunstigere bepalingen. De werknemer maakt wel gebruik van het aangeboden outplacementtraject. Dit heeft volgens de kantonrechter niet tot gevolg dat sprake zou zijn van (stilzwijgende) instemming met het sociaal plan als geheel. Ook het feit dat de werknemer een beëindigingsvergoeding heeft ontvangen kan niet tot dat oordeel leiden. Daarbij stelt de kantonrechter dat het van belang is dat deze vergoeding slechts 50% van de vergoeding bedraagt die gebruikelijk zou zijn bij toepassing van de kantonrechttersformule.

Een belangrijke uitspraak betreffende de ongebonden werknemer in dienst van een gebonden werkgever deed de Hoge Raad in de zaak *TPG/Bollemeijer*.³⁷ De Hoge Raad geeft met dit arrest aan geen onderscheid te willen maken tussen al dan niet georganiseerde werknemers bij de toepassing van driekwart dwingende bepalingen. In deze zaak was de werknemer voor bepaalde tijd in dienst getreden bij de PRT. Op de arbeidsovereenkomst is de KPN-cao van toepassing verklaard. De arbeidsovereenkomst is aansluitend vijf maal verlengd. Bij iedere verlenging zijn partijen uitdrukkelijk overeengekomen dat na ommekomst van de bepaalde tijd, de arbeidsovereenkomst van rechtswege, zonder voorafgaande opzegging, zou eindigen. Deze afspraak kwam overeen met een bepaling uit een andere cao, te

36. Ktg. Den Bosch, 27 april 2006, *JAR* 2006/128.

37. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

weten een door PTT-Post en de vakorganisaties gesloten cao Briefpost 2000. Deze cao was niet algemeen verbindend verklaard. Bollemeijer was geen vakbonds lid. Bollemeijer en TPG hebben de cao Briefpost 2000 niet van toepassing verklaard op de arbeidsovereenkomst. In cassatie was de vraag aan de orde of de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de laatste arbeidsovereenkomst daadwerkelijk van rechtswege was geëindigd.

De Hoge Raad overwoog dat een cao niet rechtstreeks van toepassing is ingeval die niet algemeen verbindend is verklaard en de werknemer geen lid is van een cao-sluitende vakbond. De Hoge Raad stelde vast dat de afwijking van art. 7:668 lid 3 (oud) BW niet kon worden gegrond op de toepasselijkheid van een rechtstreeks werkende cao-bepaling. Art. 7:668 lid 3 (oud) BW stelt dat indien een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is voortgezet, voor de beëindiging daarvan geen voorafgaande opzegging nodig is. In casu wilde werkgever TPG gebruik maken van de mogelijkheid af te wijken van dit artikel. De werkgever stelde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd.

Ondanks het feit dat de cao niet rechtstreeks van toepassing was kende de Hoge Raad gewicht toe aan het feit 'dat bij de verlenging van de arbeidsovereenkomst telkens door partijen uitdrukkelijk was overeengekomen dat de voor bepaalde tijd verlengde overeenkomst van rechtswege zou eindigen én aan het feit dat daarbij werd verwezen naar de afspraken die waren gemaakt met de vakorganisaties over het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het kader van Briefpost 2000.' Op grond van deze feiten oordeelde de Hoge Raad dat de afwijking van art. 7:668 lid 3 (oud) BW als geldig moet worden aangemerkt. Als verder argument stelde de Hoge Raad:

'Het gaat hier om een geval dat afwijking van een bepaling van dwingend recht (slechts) bij cao mogelijk is, terwijl een cao die niet rechtstreeks van toepassing is, een zodanige afwijking inhoudt. Aangenomen moet dan worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijk karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepalingen kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een cao, ook ingeval deze cao niet rechtstreeks van toepassing is.'

Bij deze uitspraak van de Hoge Raad zijn verschillende kanttekeningen in de literatuur geplaatst. In het navolgende zullen de verschillende opvattingen worden behandeld.

Literatuur

In de zaak TPG/*Bollemeijer* werd in de individuele arbeidsovereenkomst met een ongebonden werknemer afgeweken van driekwart dwingend recht. Van drie-kwart dwingend recht wordt gesproken indien de bepaling de mogelijkheid biedt om af te wijken in een cao-bepaling. Van semi-dwingend recht spreekt men indien een wetbepaling het mogelijk maakt af te wijken bij schriftelijke individuele overeenkomst. In de zaak TPG/*Bollemeijer* valt dus op dat wordt afgeweken bij schriftelijke overeenkomst van een bepaling waarvan oorspronkelijk slechts mocht worden afgeweken bij cao. In de zaak was door TPG verwezen naar een bepaling uit een cao die niet rechtsstreeks van toepassing was. De meeste auteurs in te literatuur zijn de opvatting toegedaan dat in een individuele arbeidsovereenkomst wettelijke regels van driekwart dwingend recht mogen worden ‘weggecontracteerd’ indien dit voor de gebonden werknemers reeds was gebeurd door de sociale partners in een bedrijfstak-cao.³⁸ De bestaande literatuur zal hierna in chronologische volgorde worden behandeld.

Volgens Fase³⁹ wordt algemeen aangenomen dat ook met niet-gebonden werknemers cao-bepalingen die afwijken van driekwart dwingend recht kunnen worden overeengekomen.⁴⁰ Hij stelt dat de beslissing van de Hoge Raad inzake TPG/*Bollemeijer* met zich brengt dat de werkgever en de werknemer in de arbeidsovereenkomst een afwijking van een driekwart dwingendrechtelijke bepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met die welke is neergelegd in de cao, ook al is deze cao niet direct op de betrokken werknemer van toepassing. Wat het semi-dwingend recht betreft, kan de werkgever met de werknemer afwijken in zoverre als een cao een afwijking van de wet bevat. Het bestaan van een cao als geschrift is voldoende.

Fase verwees hierbij naar Olbers, die zich aansloot bij Hekkelman. Die stelde zich de vraag wat de gedachte was van de wetgever bij het introduceren van de rechtsfiguur van het driekwart dwingend recht. Deze mogelijkheid om van bepaalde wettelijke bepalingen te mogen afwijken bij cao werd in 1953 geïntroduceerd bij de herziening van het ontslagrecht. De bedoeling was om cao-partijen de gelegenheid te bieden voor een onderneming of bedrijfstak een van de wet afwijkende regeling te treffen, die beter aansluit bij de bijzondere behoeften en omstandigheden van die onderneming of

38. D.J.B. de Wolff, ‘De binding van de ongebonden werknemer aan een cao’, *SMA* 2003/4, p. 168.

39. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 96.

40. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004 verwijzen naar: G. Hekkelman, *SMA* 1979, p. 215-229, M.M. Olbers, *SMA* 1992, p. 658-669.

bedrijfstak. Olbers stelt dat van die bedoeling uiteraard niets terecht zou komen, indien cao-partijen met die afwijking alleen leden zouden kunnen binden. Dit zou dan tot gevolg hebben dat de werkgever de afwijkende (minder gunstige) regeling zou moeten naleven ten aanzien van de georganiseerde werknemers, terwijl hij ten aanzien van de ongeorganiseerde werknemers de wettelijke regeling zou moeten hanteren, die over het algemeen gunstiger is.⁴¹

Deze redenering is gestoeld op een argument van solidariteit. Naar mijn opvatting zou er inderdaad weinig terecht komen van een gemeenschappelijk arbeidsvoorwaardenregime voor gebonden werknemers en art. 14-werknemers, indien de laatstgenoemden wel de lusten, maar niet de lasten zouden genieten. In de zaak *TPG/Bollemeijer* ging het echter om een afwijking van de wet ten nadele van de niet-gebonden werknemer door middel van bepalingen uit een cao die door partijen niet van toepassing was verklaard op de arbeidsovereenkomst. In de arbeidsovereenkomst was namelijk de *KPN-cao* van toepassing verklaard. De bepaling waar gebruik van werd gemaakt was afkomstig uit de cao *Briefpost 2000*. Deze laatste cao was niet van toepassing verklaard. Alleen een bepaling uit deze cao was in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen. Hier werd dus door middel van een individuele afspraak afgeweken van een bepaling van driekwart dwingend recht. Dit is volgens de Hoge Raad gelegitimeerd omdat er vakorganisaties betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de cao. Naar mijn opvatting is dit niet voldoende als de overige bepalingen van de cao niet van toepassing zijn verklaard. Er wordt dan slechts één bepaling overgenomen, terwijl de cao een resultaat van onderhandeling is, waarin voor de werknemer gunstige en minder gunstige bepalingen voorkomen. Tevens sluit de bewoording van het arrest niet uit willekeurige cao's van toepassing te verklaren waarin is afgeweken van driekwart dwingend recht.⁴²

Duk stelt dat er geen sprake is van strijd met de systematiek van driekwart dwingend recht. Hij stelt dat deze opvatting slechts berust op de onjuiste gedachte dat afwijking mogelijk is via het van toepassing verklaren van een willekeurige cao die afwijking mogelijk maakt. Hij stelt dat dit argument niet opgaat indien twee extra eisen worden gesteld. Ten eerste zou schriftelijk naar een cao moeten zijn verwezen. Ten tweede zou die verwijzing moeten zijn naar een cao die de werkgever op grond van art. 14 gehouden is toe te passen op zijn personeel.⁴³

41. M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de cao', *SMA* 1992, p. 660.

42. E. Koot-van der Putte & A.F. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest *TPG/Bollemeijer*', *SR* 2005/1, p. 20-24.

43. R.A.A. Duk, 'Wat kan bij cao geregeld worden?', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 17.

Duk stelt voorts dat een niet toepasselijke cao niet kan worden gelijkgesteld met een cao 'die niet rechtstreeks van toepassing is'. Deze ruime uitleg ligt volgens Duk niet voor de hand, omdat het woord 'rechtstreeks' dan zonder betekenis is. 'Niet rechtstreeks' betekent volgens Duk 'wél indirect, doordat de werkgever gehouden is die cao op de betrokkene toe te passen.'⁴⁴ In de lezing van Duk van de uitdrukking 'niet rechtstreeks' ligt een rechtvaardiging voor het arrest van de Hoge Raad. Deze interpretatie benadrukt immers het gegeven dat in de art. 14-situatie de cao slechts feitelijk door de werkgever wordt toegepast, zonder dat er sprake hoeft te zijn van incorporatie in een individuele arbeidsovereenkomst.

Hesseling stelt dat ondanks het van toepassing verklaren van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst met ongebonden werknemers, de dwingendrechtelijke wetsbepaling onverkort op de arbeidsrelatie van toepassing blijft. Van deze bepaling kan alleen bij cao worden afgeweken en toepasselijkverklaring in een individuele arbeidsovereenkomst is daarvoor onvoldoende.⁴⁵

Van Tongeren stelt dat er geen goede juridische gronden zijn om de gebondenheid van de ongebonden werknemer op te funderen. Het werken met termen als ficties en stilzwijgend aanvaarden van gebondenheid spreekt hem niet aan. De wet stelt volgens hem niet voor niets het vereiste van een (uitdrukkelijke) regeling bij cao, omdat daarin een waarborg is gelegen van een behoorlijke belangenafweging. De rechten waarvan door de ongebonden werknemer in feite afstand wordt gedaan, zijn zeer gewichtig en een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verklaring is dus op zijn plaats. Van Tongeren oppert een mogelijke oplossing voor dit probleem. Hij stelt voor om de bepalingen van driekwart dwingend recht tot semi dwingend te maken, indien er een cao geldt. In deze situatie zijn door het bestaan van een cao de belangen van de gebonden werknemers goed afgewogen door tussenkomst van de vakvereniging. De niet gebonden werknemer en de gebonden werkgever rest dan de contractsvrijheid om in hun arbeidsovereenkomst af te wijken van driekwart dwingend recht waarbij eveneens de cao van toepassing kan worden verklaard.⁴⁶

In reactie op Van Tongeren heeft Kraamwinkel vooropgesteld dat de wetgever voor de afwijking van bepaalde rechten een speciale garantie heeft bedacht. Die garantie is gelegen in de vakbond. Volgens Kraamwinkel dienen de vakverenigingen niet alleen de belangen van de eigen leden, maar

44. R.A.A. Duk, Wat kan bij cao geregeld worden?, in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 17.

45. Scheidsgerecht voor het Bankbedrijf 9 december 1992, *Prg.* 1993/3826, m.nt. W. Hesseling.

46. W.J.M. van Tongeren, 'Gebondenheid van de ongebonden werknemer', *SR* 1997/2, p. 48-50.

van alle werknemers en dragen bijvoorbeeld ook de verantwoordelijkheid voor de hele cao en niet alleen voor de bepalingen die voor hun leden van belang zijn. Ten aanzien van het voorstel van Van Tongeren om van driekwart dwingend recht semi dwingend recht te maken indien er een cao is, stelt Kraamwinkel dat hiermee het systeem van driekwart dwingend recht wordt miskend. Dit systeem berust volgens haar op de idee dat de individuele werknemer gemakkelijk onder druk kan worden gezet door de werkgever om bepaalde verslechtingen te accepteren. Door het voorstel wordt die druk door de werkgever 'door een achterdeur weer binnengehaald'.⁴⁷

In een naschrift bij Kraamwinkel stelt Van Tongeren dat hij niet inziet dat vakverenigingen niet alleen de belangen van eigen leden maar van alle werknemers dienen. Niet gebonden werknemers zouden anders tóch gebonden worden door bepalingen in een cao. Van Tongeren stelt hier tegenover dat het toch onvoldoende is om op individueel niveau af te wijken, daar waar een afspraak door cao-partijen door de wetgever vereist is. Daarbij geldt de cao niet op zichzelf; deze moet door middel van een individuele afspraak worden binnengehaald. Niet voor niets is art. 9 Wet CAO duidelijk: alleen de leden van een vakvereniging (of een werkgeversvereniging) zijn gebonden. Hieraan doet niet af dat ten aanzien van niet gebonden werknemers de (gebonden) werkgever verplicht is om de cao na te leven. Ook dan geldt de cao niet als zodanig. Uit oogpunt van contractsvrijheid deel ik de stelling van Van Tongeren. Voor de niet georganiseerde werknemer moet het mogelijk zijn om toepasselijkheid van de cao niet te aanvaarden. Indien dit anders zou zijn, zou de cao feitelijk als een algemeen verbindend verklaring werken.⁴⁸

De Wolff neemt naar aanleiding van het arrest TPG/*Bollemeijer* het standpunt in dat de door de Hoge Raad ontwikkelde leer op het eerste gezicht juist lijkt. Het zou onwenselijk zijn dat de *freerider* zich door calculerend gedrag aan de minder gunstige aspecten van het bedrijfsbeleid kan onttrekken. Tegen misbruik van uitzonderingen op driekwart dwingend recht is de ongebonden werknemer bovendien beschermd doordat bij het afsluiten van de cao vakorganisaties betrokken zijn geweest, die de voor- en nadelen voor de werknemers hebben afgewogen. De Wolff heeft ook enkele kanttekeningen. Zo wijst zij op de representativiteit van de betrokken organisaties. Lang niet altijd zijn de betrokken werkgevers- én werknemersorganisaties dermate representatief dat aan de beschermingsgedachte is voldaan. Tevens wijst zij op de onafhankelijkheid van de werknemersorganisaties die in het overleg hebben opgetreden. Hierbij noemt zij de ILO-normen die ei-

47. M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997/9, p. 262-264.

48. W.J.M. van Tongeren, Naschrift bij: M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997/9, p. 262-264.

sen dat collectieve arbeidsovereenkomsten aangegaan worden door bonden die niet ingesteld, gedomineerd of betaald worden door de werkgever. De Wolff stelt dat het verdedigbaar is dat aan de doorwerking in de arbeidsrelatie met ongebonden werknemers van cao-bepalingen die afwijken van driekwart dwingend recht, minimumeisen worden gesteld, niet alleen ten aanzien van representativiteit, maar ook ten aanzien van de onafhankelijkheid van vakbonden.⁴⁹

Mijn standpunt ten aanzien van de uitspraak van de Hoge Raad inzake *TPG/Bollemeijer* is als volgt.⁵⁰ Er is zeker sympathie op te brengen voor de uitspraak van de Hoge Raad wanneer men bedenkt dat door het geldig verklaren van de individuele afspraak voorkomen wordt dat binnen het cao-recht te grote ongelijkheden tussen gebonden en ongebonden werknemers ontstaan. Indien alleen gebonden werknemers onder de afwijking van het dwingend recht vallen, dan zouden ongebonden werknemers zich kunnen onttrekken aan de van de wet afwijkende regeling met een beroep op het feit dat ze geen lid van een vakbond zijn. Indien vakbonden dus afwijkende bepalingen overeenkomen die alleen voor vakbondsleden gelden, zou het ledental dus wel eens fors kunnen teruglopen, want dan is het veel gunstiger om géén lid te zijn.

Verdedigbaar is ook een begrip als ‘werkbaarheid’. Formeel is het niet mogelijk dat zonder avf of toepasselijkverklaring een cao-bepaling van toepassing wordt op de individuele arbeidsovereenkomst, met als gevolg dat bepalingen van driekwart dwingend recht op individuele basis kunnen worden weggecontracteerd. In de Bollemeijer-zaak was de kpn-cao van toepassing verklaard. De gehele cao Briefpost 2000 (met de gewraakte afwijkende bepaling) daarentegen was niet expliciet van toepassing verklaard. De status van deze cao was niet geheel duidelijk en formeel redenerend was deze in geen geval van toepassing. Houdt men echter de werkbaarheid van het cao-recht voor ogen, dan moet men tot de conclusie komen, dat de toepasselijkheid van een cao die redelijkerwijs moet worden gezien als de opvolger of uitwerking van de oorspronkelijke cao in de relatie tussen partijen heeft te gelden. Een onwenselijk gevolg is dan dat die cao feitelijk als algemeen verbindend geldt.

Ondanks bovengenoemde pragmatische overwegingen zijn uit systematisch oogpunt vragen te stellen bij de uitspraak van de Hoge Raad, die het systeem van driekwart dwingend recht wel erg ruim uitlegt. Indien de

49. D.J.B. de Wolff, ‘De binding van de ongebonden werknemer aan de cao’, *SMA* 2003/4, p. 168-170.

50. Zie ook: E. Koot-van der Putte & A.F. Bungener, ‘Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest *TPG/Bollemeijer*’, *SR* 2005/1, p. 20-24.

wetgever deze mogelijkheid niet heeft geboden moet het mijns inziens niet mogelijk zijn om middels een afspraak af te wijken van driekwart dwingend wetsbepalingen. Het is een taak van de wetgever om in deze mogelijkheid te voorzien. Het cao-recht kent ruime mogelijkheden om ongebonden werknemers te binden aan cao's, zoals avv en de werking van art. 14 Wet CAO. In dit geval gold geen avv en was de cao ook niet van toepassing verklaard. In de individuele arbeidsovereenkomst kan de cao dus niet doorwerken. Indien in een dergelijke situatie de ongebonden werknemer alsnog gebonden kan raken aan een cao, lijkt mij dat de mogelijkheden die de wet biedt ver te buiten worden gegaan. Het laatste restje contractsvrijheid dat de ongeorganiseerde werknemer nog rest, verdwijnt dan als sneeuw voor de zon.

Vermoedelijk koos de Hoge Raad de nu ingeslagen weg, om geen 'premie te stellen' op ongeorganiseerdheid. Dit rechtvaardigt niet dat met het bestaande systeem wordt gebroken. Het feit dat TPG niet op de correcte manier met zijn ongeorganiseerde werknemers heeft gecontracteerd zou voor de Hoge Raad geen reden moeten zijn om een omweg te creëren. In zijn conclusie stelt de A-G Spier het volgende:

'3.20. Van een – rehtens relevant – in de praktijk toepassen ten nadele van een werknemer kan m.i. hooguit worden gesproken in een situatie waarin de werknemer zich daarvan ten minste redelijkerwijs bewust was. In casu kan niet worden gezegd dat de CAO Briefpost 2000 in de praktijk is toegepast in de zojuist bedoelde zin nu de Rechtbank niets heeft vastgesteld waaruit Bollemeijer heeft moeten opmaken dat deze CAO in zijn geval werd gehanteerd. Met name heeft zij niet vastgesteld dat Bollemeijer de tekst van Briefpost 2000 heeft ontvangen.

3.21. M.i. is onvoldoende dat een werknemer zich door de handelwijze van de werkgever realiseerde dat een voor hem nadelige CAO werd toegepast. Het lijkt mij slechts aanvaardbaar een van 'driekwart dwingend recht' afwijkende CAO toe te passen op een 'ongeorganiseerde' werknemer wanneer buiten redelijke twijfel vaststaat dat hij met toepasselijkheid heeft ingestemd. Zo'n situatie kan zich voordoen wanneer de CAO aan de werknemer voorafgaand aan de arbeidsovereenkomst (of de verlenging daarvan) is toegezonden of terhand gesteld onder vermelding van de beoogde toepasselijkheid.

3.22. Wanneer de arbeidsovereenkomst zelf stilzwijgt over de CAO zou ik evenwel als aanvullende eis willen stellen dat de werkgever in documentatie als onder 3.21 bedoeld, in gezien de omstandigheden duidelijke en begrijpelijke taal, duidelijk maakt op welke punten deze CAO afwijkt van 'driekwart dwingend recht'. Dat laatste is wellicht niet nodig wanneer aan deze kwestie voorafgaand aan de verlenging van de desbetreffende arbeidsovereenkomst op indringende en duidelijke wijze binnen de onderneming aandacht is besteed. Of zo'n situatie zich voordoet, staat ter beoordeling van de feitenrechter.

3.23. Doet een geval als onder 3.22 omschreven zich voor, dan mag m.i. rechs worden aangenomen dat een werknemer die niet laat weten bezwaar te hebben tegen toepasselijkheid van de CAO daarmee heeft ingestemd'

Een punt dat ook reden tot zorg geeft is de representativiteit. Indien ongebonden werknemers zonder meer gebonden kunnen worden door cao's, die mogelijkheden scheppen om op individuele basis bepalingen van driekwart dwingend recht te kunnen 'wegcontracteren', moet wel de representativiteit van de vakorganisaties zijn gegarandeerd. Wat te denken van de zogenaamde 'yellow unions'. Bonden met een gering ledental, die door een achterdeurtje het bestaande cao-overleg ontwijken en snel met de werkgevers tot overeenstemming geraken. Kunnen door dergelijke bonden gesloten cao's ook ervoor zorgen dat de werknemer en werkgever naar voorbeeld van één cao-bepaling op individuele basis kunnen afwijken van bepalingen van driekwart dingend recht? Dat lijkt me zeer onwenselijk.

In een uitspraak van de kantonrechter te Hilversum⁵¹ blijkt dat door het aanleggen van de Bollemeijer-toets voorkomen kan worden dat anders georganiseerde werknemers gebonden kunnen raken aan een afwijking van driekwart dwingend recht. In casu had de horeca onderneming Castellum Novum in de arbeidsovereenkomst de Horeca-cao geïncorporeerd. Deze cao werd vanouds afgesloten met de FNV Horecabond en de CNV Bedrijvenbond. Deze bonden hebben zich echter uit de onderhandelingen teruggetrokken. Uiteindelijk is de Horeca-cao afgesloten tussen de Koninklijke Horeca Nederland enerzijds en de Unie anderzijds. De werknemer in casu, Ben Ataya, was lid van de FNV Horecabond.

In de Horeca-cao die met de Unie was afgesloten was art. 7:628 BW volledig uitgesloten. De werkgever is hierdoor niet langer verplicht het loon door te betalen indien geen werk voorhanden is door een reden die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor rekening van de werkgever dienen te komen. Dit heeft tot gevolg dat de regel 'geen arbeid, geen loon' geldt. Toen het bedrijf Castellum Novum geheel afbrandde was er geen werk voor de medewerkers. Om die reden werd het loon niet uitbetaald. Ben Ataya vorderde loon, maar Castellum Novum beriep zich op de cao die de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever uitsloot. Ben Ataya, die door middel van een incorporatiebeding was gebonden, stelde dat hij niet gebonden was door een cao die met een zeer kleine bond was afgesloten. (De Unie vertegenwoordigt 500 van de 300.000 werknemers

51. Ktr. Hilversum, 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.

in de horeca-branche).⁵² De werkgever daarentegen beriep zich op zijn verplichting op grond van art. 14 Wet CAO tot toepassing van de cao door welke hij is gebonden. Daarbij beriep de werkgever zich op het feit dat de cao deel van de arbeidsovereenkomst was geworden door incorporatie.

De rechter oordeelde dat het incorporatiebeding slechts tot loonverlies had kunnen leiden indien de cao was afgesloten met de (grote) vakorganisaties die in belangrijke mate de aangesloten medewerkers in de horecabranche vertegenwoordigen. In casu was daarvan geen sprake. De Unie vertegenwoordigt weinig mensen in de branche. Daarbij hebben de grotere bonden geweigerd de cao met deze inhoud af te sluiten. ‘Onder deze omstandigheden kan naar redelijkheid en billijkheid niet worden aanvaard dat Ataya als lid van een werknemersorganisatie die artikel 12 van de cao [de uitsluiting van art. 7:628 BW; ek] heeft verworpen, krachtens het standaardbeding in zijn lang voor de inwerkingtreding van de cao gesloten arbeidsovereenkomst, thans gebonden is aan een beding dat een driekwart dwingende bepaling volledig buiten werking zou stellen.’ Om die reden is de werkgever gehouden het loon door te betalen.

In feite gaat het hier om de situatie dat de werknemer ten tijde van de ‘oude cao’ gebonden was op voet van art. 12 Wet CAO. Er trad normatieve werking op. Door het opnemen van een standaard incorporatiebeding was de werknemer echter ook gebonden langs de weg van incorporatie. Toen de nieuwe Horeca-cao werd gesloten was er geen normatieve werking meer. De werknemer was immers niet aangesloten bij de Unie. Hij werd nog wel gebonden langs de weg van het standaard-incorporatiebeding. Hier had ook een wijzigingstoets kunnen worden aangelegd. Dit doet de kantonrechter niet. Hij gaat over tot de Bollemeijer-redenering en stelt feitelijk dat indien de cao niet rechtstreeks van toepassing is, slechts van driekwart dwingend recht mag worden afgeweken indien in de bescherming van de werknemer is voorzien doordat vakorganisaties betrokken waren bij het totstandkomen van de cao. De kantonrechter voegt daar nog aan toe dat het moet gaan om ‘(grote)’ vakorganisaties. Zo ver heeft de Hoge Raad niet willen gaan in het arrest TPG/*Bollemeijer* daar dit het risico met zich brengt dat de rechter rechtstreeks de representativiteit van de betrokken vakorganisaties toetst. In de Wet CAO worden echter geen eisen gesteld aan de representativiteit van vakorganisaties. Door Fase⁵³ is bepleit de wet op dit punt aan te passen, ook in verband met het dispensatiebeleid bij avv. Dit verdient overweging,

52. De Unie sloot in 2006 CAO's in de Horeca-branche en in de Kinderopvang-branche. In beide sectoren heeft de bond amper leden in verhouding tot de ‘gevestigde’ bonden. Zie ook: J. Woudt, ‘CAO-voer voor juristen’, *Het Financieele Dagblad*, 10-2-2006.

53. W.J.P.M. Fase, ‘Recente CAO-perikelen’, *SMA* 2006/6, p. 231-233; W.J.P.M. Fase, ‘De schone CAO-schijn’, *SMA* 2006/2, p. 55 e.v.

gezien het feit dat er verschuivingen plaats vinden op het terrein van de cao-onderhandelingen.

Waren ‘vroeger’ voornamelijk bonden partij bij de cao die een aanzienlijk aantal werknemers in de branche vertegenwoordigden, thans zijn de grotere bonden zoals FNV en CNV in een aantal branches niet langer partij bij de cao. Dit kan tot gevolg hebben dat werknemers nauwelijks gerepresenteerd zijn door de cao-sluitende bond. In een zaak die FNV Bondgenoten en CNV Bedrijvenbond tegen Hema⁵⁴ hadden aangespannen was een dergelijke situatie aan de orde. De FNV en CNV hadden zich teruggetrokken uit de onderhandelingen. Hema heeft tenslotte de Hema-cao afgesloten met de enig overgebleven categorale vakbond VHP. Deze bond organiseert het hogere personeel bij Hema. Krachtens het incorporatiebeding werd ook het overige personeel gebonden aan de Hema-cao. De bonden vorderden dat de cao voor het overige personeel buiten werking werd gesteld. Zij stelden hiertoe dat de VHP blijkens haar statuten niet bevoegd was om op te treden voor de werknemers die vallen onder de Hema-cao. Het oordeel van de rechter was dat de Hema-cao niet rechtsgeldig tussen Hema en VHP was afgesloten. Het accent wordt in deze zaak gelegd op het vertegenwoordigingsbeginsel (art. 2 Wet CAO). Duk stelt echter terecht dat hier wellicht sprake is van een Pyrrhusoverwinning van de gevestigde orde op de andere bonden. Zou Hema immers niet hebben gecontracteerd met de VHP, maar met de Lbv, dan zou de argumentatie van de voorzieningenrechter geen hout snijden. De statuten van de Lbv zijn immers ruim genoeg om het gehele Hema-personeel te dekken.⁵⁵

Kortom, uit de jurisprudentie blijkt dat de representativiteit van de bonden van belang is. Hoewel de wet geen eisen hieraan stelt, wordt in de rechtspraak gepoogd de rechten van werknemers te waarborgen. Zo stelde de Hoge Raad in de *TPG/Bollemeijer*-zaak dat in het waarborgen van de rechten van de werknemers is voorzien doordat de vakorganisaties betrokken waren bij de totstandkoming van de cao. De Hilversumse kantonrechter heeft deze uitspraak toegepast in zijn uitspraak inzake de Horeca-cao. De conclusie luidde dat indien een niet-representatieve vakorganisatie betrokken was bij de cao, dit er niet toe kan leiden dat niet-rechtstreeks gebonden werknemers gehouden zijn aan afwijkingen van driekwart dwingende bepalingen. In de zaak *Bonden/Hema* werd de representativiteit van de vakbond die partij was bij de cao in twijfel getrokken. Op basis van het algemeen vertegenwoordigingsbeginsel werd de vakbond geacht de achterban niet

54. Rb. Amsterdam, 29 december 2005, *JAR* 2006/27.

55. R.A.A. Duk, ‘CAO-recht’, *Ondernemingsrecht* 2006-3, p. 119-122.

te kunnen representeren, op grond waarvan de cao buiten werking werd gesteld.

Naar een ander art. 14 Wet CAO?

De discussie over de binding van ongebonden werknemers aan de cao is al vanaf het ontstaan van de wet gaande. Door het teruglopend ledenaantal van de Nederlandse vakorganisatie, laaide de discussie over vakbondsleden en niet-vakbondsleden rond de laatste eeuwwisseling weer op. Eén van de problemen waar de vakorganisatie mee tobt, is het feit dat veel werknemers niet bereid zijn om lid te worden van een vakbond. Veel van de werknemers zijn blij met de cao, maar krijgen deze ‘gratis’, ofwel via avv (zie hierover hoofdstuk 3), ofwel omdat zij op grond van art. 14 Wet CAO door hun werkgever aangeboden krijgen de cao op de arbeidsovereenkomst van toepassing te verklaren. Deze werknemers worden wel *freeriders* genoemd; zij willen wel de lusten, maar niet de lasten.

Grapperhaus heeft gepleit voor een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot de cao. Hij stelt dat het onderscheid tussen de georganiseerde en ongeorganiseerde werknemer (een onderscheid op sociaal-politieke en juridische gronden) in de huidige tijd niet meer kan stand houden. De gedachte achter art. 14 Wet CAO was destijds om welslagen van een coöperatief onderhandelingsmodel voor de vakbeweging mogelijk te maken. Tegenwoordig gaat het echter niet alleen meer om het voorkomen van onderkruipen. Ook is het van belang binnen de onderneming voor gebonden en ongebonden werknemers gelijke kansen, gelijke behandeling en rechtvaardige verdeling van de collectief verkregen middelen te realiseren. Tevens leidt art. 14 Wet CAO tot een verder afbrokkelende organisatiegraad van de werknemers en daarmee ook van hun onderhandelingsmacht.

Zijn voorstel voor een nieuw art. 14 komt hierop neer, dat voor het afsluiten van een cao vereist is dat de vakorganisatie(s) die de cao af willen sluiten tenminste een vertegenwoordigingsgraad hebben die gelijk is aan een (bij KB vast te stellen) minimum percentage van de werknemers, dat onder de werkingssfeer van de cao zou vallen. Indien aan dit vereiste is voldaan, zouden volgens het voorstel de bepalingen van de cao gelijkelijk van toepassing zijn op alle werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen, ongeacht of de werknemers lid zijn of waren van één van de cao-partijen.⁵⁶

56. F.B.J. Grapperhaus, ‘De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao’, in: *SR* 2002/6, p. 184-189.

Ook Jacobs⁵⁷ heeft bepleit de huidige art-14 constructie te verlaten en over te stappen op het systeem van de *extension automatique*, zoals in Frankrijk en België gebruikelijk. In dit systeem is de werkgever die gebonden is door de cao, verplicht deze toe te passen op het hele personeel dat onder de werkingsfeer valt, ongeacht de lidmaatschapsfactor. Alle betreffende personeelsleden hebben in deze situatie ook een vorderingsrecht. Deze benadering werd tevens omarmd door Koning⁵⁸ evenals door Verhulp⁵⁹ in zijn oratie.

Fase staat afwijzend tegenover het automatisch toepassen van de cao op alle werknemers die onder de werkingsfeer vallen. Hij stelt dat indien de cao automatisch doorwerkt in iedere arbeidsrelatie dit tot gevolg heeft dat nadere eisen dienen te worden gesteld aan de representativiteit van de cao-partijen aan werknemerskant. De vakbonden moeten voldoende gelegitimeerd zijn namens de werknemers op te treden. Een verandering van het systeem die het stellen van representativiteitsvereisten vereist verdient volgens Fase geen aanbeveling. Het is naar zijn opvatting niet nodig, omdat de cao reeds op alle werknemers wordt toegepast al dan niet via een beding in de individuele arbeidsovereenkomst. Daarbij houdt het stellen van representativiteitsvereisten het risico in dat in bepaalde sectoren geen cao kunnen worden afgesloten omdat de representativiteitsdrempel niet wordt gehaald. Ook ontstaat het risico dat de vakbonden slechts in combinatie met elkaar representatief genoeg zijn. Het meest fundamentele bezwaar van Fase is dat de voorgestelde verandering van het systeem de individuele contractsvrijheid aantast van niet gebonden werknemers en van vakbonden die de cao niet hebben ondertekend.⁶⁰

Ik zou zelf een wijziging voorstaan van art. 14 waarbij de contractsvrijheid van de ongebonden werknemer behouden blijft. Indien deze echter instemt met de toepasselijkheid van de cao dient mijns inziens het rechtsgevolg van art. 12 Wet CAO in te treden. Voor mijn opvatting over een wijziging van art. 14 Wet CAO verwijs ik naar de slotbeschouwing in hoofdstuk 6.

Conclusie

De art. 14-werknemer kent theoretisch een ruimere individuele contractsvrijheid dan het vakbondslid. Hij is vrij om het aanbod van zijn werkgever om de cao van toepassing te verklaren op de individuele arbeidsovereen-

57. A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 95.

58. F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 128-149.

59. E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht*, (Oratie Amsterdam UvA) 2003.

60. W.J.P.M. Fase, 'CAO-recht en contractsvrijheid', *AI* 2002, p. 129; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 223.

komst aan te nemen dan wel af te wijzen. In de jurisprudentie is bevestigd dat door de werking van artikel 14 Wet CAO de ongeorganiseerde werknemer geen recht verwerft. De individuele contractsvrijheid van de gebonden werkgever is daarentegen in sterke mate beperkt door de verplichting van art. 14 Wet CAO. Desondanks passen werkgevers de cao op ruime schaal toe op hun niet georganiseerde werknemers. De cao wordt vaak niet alleen toegepast, maar ook geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst.

Mocht de werkgever verzuimen de cao aan te bieden, dan kan de ongebonden werknemer geen nakoming vorderen. In de zaak TPG/*Bollemeijer* oordeelde de Hoge Raad dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepalingen kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een cao, ook ingeval deze cao niet rechtstreeks van toepassing is. In de literatuur zijn de meningen verdeeld, maar de meerderheid stemt wel in met de redenering van de Hoge Raad. Ik daarentegen ben de mening toegedaan, dat de individuele contractsvrijheid én de bescherming van de art. 14-werknemer te zeer worden beperkt door deze uitspraak. Daarbij acht ik een dergelijke verruiming van mogelijkheden die het bestaande systeem doorkruist tot de taak van de wetgever, en niet tot die van de rechter behoren. Uit de uitspraak inzake *Ben Ataya/Castellum Novum* blijkt dat indien niet representatieve bonden een afwijking van driekwart dwingend recht overeenkomen, anders-georganiseerde werknemers deze afwijking niet tegenover zich hoeven laten te gelden. Daarbij moet de bond op grond van de Hema-zaak blijkens de statuten bevoegd zijn tot het vertegenwoordigen van de werknemers voor wie de cao wordt afgesloten.

Met betrekking tot de vraag of vakbondslicidmaatschap bepalend moet zijn voor de gebondenheid aan de cao lopen de opvattingen uiteen. Er zijn voorstanders van een gelijke behandeling van alle werknemers in dienst van een gebonden werkgever, indien zij onder de werkings sfeer van de cao vallen. Anderen stellen dat de individuele contractsvrijheid van de werknemer gewaarborgd dient te blijven. Daarbij zou het automatisch toepassen van de cao op alle werknemers betekenen dat representativiteitseisen moeten worden gesteld aan de cao-partijen. Het stellen van representativiteitseisen brengt bezwaren met zich mee. Zo zou een gevolg kunnen zijn dat in bepaalde bedrijfstakken geen cao meer tot stand zou kunnen komen. Mijns inziens dient de contractsvrijheid van de art. 14-werknemer te worden gewaarborgd, maar dient het rechtsgevolg van instemming met de toepasselijkheid van de cao gelijk te zijn aan de werking van art. 12 Wet CAO. Voor mijn opvatting verwijs ik naar de slotbeschouwing in hoofdstuk 6.

2.2.3 *De werknemer gebonden door incorporatie*

Hoewel art. 14 Wet CAO in de voorgaande paragraaf centraal stond, zal zijn opgevallen dat hier ook regelmatig gesproken werd over incorporatie. Incorporatie is een belangrijk instrument om de cao van toepassing te verklaren op de individuele arbeidsovereenkomst. Art. 14 verplicht de gebonden werkgever echter niet de cao te incorporeren. De wet verplicht slechts 'toe te passen'. Voldoende hiervoor is dat de werknemer uitdrukkelijk of stilzwijgend instemt met het van toepassing verklaren van de cao. Ook is de werkgever slechts verplicht de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden te hanteren.

In de praktijk wordt door werkgevers in de arbeidsovereenkomst gebruik gemaakt van een incorporatiebeding dat verwijst naar de geldende cao. Dit gebeurt zowel in relatie met gebonden als ongebonden werknemers en zowel door gebonden als ongebonden werkgevers. Deze praktijk heeft tot gevolg dat er een extra vorm van gebondenheid ontstaat, namelijk die van incorporatie van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst. Voor de gebonden werknemer heeft dit tot gevolg dat hij naast de gebondenheid van art. 12 Wet CAO met de normatieve werking gebonden is doordat de cao in zijn arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd. Voor de niet gebonden werknemer kan dit betekenen dat naast het enkel toepassen van de cao op grond van art. 14 Wet CAO, de cao toch deel uitmaakt van zijn arbeidsovereenkomst als gevolg van incorporatie. Hierdoor kan hij ook naleving vorderen van zijn arbeidsovereenkomst. Ook een werknemer in dienst van een ongebonden werkgever kan worden gebonden door een incorporatiebeding. De niet gebonden werkgever en werknemer kunnen overeenkomen de cao te 'volgen'.

Door het opnemen van een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst krijgen de cao-bepalingen de status van contractsbepalingen. De cao is dan onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst. Dat de cao onderdeel is geworden van het contract heeft niet de werking van het cao-recht tot gevolg. Er treedt geen normatieve werking op. Indien een werknemer naleving vordert, dient hij naleving te vorderen van de individuele arbeidsovereenkomst en niet van de cao.⁶¹

Een incorporatiebeding vermeldt niet altijd nauwkeurig welke cao van toepassing is. Voor de werkgever is het volgens Fase praktisch slechts te vermelden: 'op deze arbeidsovereenkomst is van toepassing de cao, waaraan de werkgever gebonden is.' Indien de cao in de arbeidsovereenkomst nauwkeurig wordt omschreven, kan dit problemen opleveren indien de werkgever naderhand aan een andere cao wordt gebonden door verande-

61. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98-99.

ring van lidmaatschap of als gevolg van overgang van onderneming. Om te voorkomen dat de werknemer echter wordt gebonden aan een cao die hij niet kende toen hij instemde met het incorporatiebeding bepleitte ik met Bungener kenbaarheid van de cao-bepalingen door een nauwkeurig geredigeerd incorporatiebeding. Ervan uitgaande dat de cao-bepalingen zijn te beschouwen als contractsbepalingen, dient de werkgever naar onze opvatting op grond van art. 7:655 lid 1 BW ook tussentijds opgave te doen van wijzigingen van de geïncorporeerde cao. We hebben daarom ter overweging gegeven dat onduidelijkheden die voortvloeien uit geïncorporeerde cao's niet ten nadele van de werknemer behoren te worden uitgelegd. Een suggestie ontleend aan het Duitse rechtsstelsel is het vergroten van de kenbaarheid van de cao-bepalingen door te vereisen dat de werkgever bij incorporatie altijd de geldende cao-bepalingen ter inzage moet leggen. Partijen raken daardoor bewust van het geldende arbeidsvoorwaardenregime.⁶²

In een zaak waarin de verwijzing naar de cao niet volstrekt helder was, oordeelde het Gerechtshof te Leeuwarden⁶³ dat de verwijzing naar de cao niet voldoende was om wilsovereenstemming tussen partijen aan te nemen. In casu was Mestrom (werknemer) ontslagen door Assembla (werkgever). Mestrom verweerde zich tegen het gegeven ontslag en hield zich beschikbaar voor arbeid. Geruime tijd na het ontslag stelde Assembla dat het ontslag mogelijk was omdat een geldig proeftijdbeding was overeengekomen. Dit werd door de werknemer bestreden. Het Gerechtshof stelde de werknemer in het gelijk.

Het hof overwoog dat een proeftijdbeding voor de werknemer ingrijpende consequenties heeft. Derhalve dient de werkgever zich ervan te vergewissen dat de werknemer zich van de inhoud van het beding bewust is en daarmee instemt. Indien de proeftijd is opgenomen in een cao die direct of langs de weg van avv van toepassing is, mag worden aangenomen dat de werknemer zich bewust is van het proeftijdbeding. Van een dergelijk situatie was in casu geen sprake. De verwijzing naar de cao was niet volstrekt helder, nu een niet (langer) geldende citeertitel (Kleinmetaal) was gebruikt. Ook was aan de werknemer geen exemplaar van de cao verstrekt. Het Hof stelde dat de verplichting van de werkgever op grond van art. 7:654 BW kosteloos een exemplaar van de cao ter hand te stellen ook geldt in de situatie dat de cao geldt krachtens incorporatie. Tevens is door partijen nooit gesproken over het proeftijdbeding, ook niet ten tijde van het gegeven ontslag. Pas in het ontbindingsverzoek van Assembla kwam het proeftijdbeding ter sprake. Om deze redenen kwam het Hof tot de conclusie dat geen sprake kan zijn

62. A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, 'Incorporeren van een CAO door een ongebonden werkgever', *SR* 2006, 6/7, p. 227-232.

63. Hof Leeuwarden, 9 november 2005, *JAR* 2005/285.

van een geldig overeengekomen proeftijdbeding. Duidelijkheid over de verwijzing is dus op basis van dit oordeel vereist om met succes een beroep te doen op bepalingen uit de geïncorporeerde cao.

Incorporatie beperkt de contractsvrijheid dus enerzijds minder sterk dan de automatische doorwerking van art. 12 Wet CAO doet. Voor incorporatie is immers instemming van de werknemer vereist. Anderzijds zullen werknemers zelden instemming aan incorporatie onthouden, omdat de cao onderdeel uitmaakt van het standaardpakket arbeidsvoorwaarden dat de werkgever hanteert. Voor incorporatie door een ongebonden werkgever en werknemer (om de cao onverplicht te ‘volgen’) geldt dat afwijking met beider instemming mogelijk is. Er geldt immers geen normatieve werking op grond van art. 12 Wet CAO. Ook heeft de ongebonden werkgever geen verplichting op grond van art. 14 Wet CAO. Van belang is dat er helderheid bestaat over datgene dat geïncorporeerd wordt, zodat daadwerkelijk wilsovereenstemming tussen partijen kan bestaan over de bepalingen van de geïncorporeerde cao. Het ter hand stellen van de cao-tekst door de werkgever kan aan de duidelijkheid bijdragen.

Tot slot moet worden vermeld dat een incorporatiebeding de contractsvrijheid wel sterk kan beperken indien dit beding is opgenomen in een standaard-arbeidsovereenkomst die wordt toegepast op grond van een verplichting in de cao. In tal van cao’s wordt een dergelijke standaard-arbeidsovereenkomst voorgeschreven. Indien dergelijke cao’s algemeen verbindend worden verklaard, kan de standaard-arbeidsovereenkomst met het incorporatiebeding op grond van avv verplicht worden toegepast in de individuele arbeidsrelatie. Indien de avv ten einde loopt is – ook na ommekomst van de avv-periode – de contractsvrijheid beperkt omdat de cao nog steeds is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. Ook kan een onduidelijke redactie van het incorporatiebeding ertoe leiden dat partijen worden gebonden door een cao waaraan zij zich niet hebben willen verbinden. In een dergelijke situatie is de contractsvrijheid sterk beperkt.

2.2.4 *Het oud-vakbondslicid*

De positie van de werknemer, die zijn verenigingslidmaatschap heeft opgezegd wordt beheerst door art. 10 Wet CAO, dat stelt dat de leden van een vereniging, die door een cao gebonden zijn, ook na het verlies van hun lidmaatschap gebonden blijven (in de zin van art. 9 Wet CAO). De gebondenheid van het oud-vakbondslicid kan op twee wijzen eindigen. Ten eerste eindigt de gebondenheid wanneer de cao na het verlies van het lidmaatschap wordt gewijzigd. Ten tweede eindigt de gebondenheid aan de cao in geval van verlenging op het moment dat de cao zonder verlenging zou zijn geëindigd. Onder verlenging is ook begrepen de stilzwijgende verlenging

van art. 19 Wet CAO.⁶⁴ De gebondenheid aan de cao duurt voort totdat de wijziging of verlenging daadwerkelijk in werking treedt. Dit betekent dat de gebondenheid niet reeds eindigt op het moment waarop de wijziging is overeengekomen.

Thans komen twee zaken aan de orde waarin werknemers hun vakbondslidmaatschap hebben opgezegd, maar wel vorderen dat de normen van de cao op hun arbeidsrelatie worden toegepast. In de uitspraak inzake *Beerda/Groninger Taxi Centrale BV*⁶⁵ was de eiser ten tijde van de inwerking-treding van de cao lid van één van de contractspartijen. Deze werknemer zegde zijn vakbondslidmaatschap op en werd lid van een andere bond die geen partij was bij de cao en op grond van art. 2 Wet CAO ook niet bevoegd was tot het aangaan van cao's. De werknemer vorderde van de werkgever wel de uit de latere cao voortvloeiende loonsverhogingen.

De kantonrechter stelde dat ten tijde van het vakbondslidmaatschap de cao-bepalingen deel zijn gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst tussen eiser en gedaagde. Dit op grond van de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Ten tijde van het geschil was de eiser niet meer gebonden. Hij nam volgens de kantonrechter bij de beëindiging van zijn gebondenheid de toen bestaande loonregeling mee in zijn individuele arbeidsovereenkomst, doordat sprake was van een horizontaal werkende bepaling. De gebondenheid eindigde in ieder geval met de beëindiging van de cao. Dit blijkt uit art. 10 lid 2 Wet CAO. De kantonrechter overwoog dat het niet wenselijk is dat de niet georganiseerde werknemer een vordering instelt tegen de werkgever terzake van latere loonsverhogingen die krachtens de cao zouden ingaan. Hierdoor zou immers feitelijk een soort algemeen verbindend verklaring kunnen ontstaan. Hier wordt dus een duidelijke grens getrokken. Op het moment dat de cao eindigt houdt de gebondenheid aan de cao op. Er kunnen dan geen rechtsovereenkomsten meer ontstaan. Hooguit kan de gebonden werknemer de cao toepassen op grond van art. 14 Wet CAO, maar ook dan ontstaat geen rechtsovereenkomst voor de ongeorganiseerde werknemer.

In *Aruba Commercial en Industrial Services NV/Maduro*⁶⁶ werd ook nakoming van de bepalingen van de cao geëist door een werknemer die tevoren zijn lidmaatschap van de vakorganisatie die partij bij de cao was, beëindigd had. In casu draaide het Hof van Justitie om het antwoord op de vraag heen, door zowel het leerstuk van de nawerking aan te snijden als het leerstuk van de gebondenheid van oud-leden aan de cao op grond van art. 10 Landsverordening Collectieve arbeidsovereenkomst (dat geheel overeen-

64. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aantekening 1 bij art. 10 Wet CAO.

65. Ktg. Groningen 11 mei 1977, *NJ* 1978, 15.

66. Hof Justitie Nederlandse Antillen 15 januari 1980, *Prg.* 1980, nr. 1485, p. 245-255, m. nt. Mannoury.

stemt met ons art. 10 Wet CAO). Uitkomst was dat er zowel nawerking is, én dat de werknemer gebonden blijft aan de cao, waardoor de cao onverkort blijft gelden totdat die gewijzigd of verlengd wordt of simpelweg eindigt.

In deze beide zaken betrof het werknemers die – ondanks het feit dat zij het lidmaatschap hebben opgezegd – wel graag zagen dat de normen van de cao op hun arbeidsrelatie worden toegepast. In tegenstelling tot de voorgaande paragraaf over de art. 14-werknemers was de cao dus al op hun individuele arbeidsovereenkomst van toepassing. De vraag is alleen wanneer die werking van de cao eindigt.

Eenzijds is er art. 10 Wet CAO, dat stelt dat de gebondenheid na het verlies van het lidmaatschap op twee wijzen kan eindigen. Ten eerste indien de cao hierna wordt gewijzigd. Ten tweede eindigt de gebondenheid in geval van verlenging op het moment dat de cao zonder verlenging zou zijn geëindigd. Anderzijds is er dan de normatieve werking, op grond waarvan de cao-bepalingen onderdeel zijn uit gaan maken van de individuele arbeidsovereenkomst; de nawerking van cao-bepalingen. In principe werken de bepalingen na in de individuele arbeidsovereenkomst op grond van de normatieve werking. De wet heeft hier zelf het einde van die nawerking aangegeven in art. 10 Wet CAO, waardoor er niet veel aanleiding is tot discussie over dit onderwerp.

Het einde van de toepasselijkheid van de cao van de werknemer die zijn vakbondslidmaatschap heeft opgezegd, ligt veelal buiten de macht van de werknemer. Hij is afhankelijk van de looptijd van de cao. Pas na ommekeer van de cao herkrijgt hij individuele contractsvrijheid om over zijn arbeidsvoorwaarden te onderhandelen.

2.2.5 *De werknemer na overgang van onderneming*

Overgang van onderneming is een situatie waarin de werknemer extra bescherming krijgt via de Wet op de CAO. De werknemer krijgt een steuntje in de rug door art. 14a van de Wet CAO. Dit artikel bepaalt dat rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de vervreemder van de onderneming ten aanzien van de werknemers voortvloeiden uit bepalingen van een cao waaraan de vervreemder gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming. Door dit artikel ontstaat een speciaal soort gebondenheid aan de cao voor de verkrijgende werkgever. Volgens de systematiek van de Wet CAO, ontstaat gebondenheid verder alleen op grond van art. 9 lid Wet CAO, of doordat de werkgever zelf contractspartij was bij een cao (ondernemings-cao).

Door de overgang van onderneming is de verkrijgende werkgever dus verplicht ten aanzien van de overgenomen werknemers de bepalingen van de cao waaraan de vervreemdende werkgever was gebonden toe te passen.

Dit is de verkrijger niet alleen verplicht ten aanzien van de overgenomen werknemers die vóór de overname gebonden waren aan de cao; ook moet de verkrijger de verplichtingen die voortvloeien uit art. 14 Wet CAO naleven ten aanzien van de overgenomen werknemers die niet aan die cao zijn gebonden. De ongebonden werknemers met een incorporatiebeding kunnen zich echter slechts beroepen op de toepasselijkheid van de cao die is afgesloten vóór de datum van overgang van onderneming. De verkrijgende werkgever is dus niet gehouden de cao van de vervreemder toe te passen indien deze van kracht wordt na genoemde datum. Dit werd bevestigd door het Hof van Justitie in de zaak *Werhoff*.⁶⁷

Zolang een cao waarvan de geldingsduur is verstreken niet is vervangen door een nieuwe cao of een avv-cao, kan de werknemer zich beroepen op de bepalingen van zijn individuele arbeidsovereenkomst, zoals die door de oude cao zijn gemodelleerd. Er komt dan nawerking toe aan de oude cao. Dit kan voor de verkrijgende werkgever betekenen dat hij met verschillende arbeidsvoorwaardenregelingen binnen één bedrijf zal moeten werken. Dit geval doet zich voor indien de overgenomen werknemer niet gebonden is aan de nieuwe cao en dus als art. 14-werknemer niet instemt met het door de werkgever aan hem gedane aanbod om de nieuwe cao van toepassing te verklaren op de arbeidsrelatie. De ongebonden (art. 14-)werknemer is dus vrij aan de oude cao-bepalingen te blijven vasthouden, door te weigeren in te stemmen met het van toepassing verklaren van de nieuwe cao op zijn individuele arbeidsovereenkomst en door vast te houden aan de individuele arbeidsovereenkomst die is gemodelleerd door de oude cao.⁶⁸

De individuele contractsvrijheid van de werknemer wordt door art. 14a Wet CAO niet beperkt, maar versterkt. Hij geniet bescherming en heeft de keuzevrijheid al dan niet in te stemmen met een nieuwe regeling of cao die afwijkt van zijn oude arbeidsvoorwaardenpakket. De werkgever daarentegen is door de regeling in sterke mate in zijn individuele contractsvrijheid beperkt. Om deze reden zal de overgang van onderneming uitgebreider worden besproken in de paragraaf over de werkgever en de cao. Daar zal ook de relevante jurisprudentie worden behandeld.

2.2.6 *Af- en oproepwerknemer*

De mate van individuele contractsvrijheid die de af- en oproepwerknemer geniet is afhankelijk van zijn type contract. Er zijn twee varianten van het af- en oproepcontract die ik achtereenvolgens zal bespreken, te weten de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatie en de voorovereenkomst.

67. Hof van Justitie EG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83.

68. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 5 bij art. 14a Wet CAO.

Het zijn verschillende contractsvormen die ook resulteren in een verschillend type gebondenheid aan de cao.

In het geval van de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatie bestaat er van het begin af aan een arbeidsovereenkomst. In deze arbeidsovereenkomst kan de cao gelden op alle manieren zoals die in de voorgaande paragrafen aan de orde zijn geweest. De mate van contractsvrijheid van partijen hangt dan af van de vraag wie aangesloten is bij één van de cao-sluitende partijen.

In het geval van de voorovereenkomst sluiten partijen een overeenkomst waarop het algemeen vermogensrecht van toepassing is. De contractuele relatie wordt beheerst door de normen van de redelijkheid en billijkheid van art. 6: 248 BW. In deze voorovereenkomst leggen partijen de basis om de oproepkracht op te roepen tot het verrichten van arbeid. De overeenkomst regelt de voorwaarden waaronder de oproep dient plaats te vinden en op welke voorwaarden aan de oproep gehoor dient te worden gegeven. Voorts bevat de overeenkomst de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op het moment dat een oproepkracht overgaat tot het verrichten van arbeid. Op het moment dat aan de oproep wordt gehoor gegeven en overgegaan wordt tot het verrichten van arbeid is er sprake van een arbeidsovereenkomst waarop deze arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn.⁶⁹

In de voorovereenkomst zouden partijen overeen kunnen komen de bepalingen van de cao van toepassing te verklaren op de arbeidsovereenkomst die tussen hen ontstaat op het moment dat gehoor wordt gegeven aan een oproep. In de cao kunnen speciale bepalingen gelden voor op- en afroepwerknemers, waar bij individuele overeenkomst niet van kan worden afgeweken. Dit hangt af van de bedrijfstak of de onderneming waar de op- of afroepwerknemer werkzaam is. Verder gelden, zodra er sprake is van een arbeidsovereenkomst, de normale regels van het collectieve arbeidsrecht en hangt de mate van contractsvrijheid af van de vraag of de werknemer gebonden is in de zin van art. 9 Wet CAO of wellicht een art. 14-werknemer is (zie de voorgaande paragrafen).

Partijen genieten (althans in theorie) de meeste contractsvrijheid indien zij een voorovereenkomst sluiten. In het stadium van de voorovereenkomst beheersen de regels van het algemeen vermogensrecht immers de overeenkomst. Partijen hebben dan nog niet te maken met de bepalingen van Boek 7, titel 10 van het BW en hebben de vrijheid om voorwaarden van toepassing te verklaren op de nog van kracht te worden arbeidsovereenkomst, die strijdig zijn met een de binnen die bedrijfstak of onderneming vigerende cao. Zodra aan een oproep gehoor wordt gegeven, ontstaat de arbeidsovereenkomst en gaat de molen draaien van eventuele gebondenheid aan de

69. E. Verhulp, *Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001, p. 118.

cao en van de nietigheid van met de cao strijdige bepalingen. Praktisch is deze benadering echter niet, daar een voorovereenkomst toch wordt gesloten met het oog op het oproepen van werknemers.

Bij op-en afroepcontracten heeft de individuele werknemer al met al bijna net zoveel contractsvrijheid als een ‘gewone’ werknemer. De gebondenheid hangt dan af van het al dan niet georganiseerd zijn en de betrokkenheid bij de cao.

2.2.7 *De uitzendwerknemer*

Vóór de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (per 1 januari 1999) was de contractsvrijheid van partijen bij een uitzendovereenkomst zeer ruim. De relatie tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau was – uitzonderingen⁷⁹ daargelaten – niet gebaseerd op een arbeidsovereenkomst, maar op een opdrachtovereenkomst (art. 7:400 BW e.v.). Dit had tot gevolg dat de rechtsbetrekking van de uitzendkracht niet werd genormeerd door de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht, maar door de regels van de overeenkomst van opdracht. Dit betekende dat de contractsvrijheid van partijen groot was; zo kon de arbeidsrelatie snel worden beëindigd, bijvoorbeeld wanneer de inlener had aangegeven niet langer meer behoefte te hebben aan de diensten van de uitzendkracht.

Sinds de wetwijziging van 1999 wordt de uitzendovereenkomst aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De verhouding tussen deze arbeidsovereenkomst (de ‘uitzendarbeidsovereenkomst’) en de cao is anders dan de relatie tussen de gewone arbeidsovereenkomst en de cao. Er zijn uitzonderingen opgenomen in art. 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: WAADI). Zo bevat de wettelijke regeling met betrekking tot de uitzendovereenkomst op verschillende plaatsen driekwart dwingend recht.

Een belangrijk onderdeel van de WAADI vormt de regeling over de loonverhouding. Art. 8 lid 1 WAADI bevat de hoofdregel op grond waarvan de uitzendkracht dezelfde beloning krijgt als de in een gelijkwaardige functie werkzame werknemer bij de inlener. Deze regel kan opzij worden gezet indien er op de uitzendrelatie een uitzend-cao van toepassing is, die anders bepaalt (lid 2). Ook kan de regel opzij worden gezet indien er een inleen-cao van kracht is die bepalingen bevat met betrekking tot de beloning van uitzendkrachten (lid 3). Indien een inlener uitzendkrachten inleent, dient hij op grond van lid 3 met betrekking tot hun beloning de bepalingen in zijn eigen cao na te leven of ervoor zorg te dragen dat het uitzendbureau de bepalingen van de inleen-cao naleeft.

79. HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 633, HR 18 november 1988, *NJ* 1989, 344.

Dit laatste punt is uit het oogpunt van contractsvrijheid lastig. De inlener dient ervoor zorg te dragen dat het uitzendbureau zich houdt aan de cao-bepalingen over uitzendwerk door welke de inlener zelf niet gebonden is Art. 8 lid 3 WAADI behelst een inbreuk op de contractsvrijheid van de uitzendwerkgever en –werknemer, doordat de inleen-cao hier de dienst uitmaakt. Lid 3 veronderstelt dat nadere afspraken moeten worden gemaakt tussen inlener en uitzender over de ‘doorwerking’ van de loonbepalingen van inleen-cao’s in uitzendrelaties.

De uitzendondernemingen – verenigd in de ABU⁷¹ – hebben met FNV Bondgenoten, de Dienstenbond CNV en de Unie een cao gesloten, de zog. ABU-cao voor Uitzendkrachten. In de eerste ABU-cao werd gebruik gemaakt van de door de wetgever geboden mogelijkheden om bij cao af te wijken van de wettelijke regeling, ook ten nadele van de werknemer/uitzendkracht. Gevolg hiervan was dat in het eerste jaar de rechtspositie van de uitzendkracht niet leek op die van de reguliere werknemer. Na achttien maanden uitzendarbeid voor dezelfde inlener of na 36 maanden arbeid te hebben verricht voor verschillende inleners, werd een met reguliere werknemers vergelijkbare status bereikt.⁷² Na ommekomst van deze periode werd de contractsvrijheid dus beperkt ten gunste van de bescherming van de werknemer.

In de ABU-cao 2004-2008 is een nieuwe regeling opgenomen met betrekking tot de beloning. Het uitgangspunt voor de beloning vormt de ABU-cao. In afwijking daarop is geregeld dat de uitzendkracht, wanneer hij 26 weken bij dezelfde inlener heeft gewerkt voor dezelfde uitzendonderneming, recht heeft op de beloning die gebruikelijk is bij de inlener. Op grond van gebondenheid aan de cao zijn uitzendondernemingen vanaf dat moment verplicht de inleen-beloning te betalen. De verhouding tot het loonverhoudingsvoorschrift uit de WAADI is lastig vast te stellen. De WAADI geeft als hoofdregel dat de uitzendkracht dezelfde beloning krijgt als de in een gelijkwaardige functie werkzame werknemer bij de inlener. Op grond van de ABU-cao ontstaat deze verplichting pas na 26 weken uitzendarbeid bij dezelfde inlener. Wegens de onduidelijkheid die kan ontstaan over de wachtperiode, adviseerde de Stichting van de Arbeid⁷³ aan partijen bij inleen-cao’s die regelingen willen treffen met betrekking tot lonen en vergoedingen voor uitzendwerknemers, om in die cao’s een wachttijd van 26 weken op te nemen alvorens de beloningsregelingen van kracht worden, zodat het overzichtelijker wordt welke cao op welk moment van toepassing is.

71. ABU = Algemene Bond voor Uitzendondernemingen

72. E. Verhulp, *Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001, p. 195.

73. Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling inzake de regeling van arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers*, publicatienummer 6/04, Den Haag: Huisdrukkerij SER 2004, p. 5.

2.2.8 *De freelancer (opdrachtnemer)*

Van het begrip freelancer bestaat geen juridisch algemeen aanvaarde definitie. De freelancer werkt niet op basis van een arbeidsovereenkomst. Dit geldt ook voor de zogenaamde zelfstandige zonder personeel (de zzp'er). De opdrachtnemer werkt op basis van een overeenkomst van opdracht en mist de werking van de beschermende regels van het arbeidsrecht, die alleen gelden voor werknemers. Zo gelden er ter zake het loon van opdrachtnemers nauwelijks regels. Ook kunnen de opdrachtnemers zich ten opzichte van de werkgever niet op de cao beroepen, omdat in beginsel slechts werknemers dit kunnen. (Uitzonderingen hierop komen maar zelden voor).⁷⁴ Olbers⁷⁵ stelt dat in bepaalde gevallen de werkingssfeer van de cao wel kan worden uitgebreid tot andere groepen van werknemers dan diegenen die op basis van een arbeidsovereenkomst werken. Vaak zal dit het geval zijn doordat in de cao wordt bepaald dat de cao-bepalingen gelden voor arbeidskrachten met bepaalde functies. Hierbij wordt dus niet gekeken naar de arbeidsrechtelijke status van de persoon, maar wordt men ingedeeld al naar gelang de functie. Dit blijkt ook uit art. 1 lid 2 Wet CAO, dat stelt:

‘Zij kan ook betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Hetgeen in deze wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, vindt dan overeenkomstige toepassing.’

Op grond van de wettekst is het dus niet onmogelijk om in cao's bepalingen op te nemen ten aanzien van personen die op basis van overeenkomst van opdracht werken. In de praktijk gebeurt dit echter zelden. Weliswaar bestaan er aparte afdelingen binnen de vakorganisatie voor zelfstandigen, dit betekent niet dat er in cao's zaken worden geregeld voor opdrachtnemers. Dit heeft twee oorzaken. Ten eerste bestaat er weinig behoefte van zelfstandigen aan dwingende regels. Ten tweede – en dat weegt zwaarder – ziet de NMa er scherp op toe dat er geen tarieven voor zelfstandigen worden vastgelegd in welk document (brochure, richtlijn, cao) dan ook.⁷⁶

Aangezien de meeste cao's niets bepalen ten aanzien van opdrachtnemers betekent dit, dat er ten aanzien van de opdrachtsovereenkomst veel contractsvrijheid bestaat. Partijen zijn bij het bepalen van de inhoud van de

74. E. Verhulp, *Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001, p. 7.

75. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 2 bij art. 1 lid 2 Wet CAO, Deventer: Kluwer.

76. E. Groot & J. Woudt, 'FNV wil bodem voor tarieven zelfstandigen. Conflict dreigt met concurrentietoezichthouder NMa', *Het Financieel Dagblad* 19 maart 2006.

overeenkomst niet gebonden aan bepalingen van een al dan niet algemeen verbindend verklaarde cao en kunnen dus overeenkomen wat hun goeddunkt. Dit kan al naar de positie van de opdrachtnemer en afhankelijk van de werking van het marktmechanisme in gunstige, dan wel ongunstige zin voor de opdrachtnemer uitpakken.

2.2.9 *Tussenconclusie*

In deze paragraaf was de vraag aan de orde welke ruimte het cao-recht biedt aan de individuele contractsvrijheid van de diverse typen werknemers. De mate van individuele contractsvrijheid werd in de meeste gevallen bepaald door de vraag of de werknemer al dan niet lid was van een vakbond. Ook kwam een aantal specifieke situaties aan de orde zoals de overgang van onderneming en de uitzendrelatie. Deze situaties kennen hun eigen problematiek, waardoor de individuele contractsvrijheid op een andere wijze wordt beïnvloed dan door het vakbondslidmaatschap.

De individuele contractsvrijheid van de gebonden werknemer was in de meeste gevallen beperkt. Dit is vaak direct op de Wet CAO terug te voeren en op de beschermingsgedachte die aan deze wet ten grondslag ligt. Het is voor de gebonden werknemer niet mogelijk af te wijken van de cao. Dit geldt vanaf het intreden van het lidmaatschap ook voor het ‘instaplid’ en geldt ook voor het oud-vakbondslid, tot het aflopen van de cao. Daar de meeste cao’s minimum-cao’s zijn, betekent dit voor de gebonden werknemer dat wel in zijn voordeel maar niet in zijn nadeel mag worden afgeweken.

De ongebonden werknemer (het grootste percentage van de Nederlandse werknemers) beschikt over meer individuele contractsvrijheid dan de gebonden werknemer. Terwijl de gebonden werkgever verplicht is een aanbod te doen, heeft de art. 14 werknemer in verschillende situaties in theorie de mogelijkheid om ‘nee’ te zeggen tegen het toepasselijk verklaren van de cao op zijn individuele arbeidsovereenkomst.⁷⁷ In de praktijk wordt de cao ofwel toegepast of geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. De contractsvrijheid is dan dus slechts van symbolische waarde, omdat werknemers het in veel gevallen geen probleem vinden dat de cao van toepassing wordt, integendeel.

De contractsvrijheid van werknemers werd door de Hoge Raad beperkt in de zaak *TPG/Bollemeyer*.⁷⁸ De Hoge Raad bepaalde hier immers dat ongebonden werknemers toch gebonden kunnen raken aan een afwijking van

77. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 223.

78. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

driekwart dwingend recht in een cao waaraan de betreffende werknemer niet rechtstreeks gebonden was. Een rechtvaardiging hiervoor werd geacht te zijn gelegen in het feit dat bij het totstandkomen van de cao vakorganisaties betrokken zijn geweest. Uit een oogpunt van het tegengaan van ongelijke behandeling van gebonden en ongebonden werknemers is dit standpunt begrijpelijk. Het is echter juridisch onjuist dat door middel van een individuele overeenkomst kan worden afgeweken waar dit normaal alleen mogelijk is in een cao. Er wordt hier meer contractsvrijheid mogelijk gemaakt, terwijl dit ten koste gaat van de bescherming van de individuele ongebonden werknemer.

De werknemer na overgang van onderneming wordt beschermd door art. 14a Wet CAO. Deze werknemer heeft de individuele contractsvrijheid om na afloop van de looptijd van de cao van de vervreemder met de verkrijgende werkgever te contracteren in afwijking van de cao, maar tot die tijd bepaalt art. 14a Wet CAO dat de bepalingen van de cao van de vervreemder voortgeldend. Het is aan de werknemer om in te stemmen met een eventuele wijziging hiervan.

De af- en oproepwerknemer werkt op basis van een voorovereenkomst waarop de bepalingen van het algemeen vermogensrecht van toepassing zijn. In dat geval is er maximale contractsvrijheid, omdat de beschermende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht niet van toepassing zijn. De uitzendkracht ziet zijn contractsvrijheid beperkt doordat art. 8 lid 3 WAADI voorschrijft dat de cao van de inlener moet worden toegepast indien de inlener gebonden is door een cao. Daarbij maakt de uitzend-cao maximaal gebruik van de mogelijkheden van driekwart dwingend recht die de wet biedt.

Of de freelancer of opdrachtnemer gebonden wordt door een cao is afhankelijk van de inhoud van de desbetreffende cao. Er is verschil van opvatting over de vraag of dit mogelijk is. Mijns inziens is dit op grond van de letterlijke tekst van art. 1 lid 2 Wet CAO, mogelijk omdat daar staat dat de cao ook kan betreffen 'overeenkomsten van opdracht'. In de praktijk echter bestaat geen behoefte aan een cao voor opdrachtnemers. Zij werken zelfstandig en vallen buiten de scope van het arbeidsrecht. Daarbij kent het voorschrijven van tarieven in een cao het risico dat de mededinging wordt vervalst.

Met betrekking tot de beperking van de individuele contractsvrijheid van de werknemer kan tot slot worden gesteld, dat in de gevallen waar deze vrijheid beperkt is, dit vooral betekent dat niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. De beperking van individuele contractsvrijheid is dus duidelijk een beschermingsmiddel en strekt zelden ten nadele van de werknemer. Het is dit gunstigheidsprincipe dat ten grondslag ligt aan de positie van de werknemer in het collectieve arbeidsrecht.

2.3. De werkgever en de cao

De positie van de werkgever in het collectieve arbeidsrecht is een andere dan die van de werknemer. Werd hiervoor geconstateerd dat de werknemer een redelijke mate van individuele contractsvrijheid heeft, beheerst door het gunstigheidsprincipe, de werkgever ziet zijn contractsvrijheid vaker beperkt door de Wet CAO.

In deze paragraaf wordt de vraag behandeld welke ruimte het cao-recht biedt aan de contractsvrijheid van de individuele werkgever. Hiervoor zullen verschillende werkgeverstypen worden besproken. Achtereenvolgens komen aan de orde: het lid van een werkgeversvereniging, de werkgever die lid wordt tijdens de looptijd, het niet-lid, het oud-lid, de ‘cao-volger’, de werkgever met een ondernemings-cao, de werkgever gebonden door uitzendarbeid, de werkgever die op- en afroept, de opdrachtgever en de werkgever na overgang van onderneming.

2.3.1 *Het lid van een werkgeversvereniging*

Er is verschil tussen de werkgever met een eigen ondernemings-cao en de werkgever die gebonden is door een bedrijfstak-cao. In het eerste geval sluit de werkgever zelf een cao met een vakbond. Hij hoeft hiervoor ook geen lid te zijn van een werkgeversvereniging. Voor dit type werkgever verwijs ik naar par. 2.3.6. Indien de werkgever geen eigen ondernemings-cao heeft, zou hij gebonden kunnen zijn door een bedrijfstak-cao. Voor de toepasselijkheid van de bedrijfstak-cao – en dus voor de contractsvrijheid van de werkgever – is bepalend of de werkgever lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij die bedrijfstak-cao. Ook kan de werkgever gebonden raken door avv. Dit wordt behandeld in hoofdstuk 3.

De werkgever die lid wordt van een werkgeversvereniging doet met zijn lidmaatschap afstand van zijn contractsvrijheid. Alleen in het geval er geen cao wordt afgesloten door de werkgeversvereniging waarbij hij is aangesloten, is hij vrij om arbeidsvoorwaarden overeen te komen zonder dat hij gebonden is door een collectieve regeling. Indien zijn werkgeversvereniging wél partij is bij een cao, dan is hij daaraan gebonden op grond van art. 9 Wet CAO. De organisatiegraad van werkgevers is hoog, rond de 90%.⁷⁹

De werkgever raakt gebonden aan één van de cao-partijen in de zin van art. 9 Wet CAO door zijn lidmaatschap van de werkgeversvereniging. Voor de gebondenheid is ook vereist dat de werkgever betrokken is bij de cao, waarmee bedoeld wordt dat hij binnen de werkingssfeer van de regeling valt. Deze gebondenheid is als het ware zijn ‘toegangskaartje’ tot de nor-

79. http://www.ser.nl/overdeser/default.asp?desc=overdeser_FAQ_overlegeconomic#3.

matieve en aanvullende werking van resp. de artt. 12 en 13 en voorts voor de werking van art. 14 Wet CAO, waarvan de werking hierna besproken zal worden.

Art. 12 omvat de *normatieve werking* waarmee wordt bewerkstelligd, dat elk beding, gesloten door een gebonden werkgever en een gebonden werknemer *nietig* is, indien dit strijdig is met de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst waardoor zij beiden gebonden zijn. In plaats van het nietige beding gelden de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst. Voor de normatieve werking van art. 12 Wet CAO is dus behalve de gebondenheid van de werkgever aan een werkgeversvereniging ook de gebondenheid van een werknemer aan een vakbond vereist. Voor jurisprudentie over art. 12 verwijst ik naar de paragraaf over het vakbondslid (par. 2.2.1).

Gebondenheid (art. 9 Wet CAO) is ook vereist voor de *aanvullende werking* van art. 13 Wet CAO. Op grond van de aanvullende werking modelleert de cao voor arbeidsvoorwaardenbepalingen die niet in de individuele arbeidsovereenkomst, maar wel in de collectieve arbeidsovereenkomst zijn geregeld de individuele arbeidsovereenkomst naar voorbeeld van de cao. Wanneer een gebonden werkgever en een gebonden werknemer in de individuele arbeidsovereenkomst (opzettelijk) niets hebben geregeld ten aanzien van loon, en hierover is wel een bepaling in de cao opgenomen dan worden de partijen geacht overeenkomstig de cao te hebben gecontracteerd. De contractsvrijheid van de werkgever om op individueel niveau niets te regelen, maakt dan plaats voor de werking van de cao.

Art. 14 Wet CAO regelt de situatie dat een gebonden werkgever een arbeidsovereenkomst afsluit met een niet-gebonden werknemer. In deze situatie werken de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst niet automatisch en dwingend door; er is geen normatieve en aanvullende werking. Omdat de wetgever wilde voorkomen dat de werkgever liever ongebonden werknemers in dienst zou nemen, aangezien hij deze groep mindere arbeidsvoorwaarden zou kunnen bieden dan op grond van de cao voorgeschreven is, werd art. 14 in de Wet CAO opgenomen. Het doel was te voorkomen dat de cao ondermijnd zou worden. Om die reden schrijft art. 14 voor dat wanneer bij de collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald, de gebonden werkgever verplicht is tijdens de duur van de collectieve arbeidsovereenkomst de cao-bepalingen over arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij arbeidsovereenkomsten die hij aangaat met ongebonden werknemers. Deze verplichting van de werkgever houdt een sterke beperking van zijn contractsvrijheid in. De werknemer daarentegen is vrij om het aanbod van de werkgever te weigeren. Als de werknemer het aanbod weigert, kan de gebonden werkgever met de ongebonden werknemer van de cao afwijkende afspraken over arbeidsvoorwaarden maken. Deze afspra-

ken zijn rechtsgeldig. Wel schendt de werkgever daarmee zijn verplichting ten opzichte van sociale partners.⁸⁰

Artikel 14 bevat geen dwingend recht. Het is een plicht van de werkgever om de cao-bepalingen aan te bieden aan de ongebonden werknemer. De ongebonden werknemer verwerft hiermee echter geen recht. Mocht de werkgever verzuimen het aanbod te doen, dan kan de werknemer geen nakoming vorderen. Dit werd al in 1957 bevestigd door de Hoge Raad in het arrest *Suk/Brittannia*.⁸¹ Slechts partijen bij de cao kunnen naleving of schadevergoeding vorderen via de weg van art. 15 en 16 Wet CAO. Voorbeelden hiervan zijn de zaken Pres. Rechtbank Roermond van 9 juni 1994, en in hoger beroep Hof 's Hertogenbosch 23 januari 1995.⁸² Zie voor uitvoerige behandeling van jurisprudentie en achtergronden van art. 14 Wet CAO par. 2.2.4 (De art. 14-werknemer).

De werkgever die lid wordt van een werkgeversvereniging doet met zijn lidmaatschap afstand van zijn contractsvrijheid. Indien er een cao geldt in zijn sector en de werkgever is ook betrokken, dan heeft hij niet langer de vrijheid om op individueel niveau met zijn werknemers te onderhandelen in afwijking van de cao-bepalingen. Deze individuele afwijkende afspraken zijn nietig. De georganiseerde werkgever is verplicht ongeorganiseerde werknemers aan te bieden de cao van toepassing te verklaren op de individuele arbeidsovereenkomst.

2.3.2 *Lid worden tijdens de looptijd van een cao*

Voor de werkgever die lid wordt tijdens de looptijd geldt ook dat hij gebonden raakt aan de cao, zij het pas vanaf het moment dat hij als lid van de werkgeversvereniging is geaccepteerd. Vanaf dat moment gelden de regels van gebondenheid van art. 9 Wet CAO.

Voor gebondenheid is ook vereist dat de werkgever bij de collectieve arbeidsovereenkomst is betrokken, met andere woorden dat hij binnen de werkingssfeer van de regeling valt.⁸³ Zodra de gebondenheid een feit is, gelden de regels van art. 12, 13 en 14 Wet CAO zoals hierboven beschreven. De contractsvrijheid is vanaf het moment van lid worden beperkt door de werking van de Wet CAO.

80. W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 94.

81. HR 7 juni 1957, *NJ* 1957; 527, *SMA* 1958, p. 447 m.nt. MBV.

82. Pres. Rb. Roermond 9 juni 1994, *JAR* 1994/133 en Hof 's Hertogenbosch 23 januari 1995, *JAR* 1995/49, zie: M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 9 bij art. 14 Wet CAO.

83. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 1 bij art. 9 Wet CAO.

2.3.3 *Het niet-lid*

Welke ruimte biedt het cao-recht aan de individuele contractsvrijheid van de werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging? In deze paragraaf wordt daaronder verstaan: de werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging, geen ondernemings-cao heeft afgesloten en ook niet is gebonden aan een cao door avv. De werkgever met een ondernemings-cao komt aan de orde in par. 2.3.6. De werkgever die gebonden wordt door avv komt aan de orde in hoofdstuk 3.

De werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging behoudt zijn contractsvrijheid. De werkgever is in principe vrij om met zowel de gebonden als de ongebonden werknemer alles overeen te komen in de individuele arbeidsovereenkomst wat hem goeddunkt, uiteraard binnen de grenzen van het bw. Het besluit van een werkgever om geen lid te worden van een werkgeversvereniging is feitelijk de enige mogelijkheid om de contractsvrijheid te behouden. Indien de cao die voor de betreffende sector geldt echter algemeen verbindend wordt verklaard is er geen sprake meer van vrijheid, maar wordt de werkgever alsnog verplicht de arbeidsvoorwaardenbepalingen van de cao toe te passen.

2.3.4 *Het oud-lid*

De contractsvrijheid van de werkgever, die zijn verenigingslidmaatschap heeft opgezegd is beperkt. Art. 12 Wet CAO stelt dat de leden van een vereniging die door een cao gebonden zijn, ook na het verlies van hun lidmaatschap gebonden blijven (in de zin van art. 9 Wet CAO). De gebondenheid van deze oud-leden blijft bestaan totdat de cao eindigt of wordt gewijzigd. Een verlenging van de cao heeft tot gevolg dat de gebondenheid aan de cao eindigt op het moment dat de cao zonder verlenging zou zijn geëindigd. De binding aan de cao duurt voort totdat de wijziging of verlenging in werking treedt (de facto), niet reeds op het moment waarop partijen wijziging hebben afgesproken. Voor jurisprudentie ten aanzien van de gebondenheid na het verlies van het lidmaatschap verwijs ik naar par. 2.2.5.

Het eindigen van de gebondenheid heeft niet tot gevolg dat de cao geen nawerking zou kunnen hebben. Onder nawerking verstaan we de situatie dat normatieve bepalingen van de cao de individuele arbeidsovereenkomst hebben gemodelleerd. De individuele arbeidsovereenkomst blijft na afloop van de (gebondenheid aan de) cao dezelfde inhoud houden.⁸⁴ Jurisprudentie over het begrip nawerking komt aan de orde in par. 2.4.2.

84. M.M. Olbers, Arbeidsovereenkomst (losbl.), aant. 1 bij art. 12 Wet CAO.

2.3.5 *De cao-volger*

Een aparte categorie werkgevers vormen de zogenaamde ‘cao-volgers’. Deze werkgevers zijn weliswaar zelf niet gebonden door lidmaatschap van een werkgeversvereniging, maar passen desalniettemin de bepalingen van de cao toe op de individuele arbeidsovereenkomsten die zij sluiten met hun al dan niet gebonden werknemers.⁸⁵ Door het opnemen van een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst krijgen de cao-bepalingen de status van contractsbepalingen. De cao is dan onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst. Doordat de cao onderdeel is van het contract heeft het niet de werking van het cao-recht. Er treedt geen normatieve werking op. Indien een werknemer naleving vordert, dient hij naleving te vorderen van de individuele arbeidsovereenkomst en niet van de cao. Van belang is hierbij te vermelden dat de werkgever op grond van art. 7:655 lid 1 onder 1 BW verplicht is aan de werknemer schriftelijk de toepasselijke cao of avv-cao mede te delen. Dit dient duidelijkheid te scheppen omtrent het van toepassing zijnde arbeidsvoorwaardenregime.⁸⁶

In het geval van een uitdrukkelijke toepasselijkverklaring kunnen slechts werknemers en niet een vakorganisatie die partij is bij een cao, in rechte opkomen tegen een eventuele schending van de arbeidsvoorwaardenbepalingen. Het betreft dan immers geen schending van de cao, maar schending van de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomst, waar de arbeidsvoorwaardenbepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst deel van zijn gaan uitmaken.⁸⁷ Dit werd duidelijk in de uitspraak *Bouw- en Houtbond FNV/Weltec*.⁸⁸ In deze zaak ging het om de ongebonden werkgever Weltec, die in de individuele arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers de cao voor de Meubelindustrie toepasselijk had verklaard. Deze cao was niet algemeen verbindend verklaard. Op zeker moment ontstond een geschil over de functie-indeling van de werknemers. Art. 5 van de cao bevatte echter een regeling over conflicten over functie-indeling; geschillen konden worden voorgelegd aan een Indelingscommissie. Vervolgens legde de FNV het geschil voor aan de commissie, die daar een bindend advies over gaf. De inzet van het geding was de vraag of de FNV Weltec nu kon houden aan het bindend advies. Met andere woorden: kon Weltec verplicht worden het productiepersoneel zo in te delen als was bepaald door de

85. Bij deze behandeling ga ik ervan uit dat er geen algemeen verbindend verklaring van kracht is in de betreffende sector.

86. A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, ‘Incorporeren van een cao door een ongebonden werkgever’, *SR* 2006, 6/7, p. 227-232.

87. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 4 bij art. 9 Wet cao.

88. Rb. Zwolle 15 juni 1994, *JAR* 1994/149; HR 20 oktober 1995, *JAR* 1995/252; *NJ* 1996, 218.

Indelingscommissie omdat Weltec dit jegens FNV verplicht zou zijn krachtens het bindend advies?

De FNV wilde in het geschil het productiepersoneel vertegenwoordigen. Zowel bij de rechtbank als bij de Hoge Raad kreeg de FNV nul op rekest. De Hoge Raad stelde dat de FNV met zoveel woorden de mogelijkheid had moeten bedingen om in eigen naam – en dus niet als vertegenwoordiger van de medewerkers – het conflict over de indeling aan de Indelingscommissie voor te leggen. De cao was immers onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst van de medewerkers krachtens toepasselijk verklaring en niet langs de weg van de normatieve werking op grond van art. 12 Wet CAO.

Deze zaak illustreert dat de vakbond die partij is bij een cao in een dergelijke casus niet als vertegenwoordiger van de werknemers kan optreden. Het gaat hier immers om individuele arbeidsovereenkomsten waar de bepalingen van de cao op van toepassing zijn verklaard. Dit betekent dat slechts de werknemers kunnen opkomen wegens eventuele schending van bepalingen. Door de cao op de individuele arbeidsovereenkomsten van toepassing te verklaren ('te volgen'), betreedt de werkgever niet het echte 'cao-circuit' en kan eventuele nakoming ook alleen op het niveau van de individuele arbeidsovereenkomst gevorderd worden. De 'volgende' werkgever heeft meer vrijheid dan zijn gebonden collega's, omdat hij slechts verplichtingen heeft tegenover de individuele werknemers met wie hij contracteert en niet ten opzichte van sociale partners.

2.3.6 *De werkgever met een ondernemings-cao*

De werkgever die zelf een cao afsluit voor zijn onderneming geniet een ruime mate van contractsvrijheid. Met de vakbonden kan hij overeenkomen wat hij maar wil (uiteraard voor zover de vakbond hiermee instemt) en vervolgens kan hij deze cao toepassen op al zijn al dan niet gebonden werknemers. Hoewel de contractsvrijheid groter is dan in de situatie dat de werkgever valt onder de toepassing van een bedrijfstak-cao, omdat de werkgever zelf kan onderhandelen over de inhoud van de cao, is de contractsvrijheid vanaf het moment van inwerkingtreding van de cao gering. De werkgever is dan gebonden aan de cao en valt vanaf dat moment ook onder de Wet CAO. Hierdoor ontstaat de normatieve en aanvullende werking van de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Ook geldt de verplichting van art. 14 Wet CAO om de cao aan te bieden aan niet gebonden werknemers. Art. 14-werknemers zijn niet verplicht in te stemmen met dit aanbod van de werkgever om de cao op hun individuele arbeidsovereenkomst van toepassing te verklaren. In de praktijk geldt de cao onverkort voor deze groep werknemers.

In een uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam⁸⁹ inzake *ING Bank/Verkaik* stond de vraag centraal of een werknemster, die geen vakbondslicid was, kon worden gehouden aan een bepaling uit de ondernemings-cao. Ten tijde van indiensttreding van Verkaik gold de (bedrijfstak-)cao voor het Bankbedrijf. Zij heeft de toepassing van die cao destijds aanvaard. In 2000 heeft ING Bank echter een eigen ondernemings-cao afgesloten. Deze ING-cao bepaalt: ‘Het dienstverband eindigt op de laatste dag van de maand voorafgaand aan de maand waarin de medewerker de 62-jarige leeftijd bereikt, tenzij wordt overeengekomen dat het dienstverband voortduurt.’ Tegen dit gedwongen leeftijdsontslag maakt Verkaik bezwaar, omdat zij kort daarvoor nog een andere hypotheek was aangegaan die was gebaseerd op een werkzaam bestaan tot aan haar 65-ste levensjaar. Zij stelt dat zij niet gebonden is aan de ING-cao, omdat zij niet is aangesloten bij één van de bonden die partij zijn bij de ING-cao. Deze cao is (uiteeraard) niet algemeen verbindend verklaard. Verkaik stelt dat ING haar arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig mag wijzigen en dat zij hiermee niet heeft ingestemd. Zij vordert toepassing van de cao-bepalingen die golden ten tijde van haar indiensttreding. Dit standpunt wordt door het Hof verworpen. Het Hof oordeelt als volgt:

‘Blijkens de door Verkaik akkoord getekende aanstellingsbrief zijn partijen overeengekomen dat op de arbeidsovereenkomst de CAO voor het Bankbedrijf, zijnde de op dat moment in het bedrijf van ING geldende CAO, van toepassing was. Uit (...) maakt het hof op dat het de bedoeling van partijen was dat ook opvolgende CAO’s op de arbeidsverhouding van toepassing zouden zijn. Daarbij komt dat er voorshands voldoende aanwijzingen zijn dat Verkaik de toepasselijkheid van de nieuwe CAO’s heeft aanvaard. Het hof wijst in dit verband met name op het door Verkaik in de aan deze procedure voorafgaande correspondentie alsmede in eerste aanleg ingenomen standpunt. Het door Verkaik voor het eerst in de memorie van antwoord gevoerde betoog dat (een onderdeel van) de nieuwe CAO niet op haar arbeidsverhouding van toepassing is valt met deze eerder door haar ingenomen houding niet te rijmen en wordt mitsdien door het hof gepasseerd. Aangenomen moet derhalve worden dat in 2002 ook voor Verkaik in beginsel een pensioenleeftijd van 62 jaar gold.’

In deze situatie gold de opvolgende ondernemings-cao dus ook voor de ongebonden werknemster. Uit de uitspraak blijkt niet op welke wijze ING de nieuwe ING-cao van toepassing heeft verklaard op de arbeidsovereenkomst en of een exemplaar hiervan ter hand is gesteld.

89. Hof Amsterdam, 4 december 2003, *JAR* 2004/12.

2.3.7 *De werkgever gebonden wegens uitzendarbeid*

In het geval van de uitzendovereenkomst, is de arbeidsrelatie als volgt. Een onderneming (uitzendbureau) laat een werknemer (uitzendkracht) voor een ander (rechtspersoon of natuurlijk persoon) arbeid verrichten onder leiding en toezicht van die ander (de inlener). Bij een uitzendovereenkomst is het uitzendbureau dus de werkgever. Degene die op de werkvloer leiding geeft en toezicht houdt, is de inlener. Het loon wordt betaald door de werkgever (het uitzendbureau). Het hiervoor vereiste bedrag wordt door de inlener aan het uitzendbureau voldaan in ruil voor de dienst (van het werven en plaatsen van uitzendkrachten). Dit loon wordt nog eens verhoogd met een opslag voor de werving en selectie e.d.⁹⁰

De contractsvrijheid die de uitzendwerkgever rest bij toepasselijkheid van een cao is reeds uitvoerig besproken in 2.2.8 (de uitzendwerknemer). Hier heb ik het standpunt ingenomen dat de regeling van art. 8 WAADI de contractsvrijheid van de uitzendwerkgever en uitzendwerknemer belemmert. Door de bepaling van art. 8 lid 3 WAADI is de inlenende werkgever bij wie een cao van toepassing is waarin bepalingen omtrent uitzendwerk voorkomen, gehouden ervoor zorg te dragen dat deze bepalingen door uitzendwerkgever en uitzendwerknemer worden nagekomen. Dit is een juridisch vreemde situatie, daar werkgevers en werknemers gebonden worden door bepalingen van een cao waarbij zij geen partij zijn.

In de ABU-cao 2004-2008 (uitzend-cao) is afgesproken dat deze voor de uitzendwerknemers geldt gedurende de eerste 26 weken. Na die termijn is de uitzendwerkgever verplicht het loon te voldoen die bij de inlener gebruikelijk is. Aansluitend hierop heeft de Stichting van de Arbeid geadviseerd dat ook in inleen-cao's een bepaling wordt opgenomen waaruit blijkt dat ook de wachttermijn van 26 weken wordt aangehouden. Hierdoor zou meer duidelijkheid ontstaan over de verhouding tussen het loonverhoudingsvoorschrift van art. 8 WAADI en de ABU-cao.⁹¹

2.3.8 *De werkgever die op- en afroept*

De werkgever die met werknemers een zogenaamde op- of afroepovereenkomst sluit, heeft een mate van contractsvrijheid die te vergelijken is met die van de gewone werkgever. Het verschil is dat de bepalingen van art. 9, 12, 13, 14 Wet CAO pas van kracht zijn op het moment dat de arbeidsovereenkomst in werking treedt. Het moment van ontstaan van een arbeids-

90. E. Verhulp, *Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001, p. 191.

91. Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling inzake de regeling van arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers*, publicatienummer 6/04, Den Haag: Huisdrukkerij SER 2004, p. 5.

overeenkomst hangt af van de vraag of sprake is van een voorovereenkomst danwel van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (een zogenaamde ‘arbeidsovereenkomst mup’).

Indien partijen een voorovereenkomst sluiten, dan ontstaat de verplichting voor de werknemer om gehoor te geven aan een oproep van de werkgever om arbeid te verrichten. Op het moment dat de werknemer gehoor geeft aan een dergelijk oproep, ontstaat een arbeidsovereenkomst. Vanaf het ontstaan van de arbeidsovereenkomst, zijn de gebruikelijke regels over de werking van de Wet CAO van toepassing.

De andere mogelijkheid is dat partijen een ‘arbeidsovereenkomst mup’ sluiten. In dit geval bestaat er direct vanaf het sluiten van de arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst, wat ten gevolge heeft dat dan ook weer het regime van de Wet CAO kan gelden, al naar gelang de gebondenheid van partijen. Zie over deze problematiek par. 2.2.7, waar een en ander reeds behandeld werd.

2.3.9 *De opdrachtgever*

De opdrachtgever is geen werkgever. Hij verstrekt een opdracht aan een freelancer, zzp-er of andere zelfstandige persoon die wij geen werknemer noemen. In dit geval is de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) de bepalende rechtsfiguur en is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. In de meeste gevallen zal er geen sprake zijn van een toepasselijke cao en biedt de opdrachtovereenkomst aan partijen de maximale contractsvrijheid om te regelen wat hun goeddunkt (nu weer eens wel en vaak ook niet in het voordeel van de opdrachtnemer).

Het is echter niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen de werkingssfeer van de cao wordt uitgebreid tot andere groepen van werknemers dan diegenen die op basis van een arbeidsovereenkomst werken. Vaak zal dit het geval zijn doordat in de cao wordt bepaald dat de cao-bepalingen gelden voor arbeidskrachten met bepaalde functies. Hierbij wordt dus niet gekeken naar de arbeidsrechtelijke status van de persoon, maar wordt men ingedeeld al naar gelang de functie. Op zo’n moment is art. 1 lid 2 Wet CAO van toepassing. Dit artikellid bepaalt dat de collectieve arbeidsovereenkomst ook aanneming van werk kan betreffen of overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Dit betekent dat hetgeen in de Wet CAO omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, dan overeenkomstige toepassing kan vinden. Dat dit in de praktijk nauwelijks voorkomt, werd reeds besproken in par. 2.2.8.

2.3.10 *De werkgever gebonden door overgang van onderneming*

De individuele contractsvrijheid van de werkgever die een onderneming

overneemt wordt in sterke mate beperkt door art. 14a Wet CAO. Dit artikel werd ingevoerd in 1981⁹² om te voorkomen dat overgang van een onderneming voor de werknemers een achteruitgang ten aanzien van hun in een cao opgenomen arbeidsvoorwaarden zou betekenen. Dit artikel werd ingevoerd naast art. 7:662 t/m 7:665 BW en art. 2a Wet AVV. Deze wetgeving betekende een aanpassing aan datgene dat voorgeschreven werd door de Richtlijn van de Raad van de EG inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan van 14 februari 1977.⁹³ Art. 14a Wet CAO bepaalt dat rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voor de vervreemder van de onderneming ten aanzien van de werknemers voortvloeiden uit bepalingen van een cao waaraan de vervreemder gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming.

Door de overgang van onderneming is de verkrijgende werkgever verplicht ten aanzien van de overgenomen werknemers de bepalingen van de cao waaraan de vervreemdende werkgever was gebonden toe te passen. Dit is de verkrijger niet alleen verplicht ten aanzien van de overgenomen werknemers die vóór de overname gebonden waren aan de cao; ook moet de verkrijger de verplichtingen naleven ten aanzien van de overgenomen werknemers die niet aan die cao zijn gebonden.⁹⁴ Er ontstaat voor de verkrijgende werkgever dus een apart soort gebondenheid. Deze is niet gebaseerd op art. 9 lid 1 Wet CAO of ontstaan door het feit dat de werkgever contractspartij was bij een cao, maar deze is gebaseerd op de werking van art. 14a Wet CAO na de overgang van onderneming. Deze speciale gebondenheid houdt een beperking van de individuele contractsvrijheid in om twee redenen.

Ten eerste wordt de individuele contractsvrijheid beperkt door nawerking. Als gevolg van nawerking mogen de verkrijgende werkgever en de overgenomen werknemers gedurende de looptijd van de 'oude' cao ook na de overgang van de onderneming niet in strijd met de toepasselijke bepalingen van de 'oude' cao mogen contracteren. De verplichtingen die voortvloeiden uit artikel 12 en 13 Wet CAO zijn door de overgang van onderneming ook overgegaan op de verkrijgende werkgever en de overgenomen werknemers. Met andere woorden: onder 'de in een collectieve arbeidsovereenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden' moeten worden verstaan al die bepalingen die door de werking van art. 12 en 13 onderdeel zijn uit gaan maken van de individuele arbeidsovereenkomst. Van deze bepalingen

92. Wet van 15 mei 1981, Stb. 400.

93. PB EG 5 maart 1977, L61/25.

94. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 3 bij art. 14a Wet CAO.

kan niet worden afgeweken in een individuele arbeidsovereenkomst gesloten tussen de verkrijgende werkgever en de overgenomen werknemers.

Ten tweede mag de werkgever niet afwijken van de wettelijke diagonale bepaling de ongeorganiseerde werknemers gelijk te behandelen, die voortvloeit uit art. 14 Wet CAO. Ook mag de werkgever niet afwijken van diagonale bepalingen die een recht of een verplichting ten opzichte van de individuele werknemer impliceren, zoals een fondsregeling op grond waarvan de werkgever verplicht is maandelijks geld te storten in een fonds ten behoeve van bijvoorbeeld de scholing van de individuele werknemer. Wel mag de verkrijgende werkgever afwijken van zuiver diagonale bepalingen; bepalingen die een verplichting inhouden van de werkgever ten opzichte van cao-partijen. Een voorbeeld hiervan is de verplichting van werkgevers tegenover de vakbonden om faciliteiten te verschaffen voor het bondswerk in het bedrijf, of verplichtingen die voortvloeien uit fonds- of bijdrageregelingen.⁹⁵

De verkrijgende werkgever is niet gebonden aan obligatoire bepalingen. Was de vervreemdende werkgever bijvoorbeeld zelf partij bij een cao (d.w.z.: hij heeft voor zijn onderneming een zog. ondernemings-cao afgesloten), dan is de verkrijgende werkgever niet gebonden aan de verplichting om na afloop van de gelding van de cao wederom met de cao-partijen te onderhandelen over een nieuwe cao. In zoverre wordt de contractsvrijheid van de verkrijgende werkgever gerespecteerd.

De verplichting van de verkrijgende werkgever om de oude cao na te leven eindigt zodra de geldingsduur van de cao die liep ten tijde van de overgang verstrijkt. De verkrijgende werkgever wordt niet gebonden door een verlenging van de cao die na het tijdstip van de overgang is overeengekomen. Ook wordt de verkrijgende werkgever niet gebonden door een door cao-partijen overeengekomen verkortingsduur of wijziging van de cao. Dit kan resulteren in wat Fase een 'bizarre situatie' noemt, namelijk dat de verkrijgende werkgever zich aan de cao zal moeten houden zoals die gold ten tijde van de overgang, ook al is die tussen de overige contractspartijen misschien reeds lang niet meer van kracht.⁹⁶

In de zaak *Werhof/FTS*⁹⁷ stond de vraag centraal of een werkgever ook gebonden is door de cao van de vervreemder indien deze laatste de cao door incorporatie van toepassing verklaarde op de werknemers. Het Hof wijst op het beginsel van contractsvrijheid. Dit beginsel brengt mee dat in de situatie dat de verkrijger niet gebonden is aan een cao, de bepalingen

95. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 4 bij art. 14a Wet CAO.

96. W.J.P.M. Fase 'De wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers', *SMA* 1983, p. 361.

97. HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83.

gen daaruit in beginsel niet van toepassing zijn. De richtlijn maakt op de contractsvrijheid inbreuk door te bepalen dat de verkrijgende werkgever verplicht is de cao van de vervreemder na te leven. Het is volgens het Hof echter niet de bedoeling geweest van de richtlijn de verkrijger te binden aan ‘andere collectieve overeenkomsten dan die welke van kracht was op het tijdstip van de overgang en hem bij gevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door middel van toepassing van een nieuwe, na de overgang gesloten overeenkomst’. De verkrijger van de onderneming is blijkens de uitspraak slechts gehouden aan cao’s zoals die luiden op het moment van overgang, met dien verstande dat de verkrijger geen rekening hoeft te houden met bepalingen die zien op de toepasselijkheid van eventuele toekomstige versies van geïncorporeerde regelingen.⁹⁸

Voorts eindigt de gebondenheid aan de oude cao op het moment dat de werkgever ten aanzien van de arbeid van de overgenomen werknemers gebonden wordt aan een na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao of een besluit tot algemeen verbindend verklaring van cao-bepalingen. Voorwaarde hiervoor is dat deze (avv-)cao de overgenomen werknemers ziet als betrokken in de zin van art. 9 lid 2 Wet CAO of art. 2 Wet avv. Slechts dan zal de werkgever niet meer de arbeidsovereenkomst die de bepalingen van de oude cao bevatte op hen moeten toepassen, maar de nieuwe cao. Bij het in werking treden van een cao wordt geen rekening gehouden met eventueel overeengekomen terugwerkende kracht. De duur van de binding aan de oude cao wordt dus niet beïnvloed door een bepaling in de nieuwe cao omtrent terugwerkende kracht. De Memorie van Toelichting bij art. 14a Wet op de CAO verwoordt dit als volgt: ‘Met de in art. 14a tweede lid van de Wet op de CAO voorkomende uitdrukking ‘het tijdstip waarop de verkrijger... gebonden wordt aan een na de overgang van onderneming tot stand gekomen collectieve arbeidsovereenkomst’ is bedoeld het tijdstip waarop de cao van kracht wordt. Er is dus niet bedoeld het tijdstip tot hetwelk de cao eventueel terugwerkende kracht is verleend, in welk geval sprake had moeten zijn van ‘het tijdstip met ingang waarvan de verkrijger (...) gebonden wordt.’⁹⁹

Jurisprudentie

Een voorbeeld in de jurisprudentie van overgang van onderneming waarbij nawerking een rol speelt, biedt de zaak *KLM/Van Staveren*.¹⁰⁰ In *KLM/Van*

98. R.M. Beltzer, Overgang van incorporatiebedingen, *JAR* Verklaard, 1 juli 2006 p. 6-7.

99. M.M. Olbers verwijst hier naar MvT 15940, nr. 3, p.13.

100. Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228; *SMA* 1997, p. 306-314 (m.nt. M.M.Olbers).

Staveren besloot KLM het bedrijfsonderdeel waar cateringwerkzaamheden werden verricht te verzelfstandigen. Voor dit doel werd een nieuwe vennootschap opgericht met de naam KLM Catering Services (KCS). Op de arbeidsovereenkomsten van het cateringpersoneel was tot dan toe de cao voor het KLM-Grondpersoneel van toepassing. Een deel van de werknemers (diegenen die vóór 1 februari 1992 in dienst waren getreden) zou bij KLM in dienst blijven en zou gedetacheerd worden bij KCS. De werknemers die na 1 februari 1992 in dienst waren getreden, zouden vanaf de datum van de overgang van onderneming (1 oktober 1993) krachtens het oude art. 1639bb BW¹⁰¹ werknemers worden van KCS. Vanaf dat moment zou niet meer de cao voor het KLM-Grondpersoneel op hun arbeidsrelatie van toepassing zijn, maar zouden zij vallen onder de cao voor de Contract- Cateringsbranche. De KLM zou een eventueel opgetreden verschil in beloning aanvullen tot het niveau van vóór 1 oktober 1993 indien dit verschil voor de werknemer nadelig zou zijn. De werknemer in casu – Van Staveren, die in dienst was getreden na 1 februari 1992 – vorderde primair dat voor recht werd verklaard dat geen sprake was van overgang van onderneming. Secundair eiste hij dat de cao voor het KLM-Grondpersoneel voor hem zou blijven gelden. KLM en KCS betoogden echter dat de KLM-cao heeft gegolden tot 31 december 1993, zodat volgens de slotzin van art. 14a lid 2 Wet CAO de toepasselijkheid daarvan in de verhouding tussen KCS en Van Staveren toen is geëindigd.

De rechtbank wees de eerste vordering van de werknemer niet toe: er was wel degelijk sprake van overgang van onderneming. De tweede vordering werd wel toegewezen. De rechtbank oordeelde dat de toepasselijkheid van de KLM-cao op de arbeidsrelatie met Van Staveren niet is geëindigd op het moment dat deze cao ophield te gelden. De rechtbank stelde hiertoe dat de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst tussen KCS en Van Staveren per 1 oktober werd bepaald door de toen toepasselijke KLM-cao:

‘Dit werd niet anders toen die cao eindigde. Weliswaar is vanaf 31 december 1993 die cao als zodanig niet meer van kracht en kan KCS bijvoorbeeld niet meer tot nakoming daarvan worden gedwongen, maar de bepalingen daarvan die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst werken in de individuele arbeidsovereenkomst door en na totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief hetzij individueel, wijziging is gebracht, of ten gevolge van een Algemeen Verbindend Verklaring van bepalingen uit een andere cao de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) terzijde is geschoven.’¹⁰²

101. Thans: art. 7:663 BW.

102. R.o. 14.

De rechtbank stelt hier dus dat door het verstrijken van de geldingsduur van de cao de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomsten die door die inhoud van de cao werden beheerst, niet tevens zijn gewijzigd. Hij vervolgt:

‘Totdat een andere individuele of collectieve arbeidsovereenkomst die wijziging brengt in de individuele arbeidsovereenkomst is gesloten, of totdat tengevolge van Algemeen Verbindend Verklaring van (delen van) een andere CAO wijziging in de arbeidsovereenkomst is gebracht, wordt de arbeidsovereenkomst ook na het verstrijken van de geldigheidsduur van de KLM-CAO voortgezet met als inhoud de bepalingen van die verstreken CAO voorzover deze zien op de regeling van de individuele arbeidsovereenkomst, met inachtneming van het bepaalde in art. 7A:1639cc BW.’

Voorts wees de rechtbank op het feit dat Van Staveren ook niet kan worden gehouden aan de cao voor de Contract-Cateringbranche, die zou ingaan op 1 januari 1994, aangezien Van Staveren geen lid was bij een werknemersorganisatie. KCS zou gezien zijn lidmaatschap van de werkgeversorganisatie op grond van art. 14 Wet CAO wel verplicht zijn aan te bieden de nieuwe cao op de arbeidsovereenkomst toe te passen, maar zolang Van Staveren daarmee niet in zou stemmen, zou de individuele arbeidsovereenkomst ongewijzigd worden voortgezet. Niet de gehele vordering kon echter worden toegewezen, daar vanaf 17 februari 1994 de cao voor de Contract-Cateringbranche algemeen verbindend werd verklaard. Hierdoor werden de in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen bepalingen tijdelijk opzij gezet voorzover deze onverenigbaar waren met de bepalingen van de algemeen verbindend verklaarde cao. Na afloop van de avv herleeft volgens de rechtbank echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen KCS en Van Staveren. Hierbij verwijst de rechtbank naar een arrest van de Hoge Raad van 18 januari 1980.¹⁰³

De hierboven behandelde zaak illustreert de werking van de cao na overgang van onderneming. Door overgang van onderneming gaan de collectieve arbeidsvoorwaarden zoals die golden ten tijde van de overgang van onderneming ‘mee’ met de werknemer op grond van art. 14a Wet CAO. Indien de geldingsduur van de ‘oude cao’ verloopt, wordt de werknemer nog beschermd doordat deze oude cao nawerkt. Er ontstaat in de nawerkingsperiode voor werkgever en werknemer contractsvrijheid om af te wijken van deze cao en te kiezen voor een nieuwe cao of een ander type regeling. Gedurende de nawerking hoeft de ongebonden werknemer echter

103. HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348.

niet in te stemmen met de nieuwe regeling. Zijn individuele arbeidsovereenkomst is gemodelleerd door de oude cao en indien hij niet instemt met een nieuwe regeling verandert daaraan niets. De individuele contractsvrijheid van de werkgever is ook beperkt. Hij is afhankelijk van de instemming van zijn werknemers.

2.3.11 *Tussenconclusie*

De contractsvrijheid van de werkgever die overblijft indien een cao van toepassing is, is beperkt. In deze paragraaf werd geconstateerd dat de werkgever die lid is van een werkgeversvereniging gebonden is aan de cao en daardoor valt onder de normatieve en aanvullende werking van de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Op grond van art. 14 Wet CAO is hij verplicht de cao ook toe te passen op de arbeidsovereenkomst met ongeorganiseerde werknemers. Dit geldt direct vanaf het moment dat de werkgever lid wordt van de werkgeversvereniging. Indien de werkgever het lidmaatschap opzegt gelden deze regels voort gedurende de looptijd van de cao. Na ommekomst van de geldingsduur van de cao heeft de cao weliswaar nawerking, maar mag de werkgever wel in afwijking van de cao contracteren met zijn werknemers.

De cao-volger kiest voor het gebruik van de cao, zonder dat hij hieraan gebonden is. Door incorporatie van de cao-bepalingen worden de bepalingen niet anders dan individuele contractsbepalingen. Hierdoor ontbreekt de dwingende normatieve werking van de cao. De werkgever heeft vrijheid om in overeenstemming met de werknemer de bepalingen te wijzigen indien hij deze mogelijkheid heeft bedongen in de arbeidsovereenkomst. Ook kan de cao-volger ervoor kiezen bepaalde cao-bepalingen wel op te nemen, maar hem niet welgevallige bepalingen niet te incorporeren.

Ook de werkgever met een ondernemings-cao heeft betrekkelijk veel contractsvrijheid. In tegenstelling tot de werkgever die valt onder een bedrijfstak-cao, onderhandelt de werkgever met een ondernemings-cao zelf met de vakorganisaties over de inhoud van de cao. Zodra deze cao echter in werking is getreden, heeft de werkgever geen mogelijkheden om in afwijking van de cao te contracteren.

Op de contractsvrijheid van de uitzendwerkgever wordt inbreuk gemaakt door art. 8 WAADI. Op grond van dit artikel is de inlenende werkgever verplicht ervoor zorg te dragen dat de uitzendwerkgever de bepalingen over uitzendwerk van de inleen-cao naleeft.

De werkgever die op-en afroept is feitelijk geen werkgever, maar een opdrachtgever. Op grond van art. 1 lid 2 Wet CAO kan een cao wel van toepassing zijn op de opdracht-relatie, waardoor de opdrachtgever zijn contractsvrijheid beperkt ziet.

De werkgever gebonden door overgang van onderneming (de verkrijger) is gehouden de cao van de vervreemder toe te passen op de arbeidsovereenkomst met zijn werknemers. Na afloop van de geldingsduur krijgt hij zijn contractsvrijheid terug om in afwijking van de cao te contracteren. Werknemers die niet gebonden zijn (art. 14-werknemers) zijn niet verplicht hiermee akkoord te gaan. Ook gebonden werknemers kunnen eisen dat de ‘oude’ cao van toepassing blijft. Zij kunnen zich hierbij beroepen op de nawerking van de cao, op grond waarvan de individuele arbeidsovereenkomst is gemodelleerd door de bepalingen van de cao.

De beperking van de contractsvrijheid van de werkgever is allereerst afhankelijk van de vraag of de werkgever is aangesloten bij een werkgeversvereniging. Daarnaast is de positie van de werkgever afhankelijk van de status van de werknemer met wie hij contracteert. Als de werknemer georganiseerd is, is het niet toegestaan om van de cao af te wijken, indien er een cao van toepassing is. Minimumbepalingen die in de meeste cao’s voorkomen kunnen maken dat wel ten gunste van de werknemer mag worden afgeweken. Indien de werknemer niet georganiseerd is (art. 14-werknemer), is de werkgever ook verplicht de cao na te leven. Indien de werknemer hiermee niet instemt, dan bestaat de mogelijkheid om in afwijking van de cao te contracteren.

Concluderend kan worden gesteld dat de individuele contractsvrijheid van de werkgever die zich heeft aangesloten bij een werkgeversvereniging beperkt is. De enige mogelijkheid om contractsvrijheid te behouden, is zich niet aan te sluiten bij een werkgeversvereniging. Gekozen kan dan worden voor het afsluiten van een ondernemings-cao. Dan nog bestaat de kans dat de werkgever gebonden wordt op grond van avv (zie hoofdstuk 3). Hiervan verkrijgt men in de meeste gevallen dispensatie. Een andere beperking van contractsvrijheid kan ontstaan als gevolg van een overgang van onderneming. De overgrote meerderheid van werkgevers (zo’n 90%¹⁰⁴) geeft de individuele contractsvrijheid op door toe te treden tot een werkgeversvereniging.

2.4. Voor welke tijd is men aan de cao gebonden?

De mate waarin werkgevers en werknemers hun individuele contractsvrijheid beperkt zien, hangt af van de duur van de gebondenheid aan een cao. In deze paragraaf zal daarom aandacht worden besteed aan het element tijd. Aan de orde komen onder andere: looptijd, terugwerkende kracht en nawerking.

104. http://www.ser.nl/overdeser/default.asp?desc=overdeser_FAQ_overlegeconomie#3.

De werking van een cao vangt volgens art. 7 Wet CAO aan op de dag die bij de overeenkomst is bepaald en bij gebreke daarvan op de vijftiende dag volgend op die waarop de overeenkomst is aangegaan. Op grond van art. 18 Wet CAO kan een cao worden afgesloten voor maximaal 5 jaar. Dit gebeurt in de praktijk voor reguliere cao's nooit; de looptijd van de meeste cao's is zo'n één à twee jaar. De gebondenheid van werknemers en werkgevers aan de cao hoeft niet overeen te komen met de looptijd van de cao. Omdat men in de praktijk te maken heeft met cao-loze periodes wordt hieronder beschreven in welke mate terugwerkende kracht en nawerking van cao-bepalingen mogelijk is en wat de invloed daarvan is op de individuele contractsvrijheid.

2.4.1 *Terugwerkende kracht*

In veel cao's komen bepalingen voor met betrekking tot terugwerkende kracht. Dit heeft twee redenen. Ten eerste laat de inwerkingtreding van een nieuwe cao nogal eens op zich wachten doordat de cao-onderhandelingen nog niet tot een goed einde zijn gebracht. Ten tweede sluit de looptijd van de nieuwe cao bijna nooit aan op de looptijd van de oude cao, omdat cao's dienen te worden aangemeld bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, alvorens zij in werking treden. Deze verplichting vloeit voort uit art. 4 Wet op de Loonvorming. Op grond van het eerste artikellid moeten partijen schriftelijk mededeling doen aan de minister van het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst. Het derde lid bepaalt vervolgens dat een collectieve arbeidsovereenkomst of wijziging daarvan slechts in werking kan treden met ingang van de dag volgende op die waarop de minister een ontvangstbevestiging heeft verzonden. Het voornaamste doel van de aanmeldingsplicht is dat de regering hierdoor op de hoogte blijft van de ontwikkeling van de lonen en de overige arbeidsvoorwaarden.¹⁰⁵

Terugwerkende kracht ten aanzien van obligatoire bepalingen zal hier niet uitgebreid worden behandeld. De cao-partijen zijn immers vrij om regelingen met betrekking tot hun relatie overeen te komen en hier al dan niet terugwerkende kracht aan toe te kennen. Dit heeft geen gevolgen voor de individuele contractsvrijheid van werkgevers of werknemers.

Terugwerkende kracht van normatieve bepalingen heeft wél gevolgen voor de individuele contractsvrijheid van de individuele werkgevers en werknemers. De normatieve bepalingen leggen de rechten en verplichtingen tussen individuele werkgevers en werknemers vast. In een periode tussen twee cao's herleeft de contractsvrijheid. Dit wekt de indruk dat men

105. R.H. van het Kaar, Arbeidsovereenkomst (losbl.), Wet op de Loonvorming, art. 4, 2-10.

afspraken kan maken die afwijken van de cao. Door de terugwerkende kracht van de nieuwe cao worden de individuele afspraken die afwijken van de cao echter alsnog nietig op grond van art. 12 Wet CAO.

Terugwerkende kracht van diagonale bepalingen heeft óók gevolgen voor de individuele contractsvrijheid van de individuele werkgevers en werknemers. De diagonale bepalingen zijn eenzijdige verplichtingen van meestal de werkgever en soms de werknemer tegenover één of beide cao-partijen.¹⁰⁶ De contractsvrijheid van de gebonden werkgever die in een cao-loos tijdperk een van de cao afwijkende overeenkomst sluit met zijn individuele werknemer, wordt door de terugwerkende kracht alsnog ‘teruggefloten’ na de inwerkingtreding van de nieuwe cao. Navolgende jurisprudentie dient ter illustratie van de omstandigheden waaronder terugwerkende kracht is toegestaan.

Geen terugwerkende kracht

Een uitspraak van de rechtbank Utrecht¹⁰⁷ geeft een voorbeeld van een situatie waarin de aard van de bepaling zich verzet tegen de terugwerkende kracht van normatieve en diagonale bepalingen. In deze zaak ging het om de beëindiging van een arbeidsovereenkomst in de bouw tijdens een cao-loze periode. De Bouw-cao kende destijds opzegbepalingen die van de wet afweken in voor de werknemer ongunstige zin. In casu vond een opzegging plaats volgens de wettelijke opzeggingsregels in de periode voordat de nieuwe cao in werking was getreden. Hoewel aan de nieuwe cao terugwerkende kracht werd toegekend, kon dit volgens de rechtbank geen effect hebben op de opzegging die in de periode voor de inwerkingtreding van de cao was gedaan, omdat de aard van de opzegbepaling zich verzette tegen terugwerkende kracht. Het strookt niet met eisen van rechtszekerheid indien een dergelijke bepaling met terugwerkende kracht de opzegbescherming waarop de werknemer mocht rekenen aan de werknemer zou onthouden. Dit geldt nog sterker omdat de opzegregels van de cao afweken van die van het wettelijke regime.

106. W.J.P.M. Fase, *C.A.O-recht. Schets van het recht met betrekking tot C.A.O.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Alphen aan de Rijn: Samson 1982, p. 35.

107. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, art. 7-11; Rb. Utrecht 23 juli 1975, *BR* 1975, p. 769.

Wel terugwerkende kracht

In de zaak *Transavia/ Van Toorenburg*¹⁰⁸ werd wél terugwerkende kracht aangenomen van een cao die in negatieve zin afweek van hetgeen eerder bij individuele arbeidsovereenkomst was overeengekomen. De werknemer volgde bij Transavia een opleiding tot vlieger en trad vervolgens bij Transavia in dienst. Na tweeënehalf jaar zegde Van Toorenburg de arbeidsovereenkomst op. Transavia wees hem op de opleidingsovereenkomst waarin een boetebeding was opgenomen op grond waarvan de werknemer bij verbreking van het dienstverband binnen drie jaar verplicht was het bedrag van f 125.000,- ter vergoeding van de opleidingskosten te betalen.

Van Toorenburg stelde dat de cao ten tijde van indiensttreding een regeling bevatte die inhield dat het boetebeding in de opleidingsovereenkomst teniet ging en hiervoor in de plaats een terugbetalingsregeling werd opgenomen. De cao die later in werking trad maakte de terugbetalingsregeling uit de voorgaande cao met terugwerkende kracht ongedaan. Deze afwijking in negatieve zin achtte Van Toorenburg niet toelaatbaar.

Volgens de rechtbank ging dit verweer niet op. De rechtbank stelde dat de Wet CAO zich niet verzet tegen het verlenen van terugwerkende kracht aan een cao, zoals in casu door cao-partijen is overeengekomen. Dit geldt ook als deze cao – zoals Van Toorenburg stelt – in negatieve zin afwijkt van individuele regelingen. Dit brengt volgens de rechtbank met zich mee dat door inwerkingtreding van de nieuwe cao het boetebeding met terugwerkende kracht herleefde tot de datum van de indiensttreding van Van Toorenburg. Hieraan staat niet in de weg dat door het sluiten van de individuele arbeidsovereenkomst een regeling uit de oude cao was binnengehaald.

Met deze uitspraak lijkt mij de rechtszekerheid geen dienst bewezen. In deze situatie mocht de werknemer vertrouwen op de terugbetalingsregeling in het geval hij binnen drie jaar na aanvang van de arbeidsovereenkomst op zou zeggen. Het met terugwerkende kracht toepasselijk verklaren van een boetebeding acht ik niet toelaatbaar. In dit geval is sprake van een verslechtering van de individuele situatie. Dit is in strijd met de achterliggende gedachte achter artikel 12 Wet CAO; het gunstigheidsprincipe. Naar mijn mening zou terugwerkende kracht van een cao wel mogelijk moeten zijn, maar zou de extra toets van het gunstigheidsprincipe moeten worden aangelegd. Het is niet uit te sluiten dat een cao zo nu en dan verslechteringen inhoudt: ook sociale partners moeten kunnen terugkomen op eerder gemaakte afspraken. Bij terugwerkende kracht is de kenbaarheid echter ni-

¹⁰⁸Rb. Amsterdam 28 februari 1992, *JAR* 1992/17.

hil; in een dergelijke situatie is rechtszekerheid van belang ter bescherming van de werknemer.

In het volgende geval werd terugwerkende kracht ook toelaatbaar geacht. In deze zaak acht ik de redenering van de Hoge Raad de enige juiste. Aan de orde was een geschil tussen de Vervoersbond FNV en Transportbedrijf Jac Kuypers bv.¹⁰⁹ Na afloop van de looptijd van de cao 91-93 was de werkgeefster met de werknemers overeengekomen dat de persoonlijke toeslag die in de cao stond zou komen te vervallen. In 1994 kwam de nieuwe cao tot stand waarin wederom de persoonlijke toeslag was opgenomen. De cao-bepalingen werd door partijen terugwerkende kracht verleend. De werkgeefster achtte de terugwerkende kracht niet toelaatbaar, omdat hierdoor aan haar afspraak met de werknemers alsnog rechtsgevolg werd ontnomen.

De Hoge Raad oordeelde dat het de partijen bij de cao vrijstaat aan de cao terugwerkende kracht te verlenen op een zodanige wijze dat daardoor aan eerder rechtsgeldig afgesloten overeenkomsten tussen werkgever en werknemers alsnog rechtsgevolg wordt ontnomen. Hierbij moet ook aandacht worden geschonken aan de omstandigheid dat de afspraken met de werknemers over de persoonlijke toeslag strijdig waren met zowel de cao 1991/1993, als de cao 1994, die met betrekking tot de persoonlijke toeslag identieke bepalingen kenden. Het oordeel van de rechtbank dat de terugwerkende kracht in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid als vervat in art. 6:248 BW, is volgens de Hoge Raad onjuist. De slechte economische situatie van de werkgever vormt geen omstandigheid die dit oordeel rechtvaardigt. Dit is ook de opvatting van de AG Hartkamp die in zijn conclusie stelt: 'Een van de maatschappelijke voordelen van het cao-stelsel is dat het concurrentie door middel van arbeidsvoorwaardenbeleid verhindert (...) Daarmee is onverenigbaar dat ondernemingen in economisch moeilijke tijden van de cao zouden kunnen afwijken.'

In een noot bij het arrest stelt Koopmans dat het arrest (en dat geldt ook voor het vervolg hierop) een bevestiging vormt van de gedachte dat de cao het gewone arbeidsvoorwaardenregime vormt voor de individuele werknemers. 'Die keus is eigenlijk al in 1927 door de wetgever gemaakt, en wel om aldus de tweezijdigheid van de vorming van het arbeidsvoorwaardenregime te waarborgen. Naar toenmalig inzicht was de individuele werknemer immers niet als een serieuze onderhandelingspartner voor de werkgever aan te merken. Deze laatste overweging is thans minder klemmend dan toen; maar nog altijd belangrijk genoeg voor zeer grote groepen werknemers, bijv. in grote ondernemingen, bij industriële massa-arbeid, en

109.HR 27 maart 1998, *JAR* 1998/99, *NJ* 1998, 709 m.nt. TK en TVVS 1998, p. 181-183, m. nt. M.G. Rood.

in slecht renderende of aan hevige concurrentie blootstaande bedrijfstakken zoals in het beroepsgoederenvervoer over de weg uit de onderhavige zaak. Wanneer in het arbeidsvoorwaardenregime gaten vallen doordat twee cao's niet goed op elkaar aansluiten, of soms ook doordat algemeenverbindendverklaring op zich laat wachten, zou de rechtspraak die leemten dan ook zo beperkt mogelijk dienen te houden. De werknemers moeten erop kunnen vertrouwen dat hun arbeidsvoorwaarden te vinden zijn in de cao. Als het onderhandelingsmechanisme soms hapert, zouden de gevolgen daarvan zo min mogelijk op hen moeten worden afgewenteld.¹¹⁰ Bij deze redenering sluit ik mij aan.

Overigens verschilt men in de literatuur van mening over het antwoord op de vraag of normatieve en diagonale bepalingen met terugwerkende kracht aan de leden van werkgeversverenigingen kunnen worden opgelegd. Zo is Mannoury – in tegenstelling tot rechtspraak en literatuur – van oordeel dat normatieve en diagonale bepalingen niet met terugwerkende kracht aan leden van werkgeversverenigingen kunnen worden opgelegd. (Hij noemt hier de werkgeversvereniging omdat aan hen in overwegende mate de verplichtingen van de cao worden opgelegd).¹¹¹

Fase acht terugwerkende kracht van diagonale en normatieve bepalingen slechts mogelijk, indien de aard van het overeengekomene zich daartegen niet verzet. Als voorbeeld geeft Fase dat hij er geen bezwaar tegen heeft het zogenaamde vakbondstentje met terugwerkende kracht door de werkgever aan de vakbonden te doen betalen. Wat Fase wel onoverkomelijk bezwaarlijk acht is de situatie dat een rechtsgeldig gegeven ontslag door een latere cao met terugwerkende kracht onregelmatig kan worden, bijvoorbeeld doordat de cao een andere anciënniteitsregeling invoert.¹¹²

Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat terugwerkende kracht vaak nodig is om een aaneengesloten arbeidsvoorwaardenregime te garanderen. Indien terugwerkende kracht niet mogelijk zou zijn, dan zou in elke cao-loze periode van de cao kunnen worden afgeweken op een manier die voor de werknemer niet alleen ongunstig is, maar die ook in strijd is met de eisen van rechtszekerheid. Om die reden lijkt de staande jurisprudentie mij in overeenstemming met het doel van de Wet op de CAO; geen concurrentie

110. HR 27 maart 1998, *JAR* 1998/99, *NJ* 1998, 709 m.nt. TK.

111. Mannoury, p. 23, geciteerd door M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), art. 7-11.

112. W.J.P.M. Fase, *C.A.O.-recht. Schets van het recht met betrekking tot C.A.O.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Alphen aan de Rijn: Samson 1982, p. 35. 1982, p. 35.

op arbeidsvoorwaarden en bescherming van de werknemer door het scheppen van een collectief arbeidsvoorwaardenregime waardoor aan de eisen van rechtszekerheid wordt voldaan. Indien sociale partners aan een cao terugwerkende kracht willen toekennen dient bij de toepassing hiervan te worden beoordeeld of de rechtszekerheid van de werknemer niet wordt geschaad. Als leidend criterium zou het gunstigheidsprincipe kunnen worden gebruikt. In het tijdvak van terugwerkende kracht mag niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken van de ‘oude’ cao. Mijns inziens is dit nodig omdat de werknemer niet kan voorzien waartoe hij zich verbindt indien bepalingen terugwerken. Dit is in strijd met de rechtszekerheid.

2.4.2 *Nawerking*

De gebondenheid aan de cao van partijen bij de cao en hun leden eindigt in beginsel indien de cao eindigt door tijdsverloop of indien de cao wordt beëindigd door opzegging. De contractsvrijheid van de individuele werkgever en de individuele werknemer om nieuwe afspraken te maken herleeft op dat moment. Indien er echter niets wordt overeengekomen, of er wordt geen overeenstemming bereikt, dan komt aan de normatieve bepalingen van de cao nawerking toe. Nawerking houdt in dat de normatieve bepalingen van de cao tijdens de looptijd van de cao de individuele arbeidsovereenkomst hebben gemodelleerd en dat deze individuele arbeidsovereenkomst na afloop van de cao dezelfde inhoud blijft houden.¹¹³

Welke invloed heeft nawerking voor de individuele contractsvrijheid? Zoals al vermeld, herleeft de individuele contractsvrijheid van partijen zodra de looptijd van de cao is verstreken. Individuele contractspartijen zijn dan vrij om nieuwe afspraken te maken. Doen zij dit niet, dan werkt de cao na. De individuele contractsvrijheid wordt door de nawerking dus niet gehinderd. Vereist is echter wel dat partijen overeenstemming bereiken over een eventuele verandering. Indien partijen niets overeenkomen, blijft de individuele arbeidsovereenkomst de inhoud behouden die hij heeft verkregen door de modellering door normatieve bepalingen van de cao.

Jurisprudentie

In de rechtspraak is de nawerking van cao's aanvaard. Dit in tegenstelling tot de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao's (hierover meer in hoofdstuk 3). Achtereenvolgens worden drie zaken behandeld waarin nawerking een rol speelt. In de eerste zaak wordt nawerking van normatieve bepalingen aangenomen. Dit is ook het geval in de tweede zaak; hier wordt

¹¹³ M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, art. 12, 21 e.v.

uitgesproken dat nawerking van diagonale cao-bepalingen niet mogelijk is. De derde zaak staat in het teken van de nawerking in het kader van overgang van onderneming.

Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen stelde in de zaak *Cuboha/Maduro*¹¹⁴ vast dat een tussen partijen gesloten cao was geëindigd en dat hiervoor geen nieuwe cao in de plaats was gekomen. De vraag deed zich voor in hoeverre de cao-bepalingen van kracht waren gebleven in de contractuele verhoudingen tussen partijen. Het Hof stelde voorop dat het een wezenlijk element van de collectieve arbeidsovereenkomst is dat de bepalingen van rechtswege geacht worden deel te gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten waarop de cao betrekking heeft: 'Deze normatieve werking van de cao-bepalingen vormt de bronader van de cao. (...) Dat brengt met zich mee, dat men in het algemeen slechts bij bepalingen waarbij deze normatieve werking geen redelijke zin heeft of kennelijk door de partijen die de cao afsloten niet is bedoeld, de normatieve werking afwezig mag achten.'

De gedaagde partij voerde aan dat de nawerking van de cao-bepalingen 'tot het ongerijmde gevolg zou leiden dat de cao-bepalingen die deel zijn gaan uitmaken van individuele arbeidsovereenkomsten 'voor altijd en eeuwig' van kracht zouden blijven, dat verlenging van de cao zinloos zou zijn omdat de inhoud van de cao ook zonder die verlenging van kracht zou blijven, dat het zelfs Cuboha [de vakbond in kwestie; *EK*] dan niet vrij zou staan om een nieuwe cao af te sluiten omdat eenmaal door middel van de oude cao door de individuele werknemers verworven rechten niet zonder hun toestemming zouden kunnen worden ingetrokken.'

Het Hof achtte deze bezwaren ongegrond. 'De normatieve werking van de cao-bepalingen heeft niet tot gevolg dat die bepalingen voor altijd en eeuwig van kracht blijven; zij zijn wat hun duur betreft aan dezelfde wettelijke beperkingen onderworpen als de rechtstreeks door werkgever en werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarden en kunnen op dezelfde voet door de individuele contractspartijen gewijzigd worden.'. Hieruit volgt dat de nawerking een belemmering kan vormen voor de individuele contractsvrijheid. Individuele partijen kunnen weliswaar afwijken van de nawerkende cao-bepalingen op een hun welgevallig tijdstip, voorwaarde hiervoor is echter wel dat partijen hierover overeenstemming bereiken en dat zal niet altijd het geval zijn.

Dat er alleen nawerking van normatieve bepalingen optreedt, werd duidelijk in het kort geding *Voedingsbond FNV/FDF*.¹¹⁵ In de cao voor de Zuivelsector

114. Hof van Justitie Nederlandse Antillen 5 juli 1977, *NJ* 1987/134.

115. Pres. Rb. Leeuwarden 1 april 1996, *JAR* 1996/110.

die op de werkgeefster van toepassing was, was bepaald, dat werkgevers het aantal flexibele arbeidsrelaties zouden reduceren tot maximaal 10% van het aantal in de onderneming werkzame werknemers. De Voedingsbond FNV stelde dat de werkgever meer dan 10% flexibele arbeidskrachten in dienst had. Hierop vorderde de bond een verbod. Voorts stelde de bond dat de werkgeefster de uitzendkrachten in strijd met de cao te laag inschaalde en hen een te laag salaris betaalde.

De eerste vordering over het aantal aangestelde flexibele arbeidskrachten werd door de President afgewezen. De geldigheidsduur van de cao was verstreken waardoor de cao niet meer van kracht was. Een uitzondering op dit beginsel wordt volgens de President gemaakt door de normatieve bepalingen die betrekking hebben op de rechtsverhouding tussen werknemer en werkgever. Op grond van art. 12 Wet CAO hebben de normatieve bepalingen van de cao de individuele overeenkomsten genormeerd en zijn daarvan deel gaan uitmaken. De bepaling over de flexibele arbeidskrachten is echter geen normatieve bepaling die doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer, maar een diagonale bepaling die een individuele werkgever als lid van een cao-partij in acht moet nemen jegens de contracterende wederpartij (de Voedingsbond FNV). 'Nu het hier geen nog steeds tussen cao-partijen geldende of van individuele arbeidsovereenkomsten deel uitmakende bepaling betreft, maar een diagonale over de al dan niet continuering waarvan (...) momenteel door de cao-partijen onderhandeld wordt en nu ook niet goed in te zien valt, welk eigen belang individuele werknemers die al/nog bij FDF in dienst zijn, hebben bij terugdringing van het aantal flexibele werknemers, kan het beroep van de Voedingsbond op nawerking van cao niet worden gehonoreerd'.

De tweede vordering werd door de President wel toegewezen. FDF handelde in strijd met de cao door de uitzendkrachten niet te belonen volgens de beloningsbepalingen van de cao. De beloningsbepalingen zijn normatieve bepalingen waaraan nawerking toekomt. Dit geldt voor die uitzendkrachten die op enig moment tijdens de looptijd van de cao een arbeidsovereenkomst met FDF hadden.

Deze zaak illustreert dat nawerking slechts betrekking kan hebben op de normatieve bepalingen van de cao. De diagonale bepalingen scheppen slechts rechten tegenover cao-partijen en werken niet door in de individuele arbeidsovereenkomst; derhalve ontberen zij nawerking.

Ook bij overgang van onderneming is nawerking aan de orde. De zaak *KLM/Van Staveren*¹¹⁶ kwam al eerder aan de orde in par. 2.3.10. De rechtbank stelde hier dat door het verstrijken van de geldigheidsduur van de cao de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomsten die door de cao wer-

116. Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228.

den beheerst, niet tevens is gewijzigd. Hiertoe stelde de rechtbank dat de arbeidsovereenkomst ook na het verstrijken van de geldigheidsduur van de KLM-cao voortgezet wordt met als inhoud de bepalingen van die verstreken cao voorzover deze zien op de regeling van de individuele arbeidsvoorwaarden. Dit duurt voort totdat een andere individuele of collectieve arbeidsovereenkomst wijziging brengt in de individuele arbeidsovereenkomst, of totdat tengevolge van avv wijziging optreedt in (delen van) de cao.

Werkt de nietigheidssanctie ook na?

Tot slot nog een andere betekenis van ‘nawerking’. Het begrip ‘nawerking’ heeft in het cao-recht betrekking op de gebondenheid van partijen aan de cao na eindigen van het tijdsverloop van de cao. Er treedt echter ook nawerking op van de nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO. In *Steuten/Jac Kuypers Transportbedrijf BV*¹¹⁷ was aan de orde de vraag of een tijdens de looptijd van een cao overeengekomen beding in de individuele arbeidsovereenkomst dat in strijd is met die cao, niet alleen nietig is gedurende de looptijd van die cao, maar ook na afloop van die cao.

De Hoge Raad heeft die vraag bevestigend beantwoord door te stellen dat de nietigheid volgens de Hoge Raad niet van rechtswege wordt opgeheven door het verstrijken van de geldigheidsduur van de cao. Gelet op de strekking van art. 12 Wet CAO en op de eis van rechtszekerheid, is er volgens de Hoge Raad geen plaats voor conversie van een met de cao strijdig beding in een geldig beding na afloop van de cao.

De nietigheidssanctie werkt dus ook na afloop van de geldingsduur van de cao. Een sterke beperking van de contractsvrijheid is dit niet, omdat wel op individueel niveau mag worden onderhandeld over een van de cao afwijkende regeling. Zit men echter stil, dan verandert een met de cao strijdige bepaling niet automatisch in een bepaling die toegestaan is.

2.4.3 *Tussenconclusie*

Nawerking wordt – voor normatieve bepalingen – algemeen aangenomen. De nawerking kan een belemmering vormen voor de individuele contractsvrijheid. Weliswaar kan op elk moment een eind kan worden gemaakt aan de nawerking van de cao-bepalingen door een individuele overeenkomst te sluiten, voorwaarde hiervoor is wel dat partijen overeenstemming bereiken.

Achtereenvolgens werden drie zaken behandeld waarin nawerking een rol speelde. In de eerste zaak werd nawerking van normatieve bepalingen

¹¹⁷ HR 28 mei 1999, *JAR* 1999/131.

aangenomen. Dit was ook het geval in de tweede zaak; hierbij werd tevens uitgesproken dat nawerking van diagonale cao-bepalingen niet mogelijk is. In de derde zaak werd de nawerking besproken in het kader van overgang van onderneming. Door het verstrijken van de geldingsduur van de cao is de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomsten die door die inhoud van de cao werden beheerst, niet gewijzigd. Dit duurt voort totdat een andere individuele of collectieve arbeidsovereenkomst wijziging brengt in de individuele arbeidsovereenkomst, of totdat tengevolge van avv wijziging optreedt in (delen van) de cao. Ook de nietigheidssanctie komt deze nawerking toe.

De nawerking vormt mijns inziens geen ontoelaatbare inbare inbreuk op de individuele contractsvrijheid. Weliswaar zijn individuele werkgevers en werknemers ook na afloop van de cao gebonden aan de regeling. Hier staat tegenover dat zij vanaf het moment dat de cao afloopt vrij zijn om in andere zin te contracteren. Daarbij komt dat de nawerking van de cao dient ter bescherming van de positie van de werknemer. Hiermee wordt voorkomen dat de werknemer in een arbeidsvoorwaardelijk gat valt indien de cao afloopt. Dikwijls is er nog geen nieuwe cao van kracht, waardoor een arbeidsvoorwaardelijk vacuüm kan ontstaan. Indien individuele partijen dan niets overeenkomen, heeft het leerstuk van de nawerking tot gevolg dat er niets verandert in de oude situatie totdat de nieuwe cao in werking is getreden.

2.5 **Voor welk type arbeidsvoorwaarden geldt de binding?**

Zoals al eerder behandeld is het vooral de normatieve werking die de individuele contractsvrijheid van de gebonden werkgever en werknemer beperkt. Voor welk type arbeidsvoorwaarden geldt die wettelijke normatieve werking en hoeveel contractsvrijheid rest de werkgevers en werknemers bij de verschillende typen arbeidsvoorwaarden? Voordat deze vraag beantwoord kan worden is het van belang onderscheid te maken tussen de verschillende typen cao-bepalingen zoals obligatoire, diagonale en normatieve bepalingen.

Alleen ten aanzien van cao-bepalingen die (ook) normatief kunnen werken vinden art. 12 en 13 toepassing. De normatieve bepalingen omvatten in het bijzonder de arbeidsvoorwaardenbepalingen van de cao, zoals de bepalingen inzake loon, vakantie en arbeidstijden. Van belang is dat de cao-bepaling betreft de positie van de bij de individuele arbeidsovereen-

komst betrokken partijen en dus getypeerd kan worden als een regeling van arbeidsvoorwaarden bij de arbeidsovereenkomst in acht te nemen.¹¹⁸

De wettelijke regeling van de normatieve werking zoals neergelegd in art. 9 en 12 Wet CAO, kent geen nadere differentiering ten aanzien van verschillende typen arbeidsvoorwaarden, zoals primaire, secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden. Hieruit volgt dat in beginsel sprake is van dwingende normatieve werking op grond van art. 12 Wet CAO bij strijdigheid in de individuele arbeidsovereenkomst met al die bepalingen in de cao die de contractsvrijheid van partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst beperken, de gezagsbevoegdheid van de werkgever begrenzen of de ondergeschiktheid van de werknemer nader invullen.

Tot slot moet nog worden aangetekend dat het uitmaakt of de arbeidsvoorwaarden-bepaling betreft een minimum-, maximum-, danwel standaardbepaling. Ook kan de bepaling een afwijking inhouden van een wettelijke regeling op basis van een bepaling van driekwart dwingend recht. In het geval van een standaardregeling is afwijking ten gunste van de werknemer niet toegestaan. Een minimumregeling beoogt een minimumgarantie te geven, die afwijken ten gunste van de werknemer wel toelaat. Op de dwingendheid van deze typen bepalingen wordt nader ingegaan in par. 2.6.

De jurisprudentie over art. 12 Wet CAO geeft een indruk van het type bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst, dat door de normatieve werking aan de absolute nietigheidssanctie onderhevig wordt en diens gevolg wordt vervangen door een cao-bepaling. Hierna wordt een overzicht gegeven van de verschillende typen arbeidsvoorwaarden. Achtereenvolgens komen aan de orde uitspraken over loon en fooi, arbeidstijd en overwerk en tot slot de reiskostenregeling.

2.5.1 *Loon en fooi*

De meeste conflicten die hierna behandeld zullen worden gaan over de beloning in ruime zin. In de navolgende zaken kwamen de volgende onderwerpen aan de orde: loon en fooi, all-in-loon, functiejaarentoeslag, inschaling en suppletie-bepalingen.

In de zaak *Quicken/Boonen*¹¹⁹ gold tussen partijen de cao voor het Horecabedrijf. Partijen zijn bewust van deze cao afgeweken door een veel hoger salaris dan de cao voorschrijft overeen te komen. Daar stond tegenover dat de werknemer geen vergoeding kreeg van de overuren die de 45

118. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), aant. 4 bij art. 12.

119. HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43. Deze zaak kwam reeds aan de orde in par. 2.2.1.

uur per week te boven gingen. De werknemer vorderde in casu betaling van de overuren.

De rechtbank wees de vordering af, omdat het hoge salaris van de werknemer per saldo gunstiger zou zijn dan het salaris dat op grond van de cao zou moeten worden betaald, vermeerderd met de overuren. Er is volgens de Rechtbank voor de werknemer in gunstige zin afgeweken van de cao en dit is toegestaan. De Hoge Raad overweegt hierop:

‘De rechtbank heeft miskend dat ingevolge art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst ‘elk beding’ dat strijdig is met een CAO waaraan beide partijen gebonden zijn, nietig is, en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen van de CAO gelden. Ook indien ervan moet worden uitgegaan dat een CAO een minimumgarantie met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden bevat en dat bedingen die ten gunste van de werknemer van de CAO afwijken, geldig zijn, had de rechtbank, nu werknemer zich erop had beroepen dat met betrekking tot de overwerkvergoeding het bepaalde in de CAO had te gelden, dienen te onderzoeken of hetgeen ten aanzien van het overwerk in de arbeidsovereenkomst is bepaald gunstiger is dan dienaangaande in de CAO bepaalde. Zij had niet het in de arbeidsovereenkomst omtrent het salaris en omtrent het overwerk bepaalde als één geheel mogen beschouwen.

De rechtbank heeft ook uit het oog verloren dat het van de feitelijke omstandigheden in de concrete situatie, te weten het aantal in feite gewerkte overuren, afhangt of het in de arbeidsovereenkomst dan wel het in de CAO bepaalde voor de werknemer gunstiger is. De vergelijking die de rechtbank op basis van het gemiddeld aantal overuren per maand heeft gemaakt zou tot het niet met de rechtszekerheid strokende resultaat kunnen leiden dat de desbetreffende bepaling van de arbeidsovereenkomst de ene maand wèl, en de andere maand niet als geldig zou moeten worden aangemerkt.’

Ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde loon heeft de Hoge Raad dus bepaald dat iedere individuele afwijking van de cao nietig is. Dit geldt ook voor die gevallen, waar een voor de werknemer gunstige afwijking een ongunstige afwijking zou kunnen compenseren, waardoor het geheel voor de werknemer niet ongunstig zou zijn.

Het begrip ‘fooi’ stond centraal in de zaak *Hotel New York/Horecabond FNV*.¹²⁰ Op de arbeidsrelatie was de Horeca-cao van toepassing. In de individuele arbeidsovereenkomst was een beding opgenomen op grond waarvan Hotel New York een bruto salaris betaalde dat lager was dan in de cao was bepaald. Op de salarissen van de werknemers hield de werkgever een bedrag

120. Rb. Rotterdam 18 februari 1999, *JAR* 1999/72.

in dat deze werknemers geacht worden als fooi te ontvangen. Indien achteraf bleek dat de werknemers een lager bedrag aan fooi hebben ontvangen, dan werd het bedrag alsnog aangevuld door hotel New York.

De rechtbank oordeelde dat de cao de strekking heeft de rechten en plichten van werkgever en werknemer vast te leggen en dat het een plicht is voor de werkgever om het brutoloon te voldoen. 'Hiermee verdraagt zich het genoemde beding niet. Het effect van het beding is immers dat de werknemer een deel van het loon waarop hij krachtens de cao recht heeft als door de werkgever aan hem te betalen, in feite zelf dient te betalen uit de fooien die door derden zijn betaald ter honorering van de diensten van de werknemer en welke fooien aan de werknemer toebehoren. In zoverre komt Hotel New York haar verplichting tot betaling van het volle in de cao overeengekomen brutoloon niet na.'

Ook uit deze zaak blijkt dat een afwijken van het cao-loon door middel van een individuele afspraak niet mogelijk is. Ook al zou door het inzetten van de fooien uiteindelijk wel het hele bedrag aan de werknemer kunnen worden uitgekeerd, toch is dit niet de bedoeling. De werkgever dient eenvoudigweg het brutoloon uit de cao te voldoen en hierbij geen beroep te doen op fooien, die rechtstreeks aan de werknemer toebehoren. Ook al stemt de werknemer in met een dergelijk beding, dit is een gebied waar de individuele contractsvrijheid van partijen beperkt is, ook ter bescherming van de werknemer.

In de zaak FNV *Bondgenoten/Konmar BV*¹²¹ betaalde de werkgever een zogenaamd 'all-in-loon'. De supermarktketen betaalde aan alle deeltijders en hulpkrachten (die minder dan 12 uur per week werkten) een uurloon met daarin inbegrepen een toeslag ter compensatie van roostervrije dagen, vakantiedagen en vakantietoelage. FNV Bondgenoten vordert een verklaring voor recht dat het all-in-loon in strijd is met de cao. Op grond van de cao mogen vakantiedagen niet worden vervangen door een toeslag op het loon. Dit mag op grond van de cao alleen aan het einde van de dienstbetrekking. Ten aanzien van de vakantietoelage bepaalt de cao dat deze eenmaal per jaar, uiterlijk in de maand mei, moet worden uitbetaald.

De kantonrechter oordeelde dat het all-in-loon zowel in strijd was met de wet als met de cao en dat afwijken hiervan niet is toegestaan. Konmar maakte verder op geen enkele wijze aannemelijk dat niet alleen Konmar maar ook vele andere zelfstandige ondernemers in de branche het all-in uurloon systeem hanteren. Ook werd niet duidelijk dat het toeslagen-systeem gunstiger zou zijn dan het cao-systeem.

Ook in deze zaak betreffende vakantietoelage en vakantiedagen werd een afwijking van de cao niet toelaatbaar geacht. Hierbij werd nog aangetekend

121. Ktg. Den Haag, 17 maart 1999, *JAR* 2000/4.

dat de afwijking van de cao ook niet gunstiger was voor de werknemer. Net als in de zaak *Quicken/Boonen* dienen alle bepalingen van de cao stuk voor stuk te worden toegepast en mogen zij niet als één geheel worden beschouwd. Dit geldt ook indien de uiteindelijke uitkomst van de gunstighedsvergelijking wellicht voordeliger is voor de werknemer.

De *functietoeslag* stond centraal in de zaak *Mahit/Robbers Schoonmaakbedrijven BV*.¹²² In deze zaak vorderden de eisers betaling van de functiejaartoeslag, waar zij op grond van de cao recht op hadden. Volgens de werkgever hadden de werknemers geen recht op deze functiejaartoeslag, omdat met hen afwijkende afspraken waren gemaakt op grond waarvan zij een hoger salaris dan het cao-salaris ontvingen. De rechtbank oordeelde dat het feit dat de werkgever bij indiensttreding van werknemers heeft afgesproken dat zij een hoger loon verdienen dan het cao-salaris, niet meebrengt dat de functiejaartoeslag waarin de cao voorziet, niet op hen van toepassing is.

Ook in deze zaak blijkt dat er geen mogelijkheid bestaat om in het geval van een hoger salaris af te zien van het betalen van de functietoeslag. De cao is dus dwingend op dit punt en geeft geen onderhandelingsruimte.

Een conflict over de *inschaling* deed zich voor in de zaak *Van Gelderen/De Boshof*.¹²³ In deze zaak werd Van Gelderen aangesteld bij het tehuis voor ouderen De Boshof. In zijn arbeidsovereenkomst stond vermeld dat hij de functie van ‘administrateur’ zou gaan verrichten. Volgens de van toepassing zijnde cao Bejaardentehuizen behoorde bij de functie van administrateur een salaris volgens schaal 10. De directie van De Boshof had Van Gelderen echter ingeschaald in schaal 6 met twee periodieken. In het geding vordert Van Gelderen inschaling conform de cao.

De Boshof stelde dat het salaris bij de indiensttreding was overeengekomen en dat de gedaagde daarop niet kan terugkomen. Daarbij zou Van Gelderen in werkelijkheid een lagere functie vervullen dan die van administrateur, reden waarom hij, ook gelet op zijn opleiding en ervaring, niet kon worden ingedeeld in schaal 10.

De kantonrechter overwoog dat de onduidelijkheid over de functie die door Van Gelderen werd vervuld, verband hield met het feit dat in strijd met de cao geen duidelijke functieomschrijving in de individuele arbeidsovereenkomst was opgenomen. Om deze reden moest worden uitgegaan van de functie-aanduiding die in de arbeidsovereenkomst is vermeld, namelijk die van administrateur. Het salaris diende te worden vastgesteld conform de schaal die volgens de cao bij die functie hoort. Ondanks gebrek

122. Rb. Utrecht 8 juni 1994, *JAR* 1996/122.

123. Ktg. Assen 16 mei 1994, *JAR* 1994/171.

aan ervaring en opleiding, heeft een werkgever niet de vrijheid inschaling in de bij de functie behorende salarisschaal achterwege te laten indien en zolang de wijze van functievervulling zich daartegen verzet dan wel niet (volledig) wordt voldaan aan de eventuele functievereisten. Ook de opvatting van De Boshof dat het partijen volledig vrij staat om terzake van de salarisschaal afspraken te maken dient in zijn algemeenheid als onjuist te worden aangemerkt, omdat de bepalingen van de van toepassing zijnde cao dienen te prevaleren boven daarmee strijdige afspraken.

Uit deze zaak blijkt dat zodra een cao van toepassing is op de relatie van partijen, dat het individuele partijen niet langer vrij staat om op punten individueel af te wijken van hetgeen de cao voorschrijft.

Inzake *Köps/Van Heusden* BV¹²⁴, oordeelde de kantonrechter dat een cao-bepaling over *suppletie* wel opzij kon worden gezet om redenen van redelijkheid en billijkheid. In casu waren partijen in afwijking van de cao overeengekomen dat de werknemer niet langer de suppletie zou ontvangen. Werkgever had kort daarvoor administratieve onregelmatigheden ontdekt die reden konden zijn voor ontslag op staande voet. Gezien het feit dat de werknemer ernstig ziek was, wilde de werkgever de werknemer een dergelijk diffamerend ontslag besparen, maar was de werkgever niet langer bereid de loonsuppletie te voldoen.

In het geding werd betwist of de cao al dan niet van toepassing is. Naar het oordeel van de kantonrechter was dat in casu niet van beslissend belang. Van belang was volgens de kantonrechter dat de redelijkheid en billijkheid er in elk geval aan in de weg staan dat de eiser een beroep doet op de mogelijke nietigheid van de door gedaagde gestelde afspraak, inhoudende dat de verplichting tot suppletie-betaling kwam te vervallen, indien eiser daarmee willens en wetens akkoord is gegaan in de wetenschap, dat anders in verband met de geconstateerde administratieve onregelmatigheden, zou worden aangestuurd op zijn ontslag. Daarop nu terugkomen zou onder die omstandigheden immers dermate onbehoorlijk zijn te achten, dat zulks in rechte geen steun behoort te vinden.

Uit deze zaak blijkt dat afwijking door partijen van een primaire arbeidsvoorwaarde, zoals een suppletie op het loon, onder speciale omstandigheden toelaatbaar kan worden geacht. In dit geval zorgden redelijkheid en billijkheid ervoor dat individueel afwijken geoorloofd werd geacht. In een dergelijke speciale situatie bestaat er dus iets meer ruimte dan normaal gesproken het geval zou zijn.

124. Ktg. Zaandam 29 april 1993, *JAR* 1994/41.

2.5.2 *Arbeidstijd/overwerk*

Het arrest *Quicken/Boonen*¹²⁵ werd reeds behandeld in par. 2.2.1 en par. 2.5.1. Het ging in deze zaak om een individuele afwijking van de *overwerkbepaling* van de cao. Op grond van de individuele afspraak werd een zeer hoog salaris betaald (hoger dan het cao-loon). Hier stond tegenover dat overuren niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. De Hoge Raad oordeelde dat elke afwijking van de cao nietig was. De ‘pakketvergelijking’ die de rechtbank had toegepast vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Ieder beding moest één op één vergeleken worden. Zo stelde de Hoge Raad dat los van de bedingen die gunstig voor de werknemer waren, ook had moeten worden beoordeeld of de cao in aanmerking was genomen met betrekking tot het overwerk. Hier moest worden beoordeeld of de overwerkbepaling in de individuele arbeidsovereenkomst gelijk aan de cao of gunstiger dan de cao was. De rechtbank ‘had niet het in de arbeidsovereenkomst omtrent het salaris en omtrent het overwerk bepaalde als één geheel mogen beschouwen.’ Overuren vormen dus een categorie arbeidsvoorwaarden waarvan in een individuele afspraak niet ten nadele van de werknemer van de cao mag worden afgeweken. Ook niet wanneer daar een andere gunstige afwijking tegenover staat.

ADV-uren vormden het onderwerp van conflict in de zaak *Martens/Vermeulen*.¹²⁶ De firma Vermeulen had wegens de slechte economische situatie waarin zij verkeerde een mondelinge afspraak gemaakt met haar werknemers dat de regeling omtrent ADV niet volledig zou worden ingevoerd. De werknemer, Martens, nam aanvankelijk genoegen met de tijdelijke beperking van de ADV, maar vorderde in het geding de vergoeding van niet-genoten ADV-uren.

De kantonrechter oordeelde dat bewijs van de mondelinge afspraak door Vermeulen niet nodig was, omdat de afspraak om af te wijken van de cao hoe dan ook nietig is op grond van art. 12 Wet CAO. De werkgever voerde in het geding echter aan, dat de werknemer in strijd met redelijkheid en billijkheid handelde door terug te komen op de duidelijk gemaakte afspraak. Vermeulen voerde hierbij nog aan dat dit voor haar onaantvaardbare financiële gevolgen kan hebben, vanwege het precedent dat wordt geschapen voor andere werknemers. De kantonrechter verwierp dit argument. Het beoog van Vermeulen komt erop neer dat reeds het inroepen van de nietigheid krachtens art. 12 Wet CAO in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het inroepen van die nietigheid brengt immers noodzakelijk mee dat men

125. HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43.

126. Ktg. Middelburg 20 januari 1997, *JAR* 1997/132.

terugkomt op een van de cao afwijkend beding. Vermeulen had volgens de kantonrechter ‘dienen te beseffen, dat de door haar gestelde afspraak om van de cao af te wijken nietig was ingevolge de Wet CAO en dat deze afspraak daardoor in rechte niet afdwingbaar zou zijn met alle financiële gevolgen vandien. Overigens kan worden opgemerkt dat de werknemers tegenover Vermeulen in een moeilijke positie verkeerden. Het kan Martens niet euvel worden geduid, dat hij is teruggekomen op een situatie, waarmee hij eerst (...) tijdelijk genoegen heeft genomen.’

Ook op het punt van ADV is de kantonrechter dus onverbiddelijk. Er wordt geen ruimte gelaten aan de individuele contractsvrijheid om op punten af te wijken van de cao. Een aanvankelijk instemmen met de afwijkende regeling door de werknemer kan ook niet tegen die werknemer worden gebruikt. Wanneer de werknemer in tweede instantie blijkt niet in te stemmen met de van de cao afwijkende regeling, slaagt een beroep van de werkgever op redelijkheid en billijkheid niet.

Met betrekking tot afwijken van de *arbeidstijd* zoals die in de cao was vastgelegd nam de president een ruim standpunt in in de zaak *Bonden/owm Anova Zorgverzekeringen*.¹²⁷ Tussen partijen was een cao van kracht die voorschreef dat de arbeidstijd diende te liggen tussen maandag tot en met vrijdag tussen 07.00 en 18.00 uur. In de individuele arbeidsovereenkomsten was opgenomen dat ook structureel op vrijdagavond en zaterdagochtend werd gewerkt.

In de cao was voorts bepaald dat het de werkgever geoorloofd was van deze arbeidsvoorwaarden in voor de werknemer gunstige zin af te wijken. Centraal in het geding stond de vraag of de afwijking ten aanzien van de arbeidstijden nu een afwijking van de cao was in voor de werknemers gunstige zin. De president stelde dat er reden voor twijfel was. De regeling betreffende de arbeidsduur had tot doel te waarborgen dat werknemers niet buiten normale kantoortijden behoeften te werken. Arbeidsovereenkomsten die hiervan afwijken behelzen niet onmiskenbaar een beding ten gunste van de werknemers.

Daarentegen kende de President wel veel gewicht tot aan hetgeen door Anova was gesteld en door de bonden niet tegengesproken. Ten eerste was geen van de betrokken werknemers rechtens of in feite verplicht buiten de tijden zoals door de cao voorgeschreven te werken. Ten tweede hebben alle werknemers vrijwillig ingestemd met de uitbreiding van de uren, dit mede (doch niet alleen), omdat zij daarvoor extra worden beloond. De President oordeelde, dat gelet op deze punten, het moeilijk valt staande te houden dat er géén sprake is ‘van een afwijking in voor de werknemers gunstige

127. Pres. Rb. Utrecht 15 september 1994, *JAR* 1994, 198.

zin’.

Hier wordt door de President feitelijk een gunstige vergelijking gemaakt. Deze uitspraak is gedaan voor de Hoge Raad het arrest *Quicken/Boonen*¹²⁸ wees. In dat arrest stelde de Hoge Raad dat de cao-bepalingen ieder stuk voor stuk dienden te worden toegepast. In deze voorlopige voorziening inzake *Bonden/Anova* kende de President ook gewicht toe aan het feit dat de cao een geldingsduur had van nog maar enkele maanden en dat partijen overwogen om de regeling over de arbeidstijden te wijzigen. Deze uitspraak is ruim, gezien in het licht van de lijn die de Hoge Raad later koos met betrekking tot art. 12 Wet CAO. De twee argumenten die worden aangedragen om het oordeel te dragen – feitelijk niet verplicht zijn en vrijwillig instemmen – kunnen gelet op de omstandigheden van het geval wellicht recht doen aan de situatie.

2.5.3 *Reiskostenregeling*

In de zaak *Industriebond FNV/Dateln*¹²⁹ was een *reiskostenvergoeding* het onderwerp van discussie. Tussen Dateln en de Industriebond was een collectieve arbeidsovereenkomst afgesloten. Nadat deze cao was afgesloten, werd tussen cao-partijen onderhandeld over een nieuwe reiskostenregeling. Partijen bereikten geen overeenstemming dienaangaande en vervolgens voerde de werkgever eenzijdig een nieuwe en ongunstiger regeling in. De or stemde in met de nieuwe regeling. De Industriebond spande een kort geding aan waarin zij naleving vroeg van de cao. Het hof oordeelde echter dat de bond geen spoedeisend belang had bij de vordering, omdat vaststond dat de or inmiddels had ingestemd met de regeling.

De Hoge Raad achtte dit oordeel onbegrijpelijk en bleek streng te toetsen. Hierbij werd geen belang gehecht aan de instemming van de or:

‘Uitgangspunt is dat een werknemersorganisatie gerechtigd is als contractspartij uit eigen hoofde nakoming van een door haar met een werkgever gesloten CAO te vorderen, in het bijzonder indien het, zoals hier, gaat om in die CAO opgenomen verplichtingen van die werkgever jegens zijn werknemers.¹³⁰ Daarvan uitgaande is ’s hofs oordeel onbegrijpelijk. Immers, de door FNV ingestelde vordering strekt tot het treffen van een onmiddellijke voorziening ter zake van de door FNV gestelde tekortkoming van de werkgever bij de uitvoering van de verbintenissen die voor laatstgenoemden voortvloeiden uit de door haar met FNV gesloten CAO. Zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt, valt niet in

¹²⁸.HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43.

¹²⁹.HR 5 februari 1999, *JAR* 1999/62.

¹³⁰.HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403; *JAR* 1998/40.

te zien dat de omstandigheid dat een derde – de OR van de werkgever – heeft ingestemd met de karweiregeling en de omstandigheid dat die regeling ‘is ingevoerd en inmiddels feitelijk wordt toegepast op individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers van Datelnet’ kunnen afdoen aan het spoedeisend belang dat FNV stelt te hebben bij de door haar gevraagde voorziening.’

Ook hier werd afwijken van normatieve bepalingen niet toelaatbaar geacht door de Hoge Raad. Hieraan deed niet af dat de or had ingestemd met de regeling en dat deze in de praktijk reeds werd toegepast op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers. Deze omstandigheden legitimeren het niet juist toepassen van de cao niet.

Ook in de zaak *Knoppien-Voogt/Kapsalon Jasper-Irmi*³¹ was een *reiskostenregeling* aan de orde. Op de arbeidsovereenkomst was de cao voor het kappersbedrijf van toepassing. Deze cao schreef een reiskostenregeling voor. De kapsalon voldeed slechts voor een deel aan deze verplichting door middel van een extra uitbetaling bij het salaris. Voor het andere deel moesten de fooien worden aangewend als aanvullende reiskostenvergoeding. De medewerkster vordert de achterstallige reiskosten.

De kantonrechter oordeelde dat de bepalingen van de cao dwingend zijn en dat partijen geen afwijkende afspraken kunnen maken ten nadele van de werknemer. Daarbij zijn de fooien door de klanten bestemd voor de medewerkers. Dit betekent dat de kapsalon gehouden was de fooienpot te verdelen onder de medewerkers. De kapsalon kon deze fooien in ieder geval niet aanwenden ter nakoming van een deel van zijn verplichtingen als werkgever, zoals het betalen van reiskostenvergoeding. De werknemster heeft uiteindelijk minder ontvangen dan bij betaling van volledige reiskostenvergoeding en fooien. De vordering werd toegewezen.

2.5.4 *Tussenconclusie*

Uit de voorgaande behandeling van zaken blijkt dat de normatieve werking van art. 12 Wet CAO strikt door de rechter wordt getoetst. Afwijkingen van de cao die niet door de cao zijn mogelijk gemaakt, worden getroffen door de nietigheidssanctie. Verkegen instemming van de or maakt dit niet anders. Ook het feit dat de afwijkende regeling reeds wordt toegepast op de individuele arbeidsovereenkomsten van vele werknemers voorkomt niet dat de nietigheidssanctie intreedt. De enige uitspraak die iets afweek van de lijn was die inzake *Bonden/Anova*. Hier toetste de rechter milder, rekening houdend met de concrete omstandigheden van het geval. Het springt in

131. Ktg. Brielle, 22 februari 2000, *JAR* 2000/68.

het oog dat in de jurisprudentie geen onderscheid wordt gemaakt tussen zogenaamde primaire dan wel secundaire (of tertiaire) arbeidsvoorwaarden. Of het nu loon betreft of een regeling met betrekking tot arbeidstijden, de toepassing van art. 12 Wet CAO is even strikt.

2.6 Hoeveel onderhandelingsruimte biedt de cao?

In de voorgaande paragrafen is beschreven hoe en in hoeverre de individuele contractsvrijheid beperkt wordt door een cao. In deze paragraaf wordt de vraag aan de orde gesteld hoe dwingend de normatieve werking is en welke ruimte de cao biedt voor het maken van nadere individuele keuzes. Uitgegaan wordt van de situatie dat geen avv van kracht is.

2.6.1 *De werknemer*

De werknemer heeft in vergelijking met de werkgever meer mogelijkheden om zijn individuele contractsvrijheid te behouden. Als de werknemer ervoor kiest om lid te worden van een vakbond geeft hij vrijwillig deze vrijheid op. Hij kan echter besluiten geen lid te worden van een vakbond. Indien hij dan een arbeidsovereenkomst sluit met een gebonden werkgever is hij niet verplicht om in te stemmen met incorporatie of het toepasselijk verklaren van de cao op zijn individuele arbeidsovereenkomst op grond van art. 14 Wet CAO. In de praktijk zien vele ongeorganiseerde werknemers de cao op hun arbeidsovereenkomst toegepast, wat blijkt uit het grote aantal werknemers dat onder een cao valt (dekkingsgraad), terwijl de organisatiegraad van de Nederlandse werknemers beduidend lager is.

Indien de werknemer wel is gebonden door een cao mag hij met de werkgever geen afspraken maken die minder gunstig zijn dan de arbeidsvoorwaarden die de cao garandeert.

Wel bestaat de mogelijkheid om afwijkend met de werkgever te contracteren in voor de werknemer gunstige zin. Dit geldt in het geval er sprake is van een minimum-cao. De meeste cao's bevatten minimumbepalingen. Er zijn ook standaard-cao's waarvan zowel niet ten voordele als ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. De kantonrechter te Amsterdam oordeelde in de zaak *Rochdale/Abrams*¹³² dat het volgens vast gebruik toekennen van een 13^{de} maand strijdig was met de cao Woondiensten. Deze cao bevatte standaardbepalingen met betrekking tot het aantal salarismaanden. Om die reden was het besluit van de werkgever om de 13^{de} maand af te schaffen toelaatbaar.

132. Ktg. Amsterdam, 4 januari 2006, *JAR* 2006/86.

2.6.2 *De werkgever*

De werkgever die zijn individuele contractsvrijheid wil behouden doet er goed aan geen lid te worden van een werkgeversvereniging. Doordat hij niet gebonden is, heeft hij ook niet de verplichting de cao toe te passen. Wel is het de gebonden werkgever in de meeste gevallen toegestaan om in afwijking van de cao te contracteren met de werknemer indien dit gunstiger is dan de bepalingen van de cao. Dit geldt voor de cao's die minimumbepalingen bevatten.

Een andere optie is het afsluiten van een eigen ondernemings-cao. De werkgever met een dergelijke cao kan dan cao-partijen verzoeken om zijn onderneming uit te zonderen van de werkingssfeer van de bedrijfstak-cao. Een dergelijk verzoek om uitzondering wordt dan onderdeel van het overleg tussen de cao-partijen.¹³³

Ook gedurende de looptijd van de cao kan de werkgever (tussentijds) dispensatie vragen aan cao-partijen. Voorwaarde hiervoor is dat de cao deze mogelijkheid biedt. Een verschil met de uitzondering van de werkingssfeer is dat de dispensatie niet reeds van tevoren en expliciet door sociale partners in de cao zelf is vastgesteld. Als dispensatie na het afsluiten van de cao wordt verzocht, dan wordt over de toekenning van het verzoek beslist door een commissie die door sociale partners is ingesteld. In 1999 kenden 72% van de bedrijfstak-cao's een dispensatiemogelijkheid. In 1995 was dat nog in 62% van de cao's het geval. Destijds werd 51% van de dispensatieverzoeken ook daadwerkelijk gehonoreerd.¹³⁴

Ook in de situatie dat de werkgever gebonden raakt door avv van de cao is het mogelijk om uitzondering te vragen. Dit wordt behandeld in hoofdstuk 3.

2.6.3 *Differentiatiemogelijkheden*

Het blijkt dat in het geval van gebondenheid aan een cao voor werknemers en werkgevers weinig mogelijkheden bestaan om af te wijken in voor werknemers ongunstige zin. Voor beide partijen bestaat in de meeste gevallen wel vrijheid om in gunstige zin van de cao af te wijken. Ongeorganiseerde werknemers hebben theoretisch iets meer mogelijkheid zich aan de cao te onttrekken dan georganiseerde werknemers. In praktijk maakt dit onder-

133. M.F.P. Rojer, *De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's*, Den Haag: szw 2002, p. 48.

134. M.F.P. Rojer, *De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's*, Den Haag: szw 2002, p. 49-50. Eind 1999 is voor het laatst geïnventariseerd in welke mate er dispensatiebepalingen in CAO's voorkomen.

scheid niet veel uit en wordt de cao toegepast op de werknemer of deze nu georganiseerd is of niet. Incorporatie van de cao is een middel dat hiertoe op grote schaal wordt gebruikt. De gebonden werkgever heeft in tegenstelling tot de niet georganiseerde werkgever geen keuzevrijheid. Hij is verplicht de cao toe te passen op zijn gebonden werknemers op basis van art. 12 Wet CAO en op zijn niet georganiseerde werknemers op grond van art. 14 Wet CAO. Is er dan geen enkele mogelijkheid tot flexibilisering? Is de cao daadwerkelijk een zodanig log model dat er geen mogelijkheden bestaan tot differentiatie?

Individualisering

In tegenstelling tot vroeger staat een 'werknemer' niet meer per definitie voor een getrouwde man die de kost verdient. De samenleving heeft zich ontwikkeld van een kostwinnerssamenleving naar een 'anderhalfverdienerssamenleving'. In dit laatste model wordt in samenlevingsverbanden van meer dan één persoon niet langer de kost verdiend door één persoon, maar verrichten beide partners betaald werk. In 2003 werkte in 45% van de gezinnen met minderjarige kinderen de ene partner in een voltijd baan en de andere partner in een deeltijd baan. Bijna altijd heeft de man dan de voltijd baan. Twee derde van de vrouwen in deze gezinnen heeft een baan van 20-34 uur per week en een derde een baan van 12-19 uur per week.¹³⁵ Vroeger was het model 40/40/40; dat wil zeggen: 40 jaar werken, gedurende 40 weken per jaar, gedurende 40 uur per week. Dit is veranderd in die zin dat werknemers hun arbeidstijden willen kunnen aanpassen aan de levensfase waarin zij zich bevinden. Dit kan zijn om de zorg voor kleine kinderen mogelijk te maken, of om bijvoorbeeld verder te studeren.

Veel arbeidsrechtelijke wetgeving is gebaseerd op de op het kostwinnersidee gebaseerde maatschappij. Men zou met Van der Heijden kunnen stellen dat in de geïndividualiseerde marktstaat waarin wij thans leven veel minder plaats is voor collectieve arrangementen die voor honderdduizenden mensen precies hetzelfde zijn. Als gevolg van deze individualisering ontstaat ook de behoefte aan maatwerk op het niveau van de onderneming.¹³⁶

135. W. Portegijs, A. Boelens en L. Olsthoorn, *Emancipatiemonitor 2004*, Den Haag: SCP en CBS 2004, p. 70.

136. P.F. van der Heijden, F.M. Noordam: *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 7-10.

Flexibilisering

Ondernemers hebben in toenemende mate aan flexibilisering. Men kan twee typen onderscheiden. Ten eerste externe flexibilisering. Daarmee wordt bedoeld de ontwikkeling dat in veel ondernemingen gebruik wordt gemaakt van tijdelijk personeel, van uitzendkrachten of mensen met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Hierdoor is het mogelijk om het personeelsbestand aan te passen aan de wisselende behoeften van het productieproces. Ten tweede is er de interne flexibilisering. Dit betekent dat de werknemer bereid moet zijn en in staat om zich binnen zijn arbeidsovereenkomst aan te passen aan de eisen die het werk stelt. Dit heeft betrekking op flexibele werktijden die aangepast kunnen worden aan het productieproces. Ook kan interne flexibiliteit inhouden dat de aanvankelijk overeengekomen functie-inhoud in de loop van de jaren wijzigt. Ook wordt van werknemers verwacht dat zij hun vermogen vergroten om andere taken en functies te verrichten. Dit wordt wel aangeduid met het begrip 'employability'. Deze contaminatie van het Engelse *'ability to employment'* doelt op duurzame inzetbaarheid van werknemers, waarbij de nadruk ligt op het vermogen om werk te krijgen én te houden. De werknemer moet zich hiervoor voortdurend blijven ontwikkelen en actief meegaan in de veranderingen binnen de organisatie. Middelen hiervoor zijn taakverrijking, taakverbreding en 'rotation on the job'.¹³⁷ Ook om-, her- en bijscholing moeten bijdragen aan dit doel. Dat van werknemers verwacht kan worden dat zij zich aanpassen aan veranderde omstandigheden van de werkgever, werd door de Hoge Raad bevestigd in zijn oordeel inzake *Van der Lely/ Taxi Hofman*.¹³⁸ Deze aanpassing door de werknemer kan een functiewijziging met zich meebrengen, ook in het geval de veranderde omstandigheden voor het risico van de werkgever dienen te komen. Dit vloeit voort uit het beginsel van goed werknemerschap dat tot uitdrukking wordt gebracht in art. 7:611 BW. Voor een nadere behandeling van de wijziging van functie en arbeidsvoorwaarden op grond van redelijkheid en billijkheid, verwijs ik naar par. 4.3.4.

Decentralisering

De behoefte aan meer maatwerk en differentiatie is ook aan de cao-onderhandelingstafel doorgedrongen. Zowel werkgevers- als werknemersorganisaties zijn ervan overtuigd dat de cao meer mogelijkheden moet bieden om

137. P.F. van der Heijden, F.M. Noordam: *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 7-10.

138. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/158.

maatwerk op het niveau van de onderneming mogelijk te maken. Dit geldt zowel voor de kant van de werknemer, als voor de werkgever.

Sinds eind jaren negentig komen cao-partijen in verschillende bedrijfstakken overeen om flexibilisering op decentraal niveau mogelijk te maken. Voorbeelden hiervan zijn de cafetaria-cao of cao à la carte. Een dergelijke cao geeft keuzemogelijkheden aan individuele werknemers. Zo bestaat de mogelijkheid om bepaalde arbeidsvoorwaarden, zoals tijd en loon, uit te ruilen. Ook kan verlof worden gespaard zodat dit kan worden ingezet voor andere doelen. Uit een onderzoek onder leden van de FNV¹³⁹ blijkt dat 43% enige vorm heeft van keuze in de arbeidsvoorwaarden. Van hen heeft 24% een uitgebreidere à la carte-regeling. In dit onderzoek werd onder een à la carte regeling verstaan een systeem waarbinnen twee of meer keuzes gemaakt kunnen worden, waarbij tijd zowel kan worden ingezet als doel, of als bron. In alle branches komen keuzemogelijkheden voor. In de financiële en zakelijke dienstverlening komen de keuzemogelijkheden het meest voor. In de handel, horeca en de agrarische sector komen relatief minder keuzemogelijkheden voor.

Van de werknemers die over keuzemogelijkheden beschikken maakt 42% hier ook daadwerkelijk gebruik van. De overige werknemers met keuzemogelijkheden (58%) maken hiervan geen gebruik. Reden hiervoor is dat zij tevreden waren met de bestaande situatie. De populairste uitruilmogelijkheid is salaris voor extra verlof. Veel van de respondenten nemen genoegen met een lager loon in ruil voor extra vrije dagen. Salaris wordt ook ingezet als ruilmiddel voor vergoeding van de aanschaf van computerapparatuur. Indien verlof wordt ingeruild, werd meestal gekozen voor de PC-privé of extra salaris.¹⁴⁰

Onderstaande tabel biedt een overzicht van het totale aantal cao's à la carte dat is gesloten door FNV Bondgenoten. Uit het onderzoek blijkt dat in ruim de helft van de onderzochte cao's in 2004 afspraken zijn gemaakt over beperktere danwel uitgebreidere vormen van cao à la carte.¹⁴¹

139. C. Hillebrink, J. Schippers, J. van Stigt, *Keuzes in arbeidsvoorwaarden; een onderzoek onder leden van FNV Bondgenoten naar CAO à la Carte*, januari 2004, p. 31.

140. C. Hillebrink, J. Schippers, J. van Stigt, *Keuzes in arbeidsvoorwaarden; een onderzoek onder leden van FNV Bondgenoten naar CAO à la Carte*, januari 2004, p. 31-31.

141. FNV Bondgenoten, *Evaluatie Arbeidsvoorwaardenbeleid 2004*, p. 7.

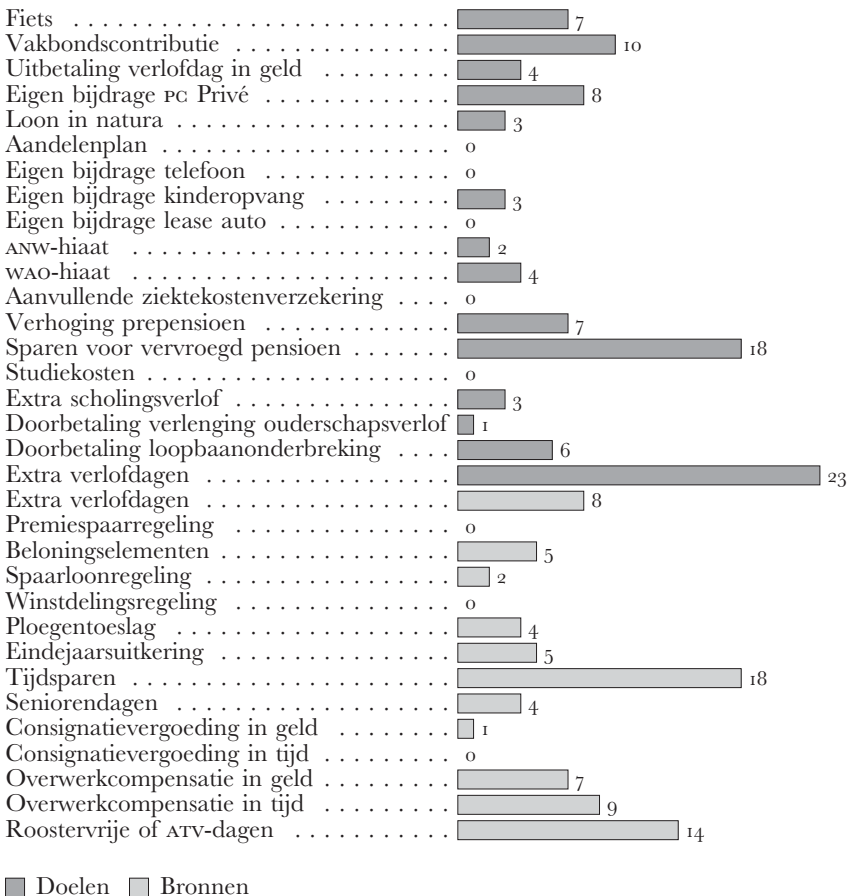
Tabel 2.4: Overzicht cao à la carte

Aantal cao's (sept 2003)	209	
Aantal cao's à la carte van toepassing	82	39%
Aantal werknemers totaal	1.083.075	
Aantal werknemers à la carte van toepassing	390211	36%

Aantal cao's (mei 2004)	72	
Aantal cao's à la carte van toepassing	39	54%
Aantal werknemers totaal	353.354	
Aantal werknemers à la carte van toepassing	98.846	28%

Bron: FNV Bondgenoten, *Evaluatie Arbeidsvoorwaardenbeleid 2004*, p. 7.

Figuur 2.1: Cao à la carte, doelen en bronnen



Bron: FNV Bondgenoten, *Evaluatie Arbeidsvoorwaardenbeleid 2004*, p. 7.

In onderstaande tabel worden de resultaten van een onderzoek van OSA naar de negen grootste cao's gepresenteerd.

Tabel 2.5: : Bronnen en doelen in de negen grootste cao's met ruilmogelijkheden

Naam cao	Werknrs	Looptijd	Bronnen	Doelen
Verpleeg- en verzorgingshuizen I. en IIB	200.000	jan 01 – mrt 02	<ul style="list-style-type: none"> • Roostervrije dagen of ATV-dagen • Overwerkcompensatie in geld • Consignatievergoeding in geld • Senioren dagen • Ploegentoeslag 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking
Ziekenhuizen	170.000	mrt 01 – jun 02	<ul style="list-style-type: none"> • Overwerkcompensatie in geld • Consignatievergoeding in geld • Senioren dagen • Ploegentoeslag • Tijdsparen • Premiespaarregeling 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking • Extra scholingsverlof • Studiekosten • Sparen voor vervroegd pensioen • Verhoging pre-pensioen • Eigen bijdrage telefoon
Levensmiddelenbedrijf (detail)	58.000	apr 01 – mar 02	<ul style="list-style-type: none"> • Roostervrije dagen of ATV-dagen • Overwerkcompensatie in tijd • Overwerkcompensatie in geld 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling verlenging ouderschapsverlof
Rabobank	45.000	jun 01 – mei 02	<ul style="list-style-type: none"> • Roostervrije dagen of ATV-dagen • Overwerkcompensatie in geld • Senioren dagen • Eindejaarsuitkering • Tijdsparen • Winstdelingsregeling 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking • Verhoging pre-pensioen ANW-hiaat • Eigen bijdrage lease auto
KPN	36.500	apr 01 – mar 02	<ul style="list-style-type: none"> • Roostervrije dagen of ATV-dagen • Overwerkcompensatie in geld • Consignatievergoeding in geld • Senioren dagen • Tijdsparen • Eindejaarsuitkering • Spaarloonregeling • Beloningsclementen 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking • Studiekosten • Sparen voor vervroegd pensioen • WAO-hiaat • Eigen bijdrage telefoon • Aandelenplan

Naam cao	Werknrs	Looptijd	Bronnen	Doelen
Informatie-technologie, Kabel en Telecom	36.000	apr 01 – mar-02	<ul style="list-style-type: none"> • Overwerkcompensatie in tijd • Overwerkcompensatie in geld • Consignatievergoeding in geld • Tijdsparen • Eindejaarsuitkering 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking • Doorbetaling verlenging ouderschapsverlof • Extra scholingsverlof • Studiekosten • Sparen voor vervroegd pensioen • Verhoging pre-pensioen
Energie- en Nutsbedrijven I.	35.000	apr 01 – mar 03	<ul style="list-style-type: none"> • Roostervrije dagen of ATV-dagen • Ploegentoeslag 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking • WAO-hiaat • Eigen bijdrage telefoon
Contractcateringbranche	163.000	Mar 01 – Feb-03	<ul style="list-style-type: none"> • Roostervrije dagen of ATV-dagen • Overwerkcompensatie in tijd • Tijdsparen • Eindejaarsuitkering 	<ul style="list-style-type: none"> • Doorbetaling loopbaanonderbreking

Bron: FNV CAO-databank 10 april 2002, getrokken uit in 2001 afgesloten CAO's, in *Bron:* J.A.C. Korteweg, K.G. Tijdens, J.M. de Winter, *Keuzemogelijkheden in CAO's; wat is het de werknemer waard?*, Tilburg: OSA, 2003, p. 25.

Niet alleen de specifieke keuzemogelijkheden, maar ook de structuur en de vormgeving van de cao zijn bepalend voor de mate van keuzevrijheid. Genoemd moet in dit kader ook worden de Grafimedia-cao, omdat deze cao veel mogelijkheden biedt tot decentralisering. Werkgever en werknemers krijgen veel ruimte om op verschillende niveaus afspraken te maken in afwijking van de cao. De cao kent een gelaagde structuur waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen mantelbepalingen, sectorbepalingen en decentrale afspraken.

In deel A zijn de mantelbepalingen opgenomen. Het betreft primaire en 'harde' secundaire arbeidsvoorwaarden. Deze mantelbepalingen gelden voor alle sectoren die vallen binnen de Grafimedia. In deel B staan de sectorbepalingen voor een aantal specifieke sectoren: het grafisch bedrijf, VKGO¹⁴², het zeefdruk- en signbedrijf en het dagbladbedrijf. Sectorbepalingen zijn bindend voor de werkgever en werknemer in de desbetreffende sector. In

142. Bedrijven die zijn aangesloten bij de VKGO (Vereniging van kleine grafische ondernemers).

geval van strijd tussen de sector- en de mantelbepalingen, geldt hetgeen in de mantelbepalingen is geregeld.

Zowel bij de mantelbepalingen als bij de sectorbepalingen is het mogelijk decentrale afspraken te maken. Decentrale afspraken hebben in principe dezelfde looptijd als de cao, tenzij uit de afspraken blijkt dat werkgever en werknemers iets anders zijn overeengekomen. Indien de cao-bepaling waarop de decentrale afspraak is gebaseerd komt te vervallen, dan eindigt de rechtsgrond van de decentrale bepaling één jaar na expiratie van de cao. Decentrale afspraken die zijn gemaakt buiten het door de cao gegeven kader zijn nietig. Decentrale afspraken zijn mogelijk met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- Bedrijfseigen regelingen
- Meerkeuzesysteem arbeidsvoorwaarden
- Gedifferentieerde beloningsregeling
- Collectieve ziektekostenverzekering
- WAO-hiaat en arbeidsvoorwaardelijke stimulansen
- Arbeidstijd en flexibele urenregeling
- Vakantieplanning
- Verlofsparen
- Werkgelegenheids- en opleidingsbeleid
- Leeftijdsbewust personeelsbeleid

De bevoegdheid tot het maken van decentrale afspraken berust bij de werkgever en de werknemersvertegenwoordiging. Dit laatste kan betekenen een or of een personeelsvertegenwoordiging (hierna: pvt). Zowel de werkgever als de or/pvt kunnen voorstellen doen voor decentrale afspraken. De werkgever kan met de or/pvt afspraken maken over de te volgen procedure. Indien de or denkt dat een bepaald besluit te weinig draagvlak heeft bij de werknemers, dan kan de or het besluit terugverwijzen naar de werkgever die het dan in heroverweging neemt. Indien geen overeenstemming wordt bereikt op een voorstel van de werkgever dan kan bemiddeling worden verzocht bij de door cao-partijen ingestelde paritaire Commissie Decentrale Afspraken. De decentrale afspraak wordt schriftelijk vastgelegd.

In de Metalekro-cao zijn ook mogelijkheden opgenomen om af te kunnen wijken van de cao. Als basis geldt het gunstighedsprincipe, dat wil zeggen dat de cao een minimum-cao is en dat naar boven altijd mag worden afgeweken. Een uitzondering hierop volgt uit de clausule met de volgende inhoud:

‘De werkgever die om belangrijke redenen zoals de continuïteit van de onderneming en/of de daarmee verband houdende werkgelegenheid in zijn onderne-

ming voor alle of één of meer groepen van werknemers wenst af te wijken van het (...) [gunstigheidspincipe; ek], kan daartoe overgaan indien daarover op ondernemingsniveau overeenstemming is bereikt met de v.v. en v.w. [de betrokken CAO-partijen; ek]. Het resultaat van het overleg dient te worden gemeld aan de ROM (Raad voor Overleg in de Metalektro). De aldus vastgestelde regeling treedt voor zover nodig in de plaats van de betreffende CAO-bepalingen. De werkgever stelt de betrokken werknemers schriftelijk in kennis van de gesloten overeenkomst, van de bepalingen van deze CAO waarop de afwijking betrekking heeft, van de ingangsdatum, welke na de kennisgeving moet zijn gelegen en van de duur van de overeenkomst.⁷

De Metalektro-cao kent voorts een structuur die afwijkingen mogelijk maakt. De cao bestaat uit een A-lijn en een B-lijn. Van zowel de A- als de B-bepalingen mag worden afgeweken in een nader af te sluiten MetalektroB-cao. Van de A-bepalingen mag slechts worden afgeweken in voor de werknemer gunstige zin. Voor de B-bepalingen geldt dat in de MetalektroB-cao ook mag worden afgeweken in ongunstige zin. De MetalektroB-cao moet worden afgesloten met de vertegenwoordigende organisaties die ook betrokken zijn bij de oorspronkelijke Metalektro-cao. De bepalingen van de MetalektroB-cao treden dan in plaats van de bepalingen van de oorspronkelijke cao. Verder kent de cao mogelijkheden voor de werkgever om in samenspraak met de or af te wijken van bepalingen over arbeidsduur en werktijden.

Baangarantie-cao

In een situatie dat een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert kan in overleg met de bonden worden gezocht naar een oplossing om de lasten voor de onderneming te verlichten, waarbij tegelijkertijd de belangen van de werknemers in acht worden genomen. Een voorbeeld van een dergelijke regeling biedt de cao die door de CNV Bedrijvenbond in 2006 werd gesloten bij het Rodense sanitairbedrijf Villeroy en Boch. De vestiging maakt verlies, ondanks het verplaatsen van een deel van de activiteiten naar Tjechie en het eerder schrappen van 50 banen.

De afspraak houdt in dat de 200 werknemers worden betaald voor 36 uur werk, terwijl ze de komende vijf jaar een werkweek hebben van 38 uur. Hiertegenover staat voor de werknemers dat zij de komende vijf jaar een baangarantie krijgen. Bovendien is bedongen dat indien er toch banen mochten verdwijnen, de betrokken werknemers de te veel gewerkte uren alsnog krijgen uitbetaald.

De Nederlandse vestiging van Villeroy en Boch is dochter van een Duits moederbedrijf. Een constructie als de 'Baangarantie-cao' is in Duitsland al enkele jaren zeer gebruikelijk onder de naam '*Bündnis für Arbeit*'. In hoofd-

stuk 5 komt deze constructie uitgebreid aan de orde. Bekende voorbeelden in Duitsland betreffen de afspraken die werden gemaakt bij Siemens en DaimlerChrysler. Verschil met Nederland is dat de economische situatie in Duitsland stukken minder rooskleurig is en werknemers derhalve eerder bereid zijn tot inleveren als hier behoud van een baan tegenover staat. De CNV Bedrijvenbond gaf desgevraagd aan dat een dergelijke constructie geen trend gaat worden. Eerst moet worden gezien hoe de onderneming omgaat met de gemaakte afspraak. Ook werd gesteld dat een dergelijke constructie weliswaar nieuw is, maar niet vernieuwend. Zo werd bij Fokker een aantal maal afgezien van prijscompensatie, en met Philips is in de jaren negentig een winstdelingsregeling uit de cao verwijderd in ruil voor een werkgelegenheidstoezegging. Sommige cao's bevatten de afspraak dat een loonsverhoging lager uitvalt, maar dat daartegenover staat dat er geen gedwongen ontslagen zullen vallen.¹⁴³

Tussenconclusie

In een aantal meer recente cao's ontstaan dus mogelijkheden voor meer regelingen op maat. Dit kan op verschillende manieren worden vorm gegeven door sociale partners. Zo kan een raam- of mantel-cao worden afgesloten die op het niveau van de onderneming nader invulling kan worden gegeven in samenspraak met de or of pvt. Dit kan al dan niet worden gecombineerd met een meerkeuzesysteem waarbij de individuele werknemer mag kiezen uit verschillende arbeidsvoorwaarden.

De wet beperkt de individuele contractsvrijheid van de werkgever sterk in die zin dat niet in ongunstige zin kan worden afgeweken van de cao. De werknemer daarentegen behoudt zijn een deel van zijn vrijheid indien hij geen lid wordt van een vakbond. Het cao-instrument zelf wordt minder dwingend dan vroeger. Sociale partners benutten de mogelijkheden om het instrument op een flexibele wijze gestalte te geven en te gebruiken.

2.7 Conclusie

In het collectieve arbeidsrecht geldt het primaat van de collectiviteit boven het individu. In dit hoofdstuk werd de vraag aan de orde gesteld welke ruimte het cao-recht (wetgeving en jurisprudentie) biedt aan de individuele contractsvrijheid. Deze vraag werd behandeld aan de hand van de volgende deelvragen. *Wie* zijn er door de cao gebonden? *Voor welke tijd* zijn zij

143. 'Meer uren voor zelfde loon; Bonden bij Villeroy en Boch kiezen voor baangarantie', *Het Financieele Dagblad* 3 augustus 2006, p. 1; 'Onbetaald overwerken wordt geen trend', *Het Financieele Dagblad* 3 augustus 2006, p. 3.

aan de cao gebonden? Voor *welk type arbeidsvoorwaarden* geldt de binding? En tot slot: *hoe dwingend* is de binding aan de cao? Hierna zullen deze vragen nog eens kort worden behandeld en zal voor elk van de vragen worden aangegeven welk thema een belangrijke rol speelt. Deze thema's kwamen als argumenten reeds aan de orde in de conclusie van hoofdstuk 1.

De werknemer: bescherming, contractsvrijheid en solidariteit

Met betrekking tot de werknemer spelen drie thema's een belangrijke rol: bescherming, solidariteit en contractsvrijheid. De beschermingsgedachte ligt ten grondslag aan de normatieve werking van art. 12 Wet CAO. Het gunstigheidsprincipe, dat de basis is van dit wetsartikel, heeft mede ten doel de zwakker geachte werknemer te beschermen. De contractsvrijheid is niet ongelimiteerd, maar vindt zijn grenzen daar waar de werknemer mogelijk in strijd met zijn eigen belangen zou contracteren. Dit geldt vooral voor het vakbondslicid. De mate van individuele contractsvrijheid van de werknemer wordt in de meeste gevallen bepaald door de vraag of de werknemer al dan niet lid is van een vakbond. Ook kwam een aantal specifieke situaties aan de orde zoals de overgang van onderneming en de uitzendrelatie. In deze situaties wordt de individuele contractsvrijheid niet door het vakbondslicidmaatschap beperkt, maar op grond van de wet, of door het contractueel van toepassing verklaren van de cao.

Contractsvrijheid is een thema dat een pregnantere rol speelt bij de ongebonden werknemer. Deze kent in theorie een grotere contractsvrijheid dan het vakbondslicid. De art. 14-werknemer kan ten aanzien van de cao zowel in gunstige als in ongunstige zin contracteren met zijn werkgever. De art. 14-werknemer heeft de vrijheid om 'nee' te zeggen tegen het toepasselijk verklaren van de cao op zijn individuele arbeidsovereenkomst. In de praktijk komt dit niet veel voor, omdat het gebruikelijk is de cao van toepassing te verklaren middels een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst. Daardoor werkt een cao, door welke een werkgever gebonden is, in de praktijk voor alle werknemers die in dienst zijn, ongeacht of zij vakbondslicid zijn of niet. Als gevolg hiervan is het voor veel werknemers ook gemakkelijk om mee te liften op onderhandelingsresultaten die ze kosteloos krijgen aangeboden.

Solidariteit ten slotte is een beginsel dat een rol speelt in de jurisprudentie. Zo bepaalde de Hoge Raad in de zaak *TPG/Bollemeijer*¹⁴⁴ dat ongebonden werknemers toch gebonden kunnen raken aan een afwijking van driekwart dwingend recht in een cao waardoor de betreffende werknemer niet

144. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

rechtstreeks gebonden was. Een rechtvaardiging hiervoor werd geacht te zijn gelegen in het feit dat bij het totstandkomen van de cao vakorganisaties betrokken zijn geweest. Uit het oogpunt van het tegengaan van ongelijke behandeling van gebonden en ongebonden werknemers is dit standpunt begrijpelijk. De individuele contractsvrijheid van een werknemer, die zich (wellicht bewust) afzijdig heeft gehouden van de cao, wordt door deze uitspraak echter wel danig verminderd. Deze uitspraak lijkt niet te passen bij de trend van individualisering op grond waarvan de mondighe werknemer zelf in staat geacht wordt te kunnen beoordelen welke arbeidsvoorwaarden hij graag zou hebben.

De werkgever: flexibiliteit en contractsvrijheid

De flexibiliteit en contractsvrijheid van de werkgever die overblijft indien een cao van toepassing is, zijn beperkt. In veel gevallen zal de werkgever wensen dat hij over wat meer flexibiliteit en contractsvrijheid beschikte. Deze wens ligt ten grondslag aan de meeste van de besproken gevallen in de jurisprudentie.

Geconstateerd werd dat de werkgever die lid is van een werkgeversvereniging gebonden is aan de cao en derhalve valt onder de normatieve en aanvullende werking van de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Op grond van art. 14 Wet CAO is hij verplicht de cao ook toe te passen op de arbeidsovereenkomst met ongeorganiseerde werknemers. Dit geldt direct vanaf het moment dat de werkgever lid wordt van de werkgeversvereniging. Indien de werkgever het lidmaatschap opzegt geldt de cao voort gedurende de looptijd van de cao. Na ommekomst van de geldingsduur van de cao herkrijgt de werkgever zijn individuele contractsvrijheid. Wel is er nawerking van de cao totdat de werkgever een andere regeling is overeengekomen met zijn werknemers.

De cao-volger is de niet-gebonden werkgever die kiest voor het gebruik van de cao. De dwingende werking van de cao is veel minder dan op grond van de rechtstreekse gebondenheid aan de cao het geval zou zijn. Door de incorporatie van de cao-bepalingen transformeren deze cao-bepalingen in individuele contractsbepalingen. Ook bestaat vrijheid om eclectisch te werk te gaan en welgevallige bepalingen te kiezen en overige cao-bepalingen weg te laten uit het contract. Dit alles geldt natuurlijk alleen zolang er geen algemeen verbindend verklaring in de desbetreffende bedrijfstak van kracht is.

Ook de werkgever met een ondernemings-cao heeft betrekkelijk veel contractsvrijheid. In tegenstelling tot de werkgever die valt onder een bedrijfstak-cao, onderhandelt de werkgever met een ondernemings-cao zelf met de vakorganisaties over de inhoud van de cao. Zodra de cao echter in werking is getreden heeft de werkgever geen mogelijkheden om in afwijking

van de cao te contracteren, tenzij dit afwijken voor de werknemer gunstig is.

Op de individuele contractsvrijheid van de uitzendwerkgever wordt inbreuk gemaakt door art. 8 WAADI. Op grond van dit artikel is de inlenende werkgever verplicht ervoor zorg te dragen dat de uitzendwerkgever de bepalingen over uitzendwerk van de inleen-cao naleeft. Dit is een opmerkelijke constructie, daar de uitzendwerkgever niet op basis van het cao-recht gebonden is aan de inleen-cao. Hij is niet verbonden krachtens lidmaatschap of als gevolg van avv. Desondanks moet hij de inleen-cao toepassen.

De werkgever die op- en afroept is feitelijk geen werkgever, maar een opdrachtgever. Op grond van art. 1 lid 2 Wet CAO kan een cao wel van toepassing zijn op de opdracht-relatie. Hoewel het voor opdrachtnemers in toenemende mate mogelijk is zich te organiseren in een vakbond, bevatten de meeste cao's geen bepalingen met betrekking tot zelfstandig werkenden. Naast het feit dat weinig zelfstandigen hieraan behoefte hebben, bestaat het gevaar dat de NMa¹⁴⁵ richtlijnen met betrekking tot vergoedingen verbiedt wegens het vervalsen van de concurrentie. Van grote beperking van de individuele contractsvrijheid van de opdrachtwerkgever is dus geen sprake.

De werkgever gebonden door overgang van onderneming (de verkrijger) is gehouden de cao van de vervreemder toe te passen op de arbeidsovereenkomst met de overgenomen werknemers. Na afloop van de geldingsduur herkrijgt hij zijn contractsvrijheid om in afwijking van de cao te contracteren. Werknemers die niet gebonden zijn (art. 14-werknemers) zijn niet verplicht hiermee akkoord te gaan. Ook gebonden werknemers kunnen eisen dat de 'oude' cao van toepassing blijft. Zij kunnen zich hierbij beroepen op de nawerking van de cao, op grond waarvan de individuele arbeidsovereenkomst is gemodelleerd door de bepalingen van de cao.

Al met al kan worden gesteld dat de individuele contractsvrijheid van de werkgever die zich heeft aangesloten bij een werkgeversvereniging beperkt is. Om iets van zijn vrijheid te behouden, kan de werkgever besluiten zich niet aan te sluiten bij een werkgeversvereniging. Gekozen kan dan worden voor het afsluiten van een ondernemings-cao. Dispensatie van avv wordt in geval van een ondernemings-cao veelal verkregen. Wel blijft de mogelijkheid bestaan dat men gebonden wordt aan een andere cao als gevolg van een overgang van onderneming. Dit geldt ook voor de werkgever die een cao volgt. Afwijken van de cao ten gunste van de werknemer is meestal mogelijk tenzij het een standaard-cao betreft, wat niet vaak voorkomt.

De werkgever beschikt over minder vrijheid dan de meeste werknemers. Hij mag – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de art. 14-werknemer – nooit afwijken in ongunstige zin. Dit verschil in beperking van vrijheid is een keuze

145. NMa= Nederlandse Mededingingsautoriteit.

die door de wetgever is gemaakt. De contractsvrijheid van de werkgever is beperkt omwille van de bescherming van de werknemer. Daarbij is het opvallend dat juist het vakbondslid het meest in zijn contractsvrijheid is beperkt. Een ongebonden werknemer kan nog in voor hem ongunstige zin contracteren met een ongebonden werkgever (als er geen avv van kracht is). De gebonden werknemer kan dit niet indien hij bij een gebonden werkgever in dienst treedt. Hij heeft niet de vrijheid die art. 14-werknemers hebben. Deze laatste 'vrijheid' past niet in de beschermingsgedachte, omdat die vrijheid weliswaar contractsvrijheid inhoudt, maar de werknemer niet in een gunstiger positie brengt.

Voor welke tijd; rechtszekerheid en contractsvrijheid

De vraag voor welke tijd de cao de individuele contractsvrijheid kan beperken kent twee aspecten. Enerzijds is uit oogpunt van rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer van belang dat er een aaneengesloten arbeidsvoorwaardenregime is. Anderzijds kan de werkgever door terugwerkende kracht in zijn contractsvrijheid worden beperkt. In de meeste gevallen is het voor werknemer en werkgever wel mogelijk af te wijken van de cao in voor de werknemer gunstige zin. Nawerking zorgt voor meer rechtszekerheid ten aanzien van het heersende regime. De contractsvrijheid wordt door de nawerking in die zin beperkt, dat het voor partijen slechts mogelijk is om in afwijkende zin te contracteren indien beide partijen hier-toe bereid zijn.

Terugwerkende kracht is vaak nodig om een aaneengesloten arbeidsvoorwaardenregime te garanderen. Indien terugwerkende kracht niet mogelijk zou zijn, dan zou in elke cao-loze periode van de cao kunnen worden afgeweken op een manier die voor de werknemer niet alleen ongunstig is, maar die ook in strijd is met de eisen van rechtszekerheid. Om die reden lijkt de staande jurisprudentie mij in overeenstemming met het doel van de Wet op de CAO; geen concurrentie van arbeidsvoorwaarden en bescherming van de werknemer door het scheppen van een aaneengesloten collectief arbeidsvoorwaardenregime waardoor aan de eisen van rechtszekerheid wordt voldaan

Nawerking houdt in dat door het verstrijken van de geldingsduur van de cao de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomsten die door die inhoud van de cao werden genormeerd, niet wijzigt. Nawerking duurt voort totdat een andere individuele of collectieve arbeidsovereenkomst wijziging brengt in de individuele arbeidsovereenkomst, of totdat tengevolge van avv wijziging optreedt in (delen van) de cao. Ook de nietigheidssanctie komt deze nawerking toe. Nawerking wordt – voor horizontale bepalingen – algemeen aangenomen.

De nawerking vormt een – zij het beperkte – inbreuk op de contractsvrijheid. Individuele werkgevers en werknemers zijn ook na afloop van de cao gebonden aan de regeling. Wel beschikken zij – in gezamenlijkheid – over individuele contractsvrijheid om in geheel andere zin te contracteren. Daarbij komt dat de nawerking van de cao dient ter bescherming van de positie van de werknemer. Hiermee wordt voorkomen dat de werknemer in een arbeidsvoorwaardelijk gat valt indien de cao afloopt. Immers dikwijls is de nieuwe cao nog niet gereed als de oude is geëxpireerd. Indien individuele partijen niets overeenkomen, verandert er niets in de oude situatie totdat de nieuwe cao in werking is getreden.

Voor welk type arbeidsvoorwaarden; bescherming

Bescherming is een argument dat ten grondslag ligt aan de wet en jurisprudentie over typen arbeidsvoorwaarden. Bescherming speelt een belangrijke rol bij de normatieve dwingende werking. Met betrekking tot de verschillende typen arbeidsvoorwaarden kan worden geconcludeerd dat de nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO streng wordt gehanteerd in alle rechterlijke uitspraken. Dit geldt ook voor die gevallen, waarin een voor de werknemer gunstige afwijking een ongunstige afwijking zou kunnen compenseren, waardoor het geheel voor de werknemer niet ongunstig zou zijn.

Er is weinig onderscheid tussen verschillende typen arbeidsvoorwaarden zoals loon, arbeidstijden en reiskosten- regeling. Er wordt geen ruimte gelaten aan de individuele werknemer en werkgever om op punten af te wijken van de cao. Ook een aanvankelijk instemmen met een afwijkende regeling door de werknemer, kan niet tegen die werknemer worden gebruikt. Wanneer de werknemer alsnog blijkt niet in te stemmen met de van de cao afwijkende regeling, slaagt een beroep van de werkgever op redelijkheid en billijkheid niet.

De Wet CAO, de normatieve werking en het gunstighedsprincipe worden zeer strikt uitgelegd en toegepast. Dit heeft te maken met de strikte formulering van de wet en de traditie van bescherming van de werknemer. Het is interessant om te zien of zich met de flexibilisering van de cao als instrument een lossere uitleg in de rechtspraak zal ontwikkelen. Mijn verwachting is dat dit niet snel het geval zal zijn. Hoewel het instrument van de cao op diverse wijzen wordt geflexibiliseerd, zal de wetgeving en jurisprudentie over de cao vermoedelijk net zo strikt blijven. De rechtspraak volgt op dat punt de lijn de regie van de arbeidsvoorwaarden bij de sociale partners te laten. Deze bepalen ('koken voor') wat op ondernemings- of individueel niveau uitruilbaar of onderhandelbaar is. De wetgeving blijft strikt, juist om deze gereguleerde flexibilisering te faciliteren. Indien de wetgeving ook zou worden versoepeld, dan zou de regie al snel verdwijnen uit de handen van

sociale partners, wat kan leiden tot ontregeling en ‘ontpoldering’, iets dat tot nu toe niet algemeen als gewenst wordt beschouwd.

Hoe dwingend; bescherming, differentiatie en flexibilisering

Bescherming van de werknemer is één van de pijlers van de Wet CAO. Gebleken is dat de Wet CAO de werkgever beperkingen in zijn contractsvrijheid oplegt. Dat wil zeggen: de mogelijkheden om in het nadeel van de werknemer af te wijken van de CAO zijn zeer beperkt. Dit is alleen mogelijk indien de werkgever zich niet aansluit bij een werkgeversvereniging en indien er ook geen avv van kracht is. De ongebonden werknemer daarentegen geniet relatief meer individuele contractsvrijheid dan het vakbonds lid. Hij kan niet in zijn nadeel contracteren met een gebonden werkgever. Dat deze beperking meestal in zijn voordeel is, behoeft geen toelichting.

De wet legt dus bewust beperkingen op. Toch is er behoefte aan flexibilisering van de arbeidsvoorwaarden. Dit heeft te maken met de wisselende situaties in het leven van werknemers en de wisselende omstandigheden binnen de onderneming, door eisen van het productieproces en (internationale) concurrentie. Differentiatie is daarom iets waaraan sterke behoefte kan bestaan. Dit gebeurt niet op het niveau van de wet, maar op het niveau van de actoren. De vormgeving van het instrument van de CAO blijkt in de praktijk door sociale partners gebruikt te worden om flexibilisering mogelijk te maken. Om die reden worden in toenemende mate ondernemings-CAO's afgesloten. Ook zijn er raamwerk- of mantelovereenkomsten afgesloten, die veel ruimte laten aan nadere invulling op het niveau van de onderneming. Een voorbeeld is de Grafimedia-CAO waar de arbeidstijden op jaarbasis zijn vastgelegd. Er is daardoor een soort bandbreedte waarbinnen kan worden gelaveerd, wat flexibele inzet van werknemers mogelijk maakt. Ook in Duitsland wordt in de chemie-sector geëxperimenteerd met een dergelijk model, waar men werkt met een zogenaamde ‘Arbeitszeitkorridore’. Hierover meer in hoofdstuk 5. Daarnaast is er in Nederland de zogeheten CAO à la carte of cafeteria-CAO. Dit type CAO heeft een belangrijke plaats in het bestel veroverd en voorziet in een deel van de behoefte aan individualisering en decentralisering.

De flexibiliseringsbehoefte wordt door het gebruik van het instrument waarschijnlijk niet volledig bevredigd. Zo is het in de meeste gevallen onmogelijk om ten nadele van de werknemer af te wijken. Aan de behoefte van sommige ondernemers om arbeidsvoorwaarden aan te kunnen passen aan gewijzigde omstandigheden kan echter tegemoet worden gekomen door een ander gebruik van het instrument. De rechtspraak blijft tot nu toe strikt, wat voor ondernemers nadelig kan zijn. De voordelen van de CAO (ordening, rust, zie hoofdstuk 1), wegen hier voor veel werkgevers echter tegenop.

Slot

Het cao-recht biedt weinig ruimte aan de individuele contractsvrijheid. Uit het voorgaande blijkt dat het wettelijk systeem van cao-recht strikt is. Het cao-recht zelf biedt weinig mogelijkheden tot afwijking als er eenmaal een cao van kracht is. Ook uit de toepassing van het cao-recht in de jurisprudentie blijkt dat het systeem op strikte wijze wordt toegepast. Waar in de praktijk wordt getracht de grenzen van het systeem op te rekken, valt op dat hierin in de rechtspraak niet wordt meegegaan. De rechtspraak beperkt zich tot het toepassen van de wet en laat eventuele aanpassingen over aan de wetgever.

Weliswaar biedt het wettelijk systeem op zich weinig mogelijkheden voor individuele of decentrale oplossingen, het gebruik van het cao-instrument in de praktijk daarentegen kan hier wél in voorzien. De flexibiliteit voor zowel werkgever als werknemer wordt gevonden in een andere vormgeving van de cao. Dit kan op verschillende manieren, zoals de cao à la carte, het raammodel, de kader-cao, een schillensysteem of een bandbreedte waarbinnen arbeidsuren flexibel kunnen worden ingezet. Een modern gebruik van de cao zorgt ervoor dat het instrument geen belemmering vormt voor werkgevers maar kan bijdragen aan flexibele en gedifferentieerde oplossingen, waarbij de bescherming en rechtszekerheid van de werknemer niet uit het oog worden verloren. De Wet cao (met slechts 27 artikelen) geeft de basis voor de arbeidsverhoudingen en regelt slechts enkele grondbeginselen. De regeling is zo beknopt dat deze daarnaast ruimte biedt voor het in de praktijk ontwikkelen van het instrument door sociale partners. Door niet teveel te regelen los van de essentialia schept de wet de vrijheid om regelingen te treffen die passen bij de behoeften van de tijd, zo blijkt uit jurisprudentie en literatuur.

3 AVV EN INDIVIDUELE CONTRACTSVRIJHEID

3.1 Inleiding

Algemeen verbindend verklaring (hierna: avv) van (bepalingen van) collectieve arbeidsovereenkomsten is van grote invloed op de individuele contractsvrijheid van werkgevers en werknemers. Om die reden staat avv met regelmaat in de belangstelling. Hoewel het merendeel (ruim 80%) van de werkgevers avv een warm hart toedraagt, wegens de rust en de ordening die het instrument met zich meebrengt,¹ zijn er ook werkgevers die absoluut niet willen worden gebonden door de bedrijfstak-cao. Reden hiervoor kan zijn dat zij de beloning te hoog achten of niet willen bijdragen aan kostbare pensioenregelingen. Ook kan de werkgever een eigen ondernemings-cao hebben afgesloten. Regelmatig komt voor dat de werkingssfeer van de cao niet goed is afgebakend, waardoor branches onder avv vallen, terwijl zij menen tot een andere bedrijfstak te behoren. In dergelijke gevallen kan getracht worden dispensatie te verkrijgen bij de cao-partijen. Veel cao's kennen een eigen dispensatieprocedure. Indien geen dispensatie van cao-partijen wordt verkregen is het mogelijk dispensatie te verzoeken bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Dit kan alleen gedurende de termijn van tervisielegging van het verzoek om avv.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de verhouding tussen individuele contractsvrijheid en de algemeen verbindendverklaring van cao's. Er wordt na de inleiding (3.1) achtereenvolgens aandacht besteed aan de vragen: wie worden er gebonden door avv (3.2), de werkingsduur (3.3), welk type bepaling voor avv in aanmerking komt (3.4) en hoe dwingend de binding door de avv is (3.5). Hierna volgt een conclusie (3.6).

3.1.1 *Systeem avv*

De avv is een belangrijk ordeningsinstrument voor het Nederlandse systeem van arbeidsverhoudingen en arbeidsvoorwaardenvorming. Krachtens de Wet avv kunnen cao-partijen zich na afloop van de cao-onderhandelingen tot de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wenden met het verzoek om bepalingen van hun cao algemeen verbindend te verklaren. Een dergelijk verzoek wordt gepubliceerd in de Staatscourant en op grond van

1. M.H.D.A.G van Heijnen, C. van Rij, *Ervaringen van werkgevers met de cao en avv*, szw Werkdocument 307, Den Haag: 2003, p. 35.

art. 4 tot en met art. 7 Wet avv kan eenieder binnen drie weken bedenkingen inbrengen. Dit is het moment dat om dispensatie van avv kan worden verzocht. Over elk verzoek tot avv wordt door de minister advies gevraagd aan de Stichting van de Arbeid. Na het advies verkregen te hebben, wordt door de minister een besluit genomen.

Alvorens de minister besluit over te gaan tot avv moet worden beoordeeld of de betreffende cao-bepalingen al gelden ‘voor een – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf² werkzame personen’. Bij het berekenen van deze belangrijke meerderheid tellen ook de ongeorganiseerde werknemers mee die in dienst zijn bij gebonden werkgevers; de zogenaamde art. 14-werknemers. De precieze criteria voor avv staan in het Toetsingskader avv, dat later in dit hoofdstuk uitgebreid aan de orde zal komen.

Als de cao eenmaal algemeen verbindend is verklaard voor een bepaalde bedrijfstak, geldt op grond van art. 3 Wet avv leden 1 en 3 eenzelfde normatieve en aanvullende werking als op grond van art. 12 en 13 Wet cao. Art. 3 lid 1 Wet avv stelt dat ieder beding tussen werkgever en werknemer dat strijdt met de verbindend verklaarde bepaling nietig is. In plaats van de nietige bepalingen gelden de verbindend verklaarde bepalingen. Art. 3 lid 3 Wet avv stelt dat de verbindend verklaarde bepalingen gelden indien in de individuele arbeidsovereenkomst niet is voorzien in regelingen die wel in de verbindend verklaarde cao staan. Deze normatieve en aanvullende werking geldt voor alle werknemers en werkgevers in de sector, ongeacht of zij lid zijn van een cao-sluitende organisatie.

Art. 2a Wet avv is een bepaling die vergelijkbaar is met art. 14a Wet cao. In het geval van overgang van onderneming gaan de verplichtingen die de vervreemder had op grond van een verbindend verklaarde cao over op de verkrijger. De verkrijger is dus ook verplicht de avv-bepalingen toe te passen op de werknemers die hij overneemt. Deze verplichting eindigt indien de avv eindigt, of indien er na de overgang van onderneming een nieuwe cao tot stand komt of een nieuwe avv wordt uitgesproken door de minister.

Avv heeft normatieve werking. Op individuele basis kan niet van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen worden afgeweken. Een mogelijkheid om onder de dwingende werking uit te komen is het verzoeken van dispensatie. Sommige cao's kennen een eigen dispensatie-bepaling. Om dispensatie kan dan worden verzocht bij sociale partners. Ook is het mogelijk om binnen een periode van drie weken na tervisielegging van het verzoek om avv een bedenking hiertegen in te dienen bij het ministerie van szw. Belanghebbenden kunnen dit doen en kunnen dispensatie verkrij-

2. Lees: ‘bedrijfstak’.

gen indien de bedenkingen betrekking hebben op een eigen rechtsgeldige ondernemings-cao of subsector-cao. De bevoegdheid van de minister om uitzonderingen te maken vloeit voort uit art. 2 lid 1 Wet avv. Beleidscriteria voor het al dan niet toekennen van dispensatie zijn neergelegd in het Toetsingskader avv.

Avv heeft geen terugwerkende kracht. Dit is bepaald in art. 2 lid 3 Wet avv en volgt uit de eis van rechtszekerheid. Ook kent avv geen nawerking, zoals bij de niet verbindend verklaarde cao wel het geval is. In de jurisprudentie is nawerking van avv tot nu toe niet aangenomen. Wel is er een leer ontwikkeld in de jurisprudentie³ op grond waarvan werknemers aanspraak kunnen maken op tijdens de avv 'verkregen rechten', bijvoorbeeld in het geval dat aanspraak op een uitkering bij ziekte was gebaseerd op een avv-cao. Het recht dat is verkregen in het tijdvak van avv wordt niet aangetast door het aflopen van de avv.

Uit de redactie van art. 2 lid 1 Wet avv volgt dat slechts normatieve en diagonale bepalingen voor avv in aanmerking komen. Dit zijn respectievelijk de bepalingen die gelden tussen individuele werknemers en werkgevers en de verplichtingen die individuele werknemers en werkgevers hebben tegenover de cao-partijen. De obligatoire bepalingen komen niet voor avv in aanmerking. Deze bepalingen houden rechten en plichten in voor cao-partijen onderling. Ook sluit art. 2 lid 5 Wet avv een aantal bepalingen uit van avv zoals cao-bepalingen die ten doel hebben de beslissing van de rechter over een twistgeding uit te sluiten of die beogen dwang uit te oefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een werknemers- of werkgeversorganisatie aan te sluiten.

Avv is een daad van materiële wetgeving en kan niet door een individuele overeenkomst opzij worden gezet. Het instrument grijpt diep in in de individuele arbeidsovereenkomst, omdat het niet mogelijk is om afwijkend te contracteren. De contractsvrijheid wordt vergaand beperkt, want ook werkgevers en werknemers die ervoor kiezen zich afzijdig te houden van cao-partijen worden door het avv-besluit gedwongen de cao in de arbeidsrelatie toe te passen.

3.1.2 *Cijfers avv*

In Nederland wordt zo'n 70% van de reguliere bedrijfstak-cao's algemeen verbindend verklaard.⁴ In onderstaande tabel wordt voor de reguliere bedrijfstak-cao's het aantal werknemers uitgesplitst naar het aantal werkne-

3. HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154.

4. M.F.P. Rojer, *De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's*, SZW-werkdocument no. 271, Den Haag: MinSZW 2002, p. 10.

mers dat direct onder de werking van een cao valt (inclusief de art. 14-werknemers) én het aantal werknemers dat als gevolg van het algemeen verbindend verklaren onder de werking van de cao valt. Ruim 4,6 mln. werknemers vallen rechtstreeks onder de werking van een bedrijfstak-cao en bijna 0,7 mln. werknemers worden extra gebonden door het algemeen verbindend verklaren van deze cao's.⁵

Tabel 3.1: Overzicht van werknemers onder CAO en AVV voor de reguliere bedrijfstak-cao's uitgesplitst naar economische sector

Werknemers	Aantal	CAO	AVV	Totaal
Landbouw	10	131.000	75.500	206.000
Industrie	48	841.500	85.500	926.500
Bouwnijverheid	12	511.500	116.500	627.500
Handel en Horeca	40	980.000	278.500	1.258.500
Vervoer en communicatie	11	313.500	42.500	356.000
Zakelijke dienstverlening	15	563.000	23.000	85.500
Overige dienstverlening	38	1.305.000	41.500	1.346.500
Totaal	174	4.644.500	41.500	5.307.000

Bron: voorjaarsrapportage CAO-afspraken 2005, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken 2005, Bijlage 6.

3.1.3 *Probleemstelling*

Uit het voorgaande blijkt dat avv diep ingrijpt in de individuele arbeids-overeenkomst. Zonder dat partijen zich daartoe middels lidmaatschap hebben verplicht werkt de cao dwingend door. Afwijken is niet toegestaan en nietigheid van de afwijkende bepaling is de sanctie. Hoe verhoudt zich dit tot de negatieve contractsvrijheid?

Door avv van de bedrijfstak-cao wordt concurrentie op arbeidsvoorwaarden voorkomen. Ook buitenlandse werknemers die in Nederland gedetacheerd worden vallen onder de werking van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Staat dit niet in schril contrast met pogingen om te komen tot geïndividualiseerde of gedecentraliseerde arbeidsverhoudingen? Zijn er mogelijkheden voor ondernemers om toch te kiezen voor mogelijkheden die meer passen bij het eigen bedrijf dan het geval is bij een uniforme bedrijfstak-cao? Zijn er mogelijkheden voor werkgevers om onder de avv uit te komen op het moment dat het wat slechter gaat met de bedrijfsresultaten? Is afwijken ten gunste van de werknemer wel toegestaan?

5. Voorjaarsrapportage CAO-afspraken 2005, Den Haag: MinSZW 2005, p. 70.

Dit soort vragen zal in het navolgende worden onderzocht. Hoofdvraag is hoeveel ruimte er overblijft voor individuele contractsvrijheid indien een avv-cao van kracht is. Achtereenvolgens zullen aan de orde komen de gebondenheid van verschillende typen werknemers en werkgevers. Hierna wordt aandacht besteed aan de vraag voor welke duur de gebondenheid geldt. Hierbij komen terugwerkende kracht en nawerking aan de orde. Daarna komt aan bod voor welk type arbeidsvoorwaarden de avv geldt. Besproken worden het Toetsingskader avv, decentralisatiebepalingen en fonds-cao's. Ook komen de mogelijkheden van uitzondering en dispensatie ter sprake. Tot slot wordt de vraag beantwoord hoe dwingend de avv nu eigenlijk is.

3.2 De werknemer en avv

Welke ruimte biedt avv aan de individuele contractsvrijheid van de individuele werknemer? Vooropgesteld dient te worden dat de werking van de Wet avv aansluit bij de werkgever. In hoofdstuk 2 bleek dat de werking van de cao voornamelijk aansluit bij de werknemer. Verder wordt in de Wet avv niet gedifferentieerd naar type werknemer zoals in de Wet cao het geval is. Om die reden zal bij de bespreking van de werkgever en de werknemer ook minder worden gedifferentieerd dan in het voorgaande hoofdstuk. Achtereenvolgens zal aandacht worden besteed aan het vakbonds lid, het niet-lid in dienst van ongebonden werkgever, de art. 14-werknemer, het oud-lid, de werknemer na overgang van onderneming, de af- en oproep-werknemer, de uitzendkracht en de freelancer (opdrachtnemer).

Het vakbonds lid

Welke invloed avv heeft voor het vakbonds lid is afhankelijk van de vraag of hij in dienst is van een ongebonden dan wel een gebonden werkgever. De eerste situatie betreft het vakbonds lid in dienst van de ongebonden werkgever. Deze werkgever heeft contractsvrijheid ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden die hij hanteert in de arbeidsovereenkomst met zijn werknemers. Ook is het mogelijk om uiteenlopende regelingen te incorporeren in de arbeidsovereenkomst. Hierbij kan worden gedacht aan bedrijfseigen regelingen zoals personeelsgidsen of arbeidsvoorwaardenconvenanten. Ook is het mogelijk een cao te incorporeren. Dit gebruik van de cao vloeit niet voort uit een verplichting jegens sociale partners, maar volgt uit de behoefte om op eenvoudige wijze een arbeidsvoorwaardenpakket toe te passen. Dit type werkgever werd besproken in par. 2.3.5 (De cao-volger).

Het vakbonds lidmaatschap heeft voor het vakbonds lid in dienst van de ongebonden werkgever niet tot gevolg dat de cao van toepassing wordt op zijn individuele arbeidsovereenkomst. Voor de normatieve werking van de

cao is vereist dat zowel werkgever als werknemer gebonden zijn aan de cao. De werking van avv bestaat erin tóch gebondenheid aan de cao te bewerkstelligen indien de werkgever ongebonden is. Voor de normatieve bepalingen van de cao ontstaat als gevolg van avv normatieve werking op grond van art. 3 Wet avv. Dit resulteert erin dat de cao-bepalingen die tussen werkgever en werknemer gelden rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst.

De tweede situatie betreft het vakbondslid in dienst bij een gebonden werkgever. Beide partijen zijn in deze situatie gebonden in de zin van art. 9 Wet CAO en de cao is derhalve van toepassing op de arbeidsovereenkomst op grond van art. 12 Wet CAO. Op het moment dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid overgaat tot het algemeen verbindend verklaren van een cao, verandert er aan die gebondenheid niets. Wel wordt een extra gebondenheid toegevoegd. Voor het vakbondslid in dienst van een gebonden werkgever ontstaat als gevolg van avv een dubbele binding.⁶

Dubbele binding aan dezelfde cao kan nadelig zijn indien de avv op onderdelen afwijkt van de oorspronkelijke cao-tekst waaraan partijen gebonden waren door hun lidmaatschap van één van de cao-sluitende partijen. Op grond van te behandelen jurisprudentie verdringt de avv de oude cao waaraan het vakbondslid reeds gebonden was op grond van zijn vakbondslidmaatschap. De avv maakt dan inbreuk op de individuele contractsvrijheid van het vakbondslid, omdat hierdoor zijn bewust gemaakte keuze opzij wordt gezet.

In de zaak *Sturko/Groen*⁷ was de werknemer in een lager functieniveau ingedeeld op grond van onbekwaamheid. De werkgever verwees hierbij naar de tekst van de cao waaraan werkgever en werknemer gebonden waren op grond van hun lidmaatschap bij de cao-sluitende partijen. De kantonrechter oordeelde in eerste instantie dat werkgeefster niet de bevoegdheid had tot een lagere indeling, omdat de algemeen verbindend verklaarde versie van de cao een artikel bevat dat derogeert aan de door de cao-partijen geredigeerde versie.

De rechtbank ging er in hoger beroep van uit dat de algemeen verbindend verklaarde versie van de cao bewust afweek van de oorspronkelijke cao. Daarbij is de rechtbank van oordeel dat het Toetsingskader avv het niet onmogelijk maakt behalve een geheel artikel, eventueel ook een gedeelte van een artikel algemeen verbindend te verklaren. Door de werking van de artikelen 2 lid 1 en 3 lid 1 van de Wet avv is de betreffende van de arbeidsovereenkomst deel uitmakende cao-bepaling nietig geworden door

6. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, 60, art. 2.

7. Rechtbank Leeuwarden, 18 oktober 2000, *JAR* 2000/245.

de inwerkingtreding van de avv-versie van dat artikel. Tevens is de avv-versie van het artikel ervoor in de plaats getreden.

Volgens de rechtbank zijn de avv-bepalingen op grond van art. 2 Wet avv verbindend voor alle werkgevers en werknemers die onder de cao vallen of zouden vallen en niet alleen voor de niet-gebonden werkgever en werknemer. Ook uit de Memorie van Toelichting volgt volgens de rechtbank dat de letterlijke interpretatie van artikel 2 lid 1 Wet avv de juiste is, zodat de avv niet alleen geldt voor hen, die niet door de cao gebonden zijn, maar ook voor hen die dat wel zijn.⁸

Artikel 3 Wet avv bepaalt dat met de algemeen verbindend verklaarde cao strijdige bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst voor wat betreft hun rechtswerking geschorst worden totdat de avv is geëindigd. Eén en ander brengt mee dat de oorspronkelijke cao-bepaling inzake de indeling in een lager functieniveau, zoals die gold voor de algemeenverbindendverklaring van de cao, nietig is geworden met ingang van de datum van de avv, zodat werkgeefster niet de bevoegdheid toekwam werknemer op een lager niveau in te zetten.

De avv-versie gaat volgens het oordeel van de rechtbank dus voor op de oorspronkelijke versie van de cao. In deze situatie wordt de contractsvrijheid van het vakbondslid dus beperkt. Hij kan zich zeer bewust hebben aangesloten bij een bepaalde vakbond die een cao afsluit, maar uiteindelijk wordt de normatieve werking van art. 12 Wet cao overstegen door de werking van de Wet avv. De bepalingen in de arbeidsovereenkomst die strijdig zijn met de avv-cao zijn nietig. De bedoeling van avv is niet zozeer bescherming van de werknemer, maar uniformering van arbeidsvoorwaarden door een overheidsbesluit zodat concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt uitgesloten. Omdat niet alle bepalingen van een cao algemeen verbindend verklaard hoeven te worden kan dit nadelig zijn voor het vakbondslid, indien hij hierdoor arbeidsvoorwaarden misloopt die wel deel uitmaakten van zijn individuele arbeidsovereenkomst zoals eerder gemodelleerd door de cao.

Door avv kan voor het vakbondslid ook een dubbele binding aan twee *verschillende* cao's ontstaan. Dit probleem doet zich voor indien de werkingssferen van twee cao's elkaar overlappen. De werkingssfeer is niet in alle gevallen goed afgebakend door sociale partners. Hierdoor kan de arbeidsovereenkomst van een gebonden werknemer die op grond van zijn lidmaatschap wordt gemodelleerd door een bepaalde cao, een andere inhoud krijgen doordat een cao die óók op hem van toepassing is, algemeen verbindend wordt verklaard. Zo kan spanning ontstaan tussen een bewust vakbondslidmaatschap en de avv. Immers, de gebonden werknemer heeft

8. M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 14 op art. 2 Wet avv.

zijn contractsvrijheid opgegeven door lid te worden van een vakorganisatie. Tegelijkertijd doorkruist de avv deze (bewuste) binding door een cao van toepassing te verklaren op alle arbeidsovereenkomsten, ongeacht de gebondenheid van werknemers aan de betreffende cao. Het zou kunnen dat de bepalingen van de algemeen verbindend verklaarde cao minder gunstig zijn dan de bepalingen van de cao die was afgesloten door de vakorganisatie waarbij het vakbondslicid is aangesloten.

Het niet-lid in dienst van ongebonden werkgever

Een werknemer die geen vakbondslicid is en in dienst is van een ongebonden werkgever wordt door avv beperkt in zijn contractsvrijheid. Door avv wordt het niet-lid alsnog gebonden aan een collectieve regeling. Dit is de voornaamste gedachte achter avv: het binden van alle bedrijfsgenoten aan de cao door welke de meerderheid van de werkzame personen in de bedrijfstak is gebonden. De minister kan tot avv overgaan op het moment dat een meerderheid van de werknemers in een bedrijfstak valt onder de werking van de cao.

De ruimte van de werknemer die zich – wellicht bewust – niet heeft aangesloten bij een vakbond wordt beperkt, doordat hij door avv toch gebonden is aan een cao. Dit betekent een aanzienlijke inbreuk op zijn contractsvrijheid. De rechtsgevolgen van art. 2 Wet avv voor de individuele arbeidsovereenkomst staan in art. 3 Wet avv. Dit artikel is op identieke wijze geredigeerd als de bepaling over normatieve werking van art. 12 Wet CAO. Het stelt dat elk beding tussen werkgever en werknemer dat strijdig is met verbindend verklaarde bepalingen, nietig is. In de plaats van dit beding gelden de algemeen verbindend verklaarde bepalingen. In het derde lid van art. 3 Wet avv is de aanvullende werking geregeld, die vergelijkbaar is met art. 13 Wet CAO.

De overeenkomst met de Wet CAO is duidelijk. Het grote verschil – dat de avv zo'n opmerkelijke rechtsfiguur maakt – is het feit dat de werking van art. 12 en 13 Wet CAO geldt voor vakbondsleden en dat art. 3 Wet avv ook geldt voor niet-vakbondsleden. De vakbondsleden riskeren door hun lidmaatschap de niet te verwaarlozen kans dat hun individuele arbeidsovereenkomst wordt gemodelleerd door de cao. De niet-vakbondsleden echter willen misschien wel vrij zijn om overeen te komen wat zij maar willen. Hun contractsvrijheid wordt door de avv echter geheel *overruled*. De contractsvrijheid wordt opgegeven voor 'hogere doelen' zoals arbeidsrust en het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden.

De werking van avv resulteert erin dat personen die zich nergens aan hebben gecommitteerd door een besluit van de minister gebonden worden aan een regeling 'waar zij niet om gevraagd hebben'. Dit gegeven is gedurende het bestaan van de Wet avv een terugkerend onderwerp van

discussie, zowel in de politiek als in de literatuur. Voor een overzicht van de discussie ten tijde van het ontstaan van de Wet avv verwijst ik naar hoofdstuk 1.

Het niet-lid in dienst van gebonden werkgever

De ongebonden werknemer die op grond van art. 14 Wet CAO door zijn gebonden werkgever aangeboden krijgt de bepalingen van de CAO van toepassing te verklaren op de arbeidsovereenkomst beschikt nog over een zekere contractsvrijheid. De werknemer is immers niet verplicht dit aanbod te aanvaarden. In het geval dat de werknemer het aanbod weigert, kan hij met de werkgever eigen en van de CAO afwijkende individuele afspraken maken met betrekking tot zijn arbeidsovereenkomst.

Een percentage van 38% van de werknemers (art. 14-werknemers) valt met regelmaat onder de werking van de avv. Wanneer nu de in de bedrijfstak vigerende CAO algemeen verbindend wordt verklaard, is deze contractsvrijheid verdwenen. Door algemeenverbindendverklaring immers worden de bepalingen van de CAO van toepassing verklaard op alle personen in de bedrijfstak ongeacht hun binding aan een vakorganisatie. Naast de gebondenheid die voortvloeit uit art. 14, ontstaat gebondenheid als gevolg van avv.

Bij avv speelt net als bij art. 14 het beginsel van gelijke behandeling een belangrijke rol. Het doel is onderbieding te voorkomen. Dit wordt niet anders indien de avv in werking treedt. Mochten de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomst afwijken van de avv-cao, dan zijn zij nietig. In de meeste CAO's is het wel toegelaten om in voor de werknemer gunstige zin te contracteren; de meeste CAO's zijn immers minimum-cao's.

Het oud-lid

De werknemer die lid was van een vakorganisatie maar zijn lidmaatschap heeft opgezegd blijft tot het einde van de looptijd van de CAO gebonden aan deze CAO. Dit geldt voor de situatie dat hij in dienst was van een gebonden werkgever. Bij het einde van de CAO eindigt zijn gebondenheid en is hij vrij om op individuele basis van de CAO afwijkende afspraken te maken. Er is weliswaar sprake van nawerking van CAO-bepalingen, maar de werknemer heeft wel weer de individuele contractsvrijheid om van de CAO afwijkende afspraken te maken. Indien er echter sprake is van een CAO die algemeen verbindend is verklaard, dan is zijn contractsvrijheid weer verdwenen. De avv-cao geldt voor alle werkzame personen in de betreffende sector vanaf het moment van algemeenverbindendverklaring.

Indien het oud-vakbondslicid niet in dienst was van een gebonden werkgever, is er nooit sprake geweest van gebondenheid aan een CAO. Het doet

dan niet terzake of het lidmaatschap nog bestaat of niet. Door de avv raken zowel werkgever als werknemer gebonden aan de cao.

De werknemer na overgang van onderneming

De positie van een werknemer na overgang van onderneming is geregeld in art. 2a Wet avv. Op grond van dit artikel gaan de rechten en plichten voortvloeiend uit cao-bepalingen die op het tijdstip van de overgang bestonden ten aanzien van werknemers van de vervreemdende gebonden werkgever van rechtswege over op de verkrijgende werkgever. Deze verplichtingen voor de verkrijger eindigen op het moment dat hij gebonden wordt aan een na de overgang gesloten cao of verplicht wordt tot naleving van een cao op grond van een besluit tot algemeenverbindendverklaring. Ook dan wordt de contractsvrijheid van de werknemer gereduceerd tot nul. Op grond van het tweede lid van art. 2a Wet avv eindigen de rechten en verplichtingen zodra de werking van de verbindendverklaring eindigt.⁹

In deze situatie kan zich het probleem voordoen van verschillende cao's die gelden bij de bedrijven van de vervreemder en de verkrijger. Beltzer¹⁰ onderscheidt vier verschillende scenario's.

- a. De vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde avv-cao
- b. De vervreemder is gebonden aan de avv-cao I, de verkrijger is gebonden aan de avv-cao II
- c. De vervreemder is aan een avv-cao gebonden, de verkrijger is aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao gebonden, dan wel helemaal niet aan een cao gebonden.
- d. De vervreemder is aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao gebonden dan wel helemaal niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan een avv-cao gebonden.

Scenario A

Indien zowel de verkrijger als de vervreemder zijn gebonden aan dezelfde avv-cao bestaan er geen problemen. Door de overgang gaan de arbeidsvoorwaarden die bij de vervreemder golden over naar de verkrijger. Op grond van art. 2a Wet avv is de verkrijger gehouden deze arbeidsvoorwaarden toe te passen. In het geval het dezelfde avv-cao betreft, zal de werkge-

9. Zie voor de toepassing van art. 2a: Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228 en zie ook: *SMA* 1997, p. 306-314, m. nt. M.M. Olbers.

10. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector: een studie naar de werking van de regels omtrent overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, p. 92.

ver zonder overgangsproblemen dezelfde cao kunnen blijven toepassen. De contractsvrijheid van de werkgever en de werknemer is in dit geval dus in gelijke mate beperkt vóór de overgang en ná de overgang.

Scenario B

Anders is de situatie dat de vervreemder gebonden is aan een bepaalde algemeen verbindend verklaarde cao, terwijl de verkrijger gebonden is aan een andere algemeen verbindend verklaarde cao. De verkrijger is op grond van art. 2a Wet avv gehouden de rechten en plichten voortvloeiend uit de cao van de vervreemder toe te passen ten aanzien van de werknemers die door overgang van onderneming binnen zijn onderneming zijn komen te werken.

Indien het twee verschillende avv-cao's betreft, dan zal gedurende de looptijd van de avv-cao van de vervreemder, de contractsvrijheid van de verkrijger beperkt zijn in die zin dat hij niet mag afwijken van de avv-cao van de vervreemder. De verplichtingen voor de verkrijger kunnen volgens art. 2a Wet avv op twee momenten eindigen. Het eerste moment is dat de verkrijger wordt gebonden aan een na de overgang gesloten cao. Het tweede moment is dat hij verplicht wordt tot naleving van een cao op grond van een besluit tot algemeenverbindendverklaring. Beltzer wijst er terecht op dat zich bij het eerste moment een opmerkelijk verschijnsel voordoet. Indien de verkrijger na de overgang gebonden wordt aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao kan deze cao de bepalingen van de algemeen verbindend verklaarde cao opzij zetten.¹¹ Dit impliceert dat er een zekere contractsvrijheid bestaat om van de cao van de vervreemder 'af te komen'. Ofwel de werkgever kan zelf een cao afsluiten met de vakbonden (ondernemings-cao), ofwel dit kan bij monde van de werkgeversvereniging voor de betreffende bedrijfstak plaatsvinden (bedrijfstak-cao).

In tegenstelling tot de 'gewone' cao, treedt bij de avv-cao geen nawerking op. Dit betekent dat de problematiek die zich in de zaak *KLM/Van Staveren*¹² voordeed hier niet ter zake doet. Voor een bespreking van de uitspraak verwijs ik naar par. 2.3.10.

Scenario c

Denkbaar is de situatie waarin de vervreemder aan een avv-cao is gebonden en de verkrijger aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao

11. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector: een studie naar de werking van de regels omtrent overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, p. 93.

12. Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228.

gebonden, dan wel helemaal niet aan een cao gebonden is. Ook hier geldt op grond van de werking van art. 2a Wet avv dat de verkrijger door de overgang van onderneming gebonden wordt aan de avv-cao die van kracht was in de onderneming van de vervreemder. Dit is denkbaar indien bij de overgang twee verschillende typen bedrijven betrokken zijn. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de banken en de verzekeringsbedrijven die aan het eind van de twintigste eeuw met elkaar plachten te fuseren. De contractsvrijheid herleeft wanneer de algemeenverbindendverklaring eindigt en voorts wanneer de verkrijger wordt gebonden aan een nieuwe cao of avv-cao.

Scenario D

Art. 2a Wet avv geldt niet indien de vervreemder niet aan een avv-cao is gebonden. Wat betekent dat voor de situatie dat de vervreemder a. aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao is gebonden, b. helemaal niet aan een cao is gebonden en de verkrijger wel aan een avv-cao gebonden is?

Ad a. In dit geval is de verkrijger op grond van art. 14a Wet CAO verplicht de verplichtingen na te komen ten aanzien van de werknemers die na de overgang bij hem zijn komen te werken. De bepalingen van de niet algemeen verbindend verklaarde cao van de vervreemder moeten worden toegepast door de verkrijger. Hier doet zich echter een probleem voor, omdat de verkrijger valt onder de werking van een algemeen verbindend verklaarde cao. Wat krijgt nu voorrang bij deze samenloop van cao's? Moet dat de bescherming van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers zijn zoals die golden bij de vervreemder, of verdienen de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen voorrang? Met andere woorden gaat het algemeen belang (van de avv-cao) vóór het individuele belang van de werknemers? Deze vraag vindt een positieve beantwoording in art. 14a lid 2 Wet CAO. Op grond van dit artikellid eindigt de verplichting van de verkrijgende werkgever om de cao van de vervreemder na te komen indien hij wordt gebonden aan een na de overgang genomen besluit tot algemeenverbindendverklaring.

Wat betekent dit nu wanneer het besluit tot avv reeds van kracht was op het moment van de overgang van onderneming? Volgens de wettekst zou dan tot het moment dat er een nieuw besluit tot avv genomen wordt, de cao van de vervreemder moeten gelden. Dit is een vreemde situatie, omdat dit één van de weinige gevallen is waarin de avv kan bestaan náást een (nawerkende) niet algemeen verbindend verklaarde cao. De 'allesovertreffende' werking van de avv is dus tot een nieuw besluit tot avv is genomen, uitgeschakeld met als doel dat de werknemers hun oude arbeidsvoorwaarden gedurende zekere tijd behouden.

Ad b. In het geval dat de vervreemder in het geheel niet gebonden was aan een cao, doet zich deze botsing van cao's niet voor. De avv werkt door

in de arbeidsrelatie ongeacht of de werknemer en de werkgever georganiseerd zijn. De algemeen verbindend verklaarde arbeidsvoorwaarden gaan deel uitmaken van de arbeidsovereenkomsten.¹³

De WAGA-werknemer

Tot slot verdient de WAGA-werknemer bespreking. De Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA) is een uitwerking van de Detacheringsrichtlijn.¹⁴ Met de Detacheringsrichtlijn heeft de Europese wetgever beoogd evenwicht te vinden tussen het vrij verkeer van diensten enerzijds en de sociale bescherming van werknemers anderzijds. De Detacheringsrichtlijn verplicht lidstaten er op toe te zien dat de werknemer die tijdelijk in een andere lidstaat is gedetacheerd aanspraak maakt op een bepaalde 'harde kern' van arbeidsvoorwaarden.¹⁵ Hieronder wordt onder andere verstaan: minimumlonen, maximale werktijden en minimum aantal vakantiedagen. Daarbij moet de WAGA-werknemer aanspraak kunnen maken op de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften van het werkland ongeacht het recht dat van toepassing is op zijn arbeidsovereenkomst. Van belang voor dit hoofdstuk is dat ook algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen die betrekking hebben op die harde kern van arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn voor gedetacheerde werknemers in de bouwsector.

Artikel 3 WAGA resulteerde in wijziging van de Wet avv. Door de wijziging zijn aan artikel 2 Wet AVV een zesde en een zevende lid toegevoegd. Op grond van het zesde lid gelden verbindend verklaarde cao-bepalingen ook voor werknemers, die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten en wier arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander recht dan het Nederlandse recht, indien deze bepalingen betrekking hebben op:

- A. minimale rusttijden en maximale werktijden;
- B. minimum aantal vakantiedagen gedurende welke verplichting tot loondoorbetaling bestaat;
- C. minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk (exclusief aanvullendpensioen);
- D. voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers;
- E. gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;

13. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector: een studie naar de werking van de regels omtrent overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, p. 95.

14. Richtlijn 96/71 EG van het Europese parlement en van de Raad van de Europese Unie van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, PbEG 1997 L 18.

15. Wet van 2 december 1999, Stb. 1999, 554.

- f. beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden- en omstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere of pas bevallen werknemers.¹⁶

Ook de buitenlandse werknemer kan dus onder de werking van de Wet avv komen te vallen. De contractsvrijheid om in ongunstige zin af te wijken is door deze regeling beperkt. Dit is ook de bedoeling van de waga. De achterliggende gedachte is onderbieding te voorkomen door werknemers uit andere landen die in Nederland werkzaam zijn. De eerste sector waar de waga voor gold, was de bouw-sector. Sinds de toetreding van de Midden en Oost-Europese landen (MOE-landen) is de werkingssfeer van de waga uitgebreid en is lid 7 van art. 2 Wet avv komen te vervallen.¹⁷ Hierdoor is de toepasbaarheid van de avv-bepalingen niet langer beperkt tot de bouw-sector.

3.3 De werkgever en de avv

De werking van de avv is op zich weinig gedifferentieerd naar type werkgever. Om deze reden zal in tegenstelling tot het tweede hoofdstuk over cao, slechts summier worden ingegaan op de verschillende typen werkgevers. Besproken zullen slechts worden de werkgever die lid is van een werkgeversvereniging en de werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging.

Het lid van een werkgeversvereniging

Door art. 2 lid 1 Wet avv worden niet slechts buitenstaanders gebonden, maar ook degenen die reeds gebonden waren door de cao, doordat zij lid zijn van één van de cao-partijen. Voor de gebonden werkgever geldt dus dat hij door de avv gebonden raakt aan de cao, ook al was hij reeds gebonden op grond van het feit dat hij lid was van een werkgeversvereniging. Ook in de Memorie van Toelichting bij de Wet avv wordt benadrukt dat de algemeenverbindendverklaring van art. 2 Wet avv niet alleen geldt voor hen die niet gebonden zijn, maar ook voor hen die wel gebonden zijn door de cao. De wetgever achtte dit noodzakelijk omdat de rechtstoestand van alle bedrijfsgenoten na de algemeenverbindendverklaring dezelfde behoorde te zijn.¹⁸

Er ontstaat door avv voor de gebonden werkgever een dubbele binding. Deze dubbele binding heeft tot gevolg dat wijzigingen van de cao-bepalin-

16. Kamerstukken II 2005/06, 29983, nr. 3, p. 1.

17. Wet van 1 december 2005, Stb. 2005, 626.

18. *Kamerstukken II* 1936/37, 274, nr. 3, p. 5.

gen door de cao-partijen geen effect hebben zolang de avv daarvan voortduurt. cao-partijen kunnen niet eenvoudigweg iets wijzigen. Op grond van art. 7 Wet avv moet de normale procedure tot avv worden gevolgd om een algemeen verbindend verklaarde cao te wijzigen. Leden van de contracterende partijen en niet-leden worden niet gebonden door een wijziging in een algemeen verbindend verklaarde cao door cao-partijen, indien niet de procedure van art. 2-6 Wet avv is gevolgd.

Dit kwam ook naar voren in de zaak van de werknemer Holweg bij de kantonrechter te Utrecht¹⁹, die op grond van de vut-UTA-cao gerechtigd was pensioen te genieten. Vlak voor de bewuste datum wijzigden cao-partijen deze regeling. Tegelijkertijd geldt de algemeen verbindend verklaarde versie van deze cao onverkort. De werknemer Holweg is lid van één van de cao sluitende partijen. Volgens de kantonrechter

‘gelden algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao zowel voor werkgevers en werknemers, die al door de cao zelf gebonden worden als voor zogenoemde niet-georganiseerde werkgevers en niet-georganiseerde werknemers. De gebondenheid van de wel georganiseerde werkgever en wel georganiseerde werknemer aan een cao sluit niet uit, dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao daarenboven nog juridische relevantie hebben. De kantonrechter stelt voorop dat de cao sluitende partijen in beginsel de cao bepalingen, die ook algemeen verbindend zijn verklaard, kunnen wijzigen. Hierop wijst zowel het bepaalde in art. 7 van de Wet Algemeen Verbindend Verklaring van Bepalingen van een cao (avv-cao) als ook de in art. 2 tweede lid van de Wet avv-cao opgenomen bepaling.

Naar het oordeel van de kantonrechter moet het evenwel voorshands niet mogelijk worden geacht, dat een wijziging van de cao, door cao sluitende partijen, bepalingen van de cao die ook algemeen verbindend verklaard zijn, opzij zet wanneer het, zoals in casu, niet gaat om zogenoemde minimumbepalingen en het voorts verslechtingen voor de vut-gerechtigden betreft. Nu het naar het voorlopige oordeel van de kantonrechter niet gaat om minimumbepalingen en voorts de nieuwe cao verslechtingen voor vut-gerechtigden met zich brengt, dient de vordering van Holweg te worden toegekend. Nu Holweg klaarblijkelijk aan de vereisten voor toekenning van een vut-uitkering onder de oude cao voldoet, staat aan toewijzing van de vordering niets meer in de weg.’

De dubbele binding zou tot gevolg kunnen hebben dat een eventuele wijziging in de cao door cao-partijen met gebruikmaking van de zog. openbreekclausules, slechts direct effect heeft voor de gebonden werkgever, voor

19. Ktg. Utrecht 16 februari 1995, *KG* 1995/173.

zover die wijziging niet in strijd komt met algemeen verbindend verklaarde bepalingen. Dit is slechts het geval indien de avv-bepalingen minimumnormen zijn, waarvan de cao-wijziging naar boven afwijkt. In de gevallen dat er naar beneden wordt afgeweken van een minimumnorm of dat er wordt afgeweken van een standaardnorm, zal de wijziging van de cao slechts effect hebben na een verzoek tot intrekking van de avv-bepaling waarvan men wijziging wil.²⁰

Het niet-lid

De contractsvrijheid van de werkgever die niet is aangesloten bij een werkgeversvereniging is sterk beperkt door avv. Het maken van individuele afspraken die afwijken van de avv is immers niet toegestaan. Er zijn werkgevers die welbewust geen lid worden van een werkgeversvereniging om niet aan de cao gebonden te zijn. Door avv worden deze werkgevers toch gebonden aan de cao. Afwijken van de avv-cao is dan onmogelijk. De rechter toetst streng; indien partijen geen dispensatie hebben verkregen, dan gelden voor hen de algemeen verbindend verklaarde bepalingen.

In de zaak *Reesink/Werkgevers Technische Groothandel*²¹ wilde een ongebonden werkgever niet gehouden worden aan de bepalingen van de avv-cao. Om die reden trok hij de representativiteit van de cao-sluitende vakbonden in twijfel. Hij vorderde in kort geding de afgifte van stukken waaruit de representativiteit zou blijken. De grondslag voor deze vordering formuleerde werkgever Reesink als volgt:

‘Met de belangen van de ongebonden werkgevers die buiten hun wil beperkt worden in hun vrijheid dient uiterst zorgvuldig te worden omgegaan. Het is dan ook zaak dat, als over wordt gegaan tot algemeen verbindend verklaring, vaststaat dat aan het representativiteitsvereiste is voldaan. Bij twijfel moet er dientengevolge de mogelijkheid tot controle zijn. Nu de Minister niet zelf controleert en (...) uitsluitend afgaat op de bij het verzoek gevoegde gegevens, al dan niet ondersteund door een accountantsverklaring, heeft een ongebonden werkgever het recht om te verlangen dat hij in staat wordt gesteld de juistheid van de gegevens te controleren of te doen controleren. Dit klemt te meer nu de CAO-partijen (de aanvragers) na algemeen verbindendverklaring op grond van de Wet AVV ongebonden werkgevers rechtstreeks kunnen aanspreken op hun verplichting voortvloeiende uit de algemeen verbindend verklaarde CAO’s.’

20. W.J.P.M. Fase, *C.A.O.-recht. Schets van het recht met betrekking tot C.A.O.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Alphen aan de Rijn: Samson 1982, p. 112-114.

21. HR 29 september 2000, *JAR* 2000/222.

De President wees de vordering toe, maar dit oordeel werd door het Hof in hoger beroep vernietigd. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat het Hof de vordering terecht had afgewezen, aangezien noch de avv, noch enige andere wetbepaling een grondslag biedt voor de door Reesink ingestelde vordering.

Toch is het voorstelbaar dat het voor sommige werkgevers bezwaarlijk is zich aan de avv te houden. De enige wettelijke uitzonderingsmogelijkheid is het aanvragen van dispensatie. Indien de werkgever geen dispensatie heeft verkregen is hij gehouden de cao na te leven. Dit werd bevestigd in *Smead/Bonden*.²² In deze zaak had de werkgever aan de werknemers middels een enquête gevraagd om instemming om langer te gaan werken dan op basis van de cao mogelijk was. Op grond van de Grafimedia-cao was slechts een 36-urige werkweek mogelijk, maar gezien de slechte financiële staat van de onderneming werd gevraagd alle zeilen bij te zetten en tijdelijk allemaal – onbetaald – 4 uur extra per week te werken. In één vestiging gingen de werknemers akkoord, in de andere vestiging gingen de werknemers niet akkoord. De or onderkende dat een verlaging van de personeelskosten onvermijdelijk was, wilde men gelet op de slechte bedrijfsresultaten de werkgelegenheid behouden. De bonden vorderden naleving van de Grafimedia-cao. De voorzieningenrechter oordeelde als volgt:

‘Niet weersproken is dat de invoering van de 40-urige werkweek een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden voor de werknemers inhoudt. Zelfs indien het zo zou zijn dat alle werknemers van gedaagde desgevraagd hiermee hebben ingestemd, dan nog mocht gedaagde niet overgaan tot verlenging van de arbeidstijd. Elke afwijking van de cao die een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt, is namelijk niet toegestaan. Dit vloeit voort uit het wezen van een algemeen verbindend-verklaring: de vaststelling van het arbeidsvoorwaardenpakket is gedurende de looptijd van de cao voor wat betreft verslechteringen (voor verbeteringen ligt dat anders) onttrokken aan de individuele partijen bij de arbeidsovereenkomst (werkgever en werknemer). Een algemeen verbindend verklaarde cao heeft het karakter van een wet in die zin dat zij normen geeft die automatisch en onontkoombaar doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten die aan haar onderworpen zijn. De bescherming van werknemers dwingt tot het strikt handhaven van deze regel: gelet op de ongelijke posities is op bedrijfsniveau de werknemer immers veelal niet als een serieuze onderhandelingspartner aan te merken. Er kan bezwaarlijk per werknemer of groep van werknemers onderzocht worden of in volle vrijheid – zonder misbruik van omstandigheden – een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden is overeengekomen. Daarom moet de nietigheid van afwijkende afspraken waarvan art. 3

22. V.zr. Rb. Groningen, 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198.

avv spreekt, ruim worden genomen: in beginsel altijd en overall.

Gedaagde heeft een arrest van de Hoge Raad uit 1997 (19 december 1997, *NJ* 1998, 403, CNV tegen Pennwalt) aangehaald ter onderbouwing van haar verweer. Hoewel de Hoge Raad in bedoelde zaak heeft aangegeven dat de betreffende vakbond slechts nakoming van de CAO kon verlangen voor zover een werknemer ook zelf aanspraak wenste te maken op een bepaald uit de CAO voortvloeiend voordeel, kan hieruit toch niet de conclusie getrokken worden dat als algemene eis geldt dat een vordering van de bond tot nakoming van een (algemeen verbindend verklaarde) CAO de instemming van de betreffende werknemer(s) behoeft. Het arrest uit 1997 betrof een zeer specifieke situatie (van in een ver verleden zonder overleg vastgestelde snipperdagen). De Hoge Raad kan niet geacht worden in dat arrest mede het oog te hebben gehad op een geval zoals zich dat nu voordoet; het aanvaarden van de mogelijkheid van het door een werknemer vrijwillig afstand doen van rechten die uit een CAO voortvloeien legt immers de bijl aan de wortel van het algemeen als waardevol beschouwde collectieve arbeidsrecht, althans aan de CAO als instrument.

De enige uitzondering die wellicht kan worden aanvaard, is dat een tussen partijen krachtens CAO geldende regel buiten toepassing wordt gelaten omdat het beroep op die regel in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' is (vergelijk Hoge Raad 8 februari 2002, *NJ* 2002, 284, Poelstra tegen Bettman), maar zulke onaanvaardbaarheid is in het onderhavige geval gesteld noch gebleken.

De vordering van de bonden om gedaagde te veroordelen terug te keren naar de 36-urige werkweek is, gelet op het vorenstaande, toewijsbaar.⁷

Het was dus niet mogelijk, om met een beroep op de slechte financiële omstandigheden van de onderneming een beroep te doen op de welwillendheid van de werknemers. Zelfs al stemmen zij in, dan is afwijken van de avv-cao nog niet toegestaan. Het probleem is immers, zoals de voorzieningenrechter terecht opmerkt, dat de ongelijke posities van werknemers en werkgever binnen de onderneming het onmogelijk maken voor de werknemer om in te zien wanneer hier nu sprake is van een daadwerkelijk nijpende situatie. Het management kan misschien ook nog wel op andere zaken bezuinigen. Ook voor een or is dit lang niet altijd te achterhalen (meer over de positie van de or in het volgende hoofdstuk). Om die reden lijkt het mij voor de waarborg van de positie van werknemers wenselijk indien de werkgever in gevallen waarin het water hem aan de lippen staat in overleg treedt met de bonden. Dit gebeurt in de praktijk ook regelmatig. Er kan dan als noodvoorziening een ondernemings-cao worden gesloten die afwijkt van de heersende bedrijfstak-cao. Groot voordeel hierbij is dat de bonden een onafhankelijk oordeel kunnen geven over de situatie, waardoor rechten van werknemers beter gewaarborgd zijn. Ook kan worden getracht dispensatie te verkrijgen van de cao bij cao-partijen.

3.4 Werkingsduur

De werkingsduur van de algemeenverbindendverklaring is mede bepalend voor de mate van contractsvrijheid die de bedrijfstak rest. De werkingsduur van de avv is de tijd gedurende welke werkgevers en werknemers zijn beperkt in hun contractsvrijheid doordat zij door het besluit tot avv gebonden zijn aan de cao. Allereerst zal de werkingsduur op grond van de Wet avv en het Toetsingskader avv worden besproken. Daarna zal aandacht worden besteed aan de terugwerkende kracht en de nawerking.

3.4.1 *Werkingsduur avv*

De avv treedt volgens het Toetsingskader avv in werking op de tweede dag na publicatie van het besluit in de Staatscourant, dan wel op de in het besluit genoemde datum, en loopt tot maximaal de einddatum van de cao. De maximale looptijd van een besluit tot avv bedraagt 2 jaar, met uitzondering van bepalingen ten aanzien van fondsen (art. 2 lid 2 Wet avv). Dergelijke bepalingen kunnen voor een maximale looptijd van 5 jaar gelden (art. 2 lid 2 Wet avv jo. art. 18 Wet cao). In het Toetsingskader is bepaald dat wanneer het verzoek tot avv betrekking heeft op verschillende cao-bepalingen die een verschillende looptijd hebben (denk hierbij aan een loonbepaling en een fondsbepaling), de langer lopende bepaling ook voor die langere duur verbindend kan worden verklaard. Het Toetsingskader stelt als voorwaarde hiervoor dat in de werkingsfeerbepalingen van de cao moet zijn voorzien in dit onderscheid in werkingsduur.²³

3.4.2 *Terugwerkende kracht*

Het besluit tot algemeenverbindendverklaring kent geen terugwerkende kracht. Dit wordt bepaald door art. 2 lid 3 Wet avv. Dit is bepaald in het belang van de rechtszekerheid.²⁴ Dit betekent dat de contractsvrijheid van werknemers en werkgevers die door de avv gebonden raken aan de cao niet met terugwerkende kracht kan worden overruled.

In het Toetsingskader avv is ter voorkoming van strijd met dit artikel bepaald dat 'cao-bepalingen die uitdrukkelijk tot een bepaald tijdstip van kracht zijn niet voor avv in aanmerking komen indien dat tijdstip is gelegen voor de inwerkingtreding van het avv-besluit. Evenmin komen voor avv in aanmerking cao-bepalingen waarbij een eenmalig recht wordt toege-

23. J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs 'Het toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen', *SMA* 2002/2, p. 124-137.

24. *Kamerstukken II* 1936-1937, nr. 274, MvT, p. 6.

kend, dat wordt verkregen op een tijdstip dat voor (of na) de werkingsduur van het besluit tot verbindendverklaring ligt. Bepalingen die de avv als voorwaarde voor inwerkingtreding daarvan stellen, komen ook niet voor verbindendverklaring in aanmerking.²⁵

Toch is terugwerkende kracht in de praktijk niet altijd uitgesloten. Een situatie die problemen oplevert is het geval dat een verbindend verklaarde bepaling een aanspraak toekent die over een jaar wordt opgebouwd doch slechts éénmaal per jaar kan worden gerealiseerd. Denk hierbij aan de aanspraak op een eindejaarsuitkering, vakantiedagen, vakantiebijslag of een jaarlijkse bijdrage van de werkgever aan een fonds. De vraag die zich bij dit soort aanspraken voordoet is of slechts een verplichting ontstaat voor de door avv gebonden werkgever voor dat deel van het jaar dat de cao algemeen verbindend is verklaard of dat door terugwerkende kracht een verplichting ontstaat voor het hele jaar.²⁶

In dit verband valt naar analogie met de nawerkings-jurisprudentie (zie uitgebreider par. 3.4.3) te verdedigen, dat de werknemer die aanspraak maakt op een uitkering dit gedurende het hele jaar heeft. In het arrest *Hop/Hom*²⁷ oordeelde de Hoge Raad over de vraag of een werknemer aanspraak kon maken op een eindejaarsuitkering over het in het hele jaar verdiende loon, hoewel de betreffende bepaling pas verbindend was verklaard op 1 november van dat jaar. De Hoge Raad heeft die vraag bevestigend beantwoord. ‘Het komt immers voor de toepassing van de uitkeringsbepaling van de cao erop aan of zij gold op het tijdstip waarop de uitkering ingevolge die bepaling zou moeten geschieden. Dit is evenzeer het geval indien de bepaling uitsluitend geldt op grond van een algemeenverbindendverklaring daarvan.’ Deze uitleg betekent een inbreuk op de individuele contractsvrijheid van de ongebonden werkgever. Deze krijgt de bepalingen door algemeenverbindendverklaring feitelijk opgelegd. Tevens blijkt de algemeen verbindend verklaarde bepaling in een specifiek geval dus ook nog terug te kunnen werken.

In een later arrest van de Hoge Raad inzake *Sociaal Fonds voor de Metaalnijverheid/Fabricom* bv²⁸ was een vergelijkbare vraag aan de orde. Centraal stond de vraag hoe de regeling voor de afdracht aan het Sociaal Fonds ‘inhoudende dat de werkgever over het kalenderjaar aan het sociaal fonds een bijdrage is verschuldigd als daar omschreven’, moet worden verstaan indien de regeling in de loop van het kalenderjaar voor de desbetref-

25. Zie par. 4.4 avv Toetsingskader, verder: J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, Het Toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen, *SMA* 2002/2, p. 134.

26. M.M. Olbers, Arbeidsovereenkomst (losbl.), art. 2-67.

27. HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/348.

28. HR 10 juni 1983, *NJ* 1984/147.

fende werkgever gaat gelden. In deze zaak keerde het cassatiemiddel zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de verplichting van de werkgever om af te dragen aan het Sociaal Fonds beperkt blijft tot een evenredig deel van de loonsom. De rechtbank was evenals de kantonrechter van oordeel dat een redelijke interpretatie van het begrip ‘geen terugwerkende kracht’ meebrengt dat geen bijdrage gevorderd kan worden over een tijdvak dat voor de inwerkingtreding van de avv valt en dat de vordering van het Sociaal Fonds dus beperkt moet blijven tot een evenredig deel van de loonsom over het tijdvak.

De AG Bieghman-Hartogh merkt op dat we in deze zaak niet veel hebben aan het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad inzake *Hop/Hom*.²⁹ In *Hop/Hom* oordeelde de Hoge Raad dat het voor de toepassing van de cao-bepaling erop aankwam of zij gold op het tijdstip waarop die uitkering zou moeten geschieden. In de cao-bepaling die leidde tot de zaak *Sociaal Fonds/Fabricom* wordt echter in het geheel geen tijdstip van betaling genoemd en verder stelt de AG dat doel en strekking van de bepaling een andere zijn dan in het *Hop/Hom*-arrest. De AG stelt om die reden voor om ‘knopen door te hakken’. De Hoge Raad volgt dit advies en oordeelt dat de bijdrage van de werkgever voor wie deze bepaling in de loop van het kalenderjaar is gaan gelden, moet worden berekend naar evenredigheid van het desbetreffende deel van het jaar. Deze uitleg van de cao-bepaling is in overeenstemming met art. 2 lid 3 Wet avv.

Deze uitspraak van de Hoge Raad doet meer recht aan de rechtszekerheid van de werkgever, die niet verrast kan worden door vorderingen van een fonds over een heel kalenderjaar. Voor de fondsen en de uitvoerders daarvan is deze uitspraak weer een stuk minder gunstig, daar zij geheel afhankelijk zijn van het moment van algemeenverbindendverklaring. Het strookt mijns inziens wel met het systeem van de wet, omdat in de wet is bepaald is dat algemeenverbindendverklaring geen terugwerkende kracht heeft.

De Hoge Raad oordeelde enkele jaren later in de zaak *Sociaal Fonds Metaalnijverheid/Intercool Industries BV*³⁰ wederom over de werkgeversbijdrage voor een sociaal fonds op grond van een algemeen verbindend verklaarde cao. In deze zaak was de fondsenbepaling wel vóór het betrokken kalenderjaar algemeen verbindend verklaard, maar werd de hoogte van de bijdrage pas in de loop van dat jaar door het bestuur van het fonds vastgesteld en vervolgens door de Minister gepubliceerd. De Hoge Raad oordeelde dat

29. HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/348.

30. HR 12 juni 1987, *NJ* 1988/59.

het vorderen van de gehele jaarlijkse bijdrage (dus niet een deel daarvan) in dit geval niet in strijd was met het verbod van terugwerkende kracht.

‘Art. 13 CAO is reeds voor de aanvang van 1975 voor dat jaar algemeen verbindend verklaard. Het bepaalde in art. 13 lid 4 CAO gold voor Intercool dan ook met ingang van 1 jan. 1975. Uit de omstandigheid dat de hoogte van de bijdrage over 1975 eerst in de loop van dat jaar is vastgesteld en gepubliceerd, volgt niet dan aan art. 13 lid 4 CAO ‘terugwerkende kracht’ is verleend in strijd met art. 2 lid 3 Wet avv. Evenmin zijn er andere redenen om aan te nemen dat een bepaling als de onderhavige, welke voorziet in een jaarlijkse bijdrage en regelt op welke wijze de hoogte daarvan wordt vastgesteld, voor hen wie zij enkel bindt omdat zij algemeen verbindend is verklaard, geen financiële verplichtingen zou kunnen meebrengen met betrekking tot het gedeelte van het jaar, waarin de hoogte van de bijdrage nog niet is vastgesteld en bekendgemaakt.’

De Hoge Raad volgde hiermee de conclusie van de A-G Mok, die de vraag of de redenering van de zaak *Sociaal Fonds voor de Metaalnijverheid/Fabricom BV*³¹ moest worden gevolgd, ontkennend beantwoordde. De A-G stelde de vraag voorop of de bijdrage verschuldigd was over de periode voordat de vaststelling van de hoogte daarvan bekend was gemaakt. Dat de kantonrechter deze vraag negatief beantwoordde achtte de A-G niet juist. Vast stond immers op grond van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen vóór de aanvang van het jaar, dat de betrokken werknemers over dat kalenderjaar een bijdrage aan het Sociaal Fonds verschuldigd waren en dat de hoogte van die bijdrage zou worden vastgesteld door het bestuur van het Sociaal Fonds volgens een bij reglement vastgestelde methode van berekening. De redenering van de A-G, die door de Hoge Raad werd gevolgd, is nu dat de vaststelling door het bestuur van de hoogte van de bijdrage geen algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling was en derhalve ook niet onder art. 3 lid 2 Wet avv viel. Om deze reden werd de redenering van het Fabricom-arrest niet doorgetrokken.

In een uitspraak van het Kantongerecht te Rotterdam inzake *Langen/Dias*³² is geoordeeld dat het enkele feit dat terugwerkende kracht was verleend aan de vaststelling van een regeling in de zin van art. 6 Wet op de Loonvorming, niet de gehele onverbindendheid van de regeling meebrengt. In casu ging het om werknemer Dias die ontslag op staande voet had genomen. Aansluitend vorderde Dias betaling aan hem van in de periode van maart 1988 tot maart 1990 gemaakte overuren. Hij beriep

31. HR 10 juni 1983, *NJ* 1984/147.

32. Ktg. Rotterdam 21 februari 1994, *JAR* 1994/157.

zich daarbij op de toepasselijkheid van de ‘Regeling van Lonen en andere Arbeidsvoorwaarden voor de Binnenscheepvaart’ (‘de Regeling’). De werkgever, Langen, stelde dat de gehele Regeling toepassing miste, omdat daaraan in de betreffende perioden ten onrechte terugwerkende kracht zou zijn verleend. In deze zaak stond derhalve de vraag centraal of een regeling geheel onverbindend wordt indien deze ten onrechte met terugwerkende kracht algemeen verbindend is verklaard

Met betrekking tot de overuren overweegt de Kantonrechter dat, anders dan Langen stelt, het enkele feit dat aan de vaststelling van de Regeling in strijd met art. 6 Wet op de Loonvorming jo. art. 2 lid 3 Wet avv terugwerkende kracht is verleend, niet de algehele onverbindendheid van de Regelingen meebrengt. Volgens de kantonrechter heeft een Loonregeling op grond van deze artikelen dezelfde rechtskracht als een algemeen verbindend verklaarde cao. Derhalve is de Regeling geldig in die perioden waarvoor hij in werking is getreden. In de perioden daartussen geldt de Regeling niet.

Kortom, avv heeft geen terugwerkende kracht op grond van art. 2 lid 3 Wet avv. Ook het Toetsingskader avv vermeldt dit uitdrukkelijk. Desondanks zijn er gevallen in de jurisprudentie bekend waar terugwerkende kracht werd aangenomen. In deze situaties werd inbreuk gemaakt op de contractsvrijheid van de ongebonden werkgever. Gevallen waarin avv toch kon terugwerken betroffen situaties waarin de werknemer voor de toepassing van belangrijke rechten volledig afhankelijk was van het moment van inwerking treden van de avv. Indien ten onrechte terugwerkende kracht is verleend aan de avv, hoeft dit geen onverbindendheid van de regeling met zich mee te brengen.

3.4.3 *Nawerking*

Na afloop van avv komt geen nawerking toe aan de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De contractsvrijheid van ongebonden werkgevers en werknemers herleeft zodat zij in afwijking van de cao kunnen contracteren. Dit kan voordelig zijn voor ongebonden werkgevers die de cao liever niet zouden toepassen. Het ontbreken van nawerking van avv heeft ook nadelen. Zo kunnen de avv-loze tijdvakken leiden tot discontinuïteit van arbeidsvoorwaarden hetgeen kan leiden tot onduidelijkheid over de rechtspositie van individuele werknemers.

Aan een ‘gewone’ cao die afloopt wordt wél nawerking toegekend.³³ Op grond van de normatieve werking van art. 12 en 13 Wet CAO werken

33. Zie meer uitgebreid hoofdstuk 2.

bepalingen van een cao waaraan beide partijen gebonden zijn automatisch door in de individuele arbeidsovereenkomst. Algemeen aanvaard is dat de normatief werkende bepalingen ook na afloop van de cao blijven doorwerken. De normatieve bepalingen zijn immers onderdeel uit gaan maken van de individuele arbeidsovereenkomst. Zolang partijen niet anders overeenkomen zijn de bepalingen van kracht. De afloop van de cao geeft partijen echter wel de vrijheid terug om van de cao afwijkend te contracteren. Hun contractsvrijheid herleeft.

De normatieve werking van de Wet avv is eender. Art. 3 Wet avv bepaalt dat elk beding dat strijdig is met een algemeen verbindend verklaarde bepaling nietig is en dat daarvoor in de plaats treedt de algemeen verbindendverklaarde bepaling. Na afloop van de periode van avv herleeft voor partijen de mogelijkheid om in afwijkende zin te contracteren. Zij kunnen een overeenkomst sluiten met bepalingen die in strijd zijn met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen. Als de ongebonden partijen niet tot contracteren overgaan, werken de avv-bepalingen niet na. De bepalingen uit de individuele overeenkomst die door de normatieve werking van de avv nietig zijn geworden, herleven automatisch.

Dat aan avv geen nawerking toekomt, volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad terzake. De Hoge Raad houdt vast aan de ‘beperkte nawerkingsleer’. Hierbij ligt de nadruk op de tijdens de periode van de avv verkregen rechten.

Jurisprudentie: argument van contractsvrijheid

De vroege uitspraken van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep met betrekking tot de nawerking van avv stonden in het teken van de contractuele leer. Nawerking werd afgewezen met een beroep op het beginsel van de individuele contractsvrijheid. In 1978 oordeelde de Centrale Raad van Beroep³⁴ over de toepassing van de ww. De Centrale Raad:

‘(...) acht haar in strijd met de vrijheid al dan niet tot een organisatie van werkgevers of werknemers toe te treden en zich dan via een lidmaatschap vrijwillig aan door zulk een organisatie afgesloten collectieve arbeidsovereenkomsten te binden, alsook met het systeem en de bepalingen van de Wet op de algemeenverbindendverklaring, waarbij de verbindendverklaring – inhoudende een zonder, en wellicht tegen hun wil, binden van niet bij een contracterende organisatie betrokken werkgevers en werknemers – uitdrukkelijk aan een door het bevoegde gezag vastgestelde tijdsduur is gebonden. Het zou te ver gaan, van zulke werkgevers en werknemers te verlangen, dat zij dan maar na het

34. CRvB 27 juli 1978, *RSV* 1978/338.

verstrijken der verbindendverklaring de oorspronkelijk tussen hen geldende rechtsverhouding moeten herstellen door die uitdrukkelijk overeen te komen. In het kader van een rechtssysteem als het Nederlandse, dat contractsvrijheid veronderstelt, alsook van het systeem en de bepalingen van de Wet op de algemeen verbindendverklaring, ligt het juist veeleer voor de hand, het afwijkende beding – voorzover overigens niet in strijd met een dwingende wettelijke bepaling – slechts nietig te achten voor de tijdsduur van de verbindendverklaring.’

De Centrale Raad benadrukt dat de contractsvrijheid van de werkgever door het aannemen van nawerking te zeer zou worden beperkt. Slechts indien de werknemer instemt, zou het voor de werkgever mogelijk zijn om af te wijken van de avv. Indien avv zou nawerken zou het instrument verworpen tot een daad van wetgeving met een soort veto-recht voor de werknemer. De Hoge Raad gebruikt inzake *Hop/Hom*³⁵ een vergelijkbare redenering. Ondanks de vergelijkbare normatieve werking van de Wet CAO en de Wet avv bestaat er verschil in de mogelijkheid van nawerking van deze instrumenten. De Hoge Raad kwam tot de volgende conclusie:

‘Het gevolg van het eindigen van de werking der verbindendverklaring is, dat voor wat betreft de periode daarna de inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer geen invloed ondergaat van art. 3 der Wet. (...) Welke de wederzijdse rechten en verplichtingen van de werknemer zijn na het eindigen van de werking der verbindendverklaring, hangt – afgezien van de mogelijkheid van een nieuwe verbindendverklaring krachtens de Wet en van de mogelijke invloed van andere wettelijke bepalingen – af van wat zij waren overeengekomen of alsnog overeengekomen.’

Met andere woorden: er is geen nawerking van algemeenverbindendverklaring; de inhoud van de wederzijdse verplichtingen in de periode na de algemeenverbindendverklaring hangt af van wat partijen voor de periode van avv waren overeengekomen, of van wat zij na ommekomst overeenkomen. Deze redenering van de Hoge Raad is mede ingegeven door de Conclusie van de P-G Berger, die een contractuele benadering verdedigde: ‘Met Kamphuisen ben ik van mening, dat zonder nadere afspraak van partijen bij het vervallen van de algemeenverbindendverklaring, de oude voorwaarden weer herleven.’

In een later arrest van de Hoge Raad inzake *Bongers/KSB*³⁶ werd de niet-nawerkingsleer verzacht door het hanteren van een formule die geïnspi-

35. HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 (m. nt. PAS).

36. HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612.

reerd is door het Haviltex-arrest.³⁷ De casus was als volgt. Bongers was als onderhoudsmonteur werkzaam in dienst van KSB en heeft in die hoedanigheid regelmatig overuren gemaakt. De individuele arbeidsovereenkomst bepaalde niets ten aanzien van overwerk. Op deze arbeidsovereenkomst is vier maal voor een periode van twee à drie maanden de cao voor de kantoorbranche door algemeenverbindendverklaring van toepassing geworden. Deze cao bevatte wel een regeling voor overwerk. Inzet van het geding was de vraag of Bongers alleen een vergoeding toekwam voor het overwerk dat hij verrichtte in de periodes waarin de cao algemeen verbindend was verklaard of dat hem die overwerkvergoeding toekwam voor al het door hem verrichte overwerk. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘Voorop moet worden gesteld dat de vraag of – naar Bongers had gesteld – uit de arbeidsovereenkomst voortvloeide dat ook in de periode waarin de cao niet van toepassing was, recht op vergoeding van overwerk bestond, moet worden beantwoord aan de hand van wat partijen op dit punt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten. Daarbij zal onder meer betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de cao in de perioden waarin deze wel gold, in elk geval recht op vergoeding van overwerk gaf, aan de functie en het daarmee samenhangende loonniveau van de werknemer in het bedrijf en aan de omstandigheid dat de werknemer regelmatig weekstaten (...) heeft ingediend zonder dat daartegen van de zijde van de werkgever bezwaar is gemaakt.’

Deze lijn is door de Hoge Raad – zoals hierna zal blijken – niet voortgezet. In een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem inzake *Leenders Food/Bouwmeister*³⁸ is deze redenering echter wel weer herhaald. In deze zaak stond de vraag centraal of de werknemer aanspraak kon maken op een overwerkvergoeding in een avv-loze periode. Het hof bevestigt – onder verwijzing naar *Bongers/KSB* – de stelling van de kantonrechter die inhield dat de cao duidelijke overwerkbepalingen kende die gedurende langere tijd algemeen verbindend waren verklaard. Bouwmeister heeft jarenlang structureel overwerk verricht in de zin van de cao. In die situatie zou het apert in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid om in de periodes dat er geen sprake was van avv ten aanzien van overwerk ervan uit te gaan dat tussen partijen niets was overeengekomen ten aanzien van overwerk. Door het hof wordt tot slot nog gesteld dat deze redenering vooral betrekking heeft op de basale verplichtingen van de werkgever zoals loon en overwerk-

37. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

38. Hof Arnhem, 3 augustus 2004, *JAR* 2004/284.

vergoeding. De redenering gaat niet op in de context van bijzondere vergoedingen (zoals die van roostervrije uren en compensatie voor bijzondere uren). Dit laatste type betreft volgens het hof meer specifiek tussen sociale partners overeengekomen onderwerpen. Deze redenering werd nogmaals toegepast door de kantonrechter te Zwolle:³⁹ ook hier werd geoordeeld dat het beroep op nawerking van de algemeen verbindend verklaarde cao's gehonoreerd moet worden. De overwerkbepalingen uit de cao's zijn duidelijk en gedurende langere tijd algemeen verbindend verklaard. Daarbij had de werkneemster in casu jarenlang structureel overwerk verricht in de zin van de cao (afgesproken was 42 in plaats van 38 uur per week te werken). Het zou daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien zij geen vergoeding voor dit overwerk zou krijgen in de 'avv-loze periode' van enkele maanden.

'Verkregen rechten': argument van rechtszekerheid

De lijn van het arrest *Bongers/KSB*⁴⁰ is door de Hoge Raad niet doorgetrokken, want één jaar later oordeelde de Hoge Raad in de zaak *Beenen/Vanduho*⁴¹ als volgt. De casus was als volgt. Beenen, een pomphouder bij een benzinstation in dienst bij Vanduho wordt op 2 april 1984 ziek. Nadat Beenen een jaar lang ziek is geweest, komt hij op 3 april 1985 in aanmerking voor een wao-uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. Op grond van de cao die geldt voor de bedrijfstak is de werkgever verplicht gedurende 24 maanden de uitkering te suppleren (behoudens het geval dat sprake is van arbeidsongeschiktheid die is ontstaan door opzet of schuld van de werknemer; dit is niet het geval). Vanduho is niet aangesloten bij een werkgeversorganisatie. De cao die de suppletieplicht bevat is algemeen verbindend verklaard van 25 februari t/m 31 december 1984 en van 19 oktober t/m 31 december 1985. De werknemer claimt van de werkgever de volle suppletie van 24 maanden, namelijk van 2 april 1984 t/m 3 april 1986. Vanduho weigert dit.

In cassatie stelt Beenen dat een werknemer die een aanspraak tegen zijn werkgever krijgt op grond van de avv van een cao-bepaling, die aanspraak niet verliest wanneer de algemeenverbindendverklaring eindigt. De Hoge Raad matigt in zijn uitspraak zijn eerdere oordeel door de nadruk te leggen op het leerstuk van de verkregen rechten. Hij acht het cassatiemiddel van Beenen gegrond en oordeelt:

39. Ktg. Zwolle 7 februari 2005, *JAR* 2006/129.

40. HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612.

41. HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420, m. nt. PAS.

‘Indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden, krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris (...) wordt het aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.’

De Hoge Raad kiest in dit arrest voor de leer van de ‘verkregen rechten’. Het gevolg daarvan is dat degene die arbeidsongeschikt wordt *tijdens* de gelding van de algemeenverbindendverklaring de suppletie verkrijgt en deze vervolgens behoudt, ook na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring. Degene die buiten het tijdvak van de algemeenverbindendverklaring arbeidsongeschikt wordt, verkrijgt dat recht op suppletie pas wanneer de nieuwe algemeenverbindendverklaring intreedt. De werknemer behoudt dat recht dan tot 24 maanden na de dag waarop hij ziek werd.⁴² In een annotatie bij het arrest stelt Stein dat onduidelijk blijft wat moet worden verstaan onder ‘verkregen rechten’. ‘Omstreden is dit leerstuk, omdat zo moeilijk valt te omschrijven wat wel en niet als een verkregen recht moet worden aangemerkt; het begrip onttaardt dan spoedig tot een toverformule die gebruikt wordt al naar gelang de onmiddellijke werking van de nieuwe regel wel of niet wenselijk wordt geacht.’

In het arrest *Luitjens/Vlees*⁴³ is door de Hoge Raad – ondanks de hoop van verschillende schrijvers en wederom de AG Koopmans die in zijn conclusie adviseert de nawerking van avv aan te nemen – wederom geen nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De Hoge Raad hield vast aan de leer van de verkregen rechten. De uitleg van de term ‘verkregen rechten’ door de Hoge Raad is ruimer dan in het arrest *Beenen/Vanduhó*, omdat overwogen werd dat ook de werknemer reeds ziek *is* op het moment van avv, recht heeft op suppletie (Beenen daarentegen *werd* ziek in de periode van avv en verkreeg daardoor zijn recht op loonsuppletie).

‘Dit recht vangt aan op het tijdstip van algemeenverbindendverklaring. Nu art. 38 [van de CAO in kwestie; ek] het recht op suppletie geeft voor twee jaren te rekenen vanaf de dag dat de werknemer ziek wordt, gaat het om een suppletie voor een bepaald tijdvak. Een dergelijk verkregen recht wordt, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn hiervoor genoemd arrest [Beenen/Vanduhó; ek], niet aangetast doordat de CAO-bepaling waarop het rust ophoudt algemeen verbindend te zijn.’

42. E. Verhulp, ‘Nawerking, het volle pond graag...!’ *ArbeidsRecht* 2002/10, p. 8-13.

43. HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154.

De Hoge Raad gaat dus over tot het beperkt toekennen van nawerking aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De door de Hoge Raad gekozen lijn is bevestigd in een arrest van 10 januari 2003.⁴⁴ In deze zaak ging het om werknemer Te Riet die werkzaam was bij de verbandkamer van Hoogovens. Te Riet viel sinds jaar en dag onder de Hoogovens-cao, maar de werkzaamheden van de medische dienst van Hoogovens werden met ingang van 1 oktober 1995 ondergebracht bij de Stichting Rode Kruis Ziekenhuis te Beverwijk (hierna: het Ziekenhuis). Te Riet vorderde nawerking via zgn. handhaving van rechten uit de Hoogovens-cao, in de opvolgende arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Rode Kruis Ziekenhuis te Beverwijk, nadat een bedrijfssonderdeel van Hoogovens, en wel de verbandkamer, onder toepasselijkheid van art. 7:662 BW en art. 14a Wet cao was overgegaan op het Ziekenhuis.

Te Riet was destijds aan de Hoogovens-cao gebonden ingevolge art. 9, lid 1, Wet cao: kort gezegd als vakkondslid. Te Riet was daarentegen *geen* lid van een vereniging die de Ziekenhuis-cao is aangegaan. Te Riet heeft er niet mee ingestemd dat de Ziekenhuis-cao op hem zou worden toegepast. Nawerking van de Hoogovens-cao is gunstig voor Te Riet. Het Ziekenhuis meende evenwel dat van nawerking van de Hoogovens-cao geen sprake (meer) behoort te zijn. Ten eerste werd het Ziekenhuis op 15 augustus 1996 gebonden aan de nieuwe Ziekenhuis-cao die ook op de arbeid van Te Riet toepasselijk is. Ten tweede is de geldigheidsduur van de lopende Hoogovens-cao op 31 maart 1997 verstreken. De Ziekenhuis-cao is op 3 mei 1997 algemeen verbindend was verklaard.

In hoger beroep en bij de Hoge Raad vorderde Te Riet nakoming van de Hoogovens-cao voor die periodes dat de algemeen verbindend verklaring van de Ziekenhuis-cao was geëxpireerd. Het Ziekenhuis daarentegen stelde dat de de Ziekenhuis-cao ook in de tussengelegen periodes zou voortgelden ten gevolge van nawerking. De Hoge Raad ging echter niet over tot het toekennen van nawerking aan avv. De Hoge Raad deelde de conclusie van de rechtbank ten aanzien van nawerking en stelde:

(...) dat nawerking van de cao volgt uit het systeem van de Wet cao: dat systeem baseert gebondenheid aan de cao op het zijn van (lid van een) cao-partij. Het strookt daarmee om te aanvaarden dat de doorwerking van cao-bepalingen, die plaatsvindt wanneer zowel werkgever als werknemer aan de cao gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de cao is aangegaan. De Wet avv voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven beperkte periode. Aan een verbindendverklaring kan evenwel geen terugwerkende kracht

44. HR 10 januari 2003, *RvdW* 2003, 12, *JAR* 2003/38.

worden toegekend; ook kan een algemeenverbindendverklaring hooguit voor de duur van twee jaar worden gegeven, en dan nog: niet verderstrekkend dan tot de afloopdatum van de CAO. Met dit strikte stelsel van regels is een extensieve interpretatie van de Wet AVV ten aanzien van de geldingsduur van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen voorbij de periode van algemeenverbindendverklaring, niet te verenigen. Ook het beroep van het Ziekenhuis op de praktische problemen, die het telkens toepasselijk, en weer niet toepasselijk zijn van CAO-bepalingen op individuele arbeidsovereenkomsten met niet-gebonden werknemers meebrengen, kan niet zodanig gewicht in de schaal leggen dat op grond van een belangenafweging toch nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, waarvan de geldigheidsduur is verstreken, zou moeten worden aangenomen. Het strikte stelsel van regels in de Wet AVV biedt voor de dergelijke belangenafweging geen ruimte.’

Deze conclusie van de Hoge Raad is ondubbelzinnig en sluit aan bij de overwegingen zoals die naar voren kwamen in de zaak *Luitjens/Vlees*.⁴⁵

Wel nawerking: dogmatisch argument

De leer van de ‘verkregen rechten’ waar de Hoge Raad in *Beenen/Vanduh* voor kiest was de door de A-G Koopmans voorgestelde ‘second-best’ optie. Koopmans gaf de Hoge Raad in zijn conclusie bij dit arrest ter overweging om de Hop/Hom-leer te verlaten en nawerking van avv aan te nemen. Koopmans stelt dat het afwijzen van de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen een dogmatische zwakte kent.

Koopmans wijst erop dat de normatieve en aanvullende werking van de Wet CAO en de Wet AVV op identieke wijze zijn geredigeerd. Juridisch gezien doen de dwingende en de aanvullende werking zich, zij het op verschillende grond, op precies dezelfde wijze voor. De AG stelt dat het verstrijken van de geldigheidsduur van de niet algemeen verbindend verklaarde cao betekent dat de contractsvrijheid van de individuele werkgever en werknemer wordt hersteld. Maken zij van die vrijheid vooralsnog geen gebruik, dan blijven de cao-voorwaarden gelden – niet omdat de cao-partijen dat zouden hebben gewild maar omdat die voorwaarden deel zijn gaan uitmaken van hun individuele arbeidsovereenkomst. Dit laatste is echter evenzeer het geval wanneer de cao voor hen heeft gegolden ingevolge algemeenverbindendverklaring. Ook in dat geval keert de contractsvrijheid terug als de geldigheidsduur verstrijkt; maar de arbeidsvoorwaarden die vroeger hebben gegolden kunnen ook dan moeilijk terugkeren, omdat de

45. HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154.

individuele arbeidsovereenkomst er intussen anders is komen uit te zien; sommige bedingen ervan zijn zelfs door nietigheid getroffen.

Geen continuïteit arbeidsvoorwaarden: praktisch argument

In zijn conclusie bij de zaak *Beenen/Vanduhlo* wijst de AG Koopmans bij de bespreking van de leer van de verkregen rechten ook op een praktische zwakheid van deze leer. Algemeenverbindendverklaring van elkaar in de tijd opvolgende collectieve arbeidsovereenkomsten kan leiden tot een niet aaneensluitend arbeidsvoorwaardenregime. Er moet immers een procedure worden gevolgd alvorens tot algemeenverbindendverklaring kan worden overgegaan, terwijl daaraan geen terugwerkende kracht kan worden verleend. In geval van algemeenverbindendverklaring is onderbroken geldigheid van de cao dan ook de regel, niet de uitzondering. Onthoudt men nu nawerking aan algemeen verbindend verklaarde cao's, dan moet men volgens Koopmans aanvaarden dat in een belangrijk aantal ondernemingen in verschillende bedrijfstakken het arbeidsvoorwaardenregime voor de werknemers in de ene helft van het jaar telkens anders is dan in de andere helft. Met een dergelijk stelsel is eigenlijk niet te werken. Daarbij is het volgens Koopmans maar zeer de vraag of (met een verwijzing naar het *Bongers/KSB*-arrest) 'redelijke contractspartijen – ik spreek nu van partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst – zoiets van elkaar mogen verwachten.'

De A-G wijst erop dat de onwerkbaarheid wordt verergerd door de omstandigheid dat in bepaalde bedrijfstakken de gewoonte bestaat om op allerlei punten waar de cao in voorziet geen individuele bedingen meer te maken. De werknemer wordt alleen in de cao 'ingeschaald'. Indien regelmatig algemeenverbindendverklaring plaatsvindt, zoals in het motorvoertuigen- en tweewielerbedrijf, zal die gewoonte ook bij de ongeorganiseerde werkgevers kunnen opkomen. Als er dan problemen ontstaan in een periode waarin de algemeenverbindendverklaring niet geldt, zijn werknemer of werkgever betrekkelijk rechteloos door het ontbreken van nawerking.

Koopmans wijst er nog op dat in het Duitse arbeidsrecht het hier verdedigde standpunt is aanvaard. Men gaat uit van de noodzaak, in verband met de rechten van individuele werknemers, om zoveel mogelijk een aaneensluitend cao-regime te hebben. 'Bij het einde van de werking van de cao, op welke grond dan ook, wordt nawerking aangenomen totdat partijen van de aldus herstelde contractsvrijheid gebruik maken door nieuwe bedingen aan te gaan. Het *Tarifvertragsgesetz* bepaalt uitdrukkelijk, in par. 4 lid 5, dat er nawerking is wanneer de cao haar binding beëindigt; daarbij wordt geen verschil gemaakt naar gelang de cao al dan niet algemeen verbindend is verklaard. Op te merken valt daarbij, dat de algemeenverbindendverklaring, anders dan bij ons, in dezelfde wet geregeld is: par. 5 *Tarifvertragsgesetz*.'

In de literatuur werd het praktische bezwaar van de A-G Koopmans overwegend gedeeld. Het systeem werd niet werkbaar geacht door Swelheim, Rood, Boot, Stege en Verhulp.⁴⁶ Met name Rood wijst op het probleem van het 'jojo-effect'. Deze jojo gaat op en neer en zorgt nu weer eens voor toepasselijkheid van de cao en dan weer voor een periode waarin de cao toepassing mist. Dit kan leiden tot discontinuïteit en onduidelijkheid over de arbeidsvoorwaarden van individuele werknemers. Jacobs stelt dat de wetgever de nawerking van avv rustig kan bevestigen, bijvoorbeeld door nawerking te erkennen gedurende een of twee jaar, waardoor in de praktijk de periodes tussen avv van twee opvolgende cao's naadloos kan worden overbrugd. Hij stelt hiertoe dat nawerking van avv in de praktijk toch veelal wordt toegepast, omdat werkgevers en werknemers dat als logisch ervaren.⁴⁷

Tot slot bestaat nog een systematisch bezwaar tegen het aannemen van nawerking van avv. Fase merkt hierover mijns inziens terecht het volgende op:

'De CAO-arbeidsvoorwaarden zijn door de gebonden werkgever en werknemer gewilde arbeidsvoorwaarden. Zij blijven na afloop van de CAO gelden totdat de werkgever met de werknemer anders overeenkomt. (...) Bij verbindendverklaring gaat het (...) om opgelegde arbeidsvoorwaarden. De presumpctie van vrijwillige aanvaarding geldt niet (...). Het is de minister die over de noodzaak en de duur van bepaalde arbeidsvoorwaarden beslist. Zijn bevoegdheid tot intrekking van verbindendverklaring onderstreept dat. Het ligt derhalve voor de hand, dat verbindendverklaarde CAO-bepalingen slechts zolang werken, als de minister bepaalt. Daarna zijn zij uitgewerkt.'⁴⁸

Uit oogpunt van contractsvrijheid en systematiek is dit de enige juiste redenering. De contractsvrijheid van ongebonden werkgevers wordt op grond van de huidige praktijk niet belemmerd. Deze redenering komt de rechtszekerheid van werknemers niet altijd ten goede.

46. A.J. Swelheim, 'Een beetje nawerking', *ArbeidsRecht* 1994, 24, M.G. Rood, 'Nog geen nawerking van via avv geldende CAO-bepalingen', *TVVS* 1994, p. 132, C.G. Boot, 'Hoge Raad Beenen/Vanduho; nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?' *SR* 1994, p. 199, A. Stege: 'De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 2000, 62, E. Verhulp, 'Nawerking, het volle pond graag...!' *ArbeidsRecht* 2002/10, p. 8-14.

47. A.T.J.M. Jacobs, Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's, in: *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2005, p. 55.

48. W.J.P.M. Fase, *C.A.O-recht. Schets van het recht met betrekking tot C.A.O.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen*, Alphen aan de Rijn: Samson 1982, p. 122/123.

3.5 Welk type cao-bepalingen?

Voor welk type cao-bepalingen geldt de algemeen verbindend verklaring? Allereerst dient te worden opgemerkt dat de avv niet voor de gehele cao geldt. De Wet avv geeft betrekking op het algemeen verbindend verklaren *van bepalingen van cao's*. Hierbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen de verschillende typen cao-bepalingen. Niet alle typen bepalingen kunnen algemeen verbindend worden verklaard.

Terwijl *normatieve* en *diagonale bepalingen* wel voor avv in aanmerking komen, komen *obligatoire bepalingen* in principe niet voor algemeen verbindend verklaring in aanmerking. Dit blijkt uit de redactie van art. 2 lid 1 Wet avv. Ook Fase merkt op dat het in het algemeen onjuist zou zijn als verplichtingen die cao-partijen ten opzichte van elkaar op zich nemen, ook voor andere organisaties zouden gelden. Hierbij moet worden aangetekend dat er wel bepaalde obligatoire bepalingen zijn die tóch voor verbindendverklaring in aanmerking kunnen komen. Dit zijn bepalingen die weliswaar de verhoudingen tussen cao-partijen raken, maar overeengekomen zijn met het oog op de gebonden werkgevers en werknemers. Voorbeelden hiervan zijn cao-bepalingen die partijen verplichten een commissie in stand te houden die dispensatie kan verlenen van bepaalde normatieve cao-bepalingen. Een ander voorbeeld betreft het oprichten en in stand houden van sociale fondsen op grond van een obligatoire bepaling.⁴⁹

Naast de zojuist besproken eisen die aan de algemeen verbindend te verklaren bepalingen worden gesteld, sluit art. 2 lid 5 Wet avv een aantal typen bepalingen uit van algemeenverbindendverklaring. Uitgesloten zijn cao-bepalingen die ten doel hebben de beslissing van de rechter over een twistgeding uit te sluiten. Voorts zijn bepalingen van avv uitgesloten die beogen dwang uit te oefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een werknemers- of werkgeversorganisatie aan te sluiten. Ook niet voor avv komen in aanmerking bepalingen die een ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg zouden kunnen brengen. Tot slot zijn uitgesloten bepalingen die ten doel hebben werknemers te betrekken bij de handhaving van regelingen betreffende de prijzen die voor goederen of diensten door de werkgevers van derden gevorderd zullen worden, en betreffende de voorwaarden waaronder door de werkgevers aan derden zal worden geleverd.

49. De verplichte bijdrage wordt geïnd op grond van een diagonale bepaling en de uitkering wordt verstrekt op grond van een horizontale bepaling.

De overige eisen die aan de verbindend te verklaren bepalingen wordt gesteld vindt men niet in de Wet avv, maar zijn als beleidsregels neergelegd in het Toetsingskader avv, dat hierna wordt besproken.

3.5.1 *Het Toetsingskader avv*⁵⁰

In het Toetsingskader zijn de beleidsregels neergelegd op grond waarvan de Minister van Sociale Zaken zijn discretionaire bevoegdheid uitoefent. Naast de beleidsdoelen en criteria voor de representativiteit is in het Toetsingskader neergelegd welk type bepalingen voor avv in aanmerking komt. Het eerste Toetsingskader werd gepubliceerd in 1998.⁵¹ Sindsdien heeft het aanpassingen ondergaan in 2001,⁵² 2002,⁵³ 2004⁵⁴ en 2007.⁵⁵ De wijziging van 2001 had voornamelijk betrekking op het dispensatiebeleid en het beleid ten aanzien van de fondsen. In 2002 werd ook weer het fondsbeleid gewijzigd. Tevens werd een bepaling opgenomen op grond waarvan bij het avv-verzoek een toelichting dient te worden overlegd waaruit blijkt hoe de representativiteitsgegevens zijn verzameld. In 2003 werd door de Minister aan de star advies gevraagd⁵⁶ om het Toetsingskader avv opnieuw te wijzigen, ditmaal naar aanleiding van de discussie die was ontstaan over avv en decentralisatiebepalingen. De daarop volgende wijziging in 2004 heeft tot gevolg dat het op basis van het Toetsingskader niet mogelijk is bij voorbaat de uitwerking van een decentralisatiebepaling algemeen verbindend te verklaren indien de mogelijkheden voor die uitwerking niet nauwkeurig staan aangegeven in de cao zelf. Een ongeclausuleerde bevoegdheid om op het decentrale niveau nadere invulling te geven aan de

50. Toetsingskader Algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen, *Stcrt.* 7 september 2001, nr. 173, p. 12. Zie ook: J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, 'Het Toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen', *SMA* 2002/2, p. 124-137.

51. Toetsingskader avv, *Stcrt.* 1998, 240.

52. Besluit van 5 september 2001, *Stcrt.* 2001, 173.

53. Besluit van 14 juni 2002, *Stcrt.* 2002, 114.

54. Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 augustus 2004, Directie Arbeidsverhoudingen, nr. AV/CAM/04/55433 tot wijziging van het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (avv).

55. De wijziging van het Toetsingskader avv heeft echter kort voor dit boek ter perse ging plaatsgevonden. Na het advies van de Stichting van de Arbeid van 22 juni 2006 (S.A. 06.049.42 JM/JS) en van 11 september 2006 (S.A. 06.069.79 JM/JS) is het Toetsingskader met ingang van 1 januari 2007 gewijzigd. Bron: Staatscourant 28 november 2006, nr. 232, p. 27.

56. Ministerie szw, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807.

cao komt dus niet voor avv in aanmerking.⁵⁷ Met de wijziging van 2007 is beoogd het dispensatiebeleid aan te scherpen.

Het toetsingsbeleid is gericht op de primaire doelstellingen van de Wet avv, namelijk de bescherming en de ondersteuning van de cao. Avv kan volgens het Toetsingskader worden geweigerd op een aantal algemene gronden, te weten strijdigheid met het recht, strijdigheid met het algemeen belang en te grote benadeling van de rechtmatige belangen van derden. Afgezien van de genoemde marginale toetsing, vermeldt het Toetsingskader ook welk type bepaling voor avv in aanmerking komt. Voor avv in aanmerking komen die cao-bepalingen die rechten en plichten regelen van werkgever en werknemer onderling (normatieve bepalingen). Ook komen bepalingen die de verhouding van werkgever en werknemer ten opzichte van cao-partijen (diagonale bepalingen) vaststellen voor avv in aanmerking. Niet voor avv in aanmerking komen daarentegen intentieverklaringen, protocollen of aanbevelingen en eventuele toelichtingen op de cao. Voorts komen ook de cao-bepalingen die de relaties tussen cao-partijen onderling regelen (obligatoire bepalingen) niet voor avv in aanmerking. Deze bepalingen hebben alleen betekenis voor cao-partijen en komen daarom naar hun aard niet voor avv in aanmerking. Met betrekking tot deze obligatoire bepalingen vermeldt het Toetsingskader nog dat voor zover de zojuist besproken bepalingen normatieve of diagonale elementen bevatten, de avv daarvan alleen mogelijk is indien deze separaat in de cao zijn geredigeerd.⁵⁸ Met betrekking tot *obligatoire* bepalingen vermeldt het Toetsingskader ook dat het feit dat deze niet voor avv in aanmerking komen, niet betekent dat de uitkomsten van zulke afspraken tussen cao-partijen geen consequenties voor de avv kunnen hebben. De afspraken tussen cao-partijen kunnen immers wel gevolgen hebben voor het openbreken, opzeggen of wijzigen van een cao. Daarbij vervalt zonder geldende cao ook de basis voor het avv-besluit.

Het Toetsingskader herhaalt in paragraaf 4.3 het type bepalingen dat op grond van art. 2 lid 5 Wet avv niet voor avv in aanmerking komt. Het Toetsingskader gaat echter dieper op de materie in door voorbeelden te noemen van de verschillende bepalingen. Zo komen op grond van de Wet avv niet voor avv in aanmerking cao-bepalingen die ten doel hebben de beslissing van de rechter over een twistegeding uit te sluiten (art. 2 lid 5 sub a

57. Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 augustus 2004, Directie Arbeidsverhoudingen, nr. AV/CAM/04/55433 tot wijziging van het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (avv).

58. Toetsingskader avv 2001, p. 4.

Wet avv). Het Toetsingskader voegt hieraan toe dat een geschillenprocedure, om in aanmerking voor avv te komen, aan de volgende voorwaarden dient te voldoen:

- beide partijen in het geding moeten om een bindend advies verzoeken; een bindend advies dient niet verplicht te zijn opgelegd, alsmede
- de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om het bindend advies marginaal te toetsen mag niet worden aangetast, alsmede
- de mogelijkheid van een bindend advies dient open te staan voor zowel georganiseerden als ongeorganiseerden, alsmede
- de wettelijke bevoegdheid van een ander orgaan mag niet worden doorkruist.

Ook niet in aanmerking voor avv komen bepalingen die beogen dwang uit te oefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een werknemers- of werkgeversorganisatie aan te sluiten, de zogeheten closed-shop-clausules (art. 2 lid 5 sub b Wet avv). Als voorbeeld noemt het Toetsingskader een cao-bepaling die een verbod inhoudt aan de werkgever arbeid te doen verrichten door een werknemer, die geen lid is van een van de werknemerspartijen bij de cao.

Uitgesloten van avv zijn voorts cao-bepalingen die ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg brengen (art. 2 lid 5 sub c Wet avv). Hierbij noemt het Toetsingskader bij wijze van voorbeeld voorzieningen die in het kader van fondsen dienen open te staan voor alle werkgevers en werknemers die aan de relevante voorwaarden voldoen, ongeacht of zij zijn aangesloten zijn bij één van de cao-sluitende partijen. Ook zijn uitgesloten bepalingen die ten doel hebben werknemers te betrekken bij de handhaving van regelingen betreffende de prijzen die voor goederen of diensten door de werkgevers van derden gevorderd zullen worden, en betreffende de voorwaarden waaronder door de werkgevers aan derden zal worden geleverd (art. 2 lid 5 sub d Wet avv).

Van avv zijn uitgesloten cao-bepalingen die ertoe strekken dat een decentralisatiebepaling waarmee van een of meer cao-bepalingen kan worden afgeweken, binnen de werkingssfeer ervan bindend zal zijn voor de werkgever(s) en al zijn (hun) werknemers. Een uitzondering hierop vormt de situatie dat de cao-bepaling slechts afwijking toelaat in de vorm van in de cao zelf aangegeven alternatieven. De avv van decentralisatiebepalingen komt nader aan de orde in par. 3.5.2.

Bepalingen over pensioenen vormen een andere groep bepalingen waar de Wet avv geen toepassing vindt. In het Toetsingskader wordt hiervoor als argument gegeven dat voor pensioenen analoog aan het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen de ‘verplichte deelname’ bestaat op basis van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensi-

oenfonds (WBpf). Dit geldt ook voor afspraken over aanvullende sociale zekerheid die het karakter hebben van een pensioenuitkering, zoals het invaliditeitspensioen en het nabestaandenpensioen.

Wel in aanmerking voor avv komen echter afspraken over vervroegde uittreding (vut). Volgens het Toetsingskader dient de financiering hiervan op omslagbasis te geschieden. Dit in tegenstelling tot de pensioenen, die een kapitaaldeckingsstelsel kennen. De avv van vut-afspraken is mogelijk voor een periode van 5 jaar. In het geval er sprake is van een gemengde vut- en flexpensioenregeling, dienen de regelingen volledig onafhankelijk van elkaar te kunnen bestaan. Dit betekent dat de regelingen financieel en administratief gescheiden moeten zijn met te onderscheiden premies voor vut- en flexpensioen.⁵⁹

De Wet avv richt zich primair op arbeidsvoorwaarden. Dit heeft tot gevolg dat in het Toetsingskader een aparte bepaling is opgenomen ten aanzien van cao-bepalingen over het herverzekeren van eigen risico's van werkgevers. Werkgevers hebben de wettelijke plicht tot doorbetaling van loon bij ziekte of de eerste periode van arbeidsongeschiktheid. De werkgeversverplichtingen tot verzekering van dergelijke risico's uit hoofde van de cao zijn geen arbeidsvoorwaarden, maar afdekking van ondernemersrisico's en komen dus niet voor avv in aanmerking. Volgens het Toetsingskader vormen bovenwettelijke toeslagen op sociale zekerheid inclusief het verzekeren daarvan wel arbeidsvoorwaarden en komen derhalve wel voor avv in aanmerking.

Het Toetsingskader stelt dat cao-bepalingen die geen verband houden met de arbeid niet voor avv in aanmerking komen. Als voorbeelden van dergelijke bepalingen kunnen dienen afspraken over de ontwikkeling van nieuwe technieken, bedrijfseconomische ontwikkeling, kwaliteit van het product of de promotie van een branche. Deze afspraken houden geen of onvoldoende verband met arbeid en komen niet voor avv in aanmerking. Wel bestaat de mogelijkheid tot avv indien in bovengenoemde afspraken elementen zijn opgenomen die wel voldoende duidelijk verband houden met arbeid. Voorwaarde voor avv is dat deze elementen separaat dienen te zijn geredigeerd.

Het Toetsingskader avv biedt het beleidskader waarbinnen de Minister de bevoegdheid tot avv uitoefent. Hoewel avv als zodanig de contractsvrijheid beperkt, blijkt uit de behandeling van het Toetsingskader dat de bevoegdheid tot avv zich niet uitstrekt over alle bepalingen van de cao, maar dat de Wet avv en het Toetsingskader avv hieraan restricties verbinden.

59. Toetsingskader avv 2001, p. 4/5.

3.5.2 *Avv en decentralisatiebepalingen*

Het opnemen van decentralisatiebepalingen in de cao door cao-partijen is een mogelijkheid om het bezwaar te ondervangen dat cao's te zeer inbreuk maken op de individuele contractsvrijheid van werknemers en werkgevers. Of deze decentralisatiebepalingen ook voor avv in aanmerking komen, is onderwerp van discussie. Aanleiding tot deze discussie is de ontwikkeling van decentralisatie en differentiatie in arbeidsvoorwaardenvorming zoals die tot uitdrukking komt in enkele aangepaste structuren van bedrijfstak-cao's. Voorbeelden hiervan zijn de Grafimedia-cao, de Horeca-cao en de Metalektro-cao. In deze cao's blijft de ordenende functie van de cao gehandhaafd, maar wordt ruimte gelaten om op lager niveau onderdelen van de cao vast te stellen, nadere invulling te geven aan cao-bepalingen, of om op onderdelen af te wijken van de basis-cao. Deze ontwikkeling is volgens de Stichting van de Arbeid met name gestimuleerd 'vanuit de behoefte van ondernemingen aan een bepaalde mate van flexibilisering van de productie alsook door veranderende behoeften van werknemers als gevolg van zich wijzigende samenlevings- en taakverdelingspatronen.⁶⁰

In een adviesaanvraag⁶¹ aan de Stichting van de Arbeid constateert de Minister dat meer en meer decentralisatiebepalingen in bedrijfstak-cao's voorkomen. Gezien de wenselijkheid van differentiatie en maatwerk en gegeven het blijvende belang van ordening van de arbeidsverhoudingen door middel van het cao-instrument, acht de Minister deze ontwikkeling toe te juichen.

In het kader van avv daarentegen hebben de gedecentraliseerde cao-structuren vragen opgeroepen. De discussie valt uiteen in twee hoofdvragen. De eerste vraag is hoe hoeveel collectieve contractsvrijheid er bestaat indien cao-partijen aanwijzen met welke vakbonden er op het decentrale niveau moet worden onderhandeld. De tweede vraag is waar de grenzen van de avv van decentralisatiebepalingen moeten liggen. Deze vragen zullen hierna worden besproken.

Collectieve contractsvrijheid bij aangewezen vakbonden op decentraal niveau

Indien cao-partijen decentralisatiebepalingen opnemen in de cao kunnen zij hierbij bepalen dat de uitwerking van de decentralisatiebepalingen dient te geschieden in overleg met één van de bonden die partij waren bij de

60. Stichting van de Arbeid, Naar arbeidsvoorwaarden op maat, 28 april 1999, Publicatienummer 1/99, p. 15.

61. Ministerie szw, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807

cao. Dit om te voorkomen dat andere bonden die verder niet met de cao te maken hebben nader invulling geven aan de partijafpraak. Indien voor een cao met een dergelijke bepaling wordt verzocht om algemeen verbindend verklaring kan zich de vraag voordoen of een dergelijke bepaling niet in strijd komt met de eisen van collectieve contractsvrijheid.

Een geval waarin de minister van szw heeft geweigerd om tot algemeen-verbindendverklaring over te gaan betrof de Metalekro-cao 2000-2002. Doorslaggevend bij deze beslissing was de bepaling in de cao dat slechts van de cao kon worden afgeweken bij of krachtens cao af te sluiten met bij de Metalekro betrokken vakverenigingen. Wegens de verplichting om op decentraal niveau met dezelfde vakbonden te onderhandelen heeft de minister geweigerd om tot algemeenverbindendverklaring over te gaan.

Een door cao-partijen bij de Metalekro ingestelde Commissie van Deskundigen is om advies gevraagd over de vraag hoe het algemeen verbindend verklaren van dit type decentralisatiebepalingen in de Metalekro-cao zich verhoudt tot de fundamentele arbeidsnormen, te weten het recht op vrijheid van organisatie en het recht op vrijheid van onderhandelen, zoals onder meer vastgelegd in de ILO-verdragen 87 en 98.⁶² De Commissie van Deskundigen oordeelde dat het algemeen verbindend verklaren van decentralisatiebepalingen op geen enkele wijze strijdig is met deze voorschriften. Hieraan lag de volgende argumentatie ten grondslag.

Met ILO-Verdrag 87 bestaat volgens de Commissie geen strijd, omdat de decentralisatiebepalingen op geen enkele wijze een belemmering inhouden voor de oprichting van of de aansluiting bij vakverenigingen die geen partij bij de Metalekro-cao zijn. Met ILO-verdrag 98 achtte de Commissie de avv van decentralisatiebepalingen ook niet strijdig. Het instrument van de avv wordt ook door de ILO beschouwd als een ondersteuning van het recht op collectief onderhandelen. Dat de cao-partijen de mogelijkheid willen bieden om decentraal af te wijken van de cao, draagt bij aan het instrumentarium voor collectieve onderhandelingen. Volgens de Commissie vormt het feit dat deze mogelijkheid wordt beperkt tot dezelfde partijen die de bedrijfstak-cao afsluiten, geen inbreuk op de onderhandelingsvrijheid van de andere vakbonden, omdat sprake is van een onderhandelingsproces op verschillende niveaus door dezelfde partijen. Daar algemeenverbindendverklaring geen inbreuk vormt op het ILO-Verdrag 98, valt volgens de Commissie niet in te zien waarom avv van een cao waarin wordt gedifferentieerd naar niveaus van onderhandeling dat wel zou zijn.

62. Adviescommissie van Deskundigen inzake avv Metalekro 2002-2002, *JAR* 2002/22, p. 2.

Het oordeel van de Commissie van Deskundigen ontmoette kritiek in de literatuur. Zo is erop gewezen, dat zich een knelpunt voordoet bij het beperken van het overleg op decentraal niveau tot die partijen die op centraal niveau partij bij de cao waren. De representativiteit van de cao-partijen wordt in zo'n geval alleen getoetst op centraal niveau en vervolgens 'automatisch doorgetrokken' naar het decentrale niveau. Van de cao-partijen die op centraal niveau representatief werden geacht, staat echter niet op voorhand vast dat zij op decentraal niveau als representatief zijn aan te merken. Bruins stelt: 'Daar waar de bij de hoofd-cao betrokken bonden zich op decentraal niveau in de onderhandelingen onvoldoende door (de wensen en behoeften van) de betrokken niet- of anders georganiseerde werknemers laten leiden, zou de legitimatie van de op decentraal niveau door die vakorganisaties te maken afspraken afwezig zijn'. Bruins concludeert dat algemeenverbindendverklaring van decentralisatiebepalingen waarbij het overleg op decentraal niveau wordt beperkt tot die partijen die op centraal niveau partij bij de cao waren, een belemmering vormt voor collectieve onderhandelingen door partijen die op decentraal niveau wel als (meer) representatief kunnen worden beschouwd.⁶³ Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat werknemers zich meer en meer gaan organiseren bij de grote bonden die meestal partij zijn bij de onderhandelingen op centraal niveau. De (kleinere) bonden waar zij wellicht lid bij waren, krijgen namelijk geen enkele stem in het decentrale overleg. De vrijheid van de werknemer om zijn eigen vakvereniging te kiezen bestaat dan nog slechts op papier en de vrijheden die door de ILO-Verdragen 87 en 98 worden gegarandeerd zouden onder druk kunnen komen te staan.

Een dergelijke spanning doet zich voor vanuit de optiek van art. 2 lid 5 sub b en c Wet avv. Door de omstrede decentralisatiebepalingen ontstaat weliswaar geen directe dwang om lid te worden van een bij de Metalelektro betrokken vakvereniging (art. 2 lid 5 sub b), maar wil de werknemer gehoord worden door de partij die op het decentrale niveau zijn belangen moet behartigen, dan zou hij moeten overwegen, wel lid te worden van één van de partijen op het centrale niveau. Dit heeft tot gevolg dat onderscheid wordt gemaakt tussen georganiseerden en anders-georganiseerden (art. 2 lid 5 sub c). Anders georganiseerden kunnen op decentraal niveau in een andere uitgangspositie komen dan hun collega's die zijn aangesloten bij één van de vakbonden die partij zijn bij de cao op centraal niveau.⁶⁴ De cao-sluitende bonden hoeven bij de uitwerking van de decentralisatiebepalingen geen rekening te houden met de belangen van anders-georganiseerden.

63. J.A. Bruins, 'avv en closed shop', *ArbeidsRecht* 2002, p. 23.

64. J.A. Bruins, 'avv en closed shop', *ArbeidsRecht* 2002, p. 23.

De hierboven vermelde punten kwamen ook naar voren in de adviesaanvraag over decentralisatiebepalingen en avv⁶⁵ van de minister van szw aan de STAR. Hierin gaf de minister aan dat decentralisatiebepalingen waarin staat voorgeschreven met welke werknemersorganisaties (of werkgeversorganisaties) decentrale regelingen moeten of kunnen worden overeengekomen een voorkeursbehandeling van bepaalde vakbonden (of werkgeversorganisaties) en dus van hun leden impliceert. Dit staat volgens de Minister zowel op gespannen voet met art. 2 lid 5 Wet avv als met de vrijheid niet lid te zijn van een bepaalde vakbond, gewaarborgd door art. 2 van de ILO-conventie 87. In een dergelijk geval zou door de Minister immers moeten worden goedgekeurd dat cao-partijen door het verzoeken van avv van decentralisatiebepalingen de positie van bepaalde vakbonden versterken ten koste van andere vakbonden.

Mede naar aanleiding van deze discussie, heeft de Minister van szw begin 2003 een voorstel gedaan om het Toetsingskader avv aan te passen en hierin een extra bepaling op te nemen ten aanzien van decentralisatiebepalingen. De wijziging zou inhouden dat niet voor avv in aanmerking komen cao-bepalingen 'waarin staat voorgeschreven met welke werknemersorganisaties (of werkgeversorganisaties) decentrale regelingen kunnen worden overeengekomen, hetgeen een voorkeursbehandeling van bepaalde vakbonden (of werkgeversorganisaties) impliceert en dus van hun leden (zie onderdeel 5.3 sub c).'⁷

De Stichting van de Arbeid deelde de opvatting van de minister echter niet en sloot zich aan bij het hiervoor besproken oordeel van de Commissie van Deskundigen inzake de Metalektro-cao.⁶⁶ Om die reden is het Toetsingskader uiteindelijk niet gewijzigd in de door de minister voorgestelde zin. Naar mijn opvatting is begrijpelijk dat de Stichting van de Arbeid niet instemde met de voorgestelde wijziging van het Toetsingskader. Indien partijen bij een cao samen besluiten om mogelijkheden te scheppen voor decentralisatie moeten zij ook samen in contractsvrijheid kunnen vaststellen door wie die decentrale uitwerking dient te geschieden. Problematisch is echter wel dat algemeen verbindend verklaarde bepalingen ertoe leiden dat ongeorganiseerde werkgevers slechts af kunnen wijken met specifieke bonden. Dit beperkt de werkgevers in hun keuzevrijheid.

65. Ministerie szw, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807.

66. Stichting van de Arbeid, *Advies inzake algemeen verbindend verklaring en decentraliseringsbepalingen in CAO's*, 3 juni 2003, publ. Nr. 5/03, p. 12/13.

Grenzen aan de avv van decentralisatiebepalingen

Hoewel cao-partijen vrij zijn om hun eigen decentralisatiemogelijkheden vorm te geven, wordt het gecompliceerder zodra een verzoek tot avv wordt gehonoreerd. De decentralisatiebepalingen verkrijgen door avv immers een verder reikend karakter dan een afspraak tussen de contractspartijen alleen, doordat het algemeen verbindend verklaren van cao's een daad van materiële wetgeving betreft waardoor ook derden aan cao-bepalingen gebonden kunnen raken.⁶⁷ De vraag rijst dan waar de grenzen van avv van decentralisatiebepalingen moeten worden getrokken.

In zijn adviesaanvraag⁶⁸ aan de Stichting van de Arbeid over decentralisatiebepalingen en avv geeft de Minister van szw aan wat volgens hem de grenzen zijn van het algemeen verbindend verklaren van decentralisatiebepalingen. Deze grenzen worden overschreden indien cao-partijen in decentralisatiebepalingen vastleggen dat zij aan partijen op een lager niveau een ongeclausuleerde bevoegdheid geven om algemeen verbindende afspraken te maken, of decentrale regelingen een algemeen verbindende status toe-kennen. De minister geeft hierbij drie mogelijke constructies, waarbij wordt vastgelegd dat de decentralisatiebepaling heeft te gelden als:

1. afspraak tussen ondernemer en or of pvt die bindend is voor alle betrokkenen
2. bij voorbaat onderdeel uitmakend van de (bedrijfstak)-cao
3. afzonderlijk af te sluiten cao die in de plaats treedt van de bepalingen in de bedrijfstak-cao waarvan wordt afgeweken.

Met betrekking tot de eerste mogelijkheid wordt door de Minister gesteld dat cao-partijen op een dergelijke manier 'expliciet en feitelijk de bevoegdheid tot materiële wetgeving geven aan partijen op een lager niveau, hetgeen een wettelijke grondslag behoeft, die in dit geval ontbreekt'. Ten aanzien van de tweede en de derde mogelijkheid wordt volgens de Minister beoogd of verondersteld dat vooraf de status van avv is toegekend aan de decentrale regeling, in de vorm van een aparte cao of onderdeel van de 'hoofd-cao'. Hierdoor zou impliciet ook een bevoegdheid tot materiële wetgeving aan lagere partijen worden gedelegeerd. Door zo te handelen wordt niet voldaan aan een belangrijk vereiste van de Wet avv en het Toetsingskader avv: de minister moet de inhoud van de algemeen verbindend te verklaren cao-bepalingen kunnen toetsen. In de onder 2 en 3 geschetste gevallen is het onmogelijk de inhoud van decentrale regelingen die nog tot stand

67. Ministerie szw, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807.

68. Ministerie szw, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807.

moeten komen te toetsen. Aangezien geen ‘blanco cheque’ aan cao-partijen kan worden gegeven, is het onmogelijk om een decentraal overeengekomen regeling op voorhand als algemeen verbindend te beschouwen.

Hieruit vloeit volgens de Minister voort dat niet voor avv in aanmerking komen die decentralisatiebepalingen waarin cao-partijen een ongeclausuleerde bevoegdheid geven om op een lager niveau afspraken te maken (bij cao of door de or/PVT) met het oogmerk die afspraken algemeen verbindend te laten zijn. In beginsel komen decentralisatiebepalingen die een ongeclausuleerde bevoegdheid geven wel in aanmerking voor avv indien blijkt dat partijen niet het oogmerk hebben om de decentrale afspraken algemeen verbindend te laten zijn.

In het geval waarin cao-partijen een geclausuleerde bevoegdheid geven om op een lager niveau decentrale regelingen overeen te komen bestaat de mogelijkheid tot avv indien cao-partijen geen algemeen verbindende werking beogen van de decentrale regeling. De Minister geeft aan dat wel een mogelijkheid bestaat de inhoud van de decentrale regelingen vooraf algemeen verbindend verklaren. Dit is mogelijk indien de inhoud van de regeling vooraf in voldoende mate bekend is bij de minister. Hiervan is sprake indien er voldoende concrete alternatieven in de cao zijn opgenomen.⁶⁹

Mede naar aanleiding van de boven beschreven discussie, heeft de Minister van szw begin 2003 een voorstel gedaan om het Toetsingskader avv aan te passen en hierin een extra bepaling op te nemen over decentralisatiebepalingen. De Stichting van de Arbeid⁷⁰ heeft geadviseerd in de door de minister voorgestelde lijn en sindsdien bevat het Toetsingskader een bepaling die inhoudt dat niet voor avv in aanmerking komen: ‘CAO-bepalingen die ertoe strekken dat een door de CAO toegestane decentrale afspraak waarmee van een of meer CAO-bepalingen wordt afgeweken, binnen de werkingssfeer ervan bindend zal zijn voor de werkgever(s) en al zijn (hun) werknemers, tenzij de CAO-bepaling slechts afwijking toelaat in de vorm van in de CAO zelf aangegeven alternatieven.’⁷¹

3.5.3 *Avv en fonds-cao's*

Cao-partijen kunnen bij cao fondsen oprichten en de taak, functie en werkwijze van die fondsen reglementeren. Deze fondsen hebben bijvoorbeeld betrekking op scholing, VUT, uitkering bij werkloosheid of arbeidsongeschikt-

69. Ministerie szw, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807, p. 3.

70. Stichting van de Arbeid, Advies inzake algemeen verbindend verklaring en decentraliseringsbepalingen in CAO's, 3 juni 2003, publ. Nr. 5/03, p. 7-9.

71. Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 augustus 2004, Directie Arbeidsverhoudingen, nr. AV/CAM/04/55433 tot wijziging van het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV).

heid en arbeidsomstandigheden. Door avv kunnen ongebonden werkgevers verplicht worden bij te dragen in de fondsen. Fonds-cao's worden meestal voor een langere periode algemeen verbindend verklaard. De werkgever is dus lange tijd gebonden. Daarbij is het niet mogelijk om tussentijds onder de avv uit te komen. Indien de cao hierover zwijgt kan niet tussentijds om dispensatie worden verzocht, hetgeen met zich brengt dat moet worden gewacht totdat de opvolgende avv-cao ter visie is gelegd en dit in de Staatscourant is bekend gemaakt. De avv van fonds-cao's kan de individuele contractsvrijheid beperken.

De fonds-cao's vormen een aparte categorie. Dat blijkt uit art. 2 lid 2 Wet avv, dat voorschrijft: 'De verbindendverklaring geschiedt, *behoudens voor fondsen, die uit hun aard een meer permanent karakter dragen* en ten aanzien waarvan een langer tijdvak kan gelden, voor een tijdvak van ten hoogste twee jaren'. Omdat fonds-cao de verplichting in het leven roepen voor derden (niet-georganiseerde werkgevers en werknemers) om bij te dragen aan het fonds, zijn aanvullende vormvereisten opgenomen in het Toetsingskader avv. Er dient duidelijkheid te bestaan over de bestedingsdoelinden van het fonds. Zo dient het fonds gelijkelijk ten goede te komen aan eenieder werkzaam in de bedrijfstak.

Naar aanleiding van discussie in de Tweede Kamer⁷² over de fonds-cao's is het Toetsingskader avv in 2002 aangepast. De kritiek van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid was hoofdzakelijk gericht op de ondoorzichtigheid van het bestedingsbeleid van de fondsen. Het Toetsingskader werd aangepast op de volgende vier punten. Ten eerste is de openbaarheid en de verkrijgbaarheid van de jaarstukken vergroot. Ten tweede is het verplicht gesteld bij het jaarverslag een accountantsverklaring te voegen, waaruit blijkt dat de uitgaven conform de doelstellingen zijn gedaan. Ten derde is overgegaan tot het vaststellen van een datum waarop de jaarverslagen beschikbaar moeten zijn bij de Arbeidsinspectie. Ten vierde is vastgesteld dat de algemeenverbindendverklaring wordt ingetrokken indien blijkt dat tijdens de looptijd niet aan de eisen is voldaan.⁷³

Deze aangepaste vormvoorschriften moeten de transparantie garanderen, zodat te allen tijde inzicht kan worden gekregen in de bestedingsdoelen van de fondsen. Uit een onderzoek van szw over het boekjaar 2003 bleek dat in alle gevallen de uitgaven van de algemeen verbindend verklaarde fondsen zijn gedaan binnen de door het Toetsingskader avv gestelde grenzen.⁷⁴ Het

72. *Kamerstukken II* 2001-2001, 28 000 XV, nr. 10

73. *Kamerstukken II* 2001-2001, 28 000 XV, nr. 10, p. 8. Zie ook: Wijziging Toetsingskader avv, Stc. 19 juni 2002, nr. 114, p. 11.

74. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Notitie Algemeen verbindend verklaarde cao's in beeld, 26 mei 2005, p. 6.

algemene beeld dat de evaluatie van de aangepaste vormvereisten en de monitor van de financiën geven is dat sociale partners op een verantwoorde en transparante wijze omgaan met de middelen die mede door avv kunnen worden gegenereerd in Nederland, aldus het ministerie.⁷⁵ Dit beeld werd nog eens bevestigd in opvolgend onderzoek naar de transparantie van cao-fondsen⁷⁶ dat de stand van zaken in 2004 weergeeft.

3.5.4 *Avv en meerderheidsvereiste*

De meerderheid bindt de minderheid; dit principe ligt ten grondslag aan avv. Om voor avv in aanmerking te komen moet worden voldaan aan het meerderheidsvereiste. (De term ‘representativiteit’ reserveer ik voor de politieke discussie over de representativiteit van de vakbonden). Het meerderheidsvereiste is het eerste vereiste dat door art. 2 lid 1 Wet AVV wordt gesteld voordat tot algemeenverbindendverklaring wordt overgegaan: ‘Onze Minister kan bepalingen van eene collectieve arbeidsovereenkomst, die in het geheele land of in een gedeelte des lands voor eene – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden (...) algemeen verbindend verklaren’.

De berekening van de belangrijke meerderheid geschiedt op basis van art. 4.1 Toetsingskader AVV en gaat als volgt. Het aantal werknemers in dienst van werkgevers gebonden door de cao, dat naar de aard van hun functie binnen de werkingssfeer van de cao valt wordt uitgedrukt als percentage van het totaal aantal werknemers dat binnen de werkingssfeer van de cao zou vallen.⁷⁷ Volgens de Hoge Raad moet onder ‘een belangrijke meerderheid’ worden verstaan: alle in dienst van de gebonden werkgevers zijnde werknemers. Hierdoor worden de bij de gebonden werkgevers in dienst zijnde niet of anders georganiseerde werknemers meegeteld voor het bepalen van een meerderheid.

Een belangrijke meerderheid wordt geacht aanwezig te zijn in de volgende gevallen:

75. *Evaluatie vereisten Algemeen Verbindend Verklaarde cao-fondsen, (vorm)vereisten AVV; de CAO-fondsen en jaarverslagen boekjaar 2003.*

76. J. van Dongen, *Evaluatie vereisten algemeen verbindend verklaarde CAO-fondsen; (vorm)vereisten AVV; de CAO-fondsen en jaarverslagen boekjaar 2004*, Den Haag: Ministerie SZW 2006; W. Smits & H. Ramautar, *Algemeen verbindend verklaarde Sociale Fondsen in 2004: Baten, Lasten, Reserves en Doelstellingen*, Den Haag: Ministerie szw 2006.

77. Voorbeeld van de berekening meerderheidsvereiste: 1000 werkgevers zijn lid van de werkgeversvereniging bij de CAO met samen 10 000 werknemers. De werkingssfeer beslaat 2000 werkgevers en er werken in totaal 15 000 werknemers. De representativiteit is dan $10\ 000 : 15\ 000 = 66,6\%$.

- een meerderheid van 60% van de werknemers of meer wordt in ieder geval als belangrijk gekwalificeerd
- een meerderheid tussen 55 en 60 % wordt nog als een belangrijke meerderheid gekwalificeerd tenzij het draagvlak voor de cao binnen het werkingsfeergebied gering is of er een zeer scheve verdeling van de meerderheid binnen het werkingsfeergebied bestaat
- bij een meerderheid beneden 55 % vindt avv niet plaats, tenzij er naar het oordeel van de minister sprake is van bijzondere omstandigheden.

Om te garanderen dat er niet wordt overgegaan tot avv in discutabele gevallen is in het Toetsingskader opgenomen dat de minister van partijen kan verlangen dat zij een door een registeraccountant geverifieerde opgave doen van bedoelde aantallen en van de betrouwbaarheid van de bronnen. Dit gebeurt indien de representativiteit beneden de 60% ligt en in het geval er beargumenteerde bedenkingen tegen de avv zijn geuit.⁷⁸

Tot slot vermeldt het Toetsingskader avv dat bij een avv-verzoek een nadere toelichting dient te worden geleverd waaruit blijkt op welke wijze de representativiteitsgegevens (meerderheidsgegevens) zijn verzameld. De minister laat periodiek en steekproefsgewijs onderzoek uitvoeren naar de kwaliteit van de representativiteitsgegevens (meerderheidsgegevens) en partijen dienen daartoe desgewenst de relevante stukken beschikbaar te stellen.⁷⁹

In de zaak *Reesink/Sociaal Comité*⁸⁰ poogde de werkgever afgifte te krijgen van de stukken waaruit bleek of voldaan was aan het meerderheidsvereiste. Hij vorderde afgifte van de betreffende gegevens van de werkgeversvereniging Sociaal Comité van Werkgevers in de Groothandel in Technische producten (...). Van dit Comité was hij al enige tijd geen lid meer. In casu had de werkgever bezwaarschriften ingediend tegen de avv van verschillende cao's voor de branche, maar had de Minister de cao's toch allemaal algemeen verbindend verklaard. Het Comité verstreekte Reesink op verzoek van de Minister gegevens waaruit bleek dat de representativiteit 51,69 % bedroeg. Het Comité weigerde echter afgifte van de stukken aan Reesink zodat deze ze kon controleren.

Volgens de President in kort geding had het in de rede gelegen de stukken af te geven, mede met het oog op het relatief lage representativiteitspercentage. Volgens het Hof te Den Haag was het Comité echter niet verplicht tot afgifte, omdat er een bezwaarprocedure bij de Minister openstaat. Na het verzoek om algemeen verbindend verklaring kunnen gedurende

78. Wijziging Toetsingskader avv, 5 september 2001, Stc. 7 september 2001, nr. 173/12, p. 3-4.

79. Wijziging Toetsingskader avv, 14 juni 2002, Stc. 19 juni 2002, nr. 114/11, p. 1.

80. Hof 's Gravenhage 17 september 1998, *JAR* 1998/226.

drie weken na bekendmaking in de Staatscourant bedenkingen worden ingebracht door belanghebbenden. Dit bezwaar kan leiden tot nader onderzoek, waarbij de verstrekte gegevens worden gecontroleerd. Wordt dit onderzoek in de ogen van de belanghebbende niet goed gecontroleerd, dan kan deze alsnog een voorziening vragen bij de burgerlijke rechter. Er zijn verder geen gepubliceerde zaken waarin de representativiteit in twijfel wordt getrokken.

In opdracht van het Ministerie van szw is een onderzoek gedaan naar de kwaliteit van de representativiteitsgegevens bij verzoeken tot algemeen verbindend verklaring.⁸¹ In het onderzoek werd over vijf jaar onder 30 avv-verzoeken vastgesteld of de gevolgde methode voor het berekenen van het representativiteitscijfer voldeed aan de eisen van kwaliteit en zorgvuldigheid conform het per 1 januari 2003 gewijzigde Toetsingskader avv. Het blijkt dat in 11 van de 30 gevallen de aangeleverde gegevens niet zonder meer aan de eisen van kwaliteit en zorgvuldigheid voldoen. De Minister meldt dat in de meeste van deze gevallen het niet mogelijk is te reproduceren hoe het representativiteitscijfer is vastgesteld, omdat de achtergrondgegevens niet meer (volledig) beschikbaar zijn.

De Minister stelt dat de indruk bestaat dat de onvolkomenheden vooral 'slordigheden' betreffen. Hij kondigt een 'verbeterproces' aan, met een aantal maatregelen van praktische aard, zoals een bewaarplicht van de achterliggende data, een uiterste houdbaarheidsdatum van de representativiteitsgegevens, een handleiding op Internet en het vragen van aandacht voor de problematiek binnen de Stichting van de Arbeid. Sociale partners in de Stichting van de Arbeid hebben aangegeven – in het belang van transparantie – zeer te hechten aan een goede kwaliteit van de representativiteitsgegevens.

Gezien de impact die avv heeft op de contractsvrijheid van de niet georganiseerde werkgevers en werknemers onderschrijf ik dat het van belang is om te zien of daadwerkelijk is voldaan aan het meerderheidsvereiste. Tenslotte is avv bedoeld om de cao die al geldt voor een belangrijke meerderheid ook voor de overigen verbindend te verklaren. Voordat overgegaan wordt tot een dergelijke ingreep op de contractsvrijheid dient zorgvuldig te zijn bepaald hoe groot de groep is voor wie de cao reeds geldt.

81. R. Kemper, M. Engelen, *Kwaliteit representativiteitsgegevens bij avv-verzoeken; Stand van zaken 2005*, Leiden: Research voor Beleid 2006.

3.6 Hoe dwingend is de binding aan de avv-cao?

De binding door avv beperkt de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers. Representativiteit is een begrip dat snel ter sprake komt indien personen zich in de contractsvrijheid beperkt zien. Representativiteit zal hier slechts worden aangestipt voor zover het verband houdt met het verzoeken om ontheffing van de avv-cao.

In het geval van een avv-cao kan de ongebonden werkgever zich niet gerepresenteerd voelen door de contractsluitende werkgeverspartij. Desalniettemin is hij verplicht de avv-cao na te komen. Dit kan voor werkgevers bezwaarlijk zijn. Dit is de oorzaak van het toenemend aantal werkgevers dat gebruik maakt van de uitzonderingsmogelijkheden die de Wet avv biedt. Zo kunnen werkgevers verzoeken om dispensatie bij cao-partijen of bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Ook werknemers kunnen zich niet gerepresenteerd voelen door de contractsluitende werknemersvereniging. Dit standpunt wordt onder andere naar voren gebracht door een in 2005 opgerichte vakbond, die zich avv (Alternatief voor Vakbond) noemt. Volgens deze bond worden jongeren niet gerepresenteerd door de huidige vakbeweging en zijn de onderhandelingsresultaten niet de moeite waard voor de jongeren.⁸²

Een ander bezwaar ter zake is dat de huidige werknemer niet langer een boodschap zou hebben aan de vakbeweging. Door de lage organisatiegraad van 25%⁸³ zou de vakbeweging niet representatief zijn voor de beroepsbevolking. Dit wordt wel aangegrepen als argument om de avv als instrument af te schaffen. Door de verregaande individualisering van de Nederlandse samenleving zou een model als de avv niet langer houdbaar zijn. Werknemers worden gebonden aan collectieve regelingen, terwijl zij mondig genoeg zijn om zelf overeenkomsten te sluiten met hun leidinggevende. Het argument voor die mondigheid wordt vooral gedragen door het feit dat werknemers hoger opgeleid zijn dan in 1927/1937.⁸⁴

3.6.1 *Dispensatie en uitzondering*

Indien een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao van toepassing is op een individuele arbeidsovereenkomst, bestaan er voor de ongeorganiseerde werkgever verschillende mogelijkheden om zich aan de binding van de avv-cao te willen onttrekken. De werkgever kan hiertoe een 'bedenking' indienen. Bedenkingen kunnen om een aantal redenen worden ingediend.

82. M.L.Vos, Dan maar een eigen vakbond, *Volkskrant* 1 oktober 2005.

83. CBS, Sociaal-economische maandstatistiek 2003/3, p. 17.

84. *Handelingen II* 6 december 2000, TK 32-2708.

Deze bedenkingen kunnen betrekking hebben op: overlap in werkings-sfeer, het hebben van een eigen rechtsgeldige cao, de representativiteit of overige/inhoudelijke bedenkingen. In 2004 werden 199 avv-verzoeken afgehandeld door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. In totaal werden 54 bedenkingen ingediend tegen 28 van de 199 avv-verzoeken. Bedenkingen kunnen overigens betrekking hebben op meerdere categorieën.⁸⁵ De verschillende opties komen thans aan de orde.

Allereerst bestaat de mogelijkheid dat de werkgever cao-partijen verzoekt om hem uit te zonderen van de bedrijfstak-cao. De werkings-sfeer van de cao wordt door de cao-partijen vastgesteld. Werkgevers met een eigen cao kunnen gedurende het cao-overleg bij monde van een werkgeversorganisatie vragen om uitgezonderd te worden van de werkings-sfeer van de cao. Dit moet dus door de werkgeversvereniging in de cao-onderhandelingen worden ingebracht als punt van onderhandeling. Deze uitzondering van de werkings-sfeer wordt vastgesteld voordat de cao in werking treedt. Een verzoek tot aanpassing van de werkings-sfeer kan ook tussentijds worden gedaan. Indien sociale partners overgaan tot aanpassing van de werkings-sfeer, dient de tussentijdse cao-wijziging als een nieuw avv-verzoek worden ingediend. Indien partijen in de cao een onderneming uitzonderen van de werkings-sfeer, is de onderneming ook automatisch van avv van deze cao uitgezonderd.⁸⁶

Een andere mogelijkheid is dat de werkgever gedurende de looptijd van de cao dispensatie aanvraagt, mits de cao deze mogelijkheid biedt. Dit is mogelijk indien het dispensatie-artikel in de cao zelf algemeen verbindend is verklaard. Na algemeenverbindendverklaring kunnen ongeorganiseerde werkgevers zich dus aan de werking van de algemeen verbindend verklaarde cao onttrekken door een beroep te doen op het dispensatie-artikel. Of dispensatie wordt toegekend is aan de cao-partijen.

In cao's worden regelmatig dispensatie-artikelen opgenomen. In de Najaarsrapportage 199987 van het Ministerie van Sociale Zaken is een inventarisatie gemaakt van het aantal dispensatie-verzoeken dat tot dat tijdstip is gedaan. De resultaten van de analyse hebben betrekking op 94 bedrijfstak-cao's. Deze cao's zijn van toepassing op 3,7 miljoen werknemers. De uitkomst van de analyse was dat van de 94 onderzochte cao's 68 (72%) een relevante dispensatiemogelijkheid kende. Deze cao's waren van toepassing op zo'n driekwart van de werknemers.

85. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Bedenkingen 2004, http://docs.minszw.nl/pdf//174/2005/174_2005_13_1681.pdf.

86. M.F.P. Rojer, De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2002, p. 49.

87. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Najaarsrapportage CAO-afspraken 1999, Den Haag, 1999.

mers die onder de onderzochte cao's vielen. In 26 cao's daarentegen was geen dispensatiebepaling opgenomen. Een verklaring voor het ontbreken van deze mogelijkheid wordt in de rapportage gezocht in het feit dat de laagste loonschaal van de cao zich bevindt op of net boven het niveau van de Wet Minimumloon. Omdat dispensatie relatief vaak gevraagd wordt voor loonschalen, zou een dispensatiebepaling in deze cao's niet echt veel opleveren.⁸⁸

Ook kunnen cao-partijen die het avv-verzoek indienen in dat verzoek expliciet aangeven welke (groepen van) ondernemingen van de avv dienen te worden uitgezonderd. Deze ondernemingen zullen in dit geval door de minister van het avv-besluit worden uitgezonderd. De betreffende ondernemingen behoeven in dit geval geen bedenking meer kenbaar te maken tegen de werkingssfeer.⁸⁹

De laatste mogelijkheid betreft de situatie waarin het avv-verzoek is gedaan door cao-partijen en de werkgever bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door middel van een 'bedenking' tegen het avv-verzoek vraagt te worden uitgezonderd van de werkingssfeer van de avv, op grond van een eigen rechtsgeldige cao.⁹⁰ Op grond van art. 4 lid 3 Wet avv moet, alvorens het besluit tot avv wordt genomen, de mogelijkheid worden geboden om bedenkingen tegen de avv in te dienen. Bedenkingen kunnen worden ingediend gedurende de periode van drie weken waarin het avv-verzoek ter visie wordt gelegd.

Op grond van het Toetsingskader avv verkregen ondernemingen die bedenkingen indienden op grond van het bezitten van een eigen rechtsgeldige cao automatisch dispensatie van het avv-besluit. Dit kon anders zijn indien er contra-indicaties bestonden. Een voorbeeld hiervan was dat er sterke aanwijzingen of bewijzen waren dat de cao met een zogenoemde *yellow union* is afgesloten; een niet van de werkgever onafhankelijke vakbond. In dit geval is er geen sprake van een rechtsgeldige cao, met het gevolg dat deze ook niet algemeen verbindend kan worden verklaard.⁹¹ Van een rechtsgeldige cao bleek geen sprake te zijn in de zaak *VIA/Minister szw*.⁹² In casu hadden de werkgeversorganisatie VIA en vakbond LBV de CAO

88. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Najaarsrapportage CAO-afspraken 1999, Den Haag, 1999, p. 7-8. Helaas bestaat er geen recent onderzoek naar het aantal dispensatiemogelijkheden in CAO's.

89. M.F.P. Rojer, De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2002, p. 51

90. M.F.P. Rojer, De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2002, p. 48.

91. M.F.P. Rojer, De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2002, p. 51.

92. V.zr. Rb. Breda, 4 november 2005, *JAR* 2005/281.

Arbeidsbemiddeling Buitenlandse Werknemers in Nederland geloten. Deze cao was alleen van toepassing op ondernemingen die 75% van hun omzet genereren uit de arbeidsbemiddeling van buitenlandse werknemers die tijdelijk in Nederland verblijven in een door de werkgever ter beschikking gestelde woonruimte. VIA en LBV verzochten om dispensatie van de ABU-cao voor de ondernemingen die onder de werkingssfeer van de CAO VIA vallen. De partijen bij de ABU-cao hadden verzocht om algemeen verbindend verklaring van deze cao.

Het dispensatieverzoek door VIA en LBV is door de Minister van SZW afgewezen omdat de werkingssfeerbepaling van de CAO VIA direct onderscheid op grond van nationaliteit oplevert. VIA en LBV vorderen bij de voorzieningenrechter dat het besluit van de Minister wordt geschorst en dat zij een voorlopige dispensatie krijgen toegewezen. De voorzieningenrechter stelt echter vast dat dispensatie op grond van het in het Toetsingskader AVV vastgelegde beleid wordt verleend in geval van een eigen *rechtsgeldige* ondernemings- of subsector-cao. De vraag of een cao rechtsgeldig is, ziet naar het oordeel van de voorzieningenrechter daarbij niet alleen op de totstandkomingsprocedure van die cao, maar ziet ook op de algemene bepalingen, niet zijnde arbeidsvoorwaarden, van die cao. De werkingssfeerbepaling is zo'n algemene bepaling. Naar het oordeel van de rechter was de Minister ingevolge zijn beleid derhalve bevoegd om de werkingssfeerbepaling van de CAO VIA te toetsen op rechtsgeldigheid. Ook de rechter is van oordeel dat met de bepaling direct onderscheid op grond van nationaliteit wordt gemaakt. Niet is gebleken dat voor dat onderscheid een rechtvaardigingsgrond bestaat, zodat het onderscheid wordt aangemerkt als ongeoorloofd. Het verzoek om de voorlopige voorziening wordt derhalve afgewezen.

Sinds de wijziging van het Toetsingskader AVV van 1 oktober 2001 werd eenmaal verkregen dispensatie steeds automatisch verleend voor opvolgende avv-besluiten. Voorwaarde hiervoor is wel dat er sprake blijft van een bestaande rechtsgeldige cao. De Minister van Sociale Zaken heeft in 2006 echter advies gevraagd aan de Stichting van de Arbeid⁹³ over het vervallen van dit automatisme. In zijn adviesaanvraag stelt hij voor dat steeds opnieuw om vervolgdispensatie zal moeten worden verzocht door werkgevers die gedispenseerd willen worden. Aanleiding hiertoe is een beschikking van de Raad van State van 27 oktober 2004⁹⁴ dat een dispensatiebesluit een voor bezwaar en beroep vatbare beslissing is. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat het Ministerie gehouden is duidelijke beleidsregels neer te leggen over de wijze waarop de bevoegdheid van avv en dispensatie hiervan

93. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2006/23317, 29 maart 2006.

94. RvS 27 oktober 2004, LJN: AR4606, 200400672/1.

wordt uitgeoefend. De procedurele regels worden neergelegd in het ‘Besluit aanmelding CAO’s en het aanvragen van avv’.

Uitgangspunt van het voorstel is dat dispensatie – meer dan thans gebruikelijk – moet worden geregeld op het niveau van sociale partners zelf. Beoogd wordt dat cao-partijen worden gestimuleerd gebruik te maken van de mogelijkheid in de cao dispensatie-bepalingen op te nemen. Ook kunnen sociale partners de werkingssfeer anders bepalen waardoor bepaalde bedrijven of subsectoren buiten het bereik van de cao vallen. Een andere manier waarop sociale partners zelf rekening kunnen houden met de belangen van bedrijven of subsectoren die niet onder de werking van de cao willen vallen is het uitzonderen van bedrijven of subsectoren in het verzoek om avv door sociale partners. Met het beleidsvoornemen worden de ondertekenende cao-partijen dus aangemoedigd zelf hun eigen spelregels op te stellen voor het verlenen van dispensatie.

Indien toch bij het Ministerie om dispensatie wordt verzocht, wordt het verzoek beoordeeld aan de hand van criteria die zijn neergelegd in het Toetsingskader avv. In het dispensatie-verzoek zou op grond van het beleidsvoornemen van de Minister aandacht moeten worden besteed aan twee elementen. Ten eerste: *‘de specifieke kenmerken die maatwerk in de dispensatie-CAO nodig maken.’* Volgens de Minister wordt hiermee aangesloten bij de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever bij avv. Die was dat dispensatie gerechtvaardigd is als de situatie van een onderneming geheel verschilt van de situatie van de ondernemingen die reeds onder de bedrijfstak-cao vallen. Dispensatie van avv kan in dergelijke gevallen maatwerk binnen de sector mogelijk maken. Het tweede element dat in het dispensatieverzoek aan de orde moet komen is de *‘onafhankelijkheid (ten opzichte van elkaar) van partijen die vanwege een eigen rechtsgeldige CAO om dispensatie verzoeken’*. Dit punt beoogt te voorkomen dat werkgevers met snel opgerichte bedrijfsbonden in zee gaan of met bonden die geen leden hebben in de sector waar zij een cao afsluiten, kortom: met bonden die niet worden geacht in onafhankelijkheid hun leden te representeren danwel hun belangen te behartigen.⁹⁵ Ten tijde van het afsluiten van dit onderzoek was het door de Minister verzochte advies van de Stichting van de Arbeid nog niet gereed.⁹⁶

95. E. Koot-van der Putte, Wijziging voorwaarden voor dispensatie avv-cao?, *Praktijkblad Arbeidsvoorwaarden* 2006/9, p. 11-13.

96. De wijziging van het Toetsingskader avv heeft echter kort voor dit boek ter perse ging plaatsgevonden. Na het advies van de Stichting van de Arbeid van 22 juni 2006 (S.A. 06.049.42 JM/JS) en van 11 september 2006 (S.A. 06.069.79 JM/JS) is het Toetsingskader met ingang van 1 januari 2007 gewijzigd. Bron: Staatscourant 28 november 2006, nr. 232, p. 27.

In de literatuur verschilt men van mening over de vraag of een inhoudelijk dispensatiebeleid wenselijk is. Zo toonde Grapperhaus⁹⁷ zich enthousiast over het voornemen van de minister om bij dispensatieverzoeken voortaan na te gaan welke specifieke kenmerken van de te dispenserende ondernemingen zich verzetten tegen de algemeen verbindend verklaarde cao. Duk⁹⁸ daarentegen stelt dat het toetsen op een dergelijke wijze het gevaar in zich bergt dat differentiatie wordt belemmerd. Daarbij geeft het ‘meerderheden al te gemakkelijk de mogelijkheid minderheden buiten spel te zetten, zodat met het stinkende badwater van het misbruik al snel ook het fraaie kind van de serieuze ondernemings-cao wordt weggegooid’. Duk merkt, evenals Fase, op dat het door de Minister geopperde criterium nauwelijks operationeel valt te maken. Duk ziet niet in bij welke karakteristieken van de subbranche of onderneming een andere opzet van de collectieve arbeidsvoorwaarden nodig is. Fase stelt dat hij zich best kan voorstellen dat een onderneming die geen ploegendienst heeft, tracht onder de werking van een cao uit te komen, indien deze cao slechts ploegendienst kent en tevens de bijbehorende loonschalen. Het is gemakkelijk aan te tonen dat deze onderneming behoefte heeft aan een eigen cao. Vraag blijft echter of die afwijkende arbeidsvoorwaardenregeling ook uitzondering op de fondsbepalingen rechtvaardigt. Fase vraagt zich ook af of de deur moet worden opengezet naar gedeeltelijke dispensatie. Fase stelt mijns inziens terecht, dat men wel eens in een moeras zou kunnen belanden doordat een vaag criterium als ‘bedrijfsspecifieke kenmerken’ snel kan verwateren.⁹⁹

Tot slot stelt Grapperhaus dat hij het met Duk eens is dat de letterlijke formulering van het beleidsvoornemen van de minister onnodig beperkend is, waar de formulering slechts aanhaakt bij ‘specifieke kenmerken van de ondernemingen die dispensatie aanvragen’. Grapperhaus meent dat het gaat om een ‘algehele inhoudelijke toetsing van de in de ondernemings-cao overeengekomen arbeidsvoorwaarden, waarbij de aard en omstandigheden van de betreffende bedrijfstak en ook die van de onderneming, die om dispensatie verzoekt, uiteraard medebepalend zijn’. Vervolgens ziet Grapperhaus echter niet dat een dergelijke toetsing differentiatie onmogelijk zou maken. Integendeel, meent hij: door inhoudelijk te toetsen blijkt duidelijk in welke gevallen differentiatie geoorloofd is en wanneer niet. Indien voor een cao om dispensatie wordt verzocht enkel om de cao te ontduiken werkt de inhoudelijke toetsing van dispensatieverzoeken als een zeef.¹⁰⁰

97. F.B.J. Grapperhaus, ‘Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao: voortaan inhoudelijke toetsing van ‘kleine’ cao’s?’, *Ondernemingsrecht* 2005, 192, p. 555-557.

98. R.A.A. Duk, in: *Ondernemingsrecht* 2006-3, p. 119-122.

99. W.J.P.M. Fase, ‘Recente cao-perikelen’, *SMA* 2006/6, p. 231-233.

100. F.B.J. Grapperhaus, ‘Dispensatie van algemeen verbindendverklaring’, *SMA* 2006/5, p. 187-196.

Dispensatie is een middel om contractsvrijheid te behouden of te herwinnen ingeval deze beperkt is als gevolg van een avv-besluit. Avv wordt over het algemeen gezien als belangrijk instrument om de cao te ondersteunen. Dit systeem van avv vertoont haarscheurtjes doordat werkgevers zoeken naar mogelijkheden onder de avv uit te komen door cao's af te sluiten die concurrerend zijn met de bestaande bedrijfstak-cao's, gesloten met de reguliere bonden. Het is de vraag in hoeverre dit wenselijk is en in hoeverre een dergelijke praktijk te voorkomen is. Het is heel lastig, zo niet onmogelijk, beleid te formuleren dat waterdicht is. Realistisch is het eerder te leven met de huidige praktijk waar sommige werkgevers de grenzen van het systeem opzoeken. Zoveel mogelijk zal moeten worden getoetst of de cao-sluitende werknemersorganisatie onafhankelijk is van de werkgeverspartij. Dit is het tweede criterium de de Minister voorstelt bij de wijziging van het Toetsingskader avv. Mijns inziens zijn hiermee de mogelijkheden om het beleid aan te scherpen voorlopig uitgeput.

3.6.2 *Afwijken gedurende de looptijd avv*

Hierboven zijn de juridische mogelijkheden om als werkgever onder de werking van de algemeenverbindendverklaring uit te komen behandeld. Als avv eenmaal van kracht is staan de hiervoor behandelde mogelijkheden niet meer ter beschikking van de werkgever. Het verzoeken om dispensatie is immers slechts mogelijk gedurende drie weken na de tervisielegging van het verzoek om avv. Na ommekomst van deze periode kunnen er geen bedenkingen meer worden ingediend.

Desondanks kan in de praktijk behoefte bestaan om onder de werking van de avv-cao uit te komen. Een voorbeeld van een dergelijke situatie kwam aan de orde bij de behandeling van de zaak *Smead/Bonden*¹⁰¹ in par. 3.3. Smead verkeerde in financiële moeilijkheden. Vanwege de tegenvallende bedrijfsresultaten had de werkgever aan de werknemers voorgesteld om 40 uur te gaan werken, terwijl op grond van de Grafimedia-cao een maximum van 36 uur per week gold. De Grafimedia-cao was algemeen verbindend verklaard. De werknemers van één van beide vestigingen hadden middels een enquête ingestemd met het voorstel. Ook de or was akkoord gegaan. De werkgever meldde dat de werknemers 'op puur vrijwillige basis' hadden ingestemd. De bonden eisten echter nakoming van de avv-cao.

De voorzieningenrechter verbood de verslechtering van arbeidsvoorwaarden. De bevoegdheid tot verslechteren van arbeidsvoorwaarden is onttrokken aan individuele partijen bij de arbeidsovereenkomst. De bescherming van werknemers noopt ertoe dat de handhaving van de algemeen verbind-

101. Vzr. Rb. Groningen, 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198.

dend verklaarde bepalingen strikt geschied. ‘Gelet op de ongelijke posities is op bedrijfsniveau de werknemer immers veelal niet als een serieuze onderhandelingspartner aan te merken.(...) Daarom moet de nietigheid van afwijkende afspraken (...) ruim worden genomen: in beginsel altijd en overal.’ Over de vrijwilligheid zegt de voorzieningenrechter nog het volgende: ‘Het aanvaarden van de mogelijkheid van het door een werknemer vrijwillig afstand doen van de rechten die uit een CAO voortvloeien legt immers de bijl aan de wortel van het algemeen als waardevol beschouwde collectieve arbeidsrecht, althans aan de CAO als instrument’.

Een onderneming die in een lastige financieel-economische situatie verkeert, zal trachten de kosten te reduceren. De loonkosten, die een aanzienlijk deel van de uitgaven kunnen uitmaken, zouden voor een aanmerkelijke verlichting van het budget kunnen zorgen. In de praktijk is dit voor veel ondernemingen geen optie. De arbeidsvoorwaarden zijn vastgelegd in een individuele arbeidsovereenkomst, meestal in een cao. Indien deze cao algemeen verbindend is verklaard, dan is afwijken ten nadele van de werknemer onmogelijk voor de werkgever.

Denkbaar is dat in een situatie waarin het water de werkgever tot aan de lippen staat, wat clementie met de werkgever zou kunnen worden opgebracht in die zin dat de werkgever met een bepaald percentage zou mogen afwijken van de heersende avv-cao. Dit zou dan in overleg met de bonden moeten gebeuren, zodat de rechten en belangen van de werknemers zijn gewaarborgd. In de praktijk wordt dit resultaat vaak bereikt doordat een werkgever een ondernemings-cao afsluit met één of meer vakbonden. Vervolgens verzoekt de werkgever onder verwijzing naar deze cao dispensatie van de avv-cao.

Jacobs¹⁰² heeft voorgesteld tegemoet te komen aan de flexibiliseringsbehoefte. Hij stelt dat de bestaande mogelijkheden niet erg geschikt zijn om het avv-instrument enerzijds te behouden en anderzijds te versoepelen. Hij doelt hierbij op het feit dat een ongebonden werkgever voor het afsluiten van een ondernemings-cao een beroep moet doen op de gevestigde bonden als onderhandelingspartners. En ook voor het verkrijgen van dispensatie is hij al snel aangewezen op de cao-partijen die moeten oordelen over het al dan niet verlenen van dispensatie. Om deze redenen stelt hij voor een nieuw element in de Wet avv op te nemen. In de wet zou een clause kunnen worden opgenomen die ongebonden werkgevers de vrijheid biedt om binnen een bepaalde bandbreedte (bijvoorbeeld 10%) af te wijken van de cao-bepalingen. Door de clause zijn de niet gebonden werkgevers niet langer verplicht de cao voor de volle honderd procent na te leven, maar

102. A.T.J.M. Jacobs, Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's, in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2005, p. 50.

hoeven zij de op geld waardeerbare verplichtingen slechts voor ten minste 90% na te leven.

Het voorstel van Jacobs biedt het economische voordeel dat sterke loonconcurrentie nog steeds wordt beperkt. Daarbij kan van de voorgestelde aanpassing van het avv-instrument het voordeel uitgaan dat de loonontwikkeling gelijke pas houdt met dat wat economisch verantwoord is. Hiermee zou tegemoet kunnen worden gekomen aan het bezwaar van economen dat avv de onderhandelende partijen te weinig voeling geeft met de arbeidsmarkt. Indien ongebonden werkgevers overgaan tot het betalen van 90% kan dit als een signaal voor onderhandelaars worden opgevat dat het cao-peil te hoog ligt. Indien door ongebonden werkgevers wordt overgegaan tot het betalen van 100% of zelfs meer is dit een teken voor onderhandelaars dat het cao-peil marktconform is.

Mijns inziens is het behoud van een dispensatieprocedure van groot belang om de cao en de avv daarvan op langere termijn te kunnen handhaven. De beginselen van de Wet avv beperken de contractsvrijheid. Hiertegenover moet staan dat werkgevers zich in voorkomende gevallen kunnen onttrekken aan avv. Of deze werkgevers in staat moeten worden gesteld om minder te betalen dan hun georganiseerde collega's is de vraag. Als hiermee grote bezwaren worden opgelost zou ik het voorstel toejuichen. Of de bezwaren daadwerkelijk zwaar wegen is de vraag. Hoe groot is de behoefte van werkgevers aan een versoepeling van het huidige dispensatiebeleid? En: hoe groot is het loonopdrijvend effect van avv? Volgens onderzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is dit effect te verwaarlozen.¹⁰³

Kortom, tijdens de looptijd van de avv kan niet worden afgeweken van de cao. Om dispensatie kan slechts worden verzocht gedurende de drie weken die volgen op de tervisielegging van het verzoek om avv. Voor een regelmatige ontheffing van avv gedurende de looptijd is het ook onvoldoende met het personeel en de or een afwijking van de cao overeen te komen. Vrijwilligheid maakt dit niet anders. De avv vormt derhalve een sterke beperking van de individuele contractsvrijheid. Het voorstel van Jacobs kan de werking en het ontheffingsbeleid van het avv-instrument versoepelen.

103. M.H.D.A.G van Heijnen & C. van Rij, *Ervaringen van werkgevers met de CAO en avv*, SZW Werkdocument 307, Den Haag: 2003.

3.7 Conclusie

Centraal in dit hoofdstuk stond de probleemstelling hoeveel ruimte er overblijft voor individuele contractsvrijheid indien een avv-cao van kracht is. Achtereenvolgens is aandacht besteed aan de gebondenheid van verschillende typen werknemers en werkgevers, de tijdsduur van de gebondenheid. Terugwerkende kracht en nawerking kwamen aan de orde, alsmede de vraag voor welk type arbeidsvoorwaarden avv geldt. Tot slot werd de vraag beantwoord hoe dwingend de avv nu eigenlijk is. Alvorens een generaal antwoord te geven, wordt de probleemstelling voor de verschillende deelonderwerpen behandeld.

De werknemer; beperking in contractsvrijheid en bescherming

Contractsvrijheid wordt door het avv-instrument sterk beperkt. Hoewel de reikwijdte van avv niet zo groot is als bijvoorbeeld van art. 14 Wet CAO, is de beperking die avv voor de contractsvrijheid inhoudt wel van zwaarder gewicht, omdat door avv personen worden gebonden, die zich niet uit vrije wil door een lidmaatschap ergens toe hebben verplicht. De beperking weegt dan mijns inziens zwaarder. In de situatie van art. 14 is tenminste nog één van beide partijen (de werkgever) op vrijwillige basis gebonden door de cao. Daarbij kan de werknemer in die situatie ook nog zijn instemming onthouden aan de toepassing van de cao.

De werknemer die door avv is gebonden is beperkt in zijn contractsvrijheid. Dit kan ongunstig uitpakken als de avv hem per saldo minder biedt dan de oorspronkelijk voor hem geldende regeling. Dit kan een cao zijn of een regeling in de individuele arbeidsovereenkomst. Daar in de praktijk de meeste cao's minimum-bepalingen bevatten levert dit werknemers nauwelijks problemen op. In de jurisprudentie draait het meestal om de vraag of de werknemer nog aanspraak kan maken op de uit avv verkregen rechten nadat de avv-periode is verstreken. Avv fungeert voor veel werknemers als vangnet als er niets anders is geregeld. Daarbij is het altijd toegestaan om van de avv-cao af te wijken in voor de werknemer gunstige zin.

De werkgever; strikte beperking van zijn contractsvrijheid.

De beperking van de contractsvrijheid is voor de werkgever – als avv eenmaal van toepassing is – absoluut. Er zijn voor de werkgever weinig mogelijkheden zich te onttrekken. Dit geldt voor de werknemer ook, maar voor de werkgever kan dit bezwaarlijk uitpakken, omdat hij de betreffende regeling moet toepassen op zijn gehele personeelsbestand dat onder de werkingssfeer van de avv-cao valt. Dit kan aanzienlijke kosten met zich brengen.

Hoewel er mogelijkheden bestaan voor de werkgever om zich aan de werking van avv te onttrekken, moet opgemerkt worden dat deze mogelijkheden maar zeer beperkt zijn. Als partijen geen dispensatieartikel hebben opgenomen in de cao zelf, is de werkgever afhankelijk van de dispensatieprocedure bij het Ministerie van Sociale Zaken. Dit betekent dat de werkgever slechts in de periode van tervisielegging van het verzoek om avv om dispensatie kan vragen. Indien hij te laat is, zal hij de rit moeten uitzitten. Vooral bij avv van fonds-cao's kan dit lang duren, omdat sommige van deze cao's voor vijf jaar verbindend worden verklaard.

De werkingsduur; rechtszekerheid en contractsvrijheid

De Wet avv vormt een inbreuk op de contractsvrijheid van overheidswege. Wegens het ontbreken van elke vrijwilligheid de cao na te leven is avv in tijd beperkt. De negatieve contractsvrijheid wordt ten dele gerespecteerd doordat de avv geen terugwerkende kracht en geen nawerking kent. Als dit anders zou zijn, dan zou de avv-cao verworden tot dwingendrechtelijke wetgeving, met dat verschil dat het 'wetsontwerp' afkomstig is van sociale partners. Dit is niet de bedoeling van avv. De bedoeling van avv is gedurende de looptijd van de cao uniformiteit te creëren in de arbeidsvoorwaarden van alle personen binnen een bedrijfstak. Het aannemen van nawerking is enerzijds praktisch uit oogpunt van rechtszekerheid van de werknemer. Anderzijds wordt de contractsvrijheid van de werkgever dan door nawerking sterk beperkt. Afwijken van een nawerkende bepaling is immers alleen mogelijk met instemming van twee partijen.

Welk type bepalingen; negatieve contractsvrijheid en decentralisatie

Bij de vraag voor welk type bepalingen de avv geldt, valt op dat – hoezeer avv ook inbreuk maakt op de contractsvrijheid – toch wordt gepoogd de negatieve contractsvrijheid van derden in het vizier te houden. Zo komen slechts normatieve en diagonale bepalingen in aanmerking voor avv en zijn obligatoire bepalingen hiervan uitgesloten. Het doel van de avv – ondersteuning en bescherming van de cao – wordt steeds in het oog gehouden waarbij de rechten van derden zo min mogelijk worden belemmerd. Dit blijkt ook uit het Toetsingskader avv, dat voorschrijft dat de Wet avv zich primair richt op arbeidsvoorwaarden.

Decentralisatiebepalingen komen niet voor avv in aanmerking als ze een ongeclauseerde bevoegdheid geven aan partijen op het decentrale niveau om bindende regelingen vast te stellen. In plaats daarvan is avv wel mogelijk indien de keuzemogelijkheden duidelijk staan aangegeven in de cao zelf. Hoewel avv decentralisatie dus niet uitsluit, zijn de mogelijkheden wel ingeperkt.

Ook fonds-cao's vormen een inbreuk op de negatieve contractsvrijheid van derden. Vooral door de langere looptijd van de avv van fonds-cao's kunnen werkgevers die liever niet gebonden zouden zijn, zich voor lange tijd in hun (negatieve) contractsvrijheid beperkt zien. Wegens de grote impact van fonds-cao's zijn er nadere eisen gesteld aan de kwaliteit van de overgelegde representativiteitsgegevens bij het verzoek om avv.

Hoe dwingend is de binding; contractsvrijheid

De werking van avv is strikt. De normatieve en aanvullende werking zijn even strikt als het geval is op grond van de Wet CAO. Afwijken op individueel niveau leidt tot nietigheid. In verhouding tot de Wet CAO gaat de beperking van de contractsvrijheid door de Wet AVV echter verder. Is er bij de Wet CAO nog sprake van een overdragen van contractsvrijheid door het aanvaarden van het lidmaatschap, bij de Wet AVV is er geen keuzemogelijkheid. Uit de zaak *Smead/Bonden* blijkt dat de rechtspraak niet geneigd is om mogelijkheden te scheppen voor individuele of decentrale afwijking indien hiervoor in de avv-cao zelf geen mogelijkheden bestaan.

Er bestaan mogelijkheden uitgezonderd te worden van avv. De werkgever kan cao-partijen verzoeken hem uit te zonderen in de werkingssfeerbepaling van de cao zelf. Ook kan de werkgever cao-partijen verzoeken hem dispensatie te verlenen op grond van een dispensatie-artikel uit de cao. Ook cao-partijen kunnen bij het verzoek om avv bij de Minister aangeven welke (groepen van) ondernemingen dienen te worden uitgezonderd van avv. Tot slot kan men om uitzondering verzoeken bij het ministerie van szw middels een 'bedenking'. Indien een werkgever echter te laat is met het indienen van een bedenking, kan hij nog jaren verplicht zijn om te betalen voor iets waar hij zich nooit vrijwillig toe heeft verplicht, maar wat hem langs de weg van avv wordt opgelegd. Jacobs heeft een voorstel gedaan om het avv-instrument iets te versoepelen. Op grond van dit voorstel is de ongebonden werkgever slechts gehouden 90% te voldoen van de – op geld waardeerbare – verplichtingen die voor hem uit avv voortvloeien.

Slot

Avv beperkt de individuele contractsvrijheid van zowel de ongebonden werknemer als de ongebonden werkgever in sterke mate. Het instrument maakt inbreuk op de negatieve contractsvrijheid, omdat personen die zich nergens toe hebben verbonden op grond van lidmaatschap langs de weg van een overheidsbesluit zich gedwongen zien de avv-bepalingen toe te passen. Door de grote inbreuk die het instrument maakt op de vrijheid van actoren is de werkingsduur beperkt tot de duur van het besluit. Avv heeft geen terugwerkende kracht en geen nawerking

Afwijken van de avv-cao is slechts mogelijk indien dit door sociale partners mogelijk is gemaakt in de cao zelf door duidelijke decentralisatiebepalingen. Indien de mogelijkheid tot afwijken niet mogelijk is gemaakt door cao-partijen zijn de ongebonden werkgever en werknemer gehouden de avv-cao toe te passen. Uit de jurisprudentie blijkt dat afwijkende contractsbepalingen worden getroffen door nietigheid. Verkregen instemming van het personeel of de or maakt dit niet anders. De enige manier om de individuele contractsvrijheid te behouden of te herkrijgen is het vragen om uitzondering of dispensatie bij cao-partijen of bij de Minister van szw.

4. ONDERNEMINGSRAAD EN INDIVIDUELE CONTRACTSVRIJHEID

4.1 **Inleiding**

Waar wordt betoogd dat de vakbonden langzamerhand onvoldoende representatief zijn om hun invloed op de arbeidsvoorwaarden van niet aangesloten werknemers te kunnen legitimeren, wordt wel gepleit voor de vorming van arbeidsvoorwaarden op het niveau van de onderneming door de ondernemingsraad (or). De rol van de or is onmiskenbaar groeiende. In tal van cao's krijgen ondernemer en or de opdracht, of de mogelijkheid, om nader invulling te geven aan kaderregelingen. Ook kan de or met de ondernemer overeenkomsten afsluiten over arbeidsvoorwaarden zonder dat de vakbonden daaraan te pas komen. Dergelijke afspraken werken echter niet door in de individuele arbeidsovereenkomst. Ook worden zij in de praktijk wel toegepast zonder dat hiervoor een juridische grondslag aanwezig is. Zij worden door middel van een incorporatiebeding van toepassing verklaard op de individuele arbeidsovereenkomst, meestal vergezeld van een beding tot eenzijdige wijziging conform art. 7:613 BW.

In de inleiding (4.1) wordt de vraag gesteld welke beperking afspraken met de ondernemingsraad inhouden voor de individuele contractsvrijheid van (hoofdzakelijk) werknemers. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van arbeidsvoorwaardenvorming (4.2). Hierna zal bezien worden op welke wijzen de or de individuele contractsvrijheid van werknemers kan beperken (4.3). Tot slot volgt een conclusie (4.4)

4.1.1 *Systeem WOR en BW*

Traditioneel wordt de or niet gezien als speler op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming. De or kan bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden wel op verschillende manieren worden betrokken. Zo kan de or bevoegdheden krijgen op grond van delegatiebepalingen in de cao. Dit blijkt uit art. 32 lid 1 WOR en het ligt in de rede dat sociale partners ervan uitgaan dat aan een dergelijke decentrale regeling eenzelfde rechtskracht toekomt als aan een cao. Om dit te realiseren wordt in de cao zelf wel een incorporatiebeding opgenomen op grond waarvan een overeenkomst die een uitwerking is van een regelopdracht aan het adres van de ondernemer en de or, wordt geacht deel uit te maken van de cao.

Naast de mogelijkheid om in de cao een delegatiebepaling op te nemen geeft het tweede lid van art. 32 WOR de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst tussen ondernemer en or extra bevoegdheden toe te kennen aan de or. Onder die ‘extra bevoegdheden’ worden in dit kader verstaan de mogelijkheid om met de or een overeenkomst te sluiten over arbeidsvoorwaarden. In de wet is echter niet geregeld dat de overeenkomst die met de or wordt gesloten doorwerkt in de arbeidsovereenkomst.

Aan de or komt op grond van art. 27 WOR instemmingsrecht toe met betrekking tot voorgenomen besluiten inzake het sociale beleid in de onderneming. Het gaat hierbij om beleid en regelingen. Het artikel doelt op besluiten van algemeen strekking en niet op maatregelen ten aanzien van individuele werknemers.¹ In art. 27 lid 3 WOR wordt bepaald dat de or geen bevoegdheid toekomt ten aanzien van zaken die al inhoudelijk in een cao zijn geregeld.

De bedrijfsregeling is een ongeregelde rechtsfiguur die het voor de werkgever mogelijk maakt om eenzijdig arbeidsvoorwaarden vast te stellen. Vaak zal dit gebeuren in overleg met de or. Deze rechtsfiguur komt in de meerderheid (ruim 60%)² van de bedrijven voor in de vorm van personeelsgidsen, convenanten en arbeidsvoorwaardenregelingen. De bedrijfsregeling kent geen beperkingen ten aanzien van de onderwerpen die voorwerp kunnen zijn van de overeenkomst. De enige beperking kan zijn gelegen in een (avv)-cao die bepaalde zaken al dwingend heeft voorgeschreven.

De or krijgt ook enkele speciale bevoegdheden toegedeeld in de Arbeidstijdenwet (ATW), Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) en de Wet Arbeid en Zorg (WAZ). Op grond van de ATW kan de or in samenspraak met de werkgever arbeidstijdenregelingen uitwerken indien in de cao die mogelijkheid wordt geboden door sociale partners. De WAA en de WAZ bevatten voorbeelden van het zogenaamde ‘vijfachtste’ dwingend recht dat de or en de werkgever de mogelijkheid geeft om af te wijken van mogelijkheden die die wetten bieden.

Afspraken met de or werken in principe niet door in de individuele arbeidsovereenkomst. Ondanks het feit dat aan de bevoegdheden van de or geen explicitete doorwerking is verbonden bestaan er toch wijzen waarop de instemming van de or van invloed kan zijn op de individuele contractsvrij-

1. L. Timmerman & L.C.J. Sprengers in: *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 27 lid 1 WOR, aant. 1, Deventer: Kluwer 2004, p. 343.

2. G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005, p. 75. Overigens: uit onderzoek van Hoffmans uit 1992, bleek destijds dat in 87% van de ondernemingen werd gewerkt met een personeelsgids, zie: J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot cao. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming*, Den Haag: Sdu 1992, p. 50.

heid. Zo is het mogelijk dat de werknemer stilzwijgend zijn goedkeuring verleent en instemt met de afspraak die met de or is gemaakt. Gebruikelijk in de praktijk is het opnemen van een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst. Op grond van dit beding wordt de afspraak met de or onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst. Ook kan in de individuele arbeidsovereenkomst worden verwezen naar een personeels-gids, covenant of andere regeling waarin arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen. In dit geval maken de bedrijfseigen regelingen onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst.

Het genoemde incorporatiebeding gaat meestal vergezeld van een beding tot eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW. Ook kan het incorporatiebeding zo zijn geredigeerd dat het tevens kan worden aangemerkt als een wijzigingsbeding. Dit geeft de werkgever de mogelijkheid om latere versies en wijzigingen van de ondernemingsovereenkomst ook binnen te halen in de arbeidsovereenkomst. Wijziging van de arbeidsovereenkomst is mogelijk indien de belangen van de werkgever bij de wijziging dusdanig zwaar wegen dat de belangen van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te wijken.

Ook indien in de arbeidsovereenkomst geen beding tot eenzijdige wijziging is opgenomen wordt soms desondanks overgegaan tot het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. In deze situatie wordt aangeknoopt bij de criteria van het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman*³ op grond waarvan de werknemer in het algemeen positief dient in te gaan op (wijzigings)voorstellen van de werkgever die verband houden met veranderingen in de organisatie van het werk.

Het feit dat de or heeft ingestemd met de wijziging van een bestaande regeling heeft in de jurisprudentie niet altijd tot gevolg dat de belangenafweging uitpakt in het voordeel van de werkgever. In het wetsvoorstel tot wijziging van de wor⁴ kende art. 7:613 BW een tweede lid waarin een rechtsvermoeden was geformuleerd. Het verkrijgen van instemming van de or creëerde het rechtsvermoeden dat was voldaan aan het criterium van een zwaarwegend belang van de werkgever waarvoor de belangen van de werknemer zouden dienen te wijken. Dit rechtsvermoeden is echter weer geschrapt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel. Desondanks is verdedigbaar dat instemming van de or enig gewicht in de schaal zou kunnen leggen bij de belangenafweging.

3. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

4. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 2, p. 8.

4.1.2 *Cijfers*

Er is weinig recent onderzoek beschikbaar over de rol van de or ten aanzien van arbeidsvoorwaarden. Uit onderzoek van het GBIO uit 1998 blijkt dat 29% van de ondernemingsraden onderhandelend optreedt op het gebied van primaire arbeidsvoorwaarden. Bij de secundaire arbeidsvoorwaarden komt de or prominent in beeld als onderhandelaar. Deze arbeidsvoorwaarden vallen dan ook onder de lijst van bevoegdheden van art. 27 WOR.

Tabel 4.1: Rol van de or op het terrein van arbeidsvoorwaarden (in %)

	Geen bemoeienis	Uitsluitend controleren/bewaken	Ook onderhandelen
Primaire arbeidsvoorwaarden			
1. Hoogte van het loon	72	22	6
2. Arbeidsduur/omvang	37	41	21
3. Overwerkvergoeding	51	34	15
4. VUT	66	26	8
Secundaire arbeidsvoorwaarden (art. 27 WOR)			
1. Pensioenverzekering	58	28	14
2. Winstdelingsregeling	70	17	14
3. Spaarregeling	28	33	39
4. Regeling werktijden	12	30	58
5. Vakantiedagen	34	35	31
6. Beloningssysteem	41	36	23
7. Functiewaarderingssysteem	24	46	30
8. Arbeidsomstandigheden	3	32	65
9. Aanstellings-ontslag-bevorderingsbeleid	23	46	31
10. Personeelsopleiding	15	40	45
Overige arbeidsvoorwaarden			
1. Kosten/onkostenvergoedingen	33	32	35
2. Kinderopvang	43	23	33
3. Ziektekostenverzekering	57	29	14
4. Ouderschapsverlof	50	37	13
4. Zwangerschapsverlof	53	38	9

Bron: E. Bruin, *Medezeggenschap aan de onderhandelingsstafel. Onderzoek naar de rol van ondernemingsraden bij arbeidsvoorwaarden en de scholingsvraag op dit terrein*, Utrecht: GBIO 1998, p. 13.

Uit onderzoek van TNO-arbeid van 2005 naar arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau blijkt het volgende. Achttien

procent van de werknemers in bedrijven met or vindt dat de or hen (heel) goed helpt om het werk en de arbeidsvoorwaarden vorm te geven precies zoals zij dat willen. Ook blijkt dat 56% van de leidinggevendenden in een representatieve steekproef zegt dat de or bestaande arbeidsvoorwaarden nader kan invullen. Van deze groep stelt 8% dat de or zelfstandig over arbeidsvoorwaarden kan onderhandelen met de directeur van het bedrijf. Zo'n driekwart van de ondervraagde leidinggevendenden vond dat de or invloed kon uitoefenen op de arbeidsvoorwaarden. Aan deze laatste leidinggevendenden werd gevraagd hoe dergelijke afspraken met de or vervolgens konden worden opgelegd aan de medewerkers. Hierop werd door de helft geantwoord dat dit via een aanpassing in het personeelshandboek gebeurt. Achttien procent geeft aan dat dergelijke afspraken via informele kennisgeving worden opgelegd.⁵

4.1.3 *Probleemstelling*

Uit de hiervoor behandelde cijfers blijkt dat er in de praktijk regelmatig arbeidsvoorwaardenovereenkomsten worden afgesproken met de or. Een dergelijke overeenkomst kan niet worden gelijkgesteld aan een cao. Bepalingen in een cao werken op grond van art. 12 Wet CAO automatisch door in de individuele arbeidsovereenkomst, terwijl een ondernemingsovereenkomst met de or dat niet doet. Als bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomsten van gebonden werknemers strijdig zijn met cao-bepalingen, geldt de cao. Als individuele contractsbepalingen strijden met een met de or overeengekomen ondernemingsovereenkomst, geldt daarentegen de individuele arbeidsovereenkomst. Toch zijn hierop ook uitzonderingen, zoals zal blijken in par. 4.2.5. Ook blijkt dat in de praktijk afspraken met de or worden opgelegd aan medewerkers zonder dat hiervoor een wettelijke basis aanwezig is.

Hoewel afspraken met de or in beginsel geen directe doorwerking hebben, kunnen afspraken met de or evenwel invloed uitoefenen op de individuele arbeidsovereenkomst van werknemers. In dit hoofdstuk wordt voornamelijk ingegaan op de individuele contractsvrijheid van de werknemers en niet van werkgevers, omdat werkgevers zelf partij zijn bij de afspraken met de or. In de voorgaande hoofdstukken werd steeds de vraag gesteld naar de ruimte die overbleef voor de individuele contractsvrijheid bij het gebruik van de collectieve instrumenten. Deze benadering was een logisch gevolg van het uitgangspunt dat cao en avv de individuele contractsvrijheid sterk beperken. In dit hoofdstuk over de or staat een ander uitgangspunt

5. G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005, p. 61.

centraal, namelijk het gegeven dat afspraken met de or de individuele contractsvrijheid ongemoeid laten. Om die reden is thans de centrale vraag in hoeverre afspraken met de or een beperking kunnen vormen voor de individuele contractsvrijheid. Deze vraag zal worden onderzocht door achtereenvolgens in te gaan op de wettelijke bevoegdheden van de or en de overige manieren waarop de or invloed kan uitoefenen, zoals de stilzwijgende goedkeuring, het incorporatiebeding, de eenzijdige wijziging op grond van art. 7: 613 BW en art. 7:611 BW.

4.2 **Bevoegdheden van de or en doorwerking**

In tegenstelling tot afspraken met de vakorganisatie kennen afspraken met de or geen doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst. De or heeft instemmingsrecht ten aanzien van de onderwerpen die zijn opgesomd in art. 27 WOR. Voorwaarde hiervoor is dat deze onderwerpen niet door de vakbond inhoudelijk in een cao zijn geregeld. Op grond van art. 27 lid 3 WOR vervalt het instemmingsrecht van de or indien de materie inhoudelijk en uitputtend is geregeld in een cao. Deze verdeling van bevoegdheden sluit aan bij de wetsgeschiedenis. Bij de herziening van de WOR⁶ in 1977 sprak de Minister van Sociale Zaken uit dat het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden ‘reeds zolang een voorwerp van zorg van de vakbeweging vormt, dat het aangewezen is dat de vakbeweging hier het primaat heeft. Daarvoor zijn bovendien ook zakelijke argumenten aan te voeren, bij voorbeeld dat de vakbeweging beter toegerust is voor de specifieke belangenbehartiging die op dit terrein vereist is.’

Tijdens de evaluatie van de WOR in 2003⁷ blijkt het kabinet vast te houden aan deze afbakening van bevoegdheden waar het stelt dat het primaat ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden bij de cao-partijen ligt. In de evaluatie wordt gesteld dat afspraken over arbeidsvoorwaarden die tussen ondernemer en or worden gemaakt geen directe doorwerking hebben in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers. ‘Willen de afspraken doorwerken in het individuele arbeidscontract dan zal de uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming nodig zijn van ieder van de betrokken werknemers afzonderlijk. Ook kan de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding in het individuele arbeidscontract opnemen, waarop hij zich kan beroepen indien er aantoonbare zwaarwichtige belangen in het spel zijn (art. 7:613 BW). Deze weg kan in alle gevallen worden gevolgd wanneer de individuele

6. *Kamerstukken II* 1976/77, 13 954, nr. 6, p. 12- 13.

7. Kabinetsstandpunt Evaluatie WOR: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 792, nr. 1, p. 21, zie ook: A.F. Bungener, ‘Evaluatie Wet op de ondernemingsraden (WOR)’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 341-343.

werkgever afspraken maakt met de or waarvan doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst wordt beoogd.⁷

De or kan betrokken zijn bij de vorming van arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming op grond van wettelijke bevoegdheden, of doordat een bedrijfsregeling tot stand komt. Er staan de or vijf wegen ter beschikking om invloed uit te oefenen op de vorming van arbeidsvoorwaarden. De eerste weg is via een regelopdracht in de cao, de tweede weg via de ondernemingsovereenkomst, de derde weg via het instemmingsrecht van de or, de vierde weg is door het instemmen met een bedrijfsregeling. De vijfde weg is via andere wetten dan de wor. Achtereenvolgens zullen de verschillende wijzen aan de orde komen. Belangrijke vraag is in hoeverre er sprake kan zijn van doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst en dus beperking van de individuele contractsvrijheid.

4.2.1 *Uitbreiding bevoegdheden or bij cao*

Er bestaat in de praktijk behoefte om aan de or meer mogelijkheden toe te kennen dan deze heeft op grond van de wet. De wettelijke bevoegdheden zijn beperkt en scheppen weinig gelegenheid om arbeidsvoorwaarden vorm te geven op het niveau van de onderneming. In de praktijk bestaat daarentegen wel de behoefte om de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden te decentraliseren. Decentralisering manifesteert zich in verschillende vormen. Het aantal ondernemings-cao's ten opzichte van het aantal bedrijfstak-cao's neemt toe, mede door het feit dat een aantal grote bedrijfstak-cao's is opgesplitst. Daarnaast krijgen bestaande cao's in toenemende mate het karakter van raam-cao's die op verschillende (lagere) niveaus kunnen worden ingevuld. Bij deze laatstgenoemde vorm van decentralisering is de or betrokken.

In deze raam-cao's worden mogelijkheden opgenomen om de arbeidsvoorwaarden op een decentraal niveau (nader) vast te stellen. Sociale partners beogen hiermee meer flexibiliteit aan de bedrijfstak-cao te geven, doordat het mogelijk wordt om passende arrangementen per onderneming vorm te geven. Een wijze van decentralisatie is een regelopdracht in de cao, waarbij de mogelijkheid wordt geboden om af te wijken van de cao in overleg met de or, of de mogelijkheid om in overleg met de or een regeling op een bepaald terrein te treffen.

Een voorbeeld van een cao die het mogelijk maakt om op verschillende niveaus de arbeidsvoorwaarden vorm te geven is de Grafimedia-cao. Deze cao is door cao-partijen in 1997 ingrijpend herzien. Afgestapt is van het oude stelsel waarin zes omvangrijke standaard-cao's alle arbeidsvoorwaarden gedetailleerd voorschreven. Gekozen is voor een gelaagde structuur, met drie niveaus. Het eerste niveau wordt gevormd door de mantelbepalin-

gen die de afspraken op centraal niveau betreffen. Het tweede niveau wordt gevormd door de sectorbepalingen en het derde niveau zijn de decentrale afspraken per bedrijf. Ook in de bouw-cao vindt men een dergelijke trits, waarbij het derde en laagste niveau keuzemogelijkheden biedt voor individuele werknemers. De individuele keuzemogelijkheden vormen de meeste vergaande vorm van decentralisering van arbeidsvoorwaarden. Dit type cao wordt veelal aangeduid met cao à la carte (ook wel cafetaria-cao).⁸

Decentralisatie naar de or via de cao wordt mogelijk gemaakt door art. 32 lid 1 wor. Op grond van dit artikel kunnen de bevoegdheden van de or worden uitgebreid bij collectieve arbeidsovereenkomst of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk lichaam (hierna: cao). De betreffende cao-bepalingen gelden in principe voor de leden van werkgeversverenigingen die betrokken zijn bij de cao, of in het geval van een ondernemings-cao voor de werkgever. Door algemeenverbindendverklaring kunnen ook de niet georganiseerde werkgevers gebonden raken aan deze cao-bepalingen.

Vraag is nu of de uitwerking op het bedrijfsniveau die in samenspraak met de or wordt vastgelegd ook doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. Met andere woorden: wordt de individuele contractsvrijheid van de werknemer geraakt door afspraken met de or? In de Notitie inzake Zelfregulering stelt de minister dat het in de rede ligt dat sociale partners ervan uitgaan dat aan een decentrale regeling gebaseerd op art. 32 lid 1 wor eenzelfde rechtskracht toekomt als aan een cao. Om dit te realiseren wordt in de cao zelf wel een incorporatiebeding opgenomen op grond waarvan een overeenkomst die een uitwerking is van een regelopdracht aan het adres van de ondernemer en de or, wordt geacht deel uit te maken van de cao. Ook worden wel formuleringen in de cao opgenomen als ‘de decentrale regelingen hebben rechtskracht van cao’, of ‘zijn bindend voor de werknemers in de onderneming’.⁹

Doorwerking

Als de vraag moet worden beantwoord of de decentrale afspraken met de or moeten kunnen doorwerken naar het niveau van de individuele arbeidsovereenkomst, zijn de meningen in de literatuur verdeeld. Zo acht

8. E. Lambregts en E. Smit, Van de oude naar de nieuwe media: arbeidsvoorwaarden in de grafische industrie en bij Neroc, in: M. van der Meer en E. Smit (red.), *Innovatie of imitatie, CAO-vernieuwing op ondernemingsniveau*, p. 75-86, Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie b.v. 2000.

9. *Kamerstukken I 2001/02*, 222a, nr. 9b, p. 8.

Van der Heijden het mogelijk dat cao-partijen hun bevoegdheden kunnen overdragen aan andere actoren. Een delegatiebepaling is hiervoor voldoende. Afspraken die zijn gebaseerd op dergelijke delegatiebepalingen werken volgens Van der Heijden door in de individuele arbeidsovereenkomst en binden de individuele werknemers op grond van het cao-recht.¹⁰

Bijlsma volgt hem hierin en meent dat voldaan is aan de waarborgen van het cao-recht indien bij cao is bepaald dat afspraken die met de or zijn gemaakt op grond van een delegatiebepaling, kracht van cao krijgen. Zij stelt: 'De paraplu en dus waar het uiteindelijk om gaat ook de bescherming, van de cao hangt er nog altijd boven. Het zijn de cao-partijen zélf die aan die aan de ondernemingsovereenkomsten bewust deze status hebben gegeven, diezelfde cao-partijen die het vertrouwen van de wetgever genieten om van driekwart dwingend recht af te wijken.' Een verdere waarborg is volgens Bijlsma gelegen in het feit dat cao-partijen de volledige bevoegdheid behouden zelf de arbeidsvoorwaarden alsnog nader vast te stellen. Dit wordt verzekerd door art. 27 lid 3 wor. Tevens kunnen cao-partijen in latere cao's beslissen om terug te komen op de constructie dat de afspraken met de or kracht van cao hebben.¹¹

Zij signaleert echter het volgende probleem: zodra een afspraak met de or tot cao wordt verheven, werkt deze juist wél integraal door in de individuele arbeidsovereenkomst van de georganiseerde werknemer, ook zonder diens toestemming. Op deze wijze verliezen georganiseerde werknemers een deel van de contractsvrijheid die zij aanvankelijk hadden. Mijns inziens hadden deze georganiseerde werknemers hun contractsvrijheid toch al opgegeven door lid te worden van de vakorganisatie. En voor de zogenaamde art. 14-werknemers geldt dat zij alsnog zullen moeten instemmen met het aanbod van de werkgever om de cao toe te passen; zij behouden (althans juridisch-technisch) hun contractsvrijheid.

Dat de georganiseerde werknemer aan contractsvrijheid inboet is volgens Bijlsma uit praktisch oogpunt geen reëel probleem, daar de sector die zij bestudeerde (de IT-sector) weinig georganiseerde werknemers kent. De meeste (ongeorganiseerde) werknemers behouden dus hun vrijheid om te kiezen of de cao-bepalingen (en dus ook de tot cao verheven afspraken met de or) doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Hierna vraagt zij zich af of de georganiseerde werknemers zich überhaupt zullen willen verzetten. Zij stelt: 'de ondernemingsraden zijn door en voor de werknemers ingesteld en zullen, net als de vakverenigingen, hun best hebben gedaan aan de wensen van de schaarse IT-werknemer tegemoet te komen.' Dit

10. P.F. van der Heijden, 'wor 1998', *SMA* 1998/5, p. 213.

11. A.G.M. Bijlsma, 'De Ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden; een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999/1, p. 7.

mag natuurlijk wel zo zijn, dit neemt niet weg dat het zeer wel mogelijk is dat de or een slecht onderhandelingsresultaat presenteert, dat hem is opgedrongen door de ondernemer.

Stege meent, in tegenstelling tot Bijlsma, dat het hier wel om een probleem gaat. Georganiseerde werknemers weten dat zij worden gebonden aan de cao, maar hebben daarentegen geen mandaat gegeven aan de or.¹² Dit was ook de opvatting van Rood, die stelde dat de or, anders dan de bestuurder, niet optreedt namens een ander. 'Hij heeft geen vertegenwoordigingsbevoegdheid en treedt evenmin op namens de werknemers van de onderneming, waarvoor hij ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid mist. Bovendien bedingt hij bij de afspraak geen bevoegdheden of rechten voor hen, doch uitsluitend voor zich zelf. Evenmin legt hij verplichtingen op de werknemers, doch alleen op zich zelf, indien de afspraak althans in het op zich nemen van plichten door de or voorziet. In gemoede kan de raad door zijn afspraak met de ondernemer niet geacht worden iemand anders te vertegenwoordigen dan zich zelf.'¹³

Stege stelt voorts met een beroep op het verenigingsrecht dat de or ook niet krachtens volmacht kán werken. Het kenmerk van de volmacht is de toerekening van de rechtshandeling die de gevolmachtigde heeft verricht aan de volmachtgever op grond van art. 3:60 lid 1 BW. De verlening van een volmacht door de vereniging (de vakbond) aan een derde buiten de vereniging (de or) zou in dit geval als mogelijkheid overblijven. Aangezien de or geen rechtspersoonlijkheid bezit, kan hij geen volmacht ontvangen. Tevens zou op grond van het verenigingsrecht in de statuten van de vakorganisatie moeten worden opgenomen, dat de vakbond gerechtigd is om een deel van de bevoegdheden te delegeren aan de or. De statuten van de vakbond bepalen over het algemeen dat zij de bevoegdheid heeft een cao te sluiten. Voor gebondenheid van de leden aan een ondernemingsovereenkomst die uit een cao voortvloeit is naar de mening van Stege vereist dat dit expliciet in de statuten wordt bepaald.¹⁴

Dan zijn er nog schrijvers die stellen dat voor het doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van een afspraak met de or vereist is dat in de cao een incorporatiebeding wordt opgenomen. Zo stelt Pepers dat cao-partijen naast een decentralisatiebepaling in de cao ook een beding in de cao zouden moeten opnemen waaruit blijkt dat het hun intentie is dat

12. A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SR* 1999/10, p. 253.

13. M.G. Rood, 'Over afspraken ondernemer-ondernemingsraad', *TIVS* 1991/9, p. 223.

14. A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SR* 1999/10, p. 253.

de decentrale regelingen onderdeel vormen van de cao en er een gelijke rechtskracht wordt beoogd.¹⁵ Ook Van Bon betoogt dat het van belang is een incorporatiebeding op te nemen in de cao, waardoor de afspraak met de or deel gaat uitmaken van de cao. Hierdoor zou het cao-recht van toepassing worden, waardoor er op een duidelijke manier doorwerking kan worden gerealiseerd.¹⁶

Van Bon noemt verschillende argumenten vóór de incorporatie van afspraken met de or in de cao. Allereerst noemt hij het feit dat vakbonden naleving kunnen vorderen, waarbij speelt dat vakbonden een grotere *countervailing power* hebben dan ondernemingsraden. Daarbij behouden de vakbonden ook de regiefunctie bij de primaire arbeidsvoorwaarden. Tot slot gaat volgens Van Bon van een cao en ook van een in de cao geïncorporeerde afspraak met de or een veel sterkere werking uit dan van een afspraak met de or alleen.

Stege stelt dat bepalingen van ondernemingsovereenkomsten kunnen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van een gebonden werknemer. Dit gaat niet automatisch, maar zal moeten worden gerealiseerd doordat deze ondernemingsovereenkomst door middel van incorporatie deel uit is gaan maken van een de cao. Indien de ondernemingsovereenkomst zelf geen deel uitmaakt van de cao is doorwerking niet mogelijk, omdat de vakbondsleden niet uit hoofde van hun lidmaatschap gebonden kunnen zijn aan een overeenkomst waarbij de vereniging (vakbond) zelf geen partij is, tenzij dit uitdrukkelijk is bepaald in de statuten.¹⁷

Het toekennen van doorwerking aan afspraken met de or zou verdedigd kunnen worden met het argument dat de or meer representatief is voor de werknemers binnen een onderneming dan de vakbonden die een cao hebben afgesloten in de betreffende sector. Zeker met het oog op de beweerde afnemende representativiteit van de vakorganisatie zou men dit kunnen verdedigen. Feit is dat het ledenbestand van de huidige vakbeweging geen goede afspiegeling vormt van de beroepsbevolking. Bepaalde groepen zijn nauwelijks georganiseerd. Hier staat echter weer tegenover dat hoewel de vakbond misschien niet geheel representatief is, zij wel een sterkere positie inneemt in de onderhandelingen, omdat de vakbond – in tegenstelling tot de or – niet afhankelijk is van de ondernemer. De verschillen in positie tussen vakbond en or komen ter sprake in par. 4.3 (Afbakening taken or en vakorganisatie).

15. J.J.L. Peppers, 'De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten', *ArbeidsRecht* 2002/3, p. 31.

16. B. van Bon, 'De lading kan omgevlagd', *SR* 1999/10, p. 246.

17. A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SR* 1999/10, p. 253.

Rest nog de vraag of er verschil bestaat in positie tussen de georganiseerde en de ongeorganiseerde werknemer als het gaat om doorwerking van afspraken met de or in de cao. Indien men de opvatting aanhangt dat afspraken met de or, die een uitwerking vormen van een regelopdracht in de cao, kracht hebben van cao (en dus doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst), dan bestaat mijns inziens verschil in positie tussen de georganiseerde en de ongeorganiseerde werknemer. De georganiseerde werknemer zal rechtstreeks worden gebonden aan de cao door de normatieve werking van art. 12 Wet CAO. Deze werknemer heeft dus weinig individuele contractsvrijheid.

De ongeorganiseerde werknemer daarentegen heeft keuzevrijheid. Hij hoeft het aanbod dat de werkgever op basis van art. 14 Wet CAO doet immers niet te accepteren. Hij kan er dus voor kiezen om de cao niet van toepassing te laten zijn op zijn individuele arbeidsovereenkomst en daarmee onder de werking van de regeling met de or uitkomen. De keuzevrijheid van de werknemer is echter wel erg relatief. Indien het binnen de onderneming bijvoorbeeld gebruikelijk is arbeidstijden vast te stellen in samenspraak met de or, dan is het lastig – zo niet onmogelijk – je hieraan als individuele werknemer te onttrekken.

Verdedigbaar zou ook kunnen zijn dat het onderscheid tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers in deze context niet terzake doet. Door het feit dat in de cao expliciet is gedelegeerd naar het niveau van de onderneming dragen sociale partners de bevoegdheid over aan een democratisch verkozen or die representatief is voor de werknemers die in de onderneming werkzaam zijn. Onderscheid maken tussen het al dan niet gelieerd zijn aan een vakorganisatie zou in deze redenering onnodig zijn. Dit zou ook de (onuitgesproken) gedachte kunnen zijn achter de werking van de WAZ, de ATW en de WAA. Zoals later aan de orde zal komen, wordt bij de werking van deze wetten ook geen onderscheid gemaakt tussen georganiseerde en niet georganiseerde werknemers.

4.2.2 *De ondernemingsovereenkomst*

Naast de mogelijkheid om in de cao een delegatiebepaling op te nemen geeft het tweede lid van art. 32 WOR de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst tussen ondernemer en or extra bevoegdheden toe te kennen. Deze overeenkomst wordt wel aangeduid met de term ‘ondernemingsovereenkomst’. Onder die ‘extra bevoegdheden’ die kunnen worden toegekend, worden in dit kader verstaan de mogelijkheid om met de or een overeenkomst te sluiten over arbeidsvoorwaarden. De mogelijkheid een ondernemingsovereenkomst te sluiten is in de wet opgenomen bij de wetwijziging van 4 maart 1998 (*Stb.* 107). Tot de wetwijziging was het onmogelijk om over primaire arbeidsvoorwaarden te onderhandelen met de or. Dit blijkt

uit de beschikking van de Minister van szw,¹⁸ waarin wordt gesteld dat blijkens de wetsgeschiedenis¹⁹ de or zijn in de wet neergelegde bevoegdheden niet kan uitoefenen ‘met betrekking tot het vaststellen of wijzigen van de primaire arbeidsvoorwaarden. De wetgever is ervan uitgegaan dat het onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden zal geschieden door de vakorganisaties. (...) Het feit dat tussen appellante en de or (procedure-) afspraken zijn gemaakt met betrekking tot het onderhavige voorgenomen besluit van appellante, betekent nog niet dat ten deze toepasselijk is art. 32a van de wet.’²⁰

In de Grabowsky-zaak oordeelde anders de President van de Rechtbank te Den Haag. Vastgesteld werd dat de uitbreiding van de bevoegdheden van de or ook betrekking kan hebben op primaire arbeidsvoorwaarden.²¹

‘Uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en de literatuur blijkt dat doorgaans geen instemmingsrecht wordt toegekend aan de or ter zake van primaire arbeidsvoorwaarden. (...) Uit de wetsgeschiedenis op artikel 32 wor blijkt niet dat aan de ondernemingsraad geen bevoegdheid zou mogen worden toegekend om te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden. Indien de wetgever het bepaalde in artikel 32 wor in voornoemde zin had willen beperken had het voor de hand gelegen daaromtrent expliciet iets op de nemen. Op voorhand moet dan ook worden aangenomen dat ook al is het uitgangpunt van de wetgever dat het onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden geschiedt door de vakorganisaties, dit nog niet meebrengt dat het verboden is, met toepassing van artikel art. 32 wor, de or deze bevoegdheid toe te kennen.’

Bepleit zou kunnen worden dat de uitspraak niet in overeenstemming met ILO-verdragen 135 en 154. Olbers stelt dat in casu de or werd gebruikt om de positie van de werknemersorganisaties die zich als cao-partij hadden aangediend, te verzwakken, wat strijdig is met de doelstellingen van genoemde internationale verdragen. De or ging zich bewegen op het terrein dat tot de bijzondere voorrechten van de vakorganisatie mochten worden gerekend, gelet op de verdeling van bevoegdheden in art. 27 wor en de parlementaire behandeling die daaraan is voorafgegaan.²²

Op grond van Verdrag 154 is toegestaan dat de wetgever bepaalt dat onder collectief onderhandelen ook wordt verstaan ‘onderhandelingen met de gekozen vertegenwoordiging van de werknemers in de onderneming.

18. Beschikking Minister szw 20 febr. 1985 *ROR* 1985, nr. 33.

19. *Kamerstukken II* 1976/77, 13 954, nr. 6, p. 12-13.

20. R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad (losbl.), aant. 5 bij art. 32.

21. Pres. Rb. Den Haag 19 mei 1992, *JAR* 1992, 22 en *ROR* 1992, nr. 19.

22. M.M. Olbers, Vakbond of ondernemingsraad?, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld* 1946-1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 189.

Als die gelijkstelling heeft plaatsgevonden, dan is de wetgever verplicht te waarborgen 'dat van het feit dat zodanige vertegenwoordigers bestaan, niet gebruik gemaakt wordt om de positie van de betrokken werknemersorganisaties te verzwakken.' Vereiste voor een gelijkstelling is dat het gekozen vertegenwoordigers betreft in de zin van art. 3 letter b van het ILO-verdrag 135. In dit verdrag is bepaald dat de werkzaamheden geen 'activiteiten mogen omvatten die (...) zijn erkend als behorend tot de bijzondere voorrechten van de vakverenigingen.' Art. 4 van ILO-Verdrag 135 bevat de regel dat indien er zowel vakbonden als gekozen vertegenwoordigers zijn, er maatregelen genomen dienen te worden die voorkomen dat de vakorganisatie geschaad zou kunnen worden door de aanwezigheid van de gekozen vertegenwoordigers.

De rechtbank stelt echter dat de bepalingen in de internationale verdragen waar de bonden zich op hebben beroepen niet afdoen aan de mogelijkheid met de or afspraken te maken over primaire arbeidsvoorwaarden. Het toekennen van bevoegdheden aan de or op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden beperkt werknemers immers niet in hun recht zich te organiseren en evenmin wordt hiermee inbreuk gemaakt op hun mogelijkheden tot collectief onderhandelen en tot collectief actievoeren. De internationale verdragsbepalingen waarborgen bepaalde rechten van werknemers, maar creëren geen plicht voor de werkgever om met de bonden te onderhandelen.

Naar mijn opvatting is het ook van belang dat de internationale verdragen worden geïnterpreteerd binnen de kaders van een nationaal juridisch systeem. In Nederland kan de uitwerking van een verdragsbepaling een heel andere relevantie hebben dan in bijvoorbeeld Colombia. De bepaling is dan meer een principe dan een dwingende norm. Zo is het in Nederland is het algemeen geaccepteerd dat de ondernemingsraden een bepaalde rol kunnen vervullen, bijvoorbeeld bij het uitwerken van decentralisatiebepalingen. Er vindt dan ook een samenspel plaats tussen vakbond en ondernemingsraden. In de Nederlandse situatie zouden de verdragsbepalingen zo moeten worden geïnterpreteerd dat het van belang is de onafhankelijkheid van de vertegenwoordigende organisatie te garanderen. Hierbij zou kunnen worden gezien of er überhaupt sprake is van een vakbond. Indien die er niet is dan vervalt ook het te beschermen belang. Een ander soort vertegenwoordiging is in dat geval eerder toelaatbaar.

Kortom, door de wetwijziging van 1998 kan een zogenaamde ondernemingsovereenkomst gesloten worden tussen ondernemer en or. Deze schriftelijke ondernemingsovereenkomst werkt niet door in de individuele arbeidsovereenkomst. Een schriftelijke ondernemingsovereenkomst is immers geen cao, omdat een dergelijke overeenkomst niet voldoet aan de definitie van de cao, zoals genoemd in art. 1 Wet CAO. De ondernemer en de or binden met de ondernemingsovereenkomst alleen zichzelf. Hiermee

lijkt de wetgever te kiezen voor een contractuele benadering in plaats van een institutionele benadering, zoals bij de Wet CAO.²³ Deze benadering is ook in overeenstemming met de internationale verdragen, omdat het niet zo is dat de positie van de vakorganisatie wordt verzwakt. Wel komt er een nieuwe speler – de or – bij, maar de positie van die or is duidelijk afgebakend in de WOR zelf. Zo blijkt uit art. 27 lid 3 WOR bijvoorbeeld dat de or geen instemmingsrecht toekomt met betrekking tot zaken die al uitputtend zijn geregeld in een cao.

Doorwerking

Het primaat van de vakorganisatie ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden blijft dus gehandhaafd. Bij de evaluatie van de WOR²⁴ in 2003 werd nog eens bevestigd door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat de afspraken die tussen de ondernemer en de or zijn gemaakt geen directe doorwerking hebben in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers. ‘Willen de afspraken doorwerken in het individuele arbeidscontract dan zal de uitdrukkelijke instemming nodig zijn van ieder van de betrokken werknemers afzonderlijk.’ Hieruit blijkt dat de contractuele benadering de toon blijft zetten waar het gaat om afspraken met de or.

Ondanks pleidooien in de literatuur voor doorwerking van door de or afgesproken arbeidsvoorwaarden heeft de wetgever deze stap niet willen nemen. Zo pleitte Luttmer-Kat voor het doorwerken van de ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst. Zij stelde daarbij voor om naar het Duitse voorbeeld van de ‘*Betriebsvereinbarung*’ wel het primaat van de cao te handhaven, maar tevens doorwerking toe te kennen aan de ondernemingsovereenkomst. Hierbij zou het ‘*Günstigkeitsprinzip*’ moeten worden gehanteerd op grond waarvan de bepalingen van de ondernemingsovereenkomst alleen dan voorgaan wanneer zij niet minder gunstig zijn dan datgene dat in de individuele arbeidsovereenkomst is afgesproken.²⁵

In diezelfde zin stelde ook Otten dat doorwerking van de ondernemingsovereenkomst moet worden overwogen. Hij noemde de Grafimedia-cao als voorbeeld waaruit blijkt dat de or onder strikte voorwaarden voor werknemers bindende afspraken kan maken. Hij stelt dat als blijkt dat ‘via deze weg, en overigens ook via de mogelijkheden die art. 7: 613 BW werkgevers biedt, doorwerking kan worden bereikt, wat is er dan op tegen om, onder voorwaarde dat het primaat van de cao verruimd wordt, in de

23. P.F. van der Heijden, ‘WOR 1998’, *SMA* 1998/5, p. 213.

24. *Kamerstukken II* 2002/03, 28792, Evaluatie Wet op de ondernemingsraden, nr. 1, p. 21.

25. A.M. Luttmer-Kat, ‘Automatische doorwerking van met de OR overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen’, *SR* 1996-3, p. 68.

wor te bepalen dat ondernemingsovereenkomsten automatisch en dwingend gelden voor alle betrokken werknemers.’ Hiermee zou de stap naar het Duitse model kunnen worden gezet, waar de dwingende werking van de *Betriebsvereinbarung* ook alleen kan bestaan naast een duidelijk en expliciet verwoord primaat van de cao.²⁶

Het standpunt van Hansma is vergelijkbaar waar hij pleit voor een nieuw art. 27 lid 1 wor waarin de or een vetorecht krijgt over alle arbeidsvoorwaarden die niet in een cao zijn geregeld. Hiermee zou art. 7:613 BW overbodig worden.²⁷ Deze opzet van het systeem zou dicht in de buurt komen van de systematiek van de Arbeidstijdenwet (ATW). In de ATW is het zo dat zodra cao-partijen iets geregeld hebben ten aanzien van een onderwerp uit een cluster van onderwerpen, aan werkgever en or de bevoegdheid toekomt om regelingen op het decentrale niveau te treffen ten aanzien van de onderwerpen uit het cluster die niet in de cao zijn geregeld. Hierbij geldt als voorwaarde voor delegatie dus niet de uitdrukkelijke instemming van cao-partijen, maar kan stilzitten of nalatigheid ook een grond zijn voor werkgever en or om op dit gebied een regeling te treffen. Deze systematiek acht ik niet helder. Onduidelijk is dat de regie in de handen van de sociale partners ligt. Meer hierover in paragraaf 4.2.5.

Ook Jacobs pleit ervoor, naar Duits voorbeeld, in de wor te bepalen dat ondernemer en or regelingen kunnen treffen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en dat de inhoud daarvan rechtstreeks en dwingend doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten. De redenering van Jacobs hierbij is dat het verduidelijken van de status van de ondernemingsovereenkomst tot gevolg heeft dat zowel de or als de vakbond gesterkt worden in hun positie, wat de werknemers alleen maar ten goede komt. Werkgevers maken dankbaar gebruik van de mazen die het systeem van duale vertegenwoordiging biedt. Jacobs stelt hier bij dat het onbegrijpelijk is dat de vakbeweging niet slimmer inspeelt op deze situatie. ‘Haar huidige strategie – het halfslachtig meewerken aan de versterking van de ondernemingsraden, die onafhankelijk van de vakbeweging opereren – moet op iedere waarnemer wel als volstrekt naïef overkomen.’ Hij pleit dan ook voor een bundeling van de beide sporen van belangenbehartiging van werknemers, waarbij de vakbeweging en de ondernemingsraden strategische partners kunnen worden. De vakbeweging moet dan een sterkere greep krijgen op de ondernemingsraden en tegelijkertijd een stapje terug doen bij de gedetailleerde arbeidsvoorwaardenvorming, zodat de or zich daarover kan

26. B. Otten, ‘De combinatie CAO-ondernemingsovereenkomst nader bezien’, *SR* 1998-12, p. 370-373.

27. R. Hansma, ‘Met art. 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen’, *SR* 1998-12, p. 373-375.

ontfermen. Deze systematiek sluit zijns inziens ook aan bij de behoeften van het bedrijfsleven.²⁸

Ook Heerma van Voss heeft zich een voorstander betoond van doorwerking van de ondernemingsovereenkomst. Het huidige contractuele systeem onthoudt werknemers een beroep op rechten die de ondernemingsraad voor hen verworven heeft. Naar zijn opvatting zou de waarborg kunnen worden ingebouwd dat overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden slechts binden na het houden van een bindend referendum onder het personeel. Dit zou zijns inziens wettelijk kunnen worden geregeld of kunnen worden overgelaten aan cao's en de or zelf. Heerma van Voss stelt voorts dat het geringe vertrouwen in ondernemingsraden niet wordt gestaafd door concrete voorbeelden van gevallen waarin de belangen van werknemers niet juist werden vertegenwoordigd. Omdat de ondernemer zich ervan bewust is dat hij rekening moet houden met onvrede en verzet van werknemers als de overeenkomst geen draagvlak heeft, zal hij naar opvatting van Heerma van Voss niet vaak proberen om de besluitvorming naar zijn hand te zetten.²⁹

Stege daarentegen stelt dat het feit dat de werknemer niet op grond van een wettelijke bepaling rechtstreeks gebonden raakt aan een ondernemingsovereenkomst voortvloeit uit een bewuste keuze van de wetgever. Hij citeert uit de parlementaire geschiedenis waar gesteld wordt: 'Het is echter niet gewenst dat de OR direct de bevoegdheid krijgt individuele werknemers te binden. Dit zou een te grote breuk betekenen met de bestaande arbeidsverhoudingen, waarin de CAO het kader vormt om collectief afspraken te maken die bindend zijn voor individuele werkgevers en werknemers.'³⁰ Ook blijkt uit de kamerstukken dat 'de automatische, dwingende doorwerking van institutionele aard (...) in principe behoort te berusten op vrijwillige toetreding van werknemers tot een vakorganisatie die (daarmee) door hen gemachtigd zijn hen te vertegenwoordigen bij de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden. Anders gezegd: het behoort te berusten op een vrijwillige overdracht van individuele contractsvrijheid door de werknemer aan de vakorganisatie.'³¹

Ook Olbers stelt dat er op de kwaliteit van de representatie door de or wel het nodige is af te dingen. 'Zo is niet, zoals bij het lidmaatschap van een vakbond wel sprake van vrijwillige representatie door de ondernemingsraad. Ook als de werknemer zijn belangen niet door de raad behartigd wil zien, zal hij toch moeten dulden dat die raad ook mede

28. A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922.

29. G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht* (Van den Heuvel-bundel), 2006, p. 384

30. *Kamerstukken I*, 1997/98, 24615, nr. 81a (MvA), p. 8-9 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25426, nr. 1, p. 7.

31. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 53.

namens hem een standpunt bepaalt ten opzichte van de werkgever. Deze verplichte vertegenwoordiging wordt overigens wel weer gecorrigeerd in die zin dat de werknemer niet automatisch gebonden is aan de instemming van de or met een door de werkgever voorgestelde arbeidsvoorwaardelijke regeling.³²

De pleidooien om het Duitse model te volgen zijn uit het oogpunt van werkbaarheid begrijpelijk. Werkgevers zoeken naar mogelijkheden om de afspraken met de or ook eenvoudig door te kunnen laten werken. Bedacht moet echter worden dat het aannemen van dit model de flexibilisering en decentralisering niet hoeft te bevorderen. Naast de doorwerking van de *Betriebsvereinbarung* kent men in Duitsland de *Tarifsperr* van par. 77 III *Betriebsverfassungsgesetz*. Deze bepaling houdt in dat zaken die normaal gesproken in een cao worden geregeld, geen onderwerp van een *Betriebsvereinbarung* kunnen zijn. Het gevolg van deze bepaling is dat de bonden in Duitsland sterk geneigd zijn om alles zelf te willen regelen op bedrijfstakniveau. De *Betriebsrat* krijgt alleen ruimte indien dit expliciet is gedelegeerd. Een en ander leidt ertoe dat in Duitsland minder ruimte bestaat voor regelingen op het niveau van de onderneming dan in Nederland het geval is. Meer hierover in hoofdstuk 5.

4.2.3 *Instemmingsrecht or*

Het instemmingsrecht van de or is niet rechtstreeks van invloed op de individuele contractsvrijheid van de werknemer, omdat een regeling waarmee is ingestemd, doorwerking ontbeert. Voor de doorwerking van een regeling waarvoor instemming van de or is verkregen is – net als bij de uitwerking van decentralisatiebepalingen – vereist dat de individuele werknemer met de regeling instemt, danwel zich bij de regeling neerlegt. In veel gevallen zal een beding tot eenzijdige wijziging worden gehanteerd om een besluit waarvoor instemming is gekregen van de or door te voeren in de arbeidsovereenkomst. In par. 4.3 zal dit aan de orde komen. Tevens wordt daar de vraag behandeld in hoeverre verkregen instemming van de or van belang is voor de afweging van het belang van de werkgever bij de wijziging en de belangen van de werknemer.

Uit onderzoek van TNO³³ blijkt dat afspraken met de or in 18% van de gevallen via informele kennisgeving worden opgelegd. Hoewel niet geheel duidelijk is uit deze definitie of het hier een instemmings situatie betreft,

32. M.M. Olbers, Vakbond of ondernemingsraad?, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 186.

33. G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005, p. 61.

danwel een ondernemingsovereenkomst, wordt wel duidelijk dat het hier gaat om gevallen waarin geen gebruik wordt gemaakt van een beding tot eenzijdige wijziging. Hoewel regelingen met de or juridisch geen doorwerking hebben, kan het dus wel zo zijn dat dergelijke regelingen feitelijk de individuele contractsvrijheid beperken doordat werknemers zich neerleggen bij de ‘informele kennisgeving’. Indien werknemers geen prijs stellen op deze feitelijke beperking van de individuele contractsvrijheid, kunnen zij zich hiertegen verweren.

Als voorbeeld van een dergelijke situatie kan dienen de zaak *Hokatex/FNV Bondgenoten*, die diende bij de kantonrechter Maastricht.³⁴ In deze zaak had de or ingestemd met een regeling waarbij het aantal arbeidsuren door een roosterwijziging van 35 in 36 uur per week gewijzigd werd. Hokatex beriep zich op het feit dat in andere vestigingen ook 36 uur per week werd gewerkt en dat gelijke behandeling vereiste dat in alle vestigingen een gelijk aantal uren wordt gewerkt.

De kantonrechter oordeelde dat de werkgever de feitelijke arbeidsduur niet eenzijdig mocht wijzigen. Het feit dat de or had ingestemd met de wijziging van de arbeidsduur bracht niet met zich mee, dat er geen sprake was van eenzijdige wijziging. Weliswaar was er wel een beding tot eenzijdige wijziging overeengekomen, maar dit liet alleen wijziging toe in het geval van ingrijpende wijziging van wetgeving door de overheid. Daar was in dit geval geen sprake van. Ook het Taxi Hofman-criterium, gestoeld op art. 7:611 BW, mocht de werkgever niet baten. In casu was er namelijk geen sprake van redelijke voorstellen door de werkgever gedaan aan de individuele werknemers, met daarbij redelijk overleg, uitwisseling van argumenten en overgangsmaatregelen. Ook een zaak bij de rechtbank Zwolle³⁵ illustreert dat instemming van de or de individuele werknemer niet kan binden als er geen beding tot eenzijdige wijziging is overeengekomen. De Rechtbank stelde hier dat het niet zo kan zijn dat ‘instemming van de ondernemingsraad met de wijziging (...), zomaar betekent dat eiser deze regeling dient te accepteren. De ondernemingsraad kan eiser immers niet als individueel werknemer binden’.

Uit deze zaken blijkt dat de instemming van de or bij eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever niet als vervanging kan dienen voor een wijzigingsbeding, danwel voor redelijke voorstellen conform de leer van Taxi Hofman. De contractsvrijheid van de werknemers wordt niet beperkt door de instemming van de or. Wel van belang is dat zij zich hebben verzet tegen de invoering van de regeling. Indien zij dit niet

34. Ktg. Maastricht, 29 maart 2005, *JAR* 2005/105.

35. Rb. Zwolle, 9 april 2004, *ROR* 2004-4.

zouden hebben gedaan, dan zou de regeling feitelijk hebben gewerkt en zou de individuele contractsvrijheid langs deze weg zijn beperkt.

Hier verdient nog opmerking dat de individuele contractsvrijheid van de werkgever door het instemmingsrecht van de or wel wordt beperkt. Nadat hij eenmaal instemming van de or heeft verkregen is hij immers niet meer vrij om te contracteren met de betrokken werknemers zoals hij zou willen. De ondernemer moet in zijn onderhandelingen met individuele werknemers rekening houden met de regeling die met de or is getroffen. Indien hij in meerdere gevallen van deze regeling afwijkt, bestaat de kans dat de or hiertegen bezwaar maakt, omdat feitelijk conform een nieuw instemmingsplichtig besluit wordt gehandeld. De or kan de nietigheid inroepen van dit 'nieuwe besluit'. Het gevolg hiervan kan zijn dat de afspraken met de individuele werknemers niet meer kunnen worden geëffectueerd, omdat de werkgever door de or kan worden gedwongen de uitvoering van een nietig besluit stop te zetten.³⁶

Instemmingsplichtig besluit of niet?

Art. 27 WOR geeft een limitatieve opsomming van onderwerpen ten aanzien waarvan de ondernemer de instemming van de or behoeft. Dit geldt voor elk besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot de in het artikel genoemde onderwerpen. Voorbeelden van die onderwerpen zijn: een pensioenregeling, een werktijd- of vakantie-regeling, een belonings- en functiewaarderingsstelsel of een regeling op het gebied van arbeidsomstandigheden of het ziekteverzuim of de reïntegratie. Voorwaarde voor het instemmingsrecht is dat deze onderwerpen niet door de vakbond inhoudelijk in een cao zijn geregeld. Op grond van art. 27 lid 3 WOR vervalt het instemmingsrecht van de or indien de materie inhoudelijk en uitputtend is geregeld in een cao.

De jurisprudentie over art. 27 WOR verdient hier bespreking, omdat het voor de individuele contractsvrijheid van werknemers van belang is vast te stellen of een aangelegenheid instemmingsplichtig is, of juist niet. In het geval het onderwerp al in de cao is geregeld, dan heeft dit tot gevolg dat de betreffende regeling wel doorwerkt in de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die op enige wijze gebonden zijn door de cao. Indien de materie niet uitvoerig is geregeld in een cao, komt de or instemmingsrecht toe indien het besluit valt onder de onderwerpen die worden genoemd in art. 27 lid 1 WOR. Indien de or instemming heeft verleend, heeft het besluit geen doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst tot gevolg en wordt de contractsvrijheid niet beperkt.

36. R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad (losbl.), art 27 WOR, (Kluwer).

Niet in alle gevallen is het duidelijk of er sprake is van een instemmingsplichtig besluit. In het AMRO-arrest³⁷ oordeelde de Hoge Raad dat het te nemen besluit moet worden geïnterpreteerd naar aard en strekking. In deze zaak riep de or de nietigheid in van een besluit van AMRO om zonder instemming van de or over te gaan tot het aanwijzen van roostervrije uren. In eerste instantie oordeelde de kantonrechter dat het besluit niet instemmingsplichtig was, omdat het geen besluit betrof tot vaststelling van een vakantie- of werktijdregeling. Deze letterlijke interpretatie vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Die oordeelde dat het betreffende besluit over de roostervrije uren zowel trekken vertoonde van een werktijdregeling als van een vakantieregeling en derhalve met deze regelingen in zodanige mate overeenstemt, dat zij voor de toepassing van art. 27 lid 1 daarmee op een lijn moet worden gesteld.

Blijkens een uitspraak inzake Holland Casino³⁸ hecht de Hoge Raad voorts belang aan de bedoeling van de ondernemer met het voorgenomen besluit. In casu wilde het Casino een Pilot Lopend Toezicht invoeren. Het Casino wilde tot invoering overgaan zonder instemming van de or te vragen. Hierop heeft de or de nietigheid van het besluit ingeroepen. Daarbij stelde de or dat het hier ging om een regeling betreffende de arbeidsomstandigheden. Bij het beoordelen van de vraag of aan de or instemmingsrecht toekomt, kijkt de Hoge Raad naar het doel van de regeling. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de pilot weliswaar gevolgen kan hebben voor de arbeidsomstandigheden en het ziekteverzuim, maar dat niet gezegd kan worden dat het doel van de pilot is een regeling te treffen op het gebied van de arbeidsomstandigheden of het ziekteverzuim. Om die reden diende de pilot niet te worden aangemerkt als een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden in de zin van art. 27 lid 1 sub d wor.

Een ander belangrijk criterium om te beoordelen of instemming van de or is vereist, is het antwoord op de vraag in hoeverre de ondernemer, ondanks de cao-bepaling nog zelfstandige beslissingsbevoegdheid kan uitoefenen.³⁹ In het geval in de cao alles al inhoudelijk is geregeld met betrekking tot een onderwerp, komt aan de ondernemer geen beslissingsbevoegdheid meer toe en vervalt hiermee ook het instemmingsrecht van de or. In het geval er in de cao nog ruimte wordt gelaten aan de ondernemer om zaken (nader) te regelen, komt aan de or met betrekking tot die onderwerpen nog instemmingsrecht toe. Er is geen middenweg.

37. HR 26 juni 1987, NJ 1988/93.

38. HR 20 december 2002, JAR 2003/19.

39. R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad (losbl.), aant. 5 bij art. 27 wor, Kluwer.

Een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam⁴⁰ betrof een situatie waarin de ondernemer zich tevergeefs beriep op de uitzondering van art. 27 lid 3 WOR. De or had de nietigheid ingeroepen van een besluit tot wijziging van de werktijden. De ondernemer daarentegen meende dat hij geen instemming nodig had voor het besluit. Het betrof volgens de ondernemer materie die inhoudelijk geregeld was in een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.⁴¹ Hierbij verwees de ondernemer naar een brief van de Nederlandse organisatie voor zuiver-wetenschappelijk onderzoek (zwo). In deze brief werd onder de aandacht gebracht dat de rijksschalen en bijbehorende salarisbedragen per maand waren gebaseerd op de veertigurige werkweek. zwo verwees hierbij naar haar toezichthoudende taak ten aanzien van het algemene salarisbeleid van door haar gesubsidieerde lichamen. In casu meende de kantonrechter samen met de or dat de brief van zwo naar vorm noch inhoud kan worden aanvaard als een regeling van arbeidsvoorwaarden, vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan. Daarbij kan volgens de kantonrechter in het midden blijven of genoemde organisatie wel bevoegd zou zijn een zodanige regeling vast te stellen. Hierdoor ging het beroep op de uitzondering van art. 27 lid 3 WOR niet op. De instemming van de or was vereist.

De kantonrechter te Delft⁴² oordeelde in een vergelijkbare zaak. In casu oordeelde de kantonrechter dat een bijlage ‘vormgeving arbeidstijdverkortung’ bij de cao niet een inhoudelijke regeling inhield van de arbeidsduurverkortung. Als aanknopingspunt hiervoor wees de kantonrechter op toetsingscriteria die beslissingsvrijheid van de ondernemer veronderstellen. Ook in een uitspraak van de kantonrechter te Apeldoorn⁴³ wees de kantonrechter op de resterende beslissingsvrijheid van de ondernemer. In casu had de ondernemer een besluit genomen met betrekking tot een reiskostenregeling. De or achtte dit besluit instemmingsplichtig, de ondernemer stelde daarentegen dat de materie reeds inhoudelijk in een cao was geregeld. Volgens de kantonrechter kan dit verweer slechts opgaan voor zover het gaat om vergoedingen; dat onderwerp wordt in de cao geregeld. De regeling in de cao was echter niet uitputtend. De werkgever wordt nog beslissingsvrijheid gelaten ten aanzien van uitwerking of afwijking van de regeling; voor wat betreft dienstreizen was zulks expliciet in de cao opgenomen. Evenals in de

40. Ktg. Amsterdam 3 september 1980, *ROR* 1971-1984, 105.

41. Met een cao wordt gelijkgesteld: een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan. Voorbeelden zijn bindende loonregelingen ex art. 5 of 6 Wet op de Loonvorming, loonverordeningen van (hoofd)bedrijfsschappen en arbeidsvoorwaardenregelingen vastgesteld door Rijk, provincie, gemeente etc.

42. Ktg. Delft 8 december 1988, *ROR* 1988, 37.

43. Ktg. Apeldoorn 6 februari 1990, *ROR* 1990, nr. 13.

uitspraak van de kantonrechter te Delft,⁴⁴ was van doorslaggevend belang dat de ondernemer nog enige beslissingsvrijheid had ten aanzien van de uitwerking of afwijking van de regeling.

In een zaak bij de Rechtbank Haarlem⁴⁵ was eveneens in geding of een werktijdregeling al inhoudelijk in de cao was geregeld. In casu had de ondernemer een besluit genomen tot vaststelling van een nadere regeling bij de uitvoering van de ADV. De or riep de nietigheid van het besluit in wegens het ontbreken van instemming. De cao kende echter slechts één bepaling over de wijze waarop de ADV in de praktijk binnen de onderneming gestalte diende te krijgen. Hieruit volgde naar het oordeel van de rechtbank dat de concrete realisering van de ADV niet inhoudelijk in de cao was geregeld, waardoor nog beslissingsvrijheid bestond en dus instemming van de or vereist was.

De Rechtbank Amsterdam⁴⁶ oordeelde over de vraag of een voorgenomen besluit van de Bijenkorf tot openstelling van een of meer winkelfilialen op een of meer zon- of feestdagen beschouwd kon worden als een wijziging van de werktijdregeling in de zin van art. 27 WOR. Uit de opbouw van de cao leidde de rechtbank af dat de regeling van de werktijden bij de Bijenkorf zozeer was verweven met de openingsuren van de winkels dat een wijziging van die openingsuren moet worden aangemerkt als een wijziging van de werktijdregeling zelf. Bij het vaststellen van de openingsuren van de winkels komt de ondernemer beslissingsvrijheid toe. Hieruit volgt dat het besluit van de Bijenkorf de instemming van de or behoeft.

In een beschikking van 18 oktober 1989⁴⁷ werd de koers die de rechtbank Amsterdam koos inzake de Bijenkorf door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bevestigd. In geding stond centraal een meerjarenafspraken tussen ondernemer en or over een werktijdregeling. Nadat de meerjarenafspraken tot stand was gekomen, werd een cao van kracht die voorschreef dat de gemiddeld 36-urige werkweek diende te worden gerealiseerd door arbeidstijdverkorting per dag, per week of een combinatie ervan, gespreid over perioden van vier weken. De ondernemer verdedigde de stelling dat door de inwerkingtreding van de cao de afspraak met de or was ontbonden, omdat die niet voorzag in het vereiste van de cao. Volgens de Minister stond echter vast dat de cao een invulling van de arbeidstijdverkorting toestond die paste binnen de met de or gemaakte meerjarenafspraken. Er kon geen strijd ontstaan tussen de cao en de afspraak met de or, omdat de cao nog beleidsruimte liet. Derhalve kon deze cao niet op

44. Ktg. Delft 8 december 1988, *ROR* 1988, 37.

45. Rb. Haarlem 7 april 1987, *ROR* 1987, 15.

46. Rb. Amsterdam 5 april 1989, *ROR* 1989, 14.

47. Beschikking Min szw 18 oktober 1989, *ROR* 1989, 34.

zichzelf een reden vormen om de gemaakte meerjarenafpraak ontbonden te achten.

Vijf jaar later was bij de Rechtbank Amsterdam⁴⁸ een vrijwel identieke vraag aan de orde, opnieuw tussen de or van de Bijenkorf en de Bijenkorf. In dit geval werd door de rechtbank bevestigd dat de mogelijkheden tot winkelpenstelling op zon- en feestdagen inhoudelijk waren geregeld in de cao. Van belang bij de vaststelling hiervan was dat de inhoudelijke regeling aan de Bijenkorf bij het besluit tot aanwijzing van de betrokken zon- en feestdagen enerzijds geen beslissingsruimte liet, terwijl anderzijds de zon- en feestdagen voor de or voldoende bepaalbaar waren. De rechtbank stelde hier dus dat aan de or geen instemmingsrecht toekwam, omdat een en ander reeds inhoudelijk was geregeld in de cao.

In een zaak tussen de cwi en de or van de cwi was de kantonrechter Amsterdam⁴⁹ van oordeel dat sprake was van wijziging van een werktijdregeling als bedoeld in art. 27 lid 1 sub b wor. Beoogd werd een regeling vast te stellen of te wijzigen, die was gericht op het afschaffen van de tot dan toe bestaande mogelijkheid om 4 maal 9 uur te werken. Dit kon volgens de kantonrechter bezwaarlijk anders dan als een werktijdregeling worden aangemerkt. De materie was niet inhoudelijk in de cao geregeld. De cao bevatte geen bepalingen voor werktijden van groepen werknemers of werknemers van een bepaalde vestiging, maar gaf slechts een algemene regeling die op individueel niveau verder uitgewerkt kon worden. Het besluit van de cwi was nietig bij gebrek aan instemming door de or.

De jurisprudentie laat zien dat in alle instanties wordt beoordeeld of de or instemmingsrecht toekomt door te toetsen aan het wettelijk criterium 'of iets reeds inhoudelijk is geregeld in een cao'. Daarbij kijkt de rechter of de werkgever nog beleidsvrijheid toekomt bij de vaststelling van de regeling. De individuele contractsvrijheid van de werknemers wordt als gevolg van de jurisprudentie slechts beperkt door regelingen die zijn getroffen met de vakorganisatie en niet door regelingen met de or.

Primaire arbeidsvoorwaarden of instemmingsplichtig wijziging?

Het instemmingsrecht van de or strekt zich niet uit over primaire arbeidsvoorwaarden. Deze worden veelal in een cao geregeld. Bij de beoordeling van de vraag of aan de or instemmingsrecht toekomt moet steeds worden beoordeeld of het onderwerp niet al inhoudelijk is geregeld in een cao. Als dit het geval is komt aan de or op grond van art. 27 lid 3 wor geen instem-

48. Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, 23.

49. Ktg. Amsterdam 28 juni 2005, *JAR* 2005/178.

mingsrecht meer toe. Voor de beoordeling van de vraag of het onderwerp reeds inhoudelijk is geregeld in een cao wordt bezien óf de cao een regeling terzake kent. Hierna moet ten aanzien van de eventueel instemmingsplichtige regeling worden vastgesteld hoe die zich verhoudt tot de regeling in de cao. De vraag komt dan aan de orde of het primaire arbeidsvoorwaarden betreft of dat het besluit betrekking heeft op een beloningssysteem of werktijdenregeling, kortom onderwerpen zoals beschreven in art. 27 lid 1 wor. Nadere criteria voor de beoordeling zijn ontwikkeld in de jurisprudentie.

In een zaak van de Kantonrechter te Rotterdam⁵⁰ werd geoordeeld dat de or van Sealand instemmingsrecht toekwam met betrekking tot een wijziging van de bestaande prijscompensatieregeling. De kantonrechter stelde vast dat de prijscompensatie in het bedrijfsleven een gebruikelijk beloningssysteem is en dat de bevrozing ervan moet worden beschouwd als een wijziging van de regeling. Nu deze materie niet inhoudelijk was geregeld in een cao, viel ze volgens de kantonrechter onder de in art. 27 lid 1 wor geregelde onderwerpen. In een noot bij de uitspraak wijst Van der Heijden erop dat de kantonrechter klakkeloos vaststelt dat de prijscompensatieregeling die niet in de cao is geregeld, valt onder de werking van art. 27 wor. Er wordt niet expliciet genoemd onder welk van de onderwerpen de regeling valt, maar gezien het feit dat de kantonrechter de regeling een 'in het bedrijfsleven een gebruikelijk beloningssysteem' noemde, zal hij daarmee wel bedoeld hebben te zeggen dat de regeling valt onder art. 27 lid 1 sub d wor. Van der Heijden stelt dat het blijkt van de memorie van antwoord van de regering op het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer bij wetsontwerp 10 335 bij het begrip 'beloningssysteem' niet gaat om de hoogte van de beloning zelf. 'Een beloningssysteem is volgens de regering een systeem volgens welke beloningen worden berekend en aan bepaalde functies toegekend; het heeft betrekking op de onderlinge rangorde van beloningen, bijvoorbeeld door onderverdeling in loongroepen of salarisschalen. Nu prijscompensatie direct betrekking heeft op de loonhoogte, en algemeen wordt gerekend tot de primaire arbeidsvoorwaarden welke volgens de wetsgeschiedenis niet tot het terrein van art. 27 wor behoren, lijkt de conclusie te moeten zijn dat de (...) kantonrechter aan genoemd wetsartikel een wijdere strekking heeft gegeven dan de wetgever indertijd bedoelde.' In laatstgenoemde zin oordeelde ook de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in zijn beschikking van 27 januari 1988.⁵¹ In deze uitspraak werd geen instemmingsrecht toegekend aan de or ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. Hierbij wijst de Minister op de wet-

50. Ktg. Rotterdam 25 juni 1986, *ROR* 1986, 38.

51. Beschikking Minister szw 27 januari 1988, *ROR* 1988, 13.

geschiedenis waaruit blijkt dat de or geen bevoegdheden heeft ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden.

In een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar⁵² was de vraag aan de orde of de wijziging van het aanvangssalaris van verpleegkundigen viel onder art. 27 lid 1 WOR. De Stichting Psychiatrisch Centrum St. Willibrord te Heiloo nam het besluit het aanvangssalaris van nieuw aan te trekken B-leerlingen die reeds het A-diploma hadden behaald, te verlagen. De Stichting stelde dat voor dit besluit geen instemming van de or vereist was. De rechtbank oordeelde echter dat nu de Stichting de relatie tussen vooropleiding en aanvangssalaris wegens bezuinigingen niet langer meende te kunnen handhaven, er sprake was van een wijziging van het beloningssysteem, waarvoor de instemming van de or was vereist.

Deze uitspraak illustreert dat het niet altijd evident is wat nu moet worden gezien als een systeem en wat niet. Mijns inziens worden in deze uitspraak primaire arbeidsvoorwaarden ten onrechte onder het instemmingsrecht van de or gebracht. Het gaat immers om een verlaging van lonen. Dit wordt niet anders doordat de rechtbank erop wijst dat het salaris niet langer gekoppeld is aan een diploma, maar aan het minimumloon voor volwassenen. Bij de daadwerkelijke wijziging van het beloningssysteem zou de wijziging van het systeem als zodanig centraal staan; zoals bijvoorbeeld de manier of de frequentie van de beloning, waaronder ook te verstaan is criteria voor toekenning van premies of bonussen.

De rechtbank Middelburg⁵³ oordeelde dat de instemming van de or niet vereist was in een geval waarin de onderneming Hercules een besluit wilde nemen dat inhield de lonen van niet gebonden werknemers niet langer te verhogen met hetzelfde percentage als met de vakbonden was overeengekomen voor door de cao gebonden werknemers. Deze opheffing van de reflexwerking van de cao-loonsverhoging werd door de rechtbank niet gezien als een wijziging van een belonings- of functiewaarderingsysteem zodat de instemming van de or niet vereist was.

De rechtbank wees hierbij op de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van de WOR⁵⁴ waaruit blijkt dat bij een belonings- of functiewaarderingsysteem niet de hoogte van de beloning zelf in het geding is. Bij de reflexwerking daarentegen is wél de hoogte van de beloning in het geding. Volgens de rechtbank vindt door de reflexwerking namelijk een automatische verhoging van het loon met een bepaald percentage plaats.

52. Rb. Alkmaar 25 juli 1988, *ROR* 1988, 40.

53. Rb. Middelburg 24 november 1994, *JAR* 1994, 265.

54. *Kamerstukken II* 1975/76, 13954, nr. 3, p. 44.

Het verschil in beloning hangt dan ook niet samen met een verandering van het beloningssysteem, maar puur met het feit dat er gebonden en niet gebonden werknemers zijn. Dit onderscheid wordt niet beïnvloed door het besluit van Hercules.

Daarbij stelde de rechtbank dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het instemmingsrecht van de or zich niet uitstrekt over primaire arbeidsvoorwaarden. Het overleg over de hoogte van de cao-lonen is volgens de rechtbank derhalve ‘voorbehouden aan de vakbonden, zodat een or zich daarin niet kan mengen. Dat bij cao-lonen gekozen wordt voor een percentagegewijze verhoging maakt die verhoging nog niet tot een (van de primaire arbeidsvoorwaarden zoals de hoogte van de beloning zelf te onderscheiden) beloningssysteem als bedoeld in art. 27 WOR; een andere opvatting zou het – door de wetgever uitdrukkelijk gekozen – onderscheid tussen primaire en andere arbeidsvoorwaarden op dit vlak illusoir maken’. Opmerkelijk genoeg wordt hier geen aandacht besteed aan de vraag of de werkgever gebonden was en of hij niet uit hoofde van art. 14 Wet CAO verplicht was de cao (en dus ook de loonsverhoging) toe te passen op zijn niet-georganiseerde medewerkers. Indien de werkgever gebonden was zou hij ten opzichte van cao-partijen verplicht zijn de loonsverhoging ook toe te passen in de relatie met zijn niet gebonden (art. 14-)werknemers. De vakbonden die partij waren bij de cao zouden naleving van deze verplichting kunnen vorderen. De or komt geen bevoegdheid toe met betrekking tot deze materie.

De Rechtbank Maastricht⁵⁵ oordeelde over een systeem op basis waarvan functiegroepen worden onderscheiden die zijn gekoppeld aan salarisgroepen bij de onderneming Thomas Regout. Over de functiegroepen, de beloningsposities en het aantal periodieken werd met de or overlegd. Ook werd de or hierover om instemming gevraagd. De hoogte van de hieraan gekoppelde salaristabellen werd in overleg met de vakbonden vastgesteld. Onderwerp van geschil is een arbeidsmarkttoeslag van fl. 200,- per maand die de ondernemer besloot te betalen aan commerciële medewerkers. Het materiële gevolg van de toeslag was dat een bepaalde groep functies waaraan aanvankelijk een bepaalde beloning was gekoppeld, stelselmatig hoger werd beloond dan de overige functies, waaraan aanvankelijk volgens het functiewaarderingssysteem dezelfde beloning was gekoppeld. Om die reden oordeelde de rechtbank dat hier sprake was van een instemmingsplichtig besluit. Hoewel de toeslag in formele zin kon worden gezien als een primaire arbeidsvoorwaarde, was het materiële resultaat een verstoring (of wijziging) van het bestaande systeem. Hierdoor betrof het volgens de rechtbank alsnog een instemmingsplichtig besluit.

55. Rb. Maastricht 30 mei 1994, *JAR* 1994, 180.

De Hoge Raad⁵⁶ toetste weer veel strikter over een besluit tot het afschaffen van het zogenaamde ‘pretverlof’ bij de Belastingdienst. De Belastingdienst was voornemens om het ‘pretverlof’ af te schaffen. De regeling voorzag in de jaarlijkse toekenning van een extra vrije dag voor elke op een gewone werkdag vallende verjaardag en een extra vrije dag naar keuze voor een lokale activiteit zoals Derde Pinksterdag, Lappendag, Alkmaars ontzet, ijsvrij, etc. In tegenstelling tot de Belastingdienst was de or van mening dat het besluit tot afschaffing van de regeling instemmingsplichtig was. Nu het pretverlof in de praktijk neerkwam op toekenning van een extra vrije dag per jaar aan iedere medewerker voor een verjaardag of lokale festiviteit naar keuze, kon de regeling echter volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een werktijd- of vakantieregeling als bedoeld in art. 27 lid 1 sub b wor. De or kreeg hier dus geen instemmingsrecht toegekend.

Ondanks de strikte interpretatie van de Hoge Raad, oordeelde het Hof Den Bosch⁵⁷ in ruimere zin door vast te stellen dat de instemming van de or vereist was bij een door Philips te nemen besluit tot het toekennen van aandelenopties aan een deel van de werknemers. Het ging hier volgens het hof om de vaststelling van een beloningssysteem. Van belang bij dit oordeel was het feit dat het besluit van Philips in de kern slechts aangaf ‘welke werknemers in beginsel wel en welke niet voor toekenning van aandelenopties in aanmerking kunnen worden gebracht en jaarlijks wordt beoordeeld óf, en zo ja welke medewerkers, vanwege hun bijzondere waarde voor de onderneming, daadwerkelijk in aanmerking komen voor toekenning.’ Gezien dit feit werd het standpunt van Philips dat het hier ging om primaire arbeidsvoorwaarden verworpen.

Het Hof Den Haag⁵⁸ oordeelde over een vacaturestop die het Ministerie van Justitie wilde invoeren. De vacaturestop hield in dat vrijkomende arbeidsplaatsen niet meer vervuld zouden worden. Het Hof oordeelde dat het besluit niet instemmingsplichtig was, omdat het hier geen regeling betrof op het gebied van het aanstellingsbeleid als bedoeld in art 27 lid 1 sub e wor. Het Hof overwoog hiertoe dat het blijkens de parlementaire geschiedenis niet in de bedoeling van de wetgever lag om de or instemmingsrecht toe te kennen ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. ‘In dat licht kan het besluit van de ondernemer om gedurende zekere tijd géén werknemers aan te nemen of in bepaalde functies aan te stellen bezwaarlijk worden beschouwd als een besluit tot vaststelling (...) van een regeling op het gebied van aanstellingsbeleid, dat de instemming van de or behoeft. Dit besluit is immers nog fundamenteeler dan een besluit op het gebied van primaire

56. HR 11 februari 2000, *ROR* 2000/20.

57. Hof Den Bosch 31 juli 2002, *JAR* 2002, 187.

58. Hof Den Haag 19 december 2002, *JAR* 2003, 15.

arbeidsvoorwaarden en ligt op het terrein waar overleg met de vakbonden voor de hand ligt. De enkele omstandigheid dat is voorzien in de mogelijkheid om in individuele gevallen ontheffing van de vacaturestop te verlenen leidt niet tot een ander oordeel. Het karakter van de vacaturestop wijzigt daardoor immers niet wezenlijk.’ Dit oordeel van het Hof Den Haag is dus weer veel strikter en meer in lijn met het oordeel van de Hoge Raad dan het oordeel van het Hof Den Bosch.

Hoewel de wetgever en de Hoge Raad zeer duidelijk zijn in hun oordeel dat primaire arbeidsvoorwaarden niet tot het terrein van de or behoren, bleek dat andere rechters wel eens ruimer oordelen. In deze ‘ruime’ oordelen worden arbeidsvoorwaarden onder het instemmingsrecht van de or gebracht. Vaak gaat het om grensgevallen, bijvoorbeeld over de vraag of het nu een ‘beloning’ of een ‘beloningssysteem’ betreft. Hierbij wordt gekeken naar de materiële uitwerking van een besluit. Iets kan formeel een primaire arbeidsvoorwaarde zijn, als het materieel gaat om de wijziging van een systeem dan kan het toch onder de bevoegdheid van de or vallen. In de lagere rechtspraak hangt het dus sterk af van interpretatie door de rechters welke rol de or speelt ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. De instemming van de or met een regeling werkt niet door in de individuele arbeidsovereenkomst.

4.2.4 *Bedrijfsregeling*

De bedrijfsregeling is een verzamelnaam voor bedrijfseigen regelingen zoals een arbeidsvoorwaardenconvenant, personeelsgids of handboek. Dergelijke regelingen zijn niet geregeld in het Burgerlijk Wetboek maar worden in de praktijk gebruikt om arbeidsvoorwaarden die niet met zoveel woorden in de cao staan invulling te geven. Vaak gaat het dan om bedrijfsspecifieke vergoedingen, zoals die voor het gebruik van een auto,

In de meerderheid van de Nederlandse ondernemingen (ruim 60%)⁵⁹ wordt bij het vormgeven van het arbeidsvoorwaardenbeleid gebruik gemaakt van handboeken, personeelsgidsen en dergelijke. Zulke bronnen van arbeidsvoorwaardenvorming zal ik hierna aanduiden met de term bedrijfsregeling. De bedrijfsregeling is geen juridisch geregelde rechtsfiguur, maar een praktisch instrument van arbeidsvoorwaardenvorming dat in veel be-

59. G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005, p. 75. Overigens: uit onderzoek van Hoffmans uit 1992, bleek destijds dat in 87% van de ondernemingen werd gewerkt met een personeelsgids, zie: J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot CAO. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming*, Den Haag: Sdu 1992, p. 50.

drijven wordt gebruikt. Een bedrijfsregeling is een document waarin alle belangrijke procedures, regelingen en voorwaarden van een onderneming beschreven staan. Voorbeelden hiervan zijn arbeidsvoorwaarden als vakantie- en verlofregelingen, werktijden en huisregels. Uit onderzoek van TNO Arbeid (2005) blijkt dat ruim 60% van de werknemers en 66% van de leidinggevendenden desgevraagd stelt dat hun bedrijf een bedrijfsregeling kent. Bijna een kwart van de werknemers in bedrijven met een bedrijfsregeling vindt dat dit hen goed helpt om het werk en de arbeidsvoorwaarden vorm te geven zoals zij dat willen; bijna eenderde vindt daarentegen dat de bedrijfsregeling niet of nauwelijks daaraan bijdraagt. Van de leidinggevendenden in bedrijven met een bedrijfsregeling vindt de helft dit boek een goed instrument om het werk en de arbeidsvoorwaarden vorm te geven; dertien procent vindt dat het boek hierbij niet of nauwelijks van waarde is.⁶⁰

De bedrijfsregeling kan eenzijdig door de werkgever worden vastgesteld. Indien de regeling is vastgesteld kan deze worden geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers. Tevens maakt een eenzijdig wijzigingsbeding op grond van art. 7:613 BW het mogelijk om wijzigingen van de bedrijfsregelingen ook van invloed te laten zijn op de individuele arbeidsovereenkomst. Art. 7:613 BW stelt als voorwaarde voor een beroep op het wijzigingsbeding dat de werkgever bij de wijziging een dusdanig zwaar belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Instemming van de or is geen constitutief vereiste voor de geldigheid van de regeling. Omdat de bedrijfsregeling in de praktijk echter vaak ter goedkeuring aan de or wordt voorgelegd, verdient de bedrijfsregeling bespreking in dit hoofdstuk. Hoofdvraag in deze paragraaf is welke ruimte bestaat voor individuele contractsvrijheid indien arbeidsvoorwaarden worden geregeld in een bedrijfsregeling. Bij de behandeling van de bedrijfsregeling zal direct opvallen dat aan de werkgever bijna maximale vrijheid toekomt. De werknemer daarentegen wordt sterk beperkt in zijn contractsvrijheid. De focus van deze paragraaf ligt op de resterende contractsvrijheid van de werknemer. Aandacht zal worden besteed aan de voorloper van de bedrijfsregeling, het arbeidsreglement, dat in gebruik was tot de wetswijziging van 1998. De regeling van de eenzijdige wijziging van art. 7:613 BW, zal later worden besproken (par. 4.3.3 Eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW).

60. G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005, p. 75.

Arbeidsreglement (oud BW)

In het oude BW was in art. 1637j bepaald, dat een door de werkgever vastgesteld reglement voor de werknemer alleen verbindend was, indien de werknemer schriftelijk verklaarde zich met het reglement te verenigen. Het BW gaf geen definitie van het arbeidsreglement. Het BW bepaalde ook niets ten aanzien van de inhoud van het reglement of de onderwerpen die daarin geregeld zouden kunnen worden. Art. 1637j BW bevatte wel een drietal formele eisen voor de rechtsgeldigheid van een arbeidsreglement. Het eerste vereiste was dat een volledig exemplaar van het reglement kosteloos door of vanwege de werkgever aan de werknemer werd verstrekt. De tweede eis was dat door of vanwege de werkgever een door deze ondertekend volledig exemplaar van het reglement ter inzage voor een ieder werd neergelegd ter griffie van het kantongerecht, binnen welk ressort de onderneming gevestigd was. De derde eis was dat een volledig exemplaar van het reglement op een voor de werknemer gemakkelijk toegankelijke plaats, zoals het arbeidslokaal, duidelijk leesbaar werd opgehangen.

Daarnaast bepaalde art. 1637l BW dat een verklaring van een werknemer, waarbij deze zich verenigde met elk in de toekomst vast te stellen reglement of met iedere toekomstige wijziging in een bestaand reglement, nietig was. Voorts was een nieuw reglement dat tijdens de dienstbetrekking was vastgesteld, dan wel een wijziging inhield van een bestaand reglement, slechts dan verbindend indien de werknemer tijdig van te voren kennis kon nemen van het nieuwe reglement en daarmee instemde. De bepaling van 1637k BW vormde het sluitstuk van de regeling. Dit artikel schreef voor dat de weigering van de werknemer om akkoord te gaan met een nieuw of gewijzigd arbeidsreglement werd aangemerkt als een opzegging van de dienstbetrekking. Hier bestond dus veel vrijheid voor de werkgever en zeer weinig vrijheid voor de werknemer. Ook de WOR kende een artikel betreffende het arbeidsreglement. Sinds 1971 bepaalde art. 27 WOR dat de werkgever instemming van de OR behoefde voor de wijziging of vaststelling van een arbeidsreglement, als bedoeld in art. 1637j BW.

Van het arbeidsreglement dient het zogenaamde directiereglement te worden onderscheiden. Onder directiereglement wordt doorgaans verstaan een set van collectieve aanwijzingen van de werkgever zoals onder andere procedurevoorschriften en veiligheidsregels. De werkgever mocht op grond van art 1639b BW (oud) eenzijdig voorschriften geven die te maken hebben met het verrichten van de arbeid en die de goede orde in de onderneming kunnen bevorderen. De werknemer was verplicht zich te houden aan dergelijke voorschriften. Het directiereglement vloeide voort uit de gezagsverhouding. Thans regelt art. 7:660 BW dat de werknemer verplicht is zich te houden aan de voorschriften die de werkgever geeft over het verrichten van de arbeid die strekken tot de bevordering van de goede orde binnen de

onderneming. Terzijde moet worden opgemerkt dat de term ‘directiereglement’ in het vennootschapsrecht wordt gebruikt voor een reglement dat de taakverdeling en de besluitvorming van het bestuur vaststelt. Ook de raad van Commissarissen kent soms een reglement. Naast formele bepalingen over de wijze van oproepen voor een vergadering of regels voor de besluitvorming, kent een vennootschappelijk directiereglement ook inhoudelijke bepalingen.⁶¹

Verschillen tussen het arbeidsreglement en het directiereglement waren onder andere dat het arbeidsreglement anders tot stand kwam dan een directiereglement. Bij een arbeidsreglement was altijd instemming van de or vereist. Bij het directiereglement daarentegen was geen instemming van de or of de werknemer vereist. Een ander verschil was dat in een arbeidsreglement kon worden afgeweken van semi-dwingend recht en van de individuele arbeidsovereenkomst. Dit was niet mogelijk in een directiereglement. Een laatste verschil was het feit dat een arbeidsreglement, in tegenstelling tot het directiereglement, niet eenzijdig door de werkgever kon worden gewijzigd of ingetrokken. Hiervoor was instemming van de or vereist.⁶²

Jurisprudentie

Voor de ontwikkeling van het arbeidsreglement in de jurisprudentie is een aantal zaken van belang. Achtereenvolgens zullen worden besproken het Liefinck-arrest, het IBM- en AKZO-arrest. In deze zaken draait het steeds om de vraag of de regelingen verbindend zijn ook al is niet voldaan aan de wettelijke vereisten voor het arbeidsreglement. In 1956 wees de Hoge Raad⁶³ een arrest inzake een geschil tussen de Stichting voor de Ontwikkeling van de Machinale Landbouw in Suriname en werknemer Liefinck. In casu waren aan de schriftelijke overeenkomst ‘algemene bepalingen’ gehecht. Aan de orde was de vraag of deze algemene bepalingen deel uitmaakten van de individuele arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend, omdat de algemene bepalingen uitdrukkelijk van toepassing waren verklaard op de arbeidsverhouding. Daarbij waren de algemene bepalingen gehecht aan de schriftelijke arbeidsovereenkomst. Hierdoor had de werknemer kennis kunnen nemen van de inhoud van de voorschriften en de regelingen. De Hoge Raad kende geen gewicht toe aan het feit dat niet was voldaan aan het vereiste van art. 1637j lid 1 BW, dat stelt dat het arbeidsreglement moet zijn opgehangen op een voor

61. Rechtspersonen (losbl.), art. 15-12 (maart 2003), Deventer: Kluwer.

62. J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot CAO. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming*, Den Haag: Sdu 1992, p. 39-40.

63. HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299.

de werknemer toegankelijke plaats. De verbindendheid van de algemene bepalingen werd niet aangetast door het niet voldoen aan de eisen van art. 1637j BW. De algemene bepalingen werden aangemerkt als geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. Door het Liefstinck-arrest werd duidelijk dat de verbindendheid van een algemene collectieve regeling zowel kon ontstaan op grond van een arbeidsreglement, als door incorporatie van de regeling in de individuele arbeidsovereenkomst.⁶⁴

In 1988 wees de Hoge Raad twee arresten die van essentieel belang zijn geweest voor de ontwikkeling van de jurisprudentie over het arbeidsreglement. Naast de wijze waarop een werkgever kan komen tot de vaststelling van een arbeidsreglement ging het in deze arresten ook om de rol van de or. Het betrof twee arresten van 7 oktober 1988, gewezen in de zaak van IBM Nederland NV tegen de Centrale OR van IBM Nederland NV⁶⁵ en in de zaak van de groepsOR AKZO Chemie Nederland BV tegen AKZO Chemie Nederland BV.⁶⁶

In beide gevallen ging het om een wijziging in een autokostenregeling die was opgenomen in een interne gids. Bij IBM was de regeling opgenomen in een losbladige personeelsgids die was verstrekt aan alle werknemers van IBM. Deze personeelsgids was geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst en de werknemers hadden schriftelijk ingestemd met de toepassing van de personeelsgids. In het voorwoord van de personeelsgids was een beding opgenomen dat het voor IBM mogelijk maakte eenzijdig de regelingen en voorzieningen uit de gids te wijzigen of intrekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding zouden geven. In het geval van AKZO was in de individuele arbeidsovereenkomsten bepaald dat de algemene arbeidsvoorwaardenregeling onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst zou uitmaken. Ook eventuele wijzigingen van de arbeidsvoorwaardenregeling werden geacht deel uit te maken van de individuele arbeidsovereenkomst.

In beide gevallen was niet voldaan aan twee vereisten voor verbindendheid van het arbeidsreglement van art. 1637 j BW, te weten: nederlegging ter griffie van het kantongerecht en ophanging in het arbeidslokaal. De hoofdvraag in beide gedingen was of de regelingen nu aan te merken waren als een arbeidsreglement, met de consequentie dat voor wijziging van de regeling de instemming van de or vereist was. De Hoge Raad stelt voorop in beide arresten 'dat niet is uitgesloten dat sprake is van een reglement

64. J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot CAO. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming*, Den Haag: Sdu 1992, p. 29-30.

65. HR 7 oktober 1988, *ROR* 1988/35.

66. HR 7 oktober 1988, *ROR* 1988/34.

als bedoeld in art. 1637j lid 1, ook al is niet voldaan aan alle vereisten voor de verbindendheid daarvan voor de werknemers, bijv. doordat de nederlegging ter griffie of de ophanging in het arbeidslokaal achterwege zijn gebleven. Dit zal met name het geval zijn, wanneer er goede grond is om aan te nemen dat de werkgever een verbindendheid voor werknemers heeft beoogd op de voet van een reglement in de zin van art. 1637j en niet op de voet van incorporering van de regeling in hun individuele arbeidsovereenkomsten, als bedoeld in H.R. 4 mei 1956, *Nf* 1956, 299.’ De Hoge Raad doelt met deze laatste zinsnede op het hierboven behandelde Liefinck-arrest waarin werd bepaald dat een algemene regeling deel kan uitmaken van een individuele arbeidsovereenkomst, mits uitdrukkelijk van toepassing verklaard en aan de schriftelijke overeenkomst gehecht.

De conclusie van de Hoge Raad luidde in beide gevallen dat de werkgever niet een verbindendheid heeft beoogd voor de werknemers op de voet van een arbeidsreglement in de zin van art. 1637j BW. De Hoge Raad oordeelde dat sprake was van verbindendheid op grond van incorporering in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers, zoals bedoeld in het Liefinck-arrest. Dat het niet om een arbeidsreglement ging, leidde de Hoge Raad ook af uit het feit dat IBM via de Personeelsgids de werknemers bij voorbaat aan wijzigingen van de regeling wilde binden. Bij een reglement sloot art. 1637l BW een dergelijke binding uit. Volgens de Hoge Raad kan een incorporering in een arbeidsovereenkomst als bovenbedoeld ‘echter mede toekomstige wijzigingen van de geïncorporeerde regeling omvatten, zij het dat niet uitgesloten is dat een werknemer zijn gebondenheid aan een bepaalde wijziging zal kunnen betwisten op de grond, kort gezegd, dat die gebondenheid in de gegeven omstandigheden in strijd komt met redelijkheid en billijkheid.’

Tot slot merkte de Hoge Raad op dat art. 27 WOR niet meebrengt, dat de instemming van de OR vereist was voor een besluit tot wijziging van een regeling die in een individuele arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd. De OR kan volgens de Hoge Raad slechts in die zin een rol spelen, dat wanneer de instemming van de OR is verkregen (hetgeen niet verplicht is), een beroep van de individuele werknemers op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard.⁶⁷

De gebondenheid van individuele werknemers aan wijzigingen in de toekomst was in de IBM-zaak verdergaand dan in de AKZO-zaak. IBM hield zich in het voorwoord bij de regeling het recht voor wijzigingen aan te brengen en de werknemers daaraan gebonden te achten. AKZO daarentegen stelde in de individuele arbeidsovereenkomst dat de werknemer was gebonden aan

67. SER-advies 94/06, *Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR*, p. 134-135.

wijzigingen of aanvullingen van een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling voor zover opgenomen in een cao of regeling die viel onder het instemmingsrecht van de or. Indien het een regeling betrof die niet was opgenomen in een cao of die niet viel onder het instemmingsrecht van de or, dan was de werknemer gebonden tenzij hij binnen een maand meedeelde niet met de wijziging in te stemmen.

Een zwak punt in de arresten over IBM en AKZO is het feit dat het aan het subjectieve criterium ‘de bedoeling van de werkgever’ wordt overgelaten of een algemene collectieve regeling wordt aangemerkt als een arbeidsreglement. Of de instemming van de or is vereist is mede afhankelijk gemaakt van de wil van de werkgever en de vraag of werknemers zich bij voorbaat akkoord kunnen verklaren met toekomstige wijzigingen van de regeling.

Mede door de uitspraken inzake IBM en AKZO bleken werkgevers in de praktijk te kiezen voor een regeling waarbij de instemming van de or niet vereist was en die bovendien tussentijds eenzijdig gewijzigd kon worden. Hierdoor raakte het arbeidsreglement als instrument in onbruik. Doordat de eenzijdige wijziging niet aan enige regels was gebonden had de werkgever in de oude situatie maximale contractsvrijheid. De werknemer daarentegen beschikte over een geringe contractsvrijheid. Indien hij eenmaal de arbeidsovereenkomst had getekend, kon de werkgever naar believen de inhoud van die overeenkomst wijzigen. Deze ontwikkeling heeft geleid tot de wijziging van Burgerlijk Wetboek in 1998. Bij deze wijziging zijn de regels met betrekking tot het arbeidsreglement komen te vervallen. Hiervoor in de plaats is het nieuwe art. 7:613 BW geïntroduceerd. Dit artikel kent meer waarborgen ter bescherming van de werknemer zoals een afweging tussen het belang van de werkgever bij de wijziging en het belang van de werknemer dat door die wijziging wordt geschaad. Indien de werkgever in de arbeidsovereenkomst een bedrijfsregeling incorporeert en tevens een beding tot eenzijdige wijziging opneemt, beschikt hij echter nog steeds over een ruime mate van contractsvrijheid in vergelijking met de individuele werknemer. In par. 4.3.3 komt de eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW nader aan de orde.

4.2.5 *Via overige wetten (ATW, WAA, WAZ)*

Ook in andere wetten dan de WOR krijgt de or een taak toebedeeld waardoor de or directe invloed kan uitoefenen op de positie van werknemers en werkgevers. Het gaat om verschillende typen bevoegdheden die voortvloeien uit de Arbeidstijdenwet (ATW), de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA) en de Wet Arbeid en Zorg (WAZ). Hieronder zal kort worden besproken op welke manier deze bevoegdheden de positie van de werknemer én de werkgever raken.

Arbeidstijdenwet (ATW)

In art. 1:4 ATW is een gecompliceerde regeling opgenomen die het mogelijk maakt dat sociale partners bij het afsluiten van een cao bewust ruimte creëren voor afspraken met medezeggenschapsorganen. Dat kunnen zowel de or als de personeelsvertegenwoordiging zijn, maar in het navolgende zal ik voor het gemak steeds spreken van de or. In de ATW heeft de wetgever gekozen voor een dubbel normenstelsel. Te onderscheiden zijn de standaardnorm en de overlegnorm. Voor de arbeidstijd geldt op grond van art. 5:7 lid 1 ATW als standaardnorm dat de werknemer ten hoogste 9 uur per dienst mag werken. De overlegnorm van 5:7 lid 3 ATW houdt in dat de werknemer ten hoogste 10 uur per dienst mag werken.

Hoe kan er gebruik worden gemaakt van de overlegregeling? Dit is mogelijk indien in de cao wordt afgeweken van de standaardnorm. Sociale partners kunnen binnen de bandbreedte van de overlegregeling kiezen voor een bepaalde normering. Een andere mogelijkheid is het door cao-partijen openen van clusters. Er zijn twee clusters in de ATW, te weten het cluster ‘rusttijd en pauze’ en het cluster ‘arbeidstijd, arbeid op zondag en arbeid in nachtdienst’. Indien in de cao iets is bepaald omtrent bijvoorbeeld zondagsarbeid (dit hoeft slechts noemen te zijn, dus geen complete delegatiebepaling), heeft dit tot gevolg dat de werkgever met de or afspraken mag maken ten aanzien van zowel arbeidstijd, zondagsarbeid en nachtdienst met inachtneming van de overlegregeling als uiterste grens (art. 1:4 lid 2 ATW).

Door een onderwerp in de cao te noemen of expliciet te regelen, kunnen de cao-partijen dus de decentralisatie sturen. Indien zij het belangrijk achten dat binnen de onderneming met de or wordt overlegd kunnen zij het ‘cluster openen’. Indien de cao-partijen de zaak op cao-niveau willen ‘dichttimmeren’, dan kunnen zij kiezen voor een expliciete bepaling waarin wordt gekozen voor de standaardregeling. Ook kunnen zij ervoor kiezen geen enkel cluster te openen. Deze systematiek bleek echter in de praktijk niet duidelijk en niet werkbaar.⁶⁸ Een bezwaar is dat het voor individuele werkgevers en werknemers niet mogelijk was gebruik te maken van de normen van de overlegregeling. Gebruik van de overlegregeling is tot dusverre alleen mogelijk in collectief overleg.

Op het eerste gezicht, komt aan de overeenstemming met de or geen doorwerking toe. Toch zou de doorwerking juridisch kunnen worden geconstrueerd doordat een regeling die met de or wordt overeengekomen, wordt gelijkgesteld met een ‘collectieve regeling’ zoals bedoeld in art. 1:4 ATW. In de praktijk bleek echter dat deze route nauwelijks werd bewandeld

68. J.W.M. Mevissen, R. Knecht, W.S. Zwinkels (red.), *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, Doetinchem: Elsevier Bedrijfsinformatie b.v. 2001.

door werkgevers. Men bleek helemaal niet te weten op welke wijze de overeenstemming met de or van invloed was op de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers. Ook als we aan de overeenkomst met de or dezelfde status zouden toekennen als aan de ondernemingsovereenkomst die is gebaseerd op art. 32 lid 2 wor dan komt aan de regeling geen directe doorwerking toe in de individuele arbeidsovereenkomst. De werkgever zou dan hoogstens door middel van een incorporatiebeding en een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7: 613 BW) de regeling van toepassing kunnen verklaren in de individuele arbeidsovereenkomst. De instemming van de werknemer is hierbij vereist. Sprengers heeft, mijns inziens terecht, bepleit dat het instemmingsvereiste van de individuele werknemer in de wet dient te worden geëxpliciteerd.⁶⁹

Enerzijds is het onpraktisch indien de arbeidstijdenafspraken met de or niet automatisch doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. De wetgever heeft bewust gekozen voor een dubbel normenstelsel en voor de mogelijkheid om in overleg met de or tot vaststelling van primaire arbeidsvoorwaarden te komen indien cao-partijen daartoe gelegenheid bieden. Indien gebruik zou worden gemaakt van de ruimte die de wet biedt zou het onpraktisch zijn indien de gemaakte afspraken slechts zouden kunnen doorwerken middels een incorporatiebeding.

Anderzijds is het gezien de Evaluatie van de Arbeidstijdenwet⁷⁰ (ATW) voor het belang van de individuele werknemers wellicht beter dat de regeling met de or niet doorwerkt. De ATW bevat volgens de evaluatie een dermate ingewikkelde systematiek dat het voor de gemiddelde or niet eenvoudig is te komen tot een goed onderhandelingsresultaat. Mijns inziens zou de volgende systematiek voor de belangen van de werknemers geschikter zijn: indien niets wordt geregeld geldt de standaardnorm van de wet als vangnet. Dit past mijn inziens beter in de beschermingsgedachte en het sluit beter aan bij de systematiek van het driekwart dwingend recht. In het driekwart dwingend recht wordt volgens Olbers tot uitdrukking gebracht dat de wetgever regelingen die tot stand zijn gekomen in overleg met vakorganisaties van hoger orde acht dan regelingen die tot stand zijn gekomen met instemming van de individuele werknemer of de hem representerende or.⁷¹ Aangezien dit standpunt nog steeds wordt verkondigd door het kabinet in de Evaluatie van de wor,⁷² past de door mij voorgestelde systematiek

69. L.C.J. Sprengers, Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende vaten?, in: *CAO-recht in beweging?*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2005, p. 95.

70. J.W.M. Mevissen, R. Knegt, W.S. Zwinkels (red.), *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, Doetinchem: Elsevier Bedrijfsinformatie b.v. 2001.

71. M.M. Olbers, Vakbond of Ondernemingsraad?, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 188.

72. *Kamerstukken II 2002/03*, 28792, Evaluatie Wet op de ondernemingsraden, nr. 1, p. 21.

beter in het bestaande systeem. In het huidige systeem en ook in het geval van de door mij voorgestelde systematiek wordt de individuele contractsvrijheid van de werknemers niet beperkt door afspraken met de or. De or heeft dus geen directe invloed op de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Hiervoor is een overeenkomst nodig tussen de werkgever en de werknemer of een eenzijdig wijzigingsbeding.

Er is een wetsvoorstel⁷³ gedaan ter vereenvoudiging van de Arbeidstijdenwet. Eén van de uitgangspunten van de vereenvoudiging van de ATW is dat deze wet meer ruimte moet bieden aan werkgevers en werknemers om op individueel niveau afspraken te maken over arbeids- en rusttijden. Om dit doel te bereiken dient de dubbele normstelling te worden vervangen door een enkele norm. Voordat de wijziging echter van kracht is, geldt de oude systematiek. Deze wordt besproken met aandacht voor de vraag in hoeverre de regeling die door de werkgever met de or wordt getroffen van invloed is op de individuele contractsvrijheid van de werknemer.

Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA), art. 2 lid 11

Art. 2 WAA geeft de werknemer een geclausuleerd recht op vermindering dan wel vermeerdering van zijn arbeidsduur. Een verzoek hiertoe kan door de werkgever slechts dan geweigerd worden indien hij kan aantonen dat zwaarwegende bedrijfsbelangen aan de honorering van het verzoek in de weg staan. Anders dan in het geval van de ATW, is er in de systematiek van de WAA ook sprake van een beperking van de individuele contractsvrijheid van de *werkgever*. Vooropgesteld dient te worden dat de wetgever middels de WAA de individuele contractsvrijheid van de werknemer versterkt ten koste van de individuele contractsvrijheid van de werkgever. De wet biedt in art. 2 lid 11 WAA de mogelijkheid dat de werkgever iets van de verloren contractsvrijheid terugkrijgt door met de or een afspraak te maken. Deze afspraak met de or beperkt dan weer het door de werknemer verworven recht. Omdat dit hoofdstuk de beperking van de individuele contractsvrijheid door afspraken met de or behandelt, wordt nu de aandacht gericht op art. 2 lid 11 WAA.

Art. 2 lid 11 WAA biedt de mogelijkheid om van art. 2 WAA, dat het recht op aanpassing van de arbeidsduur regelt, af te wijken. Dit kan uitsluitend ten aanzien van de vermeerdering van de arbeidsduur en wel bij cao. Indien er geen cao van toepassing is of indien de toepasselijke cao geen bepaling hieromtrent bevat, dan kan ook worden afgeweken indien de werkgever terzake schriftelijke overeenstemming met de or heeft bereikt (of bij gebrek van een or, met de personeelsvertegenwoordiging). Hier is wel een verschil

73. *Kamerstukken II* 2003/04, 29376, Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet, nr. 1, p. 2.

met de systematiek van de Arbeidstijdenwet. In de WAA wordt de mogelijkheid geboden om bepaalde rechten die de wet biedt, uit te sluiten. Volgens de systematiek van de ATW kan er op decentraal niveau nadere invulling worden gegeven aan de regelingen met betrekking tot arbeidstijden

De wetgever heeft in de WAA de or een rol toebedeeld door te bepalen dat het in samenspraak met de or mogelijk is van de wet af te wijken. Dit was voorheen slechts mogelijk door cao-partijen op basis van driekwartdwingende wetbepalingen. Thans is bepaald dat bij gebreke van een cao de or de aangewezen partij is. Gevolg van deze regeling is dat de met de or overeengekomen afwijking van de wet mijns inziens niet automatisch en dwingend doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst, ook al wekt de wettekst wel deze suggestie. In de Notitie Zelfregulering werd hierover door het kabinet het volgende opgemerkt:

‘Het gaat (...) over de vraag of een met de ondernemingsraad (...) gesloten akkoord (...) een aan de werknemer bij die wet toegekend recht op vermeerdering van de arbeidsduur, kan ontnemen. Gezien de tekst van het betreffende artikellid – alsook de intentie van de indieners van het amendement waarbij het artikellid in de WAA is ingebracht – is dit naar het oordeel van het kabinet het geval. In het betreffende artikellid is immers bepaald dat ten aanzien van vermeerdering van de arbeidsduur kan worden afgeweken, als de werkgever terzake schriftelijke overeenstemming heeft bereikt met de ondernemingsraad of, bij het ontbreken daarvan, met de personeelsvertegenwoordiging. De bevoegdheid tot afwijking van artikel 2 van de WAA is ongeclausuleerd. Het kan dus ook betreffen de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur als zodanig. Als een dergelijke afspraak is gemaakt, dan kan een bij die werkgever werkzame werknemer zich dus niet langer rechtstreeks op de wet beroepen bij een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur. Wel – indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven – op het beginsel van goed werkgeverschap, dat de werkgever altijd in acht moet nemen. Die verplichting uit de individuele arbeidsovereenkomst wordt niet opzij gezet door een afspraak in het kader van de WAA met het medezeggenschapsorgaan.’⁷⁴

Deze opmerking van het kabinet voegt zeer weinig toe aan het antwoord op de vraag of er doorwerking is van de regeling die is getroffen met de or. Het antwoord van de regering luidt min of meer dat de werknemer geen beroep meer kan doen op een recht uit de wet indien is afgeweken met instemming van de or, omdat het in de wet staat. De werknemer houdt

74. *Kamerstukken I* 2001/02, nr. 9, p. 10-11; Notitie Zelfregulering: Relatie werkgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen.

wél een beroep op het goed werkgeverschap. In een andere notitie inzake zelfregulering staat al niet veel meer:

‘Ook hier speelt de vraag wat de status is van afspraken die worden gemaakt tussen de werkgever en de ondernemingsraad. Zoals ook al aangegeven in de memorie van antwoord bij de notitie (zelf)regulering⁷⁵, hebben afwijkende afspraken die wettelijke rechten uitsluiten (of anderszins modificeren) invloed op de rechten die de werknemer ontleent aan de wet. Als voorbeeld is hierbij genoemd, dat als op grond van artikel 2 van de WAA met de ondernemingsraad is overeengekomen dat een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur niet kan worden ingediend, een bij die werkgever werkzame werknemer zich niet langer rechtstreeks op de wet kan beroepen bij een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur. Anders gesteld: hij heeft jegens de werkgever niet langer op grond van de wet een rechtsovereenkomst tot naleving (of tot schadevergoeding wegens niet-naleving) van dat voorschrift. De werknemer kan in deze situatie – indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven – wel een beroep doen op het beginsel van goed werkgeverschap, dat de werkgever altijd in acht moet nemen.’⁷⁶

Ik vind deze redenering weinig bevredigend. Er wordt gebroken met de systematiek van de WOR, zonder dat duidelijk wordt aangegeven hoe dat uitwerkt en waarom wordt gekozen voor deze oplossing. Ik acht dit een grote inbreuk op de individuele contractsvrijheid van de werknemers om de reden dat zij nooit mandaat hebben gegeven aan de or om voor hen te onderhandelen en bepaalde rechten op te heffen. Dit wordt mogelijk gemaakt door de WAA, waar de wetgever met de ene hand een recht geeft en met de andere hand de mogelijkheid biedt om dat recht ook weer op te heffen, buiten de werknemer om.

Een ander punt van aandacht is het feit dat niet alleen bij gebreke van een cao mag worden afgeweken met de instemming van de or, maar dat ook bij ontbreken van een bepaling terzake in de cao mag worden afgeweken met instemming van de or. Deze constructie kent hetzelfde bezwaar als de systematiek van de ATW. Indien cao-partijen niets hebben geregeld met betrekking tot vermeerdering van de arbeidsduur, is men op ondernemingsniveau gerechtigd om af te wijken van de wet. Terwijl uit het ‘niet- regelen’ mijns inziens niet blijkt van een wilsverklaring van cao-partijen om het re-

75. *Kamerstukken I 2001/02*, nr. 9, p. 10; Notitie Zelfregulering: Relatie werkgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen.

76. *Kamerstukken I 2001/02*, 222a, nr. 9b, p. 9-10; Notitie Zelfregulering: Relatie werkgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen.

gelen van deze materie te delegeren aan het decentrale niveau. Een gevolg hiervan zou kunnen zijn dat cao-partijen de cao angstvallig dichttimmeren, met als gevolg zeer gedetailleerde regelingen, die niet echt passen bij een ‘flexibele’ cao. Een ander punt van kritiek bij de invoering van de WAA betrof het feit dat de meeste cao’s ten tijde van de invoering geen bepalingen omtrent vermeerdering van de arbeidsduur bevatten. Dit was immers tot de invoering van de WAA geen gebruikelijk thema. Dit gaf werkgevers ruime mogelijkheden om het urenvermeerderingsrecht volledig uit te sluiten.⁷⁷

In de jurisprudentie is de rol van de or bij de WAA verschillende malen aan de orde geweest. Zo oordeelde de kantonrechter te Den Haag⁷⁸ dat het verzoek van een werknemster om vermindering van de arbeidsduur moest worden afgewezen. Het ging hierbij om werkzaamheden ‘binnen een medisch kinderdagverblijf met kwetsbare pupillen met specifieke problemen’. Het beleid terzake van de werkgever was ook goedgekeurd door de or. Mede door deze laatste twee feiten werd de werkgever in het gelijk gesteld en werd het verzoek om vermindering van de arbeidsduur niet toegewezen.

Ook in een zaak van de kantonrechter te Wageningen⁷⁹ werd het verzoek van de werknemster tot vermindering van de arbeidsduur afgewezen. Het ging hier om een artsbezoekster. De werkgeefster had vastgesteld dat mensen in deze functie minimaal 32 uur per week moesten werken. De or had met deze regeling ingestemd. De werknemster had verzocht om arbeidsduurvermindering. De werkgeefster weigerde met het verzoek in te stemmen, omdat dit in strijd zou zijn met het beleid. De kantonrechter stelde vast dat de werkgeefster met hogere kosten en met organisatorische problemen geconfronteerd zou worden in geval de vordering van de werknemster zou worden toegewezen. Dat hoefde niet te betekenen dat als gevolg hiervan de bedrijfsbelangen in het geding komen, maar dat kon in de voorlopige voorzieningenprocedure niet worden beoordeeld. Verder stelde de kantonrechter vast dat ook de or kennelijk van mening was dat de werkgever zwaarwegende belangen had bij zijn beleid. Dit achtte de kantonrechter zo’n belangrijke aanwijzing dat de werkgever in het gelijk werd gesteld.

De werknemster ging in hoger beroep bij het Gerechtshof te Arnhem.⁸⁰ Het Hof oordeelde in geheel andere zin dan de kantonrechter en stelde: ‘In dit verband komt naar het oordeel van het hof ook geen betekenis toe aan de omstandigheid dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met het beleid

77. P.C. Vas Nunes, ‘De WAA: gedachten van een werkgeversadvocaat’, *SMA* 2000-I, p. 13.

78. Ktg. Den Haag 9 januari 2003, *JAR* 2003/26.

79. Rb. Arnhem, sector kanton, locatie Wageningen 22 mei 2002, *JAR* 2002/140.

80. Hof Arnhem 10 december 2002, *JAR* 2003/70.

om artsenbezoekers niet toe te staan minder uren te werken dan 32 uur per week. Anders dan ten aanzien van een verzoek tot vermeerdering van de arbeidsduur, waarbij aan de schriftelijke instemming van de or op grond van artikel 2 lid 1 WAA onder de in dat lid omschreven voorwaarden wel doorslaggevend betekenis moet worden toegekend, dient met betrekking tot een verzoek tot vermindering van de arbeidsduur uitsluitend op de in artikel 2 lid 5 WAA vermelde gronden te worden beoordeeld of het verzoek al dan niet dient te worden gehonoreerd. Het enkele feit dat instemming van de ondernemingsraad met het hiervoor omschreven beleid bestaat, betekent niet dat zich een zwaarwegend bedrijfsbelang voordoet als bedoeld in artikel 2 lid 5 WAA. Dit geldt temeer nu de instemming van de or met dit beleid is beperkt tot 1 augustus 2003.⁷

Na deze uitspraak van het Gerechtshof Arnhem zijn tot 2006 nog 13 WAA-zaken gepubliceerd. Slechts in één zaak die een werkneemster aanspande tegen de Stichting Kinderopvang Spaarne⁸¹ speelde het instemmen van de or met het beleid een rol. In casu had de groepsleidster verzocht om vermindering van haar arbeidsduur. Het beleid van de stichting terzake was echter dat er een minimum aantal uren per week diende te worden gewerkt. De or had dit beleid onderschreven en dit laatste feit maakte dat de kantonrechter oordeelde dat de belangenafweging in het nadeel van de werkneemster diende uit te vallen. In alle andere gepubliceerde zaken komt de rol van de or niet aan de orde.

Uit (de hoeveelheid van) de hierboven beschreven zaken blijkt dat de invloed van de or niet groot te noemen is. In de twee behandelde zaken, werd de ene keer wel, en de andere keer geen gewicht toegekend aan het feit dat de or instemde met het beleid. Ook in de Evaluatie van de Wet aanpassing arbeidsduur⁸² is de rol van de or niet met name onderzocht.

Wet Arbeid en Zorg (WAZ) afd. 4 & 5: calamiteitenverlof en kortdurend verlof.

Ook de WAZ kent een systematiek die het mogelijk maakt om van de wet af te wijken in samenspraak met de or. Ook hier wordt, net als bij de zojuist behandelde WAA eerst de individuele contractsvrijheid van de werkgever beperkt door de wetgeving. Vervolgens wordt in diezelfde wet weer aan de werkgever de mogelijkheid geboden om in samenspraak met de or de contractsvrijheid die de werknemer heeft verworven, 'op te heffen'.

81. Ktg. Haarlem 11 juli 2005, *JAR* 2005/182.

82. M. Schaeps, J.J.H. Schrama, A. van den Ameele, *Wet aanpassing arbeidsduur, Een onderzoek naar in CAO's vastgelegde afspraken om de arbeidsduur te verminderen of te vermeerderen*, Den Haag: 2005.

Zo is in de artt. 4:7 en 5:10 van de WAZ geregeld dat van het recht op een aantal verlofvormen (te weten: kraamverlof, kortdurend zorgverlof en calamiteitenverlof) kan worden afgeweken bij cao. Indien er geen cao van toepassing is, of een eventueel wel van toepassing zijnde cao terzake geen bepaling bevat, kan worden afgeweken bij schriftelijke overeenstemming tussen ondernemer en or. Indien met de or is overeengekomen om van de wet af te wijken, betekent dit dat de werknemer jegens de werkgever niet langer een vordering tot naleving van het wettelijk voorschrift heeft. De werknemer kan in een dergelijke situatie eventueel een beroep doen op het beginsel van goed werkgeverschap, dat is neergelegd in art. 7: 611 BW.

Er is felle kritiek geuit op het voorstel. Zo werd bij de behandeling in de Eerste Kamer door de FNV naar voren gebracht dat het ongerijmd is, dat de wetgever ten aanzien van calamiteiten-, kraam- en zorgverlof op sociaal-politieke gronden een wettelijke basisvoorziening noodzakelijk acht en tezelfdertijd toestaat dat deze voorziening bij ondernemingsovereenkomst tussen werkgever en medezeggenschapsorgaan geheel kan worden weggecontracteerd. In de artikelen 4:7 en 5:10 is immers niet gewaarborgd dat bij contractuele afwijking van de wettelijke regeling de eigenlijke substantie ervan moet worden behouden.

‘Zo krijgt de wettelijke regeling volgens de FNV een voorwaardelijk karakter; zij geldt slechts zolang de or niet bewilligt in het ontnemen van dat recht op verzoek van de werkgever. De meeste ondernemingsraden zijn onvoldoende geëquipeerd waar het gaat om kennis van wetgeving buiten de wor en Arbo-wetgeving in het algemeen en van het terrein van arbeid en zorg in het bijzonder. Dat geldt in nog sterkere mate voor de personeelsvertegenwoordigingen. Bovendien zijn de meeste ondernemingsraden overbelast en onderbezet. Daarnaast is het maar de vraag of een OR of PVT voor het opgeven van het wettelijk recht adequate compenserende voorzieningen voor de werknemers zal eisen – dit is de gedachte achter het driekwart dwingend recht.’⁸³

Zoals al in de bespreking van de WAA naar voren kwam, acht ook ik deze systematiek een flinke inbreuk op de verworven individuele contractsvrijheid van de werknemers. Waar volgens de meer klassieke werking van het driekwart dwingend recht het aan de vakorganisaties werd overgelaten om voor werknemers te onderhandelen over hun rechten, wordt dit nu aan de or overgelaten. Dit lijkt mij geen goede keuze, omdat uit onderzoek⁸⁴ blijkt dat de or nog lang niet altijd goed is toegerust om de verantwoordelijkheid

83. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 207 en 27 208, nr. 272a, p. 2-4.

84. J.W.M. Mevissen, R. Knegt, W.S. Zwinkels et al, *Arbeidstijden in overleg, Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, Doetinchem: Elsevier Bedrijfsinformatie b.v. 2001.

aan te kunnen. (Zie hiervoor ook de paragraaf 4.3.3 Discussie over or en primaire arbeidsvoorwaarden). Ik acht de systematiek die ten grondslag ligt aan ATW, WAA en WAZ niet voldoende waarborg bieden voor de belangen van de werknemers, terwijl de inzet van de onderhandelingen belangrijke zaken betreft als arbeidstijden of bijzondere vormen van verlof. Daarbij is doorwerking niet uitdrukkelijk in de wetten geregeld, wat maakt dat de status van de regeling onduidelijk is. Ook acht ik het feit dat uit stilzitten of niets doen wordt geconcludeerd dat kan worden afgeweken van de wettelijke regeling, niet passend in een arbeidsrechtelijk systeem waarbij de wetgever in de wet een ‘vangnet’ scheidt ter bescherming van werknemers. Mijns inziens zou alleen van de cao mogen worden afgeweken indien dit *uitdrukkelijk* door sociale partners is gewild, hetgeen tot uitdrukking komt door een wilsverklaring in de vorm van een delegatiebepaling. Voor doorwerking van afspraken met de or is immers instemming van de werknemer vereist.

4.3 **Beperking van individuele contractsvrijheid door de or**

Een overeenkomst met de or werkt niet door in de individuele arbeidsovereenkomst, maar de manieren waarop de overeenkomst in de praktijk wordt toegepast kunnen wél een beperking van de individuele contractsvrijheid vormen. De vraag is nu in welke mate de arbeidsvoorwaarden die de or overeenkomt met de ondernemer ingang vinden in de individuele arbeidsovereenkomst. Deze mate van ‘doorwerking’ is bepalend voor de hoeveelheid individuele contractsvrijheid die de werknemer heeft indien de or in zijn bedrijf met de werkgever onderhandelt over arbeidsvoorwaarden.

In principe werken afspraken van de or niet door in de individuele arbeidsrelatie. Dit bleek ook uit de bespreking van art. 27 WOR. De individuele werknemer bepaalt bij het sluiten van de individuele arbeidsovereenkomst in overeenstemming met de werkgever welke arbeidsvoorwaarden zullen gelden. Op de individuele arbeidsovereenkomst kan een cao van toepassing worden verklaard. Indien de werkgever ook van zins is om afspraken te maken met or, wegens een regelopdracht in de cao, of op grond van een ondernemingsovereenkomst, dan vindt geen automatische doorwerking plaats en zijn de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomst die strijdig zijn met de decentrale afspraken niet van rechtswege nietig.

Problematisch blijft het feit dat de werkgever gebonden is aan een akkoord met de or, maar de werknemers niet. Er zijn verschillende wijzen waarop getracht wordt om toch de afspraken met de or van invloed te laten zijn op de indirecte arbeidsovereenkomst. Achtereenvolgens zullen worden besproken de stilzwijgende goedkeuring door de werknemer, het incorporatiebeding, eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW en eenzijdige

wijziging op grond van redelijkheid en billijkheid. Hierna zal worden aangegeven in hoeverre de verschillende wijzen een beperking vormen van de individuele contractsvrijheid van de werknemer.

4.3.1 *Stilzwijgende goedkeuring door de werknemer*

Als mogelijkheid om de afspraak met de or binnen de individuele arbeidsovereenkomst te halen, noemt Pepers⁸⁵ de ‘stilzwijgende goedkeuring’ door de werknemer. Hij stelt dat de werknemer zich vrijwillig kan onderwerpen aan of stilzwijgend instemmen met de cao. Daarbij stelt hij dat het verdedigbaar is dat indien de werknemer dan ook de bedrijfstak-cao stilzwijgend of vrijwillig van toepassing laat zijn, er geen reden is om aan regelopdrachten of hieruit voortkomende decentrale regeling een andere uitleg te geven.

Ik vraag mij echter af wat onder deze stilzwijgende instemming moet worden verstaan. Volgens art. 6:217 BW komt een overeenkomst tot stand door aanbod en aanvaarding. Hierbij geldt op grond van art. 3:33 BW dat een rechtshandeling vereist: ‘een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.’ Indien de cao van toepassing is verklaard in de individuele arbeidsovereenkomst, dan heeft de werknemer door de individuele arbeidsovereenkomst te tekenen ingestemd met de toepasselijkheidverklaring van de cao inclusief de decentralisatiebepalingen. Stilzwijgend zou ik die instemming dan niet noemen, want de instemming is kenbaar voor anderen dan de werknemer zelf.

Maar indien die instemming (al dan niet stilzwijgend) heeft plaatsgevonden, is de werknemer dan gebonden aan de uitwerking van een decentralisatieopdracht door de or? Je zou kunnen verdedigen dat de werknemer, door in te stemmen met de cao, een deel van zijn autonomie prijsgeeft. Maar anderzijds lijkt dat mij een stap te ver, omdat de wet momenteel bepaalt dat de cao doorwerkt en de afspraken met de or niet. In ons stelsel dient daarom gekozen te worden voor een incorporatiebeding dat hierna behandeld zal worden. Mijns inziens zou doorwerking van de decentrale afspraken door het enkele feit dat stilzwijgend met de cao is ingestemd een te grote beperking van de individuele contractsvrijheid vormen. Voor beperking van de individuele contractsvrijheid is een wil nodig die zich door een verklaring heeft geopenbaard.

Daarbij bestaat onderscheid tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers. Van georganiseerde werknemers zou eerder vermoed kunnen worden dat zij hebben ingestemd met de cao. Van ongeorganiseerde werknemers kan dit niet worden aangenomen, omdat zij zich niet hebben

85. J.J.L. Pepers, ‘De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten’, *ArbeidsRecht* 2002/3, p. 34.

gebonden door een lidmaatschap van de vakbond. Indien zij eventueel zouden instemmen met een toepasselijkheid van de geldende cao, dan zou dit moeten gaan krachtens de gebruikelijke norm van art. 14 Wet CAO, dat wil zeggen krachtens aanbod en aanvaarding.

4.3.2 *Het incorporatiebeding*

Het incorporatiebeding kwam al eerder ter sprake in de context van het incorporeren van cao's in de individuele arbeidsovereenkomst. Daar de ondernemingsovereenkomst ook niet rechtstreeks doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst dient deze geïncorporeerd te worden. In het geval de individuele arbeidsovereenkomst een beding bevat waarin staat dat de afspraken met de or onderdeel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst, geeft de individuele werknemer middels een duidelijke verklaring te kennen in te stemmen met het feit dat de afspraken met de or deel uitmaken van zijn individuele arbeidsovereenkomst. Een beperking voor de werkgever is dat de werknemer wel heeft ingestemd met de incorporatie van de or-afpraak, maar daarbij niet te kennen heeft gegeven dat hij ook instemt met wijzigingen van die regeling. Het inleveren van autonomie door de werknemer is in dit geval beperkt; er rest nog een deel van zijn individuele contractsvrijheid.

Om bovengenoemd probleem voor de werkgever te omzeilen zou het incorporatiebeding zo kunnen worden geformuleerd dat de werknemer instemt met het incorporeren van de huidige en toekomstige afspraken met de or in zijn individuele arbeidsovereenkomst. Deze inhoud van het incorporatiebeding is verstrekkend en heeft door het 'open einde' een grote invloed op de individuele contractsvrijheid van de werknemer. Een andere inhoud van het incorporatiebeding is ook denkbaar. Zo kan een incorporatiebeding ook inhouden dat een bepaalde afspraak met de or zal doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Deze afspraak met de or zou kunnen voortvloeien uit een zeer concrete regelopdracht in de cao. Ook zou in de arbeidsovereenkomst een bepaling kunnen staan die inhoudt dat afspraken met de or omtrent bijvoorbeeld 'roosters' deel uit zullen maken van de individuele arbeidsovereenkomst. Van Bon⁸⁶ heeft als constructie voorgesteld om met de or gemaakte afspraken te incorporeren in de cao, waardoor de afspraken onderdeel uit gaan maken van de cao en op grond van de Wet CAO kunnen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst.

Mijns inziens bestaat er een belangrijk verschil tussen de verschillende varianten van het incorporatiebeding. Het instrument kan worden gebruikt

86. B. van Bon, 'De lading kan omgevlagd, het incorporeren van ondernemingsovereenkomsten in CAO's', *SR* 1999/10, p. 244-248.

voor concrete doeleinden. Indien het incorporatiebeding gebruikt wordt met een zeer ruime formulering als ‘alle afspraken met de or nu en in de toekomst werken door in de individuele arbeidsovereenkomst’, is feitelijk sprake van een eenzijdig wijzigingsbeding. De werknemer geeft met het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst met een ruim incorporatiebeding een deel van zijn autonomie op. Hij stemt hiermee feitelijk in met wijzigingen van zijn arbeidsovereenkomst. Dit is een grote beperking van zijn individuele contractsvrijheid. Het is ook mogelijk een beding op te nemen dat de werkgever tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst de mogelijkheid geeft de inhoud van de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Over een dergelijk beding gaat de volgende paragraaf.

4.3.3 *Eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 bw*

Hoewel de eenzijdige wijziging een onderwerp lijkt voor een studie over de individuele arbeidsovereenkomst, verdient het bespreking in dit hoofdstuk. Ten eerste is eenzijdige wijziging relevant omdat latere wijzigingen van geïncorporeerde afspraken met de or langs deze weg ingang kunnen vinden in de individuele arbeidsovereenkomst. Ten tweede is het de manier waarop (ook latere versies van) de niet juridisch geregelde figuur van de bedrijfsregeling – na incorporatie – van toepassing kan blijven op de individuele arbeidsovereenkomst. De eenzijdige wijziging vormt dus een instrument waarmee de collectieve regeling de individuele contractsvrijheid kan beperken.

Een manier om eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden mogelijk te maken, is het opnemen van een beding zoals genoemd in art. 7:613 BW. De wettelijke bepaling dateert van 1998. Bij de wetwijziging van 1998 is de regeling van het arbeidsreglement geschrapt. Tot 1998 was het voor de werkgever eenvoudiger om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Met de wetwijziging werd beoogd de eenzijdige wijziging door werkgevers terug te dringen.⁸⁷ De praktijk was dat in diverse ondernemingen gebruik werd gemaakt van zogenaamde bedrijfsregelingen (vaak neergelegd in personeelsgidsen). Deze regelingen konden zowel de nadere invulling van de cao betreffen als ook de regeling van arbeidsvoorwaarden indien er in het bedrijf geen cao van kracht was. De invloed van de werknemers op de totstandkoming van deze bedrijfsregeling was over het algemeen gering. De bedrijfsregelingen werden door middel van een incorporatiebeding tot onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst gemaakt. Vervolgens werden werknemers ook aan wijzigingen van de bedrijfsregeling gebonden

87. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21.

doordat in de individuele arbeidsovereenkomst tevens een eenzijdig wijzigingsbeding werd opgenomen.

Tot de wetswijziging hield het beding in dat de werkgever de bevoegdheid had om in de toekomst de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, dus zonder dat hij daarvoor de instemming van de werknemer behoeft. De mate waarin de werkgever zich op een dergelijk beding kon beroepen werd beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In de praktijk ontstond hierdoor een manier van arbeidsvoorwaardenvorming, los van de cao, die werd gedomineerd door het incorporatie- en eenzijdige wijzigingsbeding. De betrokkenheid van individuele werknemers, vakbond en or ontbrak hierbij. Dit werd door de wetgever onwenselijk geacht.⁸⁸

Om die reden werd art. 7:613 BW gewijzigd. Op grond van dit artikel kan de werkgever slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken. Het moet gaan om een zwaarwichtig belang. Het feit dat de werkgever overeenstemming met de or heeft bereikt over de regeling is hierbij niet zonder betekenis. In het wetsvoorstel ter wijziging van art. 7:613 BW was in lid 2 de volgende zinsnede opgenomen: 'De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.' Tijdens de parlementaire behandeling werd dit tweede artikellid onder druk van de vakorganisaties ingetrokken.⁸⁹

Hoewel verdedigbaar is dat instemming van de or een rol speelt bij de belangenafweging dient de instemming naar mijn opvatting niet doorslaggevend te zijn in de belangenafweging. Mijns inziens moet instemming van de or niet de redelijkheidstoetsing van art. 7:613 BW vervangen. Dit gebeurde min of meer in een uitspraak van de rechtbank Groningen⁹⁰ waarin een eenzijdige wijziging van een autokostenregeling werd behandeld. In deze zaak valt op dat de instemming door de centrale ondernemingsraad (COR) van grote invloed was. De rechtbank stelde vast dat de regeling in de individuele arbeidsovereenkomst was geïncorporeerd en dat ook toekomstige wijzigingen van de geïncorporeerde regelingen bij voorbaat deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De rechtbank oordeelde dat de werknemer

88. *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21.

89. P.F. van der Heijden, 'wor 1998', *SMA* 1998/5, p. 211.

90. Rb. Groningen 17 april 1998, *JAR* 1998/193.

in beginsel gebonden is aan wijzigingen van de regeling, omdat hij hiermee op voorhand contractueel had ingestemd. De rechtbank stelde dat de werknemer wel de gebondenheid aan de wijzigingen zou kunnen betwisten met een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Naar het oordeel van de rechtbank had dit beroep echter geen kans van slagen, aangezien over de wijzigingen overleg was gevoerd tussen de werkgever en de COR. De COR had geen bezwaren geuit tegen de wijzigingen. Vervolgens was het aan de werknemer om te stellen en bewijzen dat hij in redelijkheid niet kan worden gehouden aan de verplichting die voortvloeide uit de wijziging. Daar stond tegenover dat de werkgever heeft aangegeven welke belangen hij had bij het doorvoeren van de wijziging. De werkgever werd in het gelijk gesteld.

In deze zaak valt op dat de rechtbank veel gewicht toekent aan het feit dat door de COR is ingestemd met de wijziging. Hierdoor vond als het ware een omkering van de bewijslast plaats. Uitgangspunt dient mijns inziens te zijn dat de instemming van de OR de werknemer niet op voorhand in een lastige bewijspositie manoeuvreert.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin correct wordt omgegaan met de beoordeling van de vraag of een wijziging van arbeidsvoorwaarden mogelijk is, vormt een uitspraak van de kantonrechter te Eindhoven.⁹¹ Centraal stond een richtlijn arbeidsvoorwaarden van Philips waarin een groepsvervoersregeling was neergelegd. Werknemers konden voor hun woon-werkverkeer gebruik maken van door Philips ingezette touringcarbussen. Philips heeft aangegeven deze regeling te willen afschaffen. Door werknemers en FNV Bondgenoten werd gevorderd dat Philips de regeling in stand laat, omdat het haar niet is toegestaan deze eenzijdig te wijzigen. De kantonrechter oordeelde als volgt:

‘Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden is in beginsel niet geoorloofd. Philips kan zich in dit verband niet beroepen op de wijzigingsmogelijkheid van art. 4 van RAV 107 omdat de bepaling, naar tussen partijen vaststaat, eenzijdig door Philips is vastgesteld en niet in de schriftelijke arbeidsovereenkomsten van de vijf werknemers is opgenomen, niet haar grondslag vindt in een (Philips-) CAO en ook niet in overleg met de vakorganisaties tot stand is gekomen. De bepaling is derhalve niet in de arbeidsverhouding tussen partijen geïncorporeerd en kan dus ook niet dienen als basis voor de toepassing van art. 7:613 BW. Daarvoor is vereist dat duidelijk kenbaar is dat de werknemer schriftelijk akkoord is gegaan met de opname van een eenzijdig wijzigingsbeding in zijn arbeidscontract. Die situatie is hier niet aan de orde.’

91. Ktg. Eindhoven 20 december 2005, *JAR* 2006/38.

De kantonrechter oordeelde dat niet kan worden gezegd dat handhaving van dit groepsvervoer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De stelling met betrekking tot het gebrek aan voldoende overleg met vakbonden en or of COR behoefde geen bespreking meer. Het ontbreken van een wijzigingsbeding op grond van art. 7:613 BW was voor de kantonrechter reden om niet over te gaan tot een redelijkheidstoetsing op grond van art. 7:611 BW. De contractsvrijheid wordt in deze uitspraak gerespecteerd.

In een uitspraak van de kantonrechter te Assen⁹² inzake *Bruins/Valk Welding* werd ook gekozen voor een juridisch correcte benadering. De werkgever wijzigde de provisieregeling eenzijdig en heeft de provisiepercentages op lagere bedragen vastgesteld. Reden hiervoor was dat de werkgever wilde overgaan tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden. Bruins maakte aanspraak op gemiddeld veel hogere provisiebedragen dan zijn collega's. De collega's stemden in met de wijziging van de regeling.

De kantonrechter stelde vast dat de arbeidsovereenkomst geen eenzijdig wijzigingsbeding bevatte als bedoeld in art. 7:613 BW. Desondanks kan sprake zijn van zodanige omstandigheden dat van een werknemers als Bruins verwacht mag worden dat hij bereid is tot een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden te komen. De kantonrechter verwijst hierbij naar het arrest van de Hoge Raad inzake *Van der Lely/Taxi Hofman*.⁹³ Bij het ontbreken van een wijzigingsbeding ligt het volgens de kantonrechter niet voor de hand om een andere, lichtere, maatstaf te hanteren dan in het na voormeld arrest ingevoerde art. 7:613 BW. De toetsing dient derhalve dan ook te zijn of sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang dat het belang van Bruins dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

4.3.4 *Eenzijdige wijziging op grond van art. 7:611 BW*

Niet zelden ontbreekt een beding tot eenzijdige wijziging in de individuele arbeidsovereenkomst. Toch bestaat in de praktijk vaak behoefte aan wijziging van de arbeidsovereenkomst. In het geval er geen beding tot eenzijdige wijziging is overeengekomen wordt in de praktijk getoetst aan goed werknemerschap en goed werkgeverschap op grond van art. 7:611 BW. De toets van art. 7:611 BW is door de Hoge Raad toegepast in het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman*.⁹⁴ De Hoge Raad overwoog in het arrest 'dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed

92. Ktg. Assen 19 december 2005, *JAR* 2006/36.

93. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

94. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen.’

In de zaak *Van der Lely/Taxi Hofman* hielden de gewijzigde omstandigheden verband met veranderingen in de organisatie van het werk. Er was geen sprake van een bedrijfseconomische aanleiding. Onder gewijzigde omstandigheden op het werk moet een wijziging van de functie-inhoud worden verstaan. Indien onder de gewijzigde omstandigheden ook veranderingen van bedrijfseconomische aard zouden moeten worden verstaan, zou de regel van *Van der Lely/Taxi Hofman* mijns inziens wel erg veel ruimte geven aan de werkgever. De bescherming van de werknemer zou dan op de tocht worden gezet, omdat er in ieder bedrijf wel sprake is van bedrijfseconomische veranderingen.

Ondanks het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding, ging de kantonrechter te Deventer⁹⁵ over tot het toetsen aan de criteria van art. 7:613 bw, gecombineerd met de criteria die zijn geformuleerd in het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest.⁹⁶ In casu ging het om een werknemer die al heel lang in dienst was bij Dumeco Olst bv. Dumeco kende van 1961 tot 1987 een vervoersregeling. Op basis van deze regeling werden werknemers van en naar het werk vervoerd door middel van busjes. De werkgeefster wilde om bedrijfsorganisatorische redenen de regeling wijzigen in een vergoeding voor individueel vervoer. De werkgeefster had geen eenzijdige wijzigingsbevoegdheid bedongen. In casu draaide het om de vraag of de werkgeefster de werknemer Beverdam toch mocht houden aan de nieuwe regeling.

Het getuigde volgens de kantonrechter niet van goed werkgeverschap en zorgvuldigheid dat de werkgeefster geen overleg met Beverdam heeft gevoerd, noch hem om instemming heeft gevraagd. De werkgeefster stond ook niet open voor overleg, maar vorderde slechts dat Beverdam genoegen nam met de nieuwe regeling. De kantonrechter verwees naar de criteria van *Van der Lely/Taxi Hofman* op grond waarvan de werknemer serieus in moet gaan op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, ook als die in de risicosfeer van de werkgever liggen. Om deze reden kon Beverdam zich niet blijven beroepen op handhaving van de eenmaal overeengekomen arbeidsvoor-

95. Ktg. Deventer 15 juni 2000, *JAR* 2000/226.

96. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

waarden. Wel zal, in het licht van art. 7:613 BW, de werkgeefster een zwaarwegend belang moeten hebben bij de voorgestelde wijziging, terwijl op basis van het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest een redelijk wijzigingsvoorstel aan de werknemer moet worden gedaan.

De kantonrechter kwam tot het oordeel dat de redelijkheid van het wijzigingsvoorstel in het geheel niet was onderbouwd. Hij liet hierbij nog in het midden dat er in het geheel geen sprake was van een voorstel. Beverdam was al 38 jaar in dienst. Gedurende 25 jaar heeft hij geen vervoerskosten hoeven dragen en had hij een redelijk kostendekkende vergoeding. Nu wenste de werkgeefster te volstaan met een zelfs bij benadering niet kostendekkende vergoeding. Nu de redelijkheid van het voorstel door Dumeco in het geheel niet werd onderbouwd, kwam de kantonrechter niet toe aan de afweging van belangen die aan de orde komt bij de vraag of aanvaarding van het voorstel redelijkerwijs van Beverdam kon worden gevegd. De vordering van Dumeco tot toepassing van de nieuwe regeling werd afgewezen.

Mijns inziens gaat de kantonrechter erg soepel om met de wijzigingsbevoegdheid. Er worden verschillende redeneringen gevolgd, die door elkaar heen lopen. In feite zou de kantonrechter moeten bezien of er een eenzijdige wijziging is bedongen in de individuele arbeidsovereenkomst. Indien dit niet het geval is, zou het oordeel moeten luiden dat het niet mogelijk is de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De contractsvrijheid laat niet toe dat de overeenkomst eenzijdig kan worden gewijzigd zonder dat dit bedongen is.

Een voorbeeld van een dergelijke redenering biedt een uitspraak van het Hof Amsterdam.⁹⁷ In deze zaak had een aantal regiojuristen van de FNV de FNV Ledenservice gedaagd. In casu was er een overgang geweest van verschillende juridische afdelingen naar één 'FNV Ledenservice.' Na de overgang wilde de FNV eenzijdig een andere regeling invoeren voor het vergoeden van telefoonkosten. Niet gesteld of gebleken was echter dat in de individuele arbeidsovereenkomst was bedongen dat deze eenzijdig gewijzigd zouden kunnen worden als bedoeld in art. 7:613 BW. Het hof overweegt:

'Zouden die overeenkomsten (...) wél zo'n clause bevatten, dan zou FNV zich slechts op die clause kunnen beroepen indien zij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang zou hebben dat het belang van appellanten dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken. Het ligt in de rede dat in het onderhavige geval – waar zo'n clause ontbreekt- de door FNV Ledenservice eenzijdig ingevoerde wijziging van een arbeidsvoorwaarde – a fortiori- dezelfde toets moet kunnen doorstaan.'

97. Hof Amsterdam 15 april 2004, *JAR* 2004/219.

De naar voren gebrachte argumenten van de FNV werden niet zwaarwichtig genoeg geacht. De redenering die het Hof hier hanteert lijkt mij recht doen aan de keuze van de wetgever voor een contractuele benadering met een verzwaarde toets waarbij de bewijslast bij de werkgever wordt neergelegd.

In de jurisprudentie valt op dat in een situatie waarin een werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst wil overgaan terwijl hij de wijzigingsmogelijkheid niet heeft bedongen, wordt getoetst aan art. 7:611 BW. Er wordt getoetst of de werkgever een redelijk voorstel heeft gedaan aan de werknemer waarop de werknemer positief had in moeten gaan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De toets van art. 7:611 BW is veel lichter dan de toets die verbonden is aan de contractueel bedongen mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van art. 7:613 BW.

4.3.5 *De invloed van de or bij eenzijdige wijziging*

Welk gewicht dient nu te worden toegekend aan het feit dat de or heeft ingestemd met de regeling die de werkgever door wil voeren in de individuele arbeidsovereenkomsten van zijn werknemers? Hierover zijn de meningen verdeeld. Van Leeuwen concludeert uit de aanloop en de behandeling van het wetsvoorstel voor 7:613 lid 2 BW dat een wijziging met verkregen instemming van de or een zwaarwegend belang oplevert voor de werkgever.⁹⁸ Pepers is het slechts ten dele eens met deze conclusie en stelt dat de verkregen instemming van de or gezien de wetsgeschiedenis weliswaar een relevante factor genoemd mag worden in de belangenafweging van art. 7:613 BW, maar dat de betrokkenheid van or en werknemersorganisaties binnen de huidige tekst van art. 7:613 BW niet automatisch kan leiden tot een zwaarwegend belang. Hij stelt hiertoe dat de werkgever zich niet alleen achter de overeenkomst met de or kan verschuilen, maar tevens door middel van inhoudelijke argumenten moet aantonen dat er een zwaarwegend belang voor de wijziging is. Ik deel de opvatting van Pepers.

Het ontbreken van instemming van de or was van invloed op de belangenafweging van de kantonrechter te Utrecht.⁹⁹ In casu was de werkneemster in dienst voor de duur van één jaar. Tijdens dat jaar werd bekend gemaakt dat als gevolg van een reorganisatie bepaalde mensen een opleiding zouden moeten volgen om een functieverzwaren aan te kunnen. Op grond van het Algemeen Reglement moest een deel van deze (dure) opleiding door de werknemers zelf worden bekostigd. De werkneemster gaf aan de financiële

98. C.H.J. van Leeuwen, 'De paarse wor', *ArbeidsRecht*, 1998/3, p. 18.

99. Ktg. Utrecht 20 april 2000, *JAR* 2000/130.

bijdrage hiervoor niet op te kunnen brengen. Vervolgens werd zij door werkgeefster tewerkgesteld in een lagere functie waarbij werd aangegeven dat haar contract niet zou worden verlengd. De werkneemster vorderde terugplaatsing in haar oude functie.

De kantonrechter stelde allereerst vast dat nooit met de werkneemster was gesproken over de opleiding en dat terzake ook geen voorbehoud was opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Ook bevatte de arbeidsovereenkomst geen eenzijdig wijzigingsbeding conform art. 7:613 BW. Ten tijde van het nemen van het besluit was geen or geïnstalleerd. Verder was duidelijk dat de latere or klaarblijkelijk ook niet had ingestemd met het besluit. De belangenafweging viel geheel in het voordeel van werkneemster uit, omdat de werkgever geen andere mogelijkheid had geboden dan ‘tekenen of genoegen nemen met een mindere positie’. De werkneemster heeft in voldoende mate aangegeven welk belang zij had bij voortzetting van de oude functie. De werkgeefster daarentegen heeft niet aannemelijk gemaakt, dat de werkneemster zonder training niet als teamleider zou kunnen functioneren. Volgens de kantonrechter moest de gang van zaken als een degradatie met ontoelaatbaar sanctiekarakter worden aangemerkt. De werkneemster moest weer in haar oude functie tewerk worden gesteld.

De belangenafweging valt in deze zaak gunstig uit voor de werknemer, mede door het ontbreken van instemming van de or. Toch valt op in de uitspraak dat ondanks de afwezigheid van een eenzijdig wijzigingsbeding conform art. 7:613 BW wordt overgegaan tot een belangenafweging vergezeld van een redelijkheidstoets op basis van art. 7:611 BW gecombineerd met de criteria van het *Van der Lely/Taxi Hofman* arrest. Dit leidt mijns inziens tot onduidelijkheid over het belang van het opnemen van een wijzigingsbeding. Voor de individuele contractsvrijheid van de werknemer betekent het een inbreuk, want blijkbaar mag van een contract dat is gebaseerd op wilsovereenstemming ook worden afgeweken als er géén beding op grond van art. 7:613 BW is opgenomen. De werkgever verwerft op grond van deze jurisprudentie een aanzienlijke vrijheid tot eenzijdig opleggen van arbeidsvoorwaarden.

In de literatuur kunnen verschillende stromingen worden onderscheiden. Enerzijds is er de institutionele stroming. Kort gezegd komt die erop neer dat de arbeidsovereenkomst wordt gezien als een ‘toegangsbiljet’ voor de toetreding tot de onderneming. De arbeidsovereenkomst is een duurverhouding waarin omstandigheden zich regelmatig wijzigen. Aan deze gewijzigde omstandigheden dienen partijen zich op grond van redelijkheid en billijkheid steeds aan te passen. Wijzigingen binnen de onderneming kunnen invloed hebben op de inhoud van het contract. Daartegenover staat de klassieke contractuele stroming die gebaseerd is op het ‘*pacta sunt servanda*’, waarbij het contract en de naleving ervan centraal staat. Voor een wijziging

van een arbeidsovereenkomst is volgens deze leer wilsovereenstemming van beide partijen vereist.¹⁰⁰

Art. 7:613 BW is te zien als een wettelijke neerslag van de contracttheorie, omdat slechts dan een wijziging van de inhoud van de arbeidsovereenkomst mogelijk is indien dit in de arbeidsovereenkomst is bedongen. Daarbij moet de werkgever tevens een zwaarwegend belang hebben. Het *Van der Lely/Taxi Hofman* arrest¹⁰¹ wordt wel gezien als een omarming van de institutionele leer door de Hoge Raad.¹⁰² Omdat in de jurisprudentie gebruik wordt gemaakt van de criteria van *Van der Lely/Taxi Hofman*, maar ook van de criteria van art. 7:613 BW, ontstaat een 'blend' van twee stromingen. De vraag is wat nog de waarde is van het contractueel getinte art. 7:613 BW, indien eenvoudig met een institutionele redenering voorbij kan worden gegaan aan het feit dat geen eenzijdige wijziging is bedongen in de arbeidsovereenkomst. Het zou kunnen betekenen dat de contractuele leer verlaten gaat worden en dat art. 7:613 BW wordt ingehaald door de rechtspraktijk.¹⁰³ Ook Zondag wijst erop dat deze ontwikkeling zou kunnen leiden tot de absurde consequentie dat een door de werkgever gedaan beroep op een contractueel vastgelegd wijzigingsbeding minder snel wordt aanvaard dan wanneer geen wijzigingsbeding is overeengekomen en de werkgever een beroep doet op de criteria van het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest. Om die reden stelt hij voor:

'(...) voorzover art. 7:613 BW en het Taxi Hofman- criterium eenzelfde bereik hebben, eenzelfde toets moet worden aangelegd. Het lijkt ons het meest aannemelijk de norm van art. 7:613 BW gelijk aan het Taxi Hofman-criterium te stellen. Het element 'zwaarwichtig belang' van art. 7:613 BW leest men dan als 'redelijk voorstel verband houdend met gewijzigde omstandigheden op het werk', een term die overigens steeds vaker in arbeidsovereenkomsten wordt gebruikt.'¹⁰⁴

De gesuggereerde oplossing kan wellicht een antwoord bieden op de behoeften van ondernemingen die opereren in een gedecentraliseerde maatschappij waarin flexibiliteit een belangrijke rol speelt. Ik ben er echter

100. L.G. Verburg & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer: 2003, p. 187.

101. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

102. P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het arbeidsrecht; privatisering', *ArbeidsRecht* 1999/8/9. Lustrumkatern, p. 4.

103. L.J. de Vroe, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW', *ArbeidsRecht* 2001/2, p. 26.

104. L.G. Verburg & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer: 2003, p. 232.

geen voorstander van de toets van 7:613 BW aan te passen aan de toets die in de jurisprudentie over art. 7:611 BW is ontwikkeld. Mijns inziens is de contractsvrijheid van werknemers meer gebaat bij een contractuele benadering. Een argument vóór de contractuele benadering schuilt ook in het feit dat nog niet lang geleden in het parlement is gekozen voor de contractuele benadering, die werd neergelegd in het nieuwe art. 7:613 BW. En hoewel bedrijven zich moeten kunnen aanpassen aan de bedrijfseconomische veranderingen, dunkt mij dat dit niet direct moet kunnen worden verdisconteerd in de arbeidsvoorwaarden van de werknemers als niet kan worden aangetoond dat dit strikt noodzakelijk is voor de continuïteit van de onderneming en – daarmee – het behoud van werkgelegenheid.

Na het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman* oordeelde de rechtbank Rotterdam¹⁰⁵ over een geval waarin werkgeefster GTI een wijziging van de salarisstructuur had doorgevoerd. Dit had GTI gedaan in overleg met de vakorganisaties, de or en de individuele werknemers in het kader van een reorganisatie. De meerderheid van de werknemers stemde in met de wijziging, een aantal werknemers stemde echter niet in en vorderde dat GTI de oude salarisstructuur op hen toepaste. De rechtbank overwoog, gegeven het feit dat noch de wet, noch de individuele arbeidsovereenkomst voorzag in een mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, een dergelijke wijziging alleen kan plaatsvinden met instemming van de werknemer. Ook de omstandigheid dat de werkgever zorgvuldig overleg heeft gevoerd met de or en met de vakorganisaties, leidde niet tot een ander oordeel.

Ook de redelijkheid en billijkheid konden geen rechtsgrond opleveren voor de toepassing van de nieuwe salarisstructuur. Hoewel in bijzondere omstandigheden de redelijkheid en billijkheid wel kunnen vergen dat een werknemer instemt met een door de werkgever beoogde wijziging, oordeelde de kantonrechter dat dit in casu niet het geval was. GTI heeft, toen instemming uitbleef, geen vordering ingesteld die strekt tot het verlenen van medewerking door de werknemers. Ook heeft GTI geen bijzondere omstandigheden gesteld. Dat de nieuwe salarisstructuur werd ingegeven door negatieve bedrijfseconomische ontwikkelingen, legde volgens de kantonrechter te weinig gewicht in de schaal.

De rechtbank Utrecht¹⁰⁶ oordeelde over de eenzijdige wijziging van een provisieregeling. De zaak moest worden behandeld naar het oude recht (vóór de wetswijziging van 3 maart 1998), omdat de arbeidsrelatie tussen partijen op die datum reeds geëindigd was. Desondanks keek de rechtbank

105. Rb. Rotterdam 24 december 1998, *JAR* 1999/40.

106. Rb. Utrecht 26 januari 2000, *JAR* 2000/60.

met een schuin oog naar de tekst van het huidige art. 7:613, omdat de provisieregeling een bepaling bevatte die kan worden aangemerkt als een eenzijdig wijzigingsbeding. De or had ingestemd met de wijziging van de regeling onder de voorwaarde dat het een tijdelijke regeling zou zijn. Aan de instemming van de or wordt door de rechtbank in het vonnis geen aandacht geschonken.

Volgens de rechtbank leiden noch de toepassing van het criterium van de redelijkheid en billijkheid, noch dat van art. 7:613 BW tot een gunstige uitkomst voor de werknemer. ‘Provisie is een individueel prestatieloon, en is voor de werkgever een instrument dat ertoe dient om de prestaties van werknemers, zowel kwantitatief als kwalitatief te beïnvloeden. Dit impliceert dat de beloning in verhouding dient te staan tot de te leveren prestatie. Zowel wanneer de beloning te gering is in verhouding tot de te leveren prestatie, als in het geval dat de beloning te hoog is (...), is van een adequate prikkel ter beïnvloeding van werknemers geen sprake. Door een onjuiste verhouding tussen prestatie en beloning zou de doelstelling van het provisieloon worden ondergraven. Het handhaven van een juiste verhouding tussen prestatie en beloning is derhalve een zwaarwegend belang [zoals in 7:613; ek] voor de werkgever, wanneer deze ervoor heeft gekozen zijn werknemers (gedeeltelijk) door middel van provisie te belonen.’

In de al eerder behandelde zaak bij de kantonrechter te Deventer¹⁰⁷ over de reiskostenregeling bij Dumeco kende de kantonrechter ook weinig gewicht toe aan de instemming van de or. In het vonnis stelde hij: ‘Het mag zo zijn dat de cor met deze regeling heeft ingestemd (...) dat betekent niet dat die instemming zomaar in de plaats kan komen van de wil van Beverdam [werknemer; ek]. (...) Vast staat dat werkgeefster zelfs voorafgaande aan deze procedure geen overleg met Beverdam heeft gevoerd, noch hem om instemming heeft gevraagd. Dat getuigt niet van de zorgvuldigheid die van een goed werkgever mag worden verwacht. Daarmee heeft de werkgeefster zichzelf bovendien de kans onthouden om kennis te nemen van de concrete bezwaren van werknemer, zoals de gevolgen van haar regeling voor Beverdam.(...).’

In een zaak bij het Kantongerecht te Apeldoorn¹⁰⁸ werd over een vergelijkbare casus geoordeeld. Ook hier ging het om eenzijdige wijziging van een vervoersregeling. In casu had (wederom) werkgeefster Dumeco zich op het standpunt gesteld dat voor al haar werknemers dezelfde regeling diende te gelden. De kantonrechter stelde dat, hoe wenselijk dat ook moge zijn, onweersproken is gesteld dat binnen het concern op verschillende plaatsen

107. Ktg. Deventer 15 juni 2000, *JAR* 2000/226.

108. Ktg. Apeldoorn 17 oktober 2001, *JAR* 2002/23.

ook verschillen in arbeidsvoorwaarden optreden. Dumeco had moeten uitleggen waarin, nu kennelijk de overgrote meerderheid van de werknemers de regeling heeft geaccepteerd, de onoverkomelijk bezwaren zijn gelegen tegen de afwijkende positie van de werknemers die de wijziging niet accepteren. De kantonrechter stelde: 'Juist nu de wetgever heeft besloten door de or geaccordeerde regelingen niet automatisch te laten doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten, moet in beginsel voor lief worden genomen dat een nieuwe regeling niet van meet af aan concernbreed voor 100% kan worden ingevoerd.' Evenals in de zaak van de kantonrechter te Deventer, hierboven behandeld, beriep de werkgeefster zich op het Taxi-Hofman arrest, maar de kantonrechter overwoog dat geen redelijk voorstel was gedaan, waardoor de vordering strandde. Hierdoor bleef de oude afspraak tussen partijen gelden.

Na de uitspraak is Dumeco in hoger beroep gegaan bij de rechtbank Zutphen.¹⁰⁹ Dumeco stelde dat er wel sprake was van een eenzijdig wijzigingsbeding. Er bestond in de 'meerjdovereenkomst' een opzeggingsrecht van de contractanten en dat moest volgens Dumeco worden gekwalificeerd als een wijzigingsbeding. De rechtbank oordeelde dat deze opzeggingsclausule niet voldeed aan de strenge criteria van art. 7:613 BW. Gelet op de aard van een dergelijk beding moet onder meer de eis worden gesteld dat uit de bewoordingen ervan ondubbelzinnig blijkt dat de werkgever de bevoegdheid heeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. De opzeggingsclausule bevatte slechts een meerzijdige, en dus niet een eenzijdige, beëindigingsmogelijkheid ten aanzien van de meerjdovereenkomst. Het hanteren van de overeengekomen opzeggingsbevoegdheid door Dumeco om de kilometervergoeding drastisch te verlagen vormt een gebruik van die bevoegdheid voor een belang van Dumeco waarvoor die bevoegdheid niet is overeengekomen. Dit is in strijd met de eisen van art. 7:613 BW.

Los van de vraag óf er sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding, oordeelde de kantonrechter over de vraag of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig door de werkgever gewijzigd kunnen worden. De artikelen 7: 611 en 613 BW dienden als richtsnoer bij die beantwoording. De kantonrechter stelt vast:

'Het belang van harmonisatie van arbeidsvoorwaarden voor alle werknemers die bij een werkgever in dienst zijn kan ertoe bijdragen dat er sprake is van een zwaarwichtig belang als bedoeld in art. 7:613 BW, maar is dat niet reeds op zichzelf, in elk geval niet zonder toelichting welke (...) ontbreekt. Dumeco heeft verder met name niet onderbouwd waarom het belang van de beide individuele werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor haar belang

109. Rb. Zutphen 25 juli 2002, *JAR* 2003/13.

moet wijken, dan wel waarom er sprake zou zijn van een redelijk voorstel, hetgeen op haar weg had gelegen. (...) Instemming van de ondernemingsraad met de voorgestelde regeling maakt in dat verband niet dat die ook ten aanzien van deze individuele werknemers de afwegingstoets van art. 7:613 BW, dan wel die van een redelijk voorstel (Taxi Hofman) kan doorstaan.’

Uit deze uitspraak blijkt nogmaals dat de instemming van de or niet in de plaats kan komen van de wil van de individuele werknemers. Bij aanwezigheid van een beding zoals bedoeld in art. 7:613 BW wordt overgegaan tot belangenafweging. Bij het ontbreken van een dergelijk beding wordt een meer algemene redelijkheidstoets aangelegd, die zijn oorsprong vindt in het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest van de Hoge Raad. Deze toets is in sommige gevallen lichter dan de belangenafweging op grond van art. 7:613 BW. Bij de invulling van de belangenafweging of de redelijkheidstoets kan het al dan niet aanwezig zijn van goedkeuring door de or een rol spelen. Verdedigbaar is dat in de goedkeuring van de or een aanwijzing besloten ligt voor een zwaarwegend belang zijdens de werkgever. Het ontbreken van de instemming kan anderzijds ook een aanwijzing geven voor het ontbreken van een zwaarwegend belang met als gevolg dat een belangenafweging niet in het voordeel van de werkgever uit zou vallen.

Zo was het ontbreken van instemming van de or van belang voor het oordeel van de kantonrechter te Amersfoort inzake *FNV/Raet*.¹¹⁰ De werkgever wilde eenzijdig de bestaande autoregeling wijzigen. Ervan uitgaand dat in de regeling sprake was van een beding als bedoeld in art. 7:613 BW, ging de kantonrechter over tot een belangenafweging. Geoordeeld werd dat de werkgever geen zwaarwichtig belang had bij de wijziging. Het bepaalde in art. 28.1 van de autoregeling (‘Werkgever kan derhalve de bedrijfsautoregeling eenzijdig wijzigen of laten vervallen’) ging derhalve niet op. De argumenten die de werkgever noemde waren onvoldoende. De kantonrechter merkte op dat daarbij in aanmerking werd genomen dat Raet niet weersproken heeft dat zij zo’n € 30 milj. winst maakte op een omzet van € 100 milj., waar marktconform een winst van 9% werd gerealiseerd. In dat licht bezien waren de, door Raet niet van enige cijfermatige onderbouwing voorziene, stellingen met betrekking tot de noodzaak van kostenbeheersing zeer relatief.

De houding van de or speelde een rol van belang bij de afweging die door de kantonrechter werd gemaakt. Zo stelde de kantonrechter: ‘Onder omstandigheden zou bij een belangafweging voorts van betekenis kunnen zijn dat de or van een onderneming ingestemd heeft met de (voorgenomen) wijziging van de arbeidsvoorwaarde. I.c. is gebleken dat dat niet het

110. Ktg. Amersfoort 27 april 2005, *Prg.* 2005/114.

geval is. Daargelaten dat de or van Raet zich onaangenaam verrast heeft getoond, heeft zij blijkens de (...) memo's overwegende bezwaren geuit, aan welke bezwaren Raet niet tegemoet gekomen is.' Het ontbreken van de instemming van de or maakte de zaak van de werkgever niet sterker waardoor de belangenafweging minder snel in zijn voordeel uitpakte.

In een voorlopige voorziening van de kantonrechter te Utrecht inzake *Bonden/ Vandervelde Brandpreventie* BV¹¹¹ was de vraag aan de orde of de werkgever de bestaande reisenvergoeding eenzijdig mocht wijzigen. De werkgever had hiervoor instemming van de or verkregen. Tussen partijen was een beding tot eenzijdige wijziging overeengekomen. De werknemers zouden inkomensverlies lijden als gevolg van de wijziging en stelden bij monde van de bonden dat de werkgever geen aantoonbaar zwaarwegend belang had bij de wijziging. De werkgever stelde daar tegenover dat de maatregelen noodzakelijk waren omdat de financiële positie van de werkgever ernstig onder druk stond. De kantonrechter oordeelde in casu echter dat het belang bij de maatregel niet zo zwaar woog dat eenzijdige wijziging ten nadele van de werknemers kon worden gevegd. De werkgever heeft in het geding onvoldoende inzicht gegeven in de financiële consequenties van de maatregel. Ook in deze zaak deed de omstandigheid dat de or met de maatregel heeft ingestemd aan het oordeel van de kantonrechter niet af.

In de zaak *FNV Bondgenoten/ Campina*¹¹² bij het Gerechtshof Arnhem zorgde instemming van de cor niet voor een andere uitkomst van de belangenafweging. In deze zaak was eerst aan de orde de vraag of er sprake was van een cao. Aangezien deze niet was aangemeld zoals verplicht is op grond van art. 4 van de Wet op de Loonvorming, was er geen sprake van een cao, maar van een arbeidsvoorwaardenregeling die krachtens derdenbeding gesloten tussen Campina en de vakbond van toepassing was op de werknemers. Een beding tot eenzijdige wijziging ontbrak. Campina wilde echter de toeslag- en garantieregeling wijzigen en beriep zich daarbij op bedrijfs-economische redenen. Deze waren volgens het hof echter niet voldoende onderbouwd en gekwantificeerd.

Voorts overwoog het hof dat de omstandigheid dat de cor had ingestemd met de voorgestelde wijziging van de regeling naar het oordeel van het hof ook niet meebrengt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat de toeslag- en garantieregeling ook na 1 januari 2001 moet worden toegepast. In dit geval kon de instemming van de cor de ondernemer dus niet verder helpen. Daarbij

111. Ktg. Utrecht 26 juli 2005, *JAR* 2005/201.

112. Hof Arnhem 1 november 2005, *JAR* 2005/284.

merkte het hof nog op dat aanvaarding van het betoog van Campina zou betekenen dat art. 7:613 BW waarin dwingendrechtelijk wordt voorgeschreven dat slechts gewijzigd kan worden als er een schriftelijk beding is, op deze wijze zou kunnen worden omzeild.

Eenmaal verkregen toestemming van de or staat zeker niet altijd garant voor een belangenafweging in het voordeel van de werkgever. Het ontbreken van toestemming door de or daarentegen lijkt wel van invloed te zijn op de uitkomst van de belangenafweging. In de rechtspraak wordt het ontbreken van instemming van de or opgevat als een signaal dat de belangen van de werknemers klaarblijkelijk worden geschaad.

4.4 **Conclusie**

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal welke ruimte afspraken tussen de ondernemer en de or bieden aan de individuele contractsvrijheid. Er is hoofdzakelijk ingegaan op de individuele contractsvrijheid van de werknemers. De individuele contractsvrijheid van de werkgever is niet belicht, omdat de werkgever als instigator van de ondernemingsovereenkomst zelf partij is bij deze overeenkomst.

De verschillende taken en bevoegdheden van de or lopen zeer uiteen. De wijzen waarop de or betrokken kan raken bij de vorming van arbeidsvoorwaarden hebben een verschillende uitwerking op de contractsvrijheid van de werknemer. In deze conclusie zullen verschillende gradaties worden onderscheiden lopend van ‘geen beperking’ naar ‘sterke beperking’ van de contractsvrijheid.

Geen beperking van contractsvrijheid; negatieve contractsvrijheid

De or kan de werknemer contractueel niet binden, omdat er in principe geen doorwerking toekomt aan overeenkomsten die met de or zijn gesloten. Hierop zijn uitzonderingen, maar die komen later aan de orde. Ondanks herhaaldelijke discussie is de wetgever niet overgegaan tot het toekennen van doorwerking aan afspraken met de or, zo is gebleken uit de wetsgeschiedenis.

De reden voor het ontbreken van doorwerking is gelegen in het garanderen van de negatieve contractsvrijheid van de individuele werknemer. De werknemer heeft immers geen vrijheid zich te onttrekken aan de macht van de or. Daarentegen is de werknemer wel vrij om zich te organiseren bij een vakbond. Indien hij aan een cao gebonden raakt, berust dit op zijn vrijwillige toetreding. De vertegenwoordiging door de or berust op een geheel andere basis. In tegenstelling tot de vakbond is de or geen vereniging van werknemers, maar een intern orgaan van de onderneming dat op grond

van de wor is ingesteld. De werknemer wordt vertegenwoordigd door de or binnen de grenzen van de wet. Vereist is echter niet dat de werknemer heeft ingestemd met de desbetreffende vertegenwoordiging. Deze bijzondere grondslag voor vertegenwoordiging verdraagt zich slecht met de contractuele grondslag van de dienstbetrekking. Daar komt nog bij dat indien de arbeidsvoorwaardenafpraak met de or doorwerking zou hebben, de cao als instrument minder betekenis zou kunnen krijgen. Dit kan tot gevolg hebben dat de internationaal gewaarborgde vrijheid van werknemers om zich te organiseren van geringer betekenis zou worden.

Art. 32 lid 1 wor dat het mogelijk maakt om bevoegdheden aan de or toe te kennen in een cao, beperkt de individuele contractsvrijheid van werknemers in principe niet. In het hoofdstuk is echter gebleken dat in de literatuur verschillend wordt gedacht over de vraag of de decentrale afspraken die zijn gebaseerd op een bepaling in de cao kunnen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. De argumenten die worden uitgewisseld zijn veelal ontleend aan de verschillende visies op taken en positie van de or. De discussie heeft vaak een normatief karakter. Juridisch-technisch acht ik het, in navolging van Rood en Stege, niet mogelijk dat de afspraken met de or doorwerking hebben. Hiervoor lijkt het incorporatiebeding in de cao of in de individuele arbeidsovereenkomst nog altijd de juiste weg. In de praktijk acht ik het echter wel efficiënter als de afspraken met de or die op basis van een delegatiebepaling in de cao tot stand zijn gekomen doorwerking hebben. Te verdedigen is dat in de legitimatie is voorzien doordat sociale partners de kaders hebben geschapen en met zoveel woorden hebben gedelegeerd aan het ondernemingsniveau. Flexibilisering van arbeidsvoorwaardenvorming kan hierdoor worden vergemakkelijkt.

Art. 32 lid 2 wor biedt de mogelijkheid een ondernemingsovereenkomst te sluiten. Ondanks het feit dat de wetgever in 1998 heeft besloten om impliciet de mogelijkheid in te wet op te nemen dat de ondernemer een overeenkomst over arbeidsvoorwaarden kan sluiten met de or, werkt deze ondernemingsovereenkomst niet door in de individuele arbeidsovereenkomst. Hiervoor is een beding nodig, veelal een eenzijdig wijzigingsbeding op grond van art. 7:613 BW. De wetgever is ook deze mening toegedaan en geeft hiermee aan te kiezen voor een contractuele benadering en niet voor een institutionele benadering zoals bij het cao-recht. Aan de trend van decentralisering is dus weliswaar tegemoet gekomen, maar de status van de ondernemingsovereenkomst biedt weinig mogelijkheid voor directe en flexibele toepassingen. De overeenkomst heeft een soort 'tussenstatus'. Zolang de ondernemingsovereenkomst niet is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst bindt hij alleen de or en de ondernemer. De individuele contractsvrijheid van de werknemers wordt dus niet beperkt.

Ook art. 27 WOR, dat het instemmingsrecht van de or regelt, houdt geen beperking in van de individuele contractsvrijheid van werknemers. De onderwerpen waarvoor instemmingsrecht bestaat zijn nauwkeurig gedefinieerd. Waar een geschil bestaat over de vraag of een bepaald onderwerp al dan niet instemmingsplichtig is, wordt door de rechtspraak strikt de regel gehanteerd dat indien een bepaald onderwerp reeds in een cao is geregeld, dit niet meer tot het terrein van de or behoort.

Beperking van contractsvrijheid; decentralisering en maatwerk

De contractsvrijheid kan worden beperkt door in de arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding op te nemen. Het incorporatiebeding vereist er expliciete overeenstemming tussen contractspartijen over, dat de afspraak met de or deel zal uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Een incorporatiebeding is bedoeld om de overeenkomst met de or deel uit te laten maken van de individuele arbeidsovereenkomst. Indien in dit beding wordt aangegeven dat het ook gaat om de opvolgende overeenkomsten die in de toekomst zullen worden gesloten, dan dient het incorporatiebeding mijns inziens te worden behandeld als een eenzijdig wijzigingsbeding conform art. 7:613 BW, omdat anders een ontoelaatbare inbreuk op de individuele contractsvrijheid zou ontstaan.

Het eenzijdig wijzigingsbeding op grond van art. 7:613 BW is zo vorm gegeven door de wetgever dat er allereerst wilsovereenstemming over het beding dient te bestaan bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Vervolgens dient de werkgever bij het daadwerkelijk wijzigen van de arbeidsovereenkomst ook aan te geven dat hij een dusdanig zwaarwegend belang heeft dat het belang van de werknemer dient te wijken. Deze belangenafweging lijkt mij een juiste manier om enerzijds tegemoet te komen aan de behoefte om arbeidsvoorwaarden op decentraal niveau vorm te geven, anderzijds wordt de individuele contractsvrijheid van de werknemer niet op een te grote wijze belemmerd.

Indien er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen en de werkgever zou de inhoud van de arbeidsovereenkomst willen wijzigen, dan zal hij hiervoor een beroep moeten doen op art. 7:611 BW dat onder meer bepaalt dat de werknemer zich als een goed werknemer dient te gedragen. De inhoud van deze formule is sinds het *Van der Lely/Taxi Hofman* arrest duidelijk veranderd. In de literatuur is wel betoogd dat de Hoge Raad met deze uitspraak de institutionele leer heeft omarmd. Een tegengestelde opvatting is dat hier juist sprake is van een contractuele benadering, omdat de Hoge Raad spreekt van een ‘voorstel’ en een voorstel wordt in het contractenrecht in het algemeen gevolgd door een ‘aanvaarding’.

In de jurisprudentie valt op dat de criteria van art. 7:613 BW (het zwaarwichtig belang) en het criterium van *Van der Lely/Taxi Hofman* (goed werk-

nemerschap) door elkaar worden gebruikt. Bij afwezigheid van een beding waarbij de werkgever zich het recht heeft voorbehouden de arbeidsovereenkomst eenzijdig te kunnen wijzigen, wordt gebruikt gemaakt van het *Taxi Hofman* criterium. Dit criterium ontbeert echter de eis van het ‘zwaarwichtig belang’ dat in het genoemde wetsartikel voorop staat. Sommige auteurs verwijten de Hoge Raad dan ook dat door het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest de gewichtige toets van art. 7:613 BW wordt gereduceerd tot een lichtere toets. De toets die wordt aangelegd in het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest is minder streng dan die van het wetsartikel art. 7:613 BW. De opmerkelijke implicatie is dat indien het contract niet voorziet in een wijzigingsmogelijkheid, de toetsing van de wijziging dus minder streng is.

Men zou kunnen verdedigen dat slechts dan eenzijdig kan worden gewijzigd indien dit is bedongen. In dat geval is er geen sprake van een belemmering van de individuele contractsvrijheid. In het geval de wijzigingsmogelijkheid niet is bedongen, vindt blijkens de jurisprudentie geen belangenafweging plaats en dienen werkgever en werknemer zich te gedragen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De beperking van de individuele contractsvrijheid van de werknemer is als gevolg van de jurisprudentie groot. Sinds het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest dient de werknemer met een redelijk voorstel akkoord te gaan. Dit betekent een beperking van de individuele contractsvrijheid van de werknemer. Het feit dat de toets die hierbij wordt aangelegd minder streng is dan die van art. 7:613 BW acht ik een onjuiste ontwikkeling.

Met betrekking tot de bedrijfsregeling heeft het mijn voorkeur dat instemming van de or geldt als constitutief vereiste voor het bestaan van de bedrijfsregeling, zoals nu ook al voor diverse regelingen geldt, conform art. 27 lid 1 WOR. Dit zou een extra waarborg inhouden voor de rechten van werknemers. Hierdoor verdwijnt de eenzijdigheid van de regeling, alsmede de maximale vrijheid van de werkgever om werknemers te binden door middel van een beding tot eenzijdige wijziging. De vereiste goedkeuring van de or levert weliswaar een barrière op voor de werkgever, maar kan voor de werknemers wel gunstig zijn, doordat hun belangen beter gewaarborgd zijn.

Tot slot vormt het feitelijk gebruik van afspraken met de or in de onderneming ook een beperking van de individuele contractsvrijheid. Zonder dat er een basis voor is in het contract worden soms overeenkomsten met de or toegepast in de arbeidsrelatie. Ook is de stilzwijgende goedkeuring door de werknemer een mogelijkheid om de werknemer akkoord te laten gaan met het van toepassing verklaren van afspraken met de or op de individuele arbeidsovereenkomst. Deze praktijk vormt mijns inziens een inbreuk op de contractsvrijheid doordat niet expliciet sprake is van wilsovereenstemming. Hoewel een verklaring officieel ook kan blijken uit ‘niets doen’, acht ik de wilsovereenstemming in deze situatie een fictie.

Sterke beperking contractsvrijheid; flexibilisering en decentralisering

Op het moment dat in een cao de mogelijkheid wordt geopend om nadere regelingen te treffen met de or, kan de or in overleg treden met de werkgever. Normaal gesproken binden regelingen overeengekomen met de or de werknemer niet. Dit is anders in de wetten ATW, WAA en WAZ. De regering heeft bij het aannemen van die wetten verklaard dat de werknemer wordt gebonden door een uitwerking van de mogelijkheden die de wet biedt aan or en werkgever. Dit is het zogenoemde 2/3 dwingend recht. Deze beperking van de contractsvrijheid gaat zeer ver.

Het wonderlijke is dat de gedachte achter de regeling is dat meer flexibilisering mogelijk wordt gemaakt, omdat arbeidsvoorwaarden zo dicht mogelijk op het niveau van de onderneming kunnen worden vastgesteld. Hierbij horen begrippen als de mondige werknemer die zijn eigen belangen kan behartigen. Het resultaat is echter dat werknemers die geen mandaat hebben verleend aan welke vertegenwoordiging dan ook (hetzij vakbond, hetzij or) worden beperkt in de uitoefening van de rechten die hen op grond van de wet toekomen. Dit geldt ook voor de situatie dat sociale partners in een cao de mogelijkheid opnemen om met de or nadere afspraken te maken over arbeidstijden. Zij doen dit op grond van de bevoegdheid in de ATW. Ook niet gebonden werknemers zullen dan gebonden raken aan de afspraak van werkgever en or over de arbeidstijden.

De vraag is wat de grondslag is van de gebondenheid van de werknemers aan de afspraak met de or. Algemeen wordt aangenomen dat vrijwillige mandatering van rechten ten grondslag moet liggen aan de gebondenheid van werknemers en werkgevers. Dit is in ons systeem anders omwille van gelijke behandeling van georganiseerde en ongeorganiseerden. Om die reden kennen we art. 14 Wet CAO en de Wet AVV. De gedachte hierachter is dat de vakorganisaties binnen de Nederlandse verhoudingen goed in staat zijn de belangen van de werknemers te behartigen. Niet van elke or kan echter worden gezegd dat deze in staat is de belangen van de werknemers op een volwaardige manier te behartigen. Ook heeft de regering niet aangegeven waarom de afspraken op basis van het 2/3 dwingend recht zouden moeten doorwerken. Is dat omdat anders de uniformiteit van bijvoorbeeld arbeidstijden binnen de onderneming in het gedrang komt? Is dit ter voorkoming van ongelijke behandeling van georganiseerden en niet-georganiseerden? Wil men de positie van de or versterken? Is bedoeld de ondernemer meer armslag te geven om het beleid binnen zijn onderneming in samenspraak met de or vorm te geven? Wordt stimulering van decentralisatie beoogd?

Kortom: de legitimatie is zoek, maar ondertussen wordt de werknemer wel gebonden aan afwijkingen van de wet, na tussenkomst van de or. Dit gebeurt zonder dat wordt gedifferentieerd naar type werknemer of gebon-

denheid. Dit introduceert een nieuwe en verdergaande beperking van de individuele contractsvrijheid dan we kenden op grond van de Wet avv en Wet cao.

De wettelijke regeling van het arbeidsreglement zoals die goldt voor de wetwijziging van 1998, bood geen bevredigende regeling. De uitspraken van de Hoge Raad werkten in de hand dat de wil van de werkgever bepalend was voor de beoordeling van de vraag of sprake was van een arbeidsreglement en daarmee voor de vraag of de beschermende wettelijke regels van toepassing waren. Voor de werknemer betekende dit een sterke beperking van zijn contractsvrijheid. Daarbij kende de oude regeling geen contractsvrijheid voor de werknemer, omdat in het geval van wijziging van het arbeidsreglement de werknemer geen andere keus werd gelaten dan acceptatie of ontslag. De werkgever had dus een grote mate van vrijheid om het arbeidsreglement eenzijdig te wijzigen.

Om laatstgenoemde reden werd in 1998 een nieuwe wettelijke regeling geïntroduceerd. Met het nieuwe art. 7:613 BW werd door de wetgever beoogd de positie van de werknemer te versterken. Dit artikel is niet expliciet bedoeld voor de bedrijfsregeling, maar is in de praktijk het enige instrument om een bedrijfsregeling in de onderneming van toepassing te verklaren, waarbij direct toekomstige veranderingen kunnen worden betrokken. De contractsvrijheid van de werknemer is versterkt doordat art. 7:613 BW vereist dat de werknemer instemt met het opnemen van het beding in de individuele arbeidsovereenkomst. Er moet dus sprake zijn van wilsovereenstemming. Vervolgens dient een belangenafweging plaats te vinden op het moment dat de werkgever gebruik wenst te maken van het eenzijdig wijzigingsbeding.

In vergelijking met de oude regeling is de positie van werkgever en werknemer meer in balans gebracht. Enerzijds wordt tegemoet gekomen aan de wens van de ondernemer om arbeidsvoorwaarden in overeenstemming te brengen met veranderende omstandigheden die samenhangen met economische omstandigheden, bedrijfsprocessen of veranderingen binnen de onderneming. Anderzijds heeft de werknemer een (zij het beperkte) mogelijkheid om niet in te stemmen met het opnemen van het eenzijdig wijzigingsbeding in zijn individuele arbeidsovereenkomst.

Ondanks het feit dat de contractsvrijheid van de werknemer is toegenomen vergeleken bij de oude regeling van het arbeidsreglement, is deze van de werknemer nog altijd uiterst gering. De werkgever daarentegen beschikt over bijna maximale contractsvrijheid. Hij kan een bedrijfsregeling invoeren, intrekken en wijzigen. Indien dit eenmaal is bedongen, hoeft slechts de belangenafweging van art. 7:613 BW plaats te vinden. Indien de wijzigingsmogelijkheid niet is bedongen, wordt getoetst aan de criteria van het arrest *Van der Lely-Taxi Hofman*. De criteria voor deze toetsing zijn vreemd

genoeg minder streng dan die van art. 7:613 BW, doordat de werknemer in het algemeen positief moet ingaan op door de werkgever voorgestelde wijzigingen die verband houden met veranderde omstandigheden op het werk. Deze criteria worden blijkens de jurisprudentie ook ruim uitgelegd. In sommige gevallen is een aanleiding van bedrijfseconomische aard al een voldoende grond. De or blijkt geen doorslaggevende rol te spelen in de jurisprudentie, hoewel er voorbeelden zijn dat een belangenafweging (deels) wordt gekleurd door al dan niet verkregen instemming van de or.

Slot

Afspraken met de or beperken de individuele contractsvrijheid niet. In tegenstelling tot de voorgaande hoofdstukken (over cao en avv) bestaat geen doorwerking van afspraken met de or. Uit de parlementaire geschiedenis en de evaluatie van de wor blijkt dat de systematiek de negatieve contractsvrijheid van werknemers waarborgt. In tegenstelling tot de doorwerking van de (avv-)cao, is er in de situatie van de onderhandelende or geen sprake van een (bewust) overgedragen contractsvrijheid door werknemers aan de or. De verhouding tussen or en bonden wordt geregeld in de ILO-verdragen en in de wor. De bevoegdheden zijn strikt afgebakend, waarbij de sociale partners zich hoofdzakelijk bewegen op het terrein van alle voorkomende arbeidsvoorwaarden, terwijl de or op grond van de wor hoofdzakelijk bevoegdheden toekomen op het gebied van secundaire arbeidsvoorwaarden.

Hoewel de systematiek duidelijk is wordt in de praktijk gezocht naar mogelijkheden om afspraken met de or toch van invloed te laten zijn op het individuele niveau. Zo delegeren sociale partners bewust bevoegdheden naar het niveau van de onderneming door middel van delegatiebepalingen. Verdedigd wordt wel dat zodra de cao-afpraak onder de paraplu valt van de (avv-)cao, deze afspraak wel door kan werken. De decentralisatiebepaling kan inhouden dat op het niveau van de onderneming wordt onderhandeld tussen werkgever en or. Ook is het mogelijk dat de delegatiebepaling inhoudt dat tussen werkgever en vakbondsbestuurder wordt onderhandeld om de bepaling nader invulling te geven op ondernemingsniveau. Theoretisch kent de laatste vorm het voordeel dat aan de regeling ook doorwerking toekomt. Feitelijk wordt er in de praktijk ook vanuit gegaan dat aan de uitwerking van afspraken in samenspraak met de or doorwerking toekomt.

Bij gebreke van doorwerking kan het opnemen van een incorporatiebeding en een beding tot eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW zorgen voor binding van werknemers aan afspraken met de or. Hierdoor wordt het mogelijk om af te spreken dat de ondernemingsovereenkomst onderdeel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst en dat ook toekomstige wijzigingen hiervan deel zullen uitmaken. Het ontbreken van

doorwerking wordt zo omzeild en de werknemer geeft zijn negatieve contractsvrijheid op. In de praktijk is dit de weg om afspraken met de or van toepassing te laten zijn op de individuele arbeidsovereenkomst. Dit is ook de wijze waarop personeelsgidsen, convenanten, arbeidsvoorwaardenregelingen en andere bedrijfsregelingen deel kunnen gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst en de manier waarop tussentijdse wijzigingen kunnen worden doorgevoerd. Als er geen beding is overeengekomen, wordt de arbeidsovereenkomst soms gewijzigd met een beroep op art. 7:611 BW. Mijns inziens is dit niet wenselijk, omdat de toets die wordt aangelegd in dit geval lichter is dan de belangenafweging die plaatsvindt indien wél een beding tot eenzijdige wijziging zou zijn opgenomen.

Tot slot brengt de systematiek van de ATW, WAZ en WAA ('tweederde dwingend recht') in tegenstelling tot de systematiek van de WOR wél een zekere doorwerking met zich mee naar het niveau van de individuele werknemer. Deze wetgeving biedt mogelijkheden om in samenspraak met de or nader invulling te geven aan de mogelijkheden die de wet biedt. De uitwerking in samenspraak met de or bindt de individuele werknemers in de onderneming. Dit type doorwerking gaat verder dan de doorwerking die we kennen op basis van het cao-recht. In het cao-recht wordt onderscheid gemaakt tussen gebonden en niet-gebonden werknemers. In het geval van het zogenaamde 'tweederde dwingend recht' wordt dit onderscheid niet gemaakt en geldt de regeling voor alle werknemers, ongeacht de vraag of zij überhaupt mandaat hebben willen verstrekken aan de or om namens hen op te treden.

Vooralsnog bindt de or de individuele werknemer dus niet op grond van de WOR. Desalniettemin worden in de praktijk wegen gezocht om de afspraken die met de or zijn gemaakt toch te laten doorwerken. De wetgever sluit aan bij deze tendens door de or een aantal nieuwe bevoegdheden door middel van 'tweederde dwingend recht' toe te kennen waarmee tóch invloed kan worden uitgeoefend op het individuele niveau. Van overige activiteiten van de wetgever in deze richting is nog geen sprake.

5 DUITSLAND

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is besproken hoe de individuele contractsvrijheid van werknemers en werkgevers beperkt kan worden door instrumenten van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Ook in Duitsland is een spanning waarneembaar tussen het collectieve arbeidsrecht en de bestaande behoefte aan individualisering en decentralisering. In Duitsland wordt dit duidelijk door voorbeelden van bedrijven als Siemens en DaimlerChrysler die afspraken maakten met de bonden om aan de knellende werking van de cao te ontkomen. Ook lijken werkgevers zich in toenemende mate te distantiëren van het lidmaatschap van werkgeversverenigingen. Daarbij lijkt de rol van de avv van cao's in belang af te nemen. Ten aanzien van de Duitse ondernemingsraad leeft de veronderstelling dat deze over meer bevoegdheden beschikt dan de Nederlandse ondernemingsraad, omdat aan afspraken met de Duitse or in tegenstelling tot de afspraken met de Nederlandse or wél doorwerking toekomt. In dit hoofdstuk komt aan de orde wat de gevolgen zijn van deze constatering voor de verhouding tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

In de inleiding (5.1) wordt het Duitse systeem van collectief arbeidsrecht besproken (5.2). Vervolgens wordt de vraag beantwoord of er meer individuele vrijheid is ontstaan voor het afwijken van een *Tarifvertrag* (5.3). Dan komt de vraag aan de orde of er thans sprake is van minder betekenis van de *Allgemeinverbindlicherklärung* dan vroeger (5.4), en aan de vraag of er meer ruimte toekomt aan de *Betriebsrat* (5.5). Tot slot volgt een conclusie (5.6).

5.1.1 *Systeem Duits collectief arbeidsrecht in hoofdlijnen*

Het systeem van Duits collectief arbeidsrecht zal in par. 5.2 uitgebreid worden behandeld. Hier zullen kort de hoofdlijnen van het systeem worden besproken. Aandacht wordt achtereenvolgens besteed aan drie rechtsfiguren. Ten eerste aan de Duitse variant van de cao, de *Tarifvertrag* (TV). Ten tweede aan de Duitse vorm van avv die luidt *Allgemeinverbindlicherklärung* (AVE). Ten derde komt aan bod de ondernemingsovereenkomst die in Duitsland wordt aangeduid met de term *Betriebsvereinbarung*.

De Duitse term voor cao is *Tarifvertrag*. Deze aanduiding zal verder worden gebruikt om het onderscheid uit te drukken tussen de Nederlandse en de Duitse situatie. De *Tarifvertrag* kan worden gesloten tussen een werkgever en een vakorganisatie of tussen een werkgeversvereniging en een vakorganisatie. Dit volgt uit par. 2 TVG (*Tarifvertragsgesetz*). Uit de statuten van de

Tarifvertrag-sluitende organisaties moet blijken dat zij zich ten doel stellen in een bepaalde bedrijfstak arbeidsvoorwaardenovereenkomsten te sluiten. Een *Tarifvertrag* kent verschillende typen normen, zoals normen die iets regelen met betrekking tot de verhouding tussen de individuele werknemer en werkgever (*Inhaltsnormen*), maar ook over zaken die de onderneming betreffen (*Solidarnormen of Ordnungsnormen*).

De tv kent op grond van par. 4 I 1 TVG *rechtstreekse* en *dwingende* werking. De *rechtstreekse* werking houdt in dat de tv van directe invloed is op de individuele arbeidsovereenkomst waarop de tv van toepassing is; in Nederland noemen wij dit doorwerking (of normatieve werking, zoals volgt uit art. 12 Wet CAO). De rechtstreekse werking zorgt er ook voor dat bepalingen die niet voorkomen in de individuele arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld over een eindejaarsuitkering) maar die wel zijn opgenomen in de tv, worden aangevuld door de tv; dit is vergelijkbaar met de aanvullende werking van art. 13 Wet CAO.

De *dwingende* werking betekent dat niet van de normen van het tv kan worden afgeweken ten nadele van de werknemer. Een afspraak in de individuele arbeidsovereenkomst die ten nadele van de werknemer afwijkt van hetgeen door de tv wordt voorgeschreven is nietig. Er mag op grond van par. 4 TVG slechts dan ten nadele worden afgeweken indien dit in de tv met zoveel woorden wordt toegelaten; een bepaling met een dergelijke inhoud noemt men een *Öffnungsklausel*.

Na afloop van de tv werken de normen van de tv na op grond van par. 4 V TVG. De nawerking geldt totdat er een andere afspraak voor de tv in de plaats komt. Dit kan zowel een individuele arbeidsovereenkomst zijn als een nieuwe tv. De tv behoudt in de nawerkingsperiode wel zijn rechtstreekse werking; nog steeds werkt de tv door in de individuele arbeidsovereenkomst. Wel verliest de tv zijn dwingende werking; er mag immers worden afgeweken in de nawerkingsperiode.

Wie zijn gebonden aan de tv? Dat zijn net als in Nederland de georganiseerde werkgever en de georganiseerde werknemer en de werkgever die zelf partij is bij een tv (par. 4 I 1 TVG). Indien de werkgever gebonden is, dan gelden de *Tarifvertragnormen* die iets regelen met betrekking tot zaken de onderneming betreffende (*Solidar- of Ordnungsnormen*) algemeen voor alle werknemers in het bedrijf. Dit is niet geheel vergelijkbaar met het Nederlandse art. 14 Wet CAO. Een belangrijk verschil is dat niet-georganiseerde Duitse werknemers niet de mogelijkheid hebben zich aan de cao van de werkgever te onttrekken, zoals (in theorie) wel het geval is bij de Nederlandse art. 14 Wet CAO-werknemer. Deze automatische uitstrekking over niet-georganiseerde werknemers geldt slechts voor de *Solidar- of Ordnungsnormen*. De *Inhaltsnormen* (die iets regelen over de verhouding op het niveau van de individuele werkgever en werknemer) gelden niet automatisch. Wel kan de gebonden werkgever met niet georganiseerde werknemers overeenkomen

dat de gehele tv ook van toepassing is op deze arbeidsrelatie. Dit kan met behulp van een incorporatiebeding, men noemt dit *Bezugnahme*.

In de situatie van overgang van onderneming geldt in Duitsland een bepaling die net als het Nederlandse art. 14a Wet CAO voortvloeit uit de Europese Richtlijn nr.77/187 van 14 februari 1977.¹ Deze bepaling staat in par. 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Dit artikel heeft ten doel de rechten van werknemers bij overgang van onderneming te waarborgen. De Duitse werkgever heeft in tegenstelling tot de Nederlandse meer mogelijkheden om te ontkomen aan de werking van de tv van de vervreemder. De Duitse wetgever heeft bij de implementatie van de Richtlijn uitdrukkelijk niet gekozen voor het voortbestaan van de tv bij de verkrijger als collectiefrechtelijke regeling. In plaats daarvan is gekozen voor een constructie waarbij de tv van de vervreemder individueelrechtelijk gaat gelden in de relatie tussen de overgenomen werknemers en de verkrijgende werkgever. De tv ondergaat een transformatie van collectief recht naar individueel recht. Deze transformatie heeft tot gevolg dat het makkelijker is (ten nadele) van de regeling afwijkende afspraken te maken. Dit maakt de rechten van werknemers minder hard dan de rechten van werknemers in Nederland. De Duitse werkgever beschikt daardoor over meer mogelijkheden om de arbeidsvoorwaarden aan zijn bedrijf aan te passen. Als basis geldt dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst van de vervreemder op de verkrijger overgaat. Een uitzondering hierop geldt indien de verkrijgende werkgever ook gebonden is door een tv. In deze situatie geldt de tv *van de verkrijger* voor de overgenomen werknemers. Dit is het spiegelbeeld van de regeling van art. 14a Wet CAO die de verkrijgende werkgever ertoe verplicht de cao van de vervreemder te blijven toepassen.²

De Duitse benaming voor avv is *Allgemeinverbindlicherklärung*, afgekort tot AVE. Duitsland kent geen speciale wet die de AVE regelt. In par. 5 *Tarifvertragsgesetz* krijgt de *Bundesminister voor Arbeit und Sozialordnung* de bevoegdheid een tv algemeen verbindend te verklaren. Door AVE wordt de normatieve werking van par. 4 I TVG uitgebreid naar de werknemers en werkgevers die nog niet gebonden werden door de tv op grond van lidmaatschap van één van de Tarifvertragsluitende partijen.

De gedachte achter AVE is – net als in Nederland – de wens om concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. De vereisten voor AVE zijn als volgt. Ten eerste moet er een geldende tv zijn. Ten tweede moet voldaan

1. Deze richtlijn is vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (PB L 201, blz. 88).

2. C. Hergenröder, *Tarifeinheit oder Tarifmehrheit durch Betriebsübergang nach par. 613a BGB?*, in: H. Oetker, U. Preis, V. Rieble, fs 50 *Jahre Bundesarbeitsgericht*, München: Verlag C.H. Beck, 2004, p. 715-732.

zijn aan het 50%-Quorum. Dit komt overeen met het meerderheidsvereiste dat wij kennen. De gebonden werkgevers moeten tenminste 50% van de werknemers in dienst hebben die vallen onder de werkingsfeer van de tv. Net als in Nederland is de gebondenheid van de werkgever – en niet die van de werknemers – bepalend voor de vraag of voldaan is aan het meerderheidsvereiste. Ten derde moet de AVE op grond van par. 5 TVG geboden zijn uit oogpunt van het algemeen belang. Deze laatste eis, evenals de eerste, komt te vervallen indien sprake is van de situatie van *Sozialer Notstand*. In dat geval telt slechts het 50%-Quorum. Slechts een dergelijke noodsituatie rechtvaardigt een ingrijpen van de staat in de arbeidsverhoudingen. Net als de Nederlandse loonmaatregel speelt een dergelijk middel nauwelijks een rol van betekenis.³

De AVE werkt uit oogpunt van rechtszekerheid niet terug. Echter, voor zover de betrokken werkgevers en werknemers met terugwerkende kracht rekening moesten houden, vervalt dit principe. Betrokkenen dienen rekening te houden met eventuele terugwerkende kracht indien dit reeds werd vermeld in het verzoek om AVE. De AVE volgt de looptijd van de tv. Wordt er een aanvullende tv gesloten om de periode te overbruggen tot onderhandelingen over een nieuwe tv zijn voltooid, dan kan de aanvullende tv ook voor AVE in aanmerking komen waardoor feitelijk nawerking ontstaat. De AVE zelf werkt echter niet na. Dit omdat de overheid anders te diep zou kunnen ingrijpen in de contractsvrijheid van de niet-georganiseerden.

Tot AVE wordt door de Minister niet eerder overgegaan dan na dat instemming is verkregen van de *Tarifausschuss*. Dit is een bipartiet orgaan waarin de centrale werknemers- en werkgeversorganisaties zijn vertegenwoordigd. Het orgaan wordt voorgezeten door een neutrale afgevaardigde van het ministerie. Deze afgevaardigde heeft echter geen stemrecht. Hierdoor bestaat voor de werknemers- danwel werkgeversafgevaardigde feitelijk een veto-recht.

In tegenstelling tot de Nederlandse situatie kent men in Duitsland geen mogelijkheden voor dispensatie van *Tarifverträge*. Zo worden door sociale partners geen dispensatieartikelen opgenomen in de *Tarifverträge* zelf. Ook bestaat er geen dispensatieprocedure bij de *Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung* indien een tv algemeen verbindend is verklaard.

Duitsland kent net als in Nederland een wet die de medezeggenschap regelt; het *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG). In deze wet zijn de bevoegdheden van de *Betriebsrat* vastgelegd. Een *Betriebsrat* kan worden ingesteld op grond van par. 9 BetrVG in een onderneming waar minstens vijf werknemers

3. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 402.

werkzaam zijn met kiesrecht voor de *Betriebsrat*. In par. 2 I BetrVG staat het leidend beginsel van de wet vermeld. Dit ligt ten grondslag aan de bevoegdheden die de wet toekent en moet als leidraad dienen bij de uitvoering van de wet:

‘Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll und in Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammen.’

De *Betriebsrat* heeft verschillende bevoegdheden waarbij de voornaamste zijn die van informatie, raadpleging, medewerking en instemming. Het informatierecht van par. 81 BetrVG houdt in dat de *Betriebsrat* tijdig geïnformeerd dient te worden over voornemens van de ondernemer met betrekking tot indiensttreding, indeling, overplaatsing en ontslag. Daarnaast heeft de *Betriebsrat* een algemeen informatierecht op grond van par. 80 Abs. 2 BetrVG. Het recht op raadpleging houdt in dat de werkgever de *Betriebsrat* niet alleen moet informeren maar ook om advies moet vragen over aangelegenheden die vallen onder de informatieplicht.

De *Betriebsrat* kan zijn medewerking weigeren bij indiensttreding, indeling van werknemers of overplaatsing. In dit geval kan de werkgever bij het *Arbeitsgericht* om vervangende toestemming vragen. In afwachting van de uitspraak van de rechter zijn eenzijdige voorlopige maatregelen van de werkgever toegestaan.

Het instemmingsrecht van de *Betriebsrat* is geregeld in par. 87 BetrVG en geldt alleen indien er op het betreffende terrein geen tv van kracht is. Deze bepaling is vergelijkbaar met de Nederlandse bepaling van art. 27 lid 3 WOR waarin het primaat met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden aan de vakorganisatie wordt toegedeeld. Ook de Duitse wetgever heeft hier duidelijk willen maken dat indien zaken reeds ‘abschliessend’ in een tv zijn geregeld aan de *Betriebsrat* geen bevoegdheden dienaangaande meer toekomen. De instemmingsrechten hebben geen betrekking op primaire arbeidsvoorwaarden maar liggen op het terrein van roosters, het gedrag van werknemers op de werkvloer, het gebruik van technische inrichtingen, ARBO-beleid en beloningssystemen.

Tot slot kunnen werkgever en *Betriebsrat* nog een zogenoemde *Betriebsvereinbarung* overeenkomen. Op grond van par. 77 lid 4 BetrVG hebben dergelijke overeenkomsten normatieve werking. Dat wil zeggen dat zij ‘*unmittelbar und zwingend*’ doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers. In die zin houdt Duitsland – zoals Van

Slooten stelt⁴ – minder scherp vast aan een contractueel stelsel. Dit verdient enige nuance, daar par. 77 lid 3 BetrVG bepaalt dat loon en andere arbeidsvoorwaarden die ‘doorgaans’ onderwerp zijn van een tv géén onderwerp kunnen zijn van een *Betriebsvereinbarung*. Dit betekent dat primaire arbeidsvoorwaardenvorming slechts zelden onderwerp kunnen zijn van de *Betriebsvereinbarung*. Dit is slechts anders indien de tv zulks uitdrukkelijk toestaat. Een dergelijke bepaling die een opening biedt naar het decentrale niveau wordt een *Öffnungsklausel* genoemd.

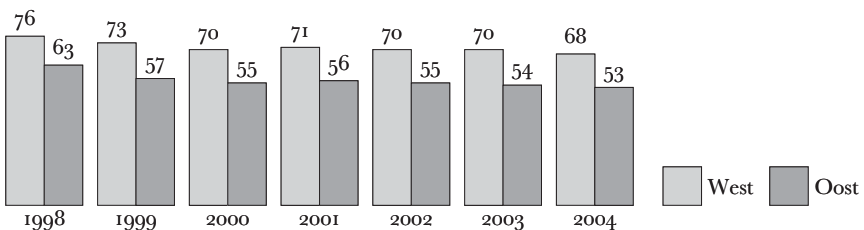
5.1.2 Cijfers

De organisatiegraad van de Duitse werknemers ligt gemiddeld rond 30% en hangt sterk af van de bedrijfstak. Zo zijn werknemers in traditionele sectoren als metaal of mijnbouw meer georganiseerd dan in de dienstensector. De grootste vakcentrale is de *Deutsche Gewerkschaftsbund* (DGB) met circa 7,7 miljoen leden. Deze centrale staat aan het roer van acht verschillende categorale bonden. Voor de ambtenaren is er de *Deutsche Beambtenbund* (DBB) die bijna 1 miljoen leden heeft.

De organisatiegraad van werkgevers is moeilijk exact vast te stellen maar werd in West-Duitsland rond 2000 geschat op 80%. De overkoepelende organisatie is *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände* (BDA). Dit is de koepelorganisatie van zo'n 46 branche-organisaties.⁵

Terwijl de organisatiegraad vergelijkbaar is met de Nederlandse organisatiegraad is de dekking van de tv dit niet. In het westen van Duitsland is 68% van de werknemers gebonden door een tv en in het oosten 53% van de werknemers.⁶

Figuur 5.1: Tariffbinding 1998 – 2004, werknemers in %



Bron: IAB Betriebspanel

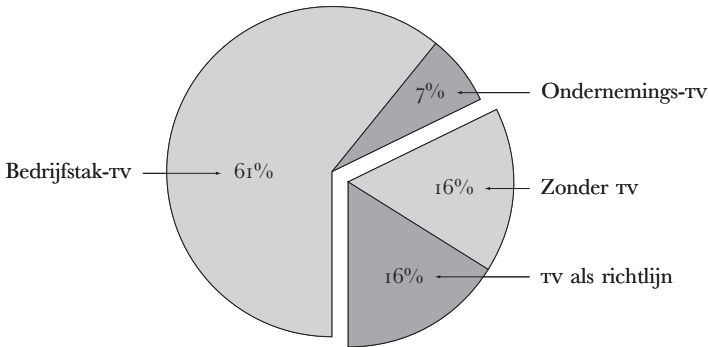
4. J. M. van Slooten, Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden, in: R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: Sdu 2006, p. 55.

5. wsi Collective Agreement Archive, 'Bargaining Policy in the German System of Industrial Relations', wsi *Mitteilungen Special Issue* 2003, p. 35.

6. http://www.boeckler.de/pdf/ta_tariffbindung_2004.pdf.

Onderstaande grafiek toont door welk type tv werknemers in het westen van Duitsland gebonden zijn. Circa 68% van de werknemers wordt gebonden door een tv. Van genoemd percentage valt 61% onder de werking van een bedrijfstak-tv en 7% onder de werking van een ondernemings-tv. Circa 32% van de werknemers wordt niet gebonden. Van dit percentage heeft 16% indirect te maken met de tv doordat deze door de ondernemer als richtlijn wordt gebruikt voor het arbeidsvoorwaardenbeleid.

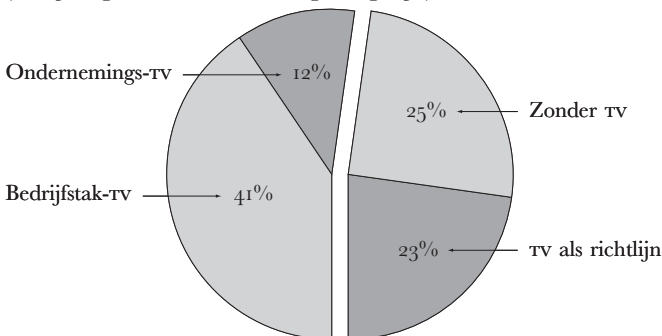
Figuur 5.2: Tarifbinding 2004 West-Duitsland, werknemers in % (afwijkingen door afronding mogelijk)



Bron: IAB Betriebspanel

Uit onderstaande grafiek blijkt door welk type tv werknemers in het oosten van Duitsland gebonden zijn. 53% van de werknemers wordt gebonden door een tv. Van genoemd percentage valt 41% onder de werking van een bedrijfstak-tv en 12% onder de werking van een ondernemings-tv. Circa 48% van de werknemers wordt niet gebonden. Van dit percentage heeft 23% indirect te maken met de tv doordat de ondernemer deze als richtlijn gebruikt voor het arbeidsvoorwaardenbeleid.

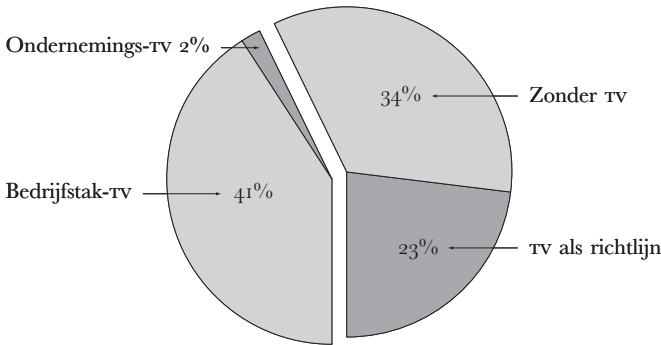
Figuur 5.3: Tarifbinding 2004 Oost-Duitsland, werknemers in % (afwijkingen door afronding mogelijk)



Bron: IAB Betriebspanel

Van de ondernemingen in het westen is zo'n 43% van de bedrijven gebonden door een tv. Hiervan betreft 41% de binding aan een bedrijfstak-tv en 2% de binding aan een ondernemings-tv. Circa 57% van de ondernemingen wordt niet gebonden door een tv. Van laatstgenoemd percentage volgt 23% de tv onverplicht.⁷

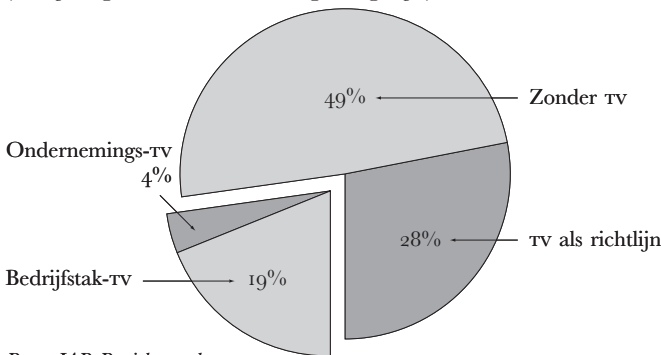
Figuur 5.4: Tarifbindung 2004 West-Duitsland, werknemers in % (afwijkingen door afronding mogelijk)



Bron: IAB Betriebspanel

In het oosten is 23% van de bedrijven aan een tv gebonden. Van deze ondernemingen valt 18% onder een bedrijfstak-tv en 4% onder een ondernemings-tv. 77% van de ondernemingen wordt niet gebonden door een tv. Van dit percentage volgt 28% onverplicht de geldende tv voor de betreffende branche.⁸

Figuur 5.5: Tarifbindung 2004 Oost-Duitsland, werknemers in % (afwijkingen door afronding mogelijk)



Bron: IAB Betriebspanel

7. http://www.boeckler.de/pdf/ta_tarifbindung_2004.pdf.

8. http://www.boeckler.de/pdf/ta_tarifbindung_2004.pdf.

De dekkingsgraad van de tv ligt voor werkgevers dus aanmerkelijk lager dan de organisatiegraad van 80% zou doen vermoeden. Een verklaring hiervoor is dat werkgeversverenigingen in toenemende mate een type lidmaatschap aanbieden dat niet resulteert in gebondenheid aan de tv. Men noemt dit *ot-Mitgliedschaft*, wat staat voor *Ohne Tarif-Mitgliedschaft* ('zonder cao-lidmaatschap'). Werkgevers profiteren wel van het lobbywerk van de werkgeversvereniging maar worden niet gebonden door de tv.

Allgemeinverbindlicherklärung (AVE)

De afgelopen jaren is het aantal algemeen verbindend verklaarde *Tarifverträge* sterk afgenomen. In de derde kolom van onderstaande tabel wordt weergegeven hoeveel reguliere bedrijfstak-tv's (dit zijn dus geen aanvullende of scholings-tv's) algemeen verbindend zijn verklaard. In 2002 bedroeg dit percentage slechts 2,5%. Ter vergelijking: in Nederland werd in 2002 circa 70% van de reguliere bedrijfstak-cao's algemeen verbindend verklaard.⁹

Tabel 5.1: Ontwikkeling van de AVE van TV's in Duitsland (1991-2002)

Jaar	Aantal AVE-TV's op 1 januari	Waarvan: reguliere AVE-TV's	Percentage van reguliere AVE-TV's gezien op alle reguliere tv's	tv's waarvoor in de loop van het jaar om AVE werd verzocht	Waarvan: tv's waarvoor het verzoek om AVE werd geweigerd
1991	621	408 (66%)	5,4%	303	6%
1992	621	407 (66%)	5,1%	275	3%
1993	630	398 (63%)	4,8%	257	3,5%
1994	632	402 (64%)	4,7%	231	<1%
1995	627	405 (65%)	4,5%	187	5%
1996	571	378 (66%)	4,1%	192	4%
1997	558	333 (60%)	3,8%	191	5%
1998	588	347 (59%)	3,5%	143	12%
1999	592	330 (56%)	3,2%	117	10%
2000	551	298 (54%)	2,9%	136	15%
2001	534	280 (52%)	2,6%	77	14%
2002	542	282 (52%)	2,5%		

Bron: J. Kirsch & R. Bispick, *Allgemeinverbindliche Tarifverträge*, Düsseldorf: Hans Böcklerstiftung 2002, p. 4.

9. M.F.P. Rojer, *De betekenis van de cao en het algemeen verbindend verklaren van cao's*, SZW-werkdocument no. 271, Den Haag: SZW 2002, p. 10.

De gegevens in de tabel over de ontwikkeling van AVE loopt slechts tot 2002. Een andere indeling wordt gehanteerd in de weergave van de cijfers door het *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*. Van de ca. 5,6 miljoen werknemers die in totaal onder de gelding van een AVE-TV vallen, ontstaat de binding regelrecht en exclusief door AVE. Van de omstreeks 61.800 geldende TV's zijn er begin 2006 totaal 454 algemeen verbindend verklaard. Onderscheiden kunnen worden 225 reguliere TV's en 229 aanvullende TV's. Van de 454 gelden er 192 (ook) in de zogenaamde nieuwe *Bundesländer*.¹⁰

In Duitsland regelen heel weinig AVE-TV's ook inhoudelijk iets met betrekking tot loon. Veel AVE-TV's hebben betrekking op de *tarifliche Sozialpolitik*, algemene gemeenschappelijke voorzieningen, zoals ouderdomspensioen, deeltijdarbeid voor ouderen, vakantieregelingen, scholing.¹¹ Het aantal AVE-TV's dat iets regelt met betrekking tot loon loopt bovendien sterk terug. Op 1 januari 2001 bedroeg het aantal nog 53. In januari 1991 (toen het aantal het grootst was) betrof dit meer dan het dubbele, namelijk 124 AVE-TV's. Binnen het geldingsbereik van de AVE *Entgelttarifverträge* (die dus loon betreffen) vielen in januari 2001 iets meer dan 1 miljoen werknemers. Van deze werknemers waren echter 0,7 miljoen werknemers werkzaam bij werkgevers die al door lidmaatschap van een werkgeversvereniging gehouden waren de TV toe te passen.

De betekenis van AVE is dus betrekkelijk gering. Wel speelt de AVE een rol van belang in de volgende vijf bedrijfstakken. Ten eerste is dit in de *Gross- und Einzelhandel* waar traditioneel veel vrouwen werkzaam zijn. Ten tweede is dit in het *Baugewerbe* en de *Baunebengewerbe*. In deze twee bedrijfstakken is 66% van de werknemers die onder de AVE vallen, werkzaam. De overige drie belangrijke bedrijfstakken zijn de Reinigings- en lichaamsverzorging-branche, de Horeca-branche en de Voedings- en genotsmiddelenindustrie.¹²

Betriebsrat

Öffnungsklausel in een TV bieden de ondernemer de mogelijkheid om van de TV af te wijken in samenspraak met de *Betriebsrat*. In de praktijk wordt gebruik gemaakt van deze mogelijkheid zowel door ondernemingen die rechtstreeks worden gebonden door een TV, als door ondernemingen die een TV slechts volgen (onverplicht toepassen). Uit onderstaande tabel blijkt hoe in de praktijk gebruik wordt gemaakt van *Öffnungsklausel*. De resultaten

10. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge*, Stand 1. Januar 2006, p. 3.

11. Arbeitsgruppe Tarifvertragsrecht, 'Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifvertragsrechts', *RdA* 2004/2, p. 74.

12. U. Zachert, 'Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?', *NZA* 2003/3, p. 133.

zijn uitkomst van een enquête die door de Hans Böckler Stiftung werd gehouden onder *Betriebsräte* en *Personalräte*. (De *Betriebsrat* is vergelijkbaar met de Nederlandse or en de *Personalrat* is de benaming voor de or bij overheidsorganen). In maar liefst 35% van alle bedrijven die gebruik maken van *Öffnungsklausel* is overgegaan tot verlenging van de arbeidsduur. In 22% van alle bedrijven die gebruik maken van *Öffnungsklausel* wordt de eindejaarsuitkering niet geheel of helemaal niet uitgekeerd. Ook worden loonsverhogingen opgeschort in 17% van deze bedrijven.

Tabel 5.2: Gebruik van tv-Öffnungsklauseln

	In % van alle tv-gebonden bedrijven	In % van alle bedrijven die gebruik maken van Öffnungsklausel
Variabele arbeidstijden	51	68
Arbeidsduurverlenging	26	35
Startsalaris	19	25
Vermindering van eindejaarsuitkering	17	22
Tijdelijke arbeidsduurvermindering	15	20
Opschorten van tv-loonsverhogingen	12	17
Onder tv-niveau belonen	8	10
Korten/opschonen van vakantiegeld	6	9
Algemene hardheidsclausules	5	7
Overige bepalingen	3	4

* in % van alle bedrijven en overheidsdiensten, die gebruik maken van Öffnungsklauseln. Antwoorden van Betriebs- und Personalräte in %. Bron: R. Bispinck, 'Betriebsräte, Arbeitsbedingungen und Tarifpolitik', wsi *Mitteilungen* 2005/6, p. 301-307.

De *Betriebsräte* zien deze trend tot '*Verbetrieblichung*' en decentralisering van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming met enig wantrouwen tegemoet. Slechts 12 % juicht de ontwikkeling toe. Ruim 30 % ziet de ontwikkeling als dubieus en 53 % beoordeelt de ontwikkeling als voornamelijk problematisch. De reden voor deze scepsis is op verschillende manieren te verklaren. Twee derde van de *Betriebsräte* vreest, dat de *Verbetrieblichung* de werkgever makkelijker de mogelijkheid geeft om zijn eigen zakelijke belangen 'erdoor te drukken'. Meer dan helft (75 %) gaat ervan uit dat er binnen een bedrijfstak

grote verschillen in lonen zullen ontstaan en slechts een kwart gelooft dat de *Betriebsrat* werkelijk meer invloed zal krijgen door deze ontwikkeling.¹³

Tabel 5.3: Decentralisering en ‘Verbetrieblichung’ van de arbeidsvoorwaardenvorming. Antwoorden van de Betriebsräte in %

	Juist	Onjuist
... geeft de werkgever meer mogelijkheid zijn bedrijfsbelang door te zetten	81	17
... leidt tot verschillende arbeidsvoorwaarden binnen dezelfde bedrijfstak	75	22
... vergt teveel van de Betriebsrat	48	50
... houdt beter rekening met de eigenaardigheden van de individuele onderneming	48	49
... geeft de Betriebsrat meer invloed en mogelijkheden	49	49
... laat nauwelijks ruimte voor een effectieve stellingname van de Betriebsrat	53	42

Bron: Betriebs- und Personalrätebefragung 2002 (3. Befragung), in: R. Bispinck en T. Schulten, ‘Verbetrieblichung der Tarifpolitik? – Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen’, wsi-Mitteilungen 03/2003.

5.1.3 *Probleemstelling*

De Duitse tv heeft een dwingende werking. Het is wettelijk niet mogelijk om ten nadele van de werknemer af te wijken van een tv. Ook is het niet toegestaan dat de *Betriebsrat* zich begeeft op het terrein van de vakbonden. Voorts zijn er geen mogelijkheden om zich aan ave te onttrekken. Dit heeft tot gevolg dat steeds meer werkgevers besluiten om zich niet te verbinden tot een lidmaatschap van een werkgeversvereniging. Ook wordt steeds vaker overgegaan tot het sluiten van een lidmaatschap waaruit geen tv-gebondenheid voortvloeit; het zogenaamde *Ohne Tarif-Mitgliedschaft*.

Veel werkgevers hebben behoefte om de arbeidsvoorwaarden aan te passen aan veranderingen in de economische situatie en ervaren de tv daarbij als (te) knellend. De vakbonden daarentegen trachten de verworven rechten te behouden. Dit heeft tot gevolg dat de tv op grote schaal wordt ontdoken. Niet zelden stemmen werknemers en *Betriebsrat* hiermee in, uit angst voor verlies van werkgelegenheid.

Hoewel in Nederland ook de grenzen van de cao worden afgetast, gebeurt dit in Duitsland op veel grotere schaal. De roep om decentralisering

13. R. Bispinck, ‘Betriebsräte, Arbeitsbedingungen und Tarifpolitik’, wsi Mitteilungen 2005/6, p. 301-307.

van de arbeidsverhoudingen is in Duitsland sterker aanwezig en bedrijven sluiten massaal overeenkomsten met het personeel in afwijking van de cao; zogeheten *Bündnisse für Arbeit*. Ook bonden zijn in toenemende mate bereid tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten; deze variant wordt (in tegenstelling tot de afspraak met het personeel) wettelijk wél toelaatbaar geacht, omdat dan sprake is van een aanvullend type cao.

In dit hoofdstuk wordt behandeld hoe de spanning tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zichtbaar wordt in onder andere de genoemde *Bündnisse für Arbeit*. Allereerst wordt het Duitse systeem van collectief arbeidsrecht besproken in dezelfde volgorde als voor Nederland. Achtereenvolgens komen aan de orde: tv, AVE en overeenkomsten met de *Betriebsrat*. Hierna wordt ingegaan op de belangrijkste discussiepunten met betrekking tot tv, AVE en *Betriebsrat*. Er wordt aandacht besteed aan de volgende vragen. Is er meer individuele vrijheid ontstaan om af te wijken van een tv? Komt er minder betekenis toe aan AVE dan voorheen? Is er meer ruimte ontstaan voor *Betriebsräte*? Tot slot zal in de conclusie de vraag worden beantwoord hoe de verhouding is tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in Duitsland en tevens hoe dit zich verhoudt tot de Nederlandse situatie.

5.2 Het Duitse systeem

Deze paragraaf omvat een beschrijving van het Duitse systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De verhouding tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming wordt net als in de hoofdstukken die Nederland betroffen (hoofdstukken 2, 3, en 4) onderzocht aan de hand van drie verschillende instrumenten van collectief arbeidsrecht.

Als eerste komt de tv aan de orde. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de normatieve werking, *Öffnungsklausel* (decentralisatiebepalingen), het *Günstigkeitsprinzip* (gunstigheidsprincipe) en *Bezugnahme* (incorporatie). Steeds wordt besproken in welke mate kan worden afgeweken van de tv. Als tweede instrument komt de AVE aan de orde en wordt belicht welke mogelijkheden tot afwijken van de AVE bestaan. Als derde wordt besproken welke mogelijkheden bestaan om het individu te binden door middel van afspraken met de *Betriebsrat*. Ook wordt besproken hoe de verhouding is tussen de tv en de ondernemingsovereenkomst.

5.2.1 *Tarifvertrag*

Allereerst zal de tv worden besproken. Hoe is de werking van de tv en welke mogelijkheden bestaan om af te wijken van de tv? In Duitsland is de situatie net als in Nederland zo dat werkgeversverenigingen en vakbonden

degenen zijn die de inhoud van de tv bepalen. De staat speelt hierbij verder geen rol. Er worden zowel landelijke bedrijfstak-tv's als ondernemings-tv's afgesloten. Er zijn in Duitsland, in tegenstelling tot Nederland, meer bedrijfstak-tv's dan ondernemings-tv's. De ondernemings-tv's bestrijken net als in Nederland slechts een kleine minderheid van bedrijven en werknemers. De functie van de bedrijfstak-tv's is sterk vergelijkbaar met die van de Nederlandse bedrijfstak-cao's. Volgens Bispinck en Schulten¹⁴ zijn de belangrijkste functies van bedrijfstak-tv's:

Tabel 5.4: Voornaamste reguleringsfuncties van bedrijfstak-tv's

Uit optiek van de staat:	
Atributie-en legitimatiefunctie:	<ul style="list-style-type: none"> - De rechtstreekse verantwoordelijkheid voor het vastleggen van lonen en arbeidsvoorwaarden wordt overgedragen aan sociale partners - De staat kan zich grotendeels buiten de tv-onderhandeling houden en kan in een voorkomend geval optreden als 'neutrale' arbiter.
Uit optiek van de werknemer:	
Beschermingsfunctie:	- Indammen van structurele machtsongelijkheid op de arbeidsmarkt
Verdelingsfunctie:	- Aandeel in de economische ontwikkeling en de sociale welvaart
Participatiefunctie:	<ul style="list-style-type: none"> - Aandeel in een autonome regeling van arbeidsvoorwaarden - Generalisering van de beschermings-, verdelings- en participatiefunctie
Solidariteitsfunctie:	- Eenvormige arbeidsvoorwaarden, relatief onafhankelijk van de heersende economische prestaties van een specifieke onderneming en van de kracht van de vakbond binnen die onderneming, danwel van de machtsverhoudingen binnen die onderneming
Uit optiek van de werkgever:	
Kartelfunctie:	- De prijs voor de factor arbeid wordt deels aan het marktmechanisme onttrokken
Coördinatiefunctie:	- Scheppen van relatief eenvormige concurrentievoorwaarden
Orderings-en rustgevende functie:	- tv-onderhandelingen als 'collectief goed'

14. R. Bispinck, T. Schulten, Flächentarifvertrag und betriebliche Interessenvertretung, in: Walter Müller-Jentsch (Hrsg.), *Konfliktpartnerschaft, Akteure und Institutionen der industriellen Beziehungen*, München und Mering: Reiner Hampp Verlag 1999.

Productiviteitsfunctie:	<ul style="list-style-type: none"> – Reduceren van de transactiekosten voor het vaststellen van arbeidsvoorwaarden – Stabiele arbeidsverhoudingen en relatief weinig werkonderbrekingen – De aanwezigheid van de vakbond in het bedrijf wordt ‘geneutraliseerd’ – Deregulering van de tv-politiek aan de sociale partners, ontlasting van het ondernemingsniveau – Begrenzing van minimumloonstrategieën – Bevordert concurrentie op innovatie- in plaats van concurrentie op kosten – Waarborgen van een coöperatief arbeidsklimaat
-------------------------	---

Normatieve werking

In Duitsland bevat het *Tarifvertragsgesetz* (TVG) regels over de *Tarifvertrag*. Zoals eerder gemeld, zal ik om verschil te maken tussen de Nederlandse en de Duitse situatie, van tv spreken als het over de Duitse overeenkomst en van cao als het over de Nederlandse overeenkomst gaat. Art. 1 lid 2 TVG stelt allereerst (net als in Nederland), dat tv's schriftelijk moeten worden overeengekomen. De tv-partijen kunnen op grond van art. 2 TVG vakbonden, werkgevers en werkgeversverenigingen zijn. In voorkomende gevallen kunnen ook de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties optreden als tv-partij, mits zij daartoe gemachtigd zijn door de organisaties die zij vertegenwoordigen. Ook is dit mogelijk indien het sluiten van tv volgens de statuten tot hun bevoegdheden behoort. In het geval een centrale organisatie een tv sluit, zijn zowel de centrale organisatie als de daarbij aangesloten verenigingen verantwoordelijk voor de nakoming.

Gebonden door de tv zijn de leden van de tv-partijen en de werkgever die zelf partij is bij een ondernemings-tv. Deze gebondenheid blijft bestaan tot de tv afloopt. Nawerking is geregeld in par. 4 lid 5 TVG dat stelt dat na afloop van de tv de bepalingen blijven gelden totdat ze zijn vervangen door een andere overeenkomst. Dit voorkomt dat personen die gebonden zijn door de tv door het ophouden van de tv plotseling hun arbeidsovereenkomst inhoudelijk zien veranderen.

De normatieve werking van de tv is neergelegd in par. 4 lid 1 TVG. Op grond van deze bepaling gelden de bepalingen uit de tv die de inhoud, het afsluiten of het beëindigen van de tv regelen *'unmittelbar und zwingend'* tussen de gebonden tv-partijen die onder de werkingssfeer van de tv vallen. Afwijkende afspraken hebben op grond van par. 4 III TVG alleen dan rechtskracht, indien ze door de tv mogelijk worden gemaakt of indien ze een afwijking inhouden ten gunste van de werknemer. (*Abweichende*

Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten.')

Afwijken van een normatief werkende tv-bepaling is dus ten eerste mogelijk indien een afwijking door de tv mogelijk wordt gemaakt, men spreekt dan van *Öffnungsklausel*. Ten tweede is een afwijking toegestaan indien de afwijking wordt gemaakt ten gunste van de werknemer: het *Günstigkeitsprinzip*.

Öffnungsklausel

De mogelijkheid van de tv af te wijken op basis van *Öffnungsklausel* is te vergelijken met de decentralisatiebepalingen die we kennen in Nederlandse cao's. In dit geval geven tv-partijen aan op welke punten van de tv kan worden afgeweken. Vaak worden hier ook de randvoorwaarden aangegeven waarbinnen mag worden afgeweken. Een verschil met de Nederlandse situatie is dat *Öffnungsklausel* uitsluitend een vorm van decentralisering inhoudt naar het niveau van de onderneming en niet naar het individuele niveau. Er wordt met de *Betriebsrat* onderhandeld op het decentrale niveau. Aan werknemers wordt niet de mogelijkheid geboden een keuze te maken uit verschillende opties van een cao à la carte of vergelijkbaar individuele keuze-model. Er is dus wel sprake van decentralisering van de tv's. Daarentegen is geen sprake van de individualisering van tv's zoals in Nederland het geval is.

Günstigkeitsprinzip

Volgens het *Günstigkeitsprinzip* kan alleen worden afgeweken van de tv, indien deze afwijking gunstiger is voor de werknemer dan de regeling die de tv biedt. Dit principe kent het Nederlandse cao-recht ook, indien de cao een minimum-cao is. Wat als gunstiger moet worden bestempeld wordt volgens de *Quicken/Boonen-leer*¹⁵ één op één beoordeeld. Er mag geen zogenaamde 'pakketvergelijking' worden toegepast. Zie hierover par. 2.2.1 (het vakbondslid).

In Duitsland kunnen van de tv afwijkende overeenkomsten zowel een individuele arbeidsovereenkomst zijn als een *Betriebsvereinbarung* (een overeenkomst met de *Betriebsrat*). Bij de beoordeling van de gunstigheid hangt het er vanaf wie de tv wil beschermen; is dit de werknemer, het personeel als geheel of de werkgever. Als het gaat om een tv die het individu een recht verschaft, dan moet de afwijking ook gunstiger zijn voor het individu.

15. HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43.

Indien er rechten worden toegekend aan het voltallige personeel, dan moet een eventuele afwijking ook gunstig zijn voor het voltallig personeel.¹⁶

In Duitsland verschillen werkgevers en werknemers van mening over de vraag hoe het *Günstigkeitsprinzip* moet worden geïnterpreteerd. Sommige werkgevers zien als 'gunstiger' ook de situatie dat de werknemer minder loon krijgt dan wordt voorgeschreven in de tv, maar wel zijn baan behoudt. Deze werkgevers zouden graag zien dat de zogenaamde '*Beschäftigungssicherung*' in het *Günstigkeitsprinzip* verdisconteerd wordt.¹⁷ Een dergelijke uitleg van het *Günstigkeitsprinzip* zou een instrument kunnen zijn om te komen tot deregulering en flexibilisering van de arbeidsverhoudingen. Dit zou de mondige werknemer gelegenheid geven zelf beslissingen te nemen over zaken die hem bijzonder aangaan.¹⁸

Vooralsnog heeft het *Bundesarbeitsgericht* (BAG) zich uitgesproken tegen het vergelijken van 'appels en peren'. Het hof houdt het betrekken van een baangarantie in de gunstige-vergelijking voor systematisch onjuist. Alleen het vergelijken van onderwerpen van een zelfde soort en omvang is toegestaan. De dwingende werking van het tv-recht zou anders ondermijnd worden. Het BAG drukt als volgt uit dat het voortbestaan van de baan niet te vergelijken is met het niveau van de arbeidsvoorwaarden: '*Das 'Ob' des Arbeitsplatzes ist mit dem 'Wie' der Arbeitsbedingungen schlechthin nicht vergleichbar*'.¹⁹

Een groeiende minderheid is ervoor om de beoordeling van de gunstigheid meer subjectief te maken en in handen van de individuele werknemer te leggen. In twijfelgevallen zou de individuele werknemer moeten kunnen beslissen volgens zijn persoonlijke voorkeur, omdat het individu uiteindelijk de belangrijkste stem over zijn eigen lot moet hebben. Volgens het BAG is een persoonlijke en subjectieve afweging echter in alle gevallen uitgesloten.²⁰ Tot nu toe is op grond van de heersende mening in literatuur en rechtspraak voor de beoordeling van wat gunstiger is, een formule ontstaan die aanknoopt bij het antwoord op de vraag:

16. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 441.

17. B. Rister, in: E. Koot-van der Putte, *Expert-meeting 2004*, HSI Discussion Paper 2006/4.

18. E. Picker, *NZA*, Heft 14/2002, p. 766-767.

19. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 442.

20. BAG (20.4.1999), BAGe 9I, 210 = *NZA* 1999, 887 = *NfW* 1999, 3281 (3286) m.w. Nachw.

‘Wie ein verständiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles die Bestimmung des Arbeitsvertrages im Vergleich zu der des Kollektivvertrags einschätzen würde.’²¹

Dit is een redelijkheidstoets die abstraheert van de individuele situatie. Het gaat erom hoe een verstandige werknemer in een vergelijkbare situatie zou handelen. De discussie over een eventuele verandering van het *Günstigkeitsprinzip* is van cruciaal belang voor de mate van individuele contractsvrijheid die werkgever en werknemer toekomt om af te kunnen wijken van de tv. Voorlopig is die vrijheid beperkt, maar de discussie duurt voort. Meer over de discussie over de verruiming van het *Günstigkeitsprinzip* volgt in par. 5.4.

Bezugnahme

Niet-georganiseerde werkgevers en werknemers hebben – indien geen AVE van kracht is – volledige vrijheid om te contracteren al naar gelang hun wensen. Zij kunnen de inhoud van de tv van toepassing verklaren op de individuele arbeidsovereenkomst middels de ‘*Bezugnahme*’. Door de *Bezugnahme* onderwerpen de individuele werkgever en werknemer zich niet aan de *Tarifmacht*, maar nemen de regelingen uit de tv slechts op in hun individuele arbeidsovereenkomst. De *Bezugnahme* scheidt dus geen band tussen de individuele partijen en de tv-partijen en ontbeert hierdoor normatieve werking.²²

De *Bezugnahme* is te beschouwen als de Duitse variant van het incorporatiebeding. Zowel georganiseerde als niet-georganiseerde werkgevers kunnen door middel van een *Bezugnahme*klausel besluiten de cao toe te passen op de arbeidsrelatie. In het geval van de georganiseerde werkgever fungeert de *Bezugnahme*klausel als gelijke behandelingsafpraak en vervangt de *Bezugnahme*klausel het vakbondslidmaatschap van de werknemer. De verplichting tot gelijke behandeling voor gebonden werkgevers kan ook in de cao voorkomen. Ook de niet georganiseerde werkgevers kunnen een *Bezugnahme*klausel opnemen in de arbeidsovereenkomst. Hierdoor besparen zij tijd die zij anders met individueel onderhandelen verliezen. In veel gevallen van driekwart-dwingend recht heeft de Duitse wetgever het ook toegestaan om af te wijken door middel van een ‘*bezugnehmendes Arbeitsvertrag*’. Dit is een arbeidsovereenkomst waarin standaard de cao wordt gevolgd.

21. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 444.

22. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 293.

De verwijzing naar een tv kan op twee manieren plaatsvinden: statisch of dynamisch. Statisch wil zeggen dat verwezen wordt naar de versie van de tv zoals die gold op het tijdstip van de *Bezugnahme*. Dynamisch houdt in dat verwezen wordt naar de versie zoals hij op dát moment geldt, dat kan dus ook een veranderde versie zijn. In dat geval weerspiegelt de *Bezugnahme* dus wat er op dat moment van kracht is.²³ In een *Betriebsvereinbarung* met de *Betriebsrat* mag – in tegenstelling tot de *Bezugnahme* – niet dynamisch worden verwezen naar een tv. De reden hiervoor is te voorkomen dat niet-georganiseerden via de omweg van de *Betriebsvereinbarung* onder de werking van een tv worden gebracht. Dit wordt niet gelegitimeerd door een lidmaatschap van een vakorganisatie. Daarbij zou de *Betriebsrat* in strijd handelen met zijn neutrale positie ten aanzien van arbeidsvoorwaardenpolitiek. De *Betriebsrat* en de werkgever hebben op grond van de wet de gemeenschappelijke taak voor de individuele onderneming specifieke zaken te regelen die niet tot het terrein van sociale partners behoren.²⁴

Indien een al dan niet gebonden werkgever besluit middels *Bezugnahme* gebruik te maken van een tv, is hij tegenover de niet georganiseerde werknemer verplicht hem een exemplaar van de tv ter beschikking te stellen. Deze plicht vloeit voort uit het feit dat de niet georganiseerde werknemer er misschien bewust voor heeft gekozen om geen lid te worden van een vakbond. De onderwerping aan een tv berust dan niet op zijn vrije keuze.²⁵ Volgens de literatuur vloeit uit par. 8 TVG voort, dat de werkgever tegenover niet-georganiseerden verplicht is de tv waarnaar verwezen wordt ter kennis van de werknemer te brengen. par. 8 TVG bevat de plicht van de werkgever de tv die van kracht is binnen het bedrijf ter inzage te leggen op een daarvoor geschikte plaats in het bedrijf.²⁶

Sinds 1 januari 2002 gelden de bepalingen uit het *Bürgerliches Gesetzbuch* met betrekking tot algemene voorwaarden ook voor het Duitse arbeidsrecht. Indien gebruik wordt gemaakt van de *Bezugnahme*, dan is volgens de heersende leer voldaan aan de kenmerken van het verwijzen naar algemene voorwaarden (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) op grond van par. 305 BGB. Dit geldt onafhankelijk van de vraag of in een standaard arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar een tv of dat de *Bezugnahme* individueel is

23. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 420.

24. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 421.

25. Michael E. Reichel, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, p. 31.

26. Michael E. Reichel, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, p. 32.

overeengekomen. Als de arbeidsovereenkomst elementen bevat die gestandaardiseerd zijn, dus als er gebruik wordt gemaakt van standaard-arbeidsovereenkomsten, dan zijn die onderworpen aan een inhoudelijke controle. Deze *Inhaltskontrolle* is geregeld in de artikelen 307-309 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en omvat een opsomming van nietigheden. Eén van de belangrijkste vereisten om een tv waarnaar wordt verwezen geldig bestanddeel van de arbeidsovereenkomst te maken, is de toets of het mogelijk was voor partijen om kennis te nemen van de inhoud van het verwijzingsobject danwel er vanuit kan worden gegaan dat partijen over de kennis beschikten van de specifieke inhoud van de overeenkomst.²⁷

Deze inhoudelijke controle verschilt wezenlijk van de Nederlandse situatie waarin in standaard-arbeidsovereenkomsten regelmatig wordt verwezen naar ofwel cao's of bedrijfseigen regelingen. Op grond van par. 305 ff. BGB is er altijd sprake van een inhoudelijke controle indien de werkgever eenzijdig heeft aangeboden de tv toe te passen middels *Bezugahme*. Dit geldt onafhankelijk van het type arbeidsovereenkomst.²⁸ Deze inhoudelijke controle heeft tot gevolg leiden dat de rechtszekerheid van de individuele werknemer in de Duitse situatie meer beschermd wordt dan in de Nederlandse situatie.²⁹

5.2.2 *Allgemeinverbindlicherklärung*

AVE kan worden uitgesproken indien voldaan is aan vier voorwaarden. Ten eerste moet er een geldige tv bestaan. Deze tv mag niet afgelopen zijn en moet voldoen aan alle relevante vormvoorschriften. Ten tweede moeten de tv-gebonden werkgevers minstens 50% van de werknemers in dienst hebben die onder de werking van de tv vallen. De derde eis is dat de AVE geboden is uit oogpunt van publiek belang. Dit is ter beoordeling aan de *Bundesminister für Arbeit*. Van de laatstgenoemde twee voorwaarden (50%-quorum en het publieke belang), kan op grond van par. 5 lid 1 laatste volzin TVG worden afgeweken indien de AVE geboden lijkt te zijn om een sociale noodsituatie op te heffen (*wenn die AVE zur Erhebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheint*).³⁰ Ten vierde moet een meerderheid van de *Tarifausschuss* toestemmen met het besluit tot AVE. De *Tarifausschuss* is een bipartiet or-

27. H. Oetker, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträgen und AGB-Kontrolle*, (fs Wiedemann), München, C.H. Beck, 2002, p. 388-389.

28. Ulrich Preis, *Arbeitsvertragliche Verweisungen auf Tarifverträge* (fs Wiedemann), München: Verlag C.H. Beck 2002, p. 428.

29. A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, 'Incorporeren van een CAO door een ongebonden werkgever', *SR* 2006, 6/7, p. 227-232.

30. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 402.

gaan, dat is samengesteld uit afgevaardigden van de centrale werknemers- en werkgeversorganisaties. De *Tarifausschuss* heeft dus een veto-recht. Een vertegenwoordiger van het ministerie is de neutrale voorzitter, die echter geen stemrecht heeft.

De functie van de AVE is in sterke mate vergelijkbaar met de functie van de Nederlandse avv. Ook bij de AVE gaat het erom de werknemers en werkgevers die niet gebonden zijn aan de tv door lidmaatschap van een werknemers- of werkgeversvereniging toch te binden aan de tv. Dit om onderbieding te voorkomen. Om te beoordelen wat de verhouding is tussen de AVE en de individuele contractsvrijheid zal eerst worden ingegaan op de wetstechniek

Normatieve werking

In par. 5 *Tarifvertragsgesetz* krijgt de *Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung* de bevoegdheid een tv algemeen verbindend te verklaren. Door AVE wordt de normatieve werking van par. 4 I tvG uitgebreid naar de werknemers en werkgevers die nog niet gebonden waren door de tv op grond van lidmaatschap van één van de Tarifvertragsluitende partijen. De niet-georganiseerde werknemers en werkgevers worden ook verplicht tot het toepassen van de tv. Zij mogen slechts afwijken indien de afwijking voor de werknemer gunstig is.

Terugwerkende kracht van AVE is in principe niet toegestaan, zodat de AVE pas op het moment van de bekendmaking in werking treedt. Het begin van de looptijd van de AVE wordt door de minister met instemming van de *Tarifausschuss* vastgesteld. Indien het niet gaat om de vernieuwing of verandering van een reeds bestaande tv, ligt de inwerkingtreding in de regel niet voor de dag van de bekendmaking van het verzoek tot AVE.³¹ Geheel uitgesloten is terugwerkende kracht echter niet. Als al bij de bekendmaking van het verzoek om AVE op de mogelijke terugwerkende kracht gewezen, dan moet vanaf dat moment rekening worden gehouden met terugwerkende kracht. De AVE kan terugwerken tot dit moment van bekendmaking van het verzoek om AVE. De AVE is wat betreft de geldingsduur afhankelijk van de tv. Daarom kan de AVE nooit van kracht zijn voor het moment van inwerking treden van de tv. Indien de tv terugwerkende kracht heeft, dan heeft de AVE van die tv dat ook.³²

De duur van AVE is, in tegenstelling tot Nederland, niet op een vaste termijn bepaald. AVE volgt de geldigheidsduur van de tv en is daarvan

31. F. Gamillschegg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd I. 1997, p. 897.

32. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München, C.H. Beck 2000, p. 403.

'afhankelijk'. Op het moment dat de tv eindigt, eindigt ook de AVE van de tv (par. 5 lid 5 TVG). De tv kan echter ook nawerken. par. 4 lid 5 TVG stelt immers: '*Nach Ablauf des Tarifvertrages gelten seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden.*'. Indien de tv nawerkt, volgt de AVE de geldigheidsduur van de tv. Achterliggende reden is dat niet-georganiseerden op gelijke wijze worden behandeld als de georganiseerden. Op het moment dat er een andere afspraak tot stand komt (bijvoorbeeld een opvolgende tv), eindigt de nawerking van de oorspronkelijke tv en dus ook de AVE daarvan. De AVE zelf werkt niet na.³³

Contractsvrijheid

De AVE zorgt er net als de Nederlandse avv voor dat de werknemers en werkgevers die niet of anders zijn georganiseerd³⁴ tóch onder de werking van een tv komen. Dit beperkt de negatieve contractsvrijheid in sterke mate. In de woorden van Gamillscheg: '*Dass Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-Aussenseiter damit der Wirkung von Normen unterworfen werden, an der Entstehung sie keinen Anteil haben liegt in der Natur dieser Einrichtung.*' Het doel ervan is te voorkomen dat arbeidsplaatsen worden vervuld door niet georganiseerde werknemers tegen lage lonen, ten koste van de werkgelegenheid voor georganiseerde werknemers. Dit wordt ook wel onderbieding genoemd. De individuele contractsvrijheid die beperkt wordt, is volgens Gamillscheg in de praktijk de vrijheid van de werkgever om de arbeid lager te betalen. Hier wordt geraakt aan de moeilijke te bepalen waarde van de verrichte arbeid; in een onderneming waar het slecht gaat is de arbeid minder waard dan in een bloeiende onderneming. Dat verandert volgens Gamillscheg niets aan het feit dat het loon van de tv over het algemeen overeenkomt met de normale en objectieve waarde van de arbeid. De werkgever die poogt onder deze norm te betalen, wil de arbeid dus lager betalen dan de objectieve waarde.³⁵ Economen kunnen hier anders over denken.

De voorrangsregel *lex specialis derogat legi generali* houdt in dat een specifieke regeling voorgaat op een algemene regeling. Dientengevolge gaat een (specifieke) ondernemings-tv voor op de (algemene) bedrijfstak-tv. De voorrangsregel maakt dat de werkgever met een eigen ondernemings-tv zich niet hoeft te houden aan de bedrijfstak-tv. Het afsluiten van een eigen ondernemings-tv is voor de werkgever feitelijk de enige mogelijkheid om zijn contractsvrijheid terug te verkrijgen. Er bestaat geen andere weg, zoals bijvoorbeeld het aanvragen van dispensatie. In de Duitse tv's wor-

33. F. Gamillschegg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd I. 1997, p. 898.

34. F. Gamillschegg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd I. 1997, p. 899.

35. F. Gamillschegg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd I. 1997, p. 888.

den door sociale partners geen dispensatiebepalingen opgenomen zoals in Nederland het geval is. Daarbij is er ook geen procedure om te verzoeken om uitzondering van het AVE-besluit bij de *Bundesminister für Arbeit*. Door het ontbreken van dispensatiemogelijkheden wordt de individuele contractsvrijheid van de Duitse werkgevers sterker beperkt dan die van de Nederlandse werkgevers.

5.2.3 *Betriebsrat*

De *Betriebsvereinbarung* is een instrument dat mogelijkheden biedt om op het niveau van de onderneming beleid af te spreken met de *Betriebsrat*. Kan middels een *Betriebsvereinbarung* ook de individuele contractsvrijheid van werkgever en werknemer beperkt worden?

De *Betriebsrat* is vergelijkbaar met de Nederlandse or. In tegenstelling tot wat wel gedacht wordt, heeft de Duitse *Betriebsrat* géén bevoegdheden ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. Dit blijkt uit de zog. 'Tarifsperré' van par. 77 lid 3 BetrVG: '*Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind, oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt.*'. Deze laatste volzin wordt wel de 'wettelijke *Öffnungsklausel*' genoemd.³⁶

Met andere woorden: indien zaken in een tv zijn geregeld, of normaal gesproken in een tv worden geregeld, dan kunnen deze zaken niet onderwerp van een *Betriebsvereinbarung* zijn. Loon en vakantie zijn onderwerpen die standaard in de meeste tv's voorkomen. Dit betekent dus dat loon en vakantie in de meeste gevallen niet tot de competentie van de *Betriebsrat* behoren. De enige uitzondering hierop is de situatie dat de tv-partijen dit uitdrukkelijk toestaan in de tv. Op het moment dat een zogenaamde *Öffnungsklausel* wordt opgenomen in de tv, dan zijn de ondernemer en de *Betriebsrat* vrij om over dat onderwerp een *Betriebsvereinbarung* te sluiten. Vaak zijn de mogelijkheden strak omljnd, zodat er op het niveau van de onderneming niet veel speelruimte is.

Een duidelijk verschil tussen de Duitse *Betriebsvereinbarung* en de Nederlandse ondernemingsovereenkomst is dat de *Betriebsvereinbarung* normatieve werking heeft. Indien iets in een *Betriebsvereinbarung* is opgenomen, werkt dit door in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers op wie die *Betriebsvereinbarung* betrekking heeft. Dit in tegenstelling tot de Nederlandse ondernemingsovereenkomst die normatieve werking ontbeert. Zoals in hoofdstuk 4 werd besproken, is voor doorwerking vereist dat af-

36. R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000, p. 349.

spraken met de or óók nog eens met de individuele werknemers worden overeengekomen. Vaak zal dit gaan met behulp van een incorporatiebeding, vergezeld van een beding tot eenzijdige wijziging op grond van art. 7:613 BW.

Het feit dat de *Betriebsvereinbarung* normatieve werking heeft, betekent een beperking van de individuele contractsvrijheid van de individuele werknemers. Deze hebben geen negatieve contractsvrijheid om zich te onttrekken aan de zaken die door de *Betriebsrat* zijn overeengekomen. In dit opzicht is de contractsvrijheid van de Duitse werknemers beperkter dan die van Nederlandse werknemers. Daarentegen komt aan de *Betriebsrat* in vergelijking met de Nederlandse ondernemingsraad in geringe mate bevoegdheid toe op het terrein van primaire arbeidsvoorwaardenvorming.

5.2.4 *Slot*

Uit de voorgaande bespreking van de Duitse systematiek blijkt dat de normatieve werking van de Duitse tv gelijkenis vertoont met de normatieve werking van de Nederlandse cao. Afwijken van de tv is slechts mogelijk indien dit gebeurt in overeenstemming met het *Günstigkeitsprinzip*. Sociale partners nemen in de tv ook wel *Öffnungsklausel* op die het op het niveau van de onderneming mogelijk maken op onderdelen af te wijken van de tv. Duitse gebonden werkgevers passen de tv door middel van *Bezugnahme* ook toe op hun niet gebonden werknemers. Indien bij de *Bezugnahme* gebruik wordt gemaakt van standaardcontracten, worden deze inhoudelijk getoetst. Arbeidsrechtelijke standaardcontracten waarbij wordt verwezen naar een tv zijn op één lijn gesteld met algemene voorwaarden.

De normatieve werking van AVE komt overeen met die van de Nederlandse avv. Indien een meerderheid reeds gebonden wordt door een tv kan de werking van die tv worden uitgebreid naar de overige niet gebonden werknemers en werkgevers in de sector. AVE vindt slechts op kleine schaal plaats doordat werkgevers hun instemming aan de AVE onthouden. Ook is er niet snel sprake van een 'belangrijke meerderheid' van gebonden werkgevers, doordat werkgevers regelmatig een '*Ohne-Tarif-Mitgliedschaft*' aangaan. Dit type lidmaatschap leidt niet tot gebondenheid aan de tv; de contractsvrijheid blijft behouden. Een belangrijk verschil met Nederland is het ontbreken van een dispensatieprocedure in Duitsland. Als gevolg hiervan beperkt de Duitse AVE de individuele contractsvrijheid sterker dan de Nederlandse avv.

De *Betriebsrat* heeft verdergaande bevoegdheden dan de Nederlandse or, zo heeft de *Betriebsvereinbarung* normatieve werking. Hierdoor is de individuele contractsvrijheid van de Duitse werknemers sterker beperkt dan die van de Nederlandse werknemers. Hier staat tegenover dat aan de *Betriebsrat* slechts bevoegdheden toekomen met betrekking tot zaken die in het algemeen niet

in een tv worden geregeld. Met andere woorden: de *Betriebsrat* beweegt zich niet op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden, tenzij dit uitdrukkelijk is gedelegeerd door sociale partners middels een *Öffnungsklausel*. In Nederland komt de or slechts geen bevoegdheid toe met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden indien deze reeds daadwerkelijk in een cao zijn geregeld. De speelruimte van de Nederlandse or is daarmee ruimer dan die van de Duitse *Betriebsrat*.

5.3 Meer individuele vrijheid tot afwijken van Tarifvertrag?

Het *Tarifvertragsgesetz* laat afwijken van de tv door gebonden werkgevers en werknemers niet toe. Onder veel Duitse werkgevers bestaat echter de behoefte om arbeidsvoorwaarden te decentraliseren. Van decentralisatie verwacht men dat flexibeler kan worden gereageerd op ontwikkelingen die zich in de markt voordoen. Dit heeft als voordeel dat in tijden van economische teruggang op het niveau van de onderneming kan worden onderhandeld over een andere invulling van arbeidstijd en loon. De gesprekspartner is in deze gevallen de *Betriebsrat*. De *Betriebsrat* wordt geacht goed te weten wat er in de onderneming speelt en is de directe vertegenwoordiger van het personeel van de onderneming. De *Betriebsrat* heeft echter op grond van de huidige wetgeving geen bevoegdheden met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden.

Omdat de meeste arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen in een tv en niet in een *Betriebsvereinbarung*, is de behoefte ontstaan aan flexibeler omgang met tv's. In de ogen van veel werkgevers is de tv een star en ouderwets instrument, omdat slechts kan worden afgeweken ten gunste van de werknemer. Elke verandering ten ongunste van de werknemer is nietig. Dit maakt het voor werkgevers onmogelijk met de markt 'mee te ademen'. In deze paragraaf wordt bezien of de ruimte die ontstaat voor individuele vrijheid tot afwijken van een tv de afgelopen periode is toegenomen.

Een belangrijke ontwikkeling in dit kader is dat in de praktijk regelmatig afspraken worden gemaakt die strijdig zijn met de tv. Dit zijn de zog. *Bündnisse für Arbeit* (hierna: BfA). Deze BfA zijn afspraken tussen personeel en werkgever, waarbij een uitruil wordt overeengekomen. De werknemers leveren iets in dat door de tv wordt gegarandeerd, bijvoorbeeld loon of een eindejaarstoeslag. Hier tegenover stelt de werkgever een tegenprestatie. Dit kan zijn een garantie dat er gedurende een aantal jaren geen ontslagen zullen vallen, of dat de bedrijfsactiviteiten niet zullen worden verplaatst naar het buitenland. Ook wordt wel van de werknemers gevraagd om een stap terug te doen, om te voorkomen wordt dat het bedrijf in een faillissement geraakt.

De BfA zijn te onderscheiden in verschillende typen. Sommige typen zijn niet in strijd met het *Tarifrecht*, omdat deze BfA worden overeengekomen tussen een werkgever en de vakbond die partij is bij de oorspronkelijke tv. Zij sluiten dan een aanvullende tv (*Ergänzungstarifvertrag*), die het mogelijk maakt in neerwaartse richting af te wijken van de tv. Het feit dat een tv-partij betrokken is bij deze overeenkomst, maakt het tot een rechtsgeldige BfA. Het type BfA dat in ieder geval niet toelaatbaar wordt geacht, is het type waarbij wordt onderhandeld met een partij die niet betrokken was bij het sluiten van de tv. Dit kan de *Betriebsrat* zijn of de vertegenwoordiging van het personeel bij de overheid; de *Personalrat*. Dit type BfA is in strijd met het *Günstigkeitsprinzip*. Afwijken van de tv is slechts mogelijk met de actoren die ook partij waren bij de tv. Indien met andere actoren van de tv wordt afgeweken, ontstaan frictie met het principe van de *'negative Koalitionsfreiheit'*.

Er is in 2003 een wetsvoorstel gedaan door de CDU/CSU-fractie om het *Günstigkeitsprinzip* anders te interpreteren. Er zou volgens die voorstellen in de wet een uitbreiding van het begrip 'gunstigheid' moeten worden opgenomen. Zolang dit niet gerealiseerd is in wetgeving, wordt door deze politieke partij en haar aanhangers gepleit voor ruimere mogelijkheden als het gaat om het *'Sachgruppenvergleich'*. Dit betekent dat niet langer één op één moet worden beoordeeld wat als gunstig voor de werknemer kan worden gezien. Volgens de pleitbezorgers zouden ook de werkgelegenheidsoverwegingen moeten worden betrokken bij de gunstigheds-afweging, omdat het nog altijd gunstiger is een baan te hebben tegen slechtere arbeidsvoorwaarden, dan helemaal geen baan te hebben.³⁷ Ook de FDP deed een wetsvoorstel ter flexibilisering van het tv-recht door middel van verruiming van het *Günstigkeitsprinzip*. In een protocol pleitte de partij ervoor dat afwijken van de tv mogelijk moet worden gemaakt indien 75% van het personeel instemt met deze afwijking. Grondslag voor dit voorstel is de gedachte dat er meer ruimte moet zijn voor eigen keuzes van werknemers en minder ruimte voor keuzes door vakbondsbestuurders.³⁸

Dieterich (oud-president van het BAG) acht het voorstel om BfA te sluiten ook tegen de wil van de vakbonden in strijd met de Duitse grondwet. De tv zou dan immers alleen in tijden van voorspoed gelden en verworden tot *'Schönwetterinstrument'*. Op grond van *'pacta sunt servanda'* dienen eventuele afwijkingen van gesloten overeenkomsten ook te worden overeengekomen door de partijen bij die overeenkomst, in dit geval de werknemers- en

37. Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU, Gesetz zur Modernisierung des Arbeitsrechts, BAT Drucks. 15/18 juni 2003, p. 18.

38. Beschluss des Präsidiums der Fdp, Berlin, 19. August 2002, Liberale Vorschläge zur Beseitigung der Arbeitsmarktmisere, p.2.

werkgeversverenigingen. Tevens stelt Dieterich dat hij het illegitiem vindt, om in tijden van crisis te doen alsof het laten dalen van de lonen het enige middel is om arbeidsplaatsen te garanderen. Onduidelijk is immers of er niet op andere productiekosten kan worden bezuinigd. Ten aanzien van de positie van de *Betriebsrat* stelt Dieterich dat deze een andere taak en functie heeft dan de vakbond. De *Betriebsrat* is op grond van de wet verplicht tot ‘*vertrauensvolle Zusammenarbeit*’ met de werkgever. De *Betriebsrat* heeft dan ook geen stakingsrecht. Om die reden kan de *Betriebsrat* geen krachtige onderhandelingen voeren.³⁹

De besproken wetsvoorstellen hebben voornamelijk niet geresulteerd in wetgeving, maar hebben wel discussie in de literatuur doen ontstaan over de herijking van het *Günstigkeitsprinzip* die wordt besproken in par. 5.3.2. In de volgende paragraaf worden drie zaken uit de jurisprudentie behandeld waarin steeds de interpretatie van het *Günstigkeitsprinzip* centraal stond. Het blijkt dat het BAG verschillend oordeelt over de invulling van het *Günstigkeitsprinzip* afhankelijk van de situatie. In de hierna te bespreken zaken ging het om BfA wegens dreigende insolventie (Holzmann), wegens financieel- economische problemen (Burda) en dreigende overplaatsing van bedrijfsactiviteiten naar het buitenland (Viessmann). Na de bespreking van de jurisprudentie zal worden ingegaan op de discussie in de juridische literatuur.

5.3.1 *Jurisprudentie: Holzmann, Burda, Viessmann*

In de rechtspraak wordt het *Günstigkeitsprinzip* nog altijd strikt geïnterpreteerd. Dit blijkt uit de zaken Burda⁴⁰ en Viessmann⁴¹ en – minder sterk – uit de Holzmann-zaak.⁴²

Holzmann

In de Holzmann-zaak⁴³ was sprake van dreigende insolventie van de onderneming. De voormalige leiding van de onderneming had grote verliezen veroorzaakt van rond de 6 miljard DM. Om een doorstart mogelijk te maken, werd een saneringsbijdrage van het personeel gevraagd. Het personeel was er veel aan gelegen de 14.000 arbeidsplaatsen te redden. Hiervoor was wel 245 miljoen DM nodig, wat neerkwam op een ‘reddingspremie’ van zo’n

39. *Süddeutsche Zeitung* 13/14 september 2003.

40. BAG (20.4.1999), BAGE 91, 210 = *NZA* 1999, 887 = *NfW* 1999, 3281 (3286).

41. ArbG Marburg, Beschluss vom 07/08.1996 – I B.V. 6/96, *NZA* 1996, p. 1331 ff.

42. BGH, Entscheidung vom 18.1.2000, *NfW*-Informationen, H. 4/2000, S. XIV C.

43. BGH, Entscheidung vom 18.1.2000, *NfW*-Informationen, H. 4/2000, S. XIV C.

17.500 DM per werknemer. Deze premie moest door elk van de werknemers die niet werden ontslagen, worden bijgedragen. Aan de orde was de vraag hoe het *Günstigkeitsprinzip* moest worden toegepast. Moest bij de beoordeling van de gunstigheid ook de baangarantie worden meegewogen?

Het oordeel van het *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH) was positief, omdat een andere uitleg in strijd zou komen met enerzijds art. 12 I Grundgesetz (GG) dat de beroepsvrijheid waarborgt: *'Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.'* Dit grondrecht wordt ook aangeduid met *Privatautonomie*, met andere woorden: zelfbeschikkingsrecht. Anderzijds zou het niet meewegen van de baangarantie ook in strijd komen met art. 9 III GG dat de vrijheid van (vak)-vereniging waarborgt: *'Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet.'* Dit grondrecht wordt aangeduid met *Tarifautonomie*.⁴⁴

In een zo dringende situatie als insolventie moest volgens het BGH aan de individuele werknemer de vrijheid toekomen om zelf te kiezen voor een BfA. Dat hoort bij de vrijheid die art. 12 GG garandeert. Bij de beoordeling van de gunstigheid moet de baangarantie worden meegewogen. Deze grondrechten in samenhang garanderen volgens het BAG dat de *Tarifautonomie* geen doel op zich zelf wordt, maar tot doel heeft de individuele contractsvrijheid (*Privatautonomie*) te garanderen. De Holzmann-zaak maakte duidelijk dat in het geval van dreigende insolventie de baangarantie dus wel mag worden meegewogen in de gunstigheidsvergelijking. Dit leidt ertoe dat in deze situatie een BfA mogelijk is, ook al lijkt dit in strijd met de letterlijke tekst van de wet.⁴⁵ De interpretatie van het BGH van art. 2 en 12 GG komt overeen met de invulling die Freihube geeft aan het begrip individuele contractsvrijheid:

'Art. 2 Abs. 1 GG gibt dem einzelnen aufgrund seiner Menschenwürde das Recht, das zu tun und zu lassen, was er für richtig hält, solange er nicht die Rechte anderer oder die verfassungsmässige Ordnung verletzt. Der einzelne wird als mündige Bürger in dem Sinne eingestuft, dass ihm die Entscheidungsfreiheit für sein Verhalten in allen Lebensbereichen obliegt, also auch dem des Arbeitslebens. Aufgrund dieser Privatautonomie gestalten die Arbeitsvertragsparteien ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind und verfügen dazu ohne Staatliche Zwang über ihre grundrechtlich geschützte Position. Auch aus Art. 12 GG lässt sich (...) ableiten, dass der Mensch als ein

44. Voor de complete tekst van Duitse wetsartikelen: zie bijlagen.

45. L. Robert, 'Betriebliche Bündnisse für Arbeit versus Tarifautonomie', *NZA* 2004/12, p. 636.

selbständiges Individuum von der Verfassung betrachtet wird, das im Rahmen eigenständiger Selbstverantwortung für sein eigenes Wohlergehen zu sorgen hat.⁴⁶

Pfarr, jurist en directeur van de aan de vakbeweging gelieerde *Hans Böckler Stiftung*, merkt op dat op de baangarantie wel het nodige af te dingen valt. Net zo weinig als dat werknemers kunnen controleren of de onderneming werkelijk in een crisis verkeert, kunnen zij erop vertrouwen dat hun baan werkelijk gegarandeerd is. Bij de firma Holzmann stemde het personeel ermee in om gedurende 18 maanden 5 uur per week extra te werken, zonder extra vergoeding. In ruil hiervoor verzekerde Holzmann de werknemers dat er geen banen zouden verdwijnen. Uiteindelijk vroeg Holzmann na 2 jaar faillissement aan. Vervolgens werd de werkloosheidsuitkering gebaseerd op het gereduceerde loon.⁴⁷

Burda

Aanleiding tot de Burda-zaak was, anders dan in de Holzmann-zaak geen dreigende insolventie, maar teruglopende omzet als gevolg van laagconjunctuur. Een dergelijke ontwikkeling kan onafhankelijk van de onderneming optreden. Wat was de casus? De wekelijkse normale arbeidstijd was geregeld in de bedrijfstak-tv die gesloten was tussen de werkgeversvereniging in de drukkerij-sector en de IG Medien. De arbeidsduur per week bedroeg volgens de tv 35 uur per week. Wegens bedrijfseconomische redenen wilde Burda (een tijdschrift) dat de werknemers 39 uur per week gingen werken tegen een gelijkblijvend salaris. Als tegenprestatie zou Burda dan gedurende een bepaald tijdvak afzien van gedwongen ontslagen. Indien de werknemers niet zouden instemmen met dit voorstel zag Burda zich genoodzaakt uit kostenoverwegingen over te gaan tot het reduceren van het personeelsbestand. Bovendien zou dan misschien een deel van de productie naar het buitenland worden overgeplaatst.

Nadat 90% van de werknemers in het bedrijf had ingestemd met het voorstel, stelde de bedrijfsleiding, in overleg met de *Betriebsrat*, voor de arbeidsovereenkomsten van de werknemers aan te passen aan de afspraak. Onder de werknemers bevond zich ook een groot aantal dat lid was van de vakbond IG Medien. De IG Medien heeft gevorderd dat Burda zich zou onthouden van verhoging van de wekelijkse arbeidstijd, wegens het feit dat

46. D. Freihube, 'Die einzelvertragliche Umsetzung von Beschäftigungsbündnissen', *DB* 2000/20, p. 1024.

47. H. Pfarr, 'Gerade in der Krise brauchen Beschäftigte den Schutz des Tarifrechts', *FR* 26 november 2003.

het in strijd was met de geldende tv. De vraag was nu: kan de vakbond dit vorderen, ook al hadden de individuele werknemers ermee ingestemd? Met andere woorden: bestaat er individuele contractsvrijheid om af te wijken van de tv?

Volgens par. 4 lid 3 Tarifvertragesgesetz (TVG) kunnen gebonden partijen alleen door middel van een overeenkomst afwijken van de tv, indien dit voor de werknemer gunstiger is. Deze bepaling is te vergelijken met art. 12 van de Nederlandse Wet op de CAO. Bij de beoordeling van de vraag of iets gunstiger is of juist niet doen zich twee verschillende vragen voor. Ten eerste: welke regelingen in de tv en in de afwijkende overeenkomst kunnen met elkaar worden vergeleken? Ten tweede: welke maatstaven moeten bij een dergelijke vergelijking worden aangelegd? Is dat de maatstaf van een objectieve buitenstaander of die van de individuele werknemer die betrokken is bij de afwijkende overeenkomst?

Ten aanzien van het eerste punt oordeelde het BAG dat het onmogelijk is te vergelijken tussen enerzijds arbeidstijd en anderzijds langere arbeidstijd tegen hetzelfde loon, met een baangarantie. Deze vergelijking noemde het BAG een vergelijking tussen appels en peren. Ten aanzien van het tweede punt stelde het BAG dat er geen objectieve criteria zijn om te beoordelen wat gunstiger is; de regeling is ‘gunstigheids-neutraal’. Een stroming in de literatuur en in de politiek wil bij ‘gunstigheids-neutrale’ regelingen ruimte geven aan de subjectieve voorkeur van de individuele werknemer in kwestie. Hiermee zou de individuele overeenkomst voorrang krijgen boven de tv. Volgens de heersende leer, heeft in dergelijke gevallen de tv echter voorrang.

In tegenstelling tot dreigende insolventie is het voor werknemers moeilijk toetsbaar hoe ernstig die crisis is. Daardoor is het ook moeilijker om te beoordelen hoe ver de werknemers mee moeten gaan met voorstellen van de werkgever om bepaalde verworvenheden uit de tv op te geven. Het BAG stelde vast dat de werknemer in tijden van economische crisis de bescherming van de werkgever verdient. Deze omstandigheid rechtvaardigt een beperking van het door art. 12 GG gegarandeerde grondrecht van *Privatautonomie*. Dit is volgens het BAG noodzakelijk, omdat anders de mogelijkheid zou worden geschapen om bij elke economische crisis af te wijken van de tv. De normatieve werking van de tv zou dan afhankelijk worden van de conjunctuurbewegingen. Omdat werknemers in tijden van economische malaise eerder bereid zijn ‘in te leveren’ zou de tv een ‘*Schönwetterinstrument*’ worden.⁴⁸

48. BAG (20.4.1999), BAG E 91, 210 = NZA 1999, 887 = NJW 1999, 3281 (3286).

De redenering van het BAG doet denken aan de redenering van de Hoge Raad inzake *Quicken/Boonen*,⁴⁹ waarbij een pakketvergelijking ook niet werd toegestaan, ook al zou dit subjectief beoordeeld misschien wel gunstiger voor de individuele werknemer zijn. Het is niet de bedoeling dat er zaken uit de cao kunnen worden uitgeruild. Het gaat erom de cao als geheel te zien, waarbij het niet mogelijk is eclectisch te werk te gaan. Eventuele afwijkingen moeten één op één worden beoordeeld. Vergelijk voorts de zaak *Bonden/Smeads*⁵⁰, waarin geoordeeld werd dat niet ten nadele van een werknemer van een geldende (avv-)cao mag worden afgeweken. In casu hadden werknemers er vrijwillig mee ingestemd dat zij tegen gelijk loon langer moesten werken dan de cao bepaalde. Het aanvaarden van de mogelijkheid dat door een werknemer ‘vrijwillig’ afstand kan worden gedaan van de rechten uit de cao, zou volgens de rechtbank de bijl aan de wortel leggen ‘van het algemeen als waardevol beschouwde collectieve arbeidsrecht, althans aan de cao als instrument.’

Viessmann

Aanleiding voor de zaak Viessmann⁵¹ was de mededeling van de bedrijfsleiding dat het noodzakelijk was een nieuw product niet in Duitsland, maar in Tsjechië te produceren. De reden voor de verplaatsing van de bedrijfsactiviteiten naar Tsjechië was dat de loonkosten in Duitsland te hoog waren. In een zogeheten *Regelungsabrede* werd uiteindelijk tussen de bedrijfsleiding en de *Betriebsrat* overeengekomen dat de werkzaamheden niet verplaatst zouden worden naar Tsjechië en dat er geen ontslagen zouden vallen. In ruil hiervoor stemde de *Betriebsrat* in met een verhoging van de wekelijkse arbeidstijd naar 38 uur, zonder extra beloning. Omdat een *Regelungsabrede* geen normatieve werking kent, zoals de *Betriebsvereinbarung*, moest de afspraak individueel worden omgezet in de arbeidsovereenkomsten. Dit is gebeurd. De IG Metall (vakbond in metaal-sector) protesteerde echter tegen de afwijking van de tv ten nadele van de werknemer.

Ter discussie stond de vraag of ook in een situatie van crisis de individuele vrijheid die door art. 12 GG wordt gegarandeerd, beperkt mag worden. Met andere woorden: komt aan de werknemer niet de vrijheid toe zelf te kiezen voor een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden als die verslechtering voorkomt dat hij zijn baan verliest? Volgens het *Arbeitsgericht* is beperking van die individuele vrijheid noodzakelijk, omdat de werkgever anders gebruik zou kunnen maken van zijn machtspositie en de sociale

49. HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43.

50. V.zr. Rb. Groningen 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198.

51. ArbG Marburg, Beschluss vom 07/08.1996 – 1 B.V. 6/96.

afhankelijkheid van de werknemers zou kunnen bereiken. Het sluiten van een bedrijf en het verplaatsen van de onderneming zijn zaken die alleen ter beoordeling van de werkgever staan. Door deze beoordelingsvrijheid verkrijgt de werkgever sociaal overwicht. Indien de baangarantie ('*Kündigungseinschränkung*') meegewogen zou worden in de gunstighedsvergelijking, dan zou het beschermingsdoel van de *Tarifautonomie* niet meer worden bereikt.⁵² Tevens kende het *Arbeitsgericht* ook nog gewicht toe aan het feit dat de onderneming ten tijde van het ondertekenen van de BfA helemaal geen plannen had om werknemers te ontslaan. Er was kort daarvoor een groot-scheepse reorganisatie geweest waarbij 450 banen waren geschrapt. Een nieuwe ontslagronde was niet gepland. Deze toezegging door de werkgever was daarom geen daadwerkelijke tegenprestatie.⁵³

De baangarantie kan dus volgens de huidige jurisprudentie alleen worden meegewogen in de gunstighedsvergelijking, indien sprake is van dreigende insolventie. Alleen dan gaat *Privatautonomie* (art. 12 GG) vóór op *Tarifautonomie* (art. 9 GG). In alle andere gevallen verdient de werknemer ofwel bescherming tegen de algemene economische teruggang, of is de beoordelingsruimte van de werkgever zo groot dat de werknemer hieraan is overgeleverd. Bij insolventie daarentegen is toetsbaar of er daadwerkelijk sprake is van een dreiging. Daarbij zullen de meeste bedrijven wel oppassen om dit middel ten onrechte in de strijd te gooien, omdat zij hun reputatie niet op het spel willen zetten. Meestal doet een ophanden zijnd faillissement het vertrouwen van de aandeelhouders en banken in de onderneming niet groeien.⁵⁴

5.3.2 *Discussie in de literatuur*

Alle voorstellen tot herdefiniëren van het *Günstigkeitsprinzip* komen op het volgende neer: als gunstiger worden niet alleen beschouwd betere arbeidsvoorwaarden, maar gunstiger is het ook een baan te hebben tegen slechtere arbeidsvoorwaarden dan helemaal geen baan te hebben. Hoewel er misschien een kern van waarheid in mag zitten zou een dergelijke uitleg van het *Günstigkeitsprinzip* volgens de arbeidsjurist Hromadka aan de tv zijn dwingende werking ontnemen. Weliswaar zouden dispositive tv-normen

52. L. Robert, 'Betriebliche Bündnisse für Arbeit versus Tarifautonomie', *NZA* 2004/12, p. 638.

53. W. Trittin, 'Amtsenthebung von Betriebsratsmitgliedern wegen grober Pflichtverletzung – Fall Viesmann', *NZA* 1996/24, p. 1336.

54. O.F. Wendt, *Der Günstigkeitsvergleich im Verhältnis zwischen Einzelarbeitsvertrag und Tarifvertrag* (diss. Köln), 2000, p. 236.

niet zonder betekenis zijn, ze zouden echter niet hun volledige beschermende werking kunnen uitoefenen.⁵⁵

Dieterich heeft in een preadvies voor de DGB trachten aan te tonen dat het in strijd is met de grondwet indien in het *Tarifvertragsgesetz* een *Öffnungsklausel* zou worden opgenomen ten gunste van BfA op ondernemingsniveau. Dit zou een breuk met de *Tarifautonomie* betekenen. Aan een dergelijke verandering zou een verandering van de beginselen van het arbeidsrecht ten grondslag moeten liggen. De wetgever zou duidelijk moeten maken welke tekortkomingen in functioneren en coördinatiemogelijkheden van de huidige regelingen aanleiding geven tot een wetsherziening.⁵⁶

Het betrekken van werkgelegenheidsargumenten in de afweging komt volgens Pfarr neer op een eenzijdig dictaat van de werkgever. Het is niet duidelijk wat als werkgelegenheidsvooruitzicht kan worden gezien. Over de productie en de plaats waar de arbeid verricht wordt, beslist de ondernemer. De ondernemer kan een economisch goede situatie veel minder rooskleurig doen voorkomen. Ook kan de ondernemer productieve arbeidsplaatsen laten verdwijnen. De werknemer bevindt zich daarentegen in een benarde positie. Zodra werknemers worden geconfronteerd met de sluiting van het bedrijf of met ontslag, zijn zij chantabel. Zij reageren volgens Pfarr als iemand die met de pistool op de borst om ‘je geld of je leven’ wordt gevraagd. Juist in een dergelijke situatie heeft de werknemer volgens Pfarr het *Tarifrecht* hard nodig. Het *Tarifrecht* maakt het onmogelijk af te wijken, óók als werknemers daarin toestemmen. Zonder deze dwingende werking van het *Tarifrecht* zouden werknemers zijn overgeleverd aan ‘*beliebig manipulierter Lohndrückerei*’.⁵⁷

Bispinck stelt dat men in Duitsland beschikt over een goed collectief apparaat, dat echter niet optimaal wordt bediend.⁵⁸ Daarbij geeft het huidige collectieve arbeidsrecht genoeg mogelijkheden tot decentralisering. Voorwaarde is echter dat sociale partners erbij betrokken zijn om de door art. 9 GG gewaarborgde *Tarifautonomie* te garanderen. Hier doet zich een verschil voor tussen Nederland en Duitsland. Doordat in Nederland sociale partners bereid zijn samen te werken aan decentralisatiemogelijkheden in de cao moderniseren zij het instrument. Hiervoor hoeft de wetgeving niet te worden aangepast. De wetgeving beperkt – zo is in voorgaande hoofdstukken gebleken – de individuele contractsvrijheid in sterke mate. Door

55. W. Hromadka, ‘Gesetzliche Tariföffnungsklauseln-Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?’, *NfW* 2003/18, p. 1274.

56. T. Dieterich, ‘Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz’, *RdA* 2002, 1.

57. H. Pfarr, ‘Gerade in der Krise brauchen Beschäftigte den Schutz des Tarifrechts’, *FR* 26.11.2003

58. R. Bispinck, in: E. Koot-van der Putte, *Expert-meeting* 2004, HSI Discussion Paper 2006/4.

een goede samenwerking tussen sociale partners kan het cao-instrument worden aangepast aan de eisen van een maatschappij die onderhevig is aan trends als decentralisering. In Duitsland biedt de wet ook ruimte aan sociale partners om de tv anders vorm te geven. Het is aan sociale partners om deze mogelijkheid te benutten.

Een tegengestelde visie wordt door Ehmann en Lambrich vertegenwoordigd. Zij stellen dat op basis van de jurisprudentie blijkt dat een andere interpretatie van het *Günstigkeitsprinzip* niet in strijd is met de grondwet, maar zelfs geboden is in het licht van de grondwet. Strijd met de door art 9 GG gewaarborgde *Tarifautonomie* door een andere interpretatie van het *Günstigkeitsprinzip*, zien zij als een overdrijving van de *Tarifautonomie*. Ehmann en Lambrich benadrukken hierbij dat art. 9 GG ook niet onbeperkt geldt, maar ook beperking vindt in de rechten van derden die door grondrechten zijn beschermd. Zij stellen daartoe tevens dat het *Bundesverfassungsgericht* het bestrijden van werkloosheid ziet als algemeen belang dat bij een afweging voorrang verdient boven het monopolie van sociale partners met betrekking tot arbeidsvoorwaardenvorming. Zij vinden dat aan sociale partners niet een recht toekomt om alleen te beslissen over de arbeidsvoorwaardenvorming en stellen dan ook dat:

‘Betriebliche ‘Bündnissen für Arbeit’ wegen Vorrangs des Tarifvertrags die Wirksamkeit abzusprechen, ist (...) nicht nur mit dem Sozialstaatsprinzip gem. art. 20 I GG unvereinbar, sondern stellt auch einen unverhältnismässigen Eingriff in die individuelle Vertragsfreiheit gem. art. 2 I, 12 I GG dar (...) gleichgültig sei, ob von den Tarifverträgen individualrechtlich abgewichen werde oder durch Betriebsvereinbarung.’⁵⁹

Duidelijk is dat door Dieterich enerzijds en door Ehmann en Lambrich anderzijds twee compleet tegengestelde standpunten worden ingenomen. Dit zijn de uiterste stellingen in de discussie.

De heersende mening in de literatuur wordt door Hromadka als volgt weergegeven. Hij stelt dat in de literatuur de opvatting over het *Günstigkeitsprinzip* als ‘beter een baan die onder tv wordt betaald, dan helemaal geen baan’ omstreden is. Hromadka stelt voorts dat het bij de toelaatbaarheid van de BfA gaat om een botsing van twee grondrechten: de *Tarifautonomie* en de *Privatautonomie*. Deze rechten zijn beiden beschermd in de grondwet, resp. in art. 9 III GG en art. 12 GG. Terwijl de *Privatautonomie* de individuele contractsvrijheid beschermt, beschermt de *Tarifautonomie* grammaticaal

59. H. Ehmann & Th. Lambrich, ‘Vorrang der Betriebs- vor der Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips?’, *NZA* 1996, 346 ff..

alleen de vrijheid om werknemers- en werkgeversverenigingen op te richten. Deze verenigingsvrijheid zou echter niet zinvol zijn als zij niet ook tegelijkertijd een bescherming van de verenigingen zelf en hun activiteiten zou inhouden. Om die reden strekt de bescherming zich ook uit over werkzaamheden als het afsluiten van tv's. En tv's kunnen op hun beurt alleen beschermend werken indien zij dwingend zijn. Een uitzondering op het dwingende karakter van de *Tarifautonomie* kan alleen worden aangenomen indien de tv-partners zelf afwijkingen toelaten door het opnemen van één of meerdere *Öffnungsklausel*, of wanneer de werknemer een voor hem gunstiger regeling weet te verkrijgen. De gunstigheid van die regeling moet door een objectieve vergelijking van voorwaarden worden aangetoond. Een subjectieve beoordeling komt niet in aanmerking, ook niet indien het gaat om dreigend verlies van een arbeidsplaats. Dit is van belang, omdat de kracht van de tv af zou nemen, juist in de situatie waar zijn beschermende werking het hardst nodig is. De grondslag en legitimatie voor de beperking van de *Privatautonomie* schuilt in het vakbondslidmaatschap van de werknemer. Als de werknemer het niet eens is met het vakbondsbeleid, staat het hem vrij zijn lidmaatschap op te zeggen. Hij is dan weliswaar nog enige tijd gebonden door nawerking, maar dat is altijd zo wanneer men een verplichting aangaat. Voor het nodige evenwicht met de door art. 12 GG gegarandeerde *Privatautonomie* zorgt het *Günstigkeitsprinzip*. Voorts kunnen de tv-bepalingen worden getoetst aan recht van een hogere orde, zoals wetten in formele zin.⁶⁰

Bovenstaande redenering is op zich juist, maar herbergt volgens Hromadka het risico in zich dat zij in tijden van zware crisis niet voldoet. De werknemer wordt dan gedwongen tot wat hij eigenlijk niet wil, namelijk zijn lidmaatschap opzeggen. Is hier geen sprake van een 'constructiefout'? Dit probleem kan naar zijn opvatting op twee manieren worden opgelost. De klassieke manier is de botsing tussen art. 9 III GG en art. 12 I GG door '*praktische Konkordanz*' op te lossen. Dit houdt in dat bij botsing van grondrechten wordt gezocht naar een compromis na een afweging van alle belangen. Hromadka geeft er de voorkeur aan de *Koalitionsfreiheit* te begrijpen als een hulp-grondrecht om de *Privatautonomie* daadwerkelijk te kunnen verwezenlijken.⁶¹

Dat de *Tarifautonomie* moet worden gezien als hulpmiddel ter realisering van de *Privatautonomie*, wordt ook gesteld door verschillende andere auteurs,

60. W. Hromadka, 'Gesetzliche Tariföffnungsklauseln-Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?', *NJW* 2003/18, p. 1275.

61. W. Hromadka, 'Gesetzliche Tariföffnungsklauseln-Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?', *NJW* 2003/18, p. 1275.

zoals Ehmann en Lambrich, Picker en Zachert.⁶² In het Duitse recht is niet makkelijk vast te stellen welk grondrecht voorgaat en welk van de twee het andere zou moeten ondersteunen. Uit de grondwet zelf is dit niet op te maken; er bestaat geen rangorde. Wel is het zo dat de *Privatautonomie*, net als in het Nederlandse verbintenissenrecht, het uitgangspunt vormt van het stelsel. Om die reden zou men alle andere rechten als nevenrechten kunnen kwalificeren; als rechten die de uitoefening van de *Privatautonomie* ondersteunen.

Mijns inziens is dit zeer wel verdedigbaar. In een dergelijke redenering worden de verworvenheden van sociale partners nooit een doel op zich, maar dienen uiteindelijk altijd het individu. Deze redenering lost niet de vraag op hoe men hieraan in de praktijk uitwerking geeft. Onduidelijk blijft of een andere invulling van het *Günstigkeitsprinzip* nu juist de *Privatautonomie* ondersteunt of niet. Mijns inziens maakt een strikte invulling van het *Günstigkeitsprinzip* het voor de werknemer mogelijk om daadwerkelijk te kiezen. Het feit dat een baangarantie niet in de afweging mag worden betrokken lijkt mij juist, omdat er een dergelijke afweging een alles-of-niets-benadering betekent. Er is eigenlijk geen keuze bij een dergelijk benadering.

5-3-3 *Slot*

Is er nu daadwerkelijk meer ruimte dan voorheen voor het afwijken van de tv? Wetsvoorstellen die beogen meer ruimte te scheppen voor individuele contractsvrijheid hebben niet in wetgeving geresulteerd. Het wettelijk systeem is net als het Nederlandse, onveranderd strikt. De huidige interpretatie van het *Günstigkeitsprinzip* laat niet toe dat er door andere partijen dan sociale partners wordt afgeweken van de tv, tenzij dit uitdrukkelijk is gedelegeerd. Daarbij mag niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Een uitzondering hierop is de situatie van dreigende insolventie. In dit geval mag ook een baangarantie in de gunstige-vergelijking worden betrokken. Er is dan dus een ‘pakketvergelijking’ mogelijk in plaats van de strikte ‘één-op-één-vergelijking’. Het feit dat vakbonden betrokken zijn bij het sluiten van *Ergänzungstarifverträge* indien de onderneming in financiële problemen verkeert, vormt een verschil met Nederland, waar dit slechts op kleine schaal voorkomt.

De praktijk toont een minder strikt beeld dan de wetgeving. Er worden in toenemende mate overeenkomsten gesloten met *Betriebsräte*, zogeheten *Bündnisse für Arbeit*. Deze BfA worden gesloten buiten de tv-partijen om en houden vaak een afwijking in van de tv ten nadele van de werknemers.

62. H. Ehmann & T. Lambrich, Anm. Zu BAG, AP Nr. 14 zu par. 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, E. Picker, NZA 2002, 761 (766 ff.); U. Zachert, AuR 2002, 41 (48).

Deze BfA zijn in strijd met de wet, maar het aantal neemt hand over hand toe. Dit staat in contrast met Nederland. Uit onderzoek van TNO van 2004 blijkt dat een kleine meerderheid (55%) van de Nederlandse werkgevers wel van de cao afwijkt. Uit dit onderzoek blijkt dat dit voornamelijk afwijkingen ten gunste van de werknemers betreffen. Zo worden ten gunste van de werknemers afspraken gemaakt over flexibele begin- en eindtijden (31%), beloning (23%) en verlof (22%). Ten nadele van de werknemer worden afspraken gemaakt ten aanzien van overwerk (10%), flexibele begin- en eindtijden (7%) en beloning en verlof (4%).⁶³

Wegens de toenemende praktijk van het niet-naleven van de tv wordt in de juridische literatuur gediscussieerd over de vraag of en hoe de wet kan worden aangepast aan de praktijk. Wat opvalt bij de juridische discussie over het *Günstigkeitsprinzip*, is dat deze wordt gevoerd langs de lijn van de botsing van grondrechten. De discussie is hierdoor meer fundamenteel van aard dan de discussie in Nederland. Ter discussie staat welke van de twee grondrechten vóór dient te gaan; *Privatautonomie* of *Tarifaautonomie*. Door voorstanders van een verruiming van de interpretatie van het *Günstigkeitsprinzip* wordt betoogd dat *Tarifaautonomie* alleen kan dienen als hulpgrondrecht ter verwezenlijking van de *Privatautonomie*. De *Tarifaautonomie* kan in die visie nooit een doel op zich zijn. Door tegenstanders wordt gesteld dat de *Privatautonomie* alleen kan worden gerealiseerd als het *Günstigkeitsprinzip* strikt blijft worden toegepast en indien slechts vakbonden zijn betrokken bij de afweging van wat als gunstiger voor de werknemer geldt.

Tot slot kan worden vermeld dat in de Duitse tv voor de metaal en elektro-industrie (2006-2007), die voor 3,4 miljoen werknemers geldt, vernieuwende afspraken tot stand zijn gekomen. Voor het eerst krijgen ondernemingen de mogelijkheid, afhankelijk van hun individuele omstandigheden, af te wijken van de centraal vastgelegde loonsverhoging. Er is een eenmalige uitkering van € 310,= afgesproken die tot nul mag worden gereduceerd, indien nodig, maar ook mag worden verhoogd tot maximaal het dubbele. Hiertegenover staat dat de werkgevers 3% loonsverhoging betalen. De afspraken maken het mogelijk om op flexibele wijze om te gaan met de arbeidsvoorwaarden. Wellicht dat deze tv een eerste stap betekent in de richting van verdere flexibilisering van de Duitse arbeidsvoorwaardenvorming.⁶⁴

63. L.J. Hartenveld, 'Wat werkgevers van de cao vinden', *Zeggenschap* 2006/3, p. 11.

64. Duitse metaal-cao biedt meer flexibiliteit, maar tegen een hoge prijs, *Het Financieele Dagblad*, 25 april 2006.

5.4 **Minder betekenis van Allgemeinverbindlicherklärung?**

Net als in Nederland bestaat in Duitsland de mogelijkheid de werking van een TV uit te breiden naar de personen die niet gebonden zijn door een TV. AVE staat in Duitsland ter discussie. In deze paragraaf komt de vraag aan de orde of er minder betekenis toekomt aan de AVE dan voorheen.

De AVE is als instrument in het leven geroepen om de zogenaamde ‘*Schmutzkonkurrenz*’ tegen te gaan. Het doel om werkgever en werknemer hiertegen te beschermen was al opgenomen in de *Tarifordnung* van 23 december 1918. In de Weimar-republiek was de AVE reeds van groot belang. Aan het eind van de jaren twintig waren op meer dan 50% van de arbeidsovereenkomsten AVE-TV’s van toepassing.⁶⁵ Een gevolg van AVE is de beperking van mededinging tussen georganiseerden en niet-georganiseerden. Dit is vergelijkbaar met de werking van avv in Nederland.

Er is weinig rechtspraak met betrekking tot AVE. In een belangrijke *Grundsatzentscheidung* van 1977 heeft het *Bundesverfassungsgericht* het doel van de AVE als volgt omschreven:

‘Die fehlende Tarifbindung eines Partners oder beider Partner von Arbeitsverhältnissen, die in den räumlichen, persönlichen, fachlichen und betrieblichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags fallen, könnten insbesondere in Zeiten nachlassender Konjunktur und gefährdeter Volksbeschäftigung schwerwiegende Nachteile für die Tarifgebundenen und Gefahren für die Verwirklichung des Tarifvertrages zu Folge haben. Nichtorganisierte Arbeitnehmer könnten Gewerkschaftsmitglieder beim Wettbewerb um knapp gewordenen Arbeitsplätze dadurch verdrängen, dass sie auf untertarifliche Arbeitsbedingungen eingehen. Arbeitgeber könnten sich durch bevorzugte Einstellung von Aussenseitern zu untertariflichen Löhnen Konkurrenzvorteile verschaffen. Diesen als ‘Lohndrückerei’ und ‘Schmutzkonkurrenz’ bezeichneten Missständen wirke die AVE des Tarifvertrags entgegen.’⁶⁶

5.4.1 *Kritiek*

Vooral de Duitse werkgevers hebben kritiek op de AVE. Dit is een belangrijke oorzaak van het geringe aantal TV’s dat nog voor AVE wordt voorgedragen. Slechts 2,5 % van de reguliere bedrijfstak-TV’s is algemeen verbindend

65. U. Zachert, ‘Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?’, *NZA* 2003/3, p. 132.

66. BverfG (24.5.1977), BverfGE 44, 322 (323f.) = *NJW* 1977, 2255.

verklaard.⁶⁷ De werkgevers die zijn verenigd in de BDA (*Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände*), hebben er bij hun vertegenwoordiger bij de *Tarifausschuss* van het *Bundesministerium* op aangedrongen restrictiever om te gaan met AVE. Hierdoor komt het regelmatig voor dat AVE niet wordt uitgesproken omdat instemming van werkgeverszijde ontbreekt; de werkgevers spreken daarmee eigenlijk een veto uit.⁶⁸ Ook wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van zogeheten *OT-Mitgliedschaften* bij de werkgeversverenigingen, waarbij ‘OT’ staat voor ‘*Ohne Tarifvertrag*’. Bij een *OT-Mitgliedschaft* kunnen werkgevers wél gebruikmaken van de diensten die de werkgeversvereniging aanbiedt, zoals de informatievoorziening en de lobby die wordt gevoerd. De aangesloten werkgever wordt echter niet gebonden door de TV die wordt afgesloten. Als een werkgeversvereniging AVE aanvraagt, terwijl de leden niet gebonden willen worden door een TV, dan is dat natuurlijk problematisch. Om die reden wordt steeds minder AVE aangevraagd, en als het wordt aangevraagd wordt het quorum van 50% met grote regelmaat niet gehaald.

Van werknemerszijde wordt met het oog op het teruglopende aantal AVE'en wel voorgesteld om de procedure te versoepelen. Een mogelijkheid hiertoe zou zijn om de toestemming van de *Tarifausschuss* (en daarmee het de facto veto-recht van de werkgevers) af te schaffen. Ook wordt voorgesteld duidelijker te omschrijven wat moet worden verstaan onder het begrip ‘openbaar belang’.⁶⁹

5.4.2 *Voorstellen voor verandering*

Er zijn verschillende voorstellen gedaan tot verandering van de AVE. Deze voorstellen lopen uiteen van complete afschaffing van AVE tot juist een versoepeling van de procedure. Zo is door de liberale FDP in het parlement een wetsvoorstel gedaan om de AVE geheel af te schaffen. Afschaffing van de AVE was ook de aanbeveling van het 10. *Hauptgutachten der Monopolkommission* 1992/1993. Ook door anderen uit de economisch-politieke hoek is gepleit voor afschaffing van de AVE. In een advies van de *Wissenschaftlichen Beirats van het Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit* gesteld dat de AVE niet meer nodig is. Ten eerste omdat de AVE voor een relatief kleine groep van kracht is. Ten tweede zouden bepaalde gevolgen van AVE ook per wet kunnen worden geregeld. Ten derde zou de overheid niet moeten meewerken aan

67. J. Kirsch & R. Bispick, *Allgemeinverbindliche Tarifverträge*, Düsseldorf: Hans Böcklerstiftung 2002, p. 4.

68. U. Zachert, ‘Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?’, *NZA* 2003/3, p. 133.

69. U. Zachert, ‘Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?’, *NZA* 2003/3, p. 134.

het in stand houden van kartels.⁷⁰ Zachert⁷¹ heeft, naast Gamillschegg,⁷² het voorstel gedaan om de procedure van AVE te versoepelen. Het zou voldoende moeten zijn dat de TV-partijen een verzoek doen tot AVE (zoals in Nederland het geval is). De thans vereiste goedkeuring van de *Tarifausschuss* zou daarmee komen te vervallen. Ook is voorgesteld het instrument exclusief te gebruiken voor TV's die dienen voor het in stand houden van gemeenschappelijke inrichtingen, zoals pensioen en andere collectieve voorzieningen. TV die betrekking hebben op loon zouden dan niet voor AVE in aanmerking dienen te komen.⁷³

De *Arbeitsgruppe für Tarifrecht*,⁷⁴ samengesteld uit een aantal vooraanstaande arbeidsjuristen, heeft zich gebogen over de verschillende voorstellen en is tot de conclusie gekomen dat het voortbestaan van het instrument van AVE absoluut noodzakelijk is voor het waarborgen van goede arbeidsvoorwaarden in de zin van art. 31 ESH. Indien tot afschaffing van AVE zou worden overgegaan zou dit betekenen dat moet worden teruggegrepen op het de wet over minimumloon uit 1952; het *Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen*. Deze wet bestaat weliswaar, maar wordt in de praktijk nooit gebruikt. De *Arbeitsgruppe* wijst erop dat in de meeste omringende Europese landen wel een soort AVE-procedure bestaat aanvullend op een wettelijk geregeld minimumloon. AVE is een noodzakelijke aanvulling als het gaat om sociale voorzieningen.

Met betrekking tot de versoepeling van de voorgestelde procedure komt de *Arbeitsgruppe* tot de volgende conclusie. De *Arbeitsgruppe* heeft overwogen om de aanvraag van twee TV-partijen als voldoende te zien voor AVE. Dit zou zijn, omdat in het verleden aanvragen gestrand waren doordat één van vertegenwoordigers zijn instemming onthield. Toch vindt de *Arbeitsgruppe* het onverstandig om de tripartiete *Tarifausschuss* af te schaffen, omdat het 'openbaar belang' beter gediend is met een derde partij die onafhankelijk is van de betreffende bedrijfstak. Een beperking of nadere precisering van het criterium 'openbaar belang' is niet noodzakelijk, omdat de invulling van dit begrip sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het is

70. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, *Tarifautonomie auf dem Prüfstand*, 10 oktober 2003, p. 39-41.

71. U. Zachert, 'Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?', *NZA* 2003/3, p. 139.

72. Gamillschegg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd I, 1997, p. 895.

73. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2003/2004, BT-Drucks. 15/2000, s. 380, Ziffer 674. Arbeitsgruppe Tarifvertragsrecht, Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifvertragsrechts, *RdA* 2004/2, p. 74 verwijst ook nog naar: Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, Rn. 603.

74. Samengesteld uit Thomas Dieterich, Peter Hanau, Martin Hensler, Hartmut Oetker, Rolf Wank en Herbert Wiedemann

niet aan te raden om de beleidsvrijheid van de minister reeds van te voren in te perken.⁷⁵

5.4.3 Slot

De wettelijke regeling van de AVE is strikt en ontmoet bij werkgevers steeds meer verzet. Het instrument beperkt de contractsvrijheid in sterke mate, mede door het ontbreken van dispensatiemogelijkheden zoals in Nederland. Sociale partners nemen in de TV zelf geen dispensatiebepalingen op. Ook staat er geen procedure bij de Minister open die het mogelijk maakt uitgezonderd te worden van AVE.

Is er nu sprake van verminderde betekenis van de AVE in Duitsland? Het antwoord is bevestigend. Er is minder dekking van de AVE door de teruglopende organisatiegraad van werkgevers. Werkgeversverenigingen bieden in toenemende mate *OT-Mitgliedschaften* aan. Hierdoor wordt ook minder vaak AVE aangevraagd, met als resultaat: witte vlekken in het ‘*Tariflandschaft*’. Door het teruglopende aantal verzoeken om AVE is het aantal personen dat direct door AVE wordt gebonden, gering, zeker in verhouding tot Nederland. Ook regelen de meeste AVE-TV – in tegenstelling tot de Nederlandse avv – niets ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden, maar hebben zij meestal slechts betrekking op sociale voorzieningen.

De wettelijke regeling van AVE beperkt de contractsvrijheid in sterke mate door het ontbreken van dispensatiemogelijkheden zowel bij de Minister als bij sociale partners. In de praktijk is de beperkende werking van AVE niet groot. De ruimte die overblijft voor individuele contractsvrijheid van Duitse werkgevers en werknemers is groot. Dit is een gevolg van de het teruglopend aantal verzoeken om AVE. In de praktijk is derhalve sprake van een verminderde betekenis van AVE.

5.5 Meer ruimte voor Betriebsräte?

Een punt van strijd blijft in Duitsland in hoeverre er *Öffnungsklausel* moeten worden opgenomen in de TV. De vakbonden houden het liefst zo veel mogelijk de regie over de arbeidsvoorwaardenvorming, terwijl de werkgevers ervoor pleiten om maximale mogelijkheden in de TV op te nemen om zaken op het niveau van de onderneming te regelen. Het is ook mogelijk dat de vakbond meedoet met de onderhandelingen op het niveau van de onderneming. Zij kan de *Betriebsrat* ter zijde staan. Of dit gebeurt en hoeveel

75. Arbeitsgruppe Tarifvertragsrecht, ‘Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifvertragsrechts’, *RdA* 2004/2, p. 75.

speelruimte precies wordt toegekend, is afhankelijk van het onderwerp, van het type *Öffnungsklausel* en van de bedrijfstak.

Een voorbeeld van deze speelruimte biedt de metaalindustrie. In de tv staat sinds 1994: ‘35-Stundenwoche, zur 10 Überstunden pro Woche, bis zu 20 Überstunden im Monat, 35 Stundenwoche im Durchschnitt eines Jahres’. Uit deze bepaling spreekt speelruimte. Deze ruimte kan op het niveau van de onderneming worden benut, zonder dat de vakbond daarbij betrokken is. De chemische industrie kent echter een *Öffnungsklausel* die stelt dat ‘bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten die Entgelte monatlich um zu 10% gesenkt werden können. Das geht aber nur, wenn die Tarifparteien (lies: die Gewerkschaft) schliessendlich zustimmt.’ De vakbond wil dus betrokken zijn bij een afwijking van de tv op het niveau van de onderneming. De speelruimte op het ondernemingsniveau is hierdoor minder dan in het hiervoor gegeven voorbeeld van de metaalindustrie.⁷⁶ De bepaling geeft een gebonden werkgever wel ruimte om in tijden van teruggang minder loon te betalen.

5.5.1 *Voorstellen voor verandering*

In het debat over hervorming van het *Tarifrecht* is voorgesteld om de zogeheten *Tarifsperre* van par. 77 III *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) af te schaffen. par. 77 III BetrVG houdt thans in dat zaken die normaal gesproken in een tv worden geregeld, geen onderwerp van een *Betriebsvereinbarung* kunnen zijn. In het wetsartikel wordt een duidelijke rangorde geschapen tussen de beide instrumenten. Voor de voorstanders van meer mogelijkheden om op het niveau van de onderneming over arbeidsvoorwaarden te kunnen onderhandelen, is de *Tarifsperre* een lastig obstakel. Door de *Tarifsperre* is het wettelijk niet toegestaan om met de *Betriebsrat* zog. *Bündnisse für Arbeit* overeen te komen. Deze BfA hebben immers vaak als onderwerp loon en arbeidstijden of vakantie. Deze zaken behoren op grond van par. 77 III BetrVG tot het werkerterrein van de sociale partners.

De parlamentsfractie van het CDU/CSU heeft in 2003 een voorstel gedaan om een nieuw par. 88a BetrVG in te voeren. Dit nieuwe artikel zou inhouden dat de *Betriebsrat*, of als er geen *Betriebsrat* is, een aangewezen vertegenwoordiging van werknemers, een BfA zou kunnen sluiten met de werkgever waarbij afgeweken kan worden van de geldende tv. De BfA is geldig indien:

76. R. Bispinck, in: E. Koot-van der Putte, *Expert-meeting* 2004, HSI Discussion Paper 2006/4.

- minstens 2/3^{de} deel van de in het bedrijf werkzame personen toestemt;
- de BfA wordt gemeld aan alle tv-partijen;
- geen van de tv-partijen beargumenteerd tegen de BfA protesteert.

In de discussie over de vraag of er meer onderhandelingsruimte moet worden geschapen op het niveau van de onderneming staan twee opvattingen lijnrecht tegenover elkaar. Enerzijds stellen Ehmann en Lambrich⁷⁷ en Hromadka⁷⁸ dat de *Betriebsrat* sterk is en onafhankelijk. Hij is vrij om al dan niet over te gaan tot het sluiten van *Betriebsvereinbarung* met als doel een BfA. Vrijwillige BfA staan daarom voor goede overeenkomsten.

Anderzijds stellen Dieterich⁷⁹ en Lesch⁸⁰ dat de *Betriebsrat* afhankelijk en chantabel is. De decentralisering naar het niveau van de onderneming zou een ondermijning betekenen van de dwingende werking van de tv. Bijna elk ondernemingsbestuur zou een eigen en andere koers kunnen kiezen. tv's zouden alleen nog gelden als de werkgever dit wil en verder zouden ze slechts als richtlijnen dienen.

In de discussie wordt niet duidelijk op welke empirische gegevens de auteurs zich baseren. Uit een studie van de Hans Böckler Stiftung⁸¹ blijkt echter dat de flexibilisering die ondernemingen wensen, ook kan worden bereikt door het opnemen van *Öffnungsklausel* in de tv en door het sluiten van ondernemings-tv. Een reden om de macht geheel te onttrekken aan de tv-partner en toe te delen aan de actoren op het niveau van de onderneming wordt in de discussie nauwelijks naar voren gebracht. De stellingen hangen deels samen met politieke voorkeur en opvattingen. Zelf ben ik de opvatting toegedaan dat de onderhandelingspositie van de *Betriebsrat* en ook van de Nederlandse or niet overschat moet worden. Het is een bekend feit dat ondernemingsraden overvraagd worden en vaak ook de vereiste kennis en onderhandelingsvaardigheden missen om over essentiële zaken te kunnen onderhandelen (zie hoofdstuk 4). Ook de Duitse *Betriebsräte* antwoorden desgevraagd in een enquête dat zij weinig voelen om een rol te spelen bij het sluiten van BfA.⁸² Daarbij wordt in het wetsvoorstel van CDU/CSU in-

77. H. Ehmann en T. Lambrich, 'Vorrang des Betriebs- vor der Tarifautonomie', *NZA* 1996, p. 346-356.

78. N. Hromadka, 'Mehr Flexibilität für die Betriebe- ein Gesetzesvorschlag', *NZA* 1996, p. 1233-1240.

79. T. Dieterich, 'Betriebliche Bündnisse für Arbeit', *DB* 2001, p. 2398-2403.

80. H. Lesch, 'Dezentralisierung der Tarifpolitik und Reform des Tarifrechts', *CD* 2000/6, p. 322-326.

81. R. Bispinck en T. Schulten, 'Verbetrieblichung der Tarifpolitik? – Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen', *wsi-Mitteilungen* 03/2003.

82. Betriebs- und Personalrätebefragung 2002 (3. Befragung), in: R. Bispinck en T. Schulten, 'Verbetrieblichung der Tarifpolitik? – Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen', *wsi-Mitteilungen* 03/2003.

gegaan op de vraag wat er moet gebeuren als de werkgever zich niet aan zijn toezegging kan houden. Stel dat het personeel instemt met een BfA en in ruil voor een baangarantie 5% van het loon inlevert en het bedrijf gaat alsnog failliet. Dan kan de BfA niet meer worden nagekomen en staat het personeel alsnog met lege handen. De opofferingen van het personeel komen dan ten goede aan de crediteuren.

5.5.2 *Negatieve contractsvrijheid*

Over het onderhandelen met de *Betriebsrat* in plaats van met de vakbond merkt de arbeidsjurist Möschel het volgende op. Hij stelt dat het onderhandelen met de *Betriebsrat* niet wenselijk is, omdat dan feitelijk de vrijwillige *Korporation* (de vakbond) wordt vervangen door de *Zwangskorporation Betriebsrat*. Ook toestemming van bijvoorbeeld 75% van het personeel verandert niets aan het feit dat dit strijdig is met de negatieve contractsvrijheid.⁸³

Algemeen aanvaard is de werking van het *Günstigkeitsprinzip* in de verhouding tussen de individuele arbeidsovereenkomst en de *Betriebsvereinbarung*. Hebben werknemers rechten verkregen op grond van een individuele arbeidsovereenkomst die strijdig is met de *Betriebsvereinbarung*, dan gaan de individueel verkregen rechten vóór. Het *Günstigkeitsprinzip* komt in het *Betriebsverfassungsrecht*⁸⁴ onder omstandigheden zelfs een zwaardere rol toe dan in het *Tarifrecht*. Dit hangt samen met het feit dat de *Betriebsvereinbarung* voor de meeste werknemers geen ‘*Selbstbestimmung*’, maar ‘*Fremdbestimmung*’ inhoudt. Het *Günstigkeitsprinzip* dient ertoe grenzen te stellen aan de ‘*Fremdbestimmung*’.⁸⁵

Ehmann en Lambrich zijn het geheel oneens met de gedachte dat het lid worden van een vakbond meer een daad is van individuele vrijheid en eigen verantwoordelijkheid dan het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Zij stellen dat de werknemer juridisch net zo vrij is om lid te worden van een vakbond als om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Door het sluiten van de arbeidsovereenkomst maakt hij deel uit van de bedrijfsgemeenschap. De werknemer is zich hierbij bewust van de bestaande en wellicht nog te sluiten *Betriebsvereinbarungen*. Er dient ervan te worden uitgegaan dat de werknemer beschikt over een duidelijke gerichte, positieve wil en eigen verantwoordelijkheid. De *Betriebsverfassung* is erop gericht deze vrije wil van de werknemer

83. W. Möschel, ‘Das Spannungsverhältnis zwischen Individualvertrag, Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag’, *BB* 2002/25, p. 1317.

84. Het *Betriebsverfassungsrecht* regelt de samenwerking tussen de werkgever en het personeel, dat daarbij wordt gerepresenteerd door de *Betriebsrat*.

85. W. Blomeijer, ‘Das Günstigkeitsprinzip in der Betriebsverfassung – die Betriebsvereinbarung zwischen Individual- und Tarifvertrag’, *NZA* 1996/7, p. 340.

ook de bescherming te bieden die hij nodig heeft. De *Betriebsautonomie*⁸⁶ is daarom, evenals de *Tarifautonomie*⁸⁷, een instrument om de *Privatautonomie* van de individuele werknemer te beschermen. Het enige verschil tussen de *Tarifautonomie* en de *Betriebsautonomie* is dat de *Betriebsautonomie* niet alleen de vakbondsleden bescherming verleent, maar ook de mensen die niet georganiseerd zijn. Alle werknemers hebben volgens Ehmman en Lambrich de bescherming door minimale collectieve arbeidsvoorwaarden nodig en art. 9 III GG zorgt er voor dat de werknemers die bescherming niet alleen hoeven te zoeken bij de werknemers- en werkgeversverenigingen. Juist uit deze vrijheid om niet lid te hoeven worden van een vakbond volgt dat de *Betriebsautonomie* geen tweederangs collectief instrument is.⁸⁸

Ehmman en Lambrich gaan nog een stap verder en stellen dat bij botsing tussen tv en *Betriebsvereinbarung* het *Günstigkeitsprinzip* toepassing kan vinden. Hun premisse is dat het primaire doel van de door art. 9 III GG gewaarborgde *Tarifautonomie* niet bestaat in bescherming van de werknemers- en werkgeversverenigingen, maar dat het doel van het artikel is zo gunstige mogelijke arbeidsvoorwaarden voor de werknemer te scheppen. Als de *Betriebsräte* erin slagen – en de vakbonden niet – om deze meest gunstige arbeidsvoorwaarden te waarborgen, wordt voor de individuele werknemer duidelijk en begrijpelijk dat de *Betriebsvereinbarung* voorrang verdient boven de tv.⁸⁹

5.5.3 *Bündnisse für Arbeit*

Volgens onderzoek van het wsr van september 2003 zijn er BfA overeengekomen in 23% van de Duitse bedrijven met een *Betriebsrat* en 20 of meer medewerkers. Nog eens 3% was tijdens het onderzoek in onderhandeling over een BfA en in nog eens 6% van de bedrijven was in de afgelopen 5 jaar een BfA overeengekomen, maar deze was intussen weer afgelopen. Er is een positief lineair verband tussen de grootte van de onderneming en de kans dat een BfA is overeengekomen. In kleine ondernemingen met hooguit 50 werknemers was bij 14% sprake van een BfA. Van de

86. *Betriebsautonomie* staat voor de competentie van *Betriebsrat* en werkgever om *Betriebsvereinbarungen* overeen te komen.

87. *Tarifautonomie* staat voor de competentie van werkgever en sociale partners om *Tarifverträge* af te sluiten.

88. T. Ehmman & H. Lambrich, 'Vorrang der Betriebs- vor der Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips? – Betriebsvereinbarungen als 'andere Abmachungen'', *NZA* 1996/7, p. 351.

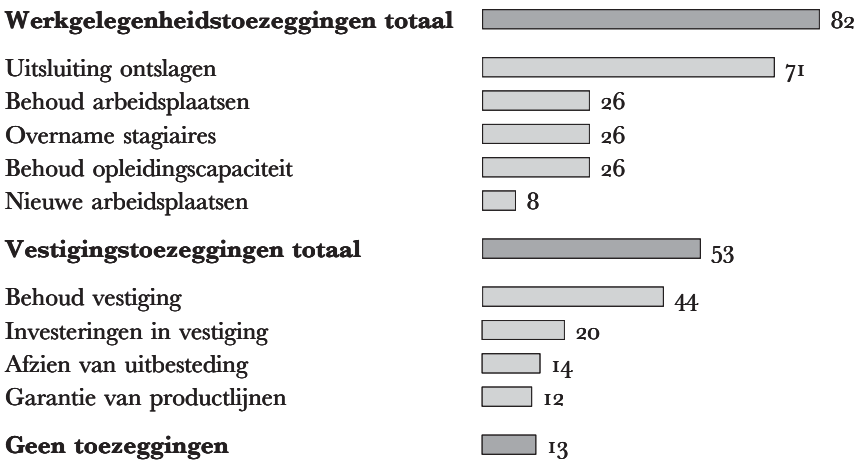
89. T. Ehmman & H. Lambrich, 'Vorrang der Betriebs- vor der Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips? – Betriebsvereinbarungen als 'andere Abmachungen'', *NZA* 1996/7, p. 354.

grotere ondernemingen met meer dan 50 werknemers was 56% een BfA overeengekomen.⁹⁰

De gemiddelde duur van de afspraak toont aan dat het bij de meeste BfA eerder gaat om afwijkingen van de tv op lange termijn, dan om kortdurende aanpassingen. De gemiddelde duur van de BfA ligt tussen de twee en vijf jaar, met als gemiddelde 25 maanden. Aangezien meer dan 80% van de BfA wordt overeengekomen voor meer dan één jaar, is de duur van de meeste BfA langer dan de duur van de gemiddelde tv.⁹¹

In de meeste gevallen kan de *Betriebsrat* vrij onderhandelen over een baangarantie. De meest voorkomende vorm hiervan is de toezegging dat er geen gedwongen ontslagen zullen vallen gedurende de looptijd van de BfA. Deze toezegging wordt in 71% van de gevallen gedaan. Minder gebruikelijk zijn afspraken over extra investeringen (20%), de garantie dat geen werk uitbesteed zal worden (14%) of de toezegging extra mensen in dienst te zullen nemen (8%).⁹²

Figuur 5.6: Werkgeverstoezeggingen in bedrijflijke verbintenissen 2003, in % van alle verbintenisbedrijven, meervoudige antwoorden mogelijk.



Bron: WSI Betriebsratbetragung 2003

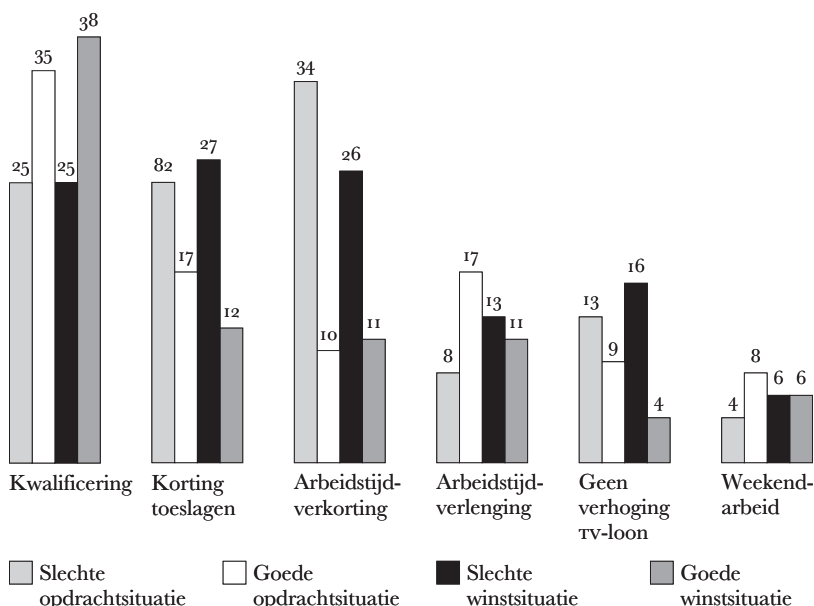
90. H. Massa-Wirth & H. Seifert, *German Pact for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalization and European Integration*, Paper presented at the IIRA 7th European Congress held at Lissabon, September 7-11, 2004, p. 4.

91. H. Massa-Wirth & H. Seifert, *German Pact for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalization and European Integration*, Paper presented at the IIRA 7th European Congress held at Lissabon, September 7-11, 2004, p. 5.

92. H. Massa-Wirth & H. Seifert, *German Pact for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalization and European Integration*, Paper presented at the IIRA 7th European Congress held at Lissabon, September 7-11, 2004, p. 6-7.

Voor werknemers houdt een BfA meestal een achteruitgang in op het gebied van arbeidstijd, inkomen of arbeidsorganisatie. De maatregelen rondom arbeidstijd domineren met 76% van de gevallen, gevolgd door veranderingen in de organisatie van de werkzaamheden (65%) en aanpassing van de lonen (42%). Het betreft dus veelal primaire arbeidsvoorwaarden.⁹³

Figuur 5.7: Werknemersconcessies en economische toestand van bedrijven in % van alle verbintenisbedrijven.



Bron: WSI Betriebsratbetragung 2003

Of een BfA voor beide partijen een gunstige uitruil betekent is questieus. Het feit dat er asymmetrie bestaat met betrekking tot de mogelijkheid tot het verkrijgen van informatie over de economische situatie van het bedrijf zorgt ervoor dat het voor de werknemersvertegenwoordiging in veel gevallen niet doenlijk is om een reëel beeld te hebben van de vooruitzichten van de onderneming. Daarbij komt dat in 9% van de onderzochte gevallen bleek dat de leiding van de onderneming zich niet aan de gedane toezegging met betrekking tot baan zekerheid heeft gehouden. In de meeste geval-

93. H. Massa-Wirth & H. Seifert, *Betriebliche Bündnisse für Arbeit nur mit begrenzter Reichweite*, wsi-Mitteilungen 2004/5, p. 250-251.

len betrof dit het verbreken van de belofte om gedurende de looptijd van de BfA geen werk uit te besteden.⁹⁴

5.5.4 *Betriebsrat en bedrijfsregeling*

Als beide partijen niet zijn gebonden aan een tv, dan hoeft men ook geen rekening te houden met het *Günstigkeitsprinzip*. In dat geval kan vrij worden onderhandeld op individuele basis.

Ook kan dan een loon worden overeengekomen dat onder de laagste tv-schaal ligt. Volgens Möschel is het uit optiek van de werkgever altijd te verkiezen om individueel te onderhandelen met de werknemer. Een *Betriebsrat* kan daar misschien bij van dienst zijn. Bij voorkeur niet door middel van een *Betriebsvereinbarung*, want die werkt normatief in op de individuele arbeidsovereenkomst, maar door middel van een zogeheten *Regelungsabrede*, dat niet meer is dan een afspraak of bedrijfsregeling die door middel van wilsovereenstemming onderdeel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst.⁹⁵

De *Regelungsabrede* is een niet geregelde rechtsfiguur. Terwijl er allerlei eisen en voorwaarden bestaan met betrekking tot de *Betriebsvereinbarung*, kan men een *Regelungsabrede* vormvrij overeenkomen. Ook de *Tarifsperre* lijkt niet te gelden voor de figuur van de *Regelungsabrede*. Omdat de figuur niet is geregeld, zou het daardoor ook mogelijk kunnen zijn om iets af te spreken over onderwerpen die normaalgesproken in een tv geregeld worden. Of dit toelaatbaar is of niet, wordt uit de literatuur niet duidelijk. Het zou wel sterk in strijd zijn met de ratio van de wet, indien de *Regelungsabrede* als een ‘*Umgehungsinstrument*’ zou kunnen worden gebruikt.⁹⁶ Anderzijds is ook verdedigbaar dat deze mogelijkheid aantoont hoe flexibel het geldende recht wel is. De *Regelungsabrede* maakt het mogelijk, zonder de beperking van de *Tarifsperre* van par. 77 Abs. 3 BetrVG, af te wijken van een tv die gebruikelijk is in de betreffende sector.⁹⁷

De vraag naar de legitimiteit doet zich op vergelijkbare wijze voor in de Nederlandse situatie. Terwijl er een duidelijke verdeling is tussen de bevoegdheden van de or en de bevoegdheden van cao-partijen, is het

94. H. Massa-Wirth & H. Seifert, *German Pact for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalization and European Integration*, Paper presented at the IIRA 7th European Congress held at Lissabon, September 7-11, 2004, p. 8.

95. W. Möschel, ‘Das Spannungsverhältnis zwischen Individualvertrag, Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag’, *BB* 2002/25, p. 1315.

96. E. Herrmann, ‘Kollektivaautonomie contra Privatautonomie: Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung und Mitbestimmung’, Sonderbeilage zu *NZA* Heft 2000/3, p. 22.

97. R. Waltermann, ‘Zuständigkeiten im Spannungsfeld von Tarif- und Betriebsautonomie’, *RdA* 1996/3, p. 132.

mogelijk om in een bedrijfsregeling praktisch alle onderwerpen te regelen. De bedrijfsregeling is ook in Nederland een ongeregelde figuur en kan met de or worden overeengekomen. Ook de bedrijfsregeling heeft – net als de *Regelungsabrede* – geen normatieve werking en moet worden omgezet in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer.

5.5.5 *Slot*

Het antwoord op de vraag of er meer ruimte is ontstaan voor *Betriebsräte* valt uiteen in een wettelijke en een praktische benadering. Op grond van de wet bestaat er voor de *Betriebsräte* niet meer ruimte dan voorheen. Weliswaar komt aan de afspraken met de *Betriebsrat* doorwerking toe, er bestaat echter hiërarchie in de regelingsinstrumenten in die zin dat de *Betriebsrat* zich niet mag bemoeien met aangelegenheden die tot het terrein van de sociale partners behoren. Dit is geregeld in de *Tarifsperre* van par. 77 BetrVG. Hoewel er wetsvoorstellen zijn gedaan op grond waarvan de *Betriebsrat* meer bevoegdheden zou verwerven met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden, hebben deze wetsvoorstellen niet in wetgeving geresulteerd.

In de praktijk bestaat echter toch in toenemende mate behoefte de arbeidsvoorwaardenvorming te decentraliseren. Waar tv-partijen – en met name vakbonden – hiertoe niet bereid zijn, komen ondernemingen op grote schaal *Bündnisse für Arbeit* overeen met *Betriebsräte*. Dit is zowel in strijd met de wet als met de jurisprudentie, maar in de praktijk wordt op deze wijze meer ruimte voor afspraken met de *Betriebsräte* verworven. Dit komt de individuele contractsvrijheid van de werkgever ten goede, maar de (negatieve) individuele contractsvrijheid van de individuele werknemer wordt door deze ontwikkeling beperkt.

5.6 **Conclusie**

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal hoe de verhouding is tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in Duitsland. Om de verhouding te bepalen werd steeds onderzocht in hoeverre de contractsvrijheid beperkt werd. In de Duitse situatie kunnen drie verschillende niveaus worden vastgesteld. Het eerste niveau is dat van de wettelijke mogelijkheden. Het tweede niveau is het wettelijk toelaatbare gebruik van de collectieve instrumenten in de praktijk. Het derde niveau is dat van het feitelijk gebruik van collectieve instrumenten buiten het bereik van de wet.

Wetgeving: weinig individuele contractsvrijheid

De Duitse collectieve wetgeving is net als de Nederlandse wet zeer strikt en beperkt de individuele contractsvrijheid ten gunste van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Dit wordt duidelijk bij de normatieve werking van de cao. Hoofdreël bij de uitleg van het *Günstigkeitsprinzip* is het feit dat geen pakketvergelijking mag worden toegepast. Een uitzondering hierop in de jurisprudentie wordt gevormd door de Holzmann-uitspraak. In deze zaak werd geoordeeld dat in geval van dreigend faillissement kan worden afgeweken van een tv middels een zog. *Bündnis für Arbeit*. Deze versoepeling is niet gecodificeerd in wetgeving. Ondanks herhaalde verzoeken van politieke partijen om het wettelijke *Günstigkeitsprinzip* anders en ruimer te interpreteren is de wet tot op heden strikt en de contractsvrijheid beperkt.

In de discussie over de interpretatie van het *Günstigkeitsprinzip* wordt de spanning zichtbaar tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het *Günstigkeitsprinzip* vormt de schakel tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Dit principe moet ervoor zorg dragen dat enerzijds is voorzien in de bescherming van de werknemer, anderzijds maakt het principe het mogelijk om af te wijken van de cao. Een andere invulling van het principe (waarbij andere overwegingen meetellen in de afweging wat als gunstiger moet worden beschouwd) betekent ook een andere invulling van het cao-systeem en van de verhouding tussen werknemers en werkgevers. Freihube stelt hierover het volgende:

‘Die bisherige Diskussion um das Günstigkeitsprinzip was m.E. stark ergebnisorientiert und emotionsbeladen. Verwunderlich ist dies jedoch nicht, wenn man bedenkt, dass mit der Diskussion um das Günstigkeitsprinzip oftmals eine Diskussion um die Tarifautonomie einherging. Die Debatte um die Tarifautonomie ist jedoch zugleich auch immer eine Debatte um Gemeinschaft und Individuum, um Marktmechanismen sowie um Grenzen der Sozialpolitik. Soche gesellschaftspolitischen Diskussionen wurden aber seit jeher sehr emotional geführt.’⁹⁸

Getracht is in dit hoofdstuk een overzicht te geven van de standpunten die in deze discussie worden ingenomen. Steeds weer blijkt dat het moeilijk is om een zuivere interpretatie te geven van de grondrechten die een rol spelen. Waar de één de *Tarifautonomie* ziet als bescherming van de werknemers- en werkgeversvereniging, ziet de ander het als een middel voor het

98. D. Freihube, ‘Die einzelvertragliche Umsetzung von Beschäftigungsbündnissen’, *DB* 2000/20, p. 1023.

individu om optimale arbeidsvoorwaarden te verkrijgen. Weer een ander ziet het slechts als hinderlijke beperking van de *Privatautonomie*. Waar de één het woord solidariteit in de mond neemt in de discussie, ziet de ander de *Tarifautonomie* slechts als een hulpmiddel om de *Privatautonomie* te kunnen verwezenlijken. Dit maakt dat het moeilijk is om de discussie zuiver te houden. De premissen lopen te veel uiteen en zijn vaak gekleurd. De pretentie van een zuiver juridische discussie gaat al snel verloren.

Ook bij AVE houdt het wettelijk systeem een beperking in van de individuele contractsvrijheid. Ook hier geldt – net als in Nederland – de normatieve werking. Op individuele basis mag niet worden afgeweken van de AVE-TV. Ook bestaan er geen wettelijke mogelijkheden om uitgezonderd te worden van AVE. Een dispensatie-procedure zoals in Nederland, bestaat in Duitsland niet. Dit heeft ertoe geleid dat werkgeversvertegenwoordigers in de *Tarifausschuss* steeds vaker een verzoek om AVE bij het ministerie tegenhouden. Ook bieden werkgeversverenigingen in toenemende mate zogenaamde *OT-Mitgliedschaften* aan, waardoor werkgevers niet langer onder de binding van de TV vallen. Door de verminderde dekkingsgraad van de TV wordt aan het meerderheidsvereiste dat nodig is voor AVE steeds minder vaak voldaan. Het gevolg hiervan is dat slechts 2,5 % van de reguliere bedrijfstak-TV's algemeen verbindend wordt verklaard, in tegenstelling tot 70% van de Nederlandse reguliere bedrijfstak-cao's. Een zeer strikte werking van het instrument garandeert dus geen grotere dekking.

De *Betriebsrat* kan in Duitsland meer invloed uitoefenen op de individuele contractsvrijheid van de werknemer dan de Nederlandse or. Dit komt doordat een zog. *Betriebsvereinbarung* normatieve werking toekomt. Bedacht moet echter worden dat deze zelden over primaire arbeidsvoorwaarden gaat. Op grond van de Tarifsperrre van par. 77 lid 3 BetrVG zijn zaken die normaalgesproken in een TV worden geregeld voorbehouden aan sociale partners. Wel is het mogelijk dat sociale partners in een TV hun bevoegdheid expliciet delegeren. Zij kunnen dit doen door middel van een zogeheten *Öffnungsklausel*.

Praktijk binnen de wettelijke mogelijkheden; weinig individuele contractsvrijheid

Op grond van de wet is het mogelijk dat partners bevoegdheden delegeren naar het niveau van de onderneming middels een *Öffnungsklausel*. Het gebruik hiervan is in de praktijk nog niet zo groot als werkgevers zouden wensen. Ook zijn de Duitse vakbonden van oudsher minder bereid tot het decentraliseren van de arbeidsvoorwaardenvorming dan in Nederland. Waar in Nederland veel ruimte is voor delegatiebepalingen en mantel-cao's

of cao à la carte, lopen initiatieven hiertoe in Duitsland vaak vast op de houding van sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg.

Doordat werkgevers de tv als inflexibel ervaren zijn zij minder geneigd het instrument te ondersteunen. Minder werkgevers zijn bereid hun individuele contractsvrijheid te beperken door lid te worden van een werkgeversvereniging. De organisatiegraad van werkgevers daalt. Een andere oorzaak van de afgenomen gebondenheid van werkgevers is dat werkgevers veelal kiezen voor het ot-lidmaatschap. Dit lidmaatschap leidt niet tot gebondenheid aan de tv waardoor de individuele contractsvrijheid behouden blijft.

Door de dalende dekkingsgraad van werkgevers wordt het meerderheidsvereiste voor AVE niet meer gehaald. Hierdoor neemt het bereik en de betekenis van het AVE-instrument af. Ook zijn steeds minder werkgevers bereid de tv voor te dragen voor AVE. Daarbij komt nog dat één van de vereisten voor AVE is dat de *Tarifausschuss* ermee instemt. In dit orgaan hebben zowel werkgevers als werknemers zitting. Indien werkgevers niet akkoord gaan met AVE kunnen zij feitelijk een veto-recht uitoefenen waardoor AVE niet kan plaatsvinden.

De vraag die blijft is waarom de Nederlandse werkgevers zo tevreden zijn met het avv-instrument, terwijl Duitse werkgevers zich aan AVE trachten te onttrekken. Dit kan te maken hebben met het feit dat de economische malaise zich sterker laat voelen in Duitsland, of met het feit dat de Duitse sociale partners minder bereid zijn om decentralisering mogelijk te maken in de tv. Een factor die daarbij een belangrijke rol speelt is de houding van de Duitse vakbonden. Terwijl de Nederlandse vakbonden geneigd zijn mee te denken met het belang van de gehele bedrijfstak of onderneming, staan de Duitse bonden erom bekend langer de 'poot stijf' te houden. Dit leidt tot weinig opening in de tv, althans, niet voldoende voor de meeste ondernemers. Starre tv's zorgen ervoor dat ondernemers uiteindelijk voor een 'sluipweg' kiezen en op andere wijzen hun arbeidsvoorwaarden vaststellen. Wellicht dat de tv gesloten tussen de vakbond IG Metall en de werkgeversvereniging *Gesammtmetall* een nieuwe toekomst inluidt. In deze tv is voor het eerst een mogelijkheid opgenomen in samenspraak met de *Betriebsrat* af te wijken van de centrale regeling.

Praktijk van onttrekken aan wet: grote mate van contractsvrijheid

Door het starre wettelijk systeem én de starre praktijk van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zoeken werkgevers de grenzen van het systeem op en overschrijden die ook. Op grond van de wet is het niet mogelijk af te wijken van de tv, tenzij dit gunstiger is voor de werknemer; dit heet het *Günstigkeitsprinzip*. Aan dit principe wordt steeds vaker een ruimere uitleg gegeven. Een optie binnen de wettelijke mogelijkheden is het sluiten van een zog. *Ergänzungstarifvertrag* (dat een aanvulling vormt op de eerdere

tv) gesloten met een vakbond. Een dergelijke tv kan ervoor zorgen dat de lasten voor de werkgever iets worden verlicht ten tijde van economische teruggang. Een dergelijke overeenkomst wordt ook wel *Bündnis für Arbeit* genoemd.

Er is ook een variant van de *Bündnis für Arbeit* die niet past binnen het wettelijk kader maar in de praktijk desalniettemin voorkomt. Deze BfA wordt gesloten met individuele werknemers of een werknemersvertegenwoordiging zoals de *Betriebsrat*. Deze figuur is officieel in strijd met het *Günstigkeitsprinzip* uit de wet, maar wordt in de praktijk oogluikend toegelaten. In de afweging van het *Günstigkeitsprinzip* wordt dan de baangarantie (de toezegging dat geen ontslagen zullen vallen) meegewogen.

Slot

Uit de vergelijking met Duitsland blijkt dat zowel het systeem als het gebruik hiervan in de praktijk door sociale partners star is. Dit heeft tot gevolg dat er in de praktijk wordt gezocht naar feitelijke oplossingen om de individuele contractsvrijheid te herwinnen. Deze oplossingen passen niet altijd binnen de grenzen van de wet.

In Nederland is het wettelijk systeem ook strikt. De uitvoering door sociale partners in de praktijk is echter soepeler dan de uitvoering door de Duitse sociale partners. Sociale partners voelen zich minder genooddaakt buiten de grenzen van het systeem te treden. Daarbij is een groot verschil dat er in Nederland nog een uitvluchtmogelijkheid is voor die werkgevers in de vorm van dispensatie van avv. Deze mogelijkheid ontbreekt in Duitsland waardoor werkgevers hun vrijheid heroveren.

Tabel 5.5: Vergelijking werknemersbescherming Nederland – Duitsland

	Nederland	Duitsland
Juridisch theoretische Mogelijkheden	Strikt, maar met afwijkmogelijkheid bij: cao: minimumbepalingen, decentralisatiebepalingen en individuele keuzebepalingen avv: dispensatie or: bindt de individuele werknemer niet, wel kan de or onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden op grond van art. 32 lid 2 wor (Grabowsky)	Strikt en beperkend: tv: afwijken mag alleen ten gunste van werknemer (<i>Günstigkeitsprinzip</i>) AVE: er zijn geen mogelijkheden voor uitzondering of dispensatie <i>Betriebsrat</i> : bindt de individuele werknemer, echter niet met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden.

	Nederland	Duitsland
Praktijk van sociale partners	<p>Binnen de grenzen van de wet een redelijk flexibel gebruik van het cao-instrument, door decentralisatiebepalingen naar niveau van de onderneming en mogelijkheden voor keuzes op het individuele niveau.</p> <p>avv van decentralisatiebepalingen is mogelijk mits 'voorgekookt' door sociale partners.</p> <p>De or krijgt in toenemende mate taken toebedeeld door sociale partners.</p>	<p>Sociale partners zitten niet op één lijn ten aanzien van flexibilisering van het tv-instrument. Werkgevers onttrekken zich aan gebondenheid door tv.</p> <p>Aan het voor ave noodzakelijke meerderheidsvereiste wordt niet voldaan door afnemende gebondenheid van werkgevers. Het wordt ook minder aangevraagd.</p> <p>De <i>Betriebsrat</i> speelt in toenemende mate een rol bij de afspraken met werkgevers om zich (tijdelijk) aan de tv te onttrekken</p>
Feitelijke gedragingen	<p>In Nederland wordt in de rechtspraak nog steeds strikt de hand aan de cao gehouden. Afwijken mag niet, ook niet met een pakketvergelijking.</p> <p>Hoewel de cao in Nederland ook niet altijd even goed wordt nageleefd, vormt ontduiking geen trend of praktijk op grote schaal.</p>	<p>Werkgevers ontduiken de tv. Werkgevers sluiten overeenkomst met <i>Betriebsrat</i> of personeel om onder het niveau van de tv te belonen met als tegenprestatie een baangarantie voor het zittend personeel (<i>Bündnis für Arbeit</i>).</p>

6 CONCLUSIE EN SLOTBESCHOUWING

6.1 Beantwoording centrale vraag

Centraal in dit onderzoek stond de vraag welke ruimte bestaande wettelijke instrumenten van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming bieden aan individuele contractsvrijheid. Deze probleemstelling viel uiteen in twee deelvragen, die hierna behandeld zullen worden.

Vraag 1: Welke spanning bestaat er in de wet tussen individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming?

Cao

Individuele contractsvrijheid is een grondbeginsel van het Nederlandse verbintenissenrecht. Op grond van dit beginsel zijn partijen vrij met elkaar te contracteren over zelfgekozen zaken onder zelfgekozen voorwaarden. Indien partijen echter gebonden zijn door een cao conform art. 9 Wet CAO wordt de contractsvrijheid van beiden beperkt. Partijen moeten dan de cao strikt toepassen op grond van art. 12 Wet CAO. De systematiek van de Wet CAO heeft de normatieve werking als uitgangspunt. De normatieve werking doet zich voor in de situatie dat een gebonden werkgever en een gebonden werknemer een arbeidsovereenkomst met elkaar sluiten. Indien de normatieve werking zich voordoet mag op straffe van nietigheid niet van de cao worden afgeweken. Een afwijking van de cao ten gunste van de gebonden werknemer is op grond van het gunstighedsprincipe wel toelaatbaar indien de cao geen maximum- danwel standaardbepalingen kent.

Veel cao's hebben een minimumkarakter wat ertoe leidt dat afwijken slechts is toegestaan ten gunste van de werknemer. Ten aanzien van het gunstighedsprincipe oordeelde de Hoge Raad in de zaak *Quicken/Boonen* dat dit principe met zich meebrengt dat ieder beding van de cao moet worden toegepast. Indien wordt afgeweken mag niet een zogenaamde 'pakketvergelijking' plaatsvinden maar moet voor ieder beding afzonderlijk worden beoordeeld of de afwijking gunstiger voor de werknemer is dan het toepassen van de cao-bepaling. Afwijken van dit gunstighedsprincipe is ook niet mogelijk met verkregen individuele instemming van de werknemer. Deze benadering maakt dat het niet mogelijk is arbeidsvoorwaarden 'uit te ruilen', wat betekent dat de contractsvrijheid van zowel werkgever als werknemer wordt beperkt.

De gebondenheid aan de cao strekt zich uit ook uit over de periode na afloop van de looptijd van de cao. Door de normatieve werking is de cao onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst. Indien de looptijd is verstreken geldt de cao voort, maar herkrijgen gebonden partijen de vrijheid om in afwijking van de cao te contracteren. Hoewel na afloop van de cao meer vrijheid bestaat dan ten tijde van de looptijd van de cao is de keuzeruimte in de nawerkingsperiode niet onbeperkt. Voor afwijken van de nawerkende cao is immers wilsovereenstemming van beide partijen vereist. Indien één van beide partijen niet van zins is af te wijken, dan is de andere partij aan de naleving van de overeenkomst gehouden.

De normatieve werking van de cao op grond van wederzijdse gebondenheid van werkgever en werknemer is eerder uitzondering dan regel. Dit heeft te maken met de lage organisatiegraad van werknemers. Van de 84% die is gebonden aan een cao is maar 25% georganiseerd bij een vakbond. De resterende 59% zijn ongeorganiseerde werknemers. Zij worden langs andere wegen gebonden aan de cao. Een groot deel van deze werknemers ziet de cao op zijn arbeidsovereenkomst toegepast door de verplichting die art. 14 Wet cao de gebonden werkgever oplegt. In de praktijk wordt de cao in dergelijke gevallen niet alleen toegepast, maar tevens geïncorporeerd. Incorporatie is ook een manier voor de ongebonden werkgever om een cao te volgen. Op grond van deze gegevens kan worden betoogd dat het overdragen van de contractsvrijheid aan cao-partijen door werknemers als uitgangspunt voor de werking van het cao-recht berust op een fictie. In de praktijk wordt het overgrote deel van de werknemers niet door lidmaatschap en normatieve werking gebonden, maar door incorporatie.

Het Duitse *Tarifvertragsgesetz* (TVG) beperkt de individuele contractsvrijheid van werkgever en werknemer op vergelijkbare wijze als de Wet op de cao door het principe van normatieve werking. De uitleg hiervan is even strikt. Het gunstigheidsprincipe is in de wet verankerd in par. 4 III TVG en wordt in Duitsland op dezelfde manier toegepast als in Nederland. Zo heeft het hoogste gerechtshof, het BAG (*Bundesarbeitsgericht*) in de Burda-zaak aangegeven dat slechts arbeidsvoorwaarden mogen worden vergeleken om vast te stellen of een afwijking van de TV gunstig is voor de werknemer. Het BAG stelde vast dat het niet wenselijk is een eventuele baangarantie te betrekken in de ‘gunstigheidsvergelijking’. Het betrekken van andere elementen dan arbeidsvoorwaarden in de vergelijking zou leiden tot het vergelijken van appels en peren. Hoewel dit systeem tot nog toe onveranderd is zijn er voorstanders van het betrekken van het ‘behoud van een baan’ in de vergelijking wat gunstiger voor de werknemer is. In de praktijk stellen werkgevers hun personeel voor in te stemmen met een loonsverlaging in afwijking van de TV. In ruil hiervoor zeggen werkgevers toe dat er gedurende een zekere periode geen ontslagen zullen vallen. Dergelijke afspraken worden aange-

duid met *Bündnisse für Arbeit* en zijn manieren om zich aan de werking van de tv te onttrekken. Dit is in strijd met het wettelijk systeem.

Avv

Werknemers en werkgevers die niet zijn gebonden aan een cao door lidmaatschap van een werkgevers- of werknemersvereniging kunnen door avv worden gebonden aan de cao. Indien werkgever en werknemer zijn gebonden door avv zijn zij op grond van art. 3 Wet avv gehouden de avv-cao toe te passen op straffe van nietigheid. De normatieve werking is identiek aan die van art. 12 Wet CAO. Er kan dus – indien sprake is van een minimum-cao – slechts worden afgeweken indien dit gunstig is voor de werknemer. Dit is niet anders indien de werkgever voor de afwijking instemming heeft verkregen van de or, zo blijkt uit de zaak *Smead/Bonden*. Indien een standaard- danwel maximum-cao van toepassing is, is de contractsvrijheid dermate beperkt dat ook niet ten gunste van de werknemer mag worden afgeweken.

Avv beperkt de contractsvrijheid van werkgever en werknemer sterker dan de cao die niet algemeen verbindend is verklaard. Bij de ‘gewone’ cao wordt voor de normatieve werking gedifferentieerd tussen al dan niet gebonden werkgevers en werknemers. Door het besluit tot avv daarentegen worden alle werkenden in een bepaalde bedrijfstak gebonden. De normatieve werking treedt op ongeacht of de werkgever danwel de werknemer zich heeft willen verbinden, door lid te worden van een vertegenwoordigende organisatie. Hoewel avv de contractsvrijheid beperkt is de duur hiervan steeds beperkt tot de periode van avv; aan avv komt in tegenstelling tot de ‘normale’ cao geen nawerking toe.

In Duitsland heeft AVE dezelfde normatieve werking als avv in Nederland. De beperking van contractsvrijheid door AVE heeft een gering bereik; slechts 2,5 % van de tv's wordt algemeen verbindend verklaard. De geringe betekenis van AVE hangt samen met de geringe populariteit van de tv onder werkgevers. Die kan onder meer worden verklaard door de striktheid van het systeem maar ook door de starre houding van sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Als gevolg daarvan is het draagvlak voor de tv de afgelopen jaren sterk afgenomen, waardoor een verzoek tot AVE niet snel leidt tot een besluit tot AVE. Voor een AVE-besluit moet zijn voldaan aan de representativiteitstoets die inhoudt dat de gebonden werkgevers 50% van de werknemers die onder de werking van de tv vallen in dienst moeten hebben. Aan deze representativiteitstoets wordt niet snel voldaan. Daarbij onthoudt de werkgeversafgevaardigde in de *Tarifausschuss* ook regelmatig zijn goedkeuring aan het AVE-besluit, wat neerkomt op een veto. In Duitsland blijken individuele vrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming meer spanning dan in Nederland op te leveren.

Or

Als uitgangspunt van de wor geldt dat afspraken met de or geen doorwerking hebben in de individuele arbeidsovereenkomst. Ondanks dat wel wordt gesproken van ‘de mondig werknemer’ en ‘de volwassen or’, is het zo dat de wetgever er niet toe is overgegaan om de arbeidsvoorwaardenvorming ook daadwerkelijk naar het niveau van de individuele werknemer of de onderneming te verplaatsen. Een uitzondering hierop vormt de voorgenomen wijziging van de Arbeidstijdenwet in verband met de voorgenomen vereenvoudiging van die wet. Met het wetsvoorstel wordt beoogd minder regels voor te schrijven en meer ruimte te geven aan individuele werkgevers en werknemers om arbeidstijden binnen de onderneming vorm te geven.

Door de praktijk van incorporatie en bedingen tot eenzijdige wijziging verkrijgt de or op indirecte wijze invloed op de individuele contractsvrijheid van de werknemer. Afspraken met de or op grond van art. 32 wor danwel een bedrijfsregeling kunnen onderdeel worden van de individuele arbeidsovereenkomst door het opnemen van een incorporatiebeding. In de praktijk wordt naast een incorporatiebeding veelal een beding tot eenzijdige wijziging opgenomen conform art. 7:613 BW. Dit maakt het mogelijk ook tussentijdse (wijziging van) afspraken met de or van invloed te laten zijn op de individuele arbeidsovereenkomst. Indien een beding tot eenzijdige wijziging ontbreekt wordt in de jurisprudentie dikwijls overgegaan tot een redelijkheidstoetsing op grond van art. 7:611 BW. De maatstaf die bij deze toets wordt aangelegd is echter minder zwaar dan de toets van art. 7:613 BW. Ik acht het niet wenselijk dat de werkgever beloond wordt voor het niet opnemen van een beding tot eenzijdige wijziging met het aanleggen van een lichtere toets. Sinds 2005 blijkt uit de jurisprudentie echter dat rechters strikter toetsen of het contract mogelijkheden bevat om de overeenkomst te wijzigen. Daarbij valt op dat niet veel gewicht wordt toegekend aan instemming van de or met de wijziging voor de beantwoording van de vraag of de individuele arbeidsovereenkomst mag worden gewijzigd.

Nieuwe wetgeving – het zogenaamde tweederde dwingend recht – geeft de or wel invloed op de individuele contractsvrijheid van de werknemer. Om die reden kan worden betoogd dat de WAZ en de WAA grotere invloed op het gebied van arbeidsvoorwaarden toekennen aan de or dan deze heeft op grond van de wor. Terwijl voor de doorwerking van de cao aansluiting wordt gezocht bij het lidmaatschap van een vereniging waardoor men vertegenwoordigd is in het arbeidsvoorwaardenoverleg, is bij de WAZ en de WAA sprake van de toedeling van een bevoegdheid door de wetgever. Die bevoegdheid maakt het voor de werkgever mogelijk in samenspraak met de or ten nadele van de werknemer van de wet af te wijken. Door de wetgever is beoogd dat deze afwijking van invloed is op het individuele niveau. Omdat geen onderscheid wordt gemaakt tussen leden en niet-leden

lijken deze bevoegdheden verderstreckende gevolgen te hebben voor de individuele contractsvrijheid dan bijvoorbeeld het driekwart dwingend recht, dat wel onderscheid maakt tussen gebonden en niet-gebonden werknemers. Wegens de verderstreckende gevolgen voor de contractsvrijheid zou ik dit type bevoegdheden van de WAA en de WAZ liever aanduiden met de term 'zeven-achtste' dwingend recht.

De Duitse *Betriebsrat* kan de contractsvrijheid van de werknemer ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden niet beperken. De Duitse *Tarifsperre* verbiedt namelijk dat de *Betriebsrat* zich beweegt op het terrein van sociale partners. Zaken die normaal gesproken in een TV worden geregeld – zoals primaire arbeidsvoorwaarden – kunnen geen onderwerp zijn van een afspraak met de *Betriebsrat*. De Nederlandse or kan meer zeggenschap verkrijgen ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden dan de Duitse *Betriebsrat*, omdat niet is uitgesloten dat de werkgever de or extra bevoegdheden toekent op grond waarvan het mogelijk is te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden. In Duitsland biedt de wet geen mogelijkheid om dergelijke extra bevoegdheden toe te kennen. Wel ligt het binnen de wettelijke mogelijkheden om decentralisatiebepalingen (*Öffnungsklausel*) op te nemen in de tv. Deze decentralisatiebepalingen kunnen op het niveau van de onderneming nader worden uitgewerkt in samenspraak met de *Betriebsrat*. Ook wordt de *Betriebsrat* vaker benaderd als onderhandelingspartner voor de werkgever om een *Bündnis für Arbeit* overeen te komen. Voorts zijn er voorstellen in het parlement gedaan om instemming door de *Betriebsrat* een rol te laten spelen bij de invulling van het *Günstigkeitsprinzip*. Deze voorstellen hebben echter (nog) niet in wetgeving geresulteerd.

Het gebruik van een (door de or geaccordeerde) bedrijfsregeling vergroot de contractsvrijheid van de werkgever maar beperkt die van de werknemer in sterke mate. De bedrijfsregeling is geen rechtsfiguur uit het collectieve arbeidsrecht, maar vindt zijn oorsprong in het algemeen verbintenissenrecht. De bedrijfsregeling maakt het mogelijk om op ondernemingsniveau afspraken te maken en die vervolgens door te laten werken naar het individuele niveau. De bedrijfsregeling kan eenzijdig door de werkgever worden vastgesteld. Indien er een or is zal dat vaak in samenspraak met de or gebeuren. Indien een mogelijkheid tot eenzijdige wijziging is bedongen in de individuele arbeidsovereenkomst kan ook een wijziging van de bedrijfsregeling doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Indien de mogelijkheid tot wijzigen is bedongen dient de werkgever aan te tonen dat hij een zwaarwegend belang heeft bij die wijziging dat zwaarder weegt dan het belang van de werknemer dat door de wijziging moet wijken. Instemming van de or met de voorgenomen wijziging scheidt niet het rechtsvermoeden dat sprake is van een zwaarwegend belang aan de zijde van de werkgever.

De werknemer beperkt zijn vrijheid indien hij instemt met incorporatie van een bedrijfsregeling vergezeld van een beding tot eenzijdige wijziging. Indien de werkgever niet is gebonden door cao of avv biedt de bedrijfsregeling hem de mogelijkheid eenzijdig primaire arbeidsvoorwaarden vast te stellen. Dit kan ertoe leiden dat de werknemer die eenmaal de arbeidsovereenkomst heeft getekend voor lange tijd vastzit aan de arbeidsvoorwaarden die eenzijdig gewijzigd kunnen worden. In de praktijk wordt de bedrijfsregeling echter niet veel voor primaire arbeidsvoorwaarden gebruikt, maar dient deze ertoe regelingen te treffen met betrekking tot kinderopvang, reiskostenregelingen of gebruik van een mobiele telefoon. Indien cao en avv aan betekenis zouden inboeten, is niet ondenkbaar dat – meer dan nu – werkgevers met behulp van bedrijfsregelingen het arbeidsvoorwaardenbeleid in hun onderneming zullen vormgeven.

Ook in Duitsland biedt de overigens niet geregelde rechtsfiguur van de *Regelungsabrede* de mogelijkheid eenzijdig arbeidsvoorwaarden vast te stellen. Deze regeling dient wel te worden geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. Indien de werkgever niet is gebonden door een tv dan verschaft de *Regelungsabrede* hem een ruime mate van contractsvrijheid. Doordat een *Regelungsabrede* geen normatieve werking heeft is het te allen tijde mogelijk op individuele basis ervan af te wijken.

Conclusie

Er bestaat een spanning tussen het cao-recht en de individuele contractsvrijheid als gevolg van normatieve werking. Ingeval van normatieve werking is afwijken van de cao niet toegestaan. Dezelfde spanning doet zich voor bij avv. Regelingen met de or daarentegen beperken de contractsvrijheid van de werknemer niet. Een uitzondering hierop vormen afspraken met de or op grond van de waa en de waz. Eenzijdig door de werkgever vastgestelde bedrijfseigen regelingen verschaffen de werkgever een ruime mate van contractsvrijheid, maar beperken die van de werknemer. In Duitsland beperken de tv en de ave de contractsvrijheid op vergelijkbare wijze als in Nederland. De *Betriebsrat* beperkt de individuele contractsvrijheid van de werknemer niet waar het primaire arbeidsvoorwaarden betreft. De werkgever heeft bij gebruik van een *Regelungsabrede* een ruime mate van contractsvrijheid om eenzijdig arbeidsvoorwaarden vast te stellen.

Vraag 2: In hoeverre, dat wil zeggen ten aanzien van welke onderwerpen, onder welke voorwaarden, binnen welke grenzen, geven collectieve instrumenten van arbeidsvoorwaardenvorming ruimte voor een uitwerking c.q. afwijking van de neergelegde normen op individueel en decentraal niveau?

Cao

Het Nederlandse cao-recht biedt ruimte om de cao zo in te richten dat afwijken op decentraal of individueel niveau mogelijk is. De Wet CAO regelt in art. 9 Wet CAO de gebondenheid. In de artikelen 12 en 13 zijn de normatieve en aanvullende werking geregeld. De wet schrijft echter niets voor over de inhoud van het cao-instrument op zich. In die zin biedt de wet aan sociale partners volop ruimte om het cao-instrument zelf zo vorm te geven dat het aansluit bij bestaande behoeften. Deze mogelijkheid wordt door sociale partners in de praktijk regelmatig benut.

Veel cao's bieden ruimte voor uitwerking op decentraal niveau. Dit kan door het opnemen van decentralisatiebepalingen in de cao. Deze bepalingen bieden de werkgever de bevoegdheid om in samenspraak met de or arbeidsvoorwaarden nader vast te stellen op het niveau van de onderneming. Ook komen in cao's bepalingen voor die het mogelijk maken in overleg met een vakbondsbestuurder af te wijken van de cao. Mantel- en raam-cao's bieden mogelijkheden om de cao binnen het bedrijf nader in te vullen. Sommige cao's kennen ten aanzien van arbeidstijden een bepaalde bandbreedte, die het mogelijk maakt om op het niveau van de onderneming rekening te houden met fluctuaties in het productieproces.

De cao kan ook ruimte scheppen voor individuele keuzemogelijkheden in de vorm van een cao à la carte. Dit type cao's maakt het voor individuele werknemers mogelijk om in een keuzemenu te kiezen uit verschillende arbeidsvoorwaarden. Bovendien bevatten de meeste cao's minimumbepalingen. Deze bepalingen maken het mogelijk overeenkomstig het gunstighedsprincipe af te wijken ten gunste van de werknemer.

Om de mogelijkheid te bieden van de cao als geheel af te kunnen wijken kunnen sociale partners in de cao een dispensatiebepaling opnemen. Een werkgever met een eigen ondernemings-cao kan cao-partijen verzoeken om zijn onderneming uit te zonderen van de werkingssfeer van de bedrijfstak-cao. Een dergelijk verzoek om uitzondering wordt dan onderdeel van het overleg tussen de cao-partijen. Ook gedurende de looptijd van de cao kan de werkgever (tussentijds) dispensatie vragen aan cao-partijen. Voorwaarde hiervoor is dat de cao deze mogelijkheid biedt. Een verschil met de uitzondering van de werkingssfeer is dat de dispensatie niet reeds van tevoren en expliciet in de cao is vastgesteld. Of de dispensatie wordt toegekend is aan sociale partners om te bepalen. Tot slot is het voor een bedrijf dat in financiële problemen is geraakt mogelijk een ondernemings-cao te sluiten om onder de werking van de bedrijfstak-cao uit te komen. Zo kan een naderend faillissement worden afgewend.

Het Duitse *Tarifvertragsgesetz* regelt in par. 3 de gebondenheid aan de tv en in par. 4 de normatieve werking van de tv. Op grond van par. 4 III TVG is afwijken van de tv slechts toegestaan indien dit gunstiger is voor

de werknemer. Dit *Günstigkeitsprinzip* wordt strikt toegepast blijkens de uitspraak van het BAG in de Burda-zaak. Los hiervan biedt de wet net als in Nederland sociale partners de ruimte om de tv zo vorm te geven dat deze individueel of decentraal kan worden ingevuld. Sociale partners benutten deze mogelijkheden echter minder dan in Nederland.

In tv's komen geen individuele keuzemogelijkheden voor. Uitwerking van de tv op het decentrale niveau daarentegen is wel gangbaar door de praktijk van de *Öffnungsklausel*. Deze decentralisatiebepalingen in de tv maken het mogelijk de tv in samenspraak met de *Betriebsrat* nader uit te werken. De ruimte die deze *Öffnungsklausel* bieden is beperkt. Vaak is het zo dat bonden zich het recht voorbehouden om de decentrale uitwerking goed te keuren voordat deze van kracht kan worden op het niveau van de onderneming. Mantel- of raam-cao's, die slechts een raamwerk geven, komen niet voor.

Een dispensatieprocedure in de tv zelf, opgenomen door sociale partners, komt niet voor in Duitsland. De ruimte om van de tv af te wijken is dus beperkt. Indien een Duitse gebonden werkgever de tv niet langer kan naleven, bijvoorbeeld door financiële problemen kan de door de overheid gestimuleerde *Bündnis für Arbeit* (BfA) een uitweg bieden. In tegenstelling tot de afspraak met het personeel om de tv te ontduiken is dit een wettelijk toegestane variant van de BfA. Deze BfA wordt gesloten met de vakbonden en geldt als aanvullende tv. Doordat de vakbond optreedt als contractspartij verkrijgt de BfA de status van tv, wat drie voordelen heeft. Ten eerste is er normatieve werking. Ten tweede is de afwijking van de oorspronkelijke tv toegestaan. Ten derde staat de *Tarifsperre* niet aan de afwijking in de weg. Door de BfA wordt afwijking van de tv als geheel mogelijk.

Avv

Van de besproken instrumenten is de avv het meest knellend, omdat dit instrument de negatieve contractsvrijheid beperkt en de minste ruimte tot afwijking biedt. Actoren worden gebonden hoewel zij zich daartoe nooit hebben verbonden middels lidmaatschap van een vereniging. Indien de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een besluit tot avv heeft genomen zijn alle werknemers en werkgevers die onder de werkingsfeer van de betreffende cao vallen door deze gebonden. Op grond van art. 3 Wet avv treedt dan normatieve werking op. Afwijken van de avv-cao is niet toegestaan op straffe van nietigheid. In geval van een minimum-cao is het wel mogelijk af te wijken ten gunste van de (individuele) werknemer.

Er bestaat ondanks avv ruimte om af te wijken van de cao door de mogelijkheid dispensatie te vragen. Indien sociale partners in de cao een dispensatiebepaling hebben opgenomen kan de werkgever bij de cao-partijen om dispensatie verzoeken. Indien de cao geen dispensatiebepaling kent of

indien het verzoek wordt afgewezen kan de werkgever bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzoeken om dispensatie. Op grond van het Toetsingskader avv waarin de beleidsregels voor avv zijn neergelegd moet een verzoek om dispensatie worden gedaan binnen de termijn van drie weken na tervisielegging van het verzoek om avv. Indien de werkgever het verzoek doet na ommekomst van deze termijn wordt het verzoek om dispensatie niet in behandeling genomen. Hij is dan gebonden door avv tot het einde van de looptijd van de avv. In het geval van avv van Sociale Fondsen kan dit voor een lange periode zijn. In dit geval is de contractsvrijheid van de werkgever sterk beperkt. Daarbij speelt ook het probleem van de overlappende werkingssferen. Hierdoor zijn werkgevers zich er soms niet van bewust dat een cao van toepassing is op hun bedrijf. Indien bedrijven dan worden geconfronteerd met een naheffing voor een bepaald fonds of een loonvordering van werknemers kan dit zorgen voor financiële problemen.

Avv hoeft niet in de weg te staan aan nadere uitwerking van de cao op decentraal niveau. Indien de cao decentralisatiebepalingen bevat kan de algemeen verbindend verklaring hiervan zich ook uitstrekken over de uitwerking van de decentralisatiebepaling door bijvoorbeeld de or. Dit is mogelijk op voorwaarde dat de sociale partners in de cao duidelijke mogelijkheden aangeven voor de nadere decentrale uitwerking. Hiermee wordt voorkomen dat als het ware een 'blanco cheque' door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt uitgereikt door de cao voor avv te verklaren.

In Duitsland is de rechtsfiguur van AVE meer knellend dan de avv voor Nederlandse werkgevers. Er bestaat in Duitsland namelijk geen enkele mogelijkheid om dispensatie aan te vragen. Doordat veel Duitse werkgevers zich door de tv te zeer in hun vrijheid belemmerd achten, neemt de betekenis van AVE af. Dit komt doordat de werkgeversafgevaardigde in de *Tarifausschuss* regelmatig zijn goedkeuring aan de AVE onthoudt. Hierdoor ontstaat een feitelijk veto-recht. Daarbij wordt de representativiteit van 50% niet meer gehaald, doordat steeds minder werkgevers zich aansluiten bij een werkgeversvereniging, danwel een type lidmaatschap verkiezen dat niet leidt tot gebondenheid aan de tv. Door het afnemende draagvlak voor de tv en de AVE daarvan wordt het beoogde doel van AVE, namelijk het voorkomen van concurrentie door werkgevers op arbeidsvoorwaarden, niet behaald. Hierin ligt ook een aanwijzing dat dispensatie zoals in Nederland gebruikelijk, een goede manier is om werkgevers die niet 'thuishoren' onder een bepaalde cao de mogelijkheid te bieden zich aan de avv te onttrekken. Het Duitse voorbeeld maakt duidelijk dat als deze mogelijkheid niet wordt geboden, werkgevers hun wegen buiten het bestaande systeem zoeken.

Conclusie

Het Nederlandse cao-recht biedt ruimte om de cao zo in te richten dat afwijken op decentraal of individueel niveau mogelijk is. Sociale partners benutten deze mogelijkheid geregeld. Veel cao's bieden ruimte voor uitwerking op decentraal niveau. Dit kan door het opnemen van decentralisatiebepalingen in de cao die door de werkgever in samenspraak met de or op het ondernemingsniveau kunnen worden uitgewerkt. De cao kan ook ruimte scheppen voor individuele keuzemogelijkheden in de vorm van een cao à la carte. Daarbij kennen de meeste cao's een dispensatieregeling. Het Duitse *Tarifvertragsrecht* biedt ook mogelijkheden aan sociale partners om de tv zo vorm te geven dat deze individueel of decentraal kan worden ingevuld. Sociale partners benutten deze mogelijkheden minder dan in Nederland. Individuele keuzemogelijkheden komen in tv's niet voor. Wel bevatten veel tv's zogeheten *Öffnungsklausel* die het mogelijk maken de tv in samenspraak met de *Betriebsrat* nader uit te werken. In Duitse tv's komen geen dispensatiebepalingen voor.

Avv beperkt de negatieve contractsvrijheid. Dit wordt gecompenseerd door de mogelijkheid dispensatie te vragen aan de cao-partijen, danwel bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Als de avv-cao eenmaal van toepassing is dan is het mogelijk dat de uitwerking van eventuele decentralisatiebepalingen uit de cao ook algemeen verbindend zijn. Dit is alleen mogelijk als de decentralisatiebepalingen heldere keuzemogelijkheden inhouden die vooraf door sociale partners zijn vastgesteld. AVE in Duitsland beperkt de negatieve contractsvrijheid sterker dan avv in Nederland, omdat een dispensatieprocedure in Duitsland ontbreekt.

6.2 Slotbeschouwing

Uit het voorgaande is gebleken dat individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming niet onverenigbaar zijn. Desondanks bestaan er binnen het huidige systeem knelpunten die bespreking verdienen. Onderscheiden worden een juridisch-systematisch en een praktisch knelpunt.

6.2.1 *Juridisch-systematisch*

Bij de beantwoording van de centrale vraag is aandacht geschonken aan de manier waarop collectieve instrumenten van arbeidsvoorwaardenvorming de contractsvrijheid beperken. Er bestaat een aantal knelpunten. Zo is het uitgangspunt voor de werking van het cao-recht de wederzijdse gebondenheid van werkgever en werknemer conform art. 9 Wet CAO. Gebondenheid is een vereiste voor de normatieve werking van art. 12 Wet CAO. Het vereis-

te van lidmaatschap voor de normatieve werking van de cao houdt echter geen gelijke pas met de huidige praktijk. Ten tijde van het ontstaan van de Wet CAO is art. 14 in de wet opgenomen om te voorkomen dat de ongeorganiseerde werknemers onder het cao-tarief gingen werken. Dit artikel verplicht de gebonden werkgever de cao ook toe te passen op zijn ongeorganiseerde werknemers. Het doel van de regeling was het beschermen van de cao tegen onderbieding. Inmiddels neemt de art. 14-werknemer echter geen uitzonderingspositie meer in. Het merendeel van de Nederlandse beroepsbevolking bestaat uit art. 14-werknemers.

Op de arbeidsovereenkomst met de ongebonden werknemer wordt de cao op verschillende manieren toegepast. Op grond van art. 14 Wet CAO is de werkgever slechts gehouden de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden *toe te passen*. Hiermee verwerft de werknemer echter geen zelfstandig vorderingsrecht. Dit heeft tot gevolg dat de werknemer in rechte geen nakoming van de cao kan vorderen. Bovendien ontstaat door de toepassing op grond van art. 14 Wet CAO ook geen nawerking door het ontbreken van normatieve werking.

In de praktijk gaan werkgevers regelmatig over tot incorporatie van de cao. Dit doen zij onverplicht dan wel op grond van een verplichting uit de cao. Door het instemmen met een incorporatiebeding aanvaardt de ongebonden werknemer de toepassing van een bepaalde cao op zijn arbeidsovereenkomst. Vaak is een incorporatiebeding tevens zo geredigeerd dat ook opvolgende versies van toepassing zijn op de individuele arbeidsovereenkomst. Los daarvan kan ook een beding worden opgenomen tot eenzijdige wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst conform art. 7:613 BW. Indien cao-partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over een nieuwe opvolgende cao zal een redelijkheidstoetsing tot gevolg hebben dat een eventueel belang van de werknemer dat door de wijziging moet wijken minder zwaar weegt dat het belang van de werkgever bij de wijziging. Een beroep op de redelijkheidstoetsing door een ongeorganiseerde werknemer ligt ook niet voor de hand omdat het voor de aan de cao gebonden werknemer ook niet mogelijk is tussentijds toetsing te vragen van de wijziging van de arbeidsovereenkomst als gevolg van normatieve werking. Het instemmen met het toepassen van een incorporatiebeding verschilt volgens Fase niet wezenlijk van een overdracht van de individuele contractsvrijheid door de lidmaatschapsband met een werknemersvereniging.

Het effect van incorporatie en de normatieve werking is dus vergelijkbaar voor zover het gaat om het overdragen van de individuele contractsvrijheid voor de duur van de arbeidsovereenkomst. Om deze reden kan worden overwogen voor wat betreft de werking van het cao-recht niet meer aan te sluiten bij de vraag of iemand vakbondslid is, maar bij de vraag of er wilsovereenstemming bestaat over de toepassing van de cao. Tevens zou het aanbeveling verdienen meer eenvormigheid in het systeem te creëren,

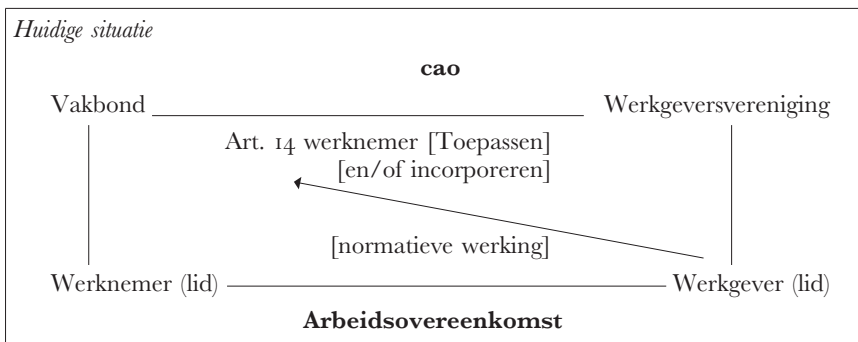
waardoor de bestaande veelvoud aan typen van gebondenheid wordt gereduceerd. Daarbij zou het duidelijkheid scheppen indien alle werknemers nakoming van de cao kunnen vorderen niet alleen voor arbeidsvoorwaarden, maar ook voor de andere bepalingen van de cao. Ook nawerking van de cao voor alle werknemers is te prefereren omdat hiermee rechtszekerheid wordt gegarandeerd.

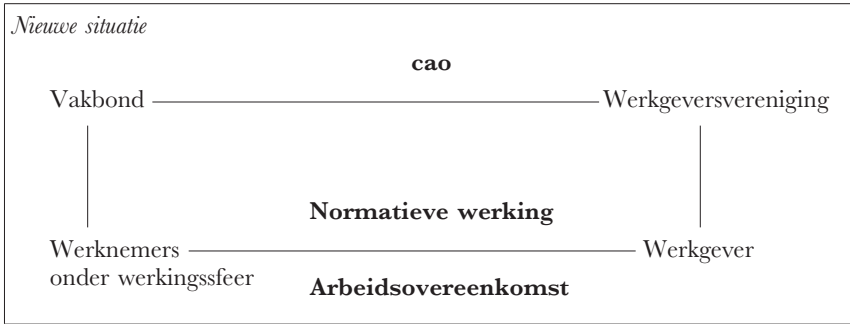
Wellicht niet de enige, maar wel een mogelijke oplossing voor de eerder genoemde knelpunten is de gebonden werkgever te verplichten de cao toe te passen op alle personeelsleden die onder de werkingssfeer van de cao vallen, ongeacht de vraag of de werknemers gebonden zijn. Door een tweede lid bij art. 14 Wet CAO op te nemen kan worden bereikt dat de ongebonden werknemer kan instemmen met de cao met als gevolg dat de cao op zijn arbeidsovereenkomst dezelfde werking heeft als op de arbeidsovereenkomst met de gebonden werknemer. Een mogelijke tekst voor art. 14 Wet CAO zou zijn:

‘Artikel 14.- 1. Wanneer bij de collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald, is de werkgever, die door die overeenkomst gebonden is, verplicht, tijdens den duur dier overeenkomst hare bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de collectieve arbeidsovereenkomst bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn.

-2. Indien de ongebonden werknemer instemt met de toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 1, is elk beding tussen de ongebonden werknemer en de gebonden werkgever in strijd met de collectieve arbeidsovereenkomst, nietig. Art. 12 eerste lid, tweede volzin en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing.

De gesuggereerde oplossing ziet er schematisch als volgt uit:





Een voordeel van de gesuggereerde oplossing is dat het onderscheid tussen gebonden en niet gebonden werknemers kan komen te vervallen. Momenteel is het lidmaatschap van een vakbond bepalend voor de vraag of normatieve werking kan optreden. Betoogd kan worden dat ook wilsovereenstemming tussen de individuele werknemer en de individuele werkgever het effect van normatieve werking kan bewerkstelligen. Dit is immers wat partijen in de praktijk dikwijls beogen met het incorporeren van regelingen.

Een tweede voordeel is dat door dit voorstel eenvormigheid wordt geschapen in het cao-systeem wat betreft de toepasselijkheid van een cao. De normatieve werking van art. 12 Wet CAO kan toepassing vinden door hetzij de gebondenheid op grond van de lidmaatschapsband, hetzij de weg van de instemming door de ongebonden werknemer met de toepasselijkheid van de cao op grond van 'art. 14 lid 2 Wet CAO'. De ongebonden werknemer die niet instemt met de toepasselijkheid van de cao behoudt zijn negatieve contractsvrijheid.

Een derde voordeel is dat alle werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen en met de toepassing hebben ingestemd zich op de cao kunnen beroepen en ook naleving (van hun individuele arbeidsovereenkomst) kunnen vorderen. Dit is een verbetering in vergelijking met de huidige situatie waarin een werkgever de cao slechts moet *toepassen* op de art. 14-werknemer met als gevolg dat aan deze werknemer geen zelfstandig vorderingsrecht toekomt. Deze moet zijn toevlucht zoeken in hulpconstructies zoals het vorderen van naleving op basis van redelijkheid en billijkheid, gewoonte, stilzwijgende acceptatie of door een beroep op het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid. Of een dergelijk beroep wordt gehonoreerd moet thans van geval tot geval worden bekeken. Dit is een juridische onvolkomenheid die weliswaar begrijpelijk is in het licht van de ratio van art. 14 Wet CAO, maar verdedigbaar is dat deze constructie vervangen zou kunnen worden door een contractuele handeling waaraan de ongeorganiseerde werknemer wél concrete rechten ontleent.

Een vierde voordeel van de voorgestelde oplossing is dat de normatieve werking van art. 12 Wet CAO zich uitstrekt over de CAO als geheel en niet slechts over arbeidsvoorwaardenbepalingen. Daarbij ontstaat door normatieve werking ook nawerking van de CAO. Dit garandeert een aaneengesloten arbeidsvoorwaardenregiem hetgeen de rechtszekerheid en bescherming van werknemers ten goede komt.

Vanzelfsprekend kunnen er kanttekeningen worden geplaatst bij de hierboven gesuggereerde oplossing. Een eerste kanttekening luidt: waarom zou je ongeorganiseerden belonen met de normatieve werking van de CAO? Het probleem van de art. 14-werknemers zou immers eenvoudigweg kunnen worden opgelost indien deze werknemers zich zouden organiseren door lid te worden van een vakbond. In mijn opvatting staat de art. 14-werknemer niets in de weg zich te organiseren, maar het voorstel koppelt het lidmaatschap los van de manier waarop de CAO van toepassing wordt. De CAO wordt in de huidige praktijk immers van toepassing ondanks het ontbreken van vakbondslidmaatschap. Doordat de wijze van gebondenheid echter wordt gerelateerd aan het al dan niet zijn van vakbondslid ontstaat een lappendeken in typen van gebondenheid. Door het ongewijzigd in stand houden van het huidige systeem worden de ongeorganiseerde werknemers echter toch ook niet geprikkeld tot het aangaan van een vakbondslidmaatschap. Er wordt door het huidige systeem slechts rechtsonzekerheid geschapen.

Een tweede kanttekening betreft de financiële zijde. Tot nu toe was het mogelijk dat art. 14-werknemers zonder contributie te betalen de vruchten plukten van het werk van de vakorganisatie. Zouden de ongebonden werknemers niet moeten meebetalen aan het gebruik van de CAO? Dit is nauwelijks in de wet te regelen, omdat al snel spanning ontstaat met het beginsel van de negatieve collectieve contractsvrijheid. Sociale partners daarentegen organiseren de financiering van de activiteiten van de bonden sinds 1966 door het vaststellen van de verplichting tot betaling van het zogenaamde 'vakbondstientje' door de gebonden werkgevers.

Een derde kanttekening is te plaatsen bij de negatieve contractsvrijheid van de ongebonden werknemer. In het voorgestelde artikel behoudt de ongebonden werknemer de mogelijkheid, *niet* in te stemmen met de toepassing van de CAO. Betoogd kan worden dat de dit behoud van contractsvrijheid zeer relatief is daar de werknemer in de meeste gevallen weinig andere keus heeft dan in te stemmen met de toepasselijkheid van de CAO. Dit argument treft doel, maar dit is in de huidige situatie niet anders.

6.2.2. *Praktisch*

Hoewel er een spanning bestaat tussen het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en de individuele contractsvrijheid zijn beiden niet

onverenigbaar gebleken. De Wet CAO biedt een minimale regeling van slechts 27 artikelen. Deze artikelen geven de hoofdregels ten aanzien van de gebondenheid aan en de werking van de CAO. Deze basis biedt vervolgens ruimte aan sociale partners om in samenspraak tot flexibele oplossingen te komen. Er zijn echter wel haarscheurtjes in het systeem waarneembaar. Eén ervan is dat werkgevers in toenemende mate om dispensatie van AVV verzoeken voor een ondernemings-CAO of subsector-CAO die is afgesloten met een niet-onafhankelijke vakbond. Om misbruik van CAO-recht te voorkomen worden in het Toetsingskader AVV daarom nadere eisen gesteld aan de onafhankelijkheid van de CAO-sluitende partijen. Dit is enerzijds van belang om te voorkomen dat het verkrijgen van dispensatie al te gemakkelijk zou zijn; de verbindende kracht die AVV heeft voor de werkgeversverenigingen zou anders snel eroderen. Anderzijds blijkt uit de vergelijking met Duitsland (waar dispensatie van AVE in het geheel niet mogelijk is) dat dispensatiemogelijkheden voorkomen dat werkgevers zich massaal onttrekken aan de werkgeversvereniging en de bijbehorende gebondenheid aan de CAO. Het systeem moet dus ook niet te strikt zijn. Het Nederlandse CAO-systeem staat of valt bij de bereidheid van werkgevers om dit systeem in stand te houden. Als het systeem te knellend is zal dat het draagvlak van werkgevers snel kunnen verkleinen, met alle gevolgen van dien.

Nederlandse werkgevers onttrekken zich tot nu toe niet massaal aan het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. In de praktijk vormen zich oplossingen die alle partijen kennelijk tot tevredenheid stemmen. Grote conflicten blijven uit en in de bescherming van werknemers is in grote mate voorzien. Het is verdedigbaar om dan af te zien van het wijzigen van bestaande verhoudingen. Een essentiële voorwaarde voor het instandhouden van de huidige stabiliteit is de manier waarop sociale partners met elkaar zaken doen. Het is van belang dat sociale partners elkaar tegemoet blijven treden en samen zoeken naar oplossingen waarmee recht wordt gedaan aan de belangen van beide partijen. Uit de beschrijving van de Duitse situatie is gebleken dat indien sociale partners lijnrecht tegenover elkaar staan dit de ontwikkeling van de CAO geen goed doet. Het bleek zelfs dat werkgevers zich in toenemende mate van de CAO distantieerden. Door het ontbreken van dispensatiemogelijkheden zoeken Duitse werkgevers buiten de mogelijkheden van het wettelijk systeem naar eigen wegen om vrijheid te verkrijgen danwel te herkwijgen. Een dergelijke ontwikkeling zou de Nederlandse arbeidsverhoudingen niet ten goede komen.

6.2.3 *Slot*

Het Nederlandse systeem van arbeidsvoorwaardenvorming is gestoeld op een aantal duidelijke grondbeginselen. Hoewel de contractsvrijheid van gebonden werkgevers en gebonden werknemer door het CAO-recht sterk

wordt beperkt bevat de vormgeving van het cao-instrument in de praktijk mogelijkheden die ruimte bieden voor nadere uitwerking op het individuele en decentrale niveau. De Wet CAO is de afgelopen (bijna) 80 jaren overwegend geschikt gebleken als vertrekpunt voor onderhandelingen door sociale partners. Door de gematigde houding van sociale partners functioneert het systeem tot op heden goed. Met de blik op Duitsland kan bepleit worden dat het avv-beleid niet te strikt moet worden. Daarbij zijn oplossingen denkbaar voor het juridisch tekort van art. 14 Wet CAO. Ook bij de gesuggereerde oplossing blijft de inzet van sociale partners van groot belang voor de houdbaarheid van het systeem. De or kan een rol krijgen toegedicht door sociale partners waardoor meer kan worden tegemoet gekomen aan de behoefte aan maatwerk. Maatwerk op het individuele niveau wordt mogelijk gemaakt door minimum-cao's en keuzemogelijkheden in de cao. Slotsom is dat hoewel het verenigen van individuele contractsvrijheid en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming tegenstrijdig lijkt, dit in Nederland wel degelijk is gelukt.

SUMMARY

A basic principle in the Dutch law of obligations is individual freedom of contract. Individual freedom of contract is an extension of party autonomy, or the right to self-determination, and in the words of Asser-Hartkamp implies that ‘when giving effect to autonomy one is not prevented from being able, using a declaration of intention, to create certain legal effects’. This means that anyone is free to enter into or not to enter into a contract and to choose a contracting party. In doing so one is oneself permitted to decide the contents, effects and conditions of the contract, and whether or not to link them to a procedure or subject them to chosen legislation.¹

In employment law this freedom of contract of the parties is limited. Freedom of contract can be limited not only by mandatory statutory provisions in the Civil Code, but also by the fact that the parties are bound by a collective agreement (‘CAO’) under the Collective Agreements Act. If the parties are bound by a CAO within the meaning of Article 9 of the Collective Agreements Act, the normative effect of Article 12 of the Collective Agreements Act comes into force. Normative effect means that the employee and employer are no longer free to depart from the CAO provisions applying. Article 14 of the Collective Agreements Act also limits freedom of contract, since it obliges an employer who is bound by a CAO to apply it to unorganized employees too. Employers who are not bound by membership of an employers’ association are obliged to apply a CAO which has been declared universally binding by the Minister of Social Affairs and Employment under the Collective Agreements (Declaration of Universally Binding and Non-Binding Status) Act. Although the social background is different, the German legal system for determining terms of employment is broadly similar to the Dutch.

At the end of the 1990s both Dutch and German employers stated that in their perception CAOs were constrictive. At that time it was proposed – partly bearing in mind the need for decentralization – that there should be more negotiations with works councils on primary elements of remuneration. Besides CAOs themselves, orders declaring them binding were also perceived by employers as millstones around their necks. If, by agreement with their personnel, they want to depart from a CAO which has been de

1. A.S. Hartkamp, C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. [C. Asser’s Dutch civil law practice manual] 4. *Law of obligations*. Part II. General doctrine of contracts, Deventer: Kluwer 2005, no. 31.

clared binding in a way that affects the employee adversely, in most cases this is not possible, as such an agreement is void.

Given the tension which arise in both the Netherlands and Germany between individual freedom of contract and the collective determination of terms of employment, the question arises what scope there still is within the existing statutory system of CAO law to meet the need for customized arrangements at an individual or decentralized level. Is the CAO a strait-jacket or are there ways of getting round its effects? Which employees and employers are bound by the CAO and for how long? How do situations in which the parties are bound by CAOs arise and under what conditions are such CAOs nonbinding? What scope exists for individual freedom of contract in Dutch and German collective employment law? These questions have been studied on the basis of the following formulation of the problem:

What scope do existing legal instruments for determining collective employment conditions provide for individual freedom of contract?

Section one sets out, for the Collective Agreements Act, the Collective Agreements (Declaration of Universally Binding and Non-Binding Status) Act and the Works Councils Act, the arguments which were exchanged for and against limiting individual freedom of contract when the Acts concerned were debated in Parliament. Various themes were distinguished in the discussion. Differentiation and customization were a key theme in the discussion of whether social partners should be able to look after the interests of the individual 'worker'. The division of responsibilities between actors was discussed in two ways, firstly in the relationship between the government and social partners and secondly in the relationship between social partners and the actors at company level. In the debate on the balance between individual freedom of contract and determining collective terms of employment, the power, knowledge and expertise of the actors, also denoted by the term 'countervailing power', was usually central. Employee solidarity was an important argument for supporters of the Collective Agreements Act and Collective Agreements (Declaration of Universally Binding and Non-Binding Status) Act. Negative freedom of contract, on the other hand, was an argument put forward by opponents of the same legislation. It was the firm belief of the supporters that the Collective Agreements Act and the Collective Agreements (Declaration of Universally Binding and Non-Binding Status) Act should be passed in the interests of order and peace. According to its opponents, however, the proposed legislation would result in reduced competition and flexibility. At the time the Works Councils Act was passed, the opponents of works agreements put forward systematic arguments when the option to conclude an agreement with the works council was included in the Works Councils Act.

The second section considers what scope the law relating to CAOS provides for individual freedom of contract. This question is considered on the basis of four subquestions. In relation to the question of *who* are bound by the CAO, a typology is given of various ways in which social partners are bound. For the employee it was notable that the degree of individual freedom of contract was defined particularly by whether he or she was a member of a trade union. For the employer too, individual freedom of contract is greatly limited by membership of an employer's association. In most cases, however, the limitation of freedom of contract applies only to departures from the CAO which are detrimental to the employee.

The question of the *time for which* the parties to the CAO are bound resulted in the finding that it is generally accepted that normative provisions will continue to be effective. This can obstruct individual freedom of contract, since the parties must reach agreement before they can depart from a CAO the effect of whose provisions continues. The agreement's retrospective effect greatly reduces the individual freedom of contract of both the employer and employee. The purpose of retrospective effect is to guarantee a continuous terms of employment regime in order to protect the employee's legal interests.

The *type of terms of employment* turned out not to be relevant to the degree by which the parties are bound. Consideration of case law shows that the courts assess a departure from the CAO strictly by reference to Article 12 of the Collective Agreements Act. This strict assessment is carried out independently of the type of terms of employment. Departures from the CAO which are not possible under it are struck out by the nullity sanction. The consent of the works council does not change this.

The case law shows *the degree to which* the parties are mandatorily bound by the CAO. The law substantially limits the employer's freedom of contract, in that the CAO cannot be departed from in a way that is unfavourable to the employee. The employee, on the other hand, retains some of his freedom if he is not a member of a trade union. Against the law's limitation of individual freedom is the fact that in practice the CAO instrument is less rigid than it used to be. Social partners use the ways to mould and use it flexibly. At a decentralized level the works council can be assigned tasks delegated by social partners. For individual employees, individual options can be created by including customized provisions, a CAO *à la carte* as it is called. It is also standard practice for social partners to include in the CAO clauses which enable employers to make a request to social partners to be exempted from being bound by the CAO.

The third section discusses the tension between *orders declaring CAOS binding* and individual freedom of contract. Again, different positions of the employee and employer are examined in relation to different ways in which

the parties are bound by CAOS. Orders declaring CAOS binding substantially limit the individual freedom of contract of both the employer and employee, regardless of whether they are members of an employers' association or trade union. For the employer, getting the social partners or the Minister of Social Affairs and Employment to grant dispensation from a CAO which has been declared binding is the only way to avoid its binding nature.

The temporal effect of an order declaring a CAO binding is limited to the period for which the CAO has been declared binding. In the period when there is no such declaration, the employment contract between an employer and employee who are not bound by the declaration is not subject to it and one must fall back on the regime which applied prior to the ministerial order. In the context of this time-limited effect it is fitting that – subject to a few exceptions – a declaration should not be retrospective. Moreover, despite calls in the literature to do so, the Supreme Court has never assigned continued effect to ministerial orders declaring that CAOS are binding. Although this is correct from the point of view of freedom of contract and methodology, the absence of continued effect creates legal uncertainty for employees because different terms of employment may apply during the employment contract.

Decentralization provisions are also eligible for an order declaring a CAO binding. This possibility partly deals with the objection that CAOS and the orders declaring them binding limit individual freedom of contract and limit decentralization. The framework for assessing orders declaring CAOS binding does, however, require the social partners to state clearly in the decentralization provision the alternatives from which choices can be made at the decentralized level. The framework for assessing orders declaring social security fund CAOS binding also ties CAOS to procedural rules. These must guarantee the transparency of the funds' expenditure aims. This is important because employers not bound by a CAO are obliged by orders declaring social security fund CAOS binding to contribute to social security funds for long periods.

In considering the question of how rigid orders declaring CAOS binding are, it turns out that they substantially limit freedom of contract. Their normative and supplementary effects are just as rigid as under the Collective Agreements Act. Departures from CAOS at individual level are void. Departures which favour the employee are in most cases allowed. Whereas in the case of the Collective Agreements Act one still has a transfer of freedom of contract as a result of the acceptance of membership, this option is lacking in the case of the Collective Agreements (Declaration of Universally Binding and Non-Binding Status) Act. It is, however, possible to apply for dispensation during the three weeks following the submission to public inspection of the request for an order declaring a CAO binding. For regular exemption from an order declaring a CAO binding during its term,

it is insufficient to agree a departure from the CAO with the personnel and the works council, as the *Smead/Bonden* case and other cases show.²

The central theme of the fourth section is agreements with the works council. These do not limit individual freedom of contract. In contrast to CAOs and orders declaring them binding, agreements with the works council do not have implications for individual employment contracts. The parliamentary history and the evaluation of the Works Councils Act show that the methodology of that Act does not limit employees' negative freedom of contract. In contrast to the trade unions which negotiate concerning a CAO, in the situation of a negotiating works council there is no (deliberate) transfer of freedom of contract by employees.

Although the methodology is clear, in practice ways are nevertheless sought to create situations in which agreements with the works council affect the individual level. For example, social partners deliberately delegate powers to company level by means of delegation clauses in the CAO. The situation in which as soon as an agreement with the works council falls under the scope of the CAO (or a CAO which has been declared binding), the agreement can indeed have a direct effect is, however, defended. In practice it is widely assumed that the results of agreements with the works council continue to apply in the employment contract.

In the absence of direct effect, the inclusion of an incorporation clause and a clause permitting unilateral changes to the employment contract on the grounds of Book 7, Section 613 of the Civil Code can create a situation in which employees are bound by agreements with the works council and any future changes to them. In this way the absence of direct effect is eliminated and the employee gives up his negative freedom of contract. In practice this is the way to arrange for agreements with the works council, such as staff manuals, agreements, employee benefits schemes and other company schemes to apply to the individual employment contract. If such a stipulation has not been agreed, the employment contract is nevertheless sometimes altered invoking Book 7, Section 611 of the Civil Code. In my opinion this is undesirable, as the test applied in this case is less onerous than the balancing of interests which takes place if a clause allowing unilateral changes had in fact been included.

Finally, in contrast to the methodology of the Works Councils Act, the Working Hours Act, the Work and Care Act and the Working Hours (Adjustment) Act (the 'two-thirds mandatory law', as it is called) does have certain repercussions at the level of the individual employee. This legislation provides ways, in conjunction with the works council, of giving expres-

2. Court in interlocutory proceedings Groningen 6 August 2004, *JAR* 2004/198.

sion to the possibilities which the law provides, or to limit the legal possibilities. Detailed elaboration in conjunction with the works council binds the individual employees in the company. This kind of effect goes beyond the direct effect that we know on the basis of the law concerning CAOS, which distinguishes between employees bound by the agreement and those who are not. In the case of the 'two-thirds mandatory law' this distinction is not made and the arrangements apply to all employees, regardless of whether they wanted to mandate the works council to act on their behalf.

The fifth section comprises a comparison of the German and Dutch systems of collective employment law. The systems have the same instruments such as CAOS, orders declaring CAOS binding and agreements with works councils. In Germany, as in the Netherlands, the legislation relating to the collective negotiation of terms of employment greatly limits individual freedom of contract. It is only possible to depart from the CAO if the departure is more favourable to the employee than application of the CAO would be: the *Günstigkeitsprinzip* as it is called.

In practice, social partners in the CAO increasingly include delegation clauses (*Öffnungsklausel*) which make it possible to depart from elements in the CAO at company level. Assigning individual freedom of choice, as is customary in the Netherlands by means of the CAO *à la carte*, does not occur in Germany, however, though company CAOS which make customization possible are agreed more frequently than they used to be.

In Germany too CAOS can be declared binding by operation of law. If a majority of the employees are already bound by the CAO, its effect can be extended to the other employees and employers in the sector who are not bound by it. Only seldom, however, are CAOS declared binding, as employers tend not to cooperate in bringing about such declarations. Nor are there many situations where a 'substantial majority' of employers are bound by a CAO. Although the extent to which employers are organized is some 80%, the extent to which they are bound by the CAO does not correspond to this. Some 43% of companies in western Germany are bound by a CAO, against only 23% in the east. The discrepancy between the extent to which employers are organized and the extent to which they are bound by CAOS can be explained by a different kind of membership offered by employers' associations. This is 'membership without a CAO' (*Ohne-Tarif-Mitgliedschaft*). The employer members benefit from the lobbying carried out and information provided by the association, but their membership does not result in their being bound by the CAO.

An important difference compared to the Netherlands is the absence of a dispensation procedure in Germany. As a result, a German declaration that a CAO is binding reduces individual freedom of contract more than in

the Netherlands. In Germany there is no way at all of being excepted from a CAO which has been declared binding.

German works councils (*Betriebsrate*) have more far-reaching powers than Dutch works councils. The *Betriebsvereinbarung* (German version of the works agreement) has normative effect. Consequently, the individual freedom of contract of German employees is limited more than that of Dutch employees. On the other hand, the *Betriebsrat* only has powers relating to matters which ‘in general’ are not regulated in a CAO. In other words, the *Betriebsrat* is not active in the area of primary elements of remuneration, unless this has been expressly delegated by the social partners by means of a delegation clause (*Öffnungsklausel*). In the Netherlands the works council only lacks power in relation to primary elements of remuneration if these have already actually been regulated in a CAO. This gives a Dutch works council more room for manoeuvre than a German *Betriebsrat*.

In practice, despite the legal prohibition, employers do make agreements with the *Betriebsrat* contrary to the CAO on primary elements of remuneration. These agreements are also made with the personnel. They are called *Bündnis für Arbeit* and are not allowed. The only possibility allowed is to make such an agreement with the trade unions. In most cases such agreements amount to guaranteeing employment in exchange for a quid pro quo from the employees, for example waiving an allowance or bonus or working for longer for the same salary.

The sixth section sets out the conclusions of the study with the answers to the problem as formulated. The first subquestion which was answered was:

- I. What tension exists in the law between individual freedom of contract and determining collective terms of employment?

Owing to the normative effect of Articles 9 and 12 of the Collective Agreements Act there is tension between the law relating to CAOs and individual freedom of contract. In the case of normative effect, departing from the CAO to the employee’s detriment is in most cases not allowed. The same tension occurs in relation to declarations that CAOs are binding. If a CAO has been declared binding on a whole industry, one is not permitted to depart from it. This applies to both organized and unorganized employees and employers. This greatly limits the freedom of contract of the latter in particular, because they have not organized themselves but are nevertheless obliged to apply the CAO. Agreements with the works council, on the other hand, do not limit the employee’s freedom of contract. Such agreements do not have direct effect in individual employment contracts. In most cases, when the employer and employee enter into the employment contract

they agree a clause which gives the employer ample opportunity to make interim changes. In practice, changes are made to individual contracts of employment even when there is no such clause. In the latter case a test of reasonableness is set which – strangely enough – is less strict than if a legal stipulation permitting unilateral changes in accordance with Book 7, Section 613 of the Civil Code had in fact been included. Rules adopted unilaterally by the employer which are individual to the particular company give the employer a substantial degree of freedom of contract, but limit that of the employee.

In Germany the CAO and the declaration that it is binding limit freedom of contract in a similar way to the Netherlands. There too, if there is normative effect, one may not depart from the CAO, except in accordance with the ‘no detriment’ principle. Because of the primacy of social partners included in § 77 paragraph 3 of the *Betriebsverfassungsgesetz*, the *Betriebsrat* does not limit the employee’s individual freedom of contract regarding the primary elements of remuneration. In the absence of a declaration that the CAO is binding, if an employer who is not subject to a binding CAO uses a *Regelungsabrede* (similar to the Dutch incorporation clause), he has considerable freedom to adopt terms of employment unilaterally.

The second subquestion in the study was:

2. To what extent, i.e. as regards what subjects, under what conditions, within what limits, do collective instruments for determining terms of employment give scope for elaboration or for departures from the norms laid down?

The answer to this question is that Dutch law on CAOS provides scope for structuring the CAO in such a way that it can be departed from at decentralized or individual level. Social partners frequently make use of this possibility. Many CAOS provide scope for elaboration at a decentralized level. This can be done by including in the CAO decentralization provisions which give the employer, in conjunction with the works council, power to make agreements at company level. The CAO can also create scope for individual options. An example is the inclusion of minimum stipulations which can be departed from in the employee’s favour. Another way of creating individual freedom of choice is to design the CAO as a *CAO à la carte*. In addition, most CAOS have a dispensation rule.

The German *Tarifvertragsrecht* also provides social partners with ways to design CAOS so that they can be fleshed out individually or at a decentralized level. Social partners use these possibilities less than in the Netherlands. In German law the *Günstigkeitsprinzip* (‘no detriment’ principle), which provides the right to deviate from a CAO in the employee’s favour has been codified. Otherwise, no explicitly worded individual options are found

in the CAOS themselves. Many CAOS do, however, include what are called *Öffnungsklausel* (delegation clauses) which make it possible to elaborate the CAO in conjunction with the *Betriebsrat*. German CAOS have no dispensation clauses. Compared to the Netherlands, this results in a stricter limitation of freedom of contract.

An order declaring a CAO universally binding limits negative freedom of contract. This is compensated for by the ability to ask the parties to the CAO, or the Minister of Social Affairs and Employment, for dispensation. Once the CAO has been made universally binding, it is possible that the details of any decentralization clauses in the agreement are also universally binding. This is only possible if the decentralization clauses include clear options which have been adopted by social partners beforehand. The fact that decentralization clauses may be declared universally binding provides a certain degree of flexibility. The statutory ability in Germany also to declare that a CAO is universally binding limits negative freedom of contract more than orders to declare CAOS universally binding do in the Netherlands, because there is no dispensation procedure in Germany. The practice of declaring a CAO universally binding is less constrictive than such declarations are in the Netherlands, however, since only a few German CAOS are actually universally binding. This is explained by the fact that relatively few employers are bound by CAOS. As a consequence, the majority requirements for orders declaring CAOS universally binding are seldom met.

In the concluding observations two problem areas are discussed: a legal/systematic problem area and a practical problem area. As regards the legal/systematic problem area it has been confirmed that in the present Collective Agreements Act no rights are assigned to unorganized employees. Under Article 14 of the Act, the employer is only obliged to apply the provisions regarding terms of employment. Employees do not, however, acquire any independent right of action in this way. The result of this is that an employee cannot claim specific performance of the CAO before a court. Nor does application on the basis of Article 14 of the Collective Agreements Act create any continuous effect, because the normative effect is lacking. In practice, however, the absence of direct effect is compensated for because in most cases employers incorporate the CAO in the individual employment contract.

The effect of incorporation and normative effect is in practice similar as far as the transfer by the parties of the individual freedom of contract for the term of the employment contract is concerned. This justifies giving consideration to no longer linking the application of the law concerning CAOS to whether somebody is a member of a trade union, but to whether there is consensus regarding the application of the CAO. An advantage is that in this way more uniformity can be created in the system, as it reduces the existing

multiplicity of ways in which the parties can be bound. A clearer situation would also arise if all employees could claim specific performance of the CAO, not only of the terms of employment but also of the agreement's other provisions. It is also preferable that the effects of the CAO should continue for all employees, as this guarantees legal certainty. For these reasons it is proposed that a second paragraph be added to Article 14 of the Collective Agreements Act. As a result of the proposed addition Article 14 would then read:

‘Article 14.- 1. If not provided otherwise in the collective employment contract, an employer who is bound by that contract is obliged during the term of the contract also to comply with its provisions concerning terms of employment in relation to the employment contracts, as referred to in the collective employment contract, which he enters into with employees who are not bound by the collective employment contract.

-2. If an employee who is not bound consents to the application of the collective employment contract referred to in paragraph 1, any stipulation between an employee who is not bound and an employer who is bound which is contrary to the collective employment contract is void. Article 12 paragraph 1, second sentence and paragraph 2 apply analogously.’

Incidentally, why would one reward unorganized employees with the normative effect of the CAO? The problem of the Article 14 employees can easily be solved if they were to become organized by joining a trade union. In my opinion there is nothing to prevent Article 14 employees from becoming organized, but the proposed change in the law separates membership from the way in which the CAO becomes applicable. For in present practice the CAO also applies despite the absence of trade union membership. Because the way in which parties are bound by a CAO is related to whether or not an employee is a trade union member, a patchwork of ways in which parties are bound by a CAO is created. The present system only creates legal uncertainty.

The final conclusion of the study is that the Dutch system of determining conditions of employment rests on a number of clear basic principles. Although freedom of contract of employees and employees who are bound by a CAO is greatly limited by the law on CAOs, in practice the design of the CAO instrument creates scope for elaboration at the individual and decentralized level. Over the past (nearly) 80 years the Collective Agreements Act has proved to be for the most part suitable as a point of departure for negotiations by social partners. Owing to the moderation of social partners, to date the system has performed well. Looking at Germany, one can argue that the policy of declaring CAOs universally binding must not be too strict.

At a decentralized level the works council can be assigned a role by social partners so that the requirements of customization are met. At the individual level customization can be put in place by means of minimum CAOS which include options. The upshot is that, although it seems contradictory to combine individual freedom of contract with collective determination of terms of employment, the Netherlands has in fact done so reasonably successfully.

ZUSAMMENFASSUNG

Eines der Grundprinzipien des Niederländischen Schuldrechts ist die individuelle Vertragsfreiheit, die in einer Linie liegt mit der Privatautonomie bzw. dem Selbstbestimmungsrecht und nach den Worten von Asser-Hartkamp mit sich bringt ‘dass man beim Verwirklichen der Selbstbestimmung nicht an der Möglichkeit gehindert wird mit Hilfe einer Willenserklärung bestimmte Rechtsfolgen ins Leben zu rufen.’¹ Das bedeutet aber auch, dass jedermann in seiner Entscheidung frei ist, ob und mit wem er einen Vertrag schließen will. Über Vertragsinhalt, dessen Wirkung und die Vertragsbedingungen können die Parteien selbst bestimmen und damit auch inwieweit er formgebunden ist bzw. welchen Rechtsvorschriften er zugrunde liegt.

Diese Vertragsfreiheit der Parteien ist im Arbeitsrecht zum einen durch die zwingenden Rechtsvorschriften des *Burgerlijk Wetboek*² eingeschränkt. Zum anderen kann die Vertragsfreiheit dadurch beschränkt werden die Parteien an einen *cao*³ – auf Grund des *Wet CAO*⁴ – gesetzlich zu binden. Im Fall einer tarifvertraglichen Bindung aufgrund von Art. 9 *Wet CAO*, tritt die normative Wirkung von Art. 12 *Wet CAO* ein. Die Folge ist, dass es aufgrund dieser normativen Wirkung Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht länger frei steht von den Bestimmungen des *cao*’s abzuweichen.

Eine weitere Eingrenzung der Vertragsfreiheit folgt aus Art. 14 *Wet CAO*, demzufolge ein vertraglich gebundener Arbeitgeber verpflichtet ist den *cao* auch auf die Arbeitnehmer anzuwenden, die nicht gewerkschaftlich organisiert und damit nicht Mitglied einer der Tarifparteien sind. Demgegenüber sind Arbeitgeber ohne Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband verpflichtet einen *cao* anzuwenden bzw. einzuhalten für den Fall dass dieser durch den *Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*⁵ allgemein verbindlich erklärt⁶ wurde. Obwohl sich der gesellschaftliche Hintergrund Deutschlands und der der Niederlande unterscheidet ist das deutsche System in Bezug

1. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 31.

2. *Burgerlijk Wetboek* = *BW*; das Niederländische Bürgerliches Gesetzbuch).

3. *Collectieve arbeidsovereenkomst* = *cao*; vergleichbar mit dem deutschen Tarifvertrag (*TV*).

4. *Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst* = *Wet CAO* (vergleichbar mit dem deutschen Tarifvertragsgesetz).

5. entsprechend dem *Bundesminister für Arbeit und Soziales*.

6. *Algemeen verbindendverklaring* – *avv* – *van een cao*; entspricht der Anordnung über die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages – *AVE*.

auf das Zustandekommen kollektiver Arbeitsbedingungen in Grundzügen mit dem niederländischen System vergleichbar.

Ende der 90er Jahre gaben sowohl niederländische als auch deutsche Arbeitgeber zu erkennen, den Tarifvertrag (cao) als zu starr zu erfahren. In dieser Zeit wurde darum vorgeschlagen – in Folge eines Bedürfnisses nach mehr Dezentralisierung – mehr mit dem ondernemingsraad⁷ über die primären Arbeitsbedingungen zu verhandeln.

Die Arbeitgeber erfuhren sowohl den Tarifvertrag selbst so wie die Anordnung über die allgemeine Verbindlicherklärung desselben als einen Klotz am Bein. Grund dafür ist die Tatsache das ein Abweichen von einem allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag (*avv-cao*) zu Ungunsten der Arbeitnehmer in den meisten Fällen nicht möglich ist und eine derartige Absprache mit dem Personal dann auch als unwirksam anzusehen ist.

Angesichts des in beiden Ländern bestehenden Spannungsfeldes zwischen individueller Vertragsfreiheit und der Gestaltung kollektiver Arbeitsbedingungen, muss die Frage erlaubt sein welcher Spielraum eigentlich noch besteht um innerhalb des bestehenden Tarifvertragsrechts dem Bedürfnis an Maßarbeit auf individuellen bzw. dezentralen Niveau gerecht zu werden. Kann man dem Tarifvertrag überhaupt entkommen und welche Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber sind an den Tarifvertrag gebunden und für welchen Zeitraum? Weiterhin stellt sich die Frage auf welche Weise die Bindung an den Tarifvertrag eintritt und unter welchen Voraussetzungen davon abgewichen werden kann. Inwieweit besteht überhaupt Gestaltungsspielraum für die individuelle Vertragsfreiheit im niederländischen sowie deutschen kollektiven Arbeitsrecht? Aus diesen Fragen resultiert die folgende Problemstellung:

Welchen Gestaltungsspielraum bieten die bestehenden gesetzlichen Instrumente an die individuelle Vertragsfreiheit hinsichtlich der Gestaltung kollektiver Arbeitsbedingungen?

Im ersten Kapitel werden die im Zuge der parlamentarischen Behandlung eingebrachten Argumente hinsichtlich der Begrenzung der individuellen Vertragsfreiheit mit Bezug auf die Gesetze Wet CAO, Wet AVV und WOR⁸ behandelt. Hierbei wird auf verschiedene Themengebiete eingegangen. Differenzierung und Maßarbeit sind zentrales Thema wenn es darum geht, ob die Sozialen Partner überhaupt in der Lage sind die Interessen der individuellen 'Arbeiter' zu vertreten. Bei der Verteilung der Verantwortlichkeit

7. Ondernemingsraad = *or*; entspricht dem deutschen Betriebsrat.

8. WOR = Wet op de Ondernemingsraden – vergleichbar mit dem Betriebsverfassungsgesetz.

zwischen den Akteuren wird unterschieden zwischen dem Verhältnis zwischen Staat und Sozialen Partnern einerseits und dem zwischen Sozialen Partnern und den Beteiligten auf Unternehmensniveau andererseits. In der Debatte über die Balance zwischen individueller Vertragsfreiheit und kollektiver Gestaltung der Arbeitsbedingungen standen Begriffe wie Kraft, Kenntnis und Können der Beteiligten zentral, angedeutet mit dem Term *'countervailing power'*. Die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander und Begriffe wie Ordnung und Frieden hinsichtlich des Arbeitsklimas waren dabei wichtige Argumente für die Befürworter der Gesetze Wet CAO und Wet avv.

Von Gegnern derselben Gesetzgebung wurde hingegen die negative Vertragsfreiheit als Argument angeführt. Auch sollten dadurch ihrer Meinung nach Konkurrenzfähigkeit und Flexibilität abnehmen. Bei der Annahme des Gesetzesentwurfs des wor wurden durch die Gegner eines Unternehmensvertrages (*ondernemingsovereenkomst*) auch systematische Argumente angeführt als in dasselbe Gesetz die Möglichkeit aufgenommen wurde einen Vertrag mit dem *or* schließen zu können.

Im zweiten Kapitel wird anhand von vier Teilfragen die Frage behandelt welchen Spielraum das Tarifrecht der individuellen Vertragsfreiheit lässt. Hinsichtlich der Frage wer an einen *cao* gebunden ist, wird die Typologie der verschiedenen Sorten des Gebundenseins erklärt. Auffallend war, dass das Maß der individuellen Vertragsfreiheit eines Arbeitnehmers vor allem davon abhing ob dieser Gewerkschaftsmitglied war oder nicht. Ebenso hatte auch die Mitgliedschaft des Arbeitgebers in einem Arbeitgeberverband Auswirkungen auf die individuelle Vertragsfreiheit in der Form, dass diese einerseits starken Einschränkungen unterlag, diese Einschränkungen aber in den meisten Fällen nur zum Vorschein kam, wenn zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Tarifvertrag abgewichen werden sollte.

Die Frage über welchen Zeitraum die Tarifparteien an einen *cao* gebunden waren führte zu der Feststellung, dass normative Bestimmungen des Vertrages eine Art Nachwirkung zuerkannt wurde (*nawerking*). Eine derartige Nachwirkung kann zur Folge haben, dass die individuelle Vertragsfreiheit eingeschränkt wird, weil die Tarifparteien gezwungen werden eine Übereinstimmung zu erreichen bevor sie von einem derartigen *cao* abweichen können. Auch die Rückwirkung eines *cao* beschränkt die individuelle Vertragsfreiheit sowohl von Arbeitgebern als auch von Arbeitnehmern in großem Maße. Das Ziel einer derartigen Rückwirkung ist eine Garantie hinsichtlich der Arbeitsbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit des Arbeitnehmers zu geben.

Die Art der Arbeitsbedingungen ist dabei nicht ausschlaggebend für das Maß an Gebundenheit an einen *cao*. Der Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass der Richter ein Abweichen vom *cao*, unabhängig vom Typ

der Arbeitsbedingung, einer strengen Prüfung durch Art. 12 Wet *cao* unterzieht. Abweichungen vom *cao*, die durch denselbigen nicht legitimiert werden, haben Nichtigkeit zur Folge. Auch eine eventuelle Zustimmung des *or* verändert daran nichts.

Wie zwingend die Bindung an einen *cao* ist, kann ebenfalls der Rechtsprechung entnommen werden. Eine Einschränkung der individuellen Vertragsfreiheit erfährt der Arbeitgeber durch das Gesetz dadurch, dass nicht zum Nachteil vom *cao* abgewichen werden kann. Andererseits bleibt diese Freiheit beim Arbeitnehmer bestehen auch wenn er kein Gewerkschaftsmitglied ist. Im Gegensatz zu diesen gesetzlichen Einschränkungen der individuellen Vertragsfreiheit steht die Tatsache, dass ein *cao* in der Praxis weniger zwingend erfahren wird als früher. Die Sozialen Partner machen von der Möglichkeit Gebrauch das Instrument des *cao's* flexibel einzusetzen. Auf dezentralem Niveau besteht für die Sozialen Partner die Möglichkeit Aufgaben an den *or* zu delegieren. Für den individuellen Arbeitnehmer kann die individuelle Wahlfreiheit dadurch vergrößert werden, maßgefertigte Vorschriften, ein Bandbreiten-Modell oder auch einen sog. *cao à la carte* zu schaffen. In der Praxis wird von den Sozialen Partnern auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht um Freistellungsklauseln (*dispensatiebepalingen*) in den *cao* aufzunehmen, die den Arbeitgebern die Möglichkeit bieten die Sozialen Partner zu ersuchen, um von der Bindung an den *cao* freigestellt zu werden.

Das dritte Kapitel behandelt das Spannungsfeld zwischen der *avv* und der individuellen Vertragsfreiheit. Auch in diesem Kapitel wird auf die verschiedenen Positionen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern hinsichtlich der Bindungsmöglichkeiten an einen *cao* eingegangen. Die *avv* hat eine starke Begrenzung der individuellen Vertragsfreiheit sowohl auf Arbeitgeber als auch auf Arbeitnehmerseite zur Folge, ungeachtet ob sie Mitglied eines Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerverbandes sind. Eine Erlass bzw. eine Freistellung von der *avv-cao* durch die Sozialen Partner bzw. durch den *Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid* bietet darum auch die einzige Möglichkeit für den Arbeitgeber sich der Wirkung der *avv* zu entziehen.

Die zeitliche Wirkung einer derartigen *avv* ist dabei begrenzt auf den Zeitraum in dem der *cao* allgemein verbindlich erklärt ist. In der Zeit in der ein *cao* nicht allgemein verbindlich erklärt ist, hat die *avv* auf Arbeitsverträge zwischen nicht gebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern keine Auswirkungen. In diesem Fall wird auf die Regelungen, so wie diese vor der Anordnung Geltung hatten, zurückgegriffen. Zu dieser zeitlich gebundenen Wirkung passt, dass an eine *avv* – mit einigen Ausnahmen – keine Rückwirkung zukommt. Ungeachtet verschiedener Stimmen in der

Literatur hat der *Hoge Raad*⁹ zu keinem Zeitpunkt eine Rückwirkung an *avv-cao*'s anerkannt. Obwohl dies aus dem Blickwinkel der Vertragsfreiheit und Systematik richtig erscheint, hat ein Mangel an Rückwirkung Rechtunsicherheit für die Arbeitnehmer zur Folge, da in derartigen Fällen verschiedene Arbeitsbedingungen während des Arbeitsvertrages Geltung haben.

Auch Bestimmungen über Dezentralisierung (*decentralisatiebepalingen*) werden von einer *avv* erfasst. Dadurch werden teilweise die Bedenken ausgeräumt, dass ein *cao* und dessen *avv* die individuelle Vertragsfreiheit und die Dezentralisierung beschränken. Der Prüfungsrahmen der *avv* verlangt allerdings, dass die Sozialen Partner in der Dezentralisierungsbestimmung genau angeben was die Alternativen sind aus denen auf dezentralem Niveau gewählt werden kann. Die *avv* von *fonds-cao*'s ist aufgrund des Prüfungsrahmens der *avv* auch an Formvorschriften gebunden, die zur Aufgabe haben die Transparenz der Verwendungsziele von Fonds zu garantieren. Die Bedeutung dieser Regelung wird deutlich, wenn man bedenkt, dass auch nicht gebundene Arbeitgeber durch eine *avv* von *fonds-cao*'s verpflichtet werden längere Zeit an Sozialfonds beizutragen.

Aus dem zwingenden Charakter der *avv* folgt zugleich eine starke Beschränkung der Vertragsfreiheit. Die normative und ergänzende Wirkung ist dabei genauso streng wie im Falle des *Wet CAO*. Ein Abweichen auf individuellem Niveau hat Unwirksamkeit zur Folge, wohingegen ein Abweichen zu Gunsten des Arbeitnehmers in den meisten Fällen erlaubt ist. Während man beim *Wet CAO* noch von einem Abtreten der Vertragsfreiheit durch Aufnahme einer Mitgliedschaft sprechen kann, ist diese Auswahl bei der *avv* nicht gegeben. Nichtsdestoweniger ist es durchaus möglich innerhalb von drei Wochen nach Vorlage zur Kenntnisnahme des Ersuchens um *avv* Dispensierung (*dispensatie*) anzufragen. Für eine vorschriftsmäßige Entbindung von der *avv* innerhalb deren Laufzeit ist es unzureichend mit dem Personal und dem *or* Übereinstimmung über ein Abweichen vom *cao* zu erreichen. Dieser Grundsatz ist unter anderem der Rechtssache *Smead/Bonden*¹⁰ zu entnehmen.

Im vierten Kapitel stehen Vereinbarungen mit dem *or* zentral. Diese Vereinbarungen beeinträchtigen allerdings nicht die individuelle Vertragsfreiheit, da im Gegensatz zu den Instrumentarien *cao* und *avv* die Vereinbarungen mit dem *or* keinen Einfluss haben auf den individuellen Arbeitsvertrag. Aus der parlamentarische Geschichte sowie einer Auswertung des *wor* wird deutlich, dass die Systematik dieses Gesetzes kei-

9. Hoge Raad = Überste Gerichtshof.

10. V.zr. Rb. Groningen 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198.

ne Beeinträchtigung der negativen Vertragsfreiheit von Arbeitnehmern mit sich bringt. Im Gegensatz zu den Gewerkschaften, die über einen *cao* unterhandeln, ist in der Situation dass der *or* Unterhandlungen führt, keine Rede von einer (bewusst) abgetretenen Vertragsfreiheit durch Arbeitnehmer.

Obwohl die Systematik deutlich ist, wird in der Praxis nach Möglichkeiten gesucht um Vereinbarungen, die mit dem *or* geschlossen wurden, mehr Einfluss auf das individuelle Niveau zukommen zu lassen. Dementsprechend delegieren Soziale Partner bewusst die Kompetenzen auf das Unternehmensniveau in dem sie Vorschriften über die Befugnis zum Delegieren (*delegatiebepalingen* – entsprechen Öffnungsklauseln) in den *cao* aufnehmen. Nach anderer Meinung kann eine Vereinbarung mit dem *or* Wirkung entfalten, wenn diese unter einen (*avv*)-*cao* fällt. Tatsächlich geht man in der Praxis auf breiter Basis davon aus, dass Vereinbarungen mit dem *or* im Arbeitsvertrag Wirkung entfalten können.

Bei einem Mangel einer derartigen Fortwirkung kann die Aufnahme einer Klausel in den Arbeitsvertrag wodurch auch andere Regelungen Anwendung finden, sowie eine Regelung über eine einseitige Vertragsänderung aufgrund von Art. 7:613 BW, für die Bindung der Arbeitnehmer an Vereinbarungen mit dem *or* und eventuelle zukünftige Änderungen davon sorgen. Der Mangel der Fortwirkung wird dadurch beseitigt und der Arbeitnehmer gibt dadurch seine negative Vertragsfreiheit auf. In der Praxis ist das eine Art wie Vereinbarungen mit dem *or* – wie beispielsweise Personalführer, Klauseln, Regelungen über Arbeitsbedingungen und andere Betriebsregeln – auf den individuellen Arbeitsvertrag Anwendung finden. Falls eine derartige Bedingung nicht vereinbart wurde, kann der Arbeitsvertrag unter Umständen trotzdem mit einem Beruf auf Art. 7:611 BW geändert werden. Meines Erachtens ist das allerdings nicht wünschenswert, da eine Prüfung in besagtem Fall einfacher ausfallen würde als eine Interessenabwägung für den Fall, dass doch eine Klausel für eine einseitige Vertragsänderung aufgenommen ist.

Zu guter letzt führt die Systematik der Gesetze *Arbeidstijdenwet*¹¹, *Wet arbeid en zorg*¹² und *Wet aanpassing arbeidsduur*¹³ (sog. 2/3 *zwingendes Recht*) im Gegensatz zur Systematik des *wor* durchaus zu einer gewissen Fortwirkung auf das Niveau des individuellen Arbeitnehmers. Aus dieser Gesetzgebung ergeben sich Möglichkeiten um im Dialog mit dem *or* die Möglichkeiten, die das Gesetz bietet näher auszugestalten bzw. gesetzliche Möglichkeiten einzuschränken. Die Ausarbeitung im Dialog mit dem *or* bindet den individuellen Arbeitnehmer im Unternehmen. Diese Art der Wirkungsentfaltung

11. ATW; vergleichbar mit dem deutschen Arbeitszeitgesetz.

12. WAZ; Gesetz zur Förderung der Vereinigung von Arbeit und Fürsorge.

13. WAA; vergleichbar mit dem deutschen Teilzeit und Befristungsgesetz.

geht auch weiter als die Art, die uns auf Grund des *cao*-Rechts bekannt ist. Im *cao*-Recht unterscheidet man zwischen den gebundenen und nicht-gebundenen Arbeitnehmern. Im Falle des sog. '2/3 zwingend Rechts' wird dieser Unterschied nicht gemacht und darum gilt die Regelung für alle Arbeitnehmer, unabhängig von der Frage ob sie überhaupt eine Vollmacht an den *or* erteilen wollten um sich durch diesen vertreten zu lassen.

Das fünfte Kapitel handelt über den Vergleich zwischen der Deutschen und Niederländischen Rechtssystematik des kollektiven Arbeitsrechtes. Beide Rechtssysteme kennen dieselben Instrumente wie *cao* (Tarifvertrag – *tv*), *avv* (Allgemeinverbindlicherklärung – *ave*) und Vereinbarungen mit dem *or* (Betriebsrat – *br*). Die Gesetzgebung hinsichtlich der kollektiven Regelung über Arbeitsbedingungen bringt in beiden Ländern eine große Einschränkung der individuellen Vertragsfreiheit mit sich. Ein Abweichen vom Tarifvertrag ist daher nur möglich, wenn diese Abweichung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Anwendung des Tarifvertrages wäre; in diesem Fall spricht man vom sog. Günstigkeitsprinzip.

In der Praxis hantieren die Sozialen Partner in zunehmenden Maße Öffnungsklauseln im Tarifvertrag, die es auf Unternehmensniveau ermöglichen vom Tarifvertrag in Teilen abzuweichen. Das Zuerkennen individueller Gestaltungsfreiheit wie es in den Niederlanden gebräuchlich ist durch den *cao à la carte*, wird in Deutschland nicht angewendet. Allerdings macht man gegenwärtig mehr Gebrauch von Unternehmenstarifverträgen, die Maßarbeit auf diesem Gebiet überhaupt ermöglichen.

AVE von Staatswegen ist auch in Deutschland möglich. Für den Fall, dass eine Mehrheit der Arbeitnehmer bereits gebunden ist an einen *tv*, kann die Wirkung dieses *tv* ausgebreitet werden auf die übrigen nicht gebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in diesem Sektor. *AVE* findet aber nur in begrenztem Masse statt, da die Arbeitgeber nicht geneigt sind an einer *AVE* mitzuwirken. Ein weiterer Grund ist, dass nicht schnell die Rede ist von einer 'wesentlichen Mehrheit' von gebundenen Arbeitgebern. Obwohl der Organisationsgrad der Arbeitgeber ca. 80% beträgt, stimmt diese Zahl nicht mit der Bindung von Arbeitgebern an einen *tv* überein. Von den westdeutschen Unternehmen sind ca. 43% an einen *tv* gebunden. Im Osten beträgt dieser Wert lediglich 23%. Die Diskrepanz zwischen Organisationsgrad und Bindung erklärt sich dadurch, dass Arbeitgeberverbände eine andere Art und Weise der Mitgliedschaft anbieten, nämlich in Form einer 'Ohne Tarif-Mitgliedschaft.' Die Arbeitgebermitglieder profitieren zwar vom Lobbyismus und der Informationsverschaffung der Arbeitgeberverbände, ihre Mitgliedschaft führt allerdings nicht zur Bindung an einen *tv*.

Ein wesentlicher Unterschied zu den Niederlanden ist das Fehlen eines Erlass(Dispens)-Verfahren (*dispensatieprocedure*) in Deutschland. Dies hat zur Folge, dass eine deutsche *AVE* die individuelle Vertragsfreiheit stärker be-

einträchtigt als dies in den Niederlanden der Fall ist. Es besteht keinerlei Möglichkeit um in Deutschland von einer Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages ausgenommen zu werden.

Weiterreichende Kompetenzen des deutschen Betriebsrats gegenüber dem niederländischen *or* sind weitere Merkmale. Der Betriebsvereinbarung (vergleichbar mit der niederländischen *ondernemingsovereenkomst*) wird normative Wirkung zu teil, wodurch die individuelle Vertragsfreiheit der deutschen Arbeitnehmer in stärkerem Maße beschränkt wird als die der niederländischen Arbeitnehmer. Im Gegensatz dazu verfügt der Betriebsrat lediglich über Kompetenzen hinsichtlich von Themengebieten die 'üblicherweise' nicht in einem *tv* geregelt werden. Mit anderen Worten: der Betriebsrat bewegt sich nicht auf dem Gebiet von primären Arbeitsbedingungen außer für den Fall, dass dies ausdrücklich durch die Sozialen Partner durch eine Öffnungsklausel delegiert wurde. In den Niederlanden verfügt der *or* lediglich dann nicht über die Kompetenz hinsichtlich von primären Arbeitsbedingungen, wenn diese bereits tatsächlich in einem *cao* geregelt wurden. Der Gestaltungsspielraum für den niederländischen *or* ist darum auch größer als der des deutschen Betriebsrates.

In der Praxis schließen Arbeitgeber, trotz des bestehenden gesetzlichen Verbots, Vereinbarungen mit dem Betriebsrat über elementare Arbeitsbedingungen, die vom Tarifvertrag abweichen. Auch mit dem Personal werden derartige Absprachen getroffen. Diese Absprachen, die unter den Begriff Bündnis für Arbeit fallen, sind nicht erlaubt. Eine derartige Vereinbarung hat in den meisten Fällen die Garantie des Arbeitsplatzes zum Inhalt, gepaart mit einer Gegenleistung des Arbeitnehmers. Gedacht werden kann dabei an die Streichung von Zuschlägen oder eine längere Arbeitszeit bei gleichbleibender Bezahlung.

Das sechste Kapitel beinhaltet eine Schlussfolgerung der Untersuchungen mit einer Antwort auf die Problemstellung. Die erste Teilfrage lautet:

1. Welche gesetzlichen Spannungsfelder bestehen zwischen individueller Vertragsfreiheit und der Regelung kollektiver Arbeitsbedingungen?

Auf Grund der normativen Wirkung der Artikel 9 und 12 *Wet cao* besteht ein gespanntes Verhältnis zwischen individueller Vertragsfreiheit und dem *cao*-Recht. Im Falle einer normativen Wirkung ist ein Abweichen vom *cao* zum Nachteil des Arbeitnehmers in den meisten Fällen nicht erlaubt. Das gleiche Spannungsverhältnis besteht auch hinsichtlich der *avv*. Im Falle eines für einen ganzen Betriebszweigs allgemein verbindlich erklärten *cao* ist es ebenfalls nicht erlaubt von dem *avv-cao* abzuweichen. Diese Regelung betrifft Arbeitnehmer und Arbeitgeber, organisierte und nichtorganisierte gleichermaßen. Vor allem letztere werden stark in ihrer

Vertragsfreiheit eingeschränkt, da sie sich einerseits nicht organisiert haben, andererseits aber verpflichtet sind, den *cao* zu befolgen. Vereinbarungen mit dem *or* haben dagegen keinen beschränkenden Einfluss auf die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers. Derartige Absprachen haben nämlich keine Auswirkung auf den individuellen Arbeitsvertrag. In den meisten Fällen wird durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim Zustandekommen eines Arbeitsvertrages einer Klausel zugestimmt, die dem Arbeitgeber breite Möglichkeiten bietet den Arbeitsvertrag zwischenzeitlich abzuändern. Auch bei Mangel einer dementsprechenden Klausel führt dies in der Praxis zu einer Änderung des individuellen Arbeitsvertrages. Im letzteren Fall findet eine Billigkeitsprüfung statt, die – merkwürdigerweise – weniger umfangreich ausfällt als eine im Vertrag aufgenommene Klausel einer gesetzlichen Regelung zur einseitigen Änderung gemäß Art. 7:613 BW. Durch den Arbeitgeber einseitig festgelegte betriebsinterne Regelungen verschaffen zwar dem Arbeitgeber ein großes Maß an Vertragsfreiheit, führen aber gleichzeitig zu einer Beschränkung der selbigen beim Arbeitnehmer.

In Deutschland beeinträchtigen *tv* und *ave* die Vertragsfreiheit in gleicher Weise als in den Niederlanden. Auch hier gilt, dass im Falle einer normativen Wirkung vom *tv* nicht abgewichen werden kann, außer für den Fall, dass das Günstigkeitsprinzip Anwendung findet.

Entsprechend dem Primat der Sozialen Partner basierend auf §77 III Betriebsverfassungsgesetz, wird durch den Betriebsrat auch nicht die individuelle Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer hinsichtlich primärer Arbeitsbedingungen beeinträchtigt. Bei Abwesenheit einer *ave* verfügt der nichtgebundene Arbeitgeber bei Gebrauch einer Regelungsabrede (vergleichbar mit dem niederländischen *incorporatiebeding*) über ein geraumes Maß an Vertragsfreiheit um Arbeitsbedingungen einseitig festlegen zu können.

Die zweite Teilfrage der Untersuchungen lautet:

2. Inwieweit, sprich in Bezug auf welche Themengebiete, unter welchen Voraussetzungen, innerhalb welcher Grenzen, bieten kollektive Instrumente der Gestaltung von Arbeitsbedingungen Raum für Interpretation bzw. ein Abweichen der schriftlich festgelegten Normen?

Das niederländische *Cao*-Recht bietet die Freiheit einen *cao* so zu gestalten, dass ein Abweichen auf dezentralem bzw. individuellem Niveau möglich ist. Soziale Partner machen von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch. Viele der *cao*'s bieten Spielraum für Interpretation auf dezentralem Niveau. Dies geschieht beispielsweise durch die Aufnahme von Dezentralisierungsbestimmungen (*decentralisatiebepalingen*) in den *cao*, die dem Arbeitgeber im Dialog mit dem *or* die Befugnis geben auf Unternehmensniveau

Absprachen zu treffen. Der *cao* kann allerdings auch Platz schaffen für individuelle Gestaltungsmöglichkeiten. Hierbei kann gedacht werden an die Aufnahme von Minimalbestimmungen auf Grund derer zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann. Eine weitere Art um individuelle Gestaltungsmöglichkeit zu kreieren ist dem *cao* die Form eines *cao à la carte* zu geben. Überdies verfügen die meisten *cao*'s über eine Dispensregelung.

Das deutsche Tarifvertragsrecht bietet auch Sozialen Partnern Möglichkeiten einen tv individuell bzw. dezentral zu gestalten. Allerdings machen Soziale Partner von diesen Möglichkeiten weniger Gebrauch als in den Niederlanden. Im deutschen Recht ist das Günstigkeitsprinzip kodifiziert, auf Grund dessen zu Gunsten des Arbeitnehmers vom tv abgewichen werden kann. In den Tarifverträgen selbst findet man aber keine explizit aufgeführten individuellen Wahlmöglichkeiten. Wohl aber befassen Tarifverträge sog. Öffnungsklauseln, die es ermöglichen den tv im Dialog mit dem Betriebsrat näher auszugestalten. Deutsche Tarifverträge kennen aber keine Dispensregelungen, was im Vergleich zu den Niederlanden zu einer starken Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit führt.

Wo die *avv* die negative Vertragsfreiheit beeinträchtigt, kann dies durch die Möglichkeit kompensiert werden Dispens zu fragen entweder an die *Cao*-Parteien oder an den zuständigen Minister (*Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*). Für den Fall, dass der *avv-cao* einmal Anwendung gefunden hat, ist es möglich, dass die Wirkung von eventuellen Dezentralisierungsbestimmungen (*decentralisatiebepalingen*) des *cao*'s auch allgemein verbindlich ist. Diese Möglichkeit ergibt sich allerdings nur, wenn die Dezentralisierungsbestimmungen klare Wahlmöglichkeiten beinhalten die vorab durch die Sozialen Partner festgestellt wurden. Das derartige Dezentralisierungsbestimmungen für eine *avv* in Anmerkung kommen können, bietet auch ein hohes Maß an Flexibilität. Die gesetzliche Möglichkeit den tv auch durch eine *AVE* allgemein verbindlich zu erklären, beschränkt die negative Vertragsfreiheit in Deutschland mehr als eine *avv* in den Niederlanden, da in Deutschland kein Dispensverfahren besteht. In der Praxis treten hinsichtlich der *AVE* weniger Spannungen auf als bei einer Niederländischen *avv*, da nur wenige deutsche Tarifverträge tatsächlich allgemein verbindlich erklärt werden. Dies ist dadurch zu erklären, dass nur wenige Arbeitgeber an einen tv gebunden sind. Aus diesem Grund wird man auch nur in seltenen Fällen dem Mehrheitserfordernis der *AVE* gerecht.

In der Schlussbetrachtung wird eingegangen auf zwei Problemfelder, zum einen auf ein juristisch-systematisches und zum anderen auf ein praktisches Problem. In Bezug auf ersteres wurde festgestellt, dass im heutigen Wet *CAO* keine Rechte an Nichtorganisierte zuerkannt werden. Gemäß Art. 14 Wet *CAO* ist der Arbeitgeber nur verpflichtet Bestimmungen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen anzuwenden. Dadurch erwirbt der

Arbeitnehmer allerdings kein selbständiges Forderungsrecht, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer auch rechtlich keine Erfüllung des *cao* fordern kann. Zudem entsteht durch die Anwendung von Art. 14 Wet *cao* auch keine Nachwirkung durch das Fehlen von normativer Wirkung. Der Mangel einer Fortwirkung wird in der Praxis nämlich dadurch kompensiert, dass Arbeitgeber in den meisten Fällen den *cao* inkorporieren in den individuellen Arbeitsvertrag.

Der Effekt einer derartigen Inkorporierung und die normative Wirkung sind in der Praxis insofern vergleichbar, wenn es um das Abtreten der individuellen Vertragsfreiheit durch die Parteien für die Dauer des Arbeitsvertrages geht. Dies rechtfertigt die Überlegung, dass für die Anwendung des *Cao*-Rechts nicht mehr ausschlaggebend ist ob jemand Gewerkschaftsmitglied ist, sondern darauf abzustellen ist, ob Willensübereinstimmung herrscht über die Anwendung des *cao*'s. Der Vorteil, der sich daraus ergibt ist, dass auf diese Weise mehr Konsistenz im System geschafft werden kann, da die Vielzahl der Bindungsarten reduziert wird. Dabei würde noch mehr Deutlichkeit geschaffen werden, wenn Arbeitnehmer nicht nur Erfüllung eines *cao*'s hinsichtlich der Arbeitsbedingungen fordern könnten, sondern dies auch in Bezug auf andere Bestimmungen eines *cao* möglich wäre. Ebenso ist einer Nachwirkung des *cao*'s für alle Arbeitnehmer der Vorzug zu geben, da hiermit Rechtssicherheit garantiert werden könnte. Aus diesem Grund wird in der Schlussbetrachtung der Vorschlag unterbreitet einen zweiten Absatz an Art. 14 Wet *cao* hinzu zu fügen. Art. 14 Wet *cao* würde durch den vorgeschlagenen Zusatz als folgt lauten:

‘Artikel 14.-1. Ist im Falle eines Tarifvertrages keine andere Regelung getroffen, ist der durch den Vertrag gebundene Arbeitgeber verpflichtet, für die Dauer des Vertragsverhältnisses, dessen Bestimmungen in Bezug auf die Arbeitsbedingungen auch für die Arbeitsverträge im Sinne des Tarifvertrag zu erfüllen, die er mit Arbeitnehmern schließt, die nicht durch einen Tarifvertrag gebunden sind.

-2. Für den Fall, dass der nichtgebundene Arbeitnehmer der Anwendung des Tarifvertrages zustimmt, wie unter Abs. 1 beabsichtigt, ist jede Bedingung zwischen nichtgebundenem Arbeitnehmer und gebundenem Arbeitgeber, die gegen den Tarifvertrag verstößt, nichtig. Art. 12 Abs. 1 zweiter hs und Abs. 2 finden entsprechende Anwendung.

Eine Randbemerkung könnte folgendermaßen lauten: warum sollte man nichtorganisierte mit einer normativen Wirkung des *cao*'s belohnen? Das Problem der Art. 14-Arbeitnehmer kann ja ganz einfach dadurch gelöst werden, dass sich diese Gruppe Arbeitnehmer im Zuge einer Mitgliedschaft bei einer Gewerkschaft organisiert. Meiner Meinung nach steht dem Art. 14-Arbeitnehmer nichts im Wege sich zu organisieren, aber die vorge-

stellte Gesetzesänderung löst die Mitgliedschaft los von der Art und Weise wie der *cao* Anwendung findet. Ein *cao* wird ja in der heutigen Praxis auch trotz eines Mangels einer Gewerkschaftsmitgliedschaft angewendet. Durch die Art und Weise der Bindung in Beziehung zu setzen zu einer gewerkschaftlichen Mitgliedschaft, entsteht ein Flickenteppich von verschiedenen Typen von Bindungsmöglichkeiten. Im derzeitigen System wird dadurch nur Rechtunsicherheit geschaffen.

Die abschließende Schlussfolgerung der Untersuchungen lässt das Ergebnis zu, dass das niederländische System der Gestaltung von Arbeitsbedingungen auf einer Anzahl klarer Grundprinzipien basiert ist. Obwohl die Vertragsfreiheit von gebundenen Arbeitgebern und gebundenen Arbeitnehmern durch das *Cao*-Recht stark beeinträchtigt wird, schafft die Gestaltung des *Cao*-Instrumentes in der Praxis Möglichkeiten die weiteren Gestaltungsspielraum bieten für eine weitere Gestaltung auf individuellem und dezentralem Niveau. Der *Wet cao* ist in den vergangenen (beinahe) 80 Jahren überwiegend geeignet gewesen um als Ausgangspunkt für Verhandlungen der Sozialen Partner zu dienen. Der gemäßigten Haltung der Sozialen Partner ist es zu verdanken, dass es bis zum heutigen Tag gut funktioniert. Mit Blick auf Deutschland kann daher plädiert werden, dass das die *avv*-Politik nicht all zu strikt werden darf. Auf dezentralem Niveau kann dem *or* durch die Sozialen Partner eine Rolle zugebracht werden, um auch dem Bedürfnis der Maßarbeit Rechnung zu tragen. In Bezug auf das individuelle Niveau ist Maßarbeit möglich durch *Minimum-cao's* und Wahlmöglichkeiten im *cao*. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass trotz der Tatsache dass ein Zusammenspiel von individueller Vertragsfreiheit und kollektiver Gestaltung von Arbeitsbedingungen widersprüchlich erscheint, dies in den Niederlanden jedoch geglückt ist.

BIJLAGEN

Art. 2 Grundgesetz (allgemeines Persönlichkeitsrecht)

- (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst.

Art. 12 Grundgesetz (Berufsfreiheit)

- (1) Alle Deutschen haben das Recht Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.
- (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, ausser im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.
- (3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

Artikel 9 Grundgesetz

- (1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.
- (2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmässige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten.
- (3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtswidrig. Massnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs.2 und 3, Artikel 87a Abs.4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.

par. 3 TVG (Tarifgebundenheit)

- (1) Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrags ist.
- (2) Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen gelten für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist.
- (3) Die Tarifgebundenheit bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet.

par. 4 TVG (Wirkung der Rechtsnormen)

- (1) Die Rechtsnormen des Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Diese Vorschrift gilt entsprechend für Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen.
- (2) Sind im Tarifvertrag gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien vorgesehen und geregelt (Lohnausgleichskassen, Urlaubskassen usw.), so gelten diese Regelungen auch unmittelbar und zwingend für die Satzung dieser Einrichtung und das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.
- (3) Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten.
- (4) Ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte ist nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. Die Verwirkung von tariflichen Rechten ist ausgeschlossen. Ausschlussfristen für die Geltendmachung tariflicher Rechte können nur im Tarifvertrag vereinbart werden.
- (5) Nach Ablauf des Tarifvertrags gelten seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden.

par. 5 TVG (Allgemeinverbindlichkeit)

- (1) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit kann einen Tarifvertrag im Einvernehmen mit einem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuß auf Antrag einer Tarifvertragspartei für allgemeinverbindlich erklären, wenn
 1. die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen
 - und
 2. die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint.Von den Voraussetzungen der Nummern 1 und 2 kann abgesehen werden, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erscheint.
- (2) Vor der Entscheidung über den Antrag ist Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die von der Allgemeinverbindlicherklärung betroffen werden würden, den am Ausgang des Verfahrens interessierten Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber sowie den obersten Arbeitsbehörden der Länder, auf deren Bereich sich der Tarifvertrag er-

streckt, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme sowie zur Äußerung in einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung zu geben.

- (3) Erhebt die oberste Arbeitsbehörde eines beteiligten Landes Einspruch gegen die beantragte Allgemeinverbindlicherklärung, so kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit dem Antrag nur mit Zustimmung der Bundesregierung stattgeben.
- (4) Mit der Allgemeinverbindlicherklärung erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.
- (5) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit kann die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags im Einvernehmen mit dem in Absatz 1 genannten Ausschuß aufheben, wenn die Aufhebung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend. Im übrigen endet die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags mit dessen Ablauf.
- (6) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit kann der obersten Arbeitsbehörde eines Landes für einzelne Fälle das Recht zur Allgemeinverbindlicherklärung sowie zur Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit übertragen.
- (7) Die Allgemeinverbindlicherklärung und die Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit bedürfen der öffentlichen Bekanntmachung.

par. 77 BetrVG (Durchführung gemeinsamer Beschlüsse, Betriebsvereinbarungen)

- (1) Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, auch soweit sie auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen, führt der Arbeitgeber durch, es sei denn, dass im Einzelfall etwas anderes vereinbart ist. Der Betriebsrat darf nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs eingreifen.
- (2) Betriebsvereinbarungen sind von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen. Sie sind von beiden Seiten zu unterzeichnen; dies gilt nicht, soweit Betriebsvereinbarungen auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen. Der Arbeitgeber hat die Betriebsvereinbarungen an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen.
- (3) Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt.
- (4) Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend. Werden Arbeitnehmern durch die Betriebsvereinbarung Rechte eingeräumt, so ist ein Verzicht auf sie nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig. Die Verwirkung dieser Rechte ist ausgeschlossen. Ausschlussfristen

für ihre Geltendmachung sind nur insoweit zulässig, als sie in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung vereinbart werden; dasselbe gilt für die Abkürzung der Verjährungsfristen.

- (5) Betriebsvereinbarungen können, soweit nichts anderes vereinbart ist, mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden.
- (6) Nach Ablauf einer Betriebsvereinbarung gelten ihre Regelungen in Angelegenheiten, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden.

LITERATUURLIJST

Adviescommissie van Deskundigen inzake avv Metalektro 2002-2002, *JAR* 2002/22.

Arbeitsgruppe Tarifvertragsrecht, 'Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifvertragsrechts', *RdA* 2004/2, p. 65-78.

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

R.M. Beltzer, 'Overgang van incorporatiebedingen', *JAR* Verklaard, 1 juli 2006.

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector: een studie naar de werking van de regels omtrent overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000.

Beschluss des Präsidiums der Fdp, Berlin, 19. August 2002, Liberale Vorschläge zur Beseitigung der Arbeitsmarktmisere.

A.G.M. Bijlsma, 'De Ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden; een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999/1, p. 4-12.

R. Bispinck, 'Betriebsräte, Arbeitsbedingungen und Tarifpolitik', *WSI Mitteilungen* 2005/6, p. 301-307.

R. Bispinck, in: E. Koot-van der Putte, *Expert-meeting SISWO* 2004, HSI Discussion Paper 2006/4.

R. Bispinck & T. Schulten, Flächentarifvertrag und betriebliche Interessenvertretung, in: Walter Müller-Jentsch (Hrsg.), *Konfliktpartnerschaft, Akteure und Institutionen der industriellen Beziehungen*, München und Mering: Reiner Hampp Verlag 1999

R. Bispinck & T. Schulten, 'Verbetrieblichung der Tarifpolitik? – Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen', *WSI-Mitteilungen* 03/2003, p. 1.

A.F. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I.

W. Blomeijer, 'Das Günstigkeitsprinzip in der Betriebsverfassung – die Betriebsvereinbarung zwischen Individual- und Tarifvertrag', *NZA* 1996/7, p. 337-346.

B. van Bon, 'De lading kan omgevlagd, het incorporeren van ondernemingsovereenkomsten in CAO's', *SR* 1999/10, p. 244-250.

C.G. Boot, 'Hoge Raad Beenen/Vanduhö; nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?' *SR* 1994, p. 199-203.

E. Bruin, *Medezeggenschap aan de onderhandelingsstafel. Onderzoek naar de rol van ondernemingsraden bij arbeidsvoorwaarden en de scholingsvraag op dit terrein*, Utrecht: GBIO 1998.

J.A. Bruins, 'AVV en closed shop', *ArbeidsRecht* 2002/10, nr. 54.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand 1. Januar 2006.

A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, 'Incorporeren van een CAO door een ongebonden werkgever', *SR* 2006, 6/7, p. 227-232.

A.F. Bungener, 'Evaluatie Wet op de ondernemingsraden (WOR)', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 341-343.

CBS, Maandelijkse cijfers werkloze-, werkzame- en niet-beroepsbevolking, 2005 dec./2006 feb, Voorburg/Heerlen 2006.

CBS, Sociaal-economische maandstatistiek 2003/3.

T. Dieterich, 'Betriebliche Bündnisse für Arbeit', *DB* 2001, p. 2398-2403.

T. Dieterich, 'Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz', *RdA* 2002, 1, p.1-17.

J. van Dongen, *Evaluatie vereisten algemeen verbindend verklaarde CAO-fondsen; (vorm)vereisten AVV's de CAO-fondsen en jaarverslagen boekjaar 2004*, Den Haag: Ministerie SZW 2006.

J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs 'Het toetsingskader algemeen verbindend verklaring CAO-bepalingen', *SMA* 2002/2, p. 124-137.

R.A.A. Duk, Wat kan bij CAO geregeld worden? In: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005. p. 11-21.

R.A.A. Duk, in: *Ondernemingsrecht* 2006-3, p. 119-122.

H. Ehmann & T. Lambrich, Anm. Zu BAG, AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, H. Ehmann & Th. Lambrich, 'Vorrang der Betriebs- vor der Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips?', *NZA* 1996, 346 ff..

A.P. Th. Eyssel, 'De collectieve arbeidsovereenkomst: regsinstituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 60.

W.J.P.M. Fase, 'CAO-recht en contractsvrijheid', *Arbeid Integraal* 2002, p. 129-133.

W.J.P.M. Fase, C.A.O.-recht. Schets van het recht met betrekking tot C.A.O.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen, Alphen aan de Rijn: Samson 1982.

W.J.P.M. Fase, 'De schone CAO-schijn', *SMA* 2006/2, p. 55.

W.J.P.M. Fase 'De wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers', *SMA* 1983, p. 346-370.

W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004.

W.J.P.M. Fase, 'Recente CAO-perikelen', *SMA* 2006/6, p. 231-233.

FNV Bondgenoten, Evaluatie Arbeidsvoorwaardenbeleid 2004.

D. Freihube, 'Die einzelvertragliche Umsetzung von Beschäftigungs- bündnissen', *DB* 2000/20, p. 1022-1027.

F. Gamillschegg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Bd I. 1997.

Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU, Gesetz zur Modernisierung des Arbeitsrechts, BAT Drucks. 15/18 juni 2003.

F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO', in: *SR* 2002/6, p. 184-190.

F.B.J. Grapperhaus, 'Dispensatie van algemeen verbindendverklaring', *SMA* 2006/5, p. 187-196.

F.B.J. Grapperhaus, 'Toetsingskader algemeenverbindendverklaring CAO: voortaan inhoudelijke toetsing van 'kleine' CAO's?', *Ondernemingsrecht* 2005, 192, p. 555-557.

Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, *Tarifautonomie auf dem Prüfstand*, 10 oktober 2003.

E. Groot & J. Woudt, FNV wil bodem voor tarieven zelfstandigen. Conflict dreigt met concurrentietoezichthouder NMA, *Het Financieele Dagblad* 19 maart 2006.

R. Hansma, 'Met art. 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen'. *SR* 1998-12, p. 373-375.

L.J. Hartenveld, 'Wat werkgevers van de cao vinden', *Zeggenschap* 2006/3, p. 10-11.

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 31.

T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer, 1999.

G.J.J. Heerma van Voss & P.F. van der Heijden, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2000, p. 1549-1550.

G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht* (Van den Heuvel-bundel), 2006, p. 363-388.

P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid; op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht', *NJB* 1997/40, p. 1837-1844.

P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998/5, p. 207-214.

P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het arbeidsrecht; privétisering', *Arbeids-Recht* 1999/8/9. Lustrumkatern.

P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, A.C.J.M. Wilthagen, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?* (Sinzheimer-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Handelingen Nederlandse Juristen-vereniging 2001-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001.

M.H.D.A.G van Heijnen, C. van Rij, *Ervaringen van werkgevers met de CAO en avv*, szw Werkdocument 307, Den Haag: 2003.

C. Hergenröder, *Tarifeinheit oder Tarifmehrheit durch Betriebsübergang nach § 613a BGB?*, in: H. Oetker, U. Preis, V. Rieble, *fs 50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, München: Verlag C.H. Beck, 2004, p. 715-732.

E. Herrmann, 'Kollektivautonomie contra Privatautonomie: Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung und Mitbestimmung', Sonderbeilage zu *NZA* Heft 2000/3, p. 14-23.

C. Hillebrink, J. Schippers, J. van Stigt, *Keuzes in arbeidsvoorwaarden; een onderzoek onder leden van FNV Bondgenoten naar CAO à la Carte*, januari 2004.

J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot CAO. Over de praktijk van arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming*, Den Haag: Sdu 1992.

Hooge Raad van Arbeid, *Advies over het voorontwerp eener burgerlijk-rechtelijke regeling der collectieve arbeidsovereenkomst*, nr. 210, 13 juli 1920, p. 1-2.

Hooge Raad van Arbeid, *Preadvies van Commissie XII over een voorontwerp regelende verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten*, Den Haag, 27 februari 1926.

W. Hromadka, 'Gesetzliche Tariföffnungsklauseln-Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?', *NfW* 2003/18, p. 1273- 1277.

Hromadka, 'Mehr Flexibilität für die Betriebe- ein Gesetzesvorschlag', *NZA* 1996, p. 1233- 1240.

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

A.T.J.M. Jacobs, Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's, in: *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2005, p. 21-59.

A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922.

R.H. van het Kaar, Arbeidsovereenkomst (losbl.), aant. 2-10 bij art. 4 Wet op de Loonvorming (Kluwer).

R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad (losbl.), art 27 WOR, (Kluwer).

R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad (losbl.), aant. 1-5 bij art. 32 WOR (Kluwer).

R. Kemper & M. Engelen, *Kwaliteit representativiteitsgegevens bij AVV-verzoeken; Stand van zaken* 2005, Leiden: Research voor beleid 2006

J. Kirsch & R. Bispick, *Allgemeinverbindliche Tarifverträge*, Düsseldorf: Hans Böcklerstiftung 2002.

R. Knegt (red.) e.a., *Instituten van de arbeidsmarkt: een retrospectieve studie*, Den Haag: OSA 1995.

F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, Deventer: Kluwer 1987.

E. Koot-van der Putte & A.F. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer', *SR* 2005/1, p. 20-24.

E. Koot-van der Putte, 'Wijziging voorwaarden voor dispensatie AVV-CAO?', *Praktijkblad Arbeidsvoorwaarden* 2006/9, p. 11-13.

J.A.C. Korteweg, K.G.Tijdens, J.M. De Winter, *Keuzemogelijkheden in CAO's; wat is het de werknemer waard?*, Tilburg: OSA, 2003.

M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997/9, p. 262-264.

E. Lambregts & E. Smit, Van de oude naar de nieuwe media: arbeidsvoorwaarden in de grafische industrie en bij Neroc, in: M. van der Meer en E. Smit (red.), *Innovatie of imitatie, CAO-vernieuwing op ondernemingsniveau*, p. 75-86, Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie b.v. 2000.

- C.H.J. van Leeuwen, 'De paarse wor', *ArbeidsRecht*, 1998/3, p. 21-24.
- H. Lesch, 'Dezentralisierung der Tarifpolitik und Reform des Tarifrechts', *CD* 2000/6, p. 322- 326.
- A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de OR overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996/3, p. 63-68.
- H. Massa-Wirth & H. Seifert, German Pact for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalization and European Integration, Paper presented at the IIRA 7th European Congress held at Lissabon, September 7-11, 2004.
- M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 397.
- W.M. Mevissen, R. Knegt, W.S. Zwinkels (red.), *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, Doetinchem: Elsevier 2001.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Najaarsrapportage CAO-afspraken 1999, Den Haag, 1999.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid, AV/CAM/2002/94807
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Bedenkingen 2004, http://docs.minszw.nl/pdf//174/2005/174_2005_13_1681.pdf.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving, Voorjaarsrapportage CAO-afspraken 2005, bijlage 6: overzicht van CAO's in Nederland.
- S. Mok, Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, in: *Rechterlijke beslissingen inzake de Wet op de arbeidsovereenkomst (bij: Tijdschrift voor Arbeidsrecht)*, 1 april 1937.
- S. Mok, 'Verbindend en onverbindendverklaring der collectieve arbeidsovereenkomst', *Het Volk* 28 december 1936.
- W. Möschel, 'Das Spannungsverhältnis zwischen Individualvertrag, Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag', *BB* 2002/25, p. 1314-1318.

Nederlands Verbond van Vakverenigingen, *Aan de Tweede Kamer der Staten Generaal 's – Gravenhage*, Amsterdam 19 februari 1937.

H. Oetker, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträgen und AGB-Kontrolle*, (FS Wiedemann), München, C.H. Beck, 2002, p. 388-398.

M.M. Olbers, Arbeidsovereenkomst (losbl.), aant. 3 bij art. 14a Wet CAO.

M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de CAO', *SMA* 1992, p. 658-669.

M.M. Olbers, Vakbond of ondernemingsraad?, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld* 1946-1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 181-193.

B. Otten, 'De combinatie CAO-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998/12, p. 370-373.

T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonwormingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

J.J.L. Pepers, 'De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten', *ArbeidsRecht* 2002/3, p. 30-35.

H. Pfarr, 'Gerade in der Krise brauchen Beschäftigte den Schutz des Tarifrechts', *FR* 26 november 2003.

E. Picker, *NZA*, Heft 14/2002, p. 766-767.

W. Portegijs, A. Boelens en L. Olsthoorn, *Emancipatiemonitor* 2004, Den Haag: SCP en CBS 2004.

U. Preis, *Arbeitsvertragliche Verweisungen auf Tarifverträge* (FS Wiedemann), München: Verlag C.H. Beck 2002.

M.E. Reichel, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001.

A.A. van Rhijn, 'Vrije concurrentie en collectieve arbeidsovereenkomst', *De Economist* 1924, 73.

R. Richardi & O. Wlotzke, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2000.

B. Rister, in: E. Koot-van der Putte, *Expert-meeting SISWO 2004*, HSI Discussion Paper 2006/4.

L. Robert, 'Betriebliche Bündnisse für Arbeit versus Tarifautonomie', *NZA* 2004/12, p. 633- 640

M.F. P. Rojer, *De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's*, Den Haag: szw 2002.

M.G. Rood, 'Over afspraken ondernemer-ondernemingsraad', *TVVS* 1991/9, p. 29-30.

M.G. Rood, 'Nog geen nawerking van via AVV geldende CAO-bepalingen', *TVVS* 1994, p. 132-134.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2003/2004, BT-Drucks. 15/2000, s. 380, Ziffer 674.

M. Schaeps, J.J.H. Schrama, A. van den Aemele, *Wet aanpassing arbeidsduur, Een onderzoek naar in CAO's vastgelegde afspraken om de arbeidsduur te verminderen of te vermeerderen*, Den Haag: 2005

SER-advies 94/06: Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR, Den Haag: SER 1994.

J.M. van Slooten, 'De nietigheid van een beding dat afwijkt van de CAO', *SR* 2000/4, p. 109-110.

J.M. van Slooten, Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden, in: R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: Sdu 2006, p. 43-56.

G.C. van Sloten, A. Nauta, P.R.A. Oeij, *Arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen op ondernemingsniveau*, AVON Monitor 2004, TNO Kwaliteit van Leven/Arbeid 2005.

W. Smits & H. Ramautar, *Algemeen verbindend verklaarde Sociale Fondsen in 2004: Baten, Lasten, Reserves en Doelstellingen*, Den Haag: Ministerie szw 2006.

L.C.J. Sprengers, Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende vaten?, in: *CAO-recht in beweging?*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2005, p. 59-103.

A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de CAO en de individuele arbeidsovereenkomst', *SR* 1999/10, p. 250-256.

A. Stege, 'De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 2000/12, p. 62.

Stichting van de Arbeid, Aanbeveling inzake de regeling van arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers, publicatienummer 6/04, Den Haag: Huisdrukkerij SER 2004.

Stichting van de Arbeid, *Advies inzake algemeen verbindend verklaring en decentraliseringsbepalingen in CAO's*, 3 juni 2003, publ. Nr. 5/03.

Stichting van de Arbeid, *Naar arbeidsvoorwaarden op maat*, 28 april 1999, Publicatienummer 1/99.

A.J. Swelheim, 'Een beetje nawerking', *ArbeidsRecht* 1994/4, p. 7-9.

L. Timmerman & L.C.J. Sprengers in: *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 27 lid 1 WOR, aant. 1, Deventer: Kluwer 2004.

W.J.M. van Tongeren, 'Gebondenheid van de ongebonden werknemer', *SR* 1997/2, p. 48-50.

W.J.M. van Tongeren, Naschrift bij: M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997/9, p. 262-264.

W. Trittin, 'Amtsenthebung von Betriebsratsmitgliedern wegen grober Pflichtsverletzung – Fall Viemann', *NZA* 1996/24, p. 1336-1340.

J. Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling; *De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: N.V. De Arbeiderspers 1938.

P.C. Vas Nunes, 'De WAA: gedachten van een werkgeversadvocaat', *SMA* 2000/1, p. 6-14.

Verbond van Nederlandsche Werkgevers, *Betreffende Algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten*, 13 maart 1937.

L.G. Verburg & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer: 2003.

- E. Verhulp, *Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2001.
- E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht*, (Oratie Amsterdam UvA) 2003.
- E. Verhulp, 'Nawerking, het volle pond graag...!' *ArbeidsRecht* 2002/10, p. 8-14.
- M.L.Vos, Dan maar een eigen vakbond, *Volkskrant* 1 oktober 2005.
- L.J. de Vroe, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW', *ArbeidsRecht* 2001/2, p. 9.
- R. Waltermann, 'Zuständigkeiten im Spannungsfeld von Tarif- und Betriebsautonomie', *RdA* 1996/3, p. 129-139.
- O.F. Wendt, *Der Günstigkeitsvergleich im Verhältnis zwischen Einzelarbeitsvertrag und Tarifvertrag* (diss. Köln), 2000.
- J.P. Windmuller, C. de Galan & A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1983.
- D.J.B. de Wolff, 'De binding van de ongebonden werknemer aan een CAO', *SMA* 2003/4, p. 168-170.
- J. Woudt, 'CAO-voer voor juristen', *Het Financieele Dagblad*, 10-2-2006.
- WSI Collective Agreement Archive, 'Bargaining Policy in the German System of Industrial Relations', *WSI Mitteilungen Special Issue* 2003.
- U. Zachert, 'Neue Kleider für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung?', *NZA* 2003/3, p. 132-140.
- J.H. van Zanten, 'De zogenaamde CAO', *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1903, XXII.

JURISPRUDENTIEREGISTER

HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83 (2.2.5; 2.3.10)

HR 4 mei 1956, *NJ* 1956, 299 (4.2.4)

HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527 (2.2.2; 2.3.1)

HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 (2.3.10; 3.4.3; 3.4.3)

HR 23 mei 1980, *NJ* 1980/633 (2.2.7)

HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (3.4.3)

HR 10 juni 1983, *NJ* 1984/147 (3.4.2)

HR 12 juni 1987, *NJ* 1988/59 (3.4.2)

HR 26 juni 1987, *NJ* 1988/93 (4.2.3)

HR 7 oktober 1988, *ROR* 1988/34 (4.2.4)

HR 7 oktober 1988, *ROR* 1988/35 (4.2.4)

HR 18 november 1988, *NJ* 1989/344 (2.2.7)

HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612 (3.4.3)

HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420 (3.4.3)

HR 20 oktober 1995, *JAR* 1995/252; *NJ* 1996, 218 (2.3.5)

HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403; *JAR* 1998/40 (2.5.3)

HR 27 maart 1998, *JAR* 1998/99, *NJ* 1998, 709 (2.4.1)

HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/158 (2.6.3)

HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (4.1.1; 4.3.3; 4.3.4; 4.3.5)

HR 5 februari 1999, *JAR* 1999/62 (2.5.3)

HR 28 mei 1999, *JAR* 1999/131 (2.4.2)

HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273 (2.2.1)

HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43 (2.2.1; 2.5.1; 2.5.2; 5.2.1; 5.3.1)

HR 11 februari 2000, *ROR* 2000/20 (4.2.3)

HR 29 september 2000, *JAR* 2000/222 (3.3)

HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154 (3.1.1; 3.4.3)

HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (2.2.2; 2.2.9; 2.7; 4.2.3)

HR 10 januari 2003, *RvdW* 2003, 12, *JAR* 2003/38 (3.4.3)

Hof van Justitie Nederlandse Antillen 5 juli 1977, *NJ* 1987/134 (2.4.2)

Hof Justitie Nederlandse Antillen 15 januari 1980, *Prg.* 1980, nr. 1485
(2.2.4)

Hof 's Gravenhage 17 september 1998, *JAR* 1998/226 (3.4.4)

Hof Den Bosch 31 juli 2002, *JAR* 2002, 187 (4.2.3)

Hof Arnhem 10 december 2002, *JAR* 2003/70 (4.2.5)

Hof Den Haag 19 december 2002, *JAR* 2003, 15 (4.2.3)

Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12 (2.3.6)

- Hof Amsterdam 15 april 2004, *JAR* 2004/219 (4.3.4)
 Hof Arnhem 3 augustus 2004, *JAR* 2004/284 (3.4.4)
 Hof Arnhem 1 november 2005, *JAR* 2005/284 (4.3.5)
 Hof Leeuwarden, 9 november 2005, *JAR* 2005/285 (2.2.3)
- Rb. Haarlem 7 april 1987, *ROR* 1987, 15 (4.2.3)
 Rb. Alkmaar 25 juli 1988, *ROR* 1988, 40 (4.2.3)
 Rb. Amsterdam 5 april 1989, *ROR* 1989, 14 (4.2.3)
 Rb. Amsterdam 28 februari 1992, *JAR* 1992/17 (2.4.1)
 Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, 23 (4.2.3)
 Rb. Maastricht 30 mei 1994, *JAR* 1994, 180 (4.2.3)
 Rb. Utrecht 8 juni 1994, *JAR* 1996/122 (2.5.1)
 Rb. Zwolle 15 juni 1994, *JAR* 1994/149 (2.3.5)
 Rb. Middelburg 24 november 1994, *JAR* 1994/265 (4.2.3)
 Rb. Amsterdam 31 mei 1995, *JAR* 1995/162 (2.2.2)
 Rb. Amsterdam 28 februari 1996, *JAR* 1996/138 (2.2.1)
 Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228 (2.4.2)
 Rb. Groningen 17 april 1998, *JAR* 1998/193 (4.3.3)
 Rb. Rotterdam 24 december 1998, *JAR* 1999/40 (4.3.5)
 Rb. Rotterdam 18 februari 1999, *JAR* 1999/72 (2.5.1)
 Rb. Utrecht 26 januari 2000, *JAR* 2000/60 (4.3.5)
 Rb. Arnhem, sector kanton, locatie Wageningen 22 mei 2002, *JAR* 2002/140
 (4.2.5)
 Rb. Zutphen 25 juli 2002, *JAR* 2003/13 (4.3.5)
 Rb. Zwolle 9 april 2004, *ROR* 2004-4 (4.2.3)
 Rb. Amsterdam 29 december 2005, *JAR* 2006/27 (2.2.2)
- Pres. Rb. Den Haag 19 mei 1992, *JAR* 1992, 22 en *ROR* 1992, nr. 19
 (4.2.2)
 Pres. Rb. Roermond 9 juni 1994, *JAR* 1994/133 (2.3.1)
 Pres. Rb. Utrecht 15 september 1994, *JAR* 1994/198 (2.5.2)
 Pres. Rb. Leeuwarden 1 april 1996, *JAR* 1996/110 (2.4.2)
 Pres. Rb. Utrecht 20 januari 1998, *KG* 1998, 153 (2.2.1)
 Vزر. Rb. Groningen, 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198 (1.3.2; 3.3; 3.5.2; 5.3.1)
 Vزر. Rb. Breda 4 november 2005, *JAR* 2005/281 (3.5.1)
- Ktg. Groningen 11 mei 1977, *NJ* 1978, 15 (2.2.4)
 Ktg. Amsterdam 3 september 1980, *ROR* 1971-1984, 105 (4.2.3)
 Ktg. Rotterdam 25 juni 1986, *ROR* 1986, 38 (4.2.3)
 Ktg. Wageningen van 6 april 1988, *Prg.* 1989, nr. 2986, p. 13 (2.2.2)
 Ktg. Delft 8 december 1988, *ROR* 1988, 37 (4.2.3)
 Ktg. Apeldoorn 6 februari 1990, *ROR* 1990, 13 (4.2.3)

Ktg. Tilburg 12 april 1990, *Prg.* 1990, nr. 3258, p. 340 (2.2.1)

Ktg. Zaandam 29 april 1993, *JAR* 1994/41 (2.5.1)

Ktg. Rotterdam 21 februari 1994, *JAR* 1994/157 (3.4.2)

Ktg. Assen 16 mei 1994, *JAR* 1994/171 (2.5.1)

Ktg. Utrecht 16 februari 1995, *KG* 1995/173 (3.3)

Ktg. Middelburg 20 januari 1997, *JAR* 1997/132 (2.5.2)

Ktg. Den Haag 17 maart 1999, *JAR* 2000/4 (2.5.1)

Ktg. Brielle 22 februari 2000, *JAR* 2000/68 (2.5.3)

Ktg. Utrecht 20 april 2000, *JAR* 2000/130 (4.3.5)

Ktg. Deventer 15 juni 2000, *JAR* 2000/226 (4.3.4; 4.3.5)

Ktg. Apeldoorn 17 oktober 2001, *JAR* 2002/23 (4.3.5)

Ktg. Den Haag 9 januari 2003, *JAR* 2003/26 (4.2.5)

Ktg. Zwolle 7 februari 2005, *JAR* 2006/129 (3.4.3)

Ktg. Maastricht, 29 maart 2005, *JAR* 2005/105 (4.2.3)

Ktg. Amersfoort 27 april 2005, *Prg.* 2005/114 (4.3.5)

Ktg. Amsterdam 28 juni 2005, *JAR* 2005/178 (4.2.3)

Ktg. Haarlem 11 juli 2005, *JAR* 2005/182 (4.2.5)

Ktg. Utrecht 26 juli 2005, *JAR* 2005/201 (4.3.5)

Ktg. Assen 19 december 2005, *JAR* 2006/36 (4.3.3)

Ktg. Eindhoven 20 december 2005, *JAR* 2006/38 (4.3.3)

Ktg. Amsterdam, 4 januari 2006, *JAR* 2006/86 (2.6.1)

Ktg. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57 (2.2.2)

Ktg. Den Bosch 27 april 2006, *JAR* 2006/128 (2.2.2)

RvS 27 oktober 2004, LJN: AR4606, 200400672/1 (3.5.1)

CRvB 27 juli 1978, *RSV* 1978/338 (3.4.3)

Beschikking Minister szw 20 febr. 1985 *ROR* 1985, 33 (4.2.2)

Beschikking Minister szw 27 januari 1988, *ROR* 1988, 13 (4.2.3)

Beschikking Minister szw 18 oktober 1989, *ROR* 1989, 34 (4.2.3)

Scheidsgerecht voor het Bankbedrijf 9 december 1992, *Prg.* 1993/3826
(2.2.2)

Scheidsgerecht voor het Bankbedrijf 26 februari 1997, *JAR* 1997/103 (2.2.1)

BAG (20.4.1999), BAGÉ 91, 210 = *NZA* 1999, 887 = *NJW* 1999, 3281 (3286)
(5.3.1)

ArbG Marburg, Beschluss vom 07/08.1996 – 1 B.V. 6/96 *NZA* 1996, p.
1331 ff. (5.3.1)

BGH, Entscheidung vom 18.1.2000, *NJW*-Informationen, H. 4/2000, S. XIV
C (5.3.1)

BverfG (24.5.1977), BverfGE 44, 322 (323f.) = *NJW* 1977, 2255 (5.4)

TREFWOORDENREGISTER

- Aanneming van werk - (2.3.9)
Algemeenverbindendverklaring (avv) - (1.3; 3.1)
Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) - (5.2.2; 5.4)
Anti-revolutionairen - (1.2.2; 1.2.3)
Arbeidsinspectie - (3.5.3)
Arbeidsreglement - (4.2.4; 1.5)
Arbeidstijd - (2.5; 2.5.2; 2.6.3)
Arbeidstijdenwet - (4.1.1; 4.2.1)
- Baangarantie - (2.6.3; 5.2.1; 5.3.1; 5.3.2; 6.2)
Bedenkingen - (3.1.1; 3.4.4; 3.5.1)
Bedrijfsregeling - (1.5; 4.2.4; 4.3.3; 5.5.4)
Belangrijke meerderheid - (3.1.1; 3.4.4; 5.2.4)
Beschäftigungssicherung - (5.2.1)
Betriebsautonomie - (5.5.2)
Betriebsrat - (5.1.1; 5.2.3; 5.3.2; 5.5; 5.5.4)
Betriebsvereinbarung - (5.1.1; 5.2.3)
Betriebsverfassungsgesetz - (4.2.2; 5.1.1)
Betrokkenheid - (2.1.1; 2.2.6; 4.3.3; 4.3.5)
Bezugnahme - (5.1.1; 5.2; 5.2.1; 5.2.4)
Bündnis für Arbeit - (2.6.3; 5.6; 6.1)
Bürgerliches Gesetzbuch - (5.1.1; 5.2.1)
Burgerlijk Wetboek - (1.1; 1.2.1)
- Cafeteria-cao - (2.6.3; 2.7; 4.2.1)
cao à la carte - (2.6.3 ; 2.7 ; 4.2.1)
cao-volger - (2.3.5)
Collectief onderhandelen - (3.5.2; 4.2.2)
Collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) - (1.2; 2.1; 6.1)
Collectiviteit - (1.2.1; 1.2.2; 1.2.3; 2.1; 2.7)
Commissie van Deskundigen - (3.5.2)
Confessionelen - (1.2.3; 1.3.2; 1.3.3)
Contractuele stroming - (1.4; 3.4.3; 4.2.2; 4.3.4; 4.3.5)
- Decentralisatie - (2.3)
Decentralisatiebepalingen - (2.6.3; 4.2.1)
Decentralisatiebepalingen en avv - (3.5.2)
Dekkingsgraad - (2.1.2; 5.1.2)
Detacheringsrichtlijn - (3.2)

- Diagonale bepaling – (2.5)
Differentiatie – (2.6.3)
Directiereglement – (4.2.4)
Dispensatie van cao – (2.6.2)
Dispensatie van avv – (3.5.1; 5.2.2; 5.4; 6.1)
Doorwerking – (2.1.1; 2.2.1; 3.1.1; 4.2; 5.2.1)
Driekwart dwingend recht – (4.2.5)
Dwingend recht – (1.1)
- Eenzijdige wijziging – (1.5; 4.3.3; 4.3.4)
Ergänzungstarifvertrag – (5.3.3)
- Faillissement – (5.3.1)
Flexibilisering – (2.6.3)
Fonds-cao's – (3.5.3)
Foi – (2.5.1)
Freelancer – (2.2.8)
Free riders – (2.2.2)
- Gebondenheid – (2.2.1)
Gele bonden – (3.5.1)
Gesamtbetriebsrat – (5.2.3)
Gunstighedsprincipe – (2.2.1)
Günstigkeitsprinzip – (5.1.1; 5.2.1; 5.2.4; 5.3.1)
- Hooge Raad van Arbeid – (1.3.2)
- ILO-verdrag no. 87 – (3.5.2)
ILO-verdrag no. 98 – (3.5.2)
Incorporatiebeding – (2.2.3; 4.3.2; 5.1.1)
Inhaltskontrolle – (5.2.1)
Inhaltsnormen – (5.1.1)
Instemmingsrecht – (4.2.3)
Institutionele stroming – (4.3.5)
Inwerkingtreding van de cao – (2.4; 3.4)
- Klassenstrijd – (1.2.2)
Kernactiviteiten – (2.2.1)
Konzernbetriebsrat – (5.2.3)
- Liberalen – (1.2.3; 1.3.3)
Lidmaatschap opzeggen – (2.2.; 2.3.4)

- Loon – (2.5.1)
 Looptijd – (2.2.1; 2.3.2; 2.4; 2.5.1; 3.5.2)
- Maatwerk – (2.6.3; 3.5.1)
 Mantel-cao – (2.6.3)
 Mededingingsrecht – (2.2.8; 5.4.2)
 Meerderheidsvereiste – (3.4.4; 5.4.1; 5.2.2)
 Minimum-cao – (2.2.1; 5.2.1)
- Nakoming – (2.2.2; 6.2.1)
 Naleving – (5.3.3)
 Nawerking – (2.4.2; 3.4.3)
 Negatieve contractsvrijheid – (1.4; 3.1.2; 4.4; 5.5.2)
 Niet-lid – (2.2.2; 2.3.3)
 NMa – (2.2.8)
 Normatieve werking – (2.2.1; 2.3.1; 3.2; 3.3; 5.2.1; 5.2.2)
- Obligatoire bepalingen – (2.5)
Öffnungsklausel – (5.1.1; 5.1.2; 5.2.2; 5.2.3; 5.3.2; 5.5.1)
Ohne-Tarif-Mitgliedschaft – (5.4.1; 5.6)
 Onderhandelingsruimte – (2.5.1; 4.2; 5.5.1)
 Ondernemings-cao – (2.3.6)
 Ondernemingsovereenkomst – (4.2.2)
 Ondernemingsraad – (4.1)
 Ongebonden werkgever – (2.3.3; 2.3.4; 3.3.5)
 Ongebonden werknemer – (2.2.2; 2.2.3; 2.2.4)
 Ontduiking – (1.3.2; 5.6)
 Opdrachtgever – (2.3.9)
 Opdrachtnemer – (2.2.8)
 Oproepwerknemer – (2.2.6)
 Ordening – (1.3.3; 1.6)
Ordnungsnormen – (5.1.1)
 Organisatiegraad – (1.4; 2.1.2; 2.2.2; 3.5; 5.1.2; 6.1)
 Oud-lid – (2.2.4; 2.3.4)
 Overgang van onderneming (2.2.5; 2.3.10; 3.2; 3.3)
 Overwerk – (2.5.2)
- Pakketvergelijking – (2.2.1; 5.3.1; 5.3.2)
 Personeelsvertegenwoordiging – (2.6.3; 3.5.2; 4.2.5)
Privatautonomie – (5.3.1; 3.3; 5.5.2)
 Primaat – (1.4; 2.1; 2.7; 4.2.2)
 Primaire arbeidsvoorwaarden – (2.5; 4.2)
 Proeftijdbeding – (2.2.1)

- Raamwerk-cao – (2.6.3)
Rechtszekerheid – (2.4.1; 2.4.2; 2.5.1)
Regelungsabrede – (5.5.4)
Reiskostenregeling – (2.5.3)
Representativiteit – (3.4.4; 3.5)
Rust – (1.2.2; 1.3.2; 1.6)
- Samenloop van cao's – (2.2.5; 2.3.10; 3.2; 3.3; 5.1.1)
Schönwetterinstrument – (5.3.1)
Semi-dwingend recht – (2.2.2; 4.2.4)
Sociaal-democraten – (1.2.2; 1.3.2)
Sociale partners – (6.2.2)
Solidarnormen – (5.1.1)
Standaard-cao – (2.6.1; 4.2.1)
Stilzwijgende goedkeuring – (2.2.3; 4.3.1)
Systematiek – (4.2.5; 6.2.1)
Tarifautonomie – (5.3.1; 5.3.2)
Tarifvertrag – (5.1.1)
Tarifvertragsgesetz – (5.1.1)
Tarifsperre – (5.1.1)
Tarifausschuss – (5.4.1)
Terinzagelegging avv-verzoek – (3.5.1)
Terugwerkende kracht – (2.4.1; 3.4.2)
Toetsingskader avv – (3.5.1)
Tussentijdse beëindiging – (2.2.4; 2.3.4)
- Uitzendwerknemer – (2.2.7)
Uitzondering – (3.5.1; 5.2.2; 5.6)
Umgehungsinstrument – (5.5.4)
- Vakbond – (2.1.1)
Vakbondslidmaatschap – (2.1.1)
Vakverenigingsvrijheid – (3.5.2)
Verantwoordelijkheid – (6.2.2)
Vertrieblichung – (5.1.2)
Verenigingsrecht – (4.2.1)
Verkregen rechten – (3.4.3)
Vertrauensvolle Zusammenarbeit – (5.3)
Verzoek om avv – (3.1.1; 3.5.1; 3.5.2)
Vorderingsrecht – (2.2.2; 6.2.1)
- WAA – (4.2.5)
WAGA – (3.2)

WAZ - (4.2.5)
Wederzijdse gebondenheid - (2.2.1; 2.3.1; 5.1.1; 5.2.1)
Werkingsduur - (2.4; 3.4.1)
Werkings sfeer - (2.2.1)
Werkgeversvereniging - (2.3.1; 2.3.2)
Wet avv historie - (1.3)
Wet cao historie - (1.2)
Wet op de loonvorming - (2.4.1; 3.4.2; 4.3.5)
Wet op de ondernemingsraden - (1.4; 4.1)

CURRICULUM VITAE

Esther Koot-van der Putte werd op 22 oktober 1977 geboren te Haarlem. Zij doorliep het Stedelijk Gymnasium te Haarlem en studeerde vervolgens af in Nederlands Recht aan de Universiteit van Amsterdam (UvA). Tevens behaalde zij de Minor Arbeid (arbeidseconomie, arbeidssociologie, arbeidspsychologie) aan het Amsterdams Instituut voor Arbeidsstudies (AIAS) van de UvA en volgde (collectief) arbeidsrechtelijke keuzevakken aan de Freie Universität Berlin. Zij verrichtte promotie-onderzoek aan het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) van de UvA op het gebied van collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid. Zij is thans werkzaam als advocaat bij Pot Jonker Seunke advocaten te Haarlem en als fellow verbonden aan het HSI.