



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg

Jansen, N.

Publication date

2019

Document Version

Final published version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2019). *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*. [, Universiteit van Amsterdam].

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.

N. Jansen

Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg

N. Jansen

Een juridisch onderzoek naar de representativiteit
van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg

Wolters Kluwer – Deventer

**Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het
arbeidsvoorwaardenoverleg**

**Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van
vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg**

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus
prof. dr. ir. K.I.J. Maex
ten overstaan van een door het College voor Promoties
ingestelde commissie, in het openbaar te verdedigen in de
Aula der Universiteit
op woensdag 16 januari 2019, te 13:00 uur

door

Niels Jansen

Geboren te Hillegom

Promotores:	prof. mr. E. Verhulp	Universiteit van Amsterdam
	prof. dr. R.M. Beltzer	Universiteit van Amsterdam
Overige leden:	prof. dr. P.T. de Beer	Universiteit van Amsterdam
	prof. mr. J.M. van Slooten	Universiteit van Amsterdam
	prof. dr. A.P.C.M. Jaspers	Universiteit van Amsterdam
	prof. dr. S.S.M. Peters	Rijksuniversiteit Groningen
	prof. dr. F.G. Laagland	Radboud Universiteit Nijmegen

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

VOORWOORD

Het is denk ik meer dan terecht eerst en vooral Karen, Jasja en Mia te bedanken. Op een financieel wat ongelukkig moment koos ik met Karens volledige steun voor de wetenschap en het onderwijs. Zij ving dat perfect op. Deze keuze kwam voor mijn gezinsleven buitengewoon goed uit. Het heeft mij de afgelopen jaren ruimte gegeven Jasja en Mia te zien opgroeien en dat had ik nooit willen missen. Jullie zijn twee fantastische kinderen.

Het is af mam! Een jaar te laat, dat wel, maar toch. We spraken er een keer in de laatste zomer wat langer over. Je wist dat het me zou lukken toen ik het je vroeg. Wees dan maar gewoon nu alvast trots, zei ik. Dat was niet nodig volgens jou, want dat was je al meer dan genoeg. Dat je er niet (meer) bent is verdrietig en wat ging het – achteraf bezien – snel. Van mijn collega's van de vakgroep kreeg ik ongelooflijk veel steun. Daar ben ik zeer dankbaar voor en in het bijzonder dank ik Teun voor de gesprekken die we hadden over de pech die ons verbond.

Evert en Ronald, heel erg bedankt voor de altijd nuttige opmerkingen en de begeleiding tijdens het schrijven van mijn proefschrift.

Ruud, Eef (en Jim), Ruud, Marleen, Rob en Lenie, jullie hoeven dit boek echt niet te lezen hoor en dat schrijf ik met een glimlach. Ik ben heel blij met jullie!

Pam, Kiek, Pris, Roy, Rachel, Ilse, Johan, Eva, Han, Marloes, Constant, Job, Roberto en Niels, bedankt voor jullie gezelschap, flauwe en goeie grappen, goeie en slappe gesprekken, de koffie, tafeltennis, de borrels en het feit dat jullie het met mij en mijn eigenaardigheden uithielden op een kamer (en de kamers ernaast). Jullie maakten de dagen op de Poort en later het REC wel echt een stuk leuker, maar dat geldt eigenlijk voor al mijn (ex-)collega's van de vakgroep (en de BV).

Maarten, Kirsten, Björn, Josje en Aldert (en al mijn andere vrienden), veel dank voor jullie vriendschap! Sanne en Ruud, niet alleen bedankt voor de vriendschap, maar ook voor alle uren waarin we samen trinden en surfen en dat jullie zorgden voor de afleiding die ik soms niet kon gebruiken maar die vaak toch heel goed was.

Jullie steun en vertrouwen heeft het extra de moeite waard gemaakt dit boek te schrijven!

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Een landschap in beweging / 1
- 1.2 Probleemstelling / 5
- 1.3 Relevantie / 6
- 1.4 Enkele begrippen / 10
- 1.5 Onderzoeksmethode / 11
- 1.6 Afbakening / 12
- 1.7 Opzet / 13

HOOFDSTUK 2

Het Nederlandse overlegmodel en het arbeidsvoorwaardenoverleg / 15

- 2.1 Inleiding / 15
- 2.2 Het Nederlandse overlegmodel: ontstaansgeschiedenis / 16
 - 2.2.1 Afschaffing gilden en ontstaan van vakverenigingen / 16
 - 2.2.2 De eerste vakbonden / 17
 - 2.2.3 Oprichting van de vakcentrales / 19
 - 2.2.4 Wetgeving ten aanzien van het collectief overleg / 20
 - 2.2.5 De Eerste Wereldoorlog / 21
 - 2.2.6 De Hoge Raad van Arbeid / 22
 - 2.2.7 De Tweede Wereldoorlog / 23
 - 2.2.8 De Stichting van de Arbeid en heropricting van de vakcentrales / 23
 - 2.2.9 Van centraal geleide loonpolitiek naar sociaal akkoorden / 25
 - 2.2.10 De Sociaal-Economische Raad / 28
- 2.3 Het arbeidsvoorwaardenoverleg / 29
 - 2.3.1 Inleiding / 29
 - 2.3.2 Overlegstructuur / 29
 - 2.3.3 Van centralisatie naar decentralisatie / 30
 - 2.3.4 Cao-onderwerpen / 36
 - 2.3.5 Zelfstandigen / 38
- 2.4 Ter afsluiting / 40

HOOFDSTUK 3

Belangenbehartiging en representativiteit: algemeen deel / 43

- 3.1 Inleiding / 43
- 3.2 Belangenbehartiging van niet-leden / 43
 - 3.2.1 Financiering / 43
 - 3.2.2 Statutaire doelstellingen / 48
 - 3.2.3 Nieuwe initiatieven / 50
 - 3.2.4 Tussenconclusie / 52
- 3.3 Representativiteit: een concept en een definitie / 52
- 3.4 Representativiteit: enkele cijfers en ontwikkelingen / 56
 - 3.4.1 Inleiding / 56
 - 3.4.2 Ledenbestand / 56
 - 3.4.3 Beroepsbevolking / 59
 - 3.4.4 Organisatiegraad / 60
- 3.5 Representativiteit: relevante criteria in wet- en regelgeving / 64
 - 3.5.1 Inleiding / 64
 - 3.5.2 Wet- en regelgeving / 65
 - 3.5.2.1 VWEU / 65
 - 3.5.2.2 Wet op de Sociaal-Economische Raad en het besluit beleidsregels representativiteit / 69
 - 3.5.2.3 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en het Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 / 73
 - 3.5.2.4 Wet Cao / 75
 - 3.5.2.5 Wet Avv en het Toetsingskader AVV / 76
 - 3.5.2.6 Wet melding collectief ontslag / 79
 - 3.5.2.7 Burgerlijk Wetboek / 81
- 3.6 Een vluchtige blik over de grens / 83
- 3.7 Afronding / 85

HOOFDSTUK 4

Grondslagen van de Wet Cao / 89

- 4.1 Inleiding / 89
- 4.2 Theorieën over de cao / 90
 - 4.2.1 Aandacht voor de cao in de juridische literatuur / 90
 - 4.2.2 De Vertretungstheorie / 92
 - 4.2.3 De Verbandstheorie / 94
 - 4.2.4 De Vereinbarungstheorie / 95
- 4.3 De keuze voor de Verbandstheorie / 96
 - 4.3.1 Artikel 1637n BW: een vertaling van de praktijk en literatuur / 96
 - 4.3.2 Het vereiste van rechtspersoonlijkheid / 98
 - 4.3.3 De Wet Cao is een voortzetting van artikel 1637n BW / 100
- 4.4 De normerende werking van de cao / 101
 - 4.4.1 Inleidende opmerkingen / 101
 - 4.4.2 De draagwijdte van de cao: gebondenheid als leidend beginsel / 101

- 4.4.2.1 Parlementaire geschiedenis / 102
- 4.4.2.2 Literatuur / 104
- 4.4.3 De hegemonie van de cao: de cao modelleert en fatsoeneert / 107
- 4.4.3.1 Parlementaire geschiedenis / 108
- 4.4.3.2 Literatuur / 109
- 4.5 Conclusie / 112

HOOFDSTUK 5

Contractuele binding van ongebonden werknemers / 115

- 5.1 Inleiding / 115
- 5.2 Terminologie / 116
- 5.3 Artikel 14 Wet Cao / 117
- 5.3.1 Wetsgeschiedenis / 117
- 5.3.2 Bijzondere effecten / 118
- 5.3.3 Geen algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid / 120
- 5.3.4 Instemming is een fictie / 121
- 5.4 Wilsovereenstemming / 122
- 5.4.1 Inleiding / 122
- 5.4.2 Het incorporatiebeding / 123
- 5.4.2.1 Een kwestie van uitleg / 123
- 5.4.2.2 De grenzen van het incorporatiebeding / 126
- 5.4.2.3 Samenvatting / 131
- 5.4.3 Toepassing en stilzwijgende aanvaarding / 131
- 5.4.3.1 Inleiding / 131
- 5.4.3.2 Een bestendige lijn? / 132
- 5.4.3.3 Informatieverplichting / 136
- 5.4.3.4 Samenvatting / 137
- 5.4.4 Rechtsgevolgen van de contractuele uitbreiding / 138
- 5.5 Conclusie / 140

HOOFDSTUK 6

Belangenbehartiging en representativiteit: een analyse van de rechtspraak / 143

- 6.1 Inleiding / 143
- 6.2 De belangenbehartiging van niet-leden in het cao-recht / 143
- 6.3 Representativiteit in de rechtspraak / 149
- 6.3.1 Inleiding / 149
- 6.3.2 Statutaire representativiteit of fictieve vertegenwoordiging / 150
- 6.3.3 Representativiteit en toelating tot het cao-overleg / 153
- 6.3.4 Representativiteit en het incorporatiebeding / 156
- 6.4 Criteria omtrent representativiteit in de rechtspraak / 161
- 6.4.1 Statutaire representativiteit / 161
- 6.4.2 Cao-overleg / 162
- 6.4.3 Contractuele binding en representativiteit / 163
- 6.4.4 Oud recht: Aanbeveling 3.7 en Bulut/Troost / 164

- 6.4.5 Overzicht gezichtspunten rechtspraak / 168
- 6.5 Samenvatting en afsluiting van hoofdstukken 4, 5 en 6 / 169

HOOFDSTUK 7

De verbindendverklaring van cao-bepalingen / 173

- 7.1 Inleiding / 173
- 7.2 Juridisch kader / 174
 - 7.2.1 Totstandkomingsgeschiedenis Wet Avv: doelen en bezwaren / 174
 - 7.2.2 Voorwaarden en grenzen / 176
 - 7.2.3 Bedenkingen en weigeringsgronden / 177
 - 7.2.4 Rechtsgevolgen / 179
- 7.3 Collectieve contractsvrijheid en samenloopproblemen / 181
 - 7.3.1 Inleiding / 181
 - 7.3.2 Overlappende werkingsfeer / 182
 - 7.3.3 Samenloop van bedrijfstak- en ondernemings-cao / 184
- 7.4 Het meerderheidsvereiste / 187
- 7.5 Algemeen verbindend verklaren van cao's: stoppen of doorgaan? / 188
- 7.6 Afronding / 196

HOOFDSTUK 8

De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming / 199

- 8.1 Inleiding / 199
- 8.2 De ondernemingsraad en primaire arbeidsvoorwaarden / 201
- 8.3 De taakafbakening tussen ondernemingsraad en vakbond / 204
 - 8.3.1 De wettelijke regeling / 204
 - 8.3.2 De ondernemingsraad als onderhandelaar / 205
 - 8.3.3 Taakafbakening in internationaal perspectief / 208
 - 8.3.4 Geen doorwerking van de ondernemingsovereenkomst / 210
- 8.4 Bindende decentrale afspraken / 211
 - 8.4.1 Algemene opmerkingen / 211
 - 8.4.2 Literatuur / 212
 - 8.4.3 Rechtspraak / 214
 - 8.4.4 Aanbevelingen / 217
 - 8.4.5 De verbindendverklaring van decentrale afspraken / 218
- 8.5 Conclusie / 221

HOOFDSTUK 9

Naar een robuuste vormgeving van het cao-recht / 223

- 9.1 Inleiding / 223
- 9.2 Het vergroten van werknemersbetrokkenheid / 225
 - 9.2.1 Het betrekken van niet-leden / 225
 - 9.2.2 Ledenvoordelen in cao's / 226
 - 9.2.3 Een verplichte cao-bijdrage en gratis lidmaatschap / 228

- 9.2.4 Vakbondsverkiezingen of referenda / 231
- 9.3 De ruime reikwijdte van cao's en een representativiteitstoets / 235
 - 9.3.1 Inleiding / 235
 - 9.3.2 Internationale dimensie / 237
 - 9.3.3 De beoordeling van de representativiteit van vakorganisaties / 238
 - 9.3.4 De vormgeving van een wettelijke representativiteitstoets / 240
 - 9.3.5 Een representativiteitstoets en het dynamische karakter van incorporatiebedingen / 243
 - 9.3.6 Het incorporatiebeding en de toets van 7:613 BW / 247
 - 9.3.7 Een representativiteitstoets en de verbindendverklaring / 251
 - 9.3.8 Opt-out in het cao-recht / 255
- 9.4 Samenvatting en conclusie / 259

HOOFDSTUK 10

Afronding / 263

- 10.1 Beantwoording onderzoeksvraag / 263
- 10.2 Aanbevelingen / 268
- 10.3 Toekomstperspectief: een nieuwe uitdaging / 270

Samenvatting / 271

Summary / 281

Literatuurlijst / 289

Jurisprudentieregister / 307

Trefwoordenregister / 311

Lijst van afkortingen / 313

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Een landschap in beweging

Op basis van enkele algemene cijfers lijken de cao en het cao-overleg in Nederland rustig bezit. Nederland telt tussen de 900 en 1000 cao's die gezamenlijk gelden voor ongeveer 5,5 miljoen werknemers.¹ Dit betekent dat in Nederland ongeveer 80-85% van de werknemers onder het bereik van een cao valt.² Het cao-overleg verloopt daarbij ook nog eens in betrekkelijke rust, waarmee ik bedoel dat het aantal stakingsdagen per jaar in Nederland ruim onder dat van andere Europese landen ligt.³ Werpt men een nadere blik op het cao-landschap, dan stuit men echter al snel op allerlei (maatschappelijke) ontwikkelingen die de betrekkelijk rust rondom de cao, het cao-overleg en de juridische vormgeving van het cao-stelsel stevig verstoren en het stelsel onder druk (kunnen gaan) zetten.

Ik wijs in dit kader in de eerste plaats op de afnemende organisatiegraad en de steeds eenzijdiger wordende samenstelling van het ledenbestand van veel vakbonden in relatie tot een steeds meer gedifferentieerde arbeidsmarkt. De organisatiegraad in Nederland ligt rond de 20% en bepaalde groepen werkenden op die arbeidsmarkt, met name jongeren, allochtonen en flexwerkers,⁴ blijken ondervertegenwoordigd in het ledenbestand van vakbonden.⁵ De hoge dekkingsgraad van cao's in Nederland is het gevolg van de hoge organisatiegraad aan werkgeverszijde en het belang dat werkgevers aan de cao hechten.⁶ Vanwege de lage organisatiegraad aan werknemerszijde bestaan twijfels over de rol van

1 Dit is het aantal bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangemelde cao's, inclusief overheidsakkoorden. Het bestand van het ministerie omvat 959 cao's: 179 reguliere bedrijfstak-cao's met daarnaast 95 overige regelingen op bedrijfstakniveau (vervroegde uittreding, opleiding, sociaal fonds, e.d.) en 480 reguliere ondernemings-cao's met daarnaast 205 overige regelingen op ondernemingsniveau.

In totaal zijn er 659 reguliere cao's aangemeld waaronder 5,5 miljoen werknemers vallen. Het betreft dus 179 reguliere cao's met ruim vijf miljoen werknemers en 480 ondernemings-cao's met ruim een half miljoen werknemers. De werknemersaantallen van de reguliere cao's en de overige cao's kunnen niet bij elkaar worden opgesteld, omdat de regelingen elkaar qua werkingsfeer geheel of gedeeltelijk overlappen. Zie: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (2016), Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2016, p. 155 e.v.

2 *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013, bijlage 3.

3 'Weinig stakingsdagen in 2014', CBS 1 mei 2015.

4 CBS Statline, Leden van vakverenigingen; geslacht en leeftijd, 27 oktober 2015.

5 'Aantal vakbondsleden blijft teruglopen', CBS 28 oktober 2015.

6 De organisatiegraad van werkgevers (uitgedrukt in termen van het aantal werknemers dat bij hem in dienst is) ligt vermoedelijk rond de 80%. Nauwkeurige cijfers zijn hierover niet bekend. Zie: P.T. de Beer, 'Toekomst voor de cao – cao van de toekomst', *S&D* 2016/2, p. 12.

de vakbond als werknemersvertegenwoordiger in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Een vakbond is primair een ledenorganisatie die opkomt voor de belangen van zijn leden en als deze leden geen behoorlijke afspiegeling vormen van de groep werkenden voor wie cao's worden afgesloten, komt de vraag op waarom de vakbond nog de aangewezen partij is cao's aan te gaan. Als vakbonden niet langer geacht kunnen worden alle werkenden voor wie een cao wordt aangegaan te vertegenwoordigen, kunnen vraagtekens worden gezet bij de houdbaarheid van de juridische vormgeving van het cao-systeem.⁷

Een tweede ontwikkeling die cao-partijen en het cao-overleg voor uitdagingen plaatst, is de toename van zelfstandigen op de arbeidsmarkt. Het aantal zelfstandigen zonder personeel is het laatste decennium met bijna 50% toegenomen.⁸ Zelfstandigen vormen een allesbehalve homogene groep, waardoor zij niet als één groep kunnen worden benaderd. Sommige zelfstandigen zijn zelfstandig tegen wil en dank en verschillen in de mate waarin zij zelfstandig hun marktpositie kunnen bepalen en waarin zij hun werk kunnen inrichten niet of nauwelijks van werknemers. Veelal verdient deze groep zelfstandigen ook amper genoeg om in het levensonderhoud te kunnen voorzien, ontbreekt een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid en bouwt deze groep geen of nauwelijks pensioen op. Daartegenover staat een groep zelfstandigen die (min of meer) bewust heeft gekozen voor het ondernemerschap, die niet afhankelijk is van één of twee opdrachtgevers en die de mal van de arbeidsovereenkomst doorgaans een te strak keurslijf vindt.⁹ Van organisatie zijn zelfstandigen niet zonder meer afkerig. Er bestaan verschillende organisaties van zelfstandigen zoals FNV zelfstandigen¹⁰, CNV zelfstandigen, ZZP Nederland, Netwerk Zelfstandig Werkenden, Vereniging van Zelfstandigen Zonder Personeel en Platform Zelfstandige Ondernemers, die zich richten op de belangenbehartiging van zelfstandigen. De belangenbehartiging van zelfstandigen door deze organisaties uit zich niet zozeer via het collectief overleg over de voorwaarden waaronder zelfstandigen arbeid verrichten, maar veelal via lobby en voorlichting ten aanzien van onderwerpen die zelfstandigen raken zoals pensioen, belastingvoordelen en arbeidsongeschiktheid. Voor het cao-overleg en de positie van werknemers heeft de toename van het aantal zelfstandigen op de arbeidsmarkt – en dan met name de toename van zelfstandigen die een met werknemers vergelijkbare positie innemen – gevolgen, aangezien cao's in beginsel betrekking hebben op arbeidsovereenkomsten. Een toename van het aantal zelfstandigen op de arbeidsmarkt brengt mee dat het regelingsbereik van cao's afneemt¹¹ en dat cao's (en werknemers die onder het bereik van een cao vallen) tegelijkertijd worden blootgesteld aan concurrentie op

7 Zie bijvoorbeeld: A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987, p. 7; A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45 en R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert.', *NJB* 2010/1802; A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011 en *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013.

8 IBO Zelfstandigen zonder personeel, Rijksoverheid april 2015, p. VI.

9 Zie ook: M.N. Bouman, 'Zzp'ers zijn niet zielig. Gooi ze niet op een hoop met flexwerkers.', *FD* 29 december 2017.

10 Per 1 februari 2017 gefuseerd met FNV.

11 Aannemelijk is immers dat veel zelfstandigen als werknemer actief zouden zijn op de arbeidsmarkt indien zij niet als ondernemer actief zouden zijn. Zie: *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Rijksoverheid april 2015, p. 48.

arbeidsvoorwaarden door zelfstandigen. Het huidige cao-recht staat toe dat cao's worden uitgebreid tot onder meer zelfstandigen en vakbonden kunnen zich bij het cao-overleg sterk maken voor bijvoorbeeld minimumtarieven voor zelfstandigen. Vakbonden kunnen dat doen met als doel zelfstandigen een zeker bestaansminimum te garanderen, voor zover zij daartoe zelf niet in staat zijn en/of om te zorgen voor een *level playing field* en ter voorkoming van een *race to the bottom* op arbeidsvoorwaarden.¹² Het mededingingsrecht geeft klassieke vakorganisaties op dit punt evenwel niet veel vrijheid vanwege het verbod op kartelvorming, terwijl bovendien niet alle zelfstandigen onder het bereik van een cao willen vallen.¹³ Organisaties van zelfstandigen lijken verdeeld over het antwoord op de vraag of het wenselijk is dat in cao's voor zelfstandigen bijvoorbeeld minimumtarieven worden opgenomen. FNV Zelfstandigen is een voorstander van minimumtarieven als dat noodzakelijk is voor een duurzaam gezonde markt, terwijl ZPO van mening is dat een minimumtarief het ondernemerschap om zeep helpt.¹⁴

Mede vanwege de lage organisatiegraad wordt wel gezegd dat de cao meer en meer een instrument is geworden waarmee vooral werkgeversbelangen (lage transactiekosten, voorspelbaarheid van kosten en arbeidsrust) worden gediend. Ter ondersteuning van deze visie wordt onder meer gewezen op de loonontwikkeling in cao's. De cao-lonen zijn de afgelopen dertig jaar nauwelijks gestegen en blijven sterk achter bij de ontwikkeling van contractlonen (feitelijke lonen) en arbeidsproductiviteit.¹⁵ Dit zou een indicatie kunnen zijn dat vakbonden er niet in slagen een echte vuist te maken in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Op dit punt past echter een tegengeluid. In het Nederlandse cao-overleg neemt de sector-cao nog steeds de belangrijkste plaats in en collectief onderhandelen op sectorniveau brengt mee dat niet alle loonruimte in een sector wordt omgezet in een stijging van de lonen. De loonstijging in een sector wordt veelal gerelateerd aan de gemiddelde loonruimte in de sector en het gevolg hiervan is een gematigde loonstijging. Daartegenover staat dat de werkgelegenheid hierdoor toeneemt, waardoor ook met de belangen van zogenoemde *outsiders* rekening wordt gehouden in het cao-overleg.¹⁶ Deze achtergrond laat zien dat een gematigde loonontwikkeling niet per definitie het gevolg is van een onmachtige vakbeweging, maar net zo goed kan samenhangen met de huidige structuur van het cao-overleg waarin de sector-cao de belangrijkste plaats inneemt. Die structuur wordt ondersteund door de mogelijkheid van verbindendverklaring. De verbindendverklaring van cao-bepalingen brengt mij bij de volgende ontwikkeling en dat betreft de toenemende behoefte vanuit de politiek via de verbindendverklaring de arbeidsvoorwaardenvorming inhoudelijk te beïnvloeden. In 2011 was de meerderheid van de Tweede Kamer voor directe sturing in het cao-overleg door alleen bepalingen van die cao's die bepaalde beleidsvoornemens nader uitwerken voor verbindendverklaring in

12 N. Jansen, 'Collectief onderhandelen en organiseren', in: J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerschachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Kluwer 2018.

13 M.N. Bouman, 'Zzp'ers zijn niet zielig. Gooi ze niet op een hoop met flexwerkers.', *FD* 29 december 2017.

14 Zie bijvoorbeeld: 'Minimumtarief helpt ondernemerschap om zeep', persbericht van 31 januari 2017, www.zpo.nl.

15 CBS Statline. Zie ook de oproep in het regeerakkoord 2017-2021 aan sociale partners om lonen te laten stijgen.

16 Zie hierover: C. Teulings, *De plaats van de vakbeweging in de toekomst*, Serie Wetenschappelijke Publikaties, Den Haag: Welboom 1996.

aanmerking te laten komen.¹⁷ Dat een Kamermeerderheid voor directe sturing is, kan naar mijn mening niet helemaal los worden gezien van een toenemend gebrek aan consensus van sociale partners op centraal niveau over hervormingen van de arbeidsmarkt.¹⁸ Het cao-overleg is een belangrijk onderdeel van het Nederlandse polderoverleg waarin de overheid met werkgevers en werknemers overlegt over sociaaleconomisch beleid. De concretisering van dit beleid vindt onder meer plaats via cao's en de verbindendverklaring van cao-bepalingen draagt eraan bij dat alle werkgevers en werknemers in een sector hun bijdrage leveren aan de uitvoering van dit beleid. Wegens een gebrek aan consensus over hervormingen op de arbeidsmarkt tussen sociale partners is te verwachten dat in cao's niet alleen minder afspraken worden gemaakt die het regeringsbeleid ondersteunen, maar dat cao-afspraken het regeringsbeleid zelfs kunnen tegenwerken doordat de gevolgen van wet- en regelgeving in het cao-overleg worden gecompenseerd. Dit voedt de gedachte dat de verbindendverklaring van cao-bepalingen geen automatisme dient te zijn en dat een verzoek daartoe van cao-partijen kritisch door de minister moet worden beoordeeld.¹⁹ Een vakbondsstrategie die gericht is op de belangenbehartiging in het arbeidsvoorwaardenoverleg kan ertoe leiden dat vakbonden aan aantrekkingskracht winnen, maar tegelijkertijd verliezen vakbonden door deze strategie invloed op het overheidsbeleid en dat kan er mede toe leiden dat de overheid directer gaat ingrijpen in de arbeidsvoorwaardenvorming. Dit stelt vakbonden voor lastige dilemma's.

Een vierde ontwikkeling die van wezenlijke invloed is op het huidige cao-overleg, de cao en de juridische vormgeving daarvan, is de toegenomen individualisering en toenemende behoefte aan decentralisatie en maatwerkmogelijkheden in de arbeidsvoorwaardenvorming zodat arbeidsvoorwaarden beter kunnen worden afgestemd op de bedrijfsspecifieke behoeftes van ondernemingen en daarin werkzame personen.²⁰ De decentraliseringstendens, die sinds het Akkoord van Wassenaar is ingezet,²¹ heeft geleid tot meer keuzemogelijkheden in cao's en een toenemende rol van ondernemingsraden op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming.²² De behoefte aan meer maatwerk in cao's stelt vakbonden voor de uitdaging niet alleen na te denken over de vraag welke onderwerpen zij aan het overleg met ondernemingsraden overlaten, maar bijvoorbeeld ook over dispensatiemogelijkheden in (sector-)cao's. Tegelijkertijd dwingt het de wetgever na te denken over de huidige wettelijke taakafbakening tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en het huidige dispensatiebeleid als onderdeel van het beleid rondom de verbindendverklaring van cao-bepalingen. De sectorale structuur van het

17 *Kamerstukken II* 2011/12, 29544, 309 en 311.

18 Ter illustratie: K. Boonstra, 'De invloed van het sociaal akkoord op de Nederlandse arbeidswetgeving', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016.

19 Zie bijvoorbeeld: G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992; W. van Voorden, 'Algemeen-verbindendverklaring onterecht mikpunt', *ESB* 9 januari 1991 en H.J. Brouwer, 'De cao nog niet met de VUT de Wet cao en de Wet avv na (ruim) een halve eeuw beleidsmatig beschouwd', *SMA* 1987, afl. 11.

20 E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht* (oratie, Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

21 Zie: F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 89.

22 Zie bijvoorbeeld: N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 6.

cao-overleg verhoudt zich overigens steeds lastiger tot vervagende grenzen van 'klassieke' sectoren. Dat brengt niet alleen problemen in de afbakening van de werkingssfeer mee, maar draagt ook niet effectief bij aan de oplossing van knelpunten die een intersectorale aanpak vragen. Een illustratief voorbeeld hiervan is de arbeidsmobiliteit. Zogenaemde O&O-fondsen zijn sectoraal opgezet, terwijl voor het laten slagen van werk-naar-werk-beleid een doorbraak van sectoren noodzakelijk lijkt.

Tot slot wijs ik op een aantal ontwikkelingen aan werkgeverszijde. De eensgezindheid die aan de zijde van de Nederlandse vakbeweging vaak (mede vanuit de historie ingegeven) ontbreekt, is ook aan werkgeverszijde niet zonder meer vanzelfsprekend. Niet alleen de belangen van werknemers, maar ook die van werkgevers lopen immers steeds minder vaak parallel (mede tegen de achtergrond van een toenemende internationalisering). Illustratief hiervoor is het verschil in standpunt aan werkgeverszijde tussen het midden- en kleinbedrijf en het grootbedrijf over onder meer de met de Wet werk en zekerheid (Wwz) geïntroduceerde transitievergoeding en de recente discussie over de loondoorbetaling bij ziekte. Op het niveau van het cao-overleg leidt de differentiatie van werkgeversbelangen onder meer tot het ontstaan van subsectoren en discussies over de werkingssfeer van cao's.²³ De versplintering van het cao-overleg heeft gevolgen voor de centrale sturing van het overleg en de doorwerking van op centraal niveau gemaakte afspraken. Voorts verdient opmerking dat individuele werkgevers via de inrichting van hun onderneming en de vormgeving daarvan en door de uitvoering van hun werkzaamheden, het ertoe kunnen leiden dat zij niet of niet geheel (dat wil zeggen dat niet al het personeel) onder de werking van cao's vallen. Voorbeelden hiervan zijn het werken met zelfstandigen en arbeidsmigranten, het uitbesteden van werkzaamheden aan bedrijven die niet onder een cao vallen en de versnippering van werkzaamheden over verschillende werkmaatschappijen zodat de werkzaamheden niet vallen onder de werkingssfeer van een (avv-)cao.²⁴ Bijzondere aandacht in dit kader verdient ook de toegenomen platformisering. Concurrentie-, efficiency en kostenoverwegingen, die worden versterkt door een toenemende internationalisering, kunnen leiden tot allerhande (schijn)constructies waardoor het regelingsbereik van cao's afneemt.

1.2 Probleemstelling

Dit onderzoek houdt verband met één van de hiervoor aangestipte ontwikkelingen, namelijk de afnemende organisatiegraad en de steeds eenzijdiger wordende samenstelling van het ledenbestand van veel vakbonden in relatie tot een steeds meer gedifferentieerde arbeidsmarkt. Cao's gelden in de praktijk voor een grotere groep werkenden dan alleen leden van een vakbond en dit roept de vraag op hoe zit het met de belangenbehartiging van

23 Zie bijvoorbeeld de afsplitsing van zwembadondernemers in de recreatiebranche naar aanleiding van een discussie over de werkingssfeer van de cao en de weigering van de ondernemersvereniging RECRON om voor de zwembadbranche te voorzien in een aparte regeling (Ktr. Utrecht 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2422) en de aanpassing van de werkingssfeer van de cao voor graanbe- en verwerkende industrie nadat een discussie was ontstaan over de werkingssfeer van de cao en het vermeende gebrek aan representativiteit bij werkgeversvereniging NEVEDI (Staatscourant 25 november 2016, nr. 64611).

24 Zie bijvoorbeeld: HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171.

die grotere groep wanneer vakbonden zich in het cao-overleg (vooral of primair) richten op de belangen van leden. De belangenbehartiging van niet-leden hoeft niet problematisch te zijn wanneer het ledenbestand van de vakbond een representatieve afspiegeling vormt van de groep werkenden voor wie de vakbond een cao afsluit. Problematisch kan het worden als het ledenbestand van een vakbond geen goede afspiegeling (meer) vormt van de groep werknemers van wie hij de belangen beoogt te behartigen en dus niet (meer) representatief is. Een gebrek aan representativiteit kan in het cao-overleg ten koste gaan van de belangen van niet-leden. Wanneer de belangen van een grote groep werkenden onvoldoende behartigd worden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, kan dat negatieve gevolgen hebben voor het draagvlak van cao's waardoor de waarde van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming onder druk komt te staan. In het licht hiervan kan gezegd worden dat de representativiteit van vakorganisaties een belangrijke voorwaarde is voor een goed functionerend cao-stelsel. Het doel van dit onderzoek is erop gericht uit te zoeken welke rol de representativiteit van vakbonden in het cao-recht speelt en of maatschappelijke ontwikkelingen nopen tot wijziging van het cao-recht en zo ja, welke.

Het voorgaande geeft aanleiding tot de volgende probleemstelling:

Welke rol speelt de representativiteit van vakbonden in het huidige cao-recht en behoeft de juridische vormgeving daarvan aanpassing met het oog op een mogelijk (toenemend) gebrek daaraan en zo ja, welke aanpassingen moeten worden doorgevoerd?

1.3 Relevantie

In het algemeen is onderzoek naar de gevolgen van maatschappelijke ontwikkelingen voor de vormgeving van het cao-recht gerechtvaardigd vanwege het potentiële nut van het cao-instrument. Cao's kunnen nuttig zijn voor een positieve sociaaleconomische ontwikkeling van Nederland en een goede werking van de Nederlandse arbeidsmarkt. De cao biedt het bedrijfsleven de mogelijkheid zelfregulerend op te treden waardoor sneller en gericht kan worden ingespeeld op marktontwikkelingen dan bij wetgeving het geval zal zijn. Met name door sectorale cao's kan wet- en regelgeving beperkt blijven. Cao's dragen bij aan kostenverlagingen aan werkgeverszijde, reduceren de onzekerheid rondom loonkosten en sluiten concurrentie op arbeidsvoorwaarden uit. Zij zorgen aan werknemerszijde, naast de mogelijkheid van zelfregulering en de uitsluiting van concurrentie op arbeidsvoorwaarden, voor zekerheid over inkomen en rechtspositie. Voorts dragen cao's bij aan sociale rechtvaardigheid doordat de machtsongelijkheid is gecompenseerd. Cao's zorgen daarmee voor arbeidsrust en stabiele arbeidsverhoudingen. Tot slot zijn cao's een belangrijk instrument bij de uitvoering van regeringsbeleid. Het cao-stelsel kan dus van grote waarde zijn en die waarde wordt bijvoorbeeld onderschreven door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid²⁵, de SER²⁶, de Stichting van de Arbeid²⁷,

25 *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, 391 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XV, 70 en Kamerbrief stand van zaken cao en toekomst cao, 13 november 2015 (2015-0000285410).

26 *Verschuivende economische machtsverhoudingen* (advies van juni 2012, SER 2012/4), Den Haag: SER 2012, p. 83-88 en *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013.

27 *Dispensatie in de cao, een transparante procedure* (advies van 8 juni 2012, Stichting van de Arbeid).

de Europese Unie²⁸ en de ILO.²⁹ Vanwege verschillende maatschappelijke ontwikkelingen zoals toegenomen sociale wetgeving, internationalisering en een – mede als gevolg van individualisering – toegenomen behoefte aan decentralisatie en maatwerkregelingen, bestaat ook kritiek op (het nut van) het cao-stelsel. Voornoemde ontwikkelingen en daarmee samenhangende kritiek op het cao-stelsel bespreek ik uitgebreid in paragraaf 7.5. Ik verwijz kortheidshalve naar deze paragraaf voor een nadere analyse van de waarde van het cao-stelsel in de huidige tijd.

Het nuttige effect van het cao-stelsel is niet vanzelfsprekend en hangt onder meer af van de (personele) reikwijdte van collectieve regelingen (zowel aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde) en – mede in verband daarmee – de mate waarin die regelingen positief worden gewaardeerd door alle betrokkenen. Ter toelichting daarop kan het volgende worden opgemerkt. Een regeling die slechts voor een deel van de sector of arbeidsmarkt geldt waarvoor die is bedoeld (wederom zowel aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde), zal in mindere mate bijdragen aan stabiele arbeidsverhoudingen, arbeidsrust, kostenverlagingen, zekerheid over loonkosten, het uitsluiten van concurrentie op arbeidsvoorwaarden, sociale rechtvaardigheid en een effectieve uitwerking van beleidsvoornemens dan wanneer de reikwijdte (ofwel het personele regelingsbereik) hoog is. In een onderzoek van Regioplan uit 2015 over de effecten van de verbindendverklaring komt naar voren dat (bewuste en onbewuste) onttrekking aan de avv-cao als grootste knelpunt voor het stelsel wordt gezien.³⁰ De neiging van werkgevers en werknemers zich te onttrekken aan een cao zal groter zijn bij een cao die op een gering draagvlak onder betrokken steunt, dan een cao die breed gedragen wordt. Een breed draagvlak is daarmee ook in zekere zin een voorwaarde voor een ruime toepassing. Wanneer een cao op een gering draagvlak kan rekenen, kan dat een belangrijke indicatie zijn dat onvoldoende met de belangen van alle betrokkenen rekening is gehouden.

Werkgevers en werknemers waarderen de cao overigens nog heel behoorlijk, maar die waardering staat wel in directe relatie tot de mate waarin vakbonden erin slagen de belangen van alle werkenden voor wie een cao wordt aangegaan voldoende te behartigen en dus in relatie tot de mate waarin een vakbond representatief is. Het onderhavige onderzoek richt zich op de representativiteit van vakbonden en de representativiteit van vakbonden wordt in de juridische literatuur (al langere tijd) aangewezen als prangende kwestie in

28 Zie bijvoorbeeld: *Communication concerning the application of the Agreement on social policy presented by the Commission to the Council and to the European Parliament* (Commission of the European Communities, COM(93) 600 final 14 December 1993), Brussel en HvJEG 21 september 1999, zaak C-67/96 (Albany).

29 International Labour Conference, 101st Session, ILC.101/III/1B, Giving globalization a human face (General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008), Report III (Part 1B), p. 17-18.

30 *Effecten van algemeen verbindendverklaring* (Regioplan beleidsonderzoek), Amsterdam: september 2015.

relatie tot de houdbaarheid van het juridische systeem.³¹ De werkgroep cao-recht van de Vereniging voor Arbeidsrecht koos de representativiteit van vakbonden in 2011 zelfs als hét cruciale thema met betrekking tot de toekomst van het cao-recht.³² Ten aanzien van de houdbaarheid van het cao-stelsel tegen de achtergrond van de afnemende representativiteit kwam de werkgroep met de volgende conclusie: 'het systeem zit formeel goed in elkaar, maar begint kieren te vertonen die misschien in de toekomst scheuren worden en als gevolg waarvan de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming onder druk komt te staan.'³³ In dit onderzoek wordt – voortbouwend op het werk van de werkgroep – het cao-stelsel grondig geanalyseerd en worden denkbare verbeteringen besproken die eraan moeten bijdragen dat in toekomst kieren geen scheuren worden. In die zin draagt het onderzoek bij aan het rechtswetenschappelijke debat.

De representativiteit van vakbonden is ook een terugkerend onderwerp in het politieke debat en leidde in 2013 tot een SER-advies met betrekking tot de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken. De SER concludeerde in zijn advies dat het vergroten van directe betrokkenheid van werknemers en werkgevers bij de cao een belangrijke opdracht is voor cao-partijen om het cao-stelsel zijn waarde te laten behouden.³⁴ Hoewel ik deze conclusie deel, is het advies van de SER behoudend, omdat de SER zich in zijn advies niet uitlaat over de houdbaarheid van de juridische vormgeving van het cao-stelsel en eventuele wijzigingen van het cao-stelsel als cao-partijen er niet (voldoende) in slagen voldoende werknemers (en werkgevers) te betrekken bij de totstandkoming van cao's of wanneer cao's worden aangegaan door niet-representatieve vakbonden. In het regeerakkoord 2017-2021 (Vertrouwen in de toekomst) wordt niets opgemerkt over eventuele wijzigingen van het cao-stelsel, zodat er voorlopig ook geen wijzigingen van het stelsel verwacht hoeven te worden.³⁵ Mocht het politieke debat niettemin weer oplaaien, dan kan dit onderzoek een bijdrage leveren aan de discussie over eventuele wijzigingen van het cao-stelsel. Ik merk in dit verband op dat in het meest recente verkiezingsprogramma van de grootste regeringspartij

- 31 Zie: M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3; A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45; R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert.', *NJB* 2010/1802; A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987; A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011; I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4; K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013; J. Stekelenburg, 'Nieuwe uitdagingen in het cao en avv-beleid', *SMA* 1987, afl. 1; F. Koning, 'De cao, de ongebonden werknemer en het incorporatiebeding', *SMA* 1998, afl. 11/12; R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder artikel 7:613 BW valt', *SMA* 2006, afl. 7/8; R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, afl. 7/8; W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5; G. Hekkelman, 'Representativiteit en cao', *SMA* 1979, afl. 4; R.F. Hoekstra, 'Beoordeling vakbondsleden als redding voor het systeem van collectieve arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2016/103. I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4; E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht* (oratie, Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003 en E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', *TRA* 2014, afl. 74.
- 32 A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011.
- 33 A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 249 en 289.
- 34 *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013, p. 41.
- 35 *Vertrouwen in de toekomst* (Regeerakkoord 2017-2021), 10 oktober 2017.

in Nederland is opgenomen dat cao's niet meer voor verbindendverklaring in aanmerking zouden moeten komen teneinde meer ruimte te bieden voor maatwerkregelingen.³⁶

Tot slot geldt, ter rechtvaardiging van de keuze voor de representativiteit van vakbonden als thema van dit onderzoek, dat de verschillende hiervoor in paragraaf 1.1 besproken ontwikkelingen op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming (en daarmee samenhangende problematiek) in meer of mindere mate verband houden met de representativiteit van vakbonden en de mate waarin vakbonden erin slagen met alle verschillende betrokken belangen voldoende rekening te houden in het cao-overleg. Met betrekking tot de toename van het aantal zelfstandigen kan worden opgemerkt, dat zelfstandigen op de arbeidsmarkt met werknemers kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden en dat vakbonden er niet goed in slagen zelfstandigen te organiseren. Hierdoor bestaat de kans dat in het cao-overleg vooral over zelfstandigen wordt gesproken en voor hen regels worden ontworpen, zonder dat zij (of de verschillende groepen zelfstandigen) in dat overleg zelf (direct) vertegenwoordigd worden. De opkomst van de ondernemingsraad als overlegpartner van werkgevers op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming vindt niet alleen zijn oorzaak in een toenemende behoefte aan bedrijfsspecifieke regelingen,³⁷ maar ook in een behoefte van sociale partners om werknemersbetrokkenheid bij het cao-overleg te vergroten.³⁸ In sommige bedrijven ontbreekt een vakbond om mee te onderhandelen en in andere bedrijven kan de vakbond op maar een heel gering draagvlak rekenen (van soms ook nog eens een specifieke groep werknemers), zodat sociale partners zoeken naar een andere wijze van werknemersbetrokkenheid bij de arbeidsvoorwaardenvorming. Daarnaast kan het vergroten van werknemersbetrokkenheid in het reguliere cao-overleg via betrokkenheid van de ondernemingsraad ook bijdragen aan het draagvlak onder cao's. Tot slot kan ook de verminderde consensus tussen werkgevers en werknemers op centraal niveau voor een deel worden gerelateerd aan een verminderde representativiteit van vakbonden. De Beer merkte hierover in 2011 op: "De radicalisering van de achterban is mede het gevolg van de steeds eenzijdiger samenstelling van het ledenbestand: een groeiend deel van de leden – en zeker het actieve kader – bestaat uit oudere, gevestigde werknemers die weinig te winnen en veel te verliezen hebben bij veranderingen in het sociaaleconomische beleid. Zij voelen dan ook weinig voor het sluiten van compromissen met de werkgevers of de overheid over zaken als het ontslagrecht, de pensioenen en de hervorming van de sociale zekerheid. De steeds eenzijdiger samenstelling van het ledenbestand is weer een direct gevolg van de dalende organisatiegraad. Doordat er weinig nieuwe leden bijkomen, wordt het ledenbestand steeds sterker gedomineerd door oudere mannelijke leden in traditionele bedrijfstakken. De keerzijde hiervan is dat de nieuwe groepen op de arbeidsmarkt, zoals vrouwen, jongeren, allochtonen en werknemers in de commerciële dienstensector, sterk zijn ondervertegenwoordigd."³⁹

36 Zeker Nederland, VVD Verkiezingsprogramma 2017-2021.

37 Uit een ledenenquête van AWWN uit 2017 volgt dat ruim 60% van de respondenten de voorkeur geeft aan onderhandelingen met de ondernemingsraad. *Resultaten ledenenquête 2017 AWWN trends en ontwikkelingen HR 2017* (AWVN november 2017), Den Haag: AWWN 2017 (online publiek), p. 16. Zie ook: N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017/6.

38 N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 6, paragraaf 2.3.1.

39 P.T. de Beer, 'Stort de vakbeweging in? Tijd om te kiezen', *Zeggenschap* 2011/3.

1.4 Enkele begrippen

Representativiteit

De SER heeft in een advies in 1976 over de representativiteit van organisaties van werkgevers en werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges de volgende definitie van het begrip representativiteit gegeven: "Representativiteit van een afzonderlijke organisatie houdt in dat die organisatie voldoet aan voorwaarden op grond waarvan zij, op het terrein van haar doelstelling bepaald, voor de groep die zij beoogt te organiseren, – in het maatschappelijk verkeer in feite wordt, dan wel op grond van een beslissing van een daartoe bij de wet aangewezen instantie dient te worden aanvaard als gesprekspartner, adviseur en pleitbezorger en – in aanmerking kan komen om bijzondere bevoegdheden of mogelijkheden van optreden te verkrijgen, waarover zij uit zichzelf niet kan beschikken."⁴⁰ Dorssemont en Jaspers hebben de definitie van representativiteit algemener geformuleerd. De door hen gebruikte definitie luidt: "een organisatie is representatief indien ze aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden of kenmerken beantwoordt, die haar tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maken van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen."⁴¹ Deze definities hebben gemeenschappelijk dat zij tot uitgangspunt nemen dat de representativiteit de beweegreden is voor mogelijkheden van optreden of om een organisatie bepaalde bevoegdheden te verlenen in plaats van andersom. Zij nemen voorts beide tot uitgangspunt dat de term representativiteit van een organisatie breder is dan het in juridische zin kunnen vertegenwoordigen van degenen die behoren tot de groep waarvoor zij representatief is. Kortom, het begrip is ruimer dan het hebben van leden. Voorts volgt uit beide definities dat een organisatie slechts representatief kan zijn voor een groep op het werkterrein dat door haar doelstelling is bepaald en dat een organisatie niet representatief kan zijn voor een groep die zij niet (in algemene zin) beoogt te vertegenwoordigen.⁴² In dit onderzoek maak ik gebruik van de door Dorssemont en Jaspers gebruikte definitie van het begrip representativiteit. In paragraaf 3.3 kom ik terug op de keuze voor deze definitie van representativiteit die uitgaat van een sociologische benadering van dit begrip.

Ledenbestand en achterban

Met ledenbestand wordt bedoeld: de leden van een vakbond. Het begrip achterban is in dit onderzoek niet beperkt tot de leden van een vakbond, maar heeft betrekking op de groep van personen die een vakbond in het cao-overleg vertegenwoordigt of beoogt te vertegenwoordigen.

40 *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976.

41 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1, p. 5 en F. Dorssemont, *Rechtspositie en syndicale actievrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge: N.V. die Keure 2002, p. 146.

42 Zie ook: *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976, p. 9.

Cao-stelsel of cao-systeem

In dit onderzoek maak ik gebruik van de begrippen cao-stelsel en cao-systeem. Daarmee bedoel ik in algemene zin de cao als maatschappelijk verschijnsel en het bijbehorende cao-overleg, alsmede de juridische vormgeving van de cao. De juridische vormgeving is niet beperkt tot de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet Cao), maar omvat ook de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet Avv) en overige wet- en regelgeving die betrekking heeft op of verband houdt met de cao of het cao-overleg zoals de wettelijke taakafbakening tussen ondernemingsraden en vakbonden in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (Toetsingskader AVV) en bijvoorbeeld ook bepalingen van driekwartdwingend recht.

1.5 Onderzoeksmethode

Dit onderzoek is juridisch-dogmatisch van aard en is niet multi- of interdisciplinair, wat niet wegneemt dat in dit onderzoek gebruik wordt gemaakt van begrippen en onderzoeksresultaten uit andere onderzoeksgebieden zoals de sociologie en economie, teneinde bepaalde ontwikkelingen te duiden of om bepaalde argumenten te ontkrachten of juist van kracht te voorzien. Het onderzoek is beschrijvend, verklarend en normatief van aard. Bij het eerste deel van de probleemstelling past een beschrijvend en verklarend onderzoek omdat dit deel van de probleemstelling is gericht op de vraag welke regels gelden en waarom die er zijn, terwijl bij het tweede deel van de probleemstelling een normatief onderzoek past omdat dit deel van de probleemstelling zich richt op de vraag hoe het recht zou moeten zijn.

Bij het normatieve deel van het onderzoek (en daarmee de beantwoording van het tweede deel van de probleemstelling) neem ik tot uitgangspunt dat cao's nuttig kunnen zijn voor een positieve sociaaleconomische ontwikkeling van Nederland en een goede werking van de Nederlandse arbeidsmarkt. Ten behoeve van het nut van cao's dient in een juridisch systeem met zowel de draagwijdte als de representativiteit van de betrokken organisaties voldoende rekening te worden gehouden (zie daarover ook paragraaf 1.2). Tegelijkertijd moet in de juridische vormgeving van het systeem steeds rekening worden gehouden met veranderende maatschappelijke opvattingen of maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van de arbeidsverhoudingen, ook wanneer die zich op het eerste gezicht niet goed lijken te verhouden tot collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Hiermee bedoel ik concreet de behoefte aan maatwerk en flexibiliteit. In beginsel geldt dat hoe meer ruimte bestaat voor afwijkingen van wat bij cao geregeld is, des te minder goed de ordenende functies van het cao-stelsel tot hun recht komen. Dat laat onverlet dat niet ieder onderwerp op het niveau van de cao (uitputtend) geregeld hoeft te worden. Al te veel regelzucht van cao-partijen kan zelfs leiden tot een verminderd draagvlak van de cao. De ruimte voor maatwerk in collectieve regelingen kan daarmee dus zelfs een positieve bijdrage leveren aan het draagvlak van collectieve regelingen en daarmee aan de toepasselijkheid van een cao.

Zowel het beschrijvende en verklarende als het normatieve onderzoek geschiedt op basis van een studie van wetgeving, rechtspraak en literatuur, alsmede daarin te vinden begrippen en beginselen. Met wetgeving wordt bedoeld op regelgeving afkomstig van alle daartoe bevoegde nationale organen op verschillende door de wet erkende niveaus met

bijbehorende parlementaire geschiedenis, evenals internationale en Europese regelgeving. Onder rechtspraak valt niet alleen de rechtspraak van de Hoge Raad, maar ook de rechtspraak van lagere rechters en Europese rechters (Europees Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens). Het literatuuronderzoek is niet beperkt tot onderzoek van vakliteratuur, maar heeft ook betrekking op beleidsstukken, onderzoeksrapporten en adviezen. Rechtsvergelijking is geen onderdeel van dit onderzoek. De reden daarvan is driedelig. Andere rechtssystemen kunnen een belangrijke inspiratiebron zijn bij het zoeken naar een antwoord op de vraag welke aanpassingen in het huidige cao-stelsel kunnen worden doorgevoerd. Over andere cao-stelsels is echter veel Nederlandse literatuur verschenen, denk bijvoorbeeld aan het Franse systeem van vakbondsverkiezingen, en die literatuur biedt voldoende informatie over de verschillende cao-stelsels, zodat een rechtsvergelijking op dit punt niet nodig is. Daarnaast geldt dat ieder cao-stelsel op een geheel eigen wijze is vormgegeven en nauw samenhangt met de aard van de arbeidsverhoudingen en bijvoorbeeld het nationale arbeidsrecht, medezeggenschapsrecht en verenigingsrecht. Historische en institutionele fundamenteën spelen bij die vormgeving ook een belangrijke rol en die zijn zelfs binnen het Europese sociale model⁴³ niet zonder meer vergelijkbaar. In sommige Europese landen spelen vakbonden bijvoorbeeld een belangrijke rol bij de uitvoering van de sociale zekerheid en in bijvoorbeeld Nederland helemaal niet. Tegen de achtergrond van maatschappelijke ontwikkelingen en tendensen (denk bij Nederland aan toegenomen marktwerking, individualisering, de toename van het aantal werkende vrouwen op de arbeidsmarkt, de vergrijzing, de toegenomen flexibilisering en behoefte aan maatwerk), die niet universeel zijn, althans niet in ieder land in dezelfde mate aan de orde zijn en op verschillende manieren de arbeidsverhoudingen beïnvloeden, ben ik terughoudend met een (volledige) rechtsvergelijking. Het voorgaande neemt niet weg dat in dit onderzoek verwijzingen naar (buitenlandse) literatuur over buitenlandse cao-stelsels wel voorkomen. Tot slot brengt de voor dit onderzoek beschikbare tijd beperkingen mee en een van die beperkingen is, dat een rechtsvergelijking geen onderdeel is van dit onderzoek.

1.6 Afbakening

Dit onderzoek richt zich op de representativiteit van vakbonden in het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en strekt zich bijvoorbeeld niet uit tot een diepgaande analyse en evaluatie van de rol van de vakbond in het Nederlandse poldermodel of de rol van de vakbond in publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties. De afnemende representativiteit van vakbonden leidt weliswaar ook tot discussie over de houdbaarheid van het Nederlandse poldermodel waarin werkgevers- en werknemersorganisaties met de overheid overleg plegen te hebben over sociaaleconomisch beleidskwesties, maar deze discussie valt buiten het bestek van dit onderzoek.⁴⁴ Dit neemt niet weg dat in hoofdstuk 2 over de Nederlandse arbeidsverhoudingen wel in beschrijvende zin aandacht aan de rol van de vakbond als medeontwerper van sociaaleconomisch beleid wordt besteed en ook in hoofdstuk 3, waarin ik het begrip representativiteit nader bespreek, zal worden verwezen naar de representativiteit van vakbonden op andere terreinen dan de echte

43 B. Ebbinghaus, 'Trade Unions' changing role: membership erosion, organisational reform, and social partnership in Europe, *Industrial Relations Journal* 2002, afl. 5, p. 465 t/m 482.

44 M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016.

arbeidsvoorwaardenvorming. Die verwijzingen blijven evenwel beschrijvend en verklarend van karakter. Het onderzoek is voorts beperkt tot de representativiteit van vakbonden. De representativiteit van werkgeversorganisaties valt derhalve buiten het bestek van dit onderzoek. In het onderzoek ligt de focus voorts op de betrokkenheid van niet-leden bij het cao-overleg en blijft de betrokkenheid van leden (dat wil zeggen welk deel van de leden actief is) en een eventueel gebrek daaraan buiten beschouwing. Voor leden van een vakbond hanteer ik als uitgangspunt dat zij door het lidmaatschap berusten in het systeem, in die zin dat zij door hun lidmaatschap hebben aanvaard dat de vakbond namens hen onderhandelt over arbeidsvoorwaarden en dat de vakbond steeds met hun belangen rekening houdt in het cao-overleg. Zij kunnen in elk geval steeds hun stem laten horen. Dat werknemers mogelijk slechts vanwege de dienstverlening (rechtshulp) van een vakbond lid worden, laat ik daarbij dus buiten beschouwing. Omdat de focus van dit onderzoek ligt op de belangenbehartiging van niet-leden, maakt een grondige analyse en bespreking van het verenigingsrecht geen deel uit van dit onderzoek. Deze beperking houdt overigens direct verband met de voor dit onderzoek beschikbare tijd.

1.7 Opzet

In hoofdstuk 2 bespreek ik het Nederlandse overlegmodel en de ontwikkelingen in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Het hoofdstuk bevat een analyse van de historische, redengevende en institutionele fundamenteën van het Nederlandse overlegmodel. Hoofdstuk 3 gaat over belangenbehartiging door vakbonden en het begrip representativiteit. Een vakbond is een ledenorganisatie die primair opkomt voor de belangen van leden. Tegelijkertijd geldt dat de personele reikwijdte van cao's in de praktijk veel ruimer is dan alleen leden en dat roept de vraag op hoe het met de belangenbehartiging van niet-leden is gesteld. Ik bespreek dit in het eerste deel van hoofdstuk 3. In het tweede deel van hoofdstuk 3 analyseer ik de samenstelling van het ledenbestand van de vakbeweging en doe ik verkennend onderzoek naar verschillende criteria die in wet- en regelgeving worden gebruikt bij de beoordeling van de representativiteit van werknemersorganisaties.

De Wet Cao is contractueel van grondslag. Dat wil zeggen dat de cao een overeenkomst is en dat alleen cao-partijen en hun leden aan de cao zijn gebonden. In hoofdstuk 4 beantwoord ik de vraag op basis van welke argumenten de wetgever heeft gekozen voor een contractuele grondslag van de cao. Nu de keuze van de wetgever voor een belangrijk deel is gebaseerd op de literatuur die in het begin van de 20^{ste} eeuw over de cao als sociaaleconomisch verschijnsel is verschenen, zal ik aan deze literatuur en de daarin uitgedachte constructies ten aanzien van de cao eveneens aandacht besteden. De keuze voor een contractuele grondslag van de cao heeft gevolgen voor de personele reikwijdte van de cao – in juridische zin – en verklaart waarom in de Wet Cao amper eisen aan vakbonden zijn gesteld. De reikwijdte van de cao kan contractueel worden uitgebreid. Die contractuele uitbreiding roept vragen op met betrekking tot de juridische techniek (wanneer is overeenstemming ontstaan etc.) en die bespreek ik in hoofdstuk 5. In hoofdstuk 6 analyseer ik rechtspraak en bespreek ik of en zo ja, in hoeverre met de representativiteit van vakbonden rekening wordt gehouden bij onder meer de toepasselijkheid van een cao op niet-leden. In hoofdstuk 6 analyseer ik voorts welke gezichtspunten in de rechtspraak worden gebruikt bij de beoordeling van de representativiteit van vakbonden.

Naast een contractuele uitbreiding van de werking van de cao kan de werking van de cao bij ministerieel besluit worden uitgebreid via de verbindendverklaring van cao-afspraken. In hoofdstuk 7 staat de verbindendverklaring van cao-afspraken centraal. In hoofdstuk 8 komt de rol van de ondernemingsraad bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming aan de orde. In hoofdstuk 9 bespreek ik verschillende mogelijke aanpassingen van het cao-stelsel in verband met de representativiteit van vakbonden. Het onderzoek sluit ik in hoofdstuk 10 af met de beantwoording van de onderzoeksvraag.

HOOFDSTUK 2

Het Nederlandse overlegmodel en het arbeidsvoorwaardenoverleg

2.1 Inleiding

De vrijheid van vakvereniging en collectieve onderhandelingen stellen werkgevers of werkgevers- en werknemersorganisaties niet alleen in staat op het terrein van arbeidsvoorwaarden regulerend op te treden en verschillende belangen met elkaar in overeenstemming te brengen, maar dragen ook bij aan de compensatie van de zwakke(re) sociaaleconomische positie van werkenden. Sterke en onafhankelijke organisaties van werkgevers en werknemers kunnen daarnaast een relevante rol spelen bij de ontwikkeling van duurzame arbeidsverhoudingen die van belang zijn voor stabiliteit en economische en sociale welvaart. Zij kunnen, tot slot, via – al dan niet geformaliseerde – consultatieprocessen (denk bijvoorbeeld aan de SER) bijdragen aan de ontwikkeling van sociaaleconomisch beleid en wet- en regelgeving.¹ Deze waarden liggen allemaal in meer of mindere mate ten grondslag aan het Nederlandse corporatieve overlegmodel waarin de overheid in overleg met werkgevers- en werknemersorganisaties tot sociaaleconomisch beleid komt en met sociale partners afspraken maakt over het reguleren van de arbeidsmarkt. Werkgevers- en werknemersorganisaties hebben daarnaast de vrijheid op collectief niveau arbeidsvoorwaarden overeen te komen terwijl de Nederlandse overheid zich terughoudend opstelt bij de arbeidsvoorwaardenvorming.²

Kenmerkend voor het Nederlandse corporatistische overlegmodel is dat de overheid zijn politieke beslissingsmacht op sociaaleconomisch terrein deelt met belangengroepen van werkgevers en werknemers.³ Door deel te nemen aan het overleg op centraal niveau over sociaaleconomische vraagstukken, kan de vakbeweging invloed uitoefenen op het beleid ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van werkenden. De Nederlandse vakbeweging beperkt zich in haar werkzaamheden niet tot beïnvloeding van overheidsbeleid. Sterker: een van haar belangrijkste taken is het onderhandelen op

1 Zie ook: International Labour Conference, 101st Session, ILC.101/III/1B, Giving globalization a human face (General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008), Report III (Part 1B), p. 17-18 en N. Jansen, 'Collectief onderhandelen en organiseren', in: J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Kluwer 2018, p. 121.

2 Zie bijvoorbeeld: brief van 28 november 2011 van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, ref. AV/SDA/2011/20206.

3 M. Keune, 'Inleiding, de legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 12.

bedrijfstak- en ondernemingsniveau over arbeidsvoorwaarden. De Nederlandse vakbeweging heeft nooit een duidelijk keuze gemaakt tussen een van beide strategieën of taken. Vlak na de Tweede Wereldoorlog concentreerde het werk van de vakbeweging zich veelal op de beïnvloeding van het nationaal beleid.⁴ Cao-vorming en acties ter vergroting of behoud van leden verschoven daarmee naar de achtergrond omdat die zich niet goed verhielden tot de centraal geleide loonvorming waaraan de grootste vakcentrales na de oorlog meewerkten. De centraal geleide loonpolitiek zorgde ervoor dat de productiviteit van het bedrijfsleven snel werd verhoogd en werkloosheid snel daalde. Nederland wist zich heel snel te herstellen van de door de oorlog aangerichte schade.⁵ Trends als decentralisering en individualisering duwen vakbonden vanaf de jaren '90 van de vorige eeuw steeds meer in de richting van profilering, waarbij vakbonden zich meer gaan richten op directe belangenbehartiging (van leden) in het arbeidsvoorwaardenoverleg om zo hun meerwaarde duidelijk te maken.⁶ In die tendens past overigens de opkomst van allerlei categoraal georganiseerde onderhandelingspartijen.⁷

Het spanningsveld tussen beide organisatiestrategieën is niet typisch voor Nederland, maar speelt in alle Europese landen met een corporatistische structuur of corporatistische kenmerken.⁸ In dit hoofdstuk bespreek ik het Nederlandse overlegmodel en de ontwikkelingen in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Het hoofdstuk bevat een analyse van de historische, redengevende en institutionele fundamenteën van het Nederlandse overlegmodel. Kort gezegd gaat het daarbij om een bespreking van belangrijke ontwikkelingen en wijzigingen van de Nederlandse arbeidsverhoudingen.

2.2 Het Nederlandse overlegmodel: ontstaansgeschiedenis

2.2.1 Afschaffing gilden en ontstaan van vakverenigingen

In Nederland werden aan het begin van de 19^{de} eeuw de gilden afgeschaft.⁹ Het gildewezen werd onverenigbaar geacht met de tijdens de Franse Revolutie gepropageerde vrijheidsidealën. Naast het algemeen belang was alleen nog plaats voor het individuele belang en

4 In 1945 werd de STAR opgericht en vijf jaar later de SER.

5 W.J.P.M. Fase, *Vijfentig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 286.

6 C. Teulings, *De plaats van de vakbeweging in de toekomst*, Serie Wetenschappelijke Publikaties, Den Haag: Welboom 1996. Zie ook: J. Leupen, 'Onvrede binnen FNV over "gepolder zonder draagvlak"', *FD* 16 januari 2017.

7 J.L.A. Helmer & T. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk?', *TRA* 2015/23.

8 F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 34.

9 Bij wet van 12 april 1803 (Loi du 22 Germinal an XI) werden in Frankrijk 'chambres consultatives de manufactures, fabriques, arts et métiers' ingesteld. Deze 'chambres consultatives' werden geacht de behoefte van de handel het best te kunnen vertolken ('elles diront les besoins du commerce et les besoins du commerce seront satisfaits') en zij kregen de bevoegdheid regels te stellen met betrekking tot de bevordering van de handel en industrie. De wet van 12 april 1803 bevatte een coalitieverbod ter bescherming van de handel en industrie. Dat ratio achter het coalitieverbod: de onbeperkte vrijheid van het individu zou uiteindelijk leiden tot de doodsteek van de vrijheid van allen zodat ordenend moest worden opgetreden. Het coalitieverbod van de wet van 12 april 1803 is – enigszins gewijzigd – opgenomen in de Code Pénal van 1 januari 1811 en ging hier te lande ook gelden in de loop van 1811, doordat de Bataafse republiek door Frankrijk werd ingelijfd.

voor de gilden was dus geen plaats meer.¹⁰ Na de afschaffing van de gilden bleven oude gildestructuren in Nederland toch in zekere mate aanwezig in de samenleving.¹¹ Een van de redenen daarvan is dat de gilden niet alleen een economische, maar ook een belangrijke sociale functie vervulden, doordat de gildebroeders elkaar hulp boden bij ziekte, ouderdom en overlijden. Na de afschaffing van de gilden, die veelal te maken had met economische hervormingen, bleef de sociale binding tussen de oud-gildebroeders tot op zekere hoogte bestaan en op de restanten van de oude gilden ontstonden in de eerste helft van de 19^{de} eeuw steunfondsen en zogenoemde gezelligheidsverenigingen.¹² Onder invloed van de industriële revolutie transformeerden deze verenigingen in de tweede helft van de 19^{de} eeuw naar echte vakverenigingen. De industrialisatie, toegenomen handel en economische groei, brachten niet direct een verbetering voor de leefomstandigheden van lagere sociale klassen. Door de industriële revolutie verslechterden eerder de arbeidsomstandigheden en door een toename van de bevolking nam de angst voor werkloosheid onder arbeiders toe, waardoor sociale kwesties een steeds belangrijkere plaats kregen binnen de verenigingen.

2.2.2 De eerste vakbonden

De typografen waren de eerste werknemers in Nederland die zich ter verbetering van hun arbeidsvoorwaarden eerst plaatselijk en daarna landelijk organiseerden. In 1861 kwam het Onderling Hulpfonds Boekdrukkunst tot stand teneinde hulp te bieden aan werkloze leden.¹³ Vijf jaar later zetten de typografen de stap naar een landelijke organisatie en werd de Algemene Nederlandse Typografenbond opgericht. Eveneens in 1866 stichtten de Amsterdamse diamantbewerkers de eerste lokale bond. Naast de diamantbewerkers richtten andere Amsterdamse vaklieden (o.a. timmerlieden, schilders en metselaars) tussen 1866 en 1870 vakverenigingen op en omstreeks 1870 bestonden er in Amsterdam ongeveer achttien plaatselijke verenigingen. Twee jaar later waren dat er al zesendertig.¹⁴

Halverwege de 19^{de} eeuw ontstond in Europa een arbeidersbeweging bekend onder de naam Internationale met als doel het organiseren en tot actie brengen van arbeiders. Het grondbeginsel van deze beweging was de bevrijding van de arbeidersklasse door de arbeiders zelf. Marx en Engels, grondleggers van het socialisme, behoorden tot de leiders van de Internationale. Zij gingen uit van de klassenstrijd en stelden dat de tegenstellingen tussen arbeid en kapitaal onverzoenbaar en onoverbrugbaar waren. In de strijd tussen

10 J.H. Monnik, *Bescherming van Arbeidswilligen in de Artikelen 284 en 426bis Wetboek van Strafrecht*, Wageningen: Vada 1907, p. 25.

11 G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, p. 36.

12 Ten aanzien van de economische hervormingen dient overigens opgemerkt te worden dat de drang daartoe in Nederland toentertijd ook nog niet erg overheersend was, waardoor de corporatistische gedachte de economische orde ook in de 19^{de} eeuw nog in zekere mate bleef beheersen. Volgens Wiskerke sprak in Nederland de drang tot navolging van Frankrijk sterker dan de noodzaak tot hervorming wegens de groei en expansie van de grootindustrie en de vrije handelsgeest in West-Europa. Zie: C. Wiskerke, *De afschaffing der Gilden in Nederland*, Amsterdam: H.J. Paris 1939, p. 127.

13 G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, p. 37 en J.P. Windmuller e.a., *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1987, p. 19.

14 J.P. Windmuller e.a., *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1987, p. 19.

arbeid en kapitaal kenden zij aan de vakbeweging belangrijke waarde toe. De vakbeweging diende zich niet ten doel te stellen de positie van arbeiders te verbeteren in het bestaande kapitalistische systeem, maar zij diende ernaar te streven het kapitalistische systeem volledig te veranderen, in die zin dat het kapitaal in handen zou komen van de arbeidersklasse en dat het loonstelsel kwam te vervallen. In Nederland kon de Internationale op weinig steun rekenen van de vakverenigingen. Veel vakverenigingen vonden de beginselen van de Internationale te radicaal.¹⁵ Bij de eerste Nederlandse vakbonden ontbrak de belangstelling voor het socialisme, de klassenstrijd en internationale verbroedering.¹⁶

De eerste echte stap naar een landelijke vakcentrale kwam met de oprichting van het Algemeen Nederlands Werkliedenverbond (ANWV) in 1871. De ANWV was een liberale beweging die inzette op samenwerking met werkgevers en de klassenstrijd afwees als onjuist en gevaarlijk. Een deel van de christelijke arbeiders, met name streng-christelijke leden, voelden zich niet thuis bij de ANWV. Zij maakten zich hard voor de zedelijke ontwikkeling van de arbeider en vonden dat daarvan bij de ANWV maar weinig terecht kwam. De streng-christelijke leden richtten in 1876 een eigen vakorganisatie op met de naam Patrimonium. Dat het Patrimonium nog meer dan het ANWV zich richtte op samenwerking met werkgevers blijkt onder meer uit het feit dat van het Patrimonium ook werkgevers lid konden worden. Het Patrimonium wees werkstakingen af en verzette zich aanvankelijk zelfs tegen sociale wetgeving.¹⁷ De ANWV werd verder verzwakt door het uittreden van socialistische leden die van mening waren dat het programma van de ANWV te gematigd van toon was. In 1881 werd de Sociaal Democratische Bond (SDB) opgericht, die onder leiderschap van Domela Nieuwenhuis kwam te staan. Op initiatief van de SDB werd in 1893 in Nederland het Nationaal Arbeidssecretariaat (NAS) opgericht. In het NAS was plek voor alle arbeidsorganisaties, zowel socialistische als niet-socialistische en had onder meer tot doel alle arbeidsorganisaties met elkaar in verbinding te brengen.¹⁸ Het NAS was overwegend syndicalistisch van aard, dat wil zeggen dat het NAS de opvatting huldigde dat het socialisme niet via politieke strijd en parlementaire invloed bereikt zou kunnen worden, maar verwezenlijkt diende te worden door de algemene werkstaking, die door de vakbeweging gesteund zou moeten worden. Het NAS was een voorstander van ver doorgevoerde decentralisatie.

Onder leiding van Henri Polak werd in 1894 de Algemene Nederlandse Diamantbewerkers Bond (ANDB) opgericht. De ANDB was niet syndicalistisch van aard, maar veeleer aanhanger van de sociaaldemocratie en om het verschil met het syndicalisme van het NAS te benadrukken gaf de bond zichzelf het stempel 'moderne vakbeweging'. Polak was geïnspireerd door het werk van Sidney en Beatrice Webb over het Engelse *trade-unionisme*. Het *trade-unionisme* hield in: een sterk centraal gevoerd beleid, discipline, trouw aan de leiding, betaalde bestuurders, gecentraliseerde administraties, een stevige weerstandskas

15 G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, p. 44.

16 J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977, p. 19.

17 Idem, p. 22.

18 G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, p. 69.

en hoge contributies.¹⁹ De oprichting van de ANDB wordt wel getypeerd als een keerpunt voor de gehele Nederlandse vakbeweging.²⁰

2.2.3 Oprichting van de vakcentrales

De socialisten, protestanten en katholieken hebben in de eerste jaren van de 20^{ste} eeuw de organisaties opgericht die de Nederlandse vakbeweging hebben gevormd en die in redelijk ongewijzigde samenstelling nog steeds in belangrijke mate vorm geven aan de Nederlandse vakbeweging. De verdeeldheid of segmentatie binnen de Nederlandse vakbeweging onderscheidt haar van de vakbeweging in de ons omringende landen en is een belangrijk kenmerk van de Nederlandse vakbeweging.²¹

Al in 1898 kwam Polak, als leidende figuur binnen de Diamantbewerkerbond, met het idee voor een vakcentrale. Polak had daarmee een organisatie voor ogen die centraal zou worden geleid door betaalde bestuurders en die stevige weerstandskassen zou hebben. Dit idee kwam voort uit de groeiende weerstand van werkgevers tegen het werk van de vakverenigingen. Door de spoorwegstakingen van 1903 en een grote staking onder de diamantbewerkeren in 1904, maakte Polak pas in 1905 echt werk van het oprichten van een vakcentrale. Polak riep de bestuurders van de grote vakbonden op om na te denken over een nieuwe samenwerkingsvorm. Polak achtte het NAS niet meer geschikt als coördinerend lichaam vanwege de decentralistische koers die het NAS voer.²² Op 1 januari 1906 werd het Nederlandsch Verbond van Vakverenigingen (NVV) opgericht en Polak werd de eerste voorzitter. Het doel van het NVV was: "Het bijeenbrengen en bijeenhouden van vakbonden en -verenigingen tot behartiging en bevordering van die industriële, sociale en economische belangen, welke het best door hun blijvende en georganiseerde samenwerking kunnen worden bevorderd."²³ Polak wilde politiek en economie zoveel mogelijk scheiden. Het NVV diende volgens Polak de economische belangenbehartiging tot taak te nemen, terwijl de SDAP, waarmee de NVV sterk verbonden was, zich diende te richten op de politieke strijd. Van onderhandelingen met werkgevers en het afsluiten van cao's verwachtte het NVV meer dan van het voeren van acties. Het NVV was alleen voor stakingen wanneer die goed georganiseerd waren. Het NVV trok overigens niet alleen een scheidingslijn tussen de vakbeweging en de politiek, maar ook tussen leden en niet-leden; financiële steun werd bijvoorbeeld slechts verleend aan leden. Met het niet steunen van ongeorganiseerden kon niet iedereen zich binnen het NVV vinden. Niet-georganiseerden waren immers *nog* niet-georganiseerden die voor de vakcentrale gewonnen worden en men vroeg zich af of het de beste weg was om niet-georganiseerden als leden te winnen door ze niet te steunen.

Als reactie op de oprichting van het NVV werd door de confessionelen in 1909 het Christelijk Nationaal Vakverbond in Nederland (CNV) opgericht. Het CNV verwierp de klassenstrijd

19 Idem, p. 77.

20 Zie onder meer: G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, 74 en J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977, p. 28.

21 J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977, p. 47.

22 G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, p. 90.

23 Idem, p. 91.

wegens onverenigbaarheid met het christendom dat volgens het CNV meebracht: trouw aan de staat en het respecteren van bestaande eigendomsverhoudingen en klassenverschillen. Hoewel het lidmaatschap van het CNV openstond voor zowel protestanten als voor rooms-katholieken, bleek het CNV in de praktijk een protestantse vakcentrale. Naast het CNV kwam er in 1909 een vakcentrale voor rooms-katholieken bonden, het 'Bureau voor Rooms-Katholieke Vakorganisaties' (vanaf 1964 werd dit het Nederlandse Katholiek Vakverbond).

Na de Tweede Wereldoorlog werden het NVV, CNV en NKV (Nederlandse Katholiek Vakverbond) de belangrijkste vakcentrales en werden de Nederlandse arbeidsverhoudingen met name door deze vakcentrales beïnvloed. Aanvankelijk nam na de Tweede Wereldoorlog de Eenheidsvakcentrale (EVC) nog een bijzondere plaats in, maar doordat zij weigerde de centraal geleide loonpolitiek van na de oorlog te accepteren, werd zij door de regering niet erkend en werd haar rol steeds kleiner, waarna zij in 1964 werd opgeheven. Het NVV, CNV en NKV werden door de regering wel erkend als vakcentrale, omdat zij bereid waren mee te werken aan de naoorlogse loonbeheersing.²⁴ In 1976 gingen het NVV en NKV een federatie aan (FNV), waarna in 1981 een fusie volgde. In de jaren '70 werd de Raad voor Overleg voor Middelbaar en Hoger Personeel (MHP en thans VCP) opgericht dat zich als derde vakcentrale aandiende.

Figuur 1: vakbondsleden x 1000

Vakcentrales en overige vakverenigingen	Aantal leden				Totaal
	FNV	CNV	VCP	Overige vakverenigingen	
2015	1.094,8	289,1	102,6	247,7	1.734,4

Bron: CBS StatLine 27 oktober 2015

2.2.4 Wetgeving ten aanzien van het collectief overleg

In de eerste jaren van de 20^{ste} eeuw heeft niet alleen de vakbeweging de vorm gekregen die zij in redelijk ongewijzigd heeft behouden, ook het juridische kader omtrent het collectief overleg over arbeidsvoorwaarden komt uit deze periode. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot regeling van de arbeidsovereenkomst in 1905 kwam de vraag op of in die regeling ook niet een bepaling met betrekking tot de cao opgenomen zou moeten worden. Na discussie daarover, waarover meer in hoofdstuk 4, besloot de regering tot het opnemen van een wettelijke definitie van de cao in artikel 1637n BW. In de wet werd de cao gedefinieerd als privaatrechtelijke overeenkomst. Deze contractuele grondslag was in overeenstemming met de wijze waarop cao's in de praktijk tot stand kwamen, namelijk na onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers. Artikel 1637n BW beperkte het regelingsbereik van de cao tot arbeidsovereenkomsten die werden aangegaan tussen werkgevers en werknemers die – kort gezegd – lid waren van een cao-sluitende vereniging.

²⁴ F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 44.

Een verdergaand bereik of verdergaande reikwijdte van de cao, in die zin dat een cao bijvoorbeeld zou moeten gelden voor alle werknemers van een bedrijf, dus ongeacht het lidmaatschap van een vakbond, vond men niet passen bij een privaatrechtelijke regeling van de cao. In 1927 kwam de Wet Cao tot stand. De privaatrechtelijke grondslag van de cao werd daarbij niet verlaten. In 1937 werd de Wet Avv aangenomen die het mogelijk maakte dat de minister de werking van cao-bepalingen bij ministerieel besluit zou kunnen uitbreiden tot een hele sector of bedrijfstak, waarover meer in hoofdstuk 7.

2.2.5 De Eerste Wereldoorlog

Het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog had grote gevolgen voor de Nederlandse economie die in sterke mate afhankelijk was van de internationale handel. Door het wegvallen van orders, de stagnatie van grondstofleveranties en de blokkades van handelswegen, nam de economische bedrijvigheid in Nederland in snel tempo af. Het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog deed het NVV besluiten af te zien van harde acties en stakingen. Het NVV was van mening dat werk gemaakt moest worden van nationale eenheid en het zwaartepunt van het vakbondswerk verschoof van strijd voor betere arbeidsvoorwaarden naar steunverlening aan werklozen. Het NVV volgde in zijn standpunt de SDAP, die van mening was dat het landsbelang (voorlopig) voorging boven de klassenstrijd. Door de afname van de economische activiteiten nam de werkloosheid onder arbeiders zo sterk toe dat de meeste vakbondsfondsen dit niet konden opvangen. De regering kwam de vakbondsfondsen te hulp en bood financiële steun. De regering zag in de vakbeweging een bondgenoot in het streven naar het behoud van nationale eenheid en had geen belang bij failliete fondsen.²⁵ De gezamenlijke inzet voor het behoud van nationale eenheid en de steunverlening aan werklozen resulteerden in een verbeterde maatschappelijke positie van de vakbonden. De vakbeweging werd een samenwerkingspartner voor de overheid in de strijd tegen werkloosheid en armoede.

Naast de overheid erkenden steeds meer ondernemers de vakbeweging als gesprekspartner. Een gevolg van deze erkenning was dat de arbeidsvoorwaarden in bedrijven steeds vaker werden vastgesteld na vreedzame onderhandelingen met vakbonden in plaats van stakingen. In 1913 golden er nog geen 200 cao's terwijl dit aantal aan het einde van de oorlog was gestegen naar bijna 1.000.²⁶ Toen werden overigens in hoofdzaak ondernemings-cao's gesloten. Het aantal bedrijfstak-cao's won terrein naarmate werkgevers zich meer gingen organiseren. De eerste werkgeversvereniging, de Vereniging voor Nederlandse Werkgevers (VNW), ontstond in 1899 en hield zich aanvankelijk bezig met algemene sociaal-politieke besluitvorming. De VNW bestond uit een te gemêleerd gezelschap werkgevers om tegemoet te kunnen treden aan de specifieke behoeften van individuele werkgevers of zelfs bedrijfstakken. Teneinde aan die specifieke behoeften wel tegemoet te komen en weerstand te bieden aan de groeiende macht van de vakbonden, ontstonden naast de VNW gespecialiseerde werkgeversverenigingen die zich met name gingen richten op de belangen van werkgevers in de arbeidsverhoudingen. In 1910 waren er ongeveer 24 landelijke en

25 J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977, p. 49.

26 G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975, p. 426, tabel 1.

134 plaatselijke verenigingen.²⁷ Hoewel ook onder werkgevers sprake was van verzuiling, slaagde men er aan werkgeverszijde beter dan aan werknemerszijde in een zekere eenheid in het optreden te verkrijgen.

Aan het einde van de oorlog werd binnen de arbeidersklasse in Nederland de roep om maatschappelijke hervormingen weer sterker als gevolg van succesvolle revolutionaire bewegingen in Rusland en Europa. De Nederlandse vakbeweging profiteerde van de bewegingen in Europa. In 1920 was immers bijna 40% van het totale aantal Nederlandse werknemers georganiseerd.²⁸ Gesteund door het revolutionaire succes en het toegenomen ledenbestand, besloten het NVV en de SDAP tot het opstellen van een stevig nieuw programma waarin onder meer de invoering van een 8-urige werkdag werd geëist. Onder invloed van de revolutionaire dreigingen en de toegenomen macht van de vakbonden, besloot de regering aan het einde van de Eerste Wereldoorlog tot een aantal hervormingen, waaronder: invoering van de 8-urige werkdag en het vrouwenkiesrecht, subsidiëring van de bouw van goedkope arbeiderswoningen en instelling van het Ministerie van Sociale Zaken en de Hoge Raad van Arbeid.

2.2.6 De Hoge Raad van Arbeid

De Hoge Raad van Arbeid was een overlegorgaan van overheid, werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties. De Raad kreeg tot taak de regering aanbevelingen te doen, zowel gevraagd als ongevraagd, ten aanzien van aan arbeid gerelateerde onderwerpen. De vijf grootste vakcentrales kregen binnen de Raad een plaats toegewezen.²⁹ In de periode van 1920-1939 bracht de Raad 128 adviezen uit.³⁰ Een van de onderwerpen waarmee de Raad zich bezighield was de verbindend- en onverbindendverklaring van cao-bepalingen. Aan het einde van de jaren dertig was de advisering hieromtrent zelfs veruit de belangrijkste werkzaamheid van de Raad.³¹ Het idee achter de oprichting van de Raad was het betrekken van werkgeversorganisaties en vakbonden bij de totstandkoming van sociaaleconomisch beleid en het dichter bij elkaar te brengen van kapitaal en arbeid. In het algemeen kan gezegd worden dat de Raad inderdaad heeft geleid tot een verbetering van de verhoudingen tussen werkgevers en werknemers. Windmuller heeft gesteld dat de bijeenkomsten van de Raad ertoe hebben bijgedragen dat het klimaat waarin het overleg tussen werkgevers en werknemers plaatsvond werd verbeterd. Volgens Windmuller kan de Raad worden gezien als de voorganger van het mechanisme voor de besluitvorming over arbeidsverhoudingen en sociaaleconomisch beleid, dat na de Tweede Wereldoorlog werd ontwikkeld.³²

27 J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977, p. 52.

28 Idem, p. 58.

29 C. Helderma, 'De Hoge Raad van arbeid, 1919-1940 (-1950)', *Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis I*, 2004, afl. 2, p. 55: NVV 5 zetels, RKV 3 zetels, CNV 2 zetels, NAS 2 zetels en ANV 1 zetel.

30 Idem, p. 58.

31 Idem, p. 60.

32 J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977, p. 67.

2.2.7 De Tweede Wereldoorlog

De SDAP en het NVV waren de eerste particuliere organisaties in Nederland die geconfronteerd werden met controle door de Duitse bezetter. Een gevolg van de Duitse controle van het NVV was, dat het NVV nog centralistischer werd. Van vakbonden werd verwacht dat zij meer gingen functioneren als afdelingen per bedrijfstak. De confessionele centrales werden, anders dan het NVV, pas in 1941 geconfronteerd met de Duitse bezetting. In 1941, toen het karakter van de bezetting dreigender werd, besloot de Duitse bezetter tot het onder toezicht stellen van de confessionele vakcentrales. De Duitse bezetter was van plan de confessionele bonden onder te brengen in het NVV teneinde één arbeidsfront te vormen. Voor beide confessionele vakcentrales was dit reden zichzelf op te heffen en leden van de bonden op te roepen hun lidmaatschap op te zeggen. Veel Nederlandse werkgevers waren vanaf 1941 verenigd in de Raad van Bestuur in Arbeidszaken. Via deze Raad werd veelal onderhandeld over cao's met de vakcentrales aan werknemerszijde. Nadat de confessionele vakcentrales zichzelf hadden ontbonden, besloot de Raad het collectief overleg over arbeidsvoorwaarden te beëindigen bij gebrek aan representatieve werknemersorganisaties. Het nog bestaande, maar door de Duitse bezetter gecontroleerde NVV werd door de Raad onvoldoende representatief geacht om te dienen als geschikte gesprekspartner. De werkgevers toonden zich in feite solidair met de Nederlandse vakbeweging, althans met de confessionele bonden, hetgeen een belangrijke basis heeft gelegd voor de wederopbouw van Nederland na de oorlog. Één van de gevolgen hiervan was dat er geen cao's meer werden afgesloten en de Duitse bezetter besloot dat alle lopende cao's werden aangemerkt als bindende loonregeling zodra een der contractspartijen kwam te ontbreken.³³ In 1942 ging het NVV op in het (in datzelfde jaar opgerichte) sociaal-nationalistische Nederlandsch Arbeidsfront (NAF) dat vanaf dat moment gedurende de oorlog de enige arbeidersbeweging in Nederland zou zijn. Vanaf dat moment nam het aantal geheime besprekingen tussen afgevaardigden van werknemers, werkgevers en de overheid toe. Tijdens deze geheime besprekingen werd gesproken over onder meer de oprichting van de Stichting van de Arbeid na de oorlog en nagedacht over een geïnstitutionaliseerd systeem van collectief overleg.

2.2.8 De Stichting van de Arbeid en heroprichting van de vakcentrales

Als gevolg van de Tweede Wereldoorlog waren de organisatiestructuren in Nederland verdwenen en dat bracht mee dat Nederland na de oorlog in een situatie verkeerde dat het hele organisatiepatroon (zowel aan werkgevers- als aan werknemerszijde) opnieuw moest worden vormgegeven. Dit leidde er aan werknemerszijde toe (bij de NVV eerder en eenvoudiger dan bij het CNV) dat vakbonden bedrijfstakgewijs werden georganiseerd in tegenstelling tot het vooroorlogse organisatiesysteem van beroepsbonden. Bedrijfstakgewijze organisatie heeft als voordeel dat niet steeds een andere werknemersgroep arbeidsvoorwaardelijke eisen aan de ondernemer stelt. Het was de bedoeling dat de arbeidsvoorwaardenvorming op bedrijfstakniveau zou plaatsvinden onder centraal toezicht van de op 17 mei 1945 opgerichte Stichting van de Arbeid (waarin naast de NVV en het CNV de rooms-katholieke NKV een zetel had), teneinde te verzekeren dat er onderling

³³ W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 43.

verband tussen lonen en arbeidsvoorwaarden in de verschillende sectoren bestond.³⁴ Aan de Stichting van de Arbeid ligt de gedachte ten grondslag dat centrale organisaties van werkgevers en werknemers richting geven aan de bij hen aangesloten organisaties op het terrein van arbeid.

Thans wordt in de Stichting van de Arbeid nog steeds overleg gevoerd tussen werkgevers en werknemers met als doel tot gezamenlijke standpunten te komen die vervolgens weer kunnen leiden tot adviezen aan de overheid of tot aanbevelingen over primaire of secundaire arbeidsvoorwaarden bestemd voor het cao-overleg. Overleg tussen het bestuur van de Stichting van de Arbeid en het kabinet vindt tweemaal per jaar plaats in het zogeheten Voorjaars- en Najaarsoverleg. Het Najaarsoverleg heeft veelal betrekking op de beleidsvoornemens van het kabinet. Voor zover daarover consensus bestaat, worden deze beleidsvoornemens door sociale partners meegenomen in de cao-onderhandelingen.

Voor het ontstaan van de naoorlogse structuur waarbij besluitvorming werd geconcentreerd in vakcentrales zijn volgens Fase twee factoren van belang geweest. Fase heeft in de eerste plaats het belang van de verzuiling onderstreept. Segmentatie in werkgevers- en werknemersgroepen bevorderde samenwerking aan de top nu men niet op eigen kracht de eigen doelstellingen kon verwezenlijken. De tweede belangrijke factor was het algemeen belang. Na de Tweede Wereldoorlog moest het bedrijfsleven worden (her)opgebouwd en daarvoor was ordening van de arbeidsmarkt nodig. Voor een stabiele arbeidsmarkt was beheersing van de loonmarkt noodzakelijk teneinde te voorkomen dat werknemers door de ene bedrijfstak door middel van hogere lonen ten koste van andere bedrijfstakken werden aangetrokken. Bovendien was beheersing van de loonontwikkeling van belang voor het doen van investeringen ter vergroting van de werkgelegenheid. Wederopbouw van de economie en herstel van de werkgelegenheid rechtvaardigden besluitvorming op nationaal niveau, aldus Fase.³⁵ Besluitvorming op centraal niveau heeft in dit verband twee belangrijke voordelen. In de eerste plaats staan vakcentrales minder bloot aan druk van leden en in de tweede plaats worden problemen en de oplossingen daarvan eerder in context met andere ontwikkelingen gezien. Bij besluitvorming op centraal niveau is in de regel meer oog voor de effecten van een loonsverhoging op bijvoorbeeld werkgelegenheid en prijspeil dan wanneer besluiten daarover tot stand komen in de organen van de bij de vakcentrales aangesloten bonden.

In het cao-overleg presenteren zich aan werknemerszijde thans steeds meer verschillende onderhandelingspartijen die niet via een vakcentrale georganiseerd zijn. Volgens Helmer en Jaspers houdt deze ontwikkeling verband met de toegenomen decentralisering en individualisering.³⁶ De individualisering leidt tot spanningen tussen de belangen van verschillende groepen werknemers. Solidariteit op centraal niveau is daardoor afgenomen en uit zich sterker op lokaal niveau.³⁷ Deze ontwikkeling wordt nog versterkt doordat vakbonden zich steviger profileren in het arbeidsvoorwaardenoverleg teneinde hun

34 Idem, p. 234.

35 Idem, p. 235.

36 J.L.A. Helmer & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk?', *TRA* 2015/3, p. 7.

37 Idem.

zichtbaarheid te vergroten in een poging het ledenbestand te doen toenemen. In dit kader verdient opmerking dat de FNV niet meer via een vakcentrale is georganiseerd. Eind 2014 fuseerden de vakcentrale FNV en FNV Bonden Abvakabo, FNV Bondgenoten, FNV Bouw en FNV Sport tot één grote vereniging met bijna één miljoen leden. Een aantal FNV bonden is zelfstandig aangesloten bij de FNV. Uit de statuten van de FNV volgt overigens dat de leden binnen de FNV nog steeds in sectorale afdelingen en netwerken zijn georganiseerd.

2.2.9 Van centraal geleide loonpolitiek naar sociaal akkoorden

De gecentraliseerde organisatiestructuur die na de Tweede Wereldoorlog ontstond maakte het voor de regering mogelijk een centraal geleide loonpolitiek te voeren.³⁸ Het naoorlogse vakbondsapparaat maakte het immers mogelijk dat onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden op hoger niveau plaatsvonden en voor steeds grotere groepen tegelijkertijd, waardoor coördinatie van de onderhandelingen ook eenvoudiger was. In een systeem van arbeidsverhoudingen waarin werknemers georganiseerd zijn in een groot aantal vakbonden die min of meer los van elkaar opereren en waarin overlegpartners op centraal niveau ontbreken is dat veel moeilijker te realiseren.³⁹ De loonpolitiek van na de oorlog berustte op drie doelstellingen. In de eerste plaats moest bij het streven van evenwicht tussen prijzen en lonen een zeker bestaansminimum worden gehandhaafd. In de tweede plaats moest de loonstructuur in evenwicht worden gebracht en tot slot moest de arbeidsproductiviteit worden opgevoerd. De centraal geleide loonpolitiek heeft ervoor gezorgd dat de productiviteit van het bedrijfsleven snel werd verhoogd en de werkloosheid snel was gedaald. Nederland had zich heel snel weten te herstellen van de door de oorlog aangerichte schade.⁴⁰

In de jaren '50, toen de welvaartsontwikkeling aanhield, werd de uniformering van arbeidsvoorwaarden door werkgevers- en werknemersorganisaties in diverse sectoren steeds meer als last ervaren en zij wilden meer vrijheid voor werkelijke cao-onderhandelingen. Van werknemerszijde werd de roep om meer differentiatie per bedrijfstak groter omdat groepen werknemers ontevreden waren over de op centraal niveau behaalde uitkomsten. Zij waren van mening dat de loonruimte inbedrijfstakken onbenut werd gelaten en dat werknemers daardoor onvoldoende profiteerden van de gestegen welvaart. Uniformiteit van arbeidsvoorwaardenvorming op centraal niveau laat bovendien geen of slechts geringe ruimte voor differentiatie per bedrijfstak of onderneming, waardoor aan specifieke belangen onvoldoende tegemoet kon worden gekomen.⁴¹ In het midden van de jaren '50 stelden de Stichting van de Arbeid en de SER zich op het standpunt dat de primaire verantwoordelijkheid voor loonvorming bij het georganiseerde bedrijfsleven behoorde te liggen.⁴² Doelstelling van loonpolitiek zou een zo groot mogelijke differentiatie binnen de coördinatie-gedachte moeten zijn. De in de jaren daarna gedifferentieerde loonpolitiek slaagde niet en in 1968 werd onder druk van de vakbeweging, die meer en meer gewend

38 W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 235.

39 Idem, p. 239.

40 Idem, p. 286.

41 Idem, p. 291.

42 Zie onder meer: *Advies inzake het vraagstuk van de toekomstige loonpolitiek* (advies 16 september 1955, SER 1955/04), Den Haag: SER 1955.

was geraakt aan autonomie in de arbeidsvoorwaardenvorming, en na een unaniem advies van de Stichting van de Arbeid, de loonvorming vrijgegeven door inwerkingtreding van de Wet op de loonvorming. Deze wet erkent het principe van vrije loonvorming, maar biedt de overheid de mogelijkheid in nader in de wet omschreven gevallen een tijdelijke loonmaatregel af te kondigen.⁴³

In het begin van de jaren '80 raakte de Nederlandse economie in verval als gevolg van de wereldwijde oliecrisis. De werkloosheid liep op tot boven de 10% en het financieringstekort bedroeg rond de 12%. In 1982 vormden CDA en VVD een kabinet waarin Lubbers premier werd en het beleid van het kabinet-Lubbers was gericht op het omlaag brengen van de werkloosheid en het wegwerken van het financieringstekort. Om de loonontwikkeling beheersbaar te houden en de werkloosheid te bestrijden dreigde het kabinet met een loonmaatregel. Onder druk van deze loonmaatregel sloot het kabinet met werkgevers- en werknemersorganisaties vertegenwoordigd in de Stichting van de Arbeid op 24 november 1982 een akkoord over loonmatiging en werktijdverkorting.⁴⁴ Dit akkoord werd bekend onder de naam 'Akkoord van Wassenaar', maar de officiële titel van het akkoord was: 'Centrale aanbevelingen inzake aspecten van een werkgelegenheidsbeleid'. Uitgangspunt van het akkoord was: werk gaat boven inkomen. Werknemersorganisaties (FNV, CNV en VCP) waren bereid tot een loonmatiging in het cao-overleg voor een periode van vier jaar in ruil voor arbeidsduurverkorting. De werktijd liep onder invloed van dit akkoord in veel sectoren terug van 40 tot 38 uur. De werknemersorganisaties waren bereid tot loonmatiging vanwege de hoge werkloosheid. Werkloosheid diende volgens de vakbonden bestreden te worden door herverdeling van het bestaande werk door iedereen korter te laten werken. Volgens Kok, toenmalig FNV-voorzitter, was het Akkoord van Wassenaar "een keuze van verantwoordelijke mensen voor een eigen rol in het geheel, in plaats van te zeer afhankelijk te zijn van keuzes die de overheid oplegt."⁴⁵ Als gevolg van de loonmatiging en de arbeidsduurverkorting daalde de werkloosheid en tegelijkertijd verbeterde de concurrentiepositie van werkgevers, waardoor mede de Nederlandse economie groeide. Het Akkoord van Wassenaar wordt vaak beschouwd als het startpunt van het poldermodel.⁴⁶ Begrijpelijk is deze kwalificatie wel, vanwege de vóór het Akkoord van Wassenaar onrustige jaren '70 op het terrein van de arbeidsverhoudingen, maar – kijkend naar het grotere geheel – niet terecht. Nederland kent niet alleen van oudsher corporatistische trekken (gilden), maar de belangrijkste instituties van het Nederlandse poldermodel (onder meer de SER, de Stichting van de Arbeid en het cao-overleg) dateren al van voor en vlak na de Tweede Wereldoorlog.

43 Dit gebeurde in de jaren zeventig dertien maal. Zie: P.T. de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 19.

44 SER nieuwsbericht van 7 januari 1998, 'Lubbers, Kok en Van Veen gaan terug naar Wassenaar.'

45 Idem.

46 P.T. de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 22.

In 2013 kwam het meest recente akkoord tussen sociale partners en kabinet tot stand⁴⁷ en anders dan het Akkoord van Wassenaar bevat het zogenoemde Mondriaanakkoord⁴⁸ geen vast omlijnd kader voor de loonruimte, maar bevat het veeleer gemeenschappelijke uitgangspunten en beleidsvoornemens op sociaaleconomisch terrein met betrekking tot de toekomst van de arbeidsmarkt, het beperken van de werkloosheid en het voorkomen van verdergaande bezuinigingen op overheidsfinanciën.⁴⁹ Ter uitvoering van de in het Mondriaanakkoord gemaakte afspraken is bijvoorbeeld met ingang van 1 juli 2015 het ontslagrecht ingrijpend gewijzigd. In de toelichting op het Mondriaanakkoord noemde Asscher (toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) dit akkoord “hernieuwde samenwerking” in de polder en benadrukte hij niet alleen de lange traditie van sociaal overleg in Nederland, maar ook de waarde van het poldermodel voor de Nederlandse arbeidsmarkt. Hij stelde verder dat samenwerking in de polder noodzakelijk is om met maatschappelijk draagvlak de verschillende afspraken uit het Mondriaanakkoord vorm te geven.⁵⁰ In 2017 slaagden werkgevers- en werknemersorganisaties er niet in een sociaal akkoord te sluiten over hervormingen van de arbeidsmarkt en het arbeidsrecht.

Vanaf de jaren '80 kenmerkt het Nederlandse poldermodel zich naast het geformaliseerde overleg in de SER en de Stichting van de Arbeid en het autonome arbeidsvoorwaardenoverleg, door het met enige regelmaat tot stand komen van brede (maar soms ook *ad hoc*) akkoorden tussen sociale partners (en overheid). Deze akkoorden zijn geen overeenkomsten in die zin dat ze bindende voorschriften bevatten voor partijen. Sociaal akkoorden hebben veelal tot doel de overheid te bewegen bestaande wetgeving of sociaaleconomisch beleid aan te passen aan ontwikkelingen op de arbeidsmarkt met het oog op gedeelde belangen van sociale partners. De steun van de overheid wordt niet alleen gezocht door sociale partners wanneer de wederzijdse belangen niet via het arbeidsvoorwaardenoverleg kunnen worden verwezenlijkt (bijvoorbeeld de wijziging van het ontslagrecht), maar ook om hun eigen achterbannen in het gareel te krijgen (bijvoorbeeld de inperking van de mogelijkheden bij cao van de ketenregeling af te wijken). Het belang van de overheid bij het sluiten van sociaal akkoorden is erin gelegen dat het voor de effectiviteit van sociaaleconomische wetgeving en beleid en het bereiken van daaraan ten grondslag liggende doelstellingen wenselijk is dat deze worden gedragen door verschillende belangengroepen van werkgevers en werknemers. Daarin ligt direct de kern van de Nederlandse overlegeconomie, namelijk dat overheid en werkgevers- en werknemersorganisaties gezamenlijk de verantwoordelijkheid dragen voor sociaaleconomische wetgeving en beleid. De mate waarin de overheid op enig moment bereid is met sociale partners in overleg (en onderhandeling) te treden over sociaaleconomische thema's hangt uiteraard ook af van de heersende politieke opvattingen van dat moment. Een overwegend liberale coalitie zal minder behoefte voelen met sociale partners afspraken te maken dan een coalitie die belang hecht aan solidariteit. Andersom geldt dat de vakbeweging juist eerder zal zoeken naar consensus met werkgeversorganisaties

47 Stichting van de Arbeid, 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020', 11 april 2013.

48 Vernoemd naar de locatie waar het akkoord is gesloten.

49 A. Hemerijck & M. van der Meer, 'Nieuw Nederlands polderen, van brede sociale akkoorden naar 'ad hoc' hervormingscoalities', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 182.

50 Kamerbrief van 11 april 2013, ref. 2013-0000045997, p. 12.

teneinde sociaaleconomisch beleid te beïnvloeden wanneer er een liberale politieke wind waait, dan wanneer de politieke wind uit een meer sociale hoek komt. In dat laatste geval is de vakbeweging immers veelal beter in staat eenzijdig het sociaaleconomische beleid te beïnvloeden. Voor werkgevers geldt hetzelfde, maar dan omgekeerd.

2.2.10 De Sociaal-Economische Raad

In 1950 trad de Wet op de bedrijfsorganisatie in werking en deze wet vormde het juridische kader van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. De SER werd het nationale toporgaan in de structuur van de bedrijfsorganisatie en het vaste adviesorgaan van de regering voor sociaaleconomische vraagstukken. Op sectoraal niveau werd het mogelijk product- en bedrijfschappen op te richten en in de wet werd de taak van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties omschreven als een het algemeen belang dienende bedrijfsuitoefening te bevorderen, alsmede het gemeenschappelijk belang van de ondernemingen en van de daarbij betrokken personen te behartigen.⁵¹ Ter uitoefening van hun taak kregen de bedrijfslichamen op een aantal nader in de wet omschreven terreinen verordenende bevoegdheden, waarmee zij alle bedrijfsgenoten konden binden. Hoewel een van die terreinen het vaststellen van lonen en andere arbeidsvoorwaarden betrof, slaagden de bedrijfslichamen er niet in het cao-overleg te vervangen bij de vorming van arbeidsvoorwaarden. Bij een herziening van de wet eind jaren '90 bleef de bevoegdheid ten aanzien van het vaststellen van lonen en arbeidsvoorwaarden niettemin gehandhaafd. Daarbij werd wel opgemerkt dat het dan zou moeten gaan om het vaststellen van lonen en arbeidsvoorwaarden in sectoren waar geen cao tot stand kon komen en dat aan het sluiten van cao's de voorkeur moest worden gegeven.⁵²

Met ingang van 1 januari 2015 zijn de bedrijfslichamen verdwenen, maar de SER is blijven bestaan. De Wet op de bedrijfsorganisatie werd daartoe gewijzigd in de Wet op de Sociaal-Economische Raad. Met de opheffing van de product- en bedrijfschappen heeft de SER de toezichthoudende taak op deze bedrijfslichamen verloren. Voor het overige zijn de taakstelling van de SER ongewijzigd gebleven. De SER heeft thans nog steeds zijn adviserende functie en tot taak een het algemeen belang dienende werkzaamheid van het bedrijfsleven te bevorderen, alsmede het belang van het bedrijfsleven en de daartoe behorende personen te behartigen.⁵³ Concreet brengt dit voor de SER mee dat hij de regering en het parlement adviseert over de hoofdlijnen van het sociale en economische beleid en belangrijke wetgeving op sociaal-economisch terrein. In de SER hebben niet alleen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers, maar ook onafhankelijke deskundigen zitting. De Raad wordt bij de uitvoering van zijn functies bijgestaan door een aantal vaste en tijdelijke commissies. De zetelverdeling binnen de SER vloeit voort uit de Wet op de Sociaal-Economische Raad en het daarop gebaseerde Besluit beleidsregels representativiteit. Op dit besluit kom ik in hoofdstuk 3 terug. Op deze plaats merk ik op dat alleen onafhankelijke centrale organisaties van werkgevers en werknemers in aanmerking komen voor een zetel in de Raad. Voorts geldt dat deze organisaties representatief moeten zijn. Een organisatie van werknemers kan volgens het besluit slechts representatief zijn

51 Zie onder meer: *Kamerstukken II 1947/48*, 873, 3.

52 *Kamerstukken II 1997/98*, 25695, 3, p. 9.

53 *Kamerstukken II 2013/14*, 33910, 3, p. 8 en 9.

voor een bepaalde groep van werknemers die zij beoogt te organiseren, indien zij een niet onbetekenend aantal leden heeft die tot de groep behoren. De huidige zetelverdeling aan werknemerszijde is als volgt:

werknemersorganisaties	zetels
FNV	7
CNV	2
VCP	2

2.3 Het arbeidsvoorwaardenoverleg

2.3.1 Inleiding

De Nederlandse overheid speelt van oudsher een geringe rol bij de vormgeving van arbeidsvoorwaarden, in die zin dat de Nederlandse arbeidswetgeving niet veel meer bevat dan minimumstandaarden met betrekking tot bijvoorbeeld arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, vakantie en loon. De arbeidsvoorwaarden worden veelal vormgegeven in een proces van onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers op individueel en met name collectief niveau.⁵⁴ In Nederland hebben cao's een hoge dekkingsgraad. Volgens recente cijfers van het ministerie van SZW vallen ongeveer 5,5 miljoen werknemers onder een cao, hetgeen correspondeert met 80-85% van de werknemers.⁵⁵

2.3.2 Overlegstructuur

De cao is een overeenkomst tussen een of meer werkgevers(verenigingen) en een of meer werknemersverenigingen (zie meer over het privaatrechtelijke karakter van de cao in hoofdstuk 4). De contractsvrijheid van cao-partijen brengt mee dat het hun vrijstaat te onderhandelen met wie (uiteraard wel een partij die bevoegd is een cao aan te gaan) zij willen, waarover zij willen en hoe zij dat willen. De cao-structuur (daarmee bedoel ik het onderhandelen over en het aangaan van cao's) wordt in Nederland autonoom bepaald door cao-partijen en als gevolg daarvan bestaan per sector (grotere en kleinere) verschillen in het cao-overleg. In bijna geen enkele sector bestaat slechts één cao die geldt voor alle werknemers. Veelal bestaan er per sector meerdere cao's die gelden voor bepaalde categorieën werknemers of bepaalde bedrijfsonderdelen of ondernemingen. Als in een sector verschillende cao's gelden, wil dat niet zeggen dat al die cao's ook even belangrijk zijn voor de cao-partijen die ze zijn aangegaan. Frenkel, Jacobs en Nieuwstraten-Driessen hebben de Nederlandse cao-structuur waarbij per sector meerdere cao's gelden omschreven als een "planetenstelsel, waarin één of twee cao's de kern(en) vormen met daaromheen een aantal

54 Sociale Nota 2002, *Kamerstukken II 2001/02*, 28001, 1-2, p. 44: "het Nederlandse overlegmodel (kent) een hoge mate van zelfregulering. Werkgevers en werknemers zijn in principe zelf verantwoordelijk voor de arbeidsvoorwaardenvorming."

55 *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 2013/03), Den Haag: SER 2013, p. 7 en Ministerie van Sociale Zaken en werkgelegenheid (2016), *Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2016*, p. 155 e.v.

ondergeschikte satelliet-cao's".⁵⁶ Hoewel (per sector) uiteraard verschuivingen hebben plaatsgevonden, geldt deze typering nog steeds. Zie bijvoorbeeld de sector Bouwnijverheid waarin naast de cao bouw & infra nog een aantal (kleinere) cao's zijn afgesloten, zoals: de cao afbouw, de cao dakdekkers en de cao houtverwerkende industrie. Een belangrijk kenmerk van het Nederlandse cao-overleg is daarnaast dat de periodieke vernieuwing van cao's sterk in verband staat met het overleg en de afspraken op nationaal niveau en dat het cao-overleg landelijk wordt gecoördineerd. Cao-partijen op bedrijfstak- of ondernemingsniveau staan in hoge mate onder invloed van het overleg tussen werkgevers- en werknemersorganisaties op landelijk niveau. Enkele grote cao's (zoals de metaal-cao) fungeren in de praktijk van het cao-overleg als trendsetters (wage-leaders).

2.3.3 Van centralisatie naar decentralisatie

Kenmerkend voor het naoorlogse Nederlandse cao-overleg is een sterke centrale coördinatie, die voor een belangrijk deel werd ingegeven door de gezamenlijk doelstelling van werkgevers- en werknemersorganisaties Nederland na de oorlog weer op te bouwen. De naoorlogse centraal geleide loonpolitiek bood geen ruimte voor differentiatie per bedrijfstak of onderneming, waardoor aan specifieke bedrijfs- en sectorbelangen onvoldoende tegemoet kon worden gekomen. Hoewel de loonvorming, na kritiek daarop, aan het einde van de jaren '60 van de vorige eeuw werd vrijgegeven, kon het cao-overleg zich maar moeilijk ontworstelen aan de centralistische traditie van de voorgaande jaren.⁵⁷ Het Akkoord van Wassenaar wordt gezien als een markeringspunt in de arbeidsvoorwaardenvorming en de start van een decentraliseringstendens.⁵⁸ Pas vanaf de jaren '90 werd decentralisering in de arbeidsverhoudingen meer werkelijkheid.⁵⁹ In 1993 kwamen werkgevers- en werknemersorganisaties in de Stichting van de Arbeid overeen dat het overleg over arbeidsvoorwaarden in het teken van maatwerk en diversiteit diende te staan.⁶⁰ In een publicatie van de Stichting van de Arbeid van 16 december 1993 met de titel 'Een nieuwe koers, agenda voor het cao-overleg 1994 in het perspectief van de middellange termijn' is opgemerkt dat de wederzijdse behoefte aan differentiatie en maatwerk zal leiden tot meer globale en/of minder regels in collectieve arbeidsovereenkomsten, die dan – zo nodig – op ondernemingsniveau nader ingevuld kunnen worden. De Beer heeft vier aspecten van het cao-overleg geïdentificeerd op basis waarvan geoordeeld kan worden in hoeverre echt sprake is van decentralisering in de arbeidsvoorwaardenvorming, althans een doorgezette trend. Deze aspecten zijn:

1. Voor een afnemend deel van de werknemers worden de arbeidsvoorwaarden collectief vastgesteld;

56 B.S. Frenkel, A.T.M.J. Jacobs en E. Nieuwstraten-Driessen, *De structuur van het cao-overleg. Een verkenning van de wijze waarop sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg functioneren*, Alphen aan den Rijn – Brussel: Samsom 1980, p. 26.

57 A.G. Nagelkerke, 'Institutioneel balanceren, decentralisatie in de Nederlandse arbeidsverhoudingen in de jaren tachtig', *SMA* 1994, Afl. 1, p. 20.

58 Zie ook: F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 89.

59 F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 93.

60 'Een nieuwe koers: agenda voor het cao-overleg 1994 in het perspectief van de middellange termijn' (16 december 1993, 93/9), Den Haag.

2. Een toenemend deel van de werknemers valt onder een ondernemings-cao in plaats van onder een bedrijfstak-cao;
3. De arbeidsvoorwaardenvorming wordt minder (centraal) gecoördineerd door de vakbonden;
4. De cao-onderhandelingen gaan meer uiteenlopen tussen sectoren;

Ik bespreek aan de hand van deze aspecten waartoe de decentraliseringstendens in het cao-overleg heeft geleid.

Ad 1)

Begin 2015 werd in een enkel dagblad het einde van het tijdperk van de cao aangekondigd omdat in een aantal sectoren (Horeca, Supermarkten) geen cao tot stand kwam, cao's werden opgezegd (Bouwnijverheid) en werkgevers dreigden geen nieuwe cao's meer te zullen sluiten (Metalektro en Metaal en Techniek).⁶¹ Uit redelijk recente cijfers van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over cao's in Nederland blijkt weliswaar dat het aantal cao's en het aantal werknemers op wie een cao van toepassing is, is afgenomen, maar dat deze afname geenszins de stelling rechtvaardigt dat het einde van het tijdperk cao nabij is.⁶² Dat nog steeds ruim 5,5 miljoen werknemers onder het bereik van een cao vallen, brengt mee dat de cao nog steeds van grote betekenis is voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen.

Figuur 2: Aantal reguliere cao's en bijbehorende aantal werknemers, 2009-2016

Jaar	Cao's	werknemers
2009	748	6.149.500
2010	709	6.372.100
2011	688	6.128.500
2012	700	6.002.500
2013	674	5.953.000
2014	701	5.895.000
2015	680	5.486.400
2016	672	5.499.500

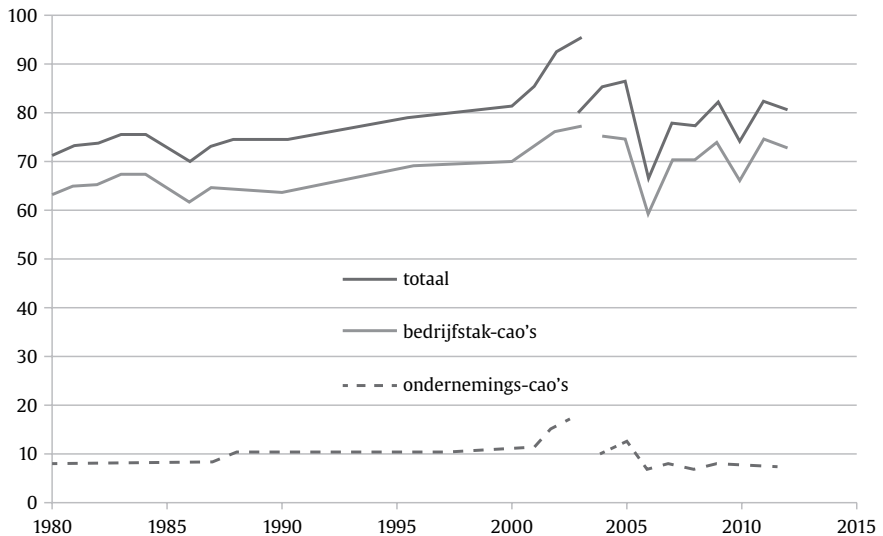
Bron: rapportage Cao-afspraken 2015, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Het aantal cao's in de periode van 2009-2016 laat een wisselend beeld zien. Soms stijgt het aantal cao's ten opzichte van voorgaande jaren en soms is sprake van een daling. Opvallend is dat in 2016 het aantal werknemers dat onder een cao valt weer is gestegen ten opzichte van 2015. Ook bezien over een langere periode, dat wil zeggen vanaf de jaren '80 tot 2012, kan niet worden gesproken van een daling van de dekkingsgraad van cao's. De dekkingsgraad lag in de periode tussen 1980 en 2012 tussen de 70% en 85%.

61 Zie o.a.: M. Visser, 'Einde cao dreigt', *De Telegraaf* 19 februari 2015; 'Werkgever twijfelt aan de cao', *De Telegraaf* 19 februari 2015.

62 Zie ook: N. Jansen, 'Ontwikkelingen in het arbeidsvoorwaardenoverleg', *TAO* 2015, afl. 3, p. 141-142 en M. Rojer, 'Cao of geen cao, dat is de vraag', *TRA* 2015/57.

Figuur 3: cao-dekkingsgraad (percentage werknemers) 1980-2012



Bron: CBS (StatLine), Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en P.T. de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 28.

Ad 2)

Uit figuur 3 blijkt overigens het belang van de bedrijfstak-cao. Al voor de Tweede Wereldoorlog was de cao die door één of meer werkgeversorganisaties werd afgesloten van grotere betekenis voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen dan de ondernemings-cao en dat is tot heden onveranderd gebleven. Ter illustratie: van de 1.236 op 1 juni 1937 geldende cao's werden er weliswaar 926 door één of meer werkgevers gesloten, maar die golden slechts voor 4.129 ondernemingen en ongeveer 90.000 werknemers terwijl daartegenover 315 cao's stonden die door één of meer werknemersverenigingen waren aangegaan en die golden voor ongeveer 40.000 ondernemingen en 195.000 werknemers.⁶³ In 2004 vielen ongeveer zes miljoen werknemers onder een cao, van wie bijna 5,4 miljoen onder een bedrijfstak-cao en slechts 700.000 onder een ondernemings-cao.⁶⁴ In 2016 vielen ongeveer 5 miljoen van de 5,5 miljoen werknemers die onder een cao vielen onder een bedrijfstak-cao.⁶⁵

63 L.G. Kortenhorst & Mac M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 51.

64 F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 99.

65 Ministerie van SZW (2016), *cao-afspraken 2016*, p. 155-157.

Figuur 4: Aantallen ondernemings- en bedrijfstak-cao's en cao-werknemers in de periode 2004-2014

Jaar	Aantal ondernemings-cao's (aantal werknemers)		Aantal bedrijfstak-cao's (aantal werknemers)		Totaal aantal cao's (aantal werknemers)	
2004	564	(716.000)	195	(5.336.000)	759	(6.052.000)
2005	574	(859.000)	174	(5.307.000)	748	(6.166.000)
2006	402	(897.500)	136	(3.916.500)	538	(4.814.000)
2007	517	(588.000)	198	(5.220.000)	715	(5.808.000)
2008	524	(543.000)	192	(5.320.500)	716	(5.863.500)
2009	558	(594.500)	190	(5.555.000)	748	(6.149.500)
2010	521	(574.100)	188	(5.798.000)	709	(6.372.100)
2011	503	(531.000)	186	(5.597.500)	688	(6.128.500)
2012	504	(550.500)	196	(5.452.000)	700	(6.002.500)
2013	491	(534.500)	183	(5.419.000)	674	(5.953.000)
2014	519	(553.500)	182	(5.341.500)	701	(5.895.000)

Bron: M. Rojer, 'Cao of geen cao, dat is de vraag', *TRA* 2015/57, p. 12; Voorjaarsrapportages cao-afspraken 2004-2010; Rapportages Cao-afspraken 2011-2014; Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De ondernemingsraad lijkt wel een steeds grotere rol te spelen op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming. In elk geval wordt onder arbeidsrechtjuristen de roep om een prominenter rol van ondernemingsraden bij de arbeidsvoorwaardenvorming luider.⁶⁶ In de rechtspraak is ook waarneembaar dat overeenkomsten met de ondernemingsraad over arbeidsvoorwaarden in de (rechts)praktijk aan belang winnen. In 2012 oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld dat een ondernemer rechtsgeldige overeenkomsten kan sluiten met zijn ondernemingsraad over (primaire arbeidsvoorwaarden).⁶⁷ In 2013 en 2014 oordeelden respectievelijk het Hof 's-Hertogenbosch en het Hof Amsterdam dat afspraken met de ondernemingsraad, die hun grondslag vinden in een cao, de leden van een cao-partij rechtstreeks kunnen binden.⁶⁸ In 2017 oordeelde de kantonrechter te Rotterdam – kort gezegd – dat de redelijkheid en billijkheid meebrachten dat een ondernemingsovereenkomst waarin afspraken waren gemaakt over arbeidsvoorwaarden, maar die strijdig waren met de cao, toch prevaleerde boven de cao en overwoog de kantonrechter Roermond dat een wijziging van de arbeidsvoorwaarden waarmee de ondernemingsraad akkoord is gegaan, kan kwalificeren als tweezijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden waarop de toets

66 I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4; M.A. de Blécourt e.a., 'Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Kluwer: Deventer 2014, p. 209. Zie ook: Uit een ledenenquête van AWWN uit 2017 volgt dat ruim 60% van de respondenten de voorkeur geeft aan onderhandelingen met de ondernemingsraad. *Resultaten ledenenquête 2017 AWWN trends en ontwikkelingen HR 2017* (AWVN november 2017), Den Haag: AWWN 2017 (online publiek), p. 16.

67 Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012 (Mercedes Benz), ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5363.

68 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, *JAR* 2014/13 en Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2014, *RAR* 2014/88.

van 7:613 BW niet van toepassing is.⁶⁹ In hoofdstuk 8 ga ik uitgebreid in op de rolverdeling tussen vakbonden en ondernemingsraden bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

Ad 3)

De periode vanaf 1982 wordt ook wel getypeerd als een periode van 'georganiseerde decentralisering', vanwege de belangrijke coördinerende rol van de Stichting van de Arbeid, alsmede de sterke interne coördinatie en samenwerking binnen de sociale partners.⁷⁰ Tros, Albeda en Dercksen merken daarover op dat ook na het vrijgeven van de loonvorming, vakbonden sterk vasthielden aan centrale coördinatie omdat decentralisatie op gespannen voet staat met de historische en strategische grondslag en organisatie van de vakbeweging in Nederland.⁷¹ Hoewel 1982 wordt gezien als belangrijk startpunt van de trend van decentralisering in de Nederlandse arbeidsverhoudingen en de arbeidsvoorwaardenvorming, stonden de jaren '80 met name in het teken van een terugtrekkende overheid. Vanaf de jaren '90 werd decentralisering in de arbeidsverhoudingen meer werkelijkheid.⁷² In 1993 kwamen werkgevers- en werknemersorganisaties in de Stichting van de Arbeid overeen dat het overleg over arbeidsvoorwaarden tot in elk geval het begin van deze eeuw in het teken van maatwerk en diversiteit diende te staan.⁷³ In een publicatie van de Stichting van de Arbeid van 16 december 1993 met de titel 'Een nieuwe koers, agenda voor het cao-overleg 1994 in het perspectief van de middellange termijn' is hierover het volgende opgemerkt: "Zowel de behoeften van ondernemingen als die van werknemers zullen leiden tot meer differentiatie van en keuzemogelijkheden binnen regelingen. Het inspelen op die veranderende behoeften van werknemers en ondernemingen moet positief beoordeeld worden en kan bijdragen aan economische groei, groei van werkgelegenheid en vergroting van de arbeidsparticipatie."⁷⁴ Verder is in de publicatie van de Stichting van de Arbeid opgemerkt dat de wederzijdse behoefte aan differentiatie en maatwerk in sommige bedrijfstakken zal leiden tot meer globale en/of minder regels in collectieve arbeidsovereenkomsten die dan – zo nodig – op ondernemingsniveau nader ingevuld kunnen worden, dat cao-partijen zelf – afhankelijk van specifieke onderwerpen – kunnen beslissen of die nader invulling zal plaatsvinden via overleg met de vakorganisaties of bijvoorbeeld via overleg met de ondernemingsraad en dat de tendens van toenemende decentralisatie en differentiatie ertoe kan leiden dat vakorganisaties zich ook op ondernemingsniveau meer willen manifesteren.⁷⁵ De Beer heeft evenwel terecht opgemerkt dat de FNV – als belangrijkste vakcentrale – nog steeds jaarlijks een maximale looneis formuleert die als uitgangspunt dient voor cao-onderhandelingen op sector- en ondernemingsniveau en dat gelet op de beperkte loonstijgingen, deze centrale looneis niet aan betekenis verloren

69 Ktr. Rotterdam 6 april 2016 (APM), ECLI:NL:RBOT:2016:2458 en Rb. Limburg 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12159.

70 F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 91.

71 Idem.

72 Idem, p. 93.

73 'Een nieuwe koers: agenda voor het cao-overleg 1994 in het perspectief van de middellange termijn' (16 december 1993, 93/9), Den Haag.

74 Idem, p. 4.

75 Idem, p. 9 en 10.

heeft.⁷⁶ Dit neemt niet weg dat de vakcentrale CNV hiervan wel is afgestapt. In 2016 stelde Piet Fortuin, voorzitter van CNV vakmensen, in een interview in het Financieel Dagblad dat CNV geen centrale looneis meer stelt. “Het is niet meer van deze tijd om vanuit een ivoren toren een looneis te stellen.”, aldus Piet Fortuin.⁷⁷

Ad 4)

Volgens De Beer zijn er geen aanwijzingen dat het belang van centrale coördinatie afneemt. In de afgelopen twintig jaar kwam de feitelijke stijging van de cao-lonen gemiddeld 0,6% procent per jaar lager uit dan de centrale looneis van de FNV en is geen sprake van een grotere spreiding in de lonen tussen sectoren.⁷⁸ “De Spreiding in de contractloonstijging tussen sectoren, berekend op basis van de variantie of de variatie coëfficiënt (variantie gedeeld door gemiddelde), vertoont geen stijgende, maar eerder een licht dalende trend.”, aldus De Beer.⁷⁹ Uit cijfers van het CBS blijkt evenwel dat vanaf 2000 de loonontwikkeling van de tien belangrijkste sectoren wel degelijk uiteen is gaan lopen. De gemiddelde loonstijging lag in Nederland in de periode van 2000 tot 2012 rond de 30%. In de zorgsector bedroeg deze stijging ruim 34% terwijl de loonstijging in de horeca lager lag, namelijk slechts 24%.⁸⁰ Overigens merkt De Beer terecht op dat de loonontwikkeling slechts een van de arbeidsvoorwaarden is waarover in cao's wordt onderhandeld, maar ik ben met hem van mening dat er weinig reden is aan te nemen dat andere arbeidsvoorwaarden sterker uiteen lopen dan bij de loonontwikkeling het geval is.⁸¹

76 P.T de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 28.

77 J. Leupen, 'vakbond cnv vindt een looneis vanuit de ivoren toren niet meer van deze tijd', *FD* 16 september 2016.

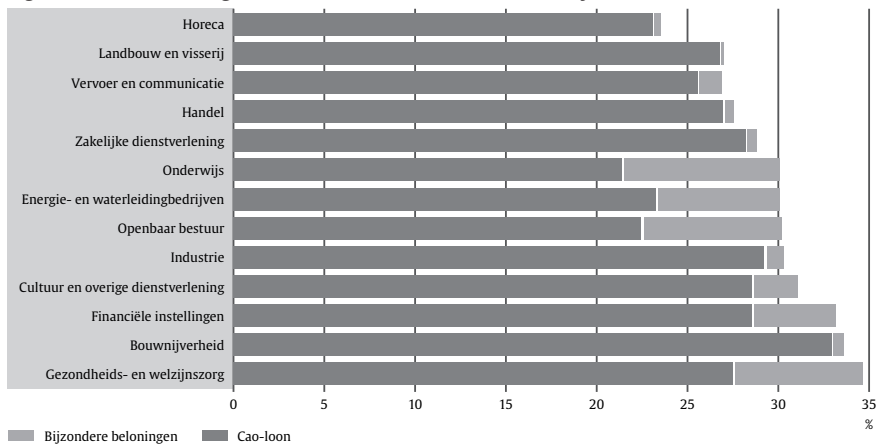
78 P.T de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 28 en P.T. de Beer, 'Afbrokkelende legitimiteit van het poldermodel', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 87.

79 P.T de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 28.

80 CBS Centraal Bureau voor de Statistiek, Sociaaleconomische trends, september 2013/02, p. 5.

81 P.T. de Beer, 'Afbrokkelende legitimiteit van het poldermodel', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 87.

Figuur 5: ontwikkeling cao-lonen in 2000-2012 naar bedrijfstak



Bron: CBS Centraal Bureau voor de Statistiek, Sociaaleconomische trends, september 2013/02

Concluderend kan gezegd worden dat van decentralisering in het arbeidsvoorwaardenoverleg wel iets, maar nog niet zo heel veel terecht is gekomen, in die zin dat het belang van cao's is afgenomen, significant meer cao's op ondernemings-cao worden gesloten en vakcentrales minder centraal sturen. De trend van decentralisering heeft er wel toe geleid dat vanaf de midden jaren '90 cao's meer kaderscheppend zijn geworden voor nadere uitwerking van allerhande regelingen op decentraal niveau. In diverse bedrijfstakken laten cao's steeds meer ruimte voor bedrijven, ondernemingsraden en werknemers om af te wijken van cao-bepalingen, cao's nader in te vullen of met instemming van de ondernemingsraad nadere afspraken te maken. Cao's met zogenoemde gedecentraliseerde overlegstructuren worden wel raam-cao's genoemd. Een andere structurele modernisering van de cao is de introductie van de zogenoemde cao 'a la carte' met als doel individuele werknemers meer keuzevrijheid te geven in de arbeidsvoorwaarden. Cao's bevatten steeds vaker keuzemenu's voor werknemers om zelf het arbeidsvoorwaardenpakket in te vullen. Met de komst van raam-cao's en 'a la carte'-cao's passen cao's zich aan de trend van decentralisering aan. De strategie van vakbonden is erop gericht meer mogelijkheden voor werkgevers en werknemers te creëren om te komen tot een pakket aan arbeidsvoorwaarden dat beter aansluit bij de wensen van de individuele werknemer en de onderneming, waarmee het draagvlak van cao-afspraken kan worden versterkt, maar wel met behoud van de regie op centraal en bedrijfstakniveau.

2.3.4 Cao-onderwerpen

De definitie van artikel 1 lid 1 Wet Cao laat ruimte bij cao ook andere onderwerpen te regelen dan arbeidsvoorwaarden. Over een overeenkomst die louter bepalingen bevat ten aanzien van onderwerpen die verband houden met arbeidsvoorwaarden, maar dat zelf niet zijn, oordeelde de Hoge Raad in het Van Velden-arrest dat een dergelijke overeenkomst als cao

kan kwalificeren.⁸² In de praktijk bevatten cao's dan ook bepalingen over niet alleen loon en arbeidsvoorwaarden, maar over allerlei onderwerpen die te maken hebben met sociaal beleid zoals: het opleidingsbeleid, het bevorderen van werkgelegenheid voor kwetsbare groepen, loopbaan- en mobiliteitsbeleid en duurzame inzetbaarheid. Gezegd kan worden dat bij cao alle onderwerpen geregeld kunnen worden die liggen op het terrein waarop vakorganisaties elkaar kunnen ontmoeten in het kader van hun belangenbehartigende taak en verband houden met arbeidsvoorwaarden.⁸³ De grenzen van dit terrein worden aldus bepaald door de opvattingen van cao-partijen over hun belangenbehartigende taak, die in de loop van de tijd wijziging kunnen ondergaan.⁸⁴ In het licht hiervan is de verwachting gerechtvaardigd dat een cao op ondernemingsniveau andere onderwerpen zal bevatten dan een cao op bedrijfstakniveau. De Wet Cao laat ruimte voor deze verschillen. Cao-bepalingen kunnen overigens in drie categorieën worden onderverdeeld. In de literatuur worden cao-bepalingen die de rechtsverhouding tussen cao-partijen regelen getypeerd als obligatoire cao-bepalingen. Cao-bepalingen die gelden tussen leden van de ene cao-partij ten opzichte van de andere cao-partij worden diagonale cao-bepalingen genoemd en cao-bepalingen die betrekking hebben op de verhouding tussen individuele werkgevers en werknemers zijn horizontale of normatieve cao-bepalingen.⁸⁵

Mede in verband met de opkomst van het collectief overleg is in het arbeidsrecht historisch gegroeid dat op het terrein van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden door de wetgever veel wordt overgelaten aan de verantwoordelijkheid van bijvoorbeeld cao-partijen. Deze ontwikkeling geeft niet alleen aanleiding voor de wetgever om steeds na te gaan of het evenwicht tussen bijvoorbeeld dwingend, driekwartdwingend en semi-dwingend recht nog passend is, maar stelt de wetgever ook voor de vraag in hoeverre het wenselijk is dat aan sociale partners de mogelijkheid wordt geboden ten aanzien van arbeidsrechtelijke onderwerpen tot zelfregulering te komen, alvorens de wetgever dat doet of mogelijk in plaats van de wetgever.⁸⁶ Een vorm van (mede door de overheid geïnitieerde) zelfregulering is het overleg tussen sociale partners (en overheid) binnen de Stichting van de Arbeid met als doel aanbevelingen aan cao-partijen te doen met betrekking tot de nadere uitwerking in cao's van onderwerpen van sociaal beleid. In het Nederlandse

82 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5525.

83 Zie ook: noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, AA 1978, p. 301; R.A.A. Duk, 'de Hoge Raad en fondsenbepalingen', SMA 1988, afl. 3, p. 205; E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeversbedrijf 1972, p. 1059; W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 23. Verhulp is van mening dat de Wet Cao a priori geen definitieve grenzen stelt aan de inhoud van een cao en stelt zich op het standpunt dat het in de praktijk vaak zo zal zijn dat naarmate onderwerpen die in het kader van de cao-onderhandelingen aan de orde worden gesteld, verder verwijderd raken van de kern van de cao, te weten arbeidsvoorwaardenbepalingen, er minder kans is dat partijen met betrekking tot die onderwerpen tot overeenstemming zullen komen in een cao. Praktisch leidt dit volgens Verhulp tot het gevolg dat de grenzen bepaald worden door de mogelijkheid voor onderhandelende partijen haar wensen tot regeling van een onderwerp in de cao door te zetten. Zie: E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst, losbladig*, Kluwer, artikel 1 Wet Cao, aant. 4.

84 Noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, AA 1978, p. 300.

85 M.G. Levenbach, 'Opmerkingen over de collectieve arbeidsovereenkomst', in: M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951 en P.W. Kamphuisen, *De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers 1956.

86 *Kamerstukken II 1996/97*, 25426, 1, p. 7.

systeem van arbeidsvoorwaardenvorming ontbreekt een eenduidige, scherpe en consequent beargumenteerde afbakening tussen verantwoordelijkheden van wetgever enerzijds en sociale partners (en ondernemingsraden) anderzijds.⁸⁷ Inherent daaraan is dat telkens weer gezocht wordt naar complementariteit van beleid van de overheid en zelfregulering door sociale partners. Daar waar het gaat om de behartiging van publieke belangen, wordt de overheid voor de vraag gesteld welke vorm of vormen de overheidsbemoeienis dient of dienen te krijgen en het overleg met sociale partners is daarbij een belangrijk instrument. In verband hiermee verdient opmerking dat in cao's niet alleen afspraken worden gemaakt over lonen en andere primaire arbeidsvoorwaarden, maar dat in cao's tal van afspraken voorkomen die hun basis vinden in het overheidsbeleid, zoals afspraken over scholing, bovenwettelijke uitkeringen, arbeidsomstandigheden en pensioenen.⁸⁸ De afstemming van overheidsbeleid met sociale partners biedt bovendien mogelijkheden voor uitruil van arbeidsvoorwaarden. Denk aan de loonmatiging in ruil voor werktijdverkorting uit het Akkoord van Wassenaar. Indien in cao's geen concrete invulling meer wordt gegeven aan overheidsbeleid of wanneer in cao's de uitgangspunten van het overheidsbeleid worden gecompenseerd, neemt het belang van het overleg met sociale partners af als instrument voor de overheid voor het realiseren van overheidsbeleid.⁸⁹

2.3.5 Zelfstandigen

In het vorige hoofdstuk stipte ik reeds aan dat de toename van zelfstandigen op de arbeidsmarkt cao-partijen en het cao-overleg voor uitdagingen plaatst. Een toename van het aantal zelfstandigen op de arbeidsmarkt brengt mee dat het regelingsbereik van cao's afneemt⁹⁰ en dat cao's (en werknemers die onder het bereik van een cao vallen) tegelijkertijd worden blootgesteld aan concurrentie op arbeidsvoorwaarden door zelfstandigen. Op grond van artikel 1 lid 2 Wet Cao kan een cao ook arbeidsvoorwaarden – en daaraan aanverwante onderwerpen – bevatten, bij overeenkomsten van opdracht of aannemingen van werk in acht te nemen. Artikel 1 lid 2 Wet Cao brengt mee dat personen die in een onderneming zonder arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, onder het cao-regime kunnen worden gebracht door de werkingssfeer van de cao tot deze groepen werkenden uit te breiden of dat in de cao enkele bepalingen worden opgenomen die bijvoorbeeld zelfstandigen betreffen. Denk daarbij aan minimumtarieven voor zelfstandigen.⁹¹ In de praktijk vindt

87 *Kamerstukken II* 2001/02, 9, p. 2 en 3.

88 Zie hierover onder meer: M. van Santen, 'Doorwerking in de breedte. De doorwerking van 'Agenda 2002' in de teksten van decentrale beleidsnota's en cao-akkoorden in 1989 en 1999.', *Tijdschrift voor Beleid, Politiek en Maatschappij* 2002, afl. 4, p. 203 t/m 2017 en P.T. de Beer, 'Afbrokkende legitimiteit van het poldermodel', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 85 en 86.

89 P.T. de Beer, 'Afbrokkende legitimiteit van het poldermodel', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 85.

90 Aannemelijk is immers dat veel zelfstandigen als werknemer actief zou zijn op de arbeidsmarkt indien zij niet als ondernemer actief zouden zijn. Zie: *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Rijks-overheid april 2015, p. 48.

91 Zie over dit onderwerp ook en uitgebreider: N. Jansen, 'Collectief onderhandelen en organiseren', in: J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Kluwer 2018.

regulering van arbeids- en werkgelegenheidsvoorwaarden van zelfstandigen in cao's met name plaats doordat sociale partners ten aanzien van zelfstandigen specifieke bepalingen in cao's opnemen. In de cao besloten busvervoer 2016-2018 is bijvoorbeeld bepaald dat het de vervoerder is verboden besloten busvervoer te verrichten met chauffeurs die niet bij hem in dienstbetrekking zijn en de cao voor architectenbureaus 2015-2017 bevatte bepalingen over minimumtarieven voor zelfstandigen. Het doel van deze bepalingen is niet altijd duidelijk. Soms strekken de bepalingen ter bescherming van de positie van zelfstandigen, soms alleen ter bescherming van werknemers en soms streven bepalingen beide doelen na. Over bijvoorbeeld minimumtarieven in cao's kan worden gezegd dat deze bepalingen in het belang van zelfstandigen zijn omdat zij bijdragen aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden (loon) van zelfstandigen en erop (kunnen) zijn gericht hen een zeker bestaansminimum te garanderen, maar tegelijkertijd beperkt een minimumtarief de concurrentie op loon naar beneden en dat is (mede) in het belang van werknemers omdat het een *race to the bottom* op arbeidsvoorwaarden voorkomt.

Van organisatie zijn zelfstandigen niet zonder meer afkerig. Zoals eerder aangestipt in hoofdstuk 1 bestaan er verschillende organisaties van zelfstandigen. De belangenbehartiging van zelfstandigen door deze organisaties uit zich echter niet zozeer via het collectief overleg, maar veelal via lobby en voorlichting. Opdrachtgevers of verenigingen van opdrachtgevers en zelfstandigen blijken in de praktijk nauwelijks cao's of andersoortige overeenkomsten te sluiten over arbeids- of werkgelegenheidsvoorwaarden. Organisaties van zelfstandigen zijn ook verdeeld over het antwoord op de vraag of het wenselijk is dat in cao's voor zelfstandigen bijvoorbeeld minimumtarieven worden opgenomen. FNV Zelfstandigen⁹² is een voorstander van minimumtarieven als dat noodzakelijk is voor een duurzaam gezonde markt, terwijl ZPO van mening is dat een minimumtarief het ondernemerschap om zeep helpt.⁹³

Het mededingingsrecht is overigens een belangrijke beperkende factor ten aanzien van de regulering van de positie van zelfstandigen in cao's. Op grond van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie laat het mededingingsrecht toe dat ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden- en arbeidsomstandigheden van werknemers door werkgevers- en werknemersorganisaties cao's worden aangegaan.⁹⁴ Deze cao-exceptie is ook van toepassing wanneer het cao-bepalingen betreft met betrekking tot zogenoemde schijnzelfstandigen.⁹⁵ Schijnzelfstandigen zijn volgens het Hof dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers.⁹⁶ Uit de rechtspraak van het Hof vloeit verder voort dat de cao-exceptie niet van toepassing is op collectieve overeenkomsten die niet door werkgevers- en werknemersorganisaties zijn aangegaan⁹⁷ of op cao's (of cao-bepalingen) die weliswaar zijn aangegaan door werkgevers- en werknemersorganisaties, maar tot doel hebben de rechtspositie van

92 Per 1 februari 2017 gefuseerd met FNV.

93 Zie bijvoorbeeld: 'Minimumtarief helpt ondernemerschap om zeep', persbericht van 31 januari 2017, www.zpo.nl.

94 HvJEG 21 september 1999, zaak C-67/96 (Albany); HvJEG 21 september 1999, zaak C-115-117/97 (Brentjes) en HvJEG 21 september 1999, zaak C-219/97 (drijvende Bokken).

95 HvJEG 4 december 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem).

96 HvJEG 4 december 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem), r.o. 31.

97 HvJEG 12 september 2000, zaak C-180/98 tot C-184/98 (Pavlov).

zelfstandigen te verbeteren.⁹⁸ Er bestaat onduidelijkheid over de toelaatbaarheid van cao's onder het mededingingsrecht die de rechtspositie van zelfstandigen betreffen met het doel de positie van werknemers te beschermen. Wanneer de bescherming van de huidige en toekomstige werkgelegenheid van werknemers wordt nagestreefd met minimumtarieven voor zzp'ers, kan dat naar mijn mening worden aangemerkt als een rechtstreekse verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers.⁹⁹ Het moet dan wel gaan om het daadwerkelijk voorkomen van *social dumping*. In zijn conclusie voor het arrest FNV/Kiem heeft A-G Wahl opgemerkt dat het voorkomen van *social dumping* een doel is dat legitiem kan worden nagestreefd door een collectieve overeenkomst die bepalingen bevat die zien op zelfstandigen.¹⁰⁰ Het standpunt van de Autoriteit Consument & Markt is echter dat in cao's geen tariefafspraken voor zzp'ers kunnen worden gemaakt, ongeacht welk doel met die tariefafspraken wordt nagestreefd.¹⁰¹ De vormgeving van het mededingingsrecht lijkt vakbonden voor een moeilijk dilemma te stellen. Voor en in het belang van werknemers is op collectief gebied meer mogelijk dan voor en in het belang van zelfstandigen. Als een vakbond voor zelfstandigen wil opkomen in het collectieve overleg dan stuit een vakbond op de beperkingen die het mededingingsrecht meebrengt. Tegelijkertijd vraagt het belang van werknemers in sommige sectoren om bepalingen over bijvoorbeeld minimumtarieven voor zelfstandigen. Deze omstandigheden leiden ertoe dat in het cao-overleg wordt gesproken over zelfstandigen zonder dat zij zelf rechtstreeks vertegenwoordigd worden en vanuit representatief oogpunt is dit geen wenselijke situatie.

In 2016 verzocht de vaste commissie voor Economische Zaken in opdracht van de Tweede Kamer om *position papers* te laten opstellen over de passendheid en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot de groei van het aantal zzp'ers. De commissie heeft zichzelf de vraag gesteld in hoeverre de Mededingingswet en het kartelverbod de positie van zzp'ers verzwakken en die van de opdrachtgever versterken en of de Mededingingswet nog past in het huidige 'bedrijvenland'.¹⁰² In andere Europese landen zoals Denemarken en het Verenigd Koninkrijk mogen zzp'ers onderling wel prijsafspraken maken. De Deense artiestenvakbond en de Britse Musicians Union hebben bijvoorbeeld beide een uitzonderingspositie voor collectief onderhandelen voor andere werkenden dan werknemers.¹⁰³

2.4 Ter afsluiting

In het Nederlandse overlegmodel – en dat in overige Europese landen met corporatistische kenmerken, bestaat steeds een spanningsrelatie tussen *the logic of influence* en *the logic of membership*.¹⁰⁴ *The logic of influence* houdt in dat vakbonden zoveel mogelijk proberen het overheidsbeleid te beïnvloeden door op nationaal niveau met centrale

98 HvJEG 4 december 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem).

99 Zie ook: Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 11 september 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem), r.o. 74 t/m 79.

100 Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 11 september 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem), r.o. 74 t/m 79.

101 *Leidraad tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, ACM 24 februari 2017. Zie ook: L.G. Verburg, 'Werken in netwerken', position paper van 31 januari 2017, p. 9 en 10.

102 *Kamerstukken II 2016/2017*, 31311, 117.

103 *Kamerstukken II 2016/2017*, 31311, 117.

104 P. de Beer, 'Stort de vakbeweging in? Tijd om te kiezen', *Zeggenschap* 2011/3, p. 18-21.

werkgeversorganisaties en de overheid naar compromissen te zoeken. Het werk van de Nederlandse vakbeweging concentreerde zich in de jaren na de Tweede Wereldoorlog veelal op de beïnvloeding van het nationaal beleid. Illustratief voor die periode is de oprichting van de Stichting van de Arbeid, de steun van de vakbeweging aan de Wet op de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en de centraal geleide loonpolitiek. In de jaren '60 en '70 verschoof het zwaartepunt van het werk van de vakbeweging evenwel naar de belangenbehartiging van leden (*logic of membership*) in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Illustratief voor deze periode is bijvoorbeeld het vrijgeven van de loonvorming. De profilering van vakbonden bracht een zekere confrontatie met werkgevers en de overheid mee, wat de totstandkoming van overeenkomsten en de samenwerking met de overheid en werkgevers moeilijker maakte.¹⁰⁵ Het Akkoord van Wassenaar betekende het begin van een nieuwe periode waarin *the logic of influence* weer dominant was. Weinig profilering in die periode heeft echter geleid tot onduidelijkheid bij de achterban met betrekking tot de toegevoegde waarde van vakbonden, hetgeen de aantrekkingskracht om lid te worden heeft beperkt en de vakbeweging in een negatieve spiraal heeft gebracht van onzichtbaarheid en marginalisering.¹⁰⁶ Onder druk van een afnemende organisatiegraad lijkt de vakbeweging thans weer meer nadruk te leggen op de directe belangenbehartiging in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Wanneer vakbonden zich meer laten leiden door *the logic of membership* is zij herkenbaarder voor haar leden, maar het overleg met de overheid en de werkgevers krijgt minder gewicht. Opmerking verdient dat de Nederlandse vakbeweging nooit een duidelijke keuze tussen beide organisatieprincipes heeft gemaakt. De Beer spreekt over een slingerbeweging en dat typeert goed hoe binnen de Nederlandse vakbeweging dan weer de *the logic of influence* en dan weer de *logic of membership* dominant is. Volgens De Beer is *the logic of membership* thans de dominante strategie van veel vakbonden. Dit standpunt van De Beer verdient nuancering. In 2013 sloten sociale partners met het kabinet immers nog een belangrijk akkoord over de hervorming van de arbeidsmarkt dat door de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zelfs werden getypeerd als hernieuwde samenwerking in de polder (zie paragraaf 2.2.9). In dit kader verdient ook opmerking dat enkele FNV-prominenten in 2017 openlijk de keuze van de FNV hekelden voor het sluiten van Haagse akkoorden van de afgelopen jaren.¹⁰⁷ Volgens deze prominenten dient de vakbond weer te staan voor zijn leden en moet de focus van FNV in 2017 worden verlegd naar de werkvloer en de strijd voor goede arbeidsvoorwaarden en stevige cao's.

105 F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 34 en P. de Beer, 'Stort de vakbeweging in? Tijd om te kiezen', *Zeggenschap* 2011/3, p. 18-21.

106 Idem.

107 J. Leupen, 'Onverede binnen FNV over 'gepolder' zonder draagvlak', *FD* 16 januari 2017.

HOOFDSTUK 3

Belangenbehartiging en representativiteit: algemeen deel

3.1 Inleiding

Cao's gelden in de praktijk voor een grotere groep werkenden dan alleen leden van een vakbond. Dit roept de vraag op hoe zit het met de belangenbehartiging van die grotere groep wanneer vakbonden zich in het cao-overleg (vooral of primair) richten op de belangen van leden. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk bespreek ik dat vakbonden, hoewel het ledenorganisaties zijn die in beginsel opkomen voor de belangen van hun leden, de belangenbehartiging van niet-leden mede – en afhankelijk van de doelstelling van de vakbond in meer of mindere mate – tot hun taak rekenen. Die dubbele taakstelling hoeft niet problematisch te zijn wanneer het ledenbestand van de vakbond een representatieve afspiegeling vormt van de groep werkenden voor wie de vakbond een cao afsluit. De belangenbehartigende taken lopen dan parallel. Problematisch kan het worden als het ledenbestand van een vakbond geen goede afspiegeling (meer) vormt van de groep werknemers van wie hij de belangen beoogt te behartigen en dus niet (meer) representatief is. Beide taakstellingen lopen dan immers niet meer parallel en dat kan in het cao-overleg ten koste gaan van de belangen van niet-leden. Wanneer de belangen van een grote groep werkenden onvoldoende behartigd worden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, kan dat negatieve gevolgen hebben voor het draagvlak van cao's waardoor de waarde van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming onder druk komt te staan. In het licht hiervan kan gezegd worden dat de representativiteit van vakorganisaties een belangrijke voorwaarde is voor een goed functionerend cao-stelsel. In het tweede deel van dit hoofdstuk staat het begrip representativiteit centraal. Ik ga op zoek naar een bruikbare begripsomschrijving, analyseer een aantal cijfers met betrekking tot de organisatiegraad en sluit dit hoofdstuk af met een verkennend onderzoek naar in nationale wet- en regelgeving gebruikte criteria die verband houden met de representativiteit van (werknemers)organisaties.

3.2 Belangenbehartiging van niet-leden

3.2.1 *Financiering*

Door leden betaalde contributies vormen een belangrijke basis voor de financiering van vakbondsactiviteiten. Deze contributies zijn evenwel niet voldoende voor de volledige financiering. De contributies worden aangevuld met een werkgeversbijdrage, het zogenoemde vakbondstientje. Vanaf de jaren '60 van de vorige eeuw stelden vakbonden zich

bij de onderhandelingen over cao's steeds vaker op het standpunt dat werkgevers een financiële bijdrage zouden moeten leveren aan het vakbondswerk. De vakbonden richtten zich aanvankelijk op directe bevoordeling van de leden door middel van zekere financiële aanspraken voor leden. De motivering van vakbonden hiervoor was dat georganiseerde werknemers het vakbondswerk mogelijk maakten, terwijl dit werk niet alleen in het belang van de georganiseerde werknemers was, maar in het belang van alle werknemers. Bovendien zou het vakbondswerk ten goede komen "aan meer algemene belangen van de Nederlandse volkshuishouding in haar geheel en aan die van de verschillende bedrijfstakken en ondernemingen afzonderlijk".¹ Werkgevers erkenden de waarde van het vakbondswerk, maar stonden afwijzend tegenover rechtstreekse bevoordeling van georganiseerde werknemers omdat het zou leiden tot ongelijkheid binnen de onderneming en ongewenste (indirecte) organisatiedwang.²

Nadat de president van Rechtbank 's-Gravenhage in 1966 een staking met als inzet de bevoordeling van vakbondsleden als onrechtmatig beoordeelde onder verwijzing naar voornoemde bezwaren van werkgevers,³ verlegden de vakbonden de aandacht van rechtstreekse bevoordeling van individuele leden naar financiële bijdrage van werkgevers aan het werk van de bonden zelf. Het een en ander leidde ertoe dat in de jaren na 1966 in veel cao's bijdrageregelingen werden opgenomen ter financiering van onder meer het vakbondswerk.⁴ Tussen de Algemene Werkgevers Vereniging (voorloper van AWWN) en de industriebonden van FNV en CNV werd een overeenkomst gesloten over een werkgeversbijdrage.⁵ Uit de considerans van deze overeenkomst blijkt dat de AWWN bereid was tot deze overeenkomst op voorwaarde dat de overeenkomst zou worden gezien als:

- I) een erkenning door de deelnemende werkgevers van de waarde van het bestaan van een goed georganiseerd overleg; en
- II) een oplossing van het "probleem aan de voet" in die zin dat door de aan de regeling deelnemende werkgevers een bijdrage wordt verstrekt, mede bedoeld om aan vakbondsleden ten goede te komen, als erkenning van het feit dat de door de

1 Noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, AA 1978, p. 295.

2 In een advies van drie hoogleraren arbeidsrecht, W.F. de Gaaij Fortman, W.C.L. van der Grinten en G. Hekkelman, van oktober 1970 aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over de mogelijkheid tot verbindendverklaring van bijdrageregelingen concluderen voornoemde hoogleraren onder meer dat bijdrageregelingen alleen voor verbindendverklaring in aanmerking komen die zien op een vergoeding van werkzaamheden van de vakorganisaties in verband met arbeidsverhoudingen waarop de cao betrekking heeft en dat de bijdragen aan de vakorganisaties niet verder dienen te gaan dan betaling van duidelijke aanwijsbare kosten van de vakorganisaties ingevolge deze werkzaamheden. Verder mogen bijdrageregelingen niet leiden tot ongelijke behandeling tussen georganiseerden en ongeorganiseerden. Zie *Sociale fondsen in cao's: een onderzoek naar bijdrageregelingen in bedrijfstak-cao's* (in de reeks: Studies van cao's), Den Haag: het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987, bijlage 6.

3 Rb. (Pres.) 's-Gravenhage 10 februari 1966, NJ 1966, 148.

4 In 103 van de 192 ultimo 1985 bij de Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden bekende bedrijfstak-cao's was een bijdrageregeling opgenomen. Zie: *Sociale fondsen in cao's: een onderzoek naar bijdrageregelingen in bedrijfstak-cao's* (in de reeks: Studies van cao's), Den Haag: het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987, p. 26.

5 *Sociale fondsen in cao's: een onderzoek naar bijdrageregelingen in bedrijfstak-cao's* (in de reeks: Studies van cao's), Den Haag: het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987, bijlage 5.

vakbondsleden betaalde contributie gedeeltelijk mede ten behoeve van werknemers, die geen vakbondslid zijn, wordt besteed.”⁶

Werkgevers waren dus bereid een bijdrage te betalen aan vakbonden onder de voorwaarde dat zij ook opkomen voor de belangen van niet-leden.⁷ De overeenkomst – die voor vrijwel alle grote industriële ondernemingen ging gelden⁸ – bracht mee dat door werkgevers per werknemer 10 gulden werd betaald. Aan de hoogte van deze bijdrage dankt de regeling haar naam. De overeenkomst tussen AWWN en FNV en CNV heeft overigens steeds een beperkte looptijd. De huidige overeenkomst heeft een looptijd van een jaar en eindigt op 1 januari 2019. De bijdrage bedraagt thans € 20,31 per werknemer. De meeste cao's bevatten een bijdrageregeling maar het is goed op te merken dat bijdrageregelingen per bedrijf of branche verschillen. Veelal komen de uitgangspunten en doelen van de regelingen wel overeen. Het gaat er in de kern om dat werkgevers een bijdrage betalen om de bonden te compenseren voor het onderhandelen namens de groep werknemers (leden en niet-leden) die zij beogen te vertegenwoordigen. De bijdrageregeling van de AWWN bevat twee voorwaarden die van belang zijn voor werkgevers. In de eerste plaats mag de door de werkgevers betaalde bijdrage niet worden gebruikt voor storting in de weerstandkassen.⁹ Daardoor is verzekerd dat de bijdrage niet nadelig kan uitpakken voor werkgevers, in die zin dat zij zelf zorgdragen voor de financiering van tegen hen gerichte stakingen en andere acties. Daarnaast is in artikel 6 van de bijdrageregeling bepaald dat bonden in het cao-overleg zullen afzien van directe bevoordeling van leden, omdat de bijdrageregeling daarin al voorziet en meebrengt dat de bonden in het cao-overleg kunnen onderhandelen namens alle werknemers.¹⁰

In de literatuur bestaat kritiek op de bijdrageregeling omdat vakbonden cao's moeten afsluiten om de bijdrage te ontvangen. De onafhankelijkheid van vakbonden kan daarmee in het geding komen omdat bestuurders verleid kunnen worden akkoord te gaan met een cao vanwege de door werkgevers betaalde bijdrage.¹¹ Fase heeft opgemerkt dat de bijdrageregeling in feite meebrengt dat ongeorganiseerden zelf (indirect) aan het vakbondswerk meebetalen, omdat vakbonden bij de cao-onderhandeling een deel van de loonruimte opeisen voor het vakbondswerk.¹² In dit verband heeft Fase geopperd alle werknemers direct mee te laten betalen aan het vakbondswerk. “Als van iedere werknemer, ongeorganiseerd of niet, een geldelijke bijdrage wordt verlangd te betalen uit het loon, dan biedt dat duidelijke voordelen. De ongeorganiseerde voelt, dat wat in zijn

6 *Sociale fondsen in cao's: een onderzoek naar bijdrageregelingen in bedrijfstak-cao's* (in de reeks: Studies van cao's), Den Haag: het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987, bijlage 5.

7 Zie ook: A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners*, Deventer: Kluwer 2003, p. 174.

8 M. Wirtz, 'Het vakbondstientje', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 141.

9 Idem, p. 143.

10 Idem, p. 143.

11 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2005, p. 20; A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss.), Deventer: Kluwer 2004, p. 179-180; M. Wirtz, 'Het vakbondstientje', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 149.

12 W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5, p. 291-294.

belang wordt gedaan geld kost en niet uit de hemel valt, het relatieve voordeel dat hij op de contributie betalende vakbondsleden in te besteden loon heeft wordt kleiner en hij wordt geconfronteerd met het feit, dat zijn bijdrage geen, maar contributiebetaling wel zeggenschapsrecht geeft in het vakbondsbeleid.¹³ Fase achtte een denken in deze richting de moeite waard omdat de vakbond daarmee principieel beloofd wordt voor het werk dat zij altijd al voor alle werknemers doet. Ook De Beer heeft een verplichte cao-heffing voorgesteld, dat op hetzelfde uitgangspunt is gestoeld: iedereen die profiteert van de cao zou er financieel ook aan moeten bijdragen (zie ook hoofdstuk 9).¹⁴

Opmerking verdient dat op grond van artikel 2 lid 5 sub c van de Wet Avv cao-bepalingen die een ongelijke beloning van georganiseerden en ongeorganiseerden meebrengen, niet voor verbindendverklaring in aanmerking komen. Van een rechtstreekse bijdrage aan de vakbond (en dus niet via een voorziening aan een fonds¹⁵) kan gezegd worden dat deze niet voor verbindendverklaring in aanmerking komt, omdat een vakbond geld ontvangt dat alleen aan zijn leden ten goede komt en daarmee tot ongelijke beloning kan leiden. Deze ruime interpretatie van artikel 2 lid 5 sub c van de Wet Avv wordt ook door Wirtz verdedigd¹⁶ en is tevens terug te vinden in een advies van De Gaay Fortman, Van der Grinten en Hekkelman uit 1970.¹⁷ Een tegenovergesteld oordeel is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag uit 1970. De Rechtbank Den Haag overwoog als volgt: “Wat betreft het meer dan eens naar voren gebrachte bezwaar dat de verlangde werkgeversbijdrage een ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden zou teweegbrengen doordat de georganiseerden via hun vakbond van de verlangde werkgeversbijdrage profiteren, komt Ons de opvatting dat het leveren van een werkgeversbijdrage in kosten [...] discriminerend zou zijn t.o.v. de niet georganiseerde werknemers in de huidige constellatie moeilijk houdbaar voor. Zij trekt – omgekeerd – veeleer recht wat vakbondsleden te kort komen doordat zij tijd en geld spenderen aan zaken, waarvan de gehele bedrijfstak, met inbegrip van de niet-georganiseerden profiteert.”¹⁸ In het Toetsingskader AVV wordt evenwel de ruime interpretatie gevolgd. Bij artikel 2 lid 5 sub c BW is namelijk opgemerkt dat voorzieningen slechts voor verbindendverklaring in aanmerking komen, indien deze toegankelijk zijn voor alle werkgevers en werknemers die aan de relevante voorwaarden voldoen, ongeacht of zij lid zijn van een der partijen bij de cao.¹⁹ Een rechtstreekse bijdrage aan de vakbond (en dus niet via een voorziening aan een fonds) komt dus niet voor verbindendverklaring in aanmerking.

13 W.J.P.M. Fase, ‘Alleen voor leden?’, SMA 1987, afl. 5, p. 293.

14 P. de Beer, ‘Een verplichte bijdrage voor de cao’, in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 157.

15 Daarmee bedoel ik een fonds zoals omschreven in 6.2 van het Toetsingskader AVV en kort gezegd een doelstelling heeft dat binnen het regelingsbereik van de cao past, aan reglementaire eisen voldoet en openstaat voor alle medewerkers en niet beperkt tot alleen vakbondsleden.

16 M. Wirtz, ‘Het vakbondstientje’, in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 143.

17 W.F. de Gaay Fortman, W.C.L. van de Grinten en G. Hekkelman, Advies aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid inzake de mogelijkheid van algemeen verbindendverklaring van een bepaling in de c.a.o. voor de Meubelindustrie en de Meubileringsbedrijven, krachtens welke werkgever wordt verplicht bij te dragen in de kosten, verbonden aan bepaalde werkzaamheden van de vakraad alsmede van de werknemersorganisaties in genoemde bedrijfstak, oktober 1970.

18 Rb. 's-Gravenhage 13 februari 1970, NJ 1970/183, r.o. 29.

19 Paragraaf 4.3 Toetsingskader AVV.

De overeenkomst tussen werkgevers- en werknemersorganisaties over de bijdrage aan het vakbondswerk wordt ter discussie gesteld vanwege de afhankelijkheidsrelatie die deze overeenkomst met zich kan brengen.²⁰ Vragend gesteld: wordt de vakbond voor haar werkzaamheden niet te veel afhankelijk van de bijdrage van werkgevers? Ik verwijs in dit kader ter illustratie naar een artikel van Monsma uit 2013 waarin hij heeft opgemerkt te hebben meegemaakt dat een cao-onderhandelaar bij een vastgelopen cao door een leidinggevende toch nog eens op pad werd gestuurd om verder te onderhandelen omdat de inkomsten uit de werkgeversbijdrage nodig waren.²¹ Op grond van ILO-Verdrag nr. 98 dienen werkgevers- en werknemersorganisaties voldoende te worden beschermd tegen inmenging van en bij elkaar. Stege heeft opgemerkt dat de werkgeversbijdrage kan worden beschouwd als financiële steun waardoor de onafhankelijkheid van de vakorganisaties in het geding is.²² Volgens het *Committee of Experts* van de ILO is het gebruikelijk dat werkgevers bijdragen aan het werk van werknemersorganisaties of dat aan werknemersorganisaties bepaalde privileges toekomen, waardoor het risico van inmenging bestaat. Naar de mening van het *Committee* is dit niet bezwaarlijk voor zover dit niet tot effect heeft dat de werkgever de controle krijgt over een werknemersorganisatie of dat de ene vakbond wordt bevoordeeld boven een andere bond.²³ Wirtz heeft terecht opgemerkt dat het niet altijd duidelijk is hoe afhankelijk bonden van de werkgeversbijdrage zijn, omdat de financiële gegevens van vakbonden niet allemaal openbaar zijn. Een aantal jaarverslagen van vakbonden is wel openbaar. Uit het jaarverslag van het CNV van 2016 blijkt dat de ontvangen werkgeversbijdragen bijna € 13 miljoen bedroegen. Daartegenover stond bijna € 23 miljoen aan contributies (en andere bijdragen). Uit het jaarverslag van FNV Bondgenoten uit 2013 volgt dat de contributie-inkomsten in 2013 bijna € 75 miljoen bedroegen en de inkomsten uit fondsen en werkgeversbijdragen bijna € 27 miljoen. Sinds 2014 is FNV Bondgenoten gefuseerd met een aantal andere FNV-bonden en van de fusiebond zijn de jaarverslagen niet openbaar te raadplegen. Per bond bestaan uiteraard verschillen hoeveel van de inkomsten bestaan uit bijdragen en hoe zich die bijdrage verhoudt tot de contributie.²⁴ Indien het aantal vakbondsleden daalt (en daarmee de contributie-inkomsten voor de vakbeweging), kan er een moment komen dat vakbonden inderdaad te afhankelijk worden van het sluiten van cao's en daarmee van werkgevers. Gelet op de verhouding tussen contributie-inkomsten en werkgeversbijdrage uit 2013 van FNV Bondgenoten (3:1) en de actiebereidheid van onder meer de FNV,²⁵ lijkt van een afhankelijkheidsrelatie bij de FNV in elk geval nog geen sprake. Uit de omstandigheid dat veel cao's een werkgeversbijdrageregeling kennen, kan niettemin worden afgeleid dat werknemers- en werkgeversorganisaties van mening zijn dat vakbonden in het cao-overleg mede (moeten) opkomen voor de belangen van niet-leden. In hoofdstuk 9 kom ik terug op de bevoordeling van leden als middel om de

20 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 16.

21 F. Monsma, 'CAO voor de modewinkels is "game changer" voor polder', *feddemonmsma.nl* 2 september 2015.

22 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van sociale partners* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 354.

23 International Labour Conference 81st Session Geneva 1994, Freedom of association and collective bargaining, chapter IX, nr. 229.

24 Zie ook: M. Wirtz, 'Het vakbondstientje', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 148.

25 CBS 1 juni 2016, 'In 2015 hoogste aantal stakingen in negen jaar'.

werknemersbetrokkenheid bij het cao-overleg via een toename van het lidmaatschap van vakbonden te vergroten.

3.2.2 Statutaire doelstellingen

De statutaire doelstelling van een vakbond zegt iets over zijn opstelling in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Het nastreven van een bepaald doel is immers een van de belangrijkste kenmerken van de vereniging. “Geen vereniging heeft immers zin of kan ook maar bestaan, als dat bestaan niet gericht is op het in sterke of minder sterke mate samenwerken van de leden met een bepaald oogmerk.”, aldus Den Tonkelaar.²⁶ Het doel van een vereniging hoeft overigens niet ideëel te zijn. Het gaat bij het doel veelal om een aanduiding van het terrein waarop de werkzaamheden van de vereniging liggen. Uit eigen onderzoek²⁷ blijkt dat in de statuten van de grootste (of bij het grote publiek bekendste) Nederlandse vakbonden die ook verreweg de meeste cao's sluiten, is opgenomen dat zij zich inzetten voor de belangen van alle werknemers in een sector of beroep. Zij hebben zich statutair niet beperkt tot de belangenbehartiging van leden. Ter illustratie:

- Vereniging Federatie Nederlandse Vakbeweging:
*De FNV-vereniging stelt zich ten doel het in stand houden en uitbouwen van een democratische samenleving, in welke de vrijheid van onderhandelen van de vakbeweging van werkenden is gewaarborgd. De FNV-vereniging wil in het algemeen de materiële en immateriële belangen behartigen van werkenden. De FNV-vereniging behartigt in het bijzonder de belangen van haar leden, georganiseerd in sectorale afdelingen en netwerken.*²⁸
- Christelijk Nationaal Vakverbond in Nederland:
Het verbond heeft als doel, zowel in Nederland als internationaal, mee te werken aan: de opbouw van een samenleving, waarin alle mensen in vrijheid kunnen leven, en hun verantwoordelijkheid voor elkaar gestalte kunnen geven; het creëren van mogelijkheden voor een ieder om zich naar eigen aanleg te ontplooiën om zo een zinvol bestaan te scheppen in arbeid en vrije tijd; het verbeteren van de werk-, leef- en woonomstandigheden van de

26 J.D.A. den Tonkelaar, *Vrijheid en gebondenheid in het verenigingsrecht* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979, p. 26.

27 In Nederland waren tot eind 2014 – in de private sector – drie vakcentrales actief. Eind 2014 fuseerden de vakcentrale FNV en FNV-bonden Abvakabo FNV, FNV Bondgenoten, FNV bouw, FNV Sport tot een grote FNV-vereniging met 900.000 leden. Een aantal FNV-bonden (met samen 200.000 leden) bleven zelfstandig aangesloten bij FNV. FNV is – volgens haar eigen gegevens – bij ongeveer 1000 cao's betrokken. Bij CNV Vakcentrale zijn 10 vakbonden aangesloten die in totaal ongeveer 290.000 leden vertegenwoordigen (CBS 2015). VCP is de vakcentrale voor professionals en de 15 bij VCP aangesloten bonden vertegenwoordigen ongeveer 100.000 leden (CBS 2015). Naast de bij een vakcentrale aangesloten vakbonden zijn er in Nederland naar schatting nog zo'n 15 vakbonden actief die in totaal ongeveer 250.000 leden (CBS 2015) vertegenwoordigen en waarvan Alternatief voor Vakbond (AvV), Landelijke Belangen Vereniging (LBV) en De Unie de bekendste zijn. Van de mij bekende 48 vakbonden in Nederland heb ik van de 36 grootste/bekendste vakbonden de statuten opgevraagd en heb ik er 24 ontvangen/ingezien. Ik heb in mijn onderzoek in elk geval betrokken de statuten van de grootste bonden van FNV, CNV en VCP en de statuten van AvV, LBV en De Unie.

28 Artikel 4 van de Statuten van Federatie Nederlandse Vakbeweging d.d. 11 maart 2016. Zie ook de statuten van bij de vakcentrale FNV aangesloten bonden als: FNV Horeca; ANBO; Algemene Onderwijsbond; AFMP.

*leden van de christelijke vakbeweging, alsmede van de werknemers in het algemeen, zowel ten aanzien van hun materiële welvaart als ten aanzien van hun welzijn; het vernieuwen en veranderen van de verhoudingen in staat en maatschappij, opdat de maatschappelijke orde meer en meer zal voldoen aan christelijk-sociale uitgangspunten.*²⁹

- Landelijke Belangen Vereniging:
*LBV heeft ten doel de belangenbehartiging van werknemers, werkzoekenden en uitkeringsgerechtigden, alsmede hun gezinnen, ongeacht hun nationaliteit of geloofsovertuiging. In het bijzonder voor zover deze belangen liggen op het terrein van de arbeid, en daarnaast op elk gebied dat hiermee rechtstreeks of zijdelings verband houdt. Dit alles in de ruimste zin des woords.*³⁰
- Alternatief voor Vakbond:
*De vereniging heeft ten doel het behartigen van de belangen van werkende mensen, in het bijzonder diegenen wier belangen anno tweeduizendvijf niet worden vertegenwoordigd door andere vakbonden en werkgeversverenigingen, te weten freelancers, werknemers met tijdelijke contracten, uitzendkrachten, eenmanszaken, ambtenaren, schoolverlaters, voortijdige schoolverlaters en starters op de arbeidsmarkt en werknemers uit de Europese Unie die al dan niet tijdelijk in Nederland werken, en voorts al hetgeen met één of ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords.*³¹

Er zijn ook vakbonden die in hun statuten expliciet als doelstelling hebben opgenomen dat zij slechts opkomen voor de belangen van leden. Dit zijn overigens niet alleen vakbonden die niet zijn aangesloten bij één van de drie vakcentrales in de private sector (FNV, CNV en VCP). Ter illustratie:

- Algemene Onderwijsbond (bij FNV aangesloten bond):
*De behartiging van de belangen van zijn leden en hun nagelaten betrekkingen.*³²
- De Unie, vakbond voor industrie en dienstverlening
De vereniging stelt zich ten doel de behartiging van de sociaal-economische en maatschappelijke belangen van haar leden in het vlak van welvaart en welzijn, voorzover deze belangen direct of indirect uit hun (voormalige) arbeidsverhouding voortvloeien. Zij streeft hierbij nadrukkelijk naar een gezamenlijke alsook een specifieke belangenbehartiging per groep. De belangenbehartiging is niet alleen collectief doch ook zeer sterk individueel op de leden gericht. De belangenbehartiging is primair gericht op de positie welke de leden

²⁹ Artikel 3 Statuten CNV d.d. januari 2011. Zie ook de statuten van bij CNV aangesloten bonden als: CNV Vakmensen; CNV Dienstenbond; CNV Jongeren; CNV Onderwijs en CNV Publieke Zaak.

³⁰ Van het LBV heb ik geen statuten ontvangen. De informatie over het doel van LBV is afkomstig van de website van LBV (www.lbv.nl/lbv/doel).

³¹ Artikel 2 van de Statuten van Alternatief voor Vakbond d.d. 10 september 2015.

³² Artikel 4.1 sub a Statuten Algemene Onderwijsbond d.d. 21 juli 2011. Zie ook de statuten van bij FNV aangesloten bonden als: AFMBP; De marechaussee; Nederlandse politiebond; NVJ.

*in het bedrijfsleven en bij diensten en instellingen innemen, alsmede op de positie van de leden die niet meer actief werkzaam zijn.*³³

- Bond van Post personeel

*De bond heeft ten doel: het op gepaste wijze voorstaan en bevorderen van de belangen van haar leden, alsmede het tot stand brengen en in stand houden van een goede collegiale verstandhouding tussen haar leden onderling en voorts al datgene dat met het vorenstaande verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn, waarbij rechtvaardigheid en solidariteitsbeginselen primair gehanteerd dienen te worden, alles in de meest ruime zin; het voor en namens haar leden afsluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten, zomede al hetgeen daarmee verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn.*³⁴

Een ruime doelomschrijving van de vereniging, in die zin dat een vereniging niet alleen opkomt voor de belangen van leden, brengt evenwel niet mee dat per definitie met de belangen van niet-leden rekening wordt gehouden bij het aangaan van cao's. De besluitvorming binnen verenigingen vindt immers plaats bij stemming, waardoor leden besluitvorming kunnen tegenhouden die de meerderheid niet wenselijk acht.

3.2.3 Nieuwe initiatieven

Niet-leden worden bij de totstandkoming van cao's steeds vaker betrokken, althans voor niet-leden bestaat de mogelijkheid input te leveren op en zich op enigerlei wijze uit te spreken over het onderhandelingsresultaat. Om werknemers meer te betrekken bij de totstandkoming van cao's worden verschillende middelen ingezet. Deze middelen variëren van het (online) geven van informatie over de start en inhoud van het onderhandelingsproces, tot de mogelijkheid actief te participeren in denktanks, groepsdiscussies of panels om de mening van alle werknemers te kunnen bepalen. In het kader van het eerder genoemde advies van de SER over het draagvlak van cao-afspraken, heeft de SER een hoorzitting georganiseerd met als doel zich te laten informeren over de concrete initiatieven die door sociale partners op dit gebied worden ondernomen.³⁵ Op basis van deze hoorzitting heeft de SER geconstateerd dat er bij een deel van de sectoren en bedrijven een ontwikkeling in gang is gezet naar een bredere werknemersbetrokkenheid bij de totstandkoming van cao's. 'De manier waarop betrokkenheid wordt georganiseerd, verschilt sterk en varieert van informeren en reageren via een website tot deelname aan co-creatie, vanuit alleen een vakbond of samen met andere bonden en werkgevers', aldus de SER.³⁶

Naast de in het advies van de SER besproken initiatieven kan worden gewezen op de wijze waarop de vakbond 'Alternatief Voor Vakbond' (hierna: 'AVV') tot onderhandeling en besluitvorming over de cao komt. AVV is een reguliere vakbond waarvan werknemers lid kunnen worden en die zich tot doel stelt de behartiging van de belangen van werkende mensen, in het bijzonder diegenen wier belangen niet worden vertegenwoordigd door

33 Artikel 2B van de Statuten van De Unie (nr. 29872).

34 Artikel 3 lid 1 van de statuten van BVPP d.d. 2 november 2006.

35 *Verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 2013/03), Den Haag: SER 2013.

36 *Idem*, p. 36.

andere vakbonden, zoals zzp'ers en werknemers met een flexibele arbeidsrelatie.³⁷ Op grond van artikel 16 van de statuten heeft AVV een protocol opgesteld met richtlijnen voor cao-onderhandelingen en de besluitvorming over het aangaan van cao's, waarin staat dat het maximaliseren van draagvlak bij alle betrokken werknemers onafhankelijk van lidmaatschap van de vereniging uitgangspunt is bij het aangaan van cao's.³⁸ Na een sectoranalyse dient op grond van het cao-protocol een Medewerkers-Zeggenschapsplatform opgericht te worden. Dit platform wordt gevormd door een actieve groep werknemers die de onderhandelaars van AVV allerhande relevante informatie geeft ter ondersteuning van de cao-onderhandelingen, zoals tevredenheid van werknemers over het onderhandelingsresultaat en de wensen van werknemers voor wie de cao gaat gelden. Deelname aan het platform staat open voor zowel leden als niet-leden. Uit het platform wordt een onderhandelingsdelegatie gekozen, waarvoor overigens wel geldt dat leden van deze delegatie lid moeten zijn van AVV. Voorts is uitgangspunt van het protocol dat wordt gestreefd naar het creëren van een zo groot mogelijk draagvlak onder de betrokken werknemers door hen te bewegen lid te worden van AVV of door het verkrijgen van feitelijk steun voor de onderhandelingsinzet en het onderhandelingsresultaat. Indien een principeakkoord is behaald tijdens de cao-onderhandelingen, wordt dit akkoord voorgelegd aan alle werknemers die binnen de werkingssfeer van de cao vallen die zich door middel van een (internet) stemming en enquête kunnen uitspreken over dit akkoord. AVV ondertekent alleen cao's als een meerderheid van het totale aantal uitgebrachte positieve en negatieve stemmen bij de stemming over het principeakkoord positief is.

In 2015 is de AVV op de hiervoor beschreven wijze de cao Fashion, Sport & Lifestyle aangaan met INretail, de werkgeversorganisatie in deze sector. De traditionele bonden (FNV en CNV) hebben op inhoudelijke gronden geweigerd met deze cao akkoord te gaan. FNV heeft daarbij forse kritiek geuit op AVV. Volgens FNV heeft AVV nauwelijks leden en kan zij derhalve geen echte vakbond worden genoemd.³⁹ De voorzitter van AVV heeft daartegenover gesteld dat AVV 2500 leden heeft en dat AVV conform het hiervoor besproken SER-advies over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken op alternatieve manieren zoekt naar draagvlakvergroting en dat de traditionele bonden in deze sector met een organisatiegraad van 3% niet representatiever te noemen zijn.⁴⁰ Verhulp twijfelt of AVV erin slaagt een voldoende draagvlak voor de door haar te sluiten cao's te creëren. Hij heeft daarbij verwezen naar de cao Kunsteneducatie die op vergelijkbare wijze door AVV is aangegaan. Over het principeakkoord werden maar 844 stemmen uitgebracht (12 tot 14% van de werknemers in de sector) waarvan maar 55% voor het akkoord. Hoewel Verhulp niet twijfelt aan de inzet en zorgvuldigheid van AVV, heeft hij de uitkomst wel teleurstellend genoemd en zorgen geuit over de wijze van stemmen. Het was bijvoorbeeld mogelijk per werknemer meerdere stemmen uit te brengen.⁴¹ Hoe het ook zij, het initiatief van AVV ook niet-leden actief te betrekken bij de totstandkoming van cao's is een manier

37 Artikel 2 van de Statuten Alternatief Voor Vakbond d.d. 10 september 2015.

38 cao-protocol Alternatief Voor Vakbond versie 1.0, 1 maart 2016.

39 W. Keuning & J. Leupen, 'Harde botsing vakbonden over retail-cao', *FD* 11 augustus 2015.

40 J. Leupen, 'de FNV is niet meer representatief', *FD* 18 augustus 2015.

41 E. Verhulp, 'Niet zonder mijn vakbond?', in: A. Hoekema, E. Verhulp & M. Westerveld (red.), *Altijd dienstbaar, niemands Knecht* (Liber Amicorum voor Robert Knecht), Den Haag: SDU 2015, p. 96-97.

om de werknemersbetrokkenheid in het cao-overleg te vergroten en kan bijdragen aan het draagvlak van de cao.

Een ander initiatief dat ik met name wil noemen is het internetplatform www.jeachterban.nl dat sinds 15 april 2016 online is. Dit internetplatform is een initiatief van het CNV en opent de mogelijkheid voor leden en niet-leden op alternatieve wijze te worden betrokken in het onderhandelings- en besluitvormingsproces met betrekking tot het aangaan van cao's. Via www.jeachterban.nl kunnen leden en niet-leden hun wensen met betrekking tot de inhoud van een cao kenbaar maken, alsmede een adviserende stem uitbrengen ten aanzien van het onderhandelingsakkoord.⁴² Anders dan bij AVV besluiten uiteindelijk alleen de leden van CNV over het onderhandelingsakkoord. Het laatste initiatief dat ik aanstip is dat van de RaboBonden. Rabobonden is een samenwerkingsverband van vakbonden FNV finance, CNV vakmensen en De Unie. Door middel van Whatsapp kunnen werknemers (leden en niet-leden) van de Rabobank meeonderhandelen over de totstandkoming van een nieuw Sociaal Plan.⁴³

3.2.4 Tussenconclusie

Een vakbond mag dan een ledenorganisatie zijn en de dominante strategie van vakbonden in het kader van de belangenbehartiging mag dan verschuiven van invloed op beleidsniveau naar de belangenbehartiging van leden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, toch wil dat niet zonder meer zeggen dat met de belangen van niet-leden in het geheel geen rekening wordt (of gaat worden) gehouden in het cao-overleg. De wijze van financiering en de statutaire doelstelling van veel vakbonden brengen mee dat in de besluitvorming rond het aangaan van cao's ook oog is (of dient te zijn) voor de belangen van niet-leden. Dit wordt concreter wanneer vakbonden ook actief niet-leden betrekken in het cao-overleg. Hiermee wil ik ook weer niet zeggen dat het ledenbestand van een vakbond er helemaal niet toe doet. Binnen reguliere vakbonden vindt de besluitvorming plaats via stemming door leden en het mag dan zo zijn dat bestuurders en onderhandelaars van vakbonden bij de onderhandeling over cao's mede rekening houden met de belangen van niet-leden, uiteindelijk hebben de leden het laatste woord. Een belangrijke aanwijzing voor een behoorlijke belangenbehartiging van niet-leden in het arbeidsvoorwaardenoverleg is daarmee dat het ledenbestand van een vakbond een goede afspiegeling is van de groep werkenden voor wie een cao wordt afgesloten en dus voldoende representatief is.⁴⁴

3.3 Representativiteit: een concept en een definitie

In paragraaf 1.4 heb ik toegelicht van welke definitie van representativiteit ik in dit onderzoek gebruik heb gemaakt. In deze paragraaf licht ik die keuze toe.

42 Zie ook: J. Leupen, 'Vakbond cnv vindt een looneis vanuit de ivoren toren niet meer van deze tijd', *FD* 16 september 2016.

43 <http://www.helemaalvandezetijd.nl/blog-uitgelicht-op-home/onderhandel-mee-via-whatsapp/>.

44 Zie ook: P.T. de Beer, 'Afbrokkelende legitimiteit van het poldermodel', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 89.

Representativiteit is een begrip met veel betekenissen.⁴⁵ In algemene zin betekent representativiteit dat iets of iemand die niet aanwezig is, toch op een bepaalde manier via vertegenwoordiging aanwezig is. Pitkin heeft in de jaren '60 van de vorige eeuw in haar boek *The Concept of Representation* een aantal afzonderlijke, maar onderling verbonden concepten van representatie onderscheiden.⁴⁶ Het eerste concept of de eerste vorm van representatie is de formele representatie en daarbij kan volgens Pitkin worden gedacht aan regels en procedures op basis waarvan een vertegenwoordiger optreedt of kan optreden alsmede aan bestaande verantwoordingsmechanismen die op dit optreden betrekking hebben.⁴⁷ In het cao-recht kan hierbij worden gedacht aan de interne-besluitvormingsprocedures binnen de vakbond met betrekking tot de vertegenwoordiging van leden in het cao-overleg. Descriptieve representatie (het tweede concept van representatie) heeft betrekking op de mate waarin gelijkenis bestaat tussen kenmerken van de vertegenwoordiger en de vertegenwoordigden en de mate waarin het optreden van de vertegenwoordiger overeenkomt met de belangen van de vertegenwoordigden.⁴⁸ Vertaald naar de representativiteit van vakorganisaties in het cao-overleg kan daarbij worden gedacht aan de mate waarin het ledenbestand van een vakbond een behoorlijke afspiegeling vormt van de groep werkenden die de vakbond beoogt te vertegenwoordigen. Pitkins derde concept van representatie is de substantiële representatie en in dit concept ligt de nadruk op de mate waarin het optreden van de vertegenwoordiger daadwerkelijk overeenkomt met de belangen van de vertegenwoordigden.⁴⁹ Bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming kan daarbij worden gedacht aan de mate waarin een cao onder de werkenden voor wie de cao is aangegaan op een groot draagvlak kan rekenen. Tot slot spreekt Pitkin in haar werk van symbolische representatie.⁵⁰ Daarbij gaat het erom of de vertegenwoordigden zich ook daadwerkelijk vertegenwoordigd voelen. De perceptie van vertegenwoordigden weegt in dit concept zwaarder dan de mate waarin zij daadwerkelijk vertegenwoordigd zijn. In dit verband wijs ik op het onderzoek naar arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van TNO uit 2013, waaruit het algemene beeld komt dat werknemers (leden en niet-leden) het belangrijk vinden dat er cao's bestaan.⁵¹ Zij waarderen dat met een cijfer 8. Uit dit onderzoek blijkt voorts dat werknemers hun eigen cao, dat wil zeggen de cao die voor hen geldt, waarderen met een 6,8. De wijze waarop de vakbond hun (leden en niet-leden) belangen behartigt, waarderen zij met een 6,1 lager.

Op basis van de verschillende vormen van representatie die door Pitkin zijn onderscheiden, heeft Braun opgemerkt dat met betrekking tot de representativiteit van organisaties in het polderoverleg (dat wil zeggen de betrokkenheid van sociale partners bij de totstandkoming van sociaaleconomisch beleid) thans de nadruk met name ligt op een veronderstelde

45 Zie hierover ook: *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976, p. 7.

46 H.F. Pitkin, *The concept of representation*, Berkeley: University of California Press 1967.

47 Idem, hoofdstuk 3.

48 Idem, hoofdstuk 4.

49 Idem, hoofdstuk 6.

50 Idem, hoofdstuk 5.

51 Nationale enquête arbeidsomstandigheden 2013.

relatie tussen beschrijvende en substantiële representativiteit.⁵² De aanname is dan volgens Braun dat als organisaties ervoor zorgen dat verschillende belangen getalsmatig adequaat vertegenwoordigd zijn, dat ertoe zal leiden dat ook deze veelvoud aan belangen aan bod komt in uiteindelijke akkoorden.⁵³ Deze aanname (en daarmee de veronderstelde relatie tussen beschrijvende en substantiële representativiteit) ligt voor een belangrijk deel ook ten grondslag aan de kritiek op de vakbonden in het cao-overleg. Vanwege de steeds eenzijdiger wordende samenstelling van het ledenbestand van vakbonden worden immers vraagtekens gezet bij de belangenbehartiging door de vakbond in het cao-overleg.

Dorsemont heeft in zijn dissertatie over de rechtspositie van representatieve werknemersorganisaties in 2002 een onderscheid gemaakt tussen een sociologische benadering van representativiteit (het tweede, derde en vierde concept zoals dat door Pitkin is beschreven) enerzijds en een formele benadering (eerste concept van Pitkin) anderzijds.⁵⁴ In een sociologische benadering wordt representativiteit gezien als de beweegreden van het hebben van bepaalde bevoegdheden of mogelijkheden van optreden. Bij een formele benadering wordt tot uitgangspunt genomen dat de representativiteit van een organisatie wordt beschouwd als een direct gevolg van een aan een organisatie toekomende bevoegdheid of mogelijkheid van optreden, ongeacht of een organisatie een zekere achterban vertegenwoordigt en binnen de achterban gezaghebbend is. Op basis van de sociologische benadering kan volgens Dorsemont de volgende definitie van representativiteit van een organisatie worden gegeven:

“een organisatie is representatief indien ze aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden of kenmerken beantwoordt, die haar tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maken van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen.”⁵⁵

Jaspers heeft in een publicatie uit 2008 over de representativiteit van vakorganisaties naar deze definitie verwezen.⁵⁶

In een advies (uit 1976) over de representativiteit van organisaties (in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges) overwoog de SER dat een bruikbaar begrip van representativiteit van organisaties de volgende elementen zou moeten bevatten:

- Het begrip representativiteit van een organisatie drukt een relatie uit tussen die organisatie en de groep die zij beoogt te organiseren.
- Een zodanige relatie kan alleen bestaan indien een organisatie in de groep die zij beoogt te vertegenwoordigen ook feitelijk leden heeft.

52 C. Braun, 'Het Nederlandse poldermodel langs de democratische meetlat. Over representativiteit, verantwoording en belangenvertegenwoordiging', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 43.

53 Idem, p. 43 en 44.

54 F. Dorsemont, *Rechtspositie en syndicale activiteit van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge: N.V. die Keure 2002, p. 146.

55 Idem.

56 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1.

- De representativiteit van een organisatie wordt begrensd door de doelstelling van de organisatie. Alleen op het terrein dat door de doelstelling wordt afgebakend kan een organisatie representatief zijn voor de groep die zij beoogt te organiseren.⁵⁷

Op basis van deze elementen gaf de SER de volgende definitie van het begrip representativiteit:

“Representativiteit van een afzonderlijke organisatie houdt in dat die organisatie voldoet aan de voorwaarden op grond waarvan zij, op het terrein door haar doelstelling bepaald, voor de groep die zij beoogt te organiseren, – in het maatschappelijk verkeer in feite wordt, dan wel op grond van een beslissing van een daartoe bij de wet aangewezen instantie dient te worden aanvaard als gesprekspartner, adviseur en pleitbezorgers en – in aanmerking kan komen om bijzondere bevoegdheden of mogelijkheden van optreden te verkrijgen, waarover zij niet uit zichzelf kan beschikken.”⁵⁸

In deze definitie van de SER wordt de representativiteit van organisaties ook als beweegreden gezien voor het verlenen van bepaalde bijzondere bevoegdheden of mogelijkheden van optreden en daarmee heeft de SER ook gekozen voor een sociologische benadering van het begrip.

Dit onderzoek houdt verband met de vraag in hoeverre de vakbond geacht kan worden een betrouwbare belangenbehartiger te zijn van de werkenden op wie een cao betrekking heeft en in het licht hiervan passen zowel de definitie van Dorssemont en Jaspers als die van de SER. De definitie van de SER en die van Dorssemont en Jaspers nemen immers tot uitgangspunt dat de representativiteit de beweegreden is van het optreden. Beide definities hebben overigens gemeenschappelijk dat de representativiteit van een organisatie ruimer is dan het in juridische zin kunnen vertegenwoordigen (en binden) van degenen die behoren tot de groep waarvoor zij representatief is. Hoewel de SER het feitelijk hebben van leden als element van representativiteit van belang vond (zie hiervoor), komt dit element niet terug in de door de SER geformuleerde definitie van representativiteit. Dat een organisatie feitelijk leden moet hebben om representatief te kunnen worden geacht, is naar mijn mening niet nodig en in die zin acht ik het dan ook juist dat in de definitie van representativiteit het hebben van leden niet tot uitdrukking komt. Het hebben van leden en dan met name de samenstelling van een ledenbestand kan niettemin een belangrijke indicatie zijn voor de mate waarin een organisatie representatief kan worden geacht, maar noodzakelijk is het hebben van leden niet. Een organisatie die op de steun van een grote groep personen kan rekenen, maar geen leden heeft, kan immers heel goed een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder zijn van wat leeft onder een groep personen en derhalve representatief zijn. In een verondersteld verband tussen de door Pitkin benoemde beschrijvende representatie en substantiële representatie, kan niet alleen de samenstelling van organisaties iets zeggen over het optreden (lees: de belangenbehartiging) van deze organisaties, maar geldt ook het omgekeerde. Het draagvlak van besluiten van een organisatie (het afsluiten van cao's)

57 *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976, p. 8.

58 *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976, p. 9.

kan dan iets zeggen over de mate waarin de organisatie representatief is (geweest). In dit onderzoek heb ik gekozen voor de door Dorssemont en Jaspers gebruikte definitie omdat die eenvoudiger geformuleerd is.

3.4 Representativiteit: enkele cijfers en ontwikkelingen

3.4.1 Inleiding

Op basis van algemene cijfers en ontwikkelingen ten aanzien van het ledenbestand van de vakbeweging (oud, man en vast contract) wordt wel gesteld dat vakbonden onvoldoende of steeds minder representatief zijn.⁵⁹ De veelzijdigheid van het cao-overleg brengt mee dat op basis van algemene gegevens ten aanzien van het ledenbestand van de vakbeweging niet zo heel veel gezegd kan worden over de representativiteit van verschillende vakbonden in het cao-overleg. Daarbij komt dat het hebben van leden niet noodzakelijk verbonden is met de mate waarin een vakbond representatieve besluiten neemt. Dit neemt allemaal niet weg dat op basis van cijfers over het ledenbestand van de vakbeweging in grote lijnen wel iets kan worden gezegd over de over- en ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen werkenden in het ledenbestand van vakbonden.

3.4.2 Ledenbestand

In de periode van 1999 tot 2014 nam de beroepsbevolking met ruim 0,8 miljoen toe, terwijl het aantal vakbondsleden met een krappe 0,2 miljoen daalde. In 1999 betrof het aantal vakbondsleden nog ruim 1,93 miljoen terwijl dit aantal in 2014 was gedaald tot 1,75 miljoen en in 2015 nog verder daalde tot 1,73 miljoen.⁶⁰ Opmerking verdient dat het aantal leden van een vakbond in 1999 in absolute zin wel het hoogste was sinds het begin van de 20^{ste} eeuw.⁶¹ De verdeling van het aantal vakbondsleden over de verschillende vakcentrales⁶² is weergegeven in figuur 6.

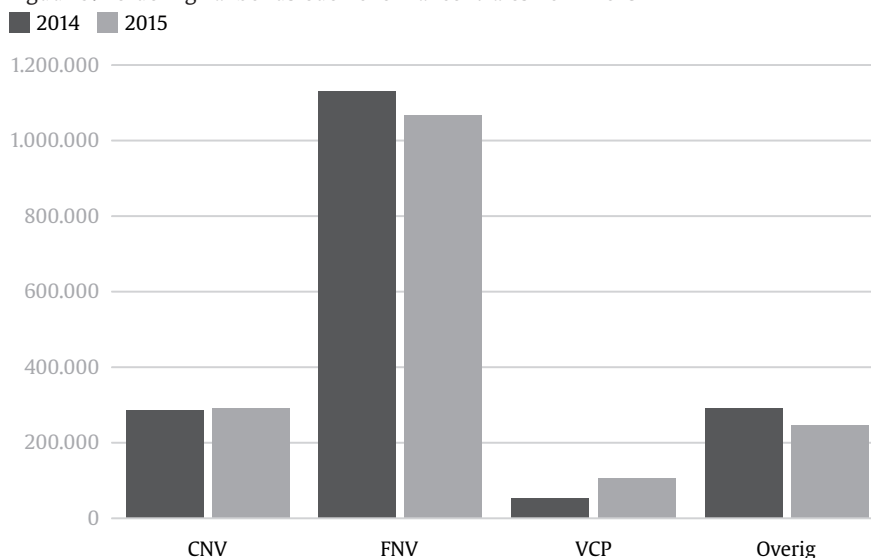
59 Zie bijvoorbeeld: R.M. Beltzer, Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/182 en A.Ph.C.M. Jaspers, 'De toekomst van het cao-recht', in A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6.

60 'Aantal vakbondsleden blijft teruglopen', *CBS* 28 oktober 2015.

61 'Historie leden vakverenigingen', *CBS* 27 oktober 2015.

62 FNV is sinds eind 2014 geen vakcentrale meer.

Figuur 6: verdeling vakbondsleden over vakcentrales 2014-2015



Bron: CBS

Hoewel het totale aantal vakbondsleden daalde, nam het aantal vrouwelijke vakbondsleden in de periode van 1999 tot en met 2015 fors toe. In 1999 waren er bijna vijfhonderdtwintigduizend vrouwelijke vakbondsleden en dit aantal is gestegen tot zeshonderdveertigduizend in 2015. Over een langere periode bezien is deze ontwikkeling nog duidelijker. Het aantal vrouwelijke vakbondsleden was in 1984 tweehonderddertigduizend en dit aantal is in de periode tot en met 2015 bijna verdrievoudigd.⁶³

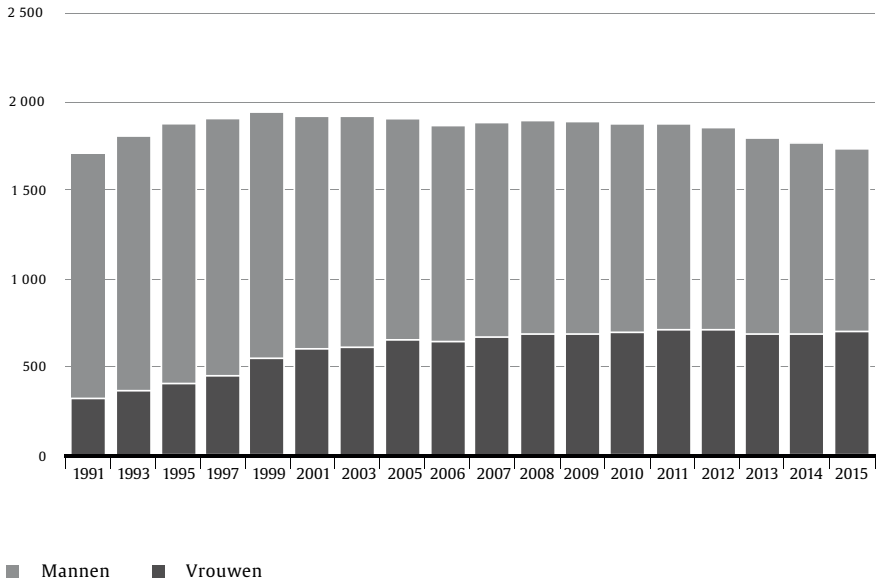
Niet alleen het totale aantal vrouwelijke vakbondsleden is toegenomen, maar ook de verhouding mannen en vrouwen laat een aanzienlijke verschuiving zien. In 1991 was niet meer dan 19% van de toen 1,7 miljoen vakbondsleden vrouw, terwijl dit percentage in 2015 37% bedroeg op eenzelfde aantal vakbondsleden.⁶⁴ De toename van het aantal vrouwelijke vakbondsleden kan worden verklaard door een toename van het aantal vrouwen dat is togetreden tot de arbeidsmarkt.

63 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', Sociaaleconomische trends, 4^e kwartaal 2012, p. 9.

64 'Aantal vakbondsleden blijft teruglopen', CBS 28 oktober 2015.

Figuur 7: leden vakbonden naar geslacht

x 1 000

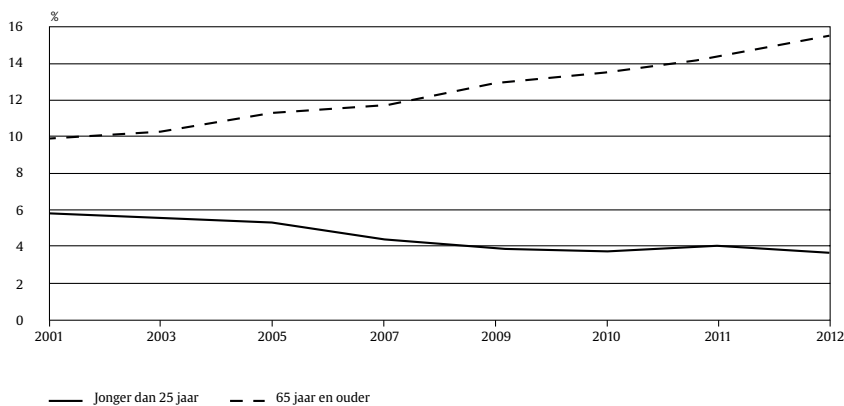


Bron: CBS 28 oktober 2015

Naast de toename van het aantal vrouwelijke vakbondsleden in de periode vanaf 1999, verdient de toename van het aantal oudere vakbondsleden en de afname van het aantal jongere vakbondsleden vermelding. Het aantal jongeren is bij mannelijke vakbondsleden afgenomen van zesenzeventigduizend jonge mannen (jonger dan 25 jaar) in 1999 tot drieënveertigduizend in 2012 en ook onder vrouwelijke vakbondsleden is het lidmaatschap onder jongeren gedaald. In 1999 waren er eenenveertigduizend vrouwen lid ten opzichte van zesentwintigduizend in 2012. Tegenover de daling van het totaal aantal jongeren van achtenveertigduizend in de periode van 1999 – 2012 staat een stijging van het aantal ouderen (65 jaar en ouder) van honderdvijfduizend.⁶⁵

65 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', Socio-economische trends, 4^e kwartaal 2012, p. 12 en 13.

Figuur 8:
Aandeel jongeren en ouderen in vakbeweging



Bron: CBS, Sociaaleconomische trends, 4^e kwartaal 2012

In 2014 bedroeg het aantal vakbondsleden in de leeftijdsgroep 25-45 jaar ongeveer vierhonderdzeventigduizend. Dit aantal was in 2005 nog krap zevenhonderdduizend.⁶⁶ In nog geen tien jaar tijd is het aantal vakbondsleden in voornoemde groep met een derde afgenomen. Het aantal vakbondsleden van 45 jaar en ouder is in dezelfde periode gestegen met ongeveer honderdduizend en bedroeg in 2015 bijna 1,2 miljoen. Door deze verschuiving is sprake van een vergrijzing van het ledenbestand van vakbonden.

Uit recente cijfers blijken bovenstaande trends door te zetten. De ledentallen liepen ook in 2016 terug, hoewel de daling minder sterk was dan de jaren ervoor. Het aantal vrouwen dat lid is van een vakbond neemt nog steeds toe en dat geldt ook voor de vergrijzing van de achterban.⁶⁷

3.4.3 Beroepsbevolking

De beroepsbevolking is kort gezegd het deel van de bevolking boven een minimumleeftijd dat gedurende een bepaalde periode arbeid aanbiedt. De omvang van de beroepsbevolking bedroeg ultimo 1999 ruim 7 miljoen werknemers en is tot 2015 gestegen tot ruim 7,8 miljoen.⁶⁸ Het CBS hanteerde tot 2015 een definitie van beroepsbevolking die was vastgesteld door de Centrale Commissie voor de Statistiek.⁶⁹ Sinds 2015 hanteert het CBS de ILO-definitie.

66 CBS Statline, Leden van vakverenigingen: geslacht en leeftijd, 27 oktober 2015.

67 'Aantal vakbondsleden daalt, maar wel minder snel', CBS 27 oktober 2016.

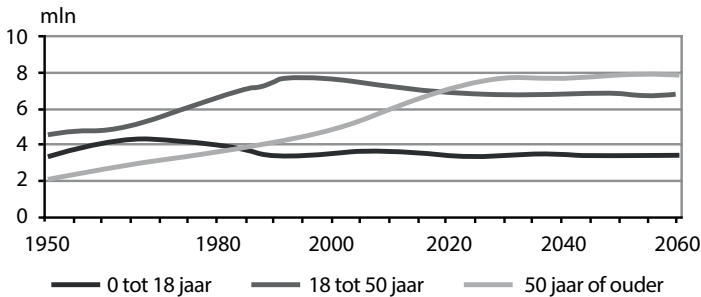
68 CBS StatLine 13 februari 2015.

69 International Labour Organisation, 'Statistics of Labour Force, Employment, Unemployment and Underemployment', Report II (ICLS/13/II) prepared for the Thirteenth International Conference of Labour Statisticians, Geneva 18-29 October 1982', p. 10. Zie ook: International Labour Organisation, 'General Report, Fourteenth International Conference of Labour Statisticians, Geneva 28 October - 6 November 1987', p. 46.

De overgang van de nationale naar de internationale definitie heeft geresulteerd in een toename van de werkzame beroepsbevolking van 7,1 miljoen naar 8,2 miljoen.⁷⁰

Naar verwachting zal de omvang van de Nederlandse bevolking groeien tot 17,8 miljoen in 2040 en 17,9 miljoen in 2060. Hoewel de omvang van de bevolking tot 2040 niet veel zal toenemen, verandert er wel veel qua samenstelling. Een vermindering van het aantal geboorten leidt tot minder jongeren en een lager immigratiesaldo tot minder jongvolwassenen en personen van middelbare leeftijd, terwijl een hogere levensverwachting leidt tot meer ouderen. Naar verwachting zal de afname van het aantal jongeren (tot 20 jaar) als aandeel in de bevolking overigens aanhouden tot 2020. Het aantal jongeren zal dan 3,7 miljoen bedragen.⁷¹ De leeftijdsgroep 20-65 jaar krimpt naar verwachting van 10,1 miljoen in 2012 tot 9,3 miljoen in 2040 (mede als gevolg van de uitstroom van de grote naoorlogse geboortegeneraties).⁷² Daarentegen zal in 2040 het grootste aantal 65-plussers worden bereikt.⁷³

Figuur 9: aandeel 65-plussers, 0-19-jarigen en 20-64-jarigen in de totale bevolking



Bron: CBS ('In 2019 helft van volwassenen 55-plusser', CBS 15 september 2014)

Een gewijzigde samenstelling van de bevolking heeft gevolgen voor de samenstelling en omvang van de beroepsbevolking. Het arbeidsaanbod wijzigt doordat de beroepsbevolking vergrijsd, meer vrouwen toetreden tot de arbeidsmarkt en culturele diversiteit toeneemt.

3.4.4 Organisatiegraad

Wanneer het CBS cijfers publiceert over de organisatiegraad, dan wordt de organisatiegraad uitgedrukt als het percentage werknemers van 15-68⁷⁴ jaar met betaald werk voor ten minste twaalf uur per week dat lid is van een vakbond.⁷⁵ De cijfers die het CBS hanteert

70 Zie ook: I. Bijlsma e.a., 'Veranderingen in de omvang en samenstelling van de beroepsbevolking als gevolg van de overstap op de ILO-definitie van de beroepsbevolking', ROA Technical Report 2015/6, p. 15 t/m 17.

71 C. van Duin & L. Stoeldraijer, Bevolkingsprognose 2012-2060: Langer leven, langer werken, Den Haag: CBS 2012, p. 14.

72 Idem.

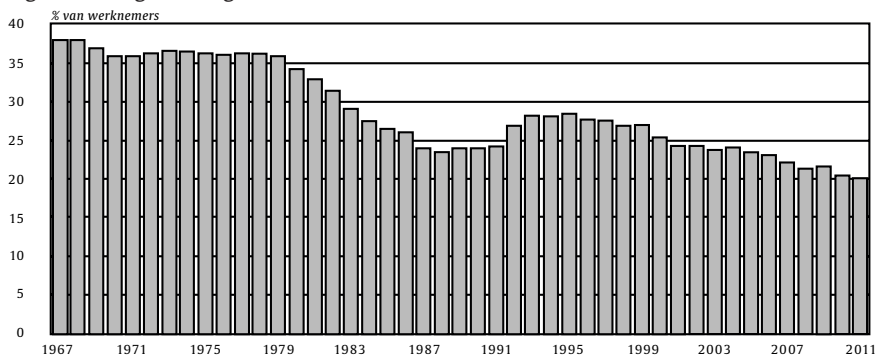
73 Idem.

74 Per 1 januari 2018 is de pensioenleeftijd 68 jaar.

75 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', Socio-economische trends, 4^e kwartaal 2012, p. 15.

zijn afkomstig van de Enquête Beroepsbevolking (EBB).⁷⁶ Uit de cijfers van het CBS blijkt dat de organisatiegraad van werknemers sinds 1980 sterk is teruggelopen. In de periode 1950-1980 lag de organisatiegraad boven de 35% terwijl die in 2011 was gedaald tot rond de 20% (zie figuur 10).

Figuur 10: organisatiegraad



Bron: Sociaaleconomische trends, 4^e kwartaal 2012

Uit cijfers van het CBS blijkt verder dat hoewel het aantal vrouwelijke vakbondsleden het afgelopen decennium fors is toegenomen, de organisatiegraad van vrouwen stabiel blijft rond de 18%.⁷⁷ Dit kan worden verklaard door een forse toename van het aantal vrouwen op de arbeidsmarkt in diezelfde periode. Het aantal jongeren (15-24) dat lid is van een vakbond is niet alleen in absolute aantallen en in verhouding tot andere groepen werkenden die lid zijn van een vakbond aan de lage kant, een ontwikkeling die overigens overeenkomsten vertoont met de ontwikkeling van de beroepsbevolking, maar ook de organisatiegraad van jongeren is laag. In 2011 was slechts 6% van de jongeren georganiseerd. Voor de lage en dalende organisatiegraad onder jongeren kunnen verschillende oorzaken worden gegeven. Een voor de hand liggende reden is dat jongeren steeds later toetreden tot de arbeidsmarkt en dus ook pas later lid worden van een vakbond. Daarnaast (of daarbij) kan het zo zijn dat een eerste baan wordt gezien als (tijdelijke) startbaan waardoor het lidmaatschap van een vakbond nog niet als noodzakelijk wordt ervaren. Bij een eerste baan bestaat vaak ook nog geen affiniteit met de onderneming of sector. Andere redenen kunnen zijn: te hoge kosten van het lidmaatschap, te weinig nut en de verwachting of aanname dat vakbonden onvoldoende opkomen voor de belangen van jongeren.⁷⁸

Uit cijfers van het CBS blijkt verder dat allochtonen iets minder goed zijn vertegenwoordigd in de achterban van vakbonden dan autochtonen, waarbij een klein verschil bestaat tussen niet-westerse allochtonen en westerse allochtonen. In 2001 was 24% van de werknemers georganiseerd. Bij de autochtone beroepsbevolking lag het percentage georganiseerdheid

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld: CBS, 'Methoden en definities Enquête Beroepsbevolking 2014.'

⁷⁷ D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', Sociaaleconomische trends, 4^e kwartaal 2012, p. 16.

⁷⁸ D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', Sociaaleconomische trends, 4^e kwartaal 2012, p. 17.

iets hoger, namelijk 25%, terwijl dit percentage voor allochtonen lager was. Van de westerse allochtonen was in 2001 20% georganiseerd terwijl dit percentage voor niet-westerse allochtonen op 17% lag.

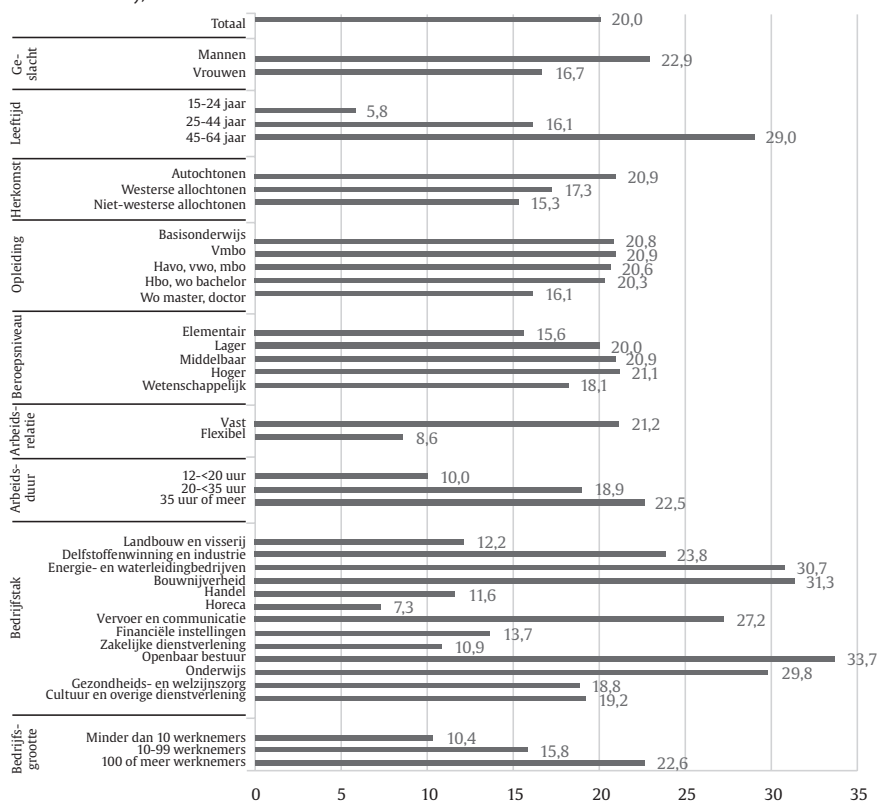
Tot slot blijkt uit de cijfers van het CBS dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tweeënehalf maal zo vaak lid zijn als werknemers met een flexibele arbeidsrelatie en dat ook fulltime medewerkers vaker lid zijn dan parttimers.⁷⁹

Ook naar de aard van het bedrijf, sector en regio bestaan grote verschillen met betrekking tot de organisatiegraad. In 2011 lag de organisatiegraad in de provincies Groningen, Friesland en Drenthe (30%) bijna twee keer zo hoog als in Noord-Brabant en Limburg (17%). Bij de overheid, in het onderwijs en in de bouwnijverheid lag de organisatiegraad in 2011 ook rond de 30%, terwijl de organisatiegraad in de horeca rond de 6% lag. Ook in de zakelijke dienstverlening en de handel lag de organisatiegraad met 11% in 2011 een flink stuk onder het gemiddelde. De organisatiegraad van werknemers bij grote bedrijven (meer dan 100 werknemers) ligt voorts hoger dan bij kleine bedrijven.

Kortom, de organisatiegraad verschilt sterk naar kenmerken van werknemers en onderneming of sector. De verschillen doen zich onder andere voor ten aanzien van leeftijdsgroepen, sectoren, dienstverband en bedrijfsgrootte.

79 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', Sociaaleconomische trends, 4^e kwartaal 2012, p. 18.

Figuur 11: organisatiegraad van de vakbeweging (percentage vakbondsleden per categorie werknemers), 2011



Bron: P.T. de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief, in: P.T. de Beer e.a (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde), Den Haag: SDU 2013, p. 16 en CBS Statline.

Op basis van de grote verschillen in organisatiegraad tussen groepen zou gezegd kunnen worden dat de samenstelling van het ledenbestand van vakbonden geen evenwichtige afspiegeling vormt van de beroepsbevolking. Wanneer het aandeel van de groepen die zijn oververtegenwoordigd in het ledenbestand van vakbonden (oudere mannen met een vast dienstverband en werkzaam in een grote onderneming in de bouw of het onderwijs) wordt vergeleken met het aandeel van deze groepen in de beroepsbevolking, blijkt op basis van cijfers uit 2011 dat eigenlijk alleen de groep ouderen met meer dan 10 procentpunten echt oververtegenwoordigd is in het ledenbestand van vakbonden.

Figuur 12: Kenmerken van werknemers die vakbonds lid zijn en van alle werknemers, 2011 (% van totaal werkzame vakbondsleden resp. werknemers)

	vakbondsleden	werknemers
Mannen	61,4	53,6
45-64 jaar	57,4	39,7
Vaste arbeidsrelatie	96,0	90,8
Voltijdbaan	63,8	56,7
Bouwnijverheid	7,5	4,8
Openbaar bestuur en onderwijs	25,9	16,3
Bedrijf met 100 of meer werknemers	78,3	69,2

Bron: P.T. de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer e.a (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde), Den Haag: SDU 2013, p. 15 en CBS Statline.

Op basis van recente cijfers van het CBS over werknemers met een vaste arbeidsrelatie en werknemers met een flexibele arbeidsrelatie blijkt dat het aandeel werknemers met een vaste arbeidsrelatie de afgelopen jaren stevig is afgenomen. In het derde kwartaal van 2016 hadden van de 7 miljoen werknemers er 1,9 een flexibel contract en 5,1 een vast contract.⁸⁰ Het aandeel van 90,8 procent uit figuur 12 is in 2016 dus gedaald tot 72,8%. Recente cijfers over het aandeel leden met een vaste arbeidsrelatie heb ik niet tot mijn beschikking. Gelet op de toename van het aantal flexibele arbeidsrelaties, zal het percentage werknemers met een vaste arbeidsrelatie in het ledenbestand van vakbonden ook zijn gedaald, maar ik acht aannemelijk dat dit percentage minder snel is gedaald dan voor werknemers in het algemeen en dat het verschil inmiddels meer bedraagt dan 10 procentpunten, waardoor werknemers met een vast dienstverband ook zijn oververtegenwoordigd in het ledenbestand van vakbonden.

3.5 Representativiteit: relevante criteria in wet- en regelgeving

3.5.1 Inleiding

Het bevorderen en stimuleren van collectieve onderhandelingen en het aangaan van collectieve overeenkomsten door onafhankelijke organisaties is een van de belangrijkste doelstellingen van de ILO en het recht op collectief onderhandelen in brede zin wordt beschermd en erkend door verschillende ILO-conventies.⁸¹ In ILO-aanbeveling nr. 91⁸² is gedefinieerd wat wordt verstaan onder een collectieve overeenkomst en onderdeel van deze definitie is dat de overeenkomst van werknemerszijde dient te worden aangegaan door één of meer representatieve en onafhankelijke werknemersorganisaties. Een nadere toelichting op de term representativiteit en de criteria die bij de beoordeling daarvan een rol moeten of kunnen spelen ontbreekt evenwel in aanbeveling nr. 91. In aanbeveling nr. 91 ligt

⁸⁰ CBS Statline, 15 november 2016.

⁸¹ Met name ILO-conventies 98 (Right to organize and collective bargaining) en 154 (Collective Bargaining Convention).

⁸² Recommendation concerning Collective Agreements, Geneva 34th ILC session (29 juni 1951).

de nadruk veeleer op de binding aan collectieve overeenkomsten. ILO-aanbeveling nr. 163⁸³ verplicht verdragspartijen – voor zover nodig – maatregelen te nemen die bijdragen aan de ontwikkelingen van vrije, onafhankelijke en representatieve vakorganisaties. Hoewel ook in deze aanbeveling een nadere toelichting op de term representativiteit ontbreekt, wordt in deze aanbeveling wel iets opgemerkt over de beoordeling van de representativiteit van organisaties. Wanneer een overheidsinstantie een rol speelt bij het toekennen van het recht op collectief onderhandelen van organisaties in brede zin, dient de toekenning van dit recht te geschieden op grond van vooraf kenbare en objectieve criteria. In hoofdstuk 9 kom ik overigens terug op de ILO-conventies en dan met name op het door de ILO geïntroduceerde term *most representative* in verband met het toekennen van het recht op collectieve onderhandelingen.⁸⁴ Het nationale recht mag op grond van de ILO-conventies niet verbieden dat andere vakbonden dan de meeste representatieve vakbond de kans krijgen activiteiten te ontplooiën in het kader van de belangenbehartiging van hun leden. Omdat de door de ILO geïntroduceerde term *most representative* in internationale context steeds verband houdt met de vertegenwoordiging bij collectieve onderhandelingen, is het voor nationale rechtsstelsel volgens Jaspers wel toegestaan ‘in het geval van het opzetten van landelijke overlegstructuren in de adviserende sfeer’ dat criteria worden aangelegd die een selectie maken welke organisaties worden toegelaten.⁸⁵

In deze paragraaf onderzoek ik welke criteria in Nederlandse wet- en regelgeving bij de beoordeling van de representativiteit van organisaties zoal een rol spelen. In het onderzoek naar wet- en regelgeving betrek ik overigens niet uitsluitend nationale wet- en regelgeving, maar ook het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vanwege de relevantie voor de Nederlandse rechtsorde. De volgende nationale wet- en regelgeving betrek ik in mijn onderzoek:

- de Wet op de Sociaal-Economische Raad en het Besluit beleidsregels representativiteit;
- de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf 2000) en het Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000;
- de Wet Cao;
- de Wet Avv en het Toetsingskader AVV;
- de Wet melding collectief ontslag (Wmco);
- het Burgerlijk Wetboek.

3.5.2 Wet- en regelgeving

3.5.2.1 VWEU

Op Europees niveau speelt de representativiteitskwestie van organisaties in verband met artikel 154 en 155 van het VWEU. Artikel 154 en 155 VWEU hebben betrekking op het overleg met sociale partners op Europees niveau en de tenuitvoerlegging van op Europees niveau tussen sociale partners tot stand gekomen overeenkomsten. Met de verdragen van

83 Recommendation concerning Collective Agreements, Geneva 67th ILC session (19 juni 1981).

84 Freedom of Association Committee, Freedom of Association and Collective bargaining, general Survey, report III (Part 4B), 1994, par. 97.

85 T. Jaspers, ‘Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?’, *ArA* 2008, afl. 1, p. 10.

Maastricht en Amsterdam is de sociale dialoog in Europeesrechtelijke context geïntroduceerd.⁸⁶ Deze regelgevende bevoegdheid van sociale partners (die thans is geregeld in artikel 154 en 155 VWEU) is vergaand en brengt mee dat de Europese Commissie bij elk sociaal-beleidsinitiatief de Europese sociale partners dient te raadplegen. Als de sociale partners dat wensen, doet de Commissie een stap terug om hen in de gelegenheid te stellen het initiatief te nemen en een overeenkomst te sluiten. Als dat lukt, kan de overeenkomst worden omgezet in Europees recht. Een voorbeeld van een overeenkomst tussen sociale partners op Europees niveau die is omgezet in een richtlijn, is Richtlijn 1999/70/EG betreffende de door het EVC, de UNIC en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Het VWEU definieert het begrip sociale partner niet, waardoor niet zonder meer duidelijk is welke vakorganisaties als sociale partner in de zin van het Verdrag kunnen worden aangemerkt. De Europese Commissie heeft in 1993 een advies uitgebracht met betrekking tot de sociale dialoog, waarin de Commissie onder meer aandacht heeft besteed aan de vraag wanneer organisaties als sociale partner in het kader van het EG-Verdrag kunnen worden aangemerkt.⁸⁷ Sinds het Verdrag van Maastricht hebben verschillende werkgevers- en werknemersorganisaties bij de Commissie erop aangedrongen ook (dat wil zeggen naast de organisaties UNICE, CEEP en ETUC die van oudsher de sociale dialoog op Europees niveau vormgaven) te worden geconsulteerd in het kader van beleidsinitiatieven op sociaal terrein. Teneinde over de toelating tot het consultatieproces van organisaties een gefundeerd standpunt te kunnen innemen, heeft de Commissie een studie laten verrichten naar organisaties van werkgevers en werknemers en de verschillende op nationaal niveau in de lidstaten bestaande overlegstructuren. Op basis van deze studie concludeerde de Commissie dat de verschillende mechanismen van sociaal overleg in de lidstaten zo divers zijn, dat niet één model bij voorrang kan worden aangewezen dat als voorbeeld kan dienen voor implementatie op Europees niveau. Een tweede conclusie van de Commissie was, dat de ontwikkeling van de verschillende overlegsysteem in alle gevallen vele jaren heeft geduurd. Op grond van deze twee conclusies overwoog de commissie dat het geen zin had één bepaald model te implementeren en dat de ontwikkeling van de Europese sociale dialoog tijd nodig zou hebben en een eigen karakter zal krijgen. Als algemeen uitgangspunt formuleerde de Commissie wel een aantal criteria waaraan organisaties minimaal zouden moeten voldoen om betrokken te kunnen worden in het consultatieproces.

86 "Articles 3 and 4 of the Agreement constitute a significant development of Article 118b of the Treaty. They redefine the Commission's task of promoting the social dialogue by placing an obligation on the Commission, on the one hand to promote the consultation of management and labour (the social partners) and on the other hand to consult them before presenting proposals in the social policy field. These articles also open up new possibilities as regards the dialogue between the social partners at Community level, which may be implemented in certain closely defined cases, by a Council decision on the basis of a proposal from the Commission", zie: *Communication concerning the application of the Agreement on social policy presented by the Commission tot the Council and to the European Parliament* (Commission of the European Communities, COM(93) 600 final 14 December 1993), Brussel, p. 1.

87 *Communication concerning the application of the Agreement on social policy presented by the Commission tot the Council and to the European Parliament* (Commission of the European Communities, COM(93) 600 final 14 December 1993), Brussel.

“The organisations should:

- be cross industry or relate to specific sectors or categories and be organised at European level;
- consist of organisations which are themselves an integral and recognized part of Member State social partner structures and with the capacity to negotiate agreements, and which are representative of all Member States, as far as possible;
- have adequate structures to ensure their effective participation in the consultation process.”⁸⁸

De Commissie overwoog dat een substantieel aantal organisaties aan deze criteria voldoet en dat de Commissie bij voorbaat geen verdere restricties wilde stellen ten aanzien van het aantal participerende organisaties, maar dat een veelheid aan deelnemende organisaties wel praktisch problemen mee kan brengen. De commissie merkte evenwel op dat alleen de organisaties zelf in de positie zijn een eigen werkbaar overlegstelsel te ontwikkelen en dat de Commissie het ontstaan van stabiele overlegstructuren wel stimuleert. In het licht hiervan zag de Commissie af van het instellen van een consulterend lichaam. In plaats daarvan hanteert de Commissie een lijst van organisaties die, op basis van een door Eurofound uitgevoerde studie naar de representativiteit van de organisaties, in aanmerking komen voor consultatie. Per onderwerp kan de commissie het aantal te consulteren organisaties beperken.⁸⁹

In de literatuur zijn vraagtekens gezet bij de door de Commissie geformuleerde criteria. Wanneer is een organisatie bijvoorbeeld in staat over overeenkomsten te onderhandelen en wanneer kan worden gesproken van adequate structuren om op doeltreffende wijze aan het overlegproces deel te kunnen nemen?⁹⁰ Ter beantwoording van de tweede vraag heeft Franssen erop gewezen dat daarmee waarschijnlijk is bedoeld dat een organisatie een dagelijks bestuur en een secretariaat heeft en dat een vergadering besluiten neemt.⁹¹ Ik voeg daaraan toe dat hieronder ook kan vallen dat een organisatie voldoende stabiel en onafhankelijk is. Dorssemont heeft ten aanzien van onder meer deze criteria overigens terecht opgemerkt dat deze criteria meer verband lijken te houden met het zijn van een werknemersorganisatie dan met de notie van representativiteit.⁹²

88 *Communication concerning the application of the Agreement on social policy presented by the Commission to the Council and to the European Parliament* (Commission of the European Communities, COM(93) 600 final 14 December 1993), Brussel, paragraph 24.

89 Overigens bestaan op Europees niveau in het kader van de sociale dialoog het in 1992 opgerichte *Social Dialogue Committee* (SDC) en verschillende *European Sectoral Social Dialogue Committees*. Het SDC is het belangrijkste overlegorgaan van sociale partners op Europees niveau. Hoewel het SDC in de eerste plaats het belangrijkste orgaan is voor autonoom overleg tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, is het comité soms ook gesprekspartner in het kader van consultatieprocedures. In *European Sectoral Social Dialogue Committees* bespreken sociale partners aan de sector gerelateerde problematiek en ook deze comités worden soms geconsulteerd in het kader van beleidskwesties.

90 E.J.A. Franssen, ‘Een wettelijk kader voor de Europese Sociale Dialoog’, SR 2004, afl. 4 en F. Dorssemont, ‘Over de ‘representativiteit’ van ‘sociale partners’ in de Europese Sociale Dialoog’, SR 2004, afl. 4.

91 E.J.A. Franssen, ‘Een wettelijk kader voor de Europese Sociale Dialoog’, SR 2004, afl. 4, p. 133.

92 F. Dorssemont, ‘Over de ‘representativiteit’ van ‘sociale partners’ in de Europese Sociale Dialoog’, SR 2004, afl. 4.

Franssen heeft er overigens op gewezen dat het Europese Parlement zich in 1994 ook heeft uitgelaten over representativiteitscriteria (in de raadplegingsprocedure). Het Europese Parlement heeft de criteria van de Commissie in het kader van de consultatieprocedure overgenomen en aangevuld met nog twee criteria. Zo is gedwongen lidmaatschap niet toegestaan en moeten Europese organisaties beschikken over een mandaat van de nationale organisaties om overeenkomsten te sluiten.⁹³ Het Europese Economische en Sociaal Comité (EESC)⁹⁴ heeft nog een getalscriterium toegevoegd bij de beoordeling van de representativiteit van organisaties. Dit criterium brengt mee dat Europese organisaties moeten bestaan uit nationale organisaties die zich in minstens driekwart van het totale aantal landen van de EU bevinden.⁹⁵

Rechtspraak met betrekking tot de Europese sociale dialoog is zeer beperkt. Een voor dit onderzoek relevante uitspraak is het UEAPME-arrest. De Belgische werkgeversorganisatie UEAPME verzette zich via een procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen tegen de omzetting van een tussen de vakorganisaties UNICE, het CEEP en het EEV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof in een Europese richtlijn.⁹⁶ Het UEAPME was weliswaar door de Commissie geraadpleegd in het kader van de consultatieprocedure over een richtlijn op het terrein van het ouderschapsverlof, maar was daarna geen partij bij de overeenkomst die tussen sociale partners werd gesloten. Het Europese Hof overwoog in dit arrest dat de onderhandelingsfase tussen sociale partners over een overeenkomst op Europees niveau uitsluitend in handen van de betrokken sociale partners ligt en dat de toelating tot het consultatieproces niet ook het recht geeft te worden toegelaten tot de onderhandelingen.⁹⁷ Onder het Nederlandse recht kunnen – kort gezegd – evident representatieve vakbonden er in beginsel wel aanspraak op maken te worden toegelaten tot het cao-overleg (zie hoofdstuk 6) en Dorssemont heeft terecht opgemerkt dat de Europese benadering op dit punt contrasteert met de Nederlandse benadering.⁹⁸

Het voorgaande neemt niet weg dat bij de omzetting van een overeenkomst in unierecht, de Commissie de representativiteit van de ondertekenaars dient te onderzoeken in het kader van de aan de Commissie toevertrouwde taak de raadpleging van de sociale partners op communautair niveau te bevorderen en maatregelen te treffen die nuttig kunnen zijn om de dialoog tussen de partners te vergemakkelijken door middel van een evenwichtige ondersteuning van de partijen.⁹⁹ Volgens het Hof verlangt eerbiediging van het aan de Unie ten grondslag liggende beginsel van democratie dat wanneer het Europese Parlement

93 Report of the Committee of Social Affairs, Employment and the Working Environment of the EP, on the application of the Agreement on Social Policy, 20 April 1994, A3-0269/94, PE 207.928/fin., p. 5.

94 Het EESC is een EU-adviesorgaan bestaande uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties en andere belangengroepen. Het adviseert de Europese Commissie, de Raad van de EU en het Europees Parlement over EU-aangelegenheden en fungeert daarmee als brug tussen de EU-besluitvormingsinstanties en de burgers.

95 Opinion CES 106/97 AH/ss of the ESC of 29 January 1997, on the Commission Communication concerning the development of the social dialogue at Community level; PbEG C 89/28, 19 maart 1997.

96 HvJEG 17 juni 2008, T-135/96 (UEAPME-arrest).

97 Idem, r.o. 78.

98 F. Dorssemont, 'Over de 'representativiteit' van 'sociale partners' in de Europese Sociale Dialoog', SR 2004, afl 4, p. 146.

99 HvJEG 17 juni 2008, T-135/96 (UEAPME-arrest), r.o. 85.

niet aan de vaststelling van een wetgevende handeling deelneemt, de deelneming van de volkeren aan dit proces op een andere wijze is gegarandeerd, in casu door de tussenkomst van de sociale partners die een overeenkomst hebben gesloten waaraan de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen en op voorstel van de Commissie de status van communautaire wetgeving verleent. "Om na te gaan of aan dat vereiste is voldaan, moeten de Commissie en de Raad de representativiteit van de betrokken sociale partners toetsen.", aldus het Europese Hof.¹⁰⁰ Die toets brengt mee dat de betrokken sociale partners samen voldoende representatief zijn. In het UEAPME-arrest oordeelde het Europese Hof dat UNICE, CEEP en EEV gezamenlijk representatief waren. In dat kader overwoog het Europese Hof dat de overeenkomst in kwestie minimumvoorschriften voor alle arbeidsverhoudingen (van toepassing op alle werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding overeenkomstig de in elke lidstaat geldende wetgeving, collectieve overeenkomst of gebruiken)¹⁰¹ bevatte. Om aan het vereiste van een voldoende totale representativiteit te voldoen, moeten de verschillende ondertekenaars dus alle categorieën ondernemingen en werknemers op communautair niveau vertegenwoordigen.¹⁰² Aan die eis voldeden volgens het Europese Hof de drie voornoemde bedrijfsverkoepelende en algemene organisaties.¹⁰³ Daartegenover stond dat UEAPME juist een veel specifiekere doelstelling heeft, te weten de specifieke en uitsluitende behartiging van de belangen van een bepaalde categorie ondernemingen, terwijl die belangen ook door de andere organisaties werden behartigd. De benadering van het Europese Hof is veeleer kwalitatief van aard. "Finaal worden er weinig koppen geteld", aldus Dorssemont. Hij heeft er terecht op gewezen dat vooral de aard van de in het geding zijnde belangen werd onderzocht.¹⁰⁴

3.5.2.2 *Wet op de Sociaal-Economische Raad en het besluit beleidsregels representativiteit*

De SER bestaat uit ten minste dertig en ten hoogste vijfenvertig leden en een belangrijk deel van de leden wordt op grond van artikel 4 lid 2 van de Wet op de SER benoemd door algemeen erkende centrale organisaties van ondernemers en van werknemers en andere representatieve organisaties. In de wet is niet nader gedefinieerd wat wordt verstaan onder een algemeen erkende centrale organisatie of andere representatieve organisatie. Nadere uitleg van deze begrippen is overgelaten aan uitvoeringsregels en in het Besluit beleidsregels representativiteit worden hieromtrent nadere regels gesteld.¹⁰⁵ In het besluit wordt onderscheid gemaakt tussen organisaties van ondernemers en organisaties van werknemers. In het geval van organisaties van ondernemers kunnen zowel centrale organisaties als andere organisaties in aanmerking komen voor een benoemingsrecht. Aan werknemerszijde kunnen uitsluitend centrale organisaties daarvoor in aanmerking

100 Idem, r.o. 89.

101 Idem, r.o. 65.

102 Idem, r.o. 95.

103 Idem, r.o. 96.

104 F. Dorssemont, 'Over de 'representativiteit' van 'sociale partners' in de Europese Sociale Dialoog', SR 2004, afl. 4, p. 147.

105 Besluit van de Sociaal-Economische Raad van 20 mei 2016, houdende beleidsregels over de bepaling van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers, ten behoeve van de advisering over de samenstelling van de Sociaal-Economische Raad.

komen. De regels met betrekking tot organisaties van werkgevers laat ik verder buiten beschouwing.

Artikel 4 van het besluit bevat de criteria waaraan vakcentrales moeten voldoen om te kunnen worden aangewezen als organisatie die gerechtigd is tot benoeming van SER-leden. In de eerste plaats dient een vakcentrale ten minste twee jaar een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid te zijn en de organen van die vereniging dienen voorts door leden te worden gekozen via een vorm van verkiezingen. In de tweede plaats dienen de statuten van de vakcentrale te bepalen dat de vakcentrale zich de behartiging van de sociale en economische belangen van de bij haar aangesloten bonden of werknemers ten doel stelt. De interne organisatie van de vakcentrale dient zodanig te zijn dat de leden de informatie ontvangen die hun sociaaleconomische belangen betreffen en dat besturende, beleidsbepalende en controlerende organen aan de leden periodiek verantwoording afleggen.¹⁰⁶ In de derde plaats dient de vakcentrale onafhankelijk te zijn. De financiële draagkracht van de vakcentrale is het vierde criterium en tot slot dienen de individuele leden van de vakcentrale of daarbij aangesloten bonden voldoende gespreid te zijn over het hele land en de verschillende sectoren.

Het besluit bepaalt voorts in artikel 5 dat een vakcentrale slechts representatief kan zijn voor een bepaalde groep van werknemers die zij beoogt te organiseren, indien zij een niet onbetekenend aantal leden heeft die tot die groep behoren. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'niet onbetekenend' aantal leden, dient volgens de toelichting op het besluit acht te worden geslagen op de omvang van het feitelijk aantal leden, de omvang van de groep die zij beoogt te vertegenwoordigen, het ledental van andere organisaties in dezelfde groep en relevante sociaaleconomische omstandigheden.¹⁰⁷

Het Besluit beleidsregels representativiteit is de meest recente versie van de oorspronkelijke richtlijnen voor de beoordeling van de representativiteit van organisaties in verband met de uitvoering van de Wet op de Bedrijfsorganisatie en de Wet op de ondernemingsraden uit 1954.¹⁰⁸ De oorspronkelijke richtlijnen uit 1954 zijn in 1977 vervangen door andere richtlijnen voor de beoordeling van representativiteit van organisaties van ondernemers en werknemers.¹⁰⁹ Aan de richtlijnen uit 1977 – en daarmee aan de vervanging van de richtlijnen uit 1954 – lag een advies van de SER uit 1975 ten grondslag omtrent de representativiteit van organisaties bij de samenstelling van publiekrechtelijke organisaties.¹¹⁰

106 Toelichting bij artikel 4 van het Besluit van de Sociaal-Economische Raad van 20 mei 2016, houdende beleidsregels over de bepaling van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers, ten behoeve van de advisering over de samenstelling van de Sociaal-Economische Raad.

107 Toelichting, t.a.p., art. 5.

108 Vastgesteld door de SER in de vergadering van de Raad op 15 januari 1954.

109 Besluit van de Sociaal-Economische Raad tot het vaststellen van richtlijnen voor de beoordeling van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers, te hanteren door de raad en zijn commissies in het kader van de vervulling van de hun bij of krachtens de wet opgedragen adviserende of beslissende taken terzake van de samenstelling van publiekrechtelijke colleges van 19 augustus 1977.

110 *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976.

De SER adviseerde de minister bij of krachtens de wet nadere representativiteitseisen te stellen ten behoeve van de samenstelling van publiekrechtelijke colleges in het algemeen, welk advies de minister overigens niet volgde. In het advies formuleerde de Raad een aantal criteria op basis waarvan de representativiteit van organisaties beoordeeld kon worden en die criteria ging de Raad zelf wel gebruiken. De Raad verdeelde deze criteria in kwalitatieve en kwantitatieve criteria.

Kwalitatieve criteria

De Raad stelde in de eerste plaats dat een organisatie minimaal twee jaar in het bezit zou moeten zijn van volledige rechtspersoonlijkheid, dat de organisatie de rechtsvorm van een vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid zou moeten hebben en dat de besturende en beleidsvormende en controlerende organen via verkiezingen door de leden gekozen moeten worden en aan de leden periodiek verantwoording af moeten leggen. In de tweede plaats zou de vereniging zich de behartiging van de sociale en economische belangen, of van bepaalde van die belangen, van de bij haar of bij haar ledenvereniging aangesloten werknemers statutair tot doel moeten hebben gesteld. Voorts diende de vereniging onafhankelijk te zijn van enige andere organisatie die tot doel heeft de sociaaleconomische belangen te behartigen van personen die niet behoren tot dezelfde sociaaleconomische categorie als de leden van de vereniging. De financiële daadkracht was het laatste beoordelingscriterium.

Kwantitatieve criteria

Naast de hiervoor genoemde kwantitatieve criteria zijn er volgens het SER-advies kwalitatieve criteria op basis waarvan beoordeeld diende te worden of een vakorganisatie representatief is. Een organisatie kan volgens het SER-advies slechts representatief zijn voor een bepaalde groep werknemers indien zij een niet onbetekenend aantal leden heeft en deze leden voldoende over de groep zijn gespreid. Een absoluut of minimumaantal leden heeft de SER niet gegeven. Volgens het SER-advies gaat het erom dat het ledental van een organisatie in een groep (die de organisatie beoogt te vertegenwoordigen) niet onbetekenend zou mogen zijn in vergelijking tot het ledental in diezelfde groep van andere organisaties. Dit kan volgens het SER-advies ook een bepaalde laag zijn, dus hoger personeel, ondernemingen in het MKB, etc. De vergelijking wordt dan gemaakt met het aantal leden dat andere organisaties hebben in die laag.¹¹¹ De vereiste spreiding is verschillend naar gelang de groep die een organisatie beoogt te organiseren. Om als representatief op het niveau van het gehele bedrijfsleven te kunnen worden aangemerkt moeten de centrale organisaties voldoen aan de eis van voldoende spreiding van de leden over het hele land en over de sectoren van het bedrijfsleven. Bovendien moet in dat geval zijn voldaan aan spreiding over groepen werknemers met verschillende functies.¹¹² Om als representatief op het niveau van een sector te kunnen worden aangemerkt moeten organisaties voldoen aan de eis van spreiding over de hele sector en over verschillende functies binnen de sector en voor representativiteit op ondernemingsniveau geldt dat er voldoende spreiding over de verschillende functieniveaus moet zijn.

¹¹¹ Idem, p. 13.

¹¹² Idem, p. 14.

Een vergelijking tussen de criteria die zijn opgenomen in het thans geldende besluit beleidsregels representativiteit uit 2016 en het SER-advies uit 1976 en de daarop gebaseerde richtlijnen uit 1977, brengt mee dat de door de SER te hanteren criteria voor het vaststellen van representativiteit van organisaties in veertig jaar nagenoeg gelijk zijn gebleven.

Voldoende representativiteit

Zoals hiervoor kort aangestipt heeft de SER ten aanzien van ledentallen geen minimumaantal of bepaald minimumpercentage gegeven. Het gevolg hiervan kan zijn dat een organisatie representatief is op basis van de hiervoor besproken kwantitatieve en kwalitatieve criteria, terwijl van die organisatie slechts een beperkt deel van de werknemers die (door deze organisatie) wordt vertegenwoordigd, lid is. De SER heeft hierover opgemerkt dat bij de beoordeling van de representativiteit van een organisatie uiteraard steeds moet worden bezien in hoeverre van een 'bevredigende organisatorische vertegenwoordiging' kan worden gesproken.

De inmiddels vervallen Wet op de Bedrijfsorganisatie bepaalde dat voor het instellen van een bedrijfslichaam nodig was dat een 'voldoende' representatieve organisatorische vertegenwoordiging van de betrokken ondernemers en de betrokken werknemers instemde met die instelling. Voor het vaststellen van een 'voldoende' representatieve vertegenwoordiging gold tot 1999 als minimum, dat van de ondernemers 50 procent (gemeten naar aantal of naar sociaaleconomische betekenis) en van de werknemers 20 procent moet zijn aangesloten bij de organisaties die de instelling van een bedrijfslichaam wensen.¹¹³ Een herziening van de Wet op de Bedrijfsorganisatie in 1999 was aanleiding voor de SER op dit punt nieuwe richtlijnen te ontwerpen.¹¹⁴ Deze nieuwe richtlijnen brachten mee dat voor de beoordeling van 'voldoende representatieve organisatorische vertegenwoordiging' aan werknemerszijde alleen nog werd aangesloten bij de kwantitatieve en kwalitatieve criteria uit het SER-advies van 1976 (die inmiddels waren vastgelegd in de Verordening representatieve organisaties).¹¹⁵ Indien een of meer andere werknemersorganisaties bezwaar zouden maken tegen de instelling van een bedrijfslichaam gold dat de werknemersorganisaties die wilden overgaan tot het instellen van een bedrijfslichaam gezamenlijk meer leden binnen de werkingssfeer van dat lichaam moesten hebben dan de bezwaar makende organisaties gezamenlijk. De SER erkende dat de nieuwe richtlijnen aan werknemerszijde een versoepeling van de oude grenswaarden meebrachten, maar volgens de SER waren de oude grenswaarden niet meer goed toepasbaar omdat in de praktijk problemen waren gerezen om eenduidige en betrouwbare gegevens te kunnen verkrijgen over de organisatiegraad van werknemers

113 *Advies inzake het vraagstuk van de voldoende representatieve organisatorische vertegenwoordiging, bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie* (advies van 3 oktober 1954, SER), Den Haag: SER 1954.

114 Besluit van de Bestuurskamer van de Sociaal-Economische Raad van 19 december 2000 houdende richtsnoeren voor de advisering inzake de representativiteit van het organisatorische draagvlak van bedrijfslichamen.

115 Verordening van de Sociaal-Economische Raad van 15 september 2000 houdende criteria ter bepaling van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van verwerknemers ten behoeve van de samenstelling van publiekrechtelijke colleges op centraal, bedrijfstak- en regionaal niveau, alsmede criteria voor de toewijzing van zetels in deze colleges aan representatieve organisaties van ondernemers en van werknemers (geldend van 28 januari 2001 t/m 31 december 2014).

omdat de administratie van werknemersorganisaties daarvoor niet was ingericht en vanwege steeds wisselende werknemersbestanden.¹¹⁶ Vanwege de opheffing van de Wet op de bedrijfsorganisatie gelden voornoemde richtlijnen niet meer en geldt thans alleen nog het eerder besproken besluit beleidsregels representativiteit.

Het minimumpercentage van 20% in het kader van de beoordeling van de mate van representativiteit: voldoende of niet, is ook terug te vinden in de toelichting op de thans niet meer geldende Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters met betrekking tot de oude ontbindingsvergoeding ex artikel 7:685 (oud) BW.¹¹⁷ In de Aanbevelingen stond dat in geval van een ontbinding wegens een reorganisatie van de onderneming in beginsel een vergoeding zou worden toegekend overeenkomstig een ter zake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk overeengekomen was door de werkgever met tot de cao-onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins *voldoende* representatieve vakorganisaties. Uit de toelichting op deze aanbeveling volgt dat het uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag of een sociaal plan is afgesloten door voldoende representatieve vakorganisaties is, dat (een) vakorganisatie(s) in ieder geval (evident) representatief beschouwd wordt (worden) in het geval zij respectievelijk bijna 25% en meer dan 20% van het personeel vertegenwoordigt (of bij meerdere vertegenwoordigen).¹¹⁸ In hoofdstuk 6 kom ik op deze aanbevelingen terug. Met invoering van de Wwz is de ontbindingsvergoeding 'oude' stijl overigens vervallen en daarmee ook de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

3.5.2.3 *Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en het Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000*

De Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf 2000) bevat – zoals de titel van de wet doet vermoeden – regels met betrekking tot de verplichte deelname aan een pensioenregeling in een bedrijfstak. Wanneer een pensioenregeling verplicht wordt gesteld, geldt deze voor iedereen die onder de werkingssfeer valt. De verplichtstelling brengt mee dat de pensioenregeling dus ook gaat gelden voor werkgevers die geen lid zijn van een werkgeversorganisatie die de pensioenregeling is aangegaan en werknemers die niet georganiseerd zijn, of niet lid zijn van een werknemersorganisatie die partij is bij de regeling.

Heemskerk onderscheidt twee grondslagen van de verplichtstelling.¹¹⁹ Dit zijn:

1. de eliminatie van de concurrentie op arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak en
2. het sociale belang van eenzelfde pensioenvoorziening voor iedereen in de bedrijfstak.

¹¹⁶ Toelichting bij Besluit van de Bestuurskamer van de Sociaal-Economische Raad van 19 december 2000 houdende richtsnoeren voor de advisering inzake de representativiteit van het organisatorische draagvlak van bedrijfslichamen.

¹¹⁷ Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters d.d. 8 november 1996, Overig 1996, 000, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008, Overig 2008, 000 (i.w.tr. 30-10-2008).

¹¹⁸ Toelichting bij aanbeveling 3.7.

¹¹⁹ M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 92.

Beide grondslagen zijn ook terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van de Wet Bpf 2000 en de Wet Bpf uit 1949.¹²⁰ De verplichtstelling waarborgt dat alle deelnemende werknemers (ook zwakke groepen op de arbeidsmarkt) het voordeel van een collectieve pensioenvoorziening kunnen genieten en neemt de mogelijkheid van concurrentie door het niet geven van pensioen weg.¹²¹ Het elimineren van concurrentie is blijkens de parlementaire geschiedenis een belangrijke reden om bijvoorbeeld ook zelfstandigen onder de verplichtstelling te kunnen brengen.¹²² De mogelijkheid van werkgevers niet deel te nemen aan een bedrijfstakpensioenfonds leidt overigens niet alleen tot concurrentie op arbeidsvoorwaarden, maar ook tot risicoselectie. Als verzekeringstechnisch goede risico's niet deelnemen, blijven dure negatieve risico's over waardoor de financiering onder druk komt te staan.¹²³

Verplichtstelling geschiedt op verzoek van sociale partners die een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigen. Dit vereiste is in de wet opgenomen vanwege de ingrijpende gevolgen van een verplichtstelling voor niet- of anders-georganiseerde werkgevers en bij die werkgevers in dienst zijnde werknemers. De verplichtstelling maakt inbreuk op de contractsvrijheid en behoeft derhalve een rechtvaardiging. Die rechtvaardiging vindt zijn grond in de omstandigheid dat de verplichtstelling door een belangrijke meerderheid in de bedrijfstak wordt gedragen.¹²⁴ In de systematiek van de Wet Bpf 2000 vindt toetsing van dit draagvlak plaats door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De bij de toetsing van het draagvlak in acht te nemen procedure is vastgelegd in de huidige Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000. De toetsing van het draagvlak wordt in het toetsingskader de representativiteitstoets genoemd.

Van representativiteit aan werkgeverszijde is in ieder geval sprake, indien de werkgeversorganisaties die een aanvraag van verplichtstelling ondertekenen ten minste 60% van de werknemers in de bedrijfstak vertegenwoordigen. Vertegenwoordigen wil in dit verband zeggen: werken bij een georganiseerde werkgever. Kortom, het gaat om de volgende berekening:

Aantal werknemers in dienst van de verzoekende, georganiseerde werkgevers in (deel van) bedrijfstak.	
/	
Aantal werknemers in (deel van) bedrijfstak.	X 100%

Bij een percentage dat ligt tussen de 55% en 60% vindt de verplichtstelling in beginsel plaats tenzij uit ingediende bedenkingen blijkt dat het draagvlak voor de verplichtstelling gering

120 De Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Wet van 17 maart 1949, Stb. 1949, J 121).

121 *Kamerstukken II 1946/47, 785, 5, p. 11.*

122 'Dat ook de zelfstandigen eventueel verplicht moeten kunnen worden om tot een bedrijfsfonds toe te treden [...] vindt naast de sociale overweging evenzeer zijn grond in het streven naar het elimineren van factoren, die de onderlinge concurrentievoorwaarden in een bedrijfstak beïnvloeden.' Zie: *Kamerstukken II 1946/47, 785, 5, p. 12.*

123 M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 93.

124 *Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 5.*

is of er een zeer scheve spreiding van de meerderheid binnen de werkingssfeer bestaat. Uit het toetsingskader volgt dat wanneer niet alle werknemersorganisaties de verplichtstelling hebben ondertekend, dit een indicatie is voor een gering draagvlak. Een indicatie voor een zeer scheve spreiding is de betrokkenheid van alleen grote bedrijven of de onevenredige vertegenwoordiging van een deelsector. Bij een percentage van minder dan 55% vindt in beginsel geen verplichtstelling plaats. Wanneer een verplichtstelling ook betrekking heeft op zelfstandigen dient in de berekening van het meerderheidsvereiste ook met deze groep rekening te worden gehouden. Volgens het toetsingskader dient dat te geschieden door niet alleen de werknemers in dienst van georganiseerde werknemers te tellen, maar ook zelfstandigen aan wie opdrachten worden verleend. Het aantal werkenden (werknemers en zelfstandigen) voor georganiseerde werkgevers wordt dan gedeeld door het totale aantal werknemers en zelfstandigen dat binnen de werkingssfeer van de verplichtstelling actief is.

De representativiteit aan werknemerszijde wordt in beginsel bepaald door de inhoud van de statuten. Als de statuten van een werknemersorganisatie bepalen dat de vereniging bevoegd is tot het maken van arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak, wordt ervan uitgegaan dat de werknemersorganisatie voldoende representatief is. Dat een aanvraag wordt ingediend door representatieve werkgeversorganisaties samen met werknemersorganisaties brengt mee dat in eerste instantie voldoende duidelijk is dat ook steun voor de aanvraag bestaat bij werknemers, althans dat volgt uit de parlementaire geschiedenis.¹²⁵ Uit de parlementaire geschiedenis volgt evenwel dat wanneer bedenkingen zijn ingediend tegen de representativiteit van werknemersorganisaties, een nadere toets dient plaats te vinden. Deze toets moet worden verricht door de Stichting van de Arbeid en houdt in dat wordt gekeken naar de representativiteit van de bij de verplichtstelling betrokken werknemersorganisaties in relatie tot de representativiteit van de overige werknemersorganisaties die in de bedrijfstak actief zijn, waarbij voor de beoordeling van de representativiteit is verwezen naar de 'SER-toets' (waarmee waarschijnlijk is bedoeld de in de vorige paragraaf besproken criteria).¹²⁶ In het toetsingskader is deze toets anders verwoord. Daarin staat dat wordt gekeken naar de organisatiegraad van de werknemersorganisaties die de verplichtstelling hebben ondertekend in relatie tot de organisatiegraad bij de overige werknemersorganisaties die in de bedrijfstak actief zijn.¹²⁷ Een toets van de organisatiegraad impliceert dat daarbij alleen ledenaantallen betrokken worden, terwijl de 'SER-toets' veel ruimer is.

3.5.2.4 Wet Cao

De Wet Cao stelt amper eisen aan werknemersorganisaties. Om een cao aan te kunnen gaan is slechts vereist dat een werknemersorganisatie een vereniging is met volledige rechtspersoonlijkheid en dat de statuten met name noemen dat de vereniging bevoegd is een cao aan te gaan. Uit het verenigingsrecht vloeit overigens voort dat een vereniging minimaal twee leden moet hebben. De statuten van de vereniging spelen een belangrijke rol bij het bepalen van de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het verenigingsrecht hanteert als uitgangspunt dat bij de vertegenwoordiging van leden door (het bestuur van)

¹²⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 6 en 7.

¹²⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 6 en 7.

¹²⁷ Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, paragraaf 3.1.

een vereniging geldt, dat de vereniging binnen de grenzen van haar bevoegdheid moet hebben gehandeld om leden te kunnen binden aan besluiten. Deze grenzen worden bepaald door de statuten van de vereniging. In het cao-recht geldt dit uitgangspunt onverkort.

Het belang van de inhoud van de statuten op de verhouding tussen een vereniging en haar leden was aan de orde in de Recron-zaak.¹²⁸ Recron is een ondernemersvereniging in de recreatiebranche waarvan ook zwembadondernemers lid kunnen worden. Op enig moment is door Recron conform de statuten onderhandeld over een nieuwe cao-recreatie en is binnen Recron – eveneens conform de statuten – door de leden gestemd over het onderhandelingsakkoord. De stemming bracht mee dat het bestuur van Recron statutair bevoegd was de cao aan te gaan. Een aantal zwembadondernemers dat lid was van Recron (en tegen het onderhandelingsresultaat had gestemd) verzette zich evenwel tegen deze nieuwe cao en deze leden stelden dat hun belangen op grove wijze zouden zijn veronachtzaamd. De rechtbank overwoog dat deze zwembadondernemers vrijwillig hadden gekozen voor het lidmaatschap van Recron en dat zij wisten dat toen zij lid werden van Recron en zich aan de statuten van Recron conformeerden, dat Recron niet alleen de belangen van de zwembaden, maar van de hele recreatiebranche behartigde. Zij behoorden er rekening mee te houden dat deze belangen niet altijd parallel zouden lopen en dat op basis van een belangenafweging tot besluitvorming zou worden gekomen, waarbij de kans bestond dat zij gebonden zouden raken aan besluiten waarin zij zich niet zouden kunnen vinden. Dat is volgens de rechtbank nu eenmaal inherent aan het in de statuten neergelegde besluitvormingssysteem waaraan zij zich door hun lidmaatschap hebben geconformeerd.¹²⁹ Vanwege de binding van leden aan een cao vereist de Wet Cao dat de statuten van een vereniging deze bevoegdheid met name noemen, zodat leden weten dat zij door hun lidmaatschap aan cao's gebonden kunnen worden. In hoofdstuk 4 bespreek ik de Wet Cao nader en analyseer ik waarom in de Wet Cao amper eisen aan vakbonden worden gesteld.

In hoofdstuk 6 bespreek ik de rechtspraak in het kader van de toelating tot het cao-overleg en de rol die de representativiteit daarbij speelt, zodat ik deze rechtspraak in dit hoofdstuk verder onbesproken laat en op deze plaats volsta met een verwijzing.

3.5.2.5 *Wet Avv en het Toetsingskader AVV*

Cao-bepalingen kunnen op verzoek van één of meer werkgevers of door één of meer verenigingen van werkgevers of werknemers die partij zijn bij een cao door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend worden verklaard. In het Toetsingskader AVV is nader voorgeschreven waaraan een dergelijk verzoek dient te voldoen alvorens het in behandeling wordt genomen.¹³⁰ Als gevolg van de verbindendverklaring van cao-bepalingen worden werkgevers en werknemers die buiten de cao zijn gebleven alsnog

128 Rb. Midden-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2422.

129 Rb. Midden-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2422, r.o. 4.23.6.

130 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (AVV), paragraaf 3.

aan cao-bepalingen gebonden.¹³¹ Met de verbindendverklaring van cao-bepalingen wordt, kort gezegd, bewerkstelligd dat ondergraving van een cao door loonconcurrentie door ongebonden werkgevers wordt tegengegaan. In hoofdstuk 7 staat de verbindendverklaring van cao-bepalingen centraal en daarin komt ook het doel van de verbindendverklaring en de wenselijkheid daarvan aan de orde.

Zoals ook geldt voor de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds, heeft het verbindend verklaren van cao-bepalingen ingrijpende gevolgen. De verbindendverklaring maakt inbreuk op de individuele contractsvrijheid en behoeft daarom een rechtvaardiging. Die rechtvaardiging vindt haar grond in de omstandigheid dat cao-bepalingen slechts voor verbindendverklaring in aanmerking komen indien zij al gelden voor een belangrijke meerderheid van de in een sector werkzame personen.¹³² Dit meerderheidsvereiste (ook wel het representativiteitsvereiste genoemd) wordt op dezelfde wijze berekend als de verplichtstelling. Het aantal werknemers werkzaam bij aan de cao gebonden werkgevers, die onder de werkingssfeer van de cao vallen, wordt uitgedrukt in een percentage van het totale aantal werknemers binnen de werkingssfeer van de cao. Uit Paragraaf 4.1 van het Toetsingskader AVV volgt dat voor het berekenen van de meerderheid niet slechts dient te worden gekeken naar het aantal werkgevers en werknemers dat aan een cao gebonden is, maar dat het gaat om het aantal werknemers dat werkzaam is bij aan de cao gebonden werkgevers die naar de aard van functie respectievelijk werkzaamheden binnen de werkingssfeer van de cao zouden vallen.¹³³ Het gaat dus om leden en niet-leden in dienst van aan de cao gebonden werkgevers. Voor deze berekeningsmethode is steun te vinden in de wetsgeschiedenis. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het bij de telling van het meerderheidsvereiste niet alleen gaat om werkgevers en arbeiders die bij de cao partij zijn en daaraan zijn gebonden, maar ook om werkgevers en arbeiders die de cao toepassen.¹³⁴ Het gaat aldus om 'de werkingssfeer in de praktijk'¹³⁵ en dit criterium laat zelfs ruimte bij de telling van het meerderheidsvereiste ook rekening te houden met ongebonden werkgevers en hun werknemers, indien zij de cao feitelijk toepassen of volgen.¹³⁶ In het Fabricom-arrest oordeelde de Hoge Raad onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat – overeenkomstig het Toetsingskader AVV – voor het berekenen van de 'meerderheid' gekeken dient te worden naar het aantal gebonden werkgevers en alle bij hen

131 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 3, p. 5*: “de verbindendverklaring (geldt) niet alleen voor hen, die niet door de collectieve arbeidsovereenkomst gebonden zijn, maar ook voor hen, die zulks wel zijn. Dit is noodig, omdat de rechtstoestand van alle bedrijfsgenooten na de verbindendverklaring dezelfde behoort te zijn. Liet men de door het collectief contract gebonden buiten de verbindendverklaring vallen, dan zouden zij door wijziging of ontbinding der collectieve arbeidsovereenkomst in een andere positie komen dan de niet door die overeenkomst gebonden werkgevers en arbeiders. Ook ten aanzien van de rechtsvorderingen, die van de verbindendverklaring het gevolg kunnen zijn, behoort gelijkheid te bestaan tusschen beide categorieën van werkgevers en arbeiders.”

132 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 2-3, p. 4*: “De verbindendverklaring behoort tot grondslag te hebben den overeenstemmenden wil van de groote meerderheid van werkgevers en arbeiders tot invoering van een bepaalde regeling der arbeidsvoorwaarden in een bedrijf.”

133 Paragraaf 4.1 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV), per 1 januari 2014.

134 *Handelingen II 1936/37, 274, p. 2002 en 2003*.

135 *Handelingen II 1936/37, 274, p. 2002 en 2003*.

136 Zie ook W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 102.

in dienst zijnde werknemers.¹³⁷ Dat is dus inclusief niet-leden. Het aantal ongebonden werkgevers dat de cao feitelijk toepast of volgt, zonder daartoe op grond van de Wet cao gehouden te zijn, valt echter buiten de 'meerderheid'. Op grond van artikel 2 lid 4 Wet Avv kan de verbindendverklaring ook betrekking hebben op cao-bepalingen betreffende aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht. In het Toetsingskader AVV is bij de berekening van het meerderheidsvereiste voorzien in de mogelijkheid dat een cao ook betrekking kan hebben op groepen werkenden die anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten. Wanneer een cao of cao-bepaling bijvoorbeeld betrekking heeft op zelfstandigen, wordt het meerderheidsvereiste berekend op basis van het aantal bij gebonden werkgevers in dienst zijnde werknemers die onder de cao vallen en zelfstandigen aan wie deze werkgevers opdrachten verschaffen, uitgedrukt in een percentage van het totale aantal werknemers en zelfstandigen binnen de werkings sfeer van de cao. Het Toetsingskader AVV verschilt op dit punt niet van het Toetsingskader Wet Bpf 2000. Wanneer in een sector evenwel niet zonder meer duidelijk is hoeveel personen als zelfstandigen werkzaam zijn, levert dit problemen op. Op de website van het CBS zijn cijfers te vinden over het aantal per sector werkzame zelfstandigen. Gegevens daarover kunnen namelijk worden gedestilleerd uit de cijfers van het CBS over het aantal bedrijven per sector. Het CBS heeft deze bedrijven gerangschikt naar bedrijfsgrootte en één categorie bedrijven betreft bedrijven waar maar één persoon werkzaam is.¹³⁸ Het CBS heeft ook een onderverdeling gemaakt tussen de rechtsvorm van de bedrijven, waarbij onderscheid is gemaakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Hoewel er dus wel cijfers zijn te vinden over het aantal zelfstandigen (of kleine bedrijven) per sector, kan uit deze cijfers evenwel niet worden afgeleid hoe structureel zelfstandigen per sector werken. Voorstelbaar is dat in sectoren als de bouw arbeid op structurele basis als zelfstandige wordt verricht dan in andere sectoren, maar dit kan ik niet baseren op de cijfers van het CBS. Bij de berekening van het meerderheidsvereiste ten aanzien van zelfstandigen, lijkt mij evenwel de omvang van het door zelfstandigen verrichte werk een relevant gegeven om rekening mee te houden. Het is oneigenlijk bij het totale aantal zelfstandigen in een sector volledig rekening te houden met zelfstandigen die slechts op incidentele basis werkzaamheden verrichten of zelfs een geheel slapend bestaan als zelfstandige leiden.

Voor de verbindendverklaring van cao-bepalingen is niet alleen een volstrekte meerderheid noodzakelijk, maar ook dat deze meerderheid 'belangrijk' is. Het vereiste 'belangrijke meerderheid' is daarmee een "mixtum van de volledige objectiviteit en het persoonlijke inzicht" van de minister.¹³⁹ Dat het bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen moet gaan om een 'belangrijke' meerderheid brengt volgens de wetsgeschiedenis mee dat niet (snel) tot verbindendverklaring zal worden overgegaan wanneer sprake is van een krappe meerderheid.¹⁴⁰ Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een 'belangrijke' meerderheid komt het naast de omvang van de meerderheid (is die groot genoeg) aan op de betekenis die een cao in de sector heeft. Fase heeft in dit kader benadrukt dat de minister in zijn overwegingen kan betrekken of de meerderheid in voldoende mate over de betrokken bedrijfstak gespreid is, of alle categorieën werknemers voor wie de cao de rechtspositie

137 HR 10 juni 1983, NJ 1984, 147 (Fabricom), m.nt. P.A. Stein.

138 CBS Statline, Bedrijven; bedrijfstak, 22 januari 2018.

139 *Handelingen II* 1936/37, 274, p. 2002 en 2003.

140 *Handelingen II* 1936/37, 274, p. 2002 en 2003.

beoogt te regelen ook feitelijk zijn betrokken en of de belangrijkste vakbonden partij zijn bij de cao.¹⁴¹ In paragraaf 4.1. van het Toetsingskader AVV is het belangrijke vereiste als volgt uitgewerkt. Een meerderheid wordt in elk geval als belangrijk gekwalificeerd wanneer de meerderheid 60% of meer is. Bij een meerderheid van minder dan 55% is in beginsel geen sprake van een belangrijke meerderheid, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Als de meerderheid tussen de 55% en 60% ligt, is sprake van een belangrijke meerderheid, tenzij het draagvlak voor de cao binnen het werkingsfeergebied gering is of er een scheve verdeling van de meerderheid binnen het werkingsfeergebied bestaat.

Onvoldoende betrokkenheid van een vakbond bij het cao-overleg is niet een afzonderlijke grond voor het indienen van een bedenking tegen de verbindendverklaring, althans een bedenking in verband met onvoldoende betrokkenheid bij het cao-overleg zal als evident kansloos worden aangemerkt.¹⁴² Wanneer evenwel tegen een cao bedenkingen worden ingediend terwijl niet alle vakbonden die actief zijn in de sector bij het cao-overleg zijn betrokken, kan dat een indicatie zijn dat er onvoldoende draagvlak voor de verbindendverklaring is.

Opmerkelijk aan het meerderheidsvereiste zoals dat in het Toetsingskader AVV is vormgegeven, is dat voor de verbindendverklaring van cao-bepalingen met name de organisatiegraad aan werkgeverszijde van belang is. Een hoge organisatiegraad aan werkgeverszijde zal snel leiden tot verbindendverklaring. Dit is slechts anders wanneer ondanks een hoge organisatiegraad veel grote werkgevers ongeorganiseerd zijn. De representativiteit van werknemersorganisaties speelt slechts een heel bescheiden rol bij de verbindendverklaring, namelijk alleen indien het meerderheidsvereiste tussen de 55% en 60% ligt. In dat geval bepaalt het Toetsingskader AVV dat onderzocht moeten worden wat het draagvlak van een cao in de sector is alvorens tot verbindendverklaring kan worden overgegaan. Bij een percentage van meer dan 60% is dit onderzoek niet voorgeschreven. Volgens Fase kan de minister bij de beoordeling van een verzoek tot verbindendverklaring altijd in zijn overwegingen betrekken of de betrokken vakbonden voldoende representatief zijn, omdat aan de minister bij de beoordeling van de *belangrijkheid* van de meerderheid een zekere mate van beleidsvrijheid is gegeven.¹⁴³ Fase heeft zeker een punt, maar dit komt niet terug in het Toetsingskader AVV.

3.5.2.6 Wet melding collectief ontslag

Een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van minimaal 20 werknemers in een werkgebied binnen drie maanden te beëindigen wegens bedrijfseconomische omstandigheden, is op grond van de Wet melding collectief ontslag (Wmco) verplicht hiervan melding te doen aan het UWV en in overleg te treden met belanghebbende

141 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 104.

142 Paragraaf 3.2 van het Toetsingskader.

143 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 104.

vakbonden.¹⁴⁴ Het overleg met of de raadpleging van de bonden heeft betrekking op de mogelijkheid ontslagen te voorkomen of het aantal ontslagen te verminderen, alsmede op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten. De wet beoogt vermindering of beperking van werkloosheid door tijdige overheidsbemoeïing in de sfeer van arbeidsmarktbeleid en het stimuleren van overleg met vertegenwoordigers van werknemers.¹⁴⁵

Over de verplichte raadpleging van de bonden in het kader van een collectief ontslag stelde de minister in de parlementaire geschiedenis dat reeds in brede kring de opvatting leefde dat een werkgever met werknemersverenigingen in overleg treedt over een omvangrijk ontslag. Die opvatting kwam volgens de minister niet alleen tot uitdrukking in een aantal cao's, maar ook in het SER-besluit Fusiegedragsregels 1971.¹⁴⁶ De minister wilde met een verplichte raadpleging deze kennelijke gedragsregel bevorderen. Als belanghebbende vereniging van werknemers wordt in de Wmco aangemerkt: een vereniging, die in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt, krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen, als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is, voorts ten minste twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid en als zodanig aan de werkgever bekend is. Volgens de minister beoogde deze definitie te voorkomen dat het UWV uitspraak zou moeten doen over de representativiteit van eventueel te raadplegen vakbonden.¹⁴⁷

De definitie van belanghebbende vereniging is ruim, zodat een vereniging van werknemers snel als belanghebbende vereniging in de zin van de Wmco kan worden aangemerkt. In 2009 oordeelde de kantonrechter Lelystad dat ook wanneer 'slechts enkele werknemers bij een vakbond zijn aangesloten', sprake kan zijn van een belanghebbende vakvereniging in de zin van de Wmco.¹⁴⁸ De werkgever had geen bonden geraadpleegd omdat de organisatiegraad in zijn onderneming dusdanig laag was dat geen aanleiding bestond de bonden te raadplegen, maar de werkgever werd daarin niet gevolgd door de kantonrechter. Een vakbond is overigens als belanghebbende vereniging bekend bij de werkgever indien de vakbond schriftelijk aan de werkgever te kennen heeft gegeven dat zij prijs stelt op meldingen als bedoeld in de Wmco. Het kan een werkgever ook anderszins bekend worden dat een vakbond een belanghebbende vereniging in de zin van de Wmco is en derhalve geraadpleegd dient te worden. Bovendien kunnen meerdere vakbonden belanghebbend zijn. Ook een vakbond die niet betrokken is bij eerder cao-overleg kan als belanghebbende vereniging worden aangemerkt. De werkgever heeft op dit punt een onderzoeksplicht.

144 De Wmco is een uitwerking van de Europese Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, later gewijzigd bij Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, *Kamerstukken II 1974/75*, 13324, 3, p. 6 en 7.

145 *Kamerstukken II 1974/75*, 13324, 3, p. 5.

146 *Kamerstukken II 1974/75*, 13324, 3, p. 8.

147 *Kamerstukken II 1974/75*, 13324, 3, p. 13.

148 Ktr. Lelystad 28 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI2857.

3.5.2.7 Burgerlijk Wetboek

Het Burgerlijk Wetboek bevat dwingende bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken. Tegenover dwingende bepalingen staan aanvullende bepalingen waarvan steeds bij overeenkomst kan worden afgeweken. Van sommige wettelijke bepalingen kan alleen bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken en van enkele bepalingen is afwijken alleen bij cao toegestaan. De laatste soort bepalingen worden bepalingen van driekwartdwingend recht genoemd. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de ratio achter bepalingen van driekwartdwingend recht is dat het niet bezwaarlijk is wanneer bij cao van beschermende wettelijke bepalingen wordt afgeweken, omdat de belangen van de betrokken werknemers dan immers toch voldoende gewaarborgd zijn.¹⁴⁹ Het uitgangspunt bij bepalingen van driekwartdwingend recht is dat vakbonden op gelijkwaardige wijze kunnen onderhandelen met werkgevers, waarmee de machtsongelijkheid is gecompenseerd.¹⁵⁰ Driekwartdwingend recht biedt cao-partijen de mogelijkheid zelf (mede) inhoud te geven aan het arbeidsrecht, hetgeen kan leiden tot een groter draagvlak van de betreffende regeling of meer maatwerk voor ondernemingen of bedrijfstakken.¹⁵¹ Voor driekwartdwingend recht wordt gekozen indien het gaat om belangrijke bescherming van werknemers, waarbij de mogelijkheid van afwijking wenselijk is en er tegelijkertijd voldoende waarborg dient te bestaan dat de bescherming van de werknemers niet te gemakkelijk opzij wordt gezet.¹⁵² De regering heeft bij introductie van bepalingen van driekwartdwingend recht geen eisen gesteld omtrent de representativiteit van vakbonden.

In het arrest Bollemeijer/TPG overwoog de Hoge Raad dat een aan de cao gebonden werkgever ook een beroep kan doen op een in de cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht ten opzichte van een ongebonden werknemer (zie over ongebonden werknemers hoofdstuk 4 en 5). De Hoge Raad overwoog dat aangenomen moet worden dat ook in de bescherming van de ongebonden werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest. Dit brengt volgens de Hoge Raad onder meer mee dat partijen in hun arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een cao.¹⁵³ De mate waarin een vakbond (voldoende) representatief is, speelt in de overwegingen van de Hoge Raad geen rol (zie hierover nader hoofdstuk 6). Op basis van het arrest Bollemeijer/TPG wordt in de rechtspraak aangenomen dat wanneer de toepasselijkheid van een cao is overeengekomen (zie hierover hoofdstuk 5), een aan de cao gebonden werkgever in beginsel¹⁵⁴ steeds een beroep kan doen op afwijkingen van driekwartdwingend recht ten opzichte van ongebonden werknemers.¹⁵⁵

149 *Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 9.

150 A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011, afl. 1, p. 14.

151 *Kamerstukken II* 1996/97, 25426, 1 (notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht'), p. 5.

152 *Idem*, p. 5.

153 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (Bollemeijer/TPG), r.o. 3.3.

154 Wanneer de representativiteit van de vakbonden in het geding is, wordt hierover wel anders geoordeeld. Zie daarover hoofdstuk 5.

155 N. Jansen, 'De cao en het schriftelijkheidsvereiste in het arbeidsrecht', *TvO* 2018, afl. 1, p. 25.

Met de Wwz zijn twee nieuwe bepalingen van driekwartdwingend recht in de wet gekomen en bijzonder daarbij is dat de wetgever daarbij wel eisen aan vakbonden heeft gesteld. Ik bereek deze nieuwe bepalingen. Met invoering van de Wwz is het mogelijk bij cao af te wijken van de (in de Ontslagregeling door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gestelde) regels voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen, mits in de cao een onafhankelijke commissie is aangewezen waarnaar de ontslagtaak van het UWV is overgeheveld. De mogelijkheid bij cao af te wijken van het zogenoemde afspiegelingsbeginsel komt tegemoet aan de in de praktijk bestaande behoefte bij een bedrijfseconomisch ontslag (meer) op kwaliteit te kunnen selecteren. Het afspiegelingsbeginsel dient de rechtszekerheid en voorkomt willekeur, maar kwaliteitselectie is daarbij niet mogelijk. Als in een cao wordt geopteerd voor alternatieve selectiecriteria dienen cao-partijen een onafhankelijke en onpartijdige commissie op te richten die de ontslagtaak van het UWV overneemt. De Wwz heeft getracht balans te brengen tussen het creëren van ruimte om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel en het recht doen aan de beschermingsgedachte van dit beginsel.¹⁵⁶ Privatisering van (een deel van) het ontslagrecht heeft overigens eerder op de politieke agenda gestaan. Het oorspronkelijke wetsvoorstel Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht uit 2005 bevatte een wijziging van het ontslagrecht die – net als de Wwz – meebracht dat de ontslagtaak van het UWV (toen nog CWI) kon worden overgedragen aan een cao-commissie¹⁵⁷, maar die wijziging haalde de eindstreep (toen) niet.¹⁵⁸ In de toelichting op zowel de Wwz als het wetsvoorstel uit 2005 wees de minister op een reeds bestaande praktijk waarin bij cao alternatieve selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag werden geformuleerd en waarbij cao-partijen zelf middels commissies de verantwoordelijkheid voor een rechtens correcte toepassing daarvan droegen.¹⁵⁹

Bijzonder aan deze privatisering van (een deel van) het ontslagrecht is dat de cao waarin wordt afgeweken van het afspiegelingsbeginsel en een ontslagcommissie wordt aangewezen, niet kan worden aangewezen door iedere vakbond die ook een cao kan aangaan. Voor het aangaan van een ontslag-cao is op grond van artikel 7:761a lid 3 nodig dat een vakbond in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder zijn leden telt, krachtens zijn statuten ten doel heeft de belangen van zijn leden als werknemers te behartigen, die als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar in het bezit is van volledige rechtspersoonlijkheid.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze (representativiteits)eisen in de wet zijn opgenomen om het onafhankelijke karakter van de cao-ontslagcommissie te waarborgen. Ik wijs in dit verband op de volgende overweging van de minister:

156 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 23.

157 *Kamerstukken II* 2005/06, 330370, 2.

158 *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, 17.

159 Zie: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 47 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, 3, p. 23-24. Zie ook: D.F. Berkhout & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 111-156 en A.H. van Empel & R. Hansma, 'Praktijkervaring met een cao-commissie', *ArA* 2015, afl. 1.

“Als het gaat om de onafhankelijkheid van de cao-commissie is in het wetsvoorstel geregeld dat het moet gaan om een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie. Voorkomen moet immers worden dat het verzoek om toestemming (mede) wordt beoordeeld door de indiener van het verzoek. De onafhankelijkheid van de commissie wordt verder gewaarborgd doordat het instellen van de commissie een uitkomst is van cao-onderhandeling waarbij ten minste één onafhankelijke vereniging van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid betrokken is. De regering is van mening dat de primaire verantwoordelijkheid voor zowel de samenstelling van de commissie als het waarborgen van de onafhankelijkheid daarvan, in eerste instantie bij cao-partijen zelf ligt. [...]”¹⁶⁰

Een belangrijk onderdeel van de Wwz is invoering van de wettelijke transitievergoeding. Blijkens de memorie van toelichting was het een expliciete wens van sociale partners bij cao af te kunnen wijken van de wettelijke transitievergoeding.¹⁶¹ Sociale partners wilden de bevoegdheid behouden zelf voorzieningen te treffen voor het bevorderen van werk-naar-werk-transities.¹⁶² Teneinde aan deze wens van sociale partners tegemoet te komen is artikel 7:673b BW in de wet opgenomen, op grond waarvan de transitievergoeding niet verschuldigd is, indien in een cao een gelijkwaardige voorziening is opgenomen. Onder een gelijkwaardige voorziening wordt verstaan een voorziening in geld of natura (of een combinatie daarvan) die het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wet.¹⁶³ De gelijkwaardige voorziening kan bijvoorbeeld bestaan uit een eigen vergoedingsregeling, scholingsactiviteiten, outplacement of een bovenwettelijke WW-regeling.¹⁶⁴ De transitievergoeding is op grond van artikel 7:673b lid 1 BW niet verschuldigd indien in een cao een met de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening is opgenomen. Daarvoor is op grond van artikel 7:673b lid 2 BW wel vereist dat de cao is aangaan door een vakbond die aan dezelfde eisen voldoet als die gelden bij de hiervoor besproken ontslag-cao. In de parlementaire geschiedenis is de beweegreden van deze eisen in het kader van de gelijkwaardige voorziening niet toegelicht.

3.6 Een vluchtige blik over de grens

Een blik over de grenzen leert dat er grote verscheidenheid bestaat ten aanzien van de wijze waarop in ons omringende landen het cao-stelsel is vormgegeven, welke rol het concept van representativiteit daarin speelt en hoe de representativiteit van vakorganisaties wordt beoordeeld. Hoewel een grondig onderzoek naar een of meerdere stelsels buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie daarover hoofdstuk 1), misstaat een korte bespreking van in elk geval een aantal stelsels en de verschillende criteria die daarin zoal worden gebruikt niet. Bij het bespreken van deze verschillende stelsels (Frankrijk, België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk) baseer ik mij overigens op de Nederlandse literatuur die hierover is verschenen. In Frankrijk spelen verkiezingen een belangrijke rol bij het selecteren van de meest representatieve vakbonden die het cao-overleg mogen voeren. Op basis van

¹⁶⁰ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 21.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 42. Zie ook: *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten* (Stichting van de Arbeid 11 april 2013), p. 30.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 42 en 114.

¹⁶⁴ Zie over de gelijkwaardige voorziening uitgebreid: N. Jansen, ‘De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?’, *TvO* 2017, nr. 3.

verkiezingen moet worden vastgesteld of een vakbond voldoende *audience* (een achterban) heeft. Naast het hebben van een achterban wordt in Frankrijk bij de beoordeling van representativiteit nog van belang geacht of een vakbond daadwerkelijk actief is in het kader van collectieve onderhandelingen (dynamisme), ervaring heeft, leden en een staf van voldoende omvang heeft en een zekere periode bestaat.¹⁶⁵ Het criterium *audience* valt op en vertoont gelijkenissen met het door de SER benadrukte element van het draagvlak van cao-afspraken. Een verschil is dat bij verkiezingen de *audience* vooraf wordt gemeten, terwijl in de draagvlakbenadering de *audience* achteraf wordt gemeten. Het Belgische stelsel kent net als Frankrijk een systeem van erkenning van representatieve organisaties, waarbij overigens opmerking verdient dat de organisatiegraad in België veel hoger is dan in Frankrijk (en Nederland) en in België de vakorganisaties een belangrijke rol spelen bij de uitvoering van de sociale zekerheid.¹⁶⁶ Om als nationale vakorganisatie erkend te kunnen worden, is nodig dat de vakorganisatie interprofessioneel is georganiseerd, zich richt op het gehele land, zitting heeft in belangrijke adviesraden en minimaal 50.000 leden heeft. Slechts vakorganisaties die bij erkende nationale organisaties zijn aangesloten kunnen vervolgens in aanmerking komen voor de erkenning als representatieve vakorganisatie. Om daadwerkelijk mee te kunnen onderhandelen over collectieve arbeidsvoorwaarden is nog nodig dat deze vakorganisaties representatief zijn op het niveau waarop wordt onderhandeld. Daarbij spelen zaken als stabiliteit en structuur van de organisaties, alsmede de financiële middelen van de organisatie een rol. In het Verenigd Koninkrijk geeft registratie als onafhankelijke vakbond door de *Certification Officer* bepaalde voordelen die niet-geregistreerde vakbonden niet hebben.¹⁶⁷ In de Duitse grondwet is de vakbondsvrijheid geregeld in artikel 9 (lid 3). Om aanspraak te kunnen maken op deze vrijheid moet een vakbond volgens de Duitse rechtspraak aan een aantal criteria voldoen. De vakbond moet als doel hebben de behartiging van sociaaleconomische belangen (van leden ten opzichte van de staat en werkgevers). Het lidmaatschap moet vrijwillig zijn. Een vakbond moet een democratische structuur hebben, onafhankelijk van staat, werkgever, politiek en kerk. Een vakbond moet een zekere continuïteit hebben en een 'cross sectoral' karakter. Om rechtsgeldig een cao aan te kunnen gaan moet een vakbond bovendien 'tariffähig' zijn en hieruit volgt volgens Jaspers dat een vakbond macht moet kunnen uitoefenen om een tegenpartij onder druk te kunnen zetten.¹⁶⁸ Een vakbond moet dus bereid zijn te staken.

165 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1, p. 15 t/m 19 en I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 240 en E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 109 en F. Grapperhaus, 'Voor alles is een tijd. Over het belang van een vernieuwde cao', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 97 e.v.

166 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1, p. 15 t/m 19 en I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 240.

167 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1, p. 15 t/m 19 en I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 240.

168 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1, p. 15 t/m 19.

3.7 Afronding

Vakorganisaties zijn ledenorganisaties die primair opkomen voor de belangen van leden. Dat neemt niet weg dat vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg daarnaast de belangenbehartiging van niet-leden in meer of minder mate voor hun rekening nemen. Die dubbele taakstelling hoeft niet bezwaarlijk te zijn wanneer een vakbond voldoende representatief is. De representativiteit van een organisatie drukt een relatie uit tussen een organisatie en de groep die zij beoogt te vertegenwoordigen. Een organisatie is representatief te noemen indien ze aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden of kenmerken beantwoordt, die haar tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maken van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen.

Op basis van algemene cijfers over het ledenbestand van de vakbeweging kan geconcludeerd worden dat oudere werknemers met vaste contracten oververtegenwoordigd zijn in het ledenbestand van de vakbeweging. Deze algemene cijfers rechtvaardigen evenwel niet de veronderstelling dat vakbonden onvoldoende representatief zijn. Vanwege de veelsoortigheid van het cao-overleg en de diversiteit van verschillende vakbonden kan daar niet te veel over gezegd worden op basis van algemene cijfers over het ledenbestand van dé vakbeweging. De oververtegenwoordiging van oudere werknemers met vaste contracten is wel een indicatie dat de representativiteit van organisaties bij de arbeidsvoorwaardenvorming in meer of mindere mate onder druk staat.

Hoewel de Wet Cao geen eisen stelt aan vakbonden, worden op andere plaatsen in de Nederlandse wet- en regelgeving dergelijke eisen aan vakbonden wel gesteld. Soms worden deze aanvullende eisen gesteld in het kader van een aan vakbonden wettelijk toegekende (publiekrechtelijke) bevoegdheid (Wet op de Sociaal-Economische Raad, Wmco), soms houden deze eisen verband met de inbreuk op de individuele contractsvrijheid (Wet Bpf 2000 en Wet Avv)¹⁶⁹ en soms houden deze eisen verband met de gewenste en noodzakelijk geachte onafhankelijkheid van vakbonden (BW). Opmerking verdient dat in de Wet Bpf 2000 en de Wet Avv niet zozeer eisen worden gesteld aan vakbonden, maar veeleer aan het draagvlak (bij de verbindendverklaring beperkt tot het draagvlak aan werkgeverszijde) dat voor de akkoorden bestaat waarvan verplichtstelling en verbindendverklaring wordt verzocht. Hoewel in de Wet Bpf 2000 de representativiteit van vakbonden die partij zijn bij een akkoord en om verplichtstelling verzoeken nog een zekere rol speelt, doet de representativiteit van vakbonden er bij de verbindendverklaring niet of nauwelijks toe.

Uit de wet- en regelgeving kunnen de volgende elementen worden gedestilleerd die een rol spelen bij het beoordelen van de representativiteit van een enkele vakbond of meer vakbonden samen:

- a) het hebben van rechtspersoonlijkheid voor een periode van minimaal twee jaar;
- b) het zijn van een vereniging met interne organen die via verkiezingen door leden worden gekozen en aan leden verantwoording afleggen;

¹⁶⁹ Wanneer men ten aanzien van ontslag-cao's de semi-institutionele leer aanhangt, zal men hiertoe ook het BW rekenen.

- c) een statutaire doelstelling hebben die gericht is op de sociaaleconomische belangenbehartiging van leden;
- d) onafhankelijkheid;
- e) financieel daadkrachtig;
- f) in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder zijn of hun leden tellen;
- g) voldoende spreiding van leden over de groep;
- h) een niet onbetekenend ledenaantal;
- i) meerderheid van alle leden georganiseerd hebbend;

Een aantal zaken valt op. In de eerste plaats worden in wet- en regelgeving geen absolute ledentallen of percentages genoemd bij de beoordeling van de vraag of sprake is van voldoende representativiteit. Tot 1999 hanteerde de SER in dit kader een percentage van minimaal 20% van de werknemers bij de instelling van een bedrijfslichaam. Van 1999 tot 2015, toen de bedrijfslichamen werden opgeheven, werd door de SER voor de beoordeling van de voldoende representativiteit van werknemersorganisaties gebruikgemaakt van het criterium of de werknemersorganisaties die wilde overgaan tot het instellen van een bedrijfslichaam gezamenlijk meer leden binnen de werkingssfeer van dat lichaam hadden dan de bezwaar makende (representatieve) organisaties gezamenlijk. Percentages over (absolute) ledentallen en organisatiegraad hadden dus plaatsgemaakt voor de verhouding van leden van de ene organisatie ten opzichte van andere organisaties. Deze wijze van beoordeling van voldoende representativiteit is ook te vinden in de Wet Bpf 2000. Als tegen een verplichtstelling bezwaar wordt gemaakt, wordt bekeken of de werknemersorganisaties die om de verplichtstelling verzoeken meer leden hebben dan de werknemersorganisaties die daartegen bezwaar hebben.

In het SER-advies over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken¹⁷⁰ kan steun worden gevonden voor het belang van draagvlak als element bij de beoordeling van de representativiteit van organisaties. De SER heeft in zijn advies immers benadrukt dat vakbonden hun legitimiteit (lees: de bevoegdheid namens en voor werknemers arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen) naast ledental ook ontleen aan de maatschappelijke acceptatie en het vertrouwen dat zij genieten. Daarvoor is de waardering van de cao-afspraken van groot belang is.¹⁷¹ Als het resultaat van het cao-overleg op een groot draagvlak kan rekenen, zijn de onderhandelende organisaties er kennelijk in geslaagd voldoende rekening te houden met de verschillende betrokken belangen. Het draagvlak van cao-afspraken is daarmee een indicatie dat de onderhandelende organisaties kunnen worden aangemerkt als betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder(s) van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen.

Ik sluit dit hoofdstuk af met een opmerking over de Wet Cao. In de Wet Cao worden nauwelijks eisen aan vakbonden gesteld. De enige eisen die in de Wet Cao zijn gesteld, is dat een vakbond een vereniging is met volledige rechtspersoonlijkheid en statutair bevoegd is cao's aan te gaan. Aan deze eisen is eenvoudig te voldoen en representativiteitseisen wil

¹⁷⁰ *Verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 2013/03), Den Haag: SER 2013.

¹⁷¹ *Idem*, p. 23.

ik het niet noemen. Een en ander brengt mee dat ook een niet-representatieve vakbond op grond van de Wet Cao rechtsgeldig een cao kan aangaan. Ook voor de verbindendverklaring is de mate waarin de vakbond representatief is, niet of nauwelijks relevant. Als het ledenbestand van een vakbond geen goede afspiegeling vormt van de groep werknemers die hij beoogt te vertegenwoordigen en dus niet representatief is kan dat in het cao-overleg ten koste gaan van de belangen van niet-leden. Wanneer de belangen van groepen werkenden onvoldoende behartigd worden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, kan dat negatieve gevolgen hebben voor het draagvlak van cao's waardoor de waarde van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming onder druk komt te staan. In de volgende 4 hoofdstukken analyseer ik in hoeverre met de representativiteit van vakbonden in het cao-recht rekening wordt gehouden en of de afwezigheid van een wettelijke representativiteitstoets te rechtvaardigen is met het oog op de belangen van niet-leden.

Grondslagen van de Wet Cao

4.1 Inleiding

De cao is in Nederland de belangrijkste manier waarop werkgevers en werknemers inhoud geven aan collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Andere vormen van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, zoals de tussen werkgevers en ondernemingsraden gesloten ondernemingsovereenkomsten winnen langzaam terrein,¹ maar de dekkingsgraad van cao's is nog onverminderd hoog. De cao wordt door de Wet Cao getypeerd als *overeenkomst* tussen werkgever(s) en werknemers over arbeidsvoorwaarden. De keuze voor een privaatrechtelijke grondslag, paste bij de wijze waarop aan het einde van de 19^{de} eeuw in de praktijk cao's werden gesloten. Cao's kwamen allemaal tot stand na onderhandelingen tussen werkgever(s) en werknemers en droegen het karakter van een overeenkomst. Overigens vond de keuze voor een privaatrechtelijke grondslag steun bij het grootste deel van de (Nederlandse) juristen in die tijd. Op een in 1905 door de (toenmalige) Nederlandse Juristenvereniging gehouden vergadering over de cao stemde een ruime meerderheid voor de erkenning van de cao als overeenkomst² en ook in de literatuur die aan het begin van de 20^{ste} eeuw over de cao verscheen, werd veelal betoogd dat de cao moest worden gezien als overeenkomst (met weliswaar een bijzonder karakter).³ Uitzonderingen vormden Eyssell, die de cao slechts zag als sociaal verschijnsel en niet als rechtsfiguur,⁴ en onder andere Hamaker, die de cao beschouwde als gemeenschappelijk (wetgevende) daad van werkgevers en werknemers⁵, welke opvatting later ook steun vond in het werk van Sinzheimer⁶.

1 Zie ter illustratie: I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, 'Maak arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en or makkelijker mogelijk', *FD* 23 maart 2018.

2 Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel II, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 105.

3 Zie onder meer: J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 447 – 507; A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905; J.F. Houwing, 'De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 1905-1832, 1833, 1948 t/m 1951; P. Lotmar, 'Die tarifverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern', *Braun's Archiv*, XV, p. 1 – 122. Zie Ook J. Rückert, *Philipp Lotmar Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Mein: Keip Verlag 1992, p. 433 - 554.

4 A.P.Th. Eyssell, 'De „collectieve arbeidsovereenkomst”: regtststituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 60 – 143.

5 H.J. Hamaker, 'De collectieve arbeidsovereenkomst', *Weekblad van het Recht* 1905-8227, p. 3 – 4.

6 H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin: Duncker & Humlot 1977.

De cao en de individuele arbeidsovereenkomst zijn nauw met elkaar verbonden doordat bij cao arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld die bestemd zijn voor individuele arbeidsovereenkomsten. De nauwe band tussen cao en arbeidsovereenkomst werd door de minister aan het begin van de 20^{ste} eeuw tijdens de parlementaire behandeling van artikel 1637n BW – de voorloper van de Wet Cao – als volgt beschreven:

“Het collectieve arbeidscontract, door in bepaalde vakken de arbeidsvoorwaarden te reglementeeren, bereidt en effent daardoor als het ware het terrein voor de arbeidsovereenkomst in den eigenlijken zin. Het verhoogt en consolideert voor hen, die bij de arbeidsovereenkomst in den eigenlijken zin betrokken zijn, de rechtszekerheid. Het schuift tusschen de wet en arbeidsovereenkomst, die op deze wet is gebaseerd, een nieuwen factor, ten gevolge waarvan en waardoor die overeenkomst een tweeden meer krachtige steun ontvangt.”⁷

Het bijzondere karakter van de cao roept vragen op met betrekking tot de invloed die de cao heeft (of zou moeten hebben) op individuele arbeidsovereenkomsten. Immers – om met de woorden van de minister te blijven spreken – voor welke arbeidsovereenkomsten bereidt en effent een cao het terrein en in welke mate? Anders gesteld, voor welke arbeidsovereenkomsten geldt een cao en bestaat voor partijen bij individuele arbeidsovereenkomsten de vrijheid af te wijken van een cao of behoren zij zich te houden aan de normen die in de cao zijn gesteld? Deze vragen betreffen respectievelijk de draagwijdte van de cao en de hegemonie van de cao ten opzichte van individuele arbeidsovereenkomsten.⁸ Hieraan is ook de vraag verbonden aan welke eisen een vakbond eventueel dient te voldoen alvorens een cao aan te kunnen gaan.

In dit hoofdstuk bespreek ik de keuze van de regering voor een contractuele grondslag van de cao. Nu deze keuze voor een belangrijk deel is gebaseerd op de literatuur die in het begin van de 20^{ste} eeuw over de cao als sociaaleconomisch verschijnsel is verschenen, zal ik aan deze literatuur en de daarin uitgedachte constructies ten aanzien van de cao eerst aandacht besteden (paragraaf 2.2). De keuze voor een contractuele grondslag van de cao heeft gevolgen voor de draagwijdte van de cao. In het tweede deel van dit hoofdstuk (paragraaf 2.4) bespreek ik de draagwijdte van de cao en besteed ik aandacht aan de hegemonie van de cao ten opzichte van individuele arbeidsovereenkomsten. Het regelingsbereik van de cao is op basis van de Wet Cao beperkt tot leden van cao-partijen en dat verklaart waarom in de wet geen eisen in het kader van representativiteit aan vakbonden worden gesteld.

4.2 Theorieën over de cao

4.2.1 Aandacht voor de cao in de juridische literatuur

Aan het begin van de 20^{ste} eeuw verschenen in Nederland de eerste juridische publicaties over de cao. De aandacht die de cao in Nederlandse juridische literatuur kreeg heeft ermee te maken dat in die periode de cao als maatschappelijk verschijnsel in Nederland zijn intrede deed en in diezelfde periode in Frankrijk en Duitsland veel over de cao werd

⁷ A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 469.

⁸ *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 6.

geschreven.⁹ Daarbij komt dat men in die periode allerlei economische voordelen begon te verbinden aan de cao, zoals arbeidsrust, een verlaging van de transactiekosten en beter voorspelbare werkgeverslasten. Daarnaast zal een belangrijke rol hebben gespeeld dat een expliciete juridische basis van de cao in de Nederlandse wet ontbrak. Een groot deel van de discussie in de juridische wetenschap ging dan ook over de vraag of de cao überhaupt paste in het bestaande recht en of het wenselijk was de cao te erkennen als rechtsfiguur en zo ja, welke invloed de cao dan zou moeten hebben op individuele arbeidsovereenkomsten.¹⁰

De eerste Nederlandse jurist die uitgebreid aandacht besteedde aan de cao was Van Zanten. Hij schreef in 1903 een artikel in het tijdschrift *Rechtsgeleerd Magazijn*.¹¹ Van Zanten gaf in zijn artikel een opsomming van collectieve regelingen die in Nederland tussen werkgevers en werknemers waren gesloten en stelde vervolgens dat deze regelingen allemaal in enige mate het resultaat waren van onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers en het karakter van een overeenkomst hadden. “Met overeenkomsten hebben we dus te doen”, aldus Van Zanten.¹² Eyssell, de toenmalige voorzitter van de Hoge Raad, was een andere mening toegedaan en stelde zich in een artikel in *Themis* op het standpunt dat de cao helemaal niet kon worden gekwalificeerd als een obligatoire overeenkomst, omdat een cao geen verbintenissen deed ontstaan tussen de contracterende partijen.¹³ De cao paste volgens Eyssell niet in het Nederlandse privaatrecht en er was geen reden het privaatrecht aan de cao passend te maken. Hamaker was van mening dat de cao wel paste in het recht, maar hij betwistte echter – net als Eyssell – dat de cao moest worden opgevat als een overeenkomst. Volgens Hamaker was de cao een gemeenschappelijke (wetgevende) daad van een groter of kleiner aantal werkgevers en werknemers (*Vereinbarungstheorie*).¹⁴ Kortom, in de (Nederlandse maar ook buitenlandse) literatuur werden in hoofdzaak drie verschillende opvattingen over de cao verdedigd: de cao als louter sociaaleconomisch verschijnsel, de cao als overeenkomst en de cao als gemeenschappelijke (wetgevende) daad van werkgevers en werknemers. In de volgende subparagrafen bespreek ik een aantal theorieën. De eerste twee theorieën (*Vertretungstheorie* en *Verbandstheorie*) die ik afzonderlijk bespreek nemen de cao als privaatrechtelijke overeenkomst tot uitgangspunt. De derde theorie wijkt af van dat uitgangspunt en gaat uit van het idee dat de cao moet worden opgevat als gedelegeerde wetgeving (*Vereinbarungstheorie*). Omdat Eyssell vrijwel alleen stond in zijn opvatting dat de cao louter een sociaaleconomisch verschijnsel was en door het recht niet erkend diende te worden, bespreek ik zijn opvatting(en) niet afzonderlijk. De belangrijkste noties van het werk van Eyssell komen wel aan de orde bij het bespreken van de andere theorieën.

9 Zie onder meer: L.G. Kortenhorst en MAC M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst, juridisch en sociaal-economisch*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1930, p. 11.

10 Zie in dit verband: Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel II, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905.

11 J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 447-507.

12 Idem, p. 456.

13 A.P.Th. Eyssell, 'De „collectieve arbeidsovereenkomst”: regtststituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 75-94.

14 H.J. Hamaker, 'De collectieve arbeidsovereenkomst', *Weekblad van het Recht* 1905-8227, p. 3-4.

4.2.2 De Vertretungstheorie

De Vertretungstheorie neemt tot uitgangspunt dat een cao een overeenkomst is, waarbij individuele werknemers zelf partij zijn. Wanneer en voor zover een vakbond optreedt in de onderhandelingen, onderhandelt de vakbond niet voor zichzelf, maar als vertegenwoordiger van de individuele werknemers. Een belangrijke aanhanger van de Vertretungstheorie was Lotmar. Lotmar leefde van 1850 tot 1922, was professor in Bern en schreef aan het begin van de 20^{ste} eeuw als een van de eerste juristen over de cao.¹⁵ Lotmar werd door onder meer Drucker gezien als de juridische vader van de cao.¹⁶ Volgens Lotmar kon een cao van werknemerszijde slechts worden aangegaan door een veelheid van werknemers die dan ieder afzonderlijk partij bij de cao zouden worden. Hij achtte het wel noodzakelijk dat de werknemers zich bij de onderhandelingen over de cao zouden laten vertegenwoordigen, omdat hij het praktisch gezien onmogelijk achtte dat alle individuele werknemers, die samen de veelheid vormden, tegelijkertijd zouden gaan onderhandelen over een cao. De vertegenwoordiger – dat kon maar hoefde volgens Lotmar geen vakbond te zijn – die namens de werknemers onderhandelde bepaalde niet zelf de inzet van de cao-onderhandelingen, maar die werd bepaald door de werknemers. Volgens Lotmar kwam het echter vaak voor dat tijdens de onderhandelingen over een cao bleek dat de verkregen volmacht ontoereikend was, althans dat het onderhandelingsresultaat buiten de grenzen van de volmacht viel. Omdat een werknemersvertegenwoordiger zonder toereikende volmacht de vertegenwoordigde werknemers niet aan een onderhandelingsresultaat kon binden, kwam een onderhandelingsresultaat volgens Lotmar in geval van een ontoereikende volmacht slechts tot stand onder de voorwaarde dat de werknemers alsnog, dat wil zeggen na de onderhandelingen, hun goedkeuring aan het onderhandelingsresultaat zouden verlenen. Die goedkeuring zou het gebrek in de volmacht herstellen en pas vanaf dat moment kon sprake zijn van een cao omdat pas vanaf dat moment een veelheid van werknemers bij het onderhandelingsresultaat partij werd. Uit hoeveel werknemers een veelheid van werknemers zou moeten bestaan teneinde van een cao te kunnen spreken, wordt uit het werk van Lotmar niet duidelijk. Lotmar heeft geen nadere invulling gegeven aan het begrip ‘veelheid van werknemers’ en dit is een zekere zwakte in de door Lotmar voorgestelde constructie omdat het voor individuele werknemers en werkgevers nooit zonder meer duidelijk is of een overeenkomst kwalificeert als cao. De goedkeuring die een cao deed ontstaan, bij gebreke van een aanvankelijk toereikende volmacht, noemde Lotmar overigens: *anfänglichen Genehmigung*.

Een individuele werknemer die geen volmacht had verleend aan de vertegenwoordiger of die, bij gebreke van een toereikende volmacht, achteraf ook niet akkoord ging met het onderhandelingsresultaat, werd volgens Lotmar ook geen partij bij de cao en bleef buiten de werking van de cao. Een werknemer die aanvankelijk buiten de cao was gebleven, kon op dat standpunt terugkomen en op een later moment alsnog partij worden bij de cao.

15 P. Lotmar, ‘Die tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern’, *Braun’s Archiv*, XV, p. 1-122. Zie Ook J. Rückert, *Philipp Lotmar Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Mein: Keip Verlag 1992, p. 433-554.

16 Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 1637n BW, de voorloper van de Wet Cao, typeerde Drucker Philipp Lotmar letterlijk als de juridische vader van de collectieve arbeidsovereenkomst. Zie: A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 500.

Daarvoor was nodig dat hij de tot stand gekomen cao alsnog goedgekeurde of daarmee instemde. Lotmar noemde deze goedkeuring de *nachträgliche Genehmigung*. *Nachträgliche Genehmigung* deed een cao dus niet ontstaan, maar breidde haar werking uit.¹⁷ Deze uitbreidende werking van de cao lijkt overigens sterk op de wijze waarop in het Nederlandse cao-recht door middel van partij-afspraken een cao van toepassing kan worden op een individuele arbeidsovereenkomst, hetgeen ik in hoofdstuk 5 bespreek. Vanwege deze potentiële ruimere werking van de cao, die volgens Lotmar ook eigen was aan de cao, diende volgens Lotmar bij de onderhandelingen over de cao niet alleen rekening te worden gehouden met de belangen van werknemers die vooraf hadden ingestemd met de vertegenwoordiging, maar met de belangen van alle werknemers in een onderneming of sector die partij bij een cao zouden kunnen worden.¹⁸ Omdat bij de onderhandelingen over een cao rekening moest worden gehouden met de belangen van alle werknemers, vond Lotmar de vakbond minder geschikt als onderhandelaar nu die volgens Lotmar alleen de belangen van haar leden diende.

Kritiek op de Vertretungstheorie kwam onder meer van Eyssell, Van Zanten, Nelissen en Houwing. Zij stelden dat de Vertretungstheorie onvoldoende bescherming bood tegen afwijkingen van de cao in individuele arbeidsovereenkomsten, waardoor het doel van de cao, dat zij in navolging van Lotmar beschreven als: het uniformeren van arbeidsvoorwaarden, onvoldoende bereikt zou worden. Afwijkingen van de cao in individuele arbeidsovereenkomsten zouden op grond van de Vertretungstheorie namelijk volledig rechtsgeldig zijn, omdat partijen op grond van het verbintenissenrecht te allen tijde bevoegd zijn een overeenkomst te wijzigen die zij eerder zelf hebben gesloten. Anders gezegd, als een werknemer rechtstreeks partij werd bij een cao, zou het hem steeds vrijstaan in de individuele arbeidsovereenkomst af te wijken van hetgeen hij eerder in de cao was overeengekomen. In de tweede plaats stelden critici van de Vertretungstheorie dat de nakoming en handhaving van de cao op grond van de Vertretungstheorie onvoldoende gewaarborgd zou zijn, omdat de nakoming en handhaving volledig in handen zou liggen van individuele werknemers. Een vakbond zou hiervoor niet kunnen zorgen omdat die geen partij werd bij de cao. Individuele werknemers achtten zij ongeschikt om voor de nakoming en handhaving van de cao te zorgen, vanwege hun ondergeschikte positie ten opzichte van de werkgever.¹⁹ De winst die het collectief zou behalen bij de totstandkoming van de cao zou weer verloren gaan wanneer de nakoming en handhaving van de cao in handen van de individuele werknemer zouden worden gelegd. Tot slot verdient opmerking

17 *Nachträgliche Genehmigung* kan uitdrukkelijk geschieden, maar ook stilzwijgend door een arbeidsovereenkomst aan te gaan die conform de cao is en waarin geen afwijkende bedingen voorkomen. Wie als werknemer of werkgever zo'n arbeidsovereenkomst aangaat, zonder eigen regels te stellen, verklaart daarmee op dezelfde manier behandeld te willen worden als zijn beroepsgenoten, aldus Lotmar. P. Lotmar, 'Die tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern', *Braun's Archiv*, XV, p. 1-122. Zie Ook J. Rückert, *Philipp Lotmar Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Mein: Keip Verlag 1992, p. 433-554.

18 Zie ook: A.E.R. Peletier, *Leden-contracten* (diss. Universiteit Utrecht), Utrecht: Electricische Drukkerij L.E. Bosch & Zoon 1920, p. 7: "Lotmar denkt zich de verhouding aldus, dat de vertegenwoordiger, zonder daartoe last te hebben ontvangen, optreedt namens alle tegenwoordige en toekomstige vakgenooten, welke dan uitdrukkelijk of stilzwijgend de rechtshandeling die namens hen verricht was, kunnen goedkeuren en zoo tot C.A. partij kunnen worden."

19 Zie onder meer: J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 501.

dat met de Vertretungstheorie niet kon worden verklaard dat in de praktijk in een cao ook bepalingen voorkwamen die verplichtingen aan de vakvereniging oplegden of aan haar rechten toekenden.

Hoewel vrijwel alle aanhangers van de Vertretungstheorie – in lijn met kritiek – erkenden dat afwijkingen van de cao in individuele arbeidsovereenkomsten volkomen rechtsgeldig waren, betoogde Lotmar echter dat afwijkende bepalingen nietig waren. Het argument dat het een ieder vrijstaat later af te wijken van hetgeen hij eerder is overeengekomen, verwierp Lotmar met de stelling dat cao-partijen niet dezelfde waren als de partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst. Kenmerkend aan de cao was volgens Lotmar immers dat een ‘veelheid van werknemers’ optrad aan werknemerszijde. Een individuele werknemer kon volgens Lotmar dus niet zonder instemming van de andere werknemers, die ook partij waren bij de cao, rechtsgeldig afwijkende afspraken maken. Peletier heeft over dit argument van Lotmar opgemerkt dat Lotmar als partij aan werknemerszijde dus eigenlijk zocht naar een collectief en niet zozeer naar alle individuele werknemers afzonderlijk.²⁰ Dat collectief zou een vakbond kunnen zijn die dan niet als vertegenwoordiger, maar in eigen naam een cao sluit en die leden dan via de verenigingsband kan dwingen de cao na te leven. Precies deze constructie wordt de Verbandstheorie genoemd.

4.2.3 De Verbandstheorie

De Verbandstheorie bespreek ik aan de hand van het werk van Van Zanten. Volgens Van Zanten was het doel van de cao het scheppen van uniforme arbeidsvoorwaarden en de onderwerping van het individu aan de collectiviteit en om dat doel te kunnen verwezenlijken kon een cao van werknemerszijde slechts worden aangegaan door een of meer werknemersverenigingen.²¹ Als individuele werknemers partij zouden worden bij de cao, zouden zij – zoals hiervoor besproken – rechtsgeldig van de cao kunnen afwijken en dan zou de cao haar doel niet kunnen verwezenlijken. Anders dan de Vertretungstheorie bood de Verbandstheorie wel een waarborg tegen afwijkingen. Niet op grond van het verbintenisrecht, maar op grond van het verenigingsrecht en de statuten van een vereniging. Dat het destijds geldende verbintenisrecht ook op grond van de Verbandstheorie onvoldoende waarborg kon bieden tegen afwijkingen van de cao, hield er volgens Van Zanten verband mee dat individuele werknemers (zowel leden en niet-leden) geen partij werden bij de cao en als derden ten opzichte van de cao stonden. Omdat individuele werknemers geen partij werden bij de cao, kon een cao voor hen op grond van het verbintenisrecht geen rechten en verplichtingen meebrengen. Het verbintenisrecht zou hen dus niet kunnen beletten bij het aangaan van een individuele arbeidsovereenkomst in afwijking van de cao te contracteren. Afwijkingen achtte Van Zanten dan ook volledig rechtsgeldig en hij erkende daarmee de kritiek die ook op de Verbandstheorie bestond.

Zoals gezegd vond Van Zanten echter een waarborg tegen afwijkingen van de cao in het verenigingsrecht en – in het verlengde daarvan – de statuten van een vereniging. Individuele

20 A.E.R. Peletier, *Leden-contracten* (diss. Universiteit Utrecht), Utrecht: Electricische Drukkerij L.E. Bosch & Zoon 1920, p. 9.

21 J.H. van Zanten, ‘De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst’, *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 466.

leden die via hun lidmaatschap van een werknemers- of werkgeversvereniging 'meewerkten' aan de totstandkoming van een cao, verbonden zich volgens Van Zanten tegenover hun eigen vereniging geen andere voorwaarden in hun arbeidscontracten op te nemen dan die in de cao waren opgenomen. Zij waren dus voor de nakoming van de cao tegenover hun eigen vereniging aansprakelijk, aldus nog steeds Van Zanten.²² Van Zanten was van mening dat de vakvereniging ervoor diende te zorgen dat leden niet in afwijking van de cao zouden contracteren door middel van het stellen van een statutaire boete op dergelijke afwijkingen. Voorts moest volgens Van Zanten worden aangenomen dat de cao-partijen zich jegens elkaar verbonden hadden voor de nakoming van hun leden in te staan. Op grond van deze verplichting zou een cao-partij een andere cao-partij aansprakelijk kunnen stellen voor de wanprestatie van (een van) haar leden terwijl de aansprakelijk gestelde vereniging haar schade vervolgens zou kunnen verhalen op haar wanpresterende leden via de statutaire boetebepalingen.²³ Eyssell was er allerm minst van overtuigd dat moest worden aangenomen dat de werknemersvereniging bij het sluiten van een cao de bedoeling had aansprakelijkheid te aanvaarden voor de nakoming door haar leden, wanneer partijen dat niet uitdrukkelijk in de cao waren overeengekomen. Eyssell verwachtte dat een werknemersvereniging met een goedgevulde kas er eerder alles aan zou doen aan de aansprakelijkheid wegens de tekortkoming van een lid te ontkomen, dan dat zij die aansprakelijkheid zonder meer zou aanvaarden.²⁴ Eyssell betwistte dat een werknemersvereniging zich bij het aangaan van een cao überhaupt tot iets verplichtte en ook aan werkgeverszijde kon Eyssell geen verplichting ontdekken. Hij stelde dat de werkgever weliswaar zijn vrijheid deels opgaf, maar dat die onvrijheid niet rechtens afdwingbaar zou zijn, omdat daarbij geen op geld waardeerbaar belang van de vakvereniging was betrokken. Nelissen betwistte deze opvatting en stelde dat de toezegging van de werkgever die inhield dat hij bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten geen andere arbeidsvoorwaarden in acht zou nemen dan overeengekomen in de cao, toch echt meer was dan een 'vriendschapsdienst uit beleefdheid iemand toegezegd'. In het algemeen werd aangenomen dat voor de werkgever uit de cao een verplichting voortvloeide iets na te laten, namelijk na te laten in afwijking van de cao te contracteren bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

4.2.4 De Vereenbarungstheorie

De Nederlandse jurist Hamaker stelde dat de cao meer was dan een privaatrechtelijke overeenkomst waaruit voor partijen slechts subjectieve rechten zouden voortvloeiden. Volgens Hamaker was een cao veeleer een gemeenschappelijke daad van een groter of kleiner aantal werkgevers en werknemers die voor zichzelf regels van objectief recht vaststelden.²⁵ Hij zag de cao daarmee als daad van wetgeving, maar wel een met een minder verstrekkend gezag en van lagere rang. De cao kon immers niet in strijd zijn met de wet

22 Idem, p. 479.

23 In vergelijkbare zin: P.W.H. Truyen, 'Collectieve overeenkomsten tusschen arbeiders en werkgevers', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 461-516 en A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905.

24 A.P.Th. Eyssell, 'De „collectieve arbeidsovereenkomst”: regtststituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 85.

25 H.J. Hamaker, 'De collectieve arbeidsovereenkomst', *Weekblad van het Recht* 1905-8227, p. 3.

en een cao gold slechts tussen hen die aan de totstandkoming hadden meegewerkt of later waren toegetreden. Naast Hamaker was ook Merkelbach van mening dat de cao niet moest worden opgevat als overeenkomst, maar als daad van materiële wetgeving. Volgens Merkelbach was de cao niets anders dan een autonome verordening, uitgevaardigd door een gemeenschap van vakgenoten.²⁶ Sinzheimer publiceerde in 1915 een studie naar de cao onder de titel 'Ein Arbeitstarifgesetz' waarin hij zich eveneens op het standpunt stelde dat de cao niet met privaatrechtelijke uitgangspunten in overeenstemming te brengen was omdat de cao niet alleen een rechtsverhouding schiep tussen partijen, maar daarnaast ordening bracht in de kluwen van arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen.²⁷ De cao-bepalingen kwalificeerde hij als objectief recht en Sinzheimer vergeleek de cao met akkoorden zoals die tussen staten worden gesloten. Dergelijke akkoorden binden partijen, maar bevatten tevens normen voor de vertegenwoordigden.²⁸

4.3 De keuze voor de Verbandstheorie

4.3.1 Artikel 1637n BW: een vertaling van de praktijk en literatuur

Een gebrekkige ontwikkeling van de vakorganisatie in Nederland aan het einde van de 19^{de} eeuw was een belangrijke reden aanvankelijk geen bepaling over de cao op te nemen in het wetsvoorstel tot regeling van de arbeidsovereenkomst in 1907. Volgens de minister zou pas van een werkelijke toepassing van de cao sprake kunnen zijn wanneer de vakbeweging een vast georganiseerde vorm zou hebben aangenomen en een trap van hoge ontwikkeling zou hebben bereikt.²⁹ Kritiek op het ontbreken van een wettelijke bepaling omtrent de cao heeft de minister uiteindelijk doen besluiten toch een bepaling over de cao te ontwerpen. In artikel 1637n BW, de voorloper van de Wet Cao, werd de cao gedefinieerd als:

"[...] eene regeling, getroffen door een of meer werkgevers of eene rechtspersoonlijkheid bezittende verenigingen van werkgevers, met een of meer rechtspersoonlijkheid bezittende verenigingen van arbeiders, omtrent arbeidsvoorwaarden, bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten in acht te nemen."

Met 'eene regeling' werd bedoeld een overeenkomst.³⁰ De definitie van cao in artikel 1637n BW is in overeenstemming met de wijze waarop de hiervoor besproken Verbandstheorie de cao typeerde, te weten een overeenkomst die van werknemerszijde slechts kon worden aangegaan door een of meer werknemersverenigingen (met rechtspersoonlijkheid). De keuze voor de Verbandstheorie motiveerde de minister als volgt:

"De omschrijving van de collectieve arbeidsovereenkomst in het tweede lid is in overeenstemming met wat door de praktijk en de schrijvers dienaangaande wordt geleerd. Wanneer

26 H.M. Merkelbach, *Naar aanleiding van de collectieve arbeidsovereenkomst*, Amsterdam 1909, p. 69.

27 H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin: Duncker & Humlot 1977, p. 46.

28 Idem, p. 47.

29 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 469.

30 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 498: "Één ding staat vast naar aanleiding van de gevoerde debatten, [...], namelijk dat in deze zaal de collectieve arbeidsovereenkomst alleen beschouwd wordt als een afspraak, een regeling, gemaakt tusschen werkgevers aan en eenen en arbeiders aan den anderen kant."

de wettelijke regeling van het instituut wordt ter hand genomen, zal de definitie daarheen kunnen worden overgebracht.”³¹

Met betrekking tot de verwijzing naar de praktijk van het sluiten van cao's, werd door de minister in de eerste plaats gewezen op het – hiervoor reeds aangehaalde – artikel van Van Zanten in *Rechtsgeleerd Magazijn*, waarin hij op basis van een aantal toentertijd gesloten collectieve regelingen concludeerde dat deze collectieve regelingen allemaal het karakter van een overeenkomst hadden, vooraf waren gegaan door onderhandelingen en van werknemerszijde waren aangegaan door een of meer werknemersverenigingen, terwijl aan werkgeverszijde soms individuele werkgevers optraden en soms werkgeversverenigingen. Voorts werd door de minister expliciet gewezen op de collectieve arbeidsovereenkomsten die in 1900 en 1902 in het Amsterdamse Diamantbewerkersvak tot stand waren gebracht door de Algemene Nederlandsche Diamantbewerkers-Bond (ANDB) enerzijds en de Algemeene Juweliërs-Vereeniging (AJV) anderzijds. Henri Polak was erin geslaagd de verschillende werknemersverenigingen in het diamantbewerkersvak samen te smelten tot de ANDB. De ANDB werd gekenmerkt door een centraal gevoerd beleid, betaalde bestuurders, een sterke weerstandskas en hoge contributies en wist in 1899 ongeveer 6400 van de 9004 werklieden te organiseren. De kracht van de ANDB deed patroons in het diamantbewerkersvak besluiten zich eveneens te organiseren in de AJV. De collectieve regelingen die tussen de ANDB en de AJV tot stand waren gekomen, dienden voor de minister als voorbeeld bij het ontwerpen van een wettelijke definitie van de cao in artikel 1637n BW.

Met betrekking tot de verwijzing naar de literatuur kan de minister worden toegegeven dat in Nederland aan het begin van de 20^{ste} eeuw de Verbandstheorie de meeste aanhangers had.³² Een groot voorstander van de Verbandstheorie toonde zich ook de econoom Tasman. Tasman wees er aan het begin van de 20^{ste} eeuw in een artikel in de *De Economist* op dat bij veel werkgevers nog grote weerstand bestond tegen onderhandelingen met werknemers of besturen van werknemersverenigingen over arbeidsvoorwaarden waardoor de uitbreiding van de cao werd tegengehouden.³³ Tasman stelde zich op het standpunt dat werkgevers dienden te beseffen dat de cao ook voor hen voordelen kon opleveren en dat – in verband daarmee – werkgevers de vakvereniging als belangenbehartiger van de werknemers moesten erkennen. Een cao die van werknemerszijde was aangegaan door een vakvereniging leverde volgens Tasman voor werkgevers de meeste zekerheid van nakoming op en daarmee de grootste voordelen. Tasman verwoordde het als volgt:

“Alleen de vakvereniging kan zorgen voor zoveel dat gaat, dat het contract nagekomen wordt door hare leden. Tegenover individueele ongeorganiseerden staat in geval van conflict of niet nakoming de ondernemer machteloos. Tegen eene vereeniging kan hij optreden. Zij heeft fondsen, waarop schadevergoeding verhaald kan worden. Zij kan op hare beurt tegen de leden optreden. Zij kan beboeten. Zij kan tegen schending van het contract waken. Zij voelt grootter verantwoordelijkheid, dan losse ongeorganiseerden, die noch onderling noch tegenover den werkgever zich gebonden voelen. De vakvereniging blijft, al wisselen hare leden, al verhuizen deze, al overlijden zij. De ondernemer op zijn beurt blijft ook tegenover deze blijvende vereeniging gebonden, zijne medecontractanten verliezen niet hun belang

31 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 477.

32 Zie paragraaf 3.2.

33 H.J. Tasman, 'De economische en sociale beteekenis van het collectief arbeidscontract', *De Economist* 1906, p. 679-726.

bij het contract, zij verdwijnen niet. Ook voor de nakoming in rechte is het wenschelijk dat er eene vereeniging zij die aangesproken kan worden en op haar beurt kan aanspreken. Het is wenschelijk dat nakoming niet door individueele werklieden, die wellicht in dienst zijn van de betrokken patroons gevraagd worde, eene vakvereeniging staat in dat opzicht veel sterker. De vakvereeniging is blijvend en houdt het oog ook op de toekomst gericht, en stelt het belang der industrie boven dat van de individueelen werknemers. [...] Als iets de ervaring heeft geleerd, dan is het wel dat een vakvereeniging minder spoedig dan ongeorganiseerden, als deze eenmaal in beweging zijn gebracht, tot staking besluit, dat hoe grooter de vakvereeniging wordt, het bestuur hoe langer hoe meer de voorkeur geeft aan onderhandelen, en staking als een ultimum remedium beschouwt. Het bestuur eener goedgeleide vakvereeniging, kent beter dan de leden, veel beter dan de niet georganiseerden, den toestand der betrokken industrie, weet wat deze verdragen kan, wat niet.”³⁴

Gezegd kan worden dat de regering zich in het denken over de cao in sterke mate heeft laten beïnvloeden door de praktijk van het cao-overleg, de vorming van de ANDB onder leiding van Henri Polak, de juridische literatuur waarin de vakvereniging in overwegende mate werd aangewezen als cao-partij aan werknemerszijde en bovenstaand betoog van Tasman. De regering beschouwde de vakbond als dé hoedster van werknemersbelangen bij het aangaan van cao's en als de partij die voor handhaving daarvan zou moeten zorgdragen.³⁵

4.3.2 *Het vereiste van rechtspersoonlijkheid*

Artikel 1637n BW stelde aan werknemersverenigingen de voorwaarde dat zij rechtspersoonlijkheid dienden te bezitten alvorens een cao aan te kunnen gaan. Dit vereiste volgt niet direct uit de hiervoor besproken Verbandstheorie, maar veeleer uit de vormgeving van het toenmalige Nederlandse verenigingsrecht. Het toenmalige verenigingsrecht kende alleen aan een vereniging met rechtspersoonlijkheid het recht toe overeenkomsten te sluiten.³⁶ Een overeenkomst die werd aangegaan door een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid kon op grond van het verenigingsrecht slechts het bestuur binden en niet de vereniging zelf. Het verenigingsrecht bracht dus mee dat de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid nooit zelf partij kon worden bij een cao en derhalve ook niet zou kunnen opkomen tegen een schending van de cao aan werkgeverszijde omdat zij daarbij als derde geen belang zou hebben. Overigens kon ook alleen een vereniging met rechtspersoonlijkheid in rechte optreden.

In de juridische literatuur werd het vereiste van rechtspersoonlijkheid in verband met de vormgeving van het toenmalige verenigingsrecht onderschreven. Van Zanten wees erop dat het handhaven van een cao weinig bevredigende resultaten zou opleveren wanneer een werknemersvereniging wegens het ontbreken van rechtspersoonlijkheid niet zou kunnen worden aangesproken en geen nakoming van de overeenkomst zou kunnen vorderen. Een cao die van werknemerszijde niet werd aangegaan door een vereniging

34 Idem, p. 709-711.

35 Zie A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 495.

36 Artikel 12 Wet van den 22 April 1855, tot regeling en beperking der uitoefening van het regt van vereeniging en vergadering: “Vereenigingen, niet als regtspersonen volgens deze wet ingesteld of erkend, kunnen als zoodanig geene burgerlijke handelingen aangaan. De overeenkomsten namens haar gesloten [...] worden ten opzichte van [...] derden beschouwd als volgende de personen, welke de overeenkomsten gesloten [...] hebben, al is het ook dat in de overeenkomsten [...] de handelende personen slechts als gemachtigden of beheerders der vereeniging zijn aangewezen.”

met rechtspersoonlijkheid achtte Van Zanten met het oog op een gebrekkige handhaving nutteloos. Meijers was het met Van Zanten eens.³⁷ Ook Truyen was van mening dat een cao aan werknemerszijde het best kon worden aangegaan door een vereniging met rechtspersoonlijkheid zodat er één lichaam zou zijn dat voor nakoming kon zorgen of aansprakelijk kon worden gesteld, waardoor een collectieve regeling grotere voordelen zou kunnen behalen.³⁸ Ook Willeumier achtte het wenselijk dat aan werknemerszijde een werknemersvereniging met rechtspersoonlijkheid zou optreden, omdat tegenover de patroon een zo krachtig mogelijk (rechts)persoon moest staan die niet alleen bereid maar ook bekwaam was voor de belangen van de werknemers op te komen.³⁹

Onder andere Kamerlid Schaper verzette zich fel tegen het vereiste van rechtspersoonlijkheid omdat hij met name beducht was voor al te veel overheidsinvloed op het werk van vakbonden. Verenigingen kwamen op grond van het toenmalige verenigingsrecht slechts in aanmerking voor rechtspersoonlijkheid indien de statuten van overheidswege waren goedgekeurd. Schaper vreesde dat van overheidswege chicanes zouden worden opgeworpen tegen de ontwikkeling van het vakverenigingswezen wanneer een al te strikt goedkeuringsbeleid zou worden gevoerd.⁴⁰ Ook Merkelbach verzette zich in zijn dissertatie uit 1909 tegen het vereiste van rechtspersoonlijkheid.⁴¹ Hij was in de eerste plaats – net als Schaper – beducht voor de macht van de Kroon bij het verlenen van goedkeuring aan de statuten van de vakvereniging als constitutief vereiste voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Hij vond die macht ongewenst omdat die zich zou kunnen keren tegen vakverenigingen die de Kroon niet goed gezind waren. Daarnaast wees hij op de vertragende werking die het vereiste van rechtspersoonlijkheid kon hebben wanneer een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid op het punt stond een cao aan te gaan. De economische conjunctuur die juist voordelig was geweest voor het aangaan van de cao, zou nadelig kunnen veranderen in de periode dat de vakvereniging zou moeten wachten op het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. De minister pareerde voornoemde argumenten met de stelling dat een vakvereniging toch ook zeer eenvoudige statuten kon maken of gebruik kon maken van de statuten van reeds bestaande vakbonden en dat vakbonden niet hoefden te vrezen voor de macht van de Kroon omdat vakbonden toch geen politieke of antimilitaristische bewegingen waren.⁴² De minister wees er voorts op dat niet alleen de grootste vakvereniging van Nederland, de eerder genoemde ANDB, reeds rechtspersoonlijkheid bezat, maar dat dit gold voor de meerderheid van de toenmalige vakverenigingen.⁴³ Dit laatste werd door Meijers in 1905 bevestigd in zijn artikel in *Themis*. Volgens Meijers hadden 68 van de 98

37 E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 412.

38 P.W.H. Truyen, 'Collectieve overeenkomsten tusschen arbeiders en werkgevers', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 482 en p. 486.

39 Jb. Willeumier, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 84.

40 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 483.

41 H.M. Merkelbach, 'Naar aanleiding van de collectieve arbeidsovereenkomst', 1909 Amsterdam, p. 40-44.

42 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 497.

43 Idem, p. 531.

hem bekende landelijke vakverenigingen rechtspersoonlijkheid.⁴⁴ Tegenwoordig bestaat geen overheidstoezicht meer in het verenigingsrecht. In België bezitten vakbonden in de regel geen rechtspersoonlijkheid maar beschikken zij wel over procesbevoegdheid.⁴⁵

4.3.3 De Wet Cao is een voortzetting van artikel 1637n BW

Door een toename van het aantal vakverenigingen en cao's vroeg de praktijk in de periode na de Eerste Wereldoorlog om een uitgebreidere wettelijke regeling van de cao omdat artikel 1637n BW op veel vragen met betrekking tot de reikwijdte van de cao en de omvang van de rechtsgevolgen van de cao geen antwoord gaf.⁴⁶ Enkele leden van de Tweede Kamer hadden bezwaar tegen de civielrechtelijke uitbouw van de cao en waren van mening dat de cao in wezen geen gewone civielrechtelijke overeenkomst was. Zij waren van mening dat de cao 'van nature' publiekrechtelijke elementen bevatte die niet goed tot hun recht konden komen wanneer de cao privaatrechtelijk werd benaderd.⁴⁷ Zij stelden het als volgt:

“Door deze instelling [cao, n] te persen in het kader van het burgerlijk recht, bevordert men een ontwikkeling der collectieve arbeidsovereenkomst in verkeerde richting en belemmert men het tot stand komen van de dringend noodige publiekrechtelijke regeling.”⁴⁸

De regering stelde hiertegenover dat de cao juist op de contractuele grondslag een enorme vlucht had genomen, dat de contractuele bodem vruchtbaar was geweest en dat er alle reden was op de contractuele grondslag verder te bouwen.⁴⁹ De discussie over de grondslag van de cao bleef overigens beperkt van omvang. Mogelijk speelde bij tegenstanders van de contractuele gedachte mee dat een verzet tegen een nadere wettelijke regeling van de cao niet zou leiden tot een wezenlijk andere uitkomst, omdat men dan zou terugvallen op artikel 1637n BW dat eveneens privaatrechtelijk van aard was. In het voorstel voor de Wet Cao werd de cao aldus gekwalificeerd als een overeenkomst tussen enerzijds een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en anderzijds een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers. De argumenten die aan het begin van de 20^{ste} eeuw leidde tot aanname van de Verbandstheorie golden bij indiening van het wetsvoorstel Wet Cao nog steeds. Thans luidt de definitie van cao (na een aantal wijzigingen van cosmetische aard):

“Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.”⁵⁰

44 E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 461-462.

45 F. Dorssemont, *Rechtspositie en syndicale activiteitsvrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge: N.V. die Keure 2002.

46 L.G. Kortenhorst en MAC M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst, juridisch en sociaal-economisch*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1930, p. 15.

47 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 9.

48 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 9.

49 Van 1 cao in 1905 tot 1101 cao's in 1929. Zie L.G. Kortenhorst & Mac. M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst, juridisch en economisch-sociaal*, Zwolle: Tjeenk Willink 1939, p. 10.

50 Artikel 1 lid 1 Wet Cao.

4.4 De normerende werking van de cao

4.4.1 Inleidende opmerkingen

Welke invloed een cao heeft (of zou moeten hebben) op individuele arbeidsovereenkomsten is wezenlijk voor het cao-recht en valt in twee deelvragen uiteen. De eerste deelvraag betreft de draagwijdte van de cao en gaat over het bereik van de cao. Vragend gesteld: voor welke arbeidsovereenkomsten geldt een cao? Bij de beantwoording van deze vraag is een aantal denkrichtingen mogelijk. Gezegd zou kunnen worden dat werkgevers en werknemers die lid zijn van een cao-sluitende vakbond door middel van hun lidmaatschap aan de totstandkoming van de cao hebben 'meegewerkt' en dat het op grond daarvan redelijk is de cao voor hen te laten gelden als zij met elkaar contracteren. Werknemers en werkgevers die geen lid zijn van een vakbond zijn buiten de cao gebleven en voor hen geldt de cao dan niet. Een andere denkrichting is ook mogelijk. Wie de ordenende functie van cao's op de voorgrond plaats, zal wenselijk vinden een cao te laten gelden voor alle arbeidsovereenkomsten die aan de cao gebonden werkgevers aangaan (dus ongeacht het lidmaatschap van werknemers) of – en dat is nog een stap verder – zelfs voor alle arbeidsovereenkomsten in een sector (voor zover het een sector-cao betreft uiteraard). De tweede deelvraag betreft de hegemonie van de cao ten opzichte van individuele arbeidsovereenkomsten en gaat onder meer over de vraag of bij individuele arbeidsovereenkomst rechtsgeldig van een cao kan worden afgeweken. Ook bij de beantwoording van deze vraag zijn verschillende denkrichtingen mogelijk. In deze paragraaf bespreek ik per deelvraag hoe de minister deze vragen heeft beantwoord en welke overwegingen daaraan ten grondslag zijn gelegd. Ik betrek daarbij de verschillende opvattingen die daarover aan het begin van de 20^{ste} eeuw in de literatuur bestonden.

4.4.2 De draagwijdte van de cao: gebondenheid als leidend beginsel

Uit artikel 9 Wet Cao – in combinatie met artikel 12 en 13 Wet Cao waarover meer in paragraaf 4.4.3 – volgt, dat de werking van een cao is beperkt tot arbeidsovereenkomsten gesloten tussen werkgevers en werknemers die beiden aan de cao zijn gebonden en dat gebondenheid aan de cao het leidende beginsel van de Wet Cao is.⁵¹ Binding aan een cao kan ontstaan door het lidmaatschap van een cao-partij, maar ook – en die mogelijkheid bestaat slechts voor werkgevers – door bij een cao rechtstreeks partij te zijn. Voor gebondenheid aan een cao is overigens noodzakelijk dat men bij een cao is betrokken. De eis van betrokkenheid heeft tot gevolg dat niet alle leden van cao-sluitende werkgevers- of werknemersvereniging zijn gebonden aan iedere cao die deze vereniging aangaat, maar dat slechts die leden worden gebonden waarop een cao ziet of – anders gezegd – die onder de werkingssfeer vallen.⁵² De werkingssfeer van een cao wordt door cao-partijen zelf bepaald. Een ruimere werking van de cao, in die zin dat een cao geldt voor alle arbeidsovereenkomsten die onder haar werkingssfeer vallen of voor alle arbeidsovereenkomsten die een aan de cao gebonden werkgever aangaat, werd door de minister in strijd geacht met de individuele contractsvrijheid van werknemers en werkgevers die hebben afgezien

51 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 5.

52 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 5.

van het lidmaatschap van een vakbond. Een ruimere binding aan de cao paste volgens de minister niet bij de contractuele grondslag van artikel 1637n BW en (later) de Wet Cao.⁵³

4.4.2.1 *Parlementaire geschiedenis*

Bij de totstandkoming van artikel 1637n BW stelde minister van Justitie Van Raalte zich op het standpunt dat een cao alleen gevolgen behoorde te hebben voor arbeidsovereenkomsten die werden gesloten tussen werkgevers en werknemers die beiden (direct of via lidmaatschap) aan de cao waren gebonden. De minister rechtvaardigde deze gebondenheid aan de cao door erop te wijzen dat de vakvereniging zich sterk maakt voor haar individuele leden en dat leden rechtens en moreel gebonden zijn zich aan een door de vakbond gesloten overeenkomst te houden.⁵⁴ Volgens kamerlid Drucker drukte de term 'gebondenheid' de deelneming of het meedoen aan de cao uit.⁵⁵ Dat een cao geen rechtsgevolgen kan hebben voor een arbeidsovereenkomst die is aangegaan tussen een werkgever en een werknemer van wie er ten minste één ongebonden is, vond volgens de minister rechtvaardiging in de individuele contractsvrijheid. Volgens de minister kan van een werkgever of werknemer die buiten de cao is gebleven moeilijk worden gezegd dat hij trouw moet blijven aan een overeenkomst die hij niet heeft gemaakt of waaraan hij niet heeft meegewerkt. Drucker onderschreef dit standpunt van de minister en achtte het niet te rechtvaardigen dat een werknemer gehouden zou zijn conform een cao te contracteren terwijl hij aan de totstandkoming van die cao part noch deel heeft gehad.⁵⁶

Kamerlid Schaper pleitte voor een ruimere draagwijdte van de cao. Schaper was van mening dat het gebonden werkgevers ook niet vrij zou moeten staan in arbeidsovereenkomsten met ongebonden werknemers af te wijken van de cao, vanwege de mogelijkheid dat werkgevers daardoor de cao zouden kunnen uithollen door slechts arbeidsovereenkomsten aan te gaan met ongebonden werknemers. Schaper meende dat door een te beperkte werking van de cao, de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming op losse schroeven zou worden gezet.⁵⁷ Kamerlid Van Nispen tot Sevenaer bracht hiertegen in dat het een gebonden werkgever op grond van de wet weliswaar vrij zou staan van de cao af te wijken in een met een ongebonden werknemer gesloten arbeidsovereenkomst, maar dat deze vrijheid bij cao wel kon worden ingeperkt door cao-partijen. Van Nispen tot Sevenaer stelde zich op het standpunt dat vakverenigingen naar alle waarschijnlijkheid in de cao wel een verplichting in die trant zouden opnemen. Een gebonden werkgever die deze verplichting schond zou alsdan jegens de vakvereniging aansprakelijk zijn voor de niet-nakoming van de cao.⁵⁸ Van Raalte en Drucker onderschreven dit betoog van Van Nispen tot Sevenaer.⁵⁹

De minister rechtvaardigde de gebondenheid van leden aan de cao dus met een beroep op de moraliteit en de trouw aan het gegeven woord. Door het lidmaatschap van een vakvereniging

53 *Handelingen II* 1926/27, 166, p. 2031.

54 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 494.

55 *Idem*, p. 502.

56 *Idem*, p. 500.

57 *Idem*, p. 481.

58 *Idem*, p. 486.

59 *Idem*, p. 496 en 500.

heeft een lid in feite de bevoegdheid tot onderhandelen over arbeidsvoorwaarden uit vrije wil overgedragen aan de vakbond en aan het resultaat van de onderhandelingen gedaan op grond van deze overdracht behoort hij zich te houden. De gebondenheid aan de cao (door directe toetreding of lidmaatschap) is in de Wet Cao het leidende beginsel.⁶⁰ Gebondenheid aan een cao van vakbondsleden achtte de minister niet in strijd met de individuele contractsvrijheid van deze leden.

"Wie lid is van eener vakbond 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 de vereeniging toe. In zoverre wordt de individueele vrijheid volledig gerespecteerd. Doch wie lid is eener vereeniging, drage met de lusten, welke het lidmaatschap meebrengt, ook de daaraan verbonden lasten."⁶¹

Met het oog op de vrije wil vond de minister het overigens wel noodzakelijk dat leden ermee bekend moesten kunnen zijn dat zij door het lidmaatschap van een vakvereniging aan een cao gebonden konden worden. In artikel 2 Wet Cao is derhalve voor vakverenigingen de eis gesteld dat zij in de statuten hebben opgenomen dat zij bevoegd zijn een cao aan te gaan.⁶² Enkele Tweede Kamerleden pleitten voor het opnemen van extra eisen aan vakbonden alvorens zij bevoegd zouden zijn een cao aan te gaan, zoals eisen omtrent het ledental of het aantal bij de leden in dienst zijnde werknemers.⁶³ Hoewel de minister en enige Tweede Kamerleden zich konden indenken dat bepaalde eisen omtrent ledentallen pasten bij een publiekrechtelijke regeling, dat wil zeggen een regeling die meebrengt dat alle werkgevers en werknemers in een sector of onderneming aan een cao gebonden zou zijn, ongeacht het lidmaatschap, vonden zij deze eisen niet nodig wanneer alleen de partijen en de leden gebonden zouden worden aan de cao.⁶⁴

Ongeorganiseerde werknemers

Kamerlid Schaper wees tijdens de parlementaire behandeling van artikel 1637n BW op het gevaar van uitholling van de cao, doordat gebonden werkgevers onder de werking van de cao zouden kunnen uitkomen door slechts arbeidsovereenkomsten aan te gaan met ongebonden werknemers. Door diverse Tweede Kamerleden werd daartegen ingebracht dat het partijen volledig vrijstond in de cao de verplichting op te nemen dat werkgevers gehouden waren de cao ook na te komen in arbeidsovereenkomsten met ongebonden werknemers. Hun verwachting was dat vakbonden zich daarvoor ook wel hard zouden maken ter bescherming van hun leden. Bij de totstandkoming van de Wet Cao bleek dat in de praktijk de grote meerderheid van de cao's inderdaad een bepaling bevatte op grond waarvan gebonden werkgevers verplicht waren de cao ook na te komen ten opzichte van ongebonden werknemers. Van de op 1101 op 1 juni 1929 lopende cao's bevatten 763 cao's een bepaling die inhield dat werkgevers verplicht waren de cao-bepalingen ook toe te passen op ongebonden werknemers bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Slechts 194 cao's waren uitsluitend op gebonden werknemers van toepassing, terwijl 144 cao's

60 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 5.

61 *Idem*, p. 5.

62 *Idem*, p. 3.

63 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 12.

64 *Idem*, p. 12.

geen regeling op dit punt bevatten.⁶⁵ Ook zonder wettelijke bepaling waren cao-partijen dus goed in staat geweest het regelingsbereik van de cao te vergroten. Niettemin vond de minister het noodzakelijk een wettelijke regeling hieromtrent te ontwerpen (aanvullend van aard) en daarbij aan te sluiten bij de ‘waarschijnlijke bedoeling’ van cao-partijen bij het aangaan van een cao.⁶⁶ Artikel 14 Wet Cao verplicht gebonden werkgevers de cao-bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook toe te passen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst met ongebonden werknemers.⁶⁷ De minister had er overigens oog voor dat artikel 14 Wet Cao tot gevolg kon hebben dat ongeorganiseerde werknemers buiten de vakvereniging konden blijven (en derhalve geen contributie verschuldigd waren) en toch de vruchten van het werk van de vakvereniging en georganiseerden konden plukken, maar dit argument kwam de wetgever als niet afdoende voor om van artikel 14 Wet Cao af te zien.⁶⁸ Kamerleden Marchant en Schokking voegden hieraan toe dat artikel 14 Wet Cao volledig in lijn was met de aard van de cao gedurende enige tijd een rechtsorde te scheppen in een vak of bedrijf waarnaar partijen beloofden zich te zullen gedragen.⁶⁹ Kamerlid Knottenbelt stelde zich tijdens de parlementaire behandeling van artikel 14 Wet Cao op het standpunt dat artikel 14 Wet Cao buiten het bestek van een privaatrechtelijke regeling viel en veeleer publiekrechtelijk van aard was. Hij motiveerde zijn standpunt door erop te wijzen dat de wetgever wegens redenen van publiek belang de kring van personen tot wie de cao zich richtte, uitbreidde met personen die in geen enkel opzicht aan de cao gebonden waren.⁷⁰ De minister stelde hier tegenover dat artikel 14 Wet Cao met verbindendverklaring niets van doen had en zeker niet publiekrechtelijk van aard was. Daarvan zou pas sprake zijn wanneer cao-bepalingen zouden worden opgelegd aan hen, die noch als partij tot de cao zijn toegetreden, noch als lid door hun vereniging zijn gebonden.⁷¹ De minister wees erop dat artikel 14 Wet Cao alleen de gebonden werkgever een verplichting oplegde. De ongebonden werknemer kan aan artikel 14 Wet Cao geen rechten ontleen en evenmin worden hem verplichtingen opgelegd.⁷² In hoofdstuk 5 bespreek ik de strekking van artikel 14 Wet Cao nader.

4.4.2.2 Literatuur

Nelissen beschreef het doel van de cao als volgt: “Deze ongelijkheid [in economische machtsposities tussen werkgever en werknemer, NJ], weg te nemen, is het doel dat de collectieve arbeidsovereenkomst beoogt, en wil bereiken, door aan den economisch zwakkeren arbeider te substitueeren eene collectiviteit even krachtig als de werkgever-mede-contractant, en

65 L.G. Kortenhorst en MAC M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst, juridisch en sociaal-economisch*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1930, p. 54.

66 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 21.

67 Artikel 14 Wet Cao: Wanneer bij de collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald, is de werkgever, die door die overeenkomst gebonden is, verplicht, tijdens den duur die overeenkomst hare bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de collectieve arbeidsovereenkomsten bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn.

68 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 34, p. 7.

69 *Handelingen II 1926/27*, 166, p. 2085 en 2086.

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

71 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 21.

72 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 21.

aldus op den grondslag dier economische gelijkheid de regelen vast te stellen, die bij de individueele arbeidsovereenkomsten zullen gelden.”⁷³ In lijn met deze doelomschrijving kan, zoals Nelissen ook betoogde, gezegd worden dat de draagwijdte van de cao beperkt behoort te blijven tot werknemers die onderdeel zijn geworden van het collectief dat een cao is aangegaan. Werknemers die geen onderdeel zijn geworden van het collectief, hebben niet gekozen voor de bescherming die het collectief biedt bij het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden en voor hen geldt de cao dan ook niet. Een ruimere werking van de cao, die meebrengt dat de cao ook gold voor niet-leden, lag volgens Nelissen op het terrein van het publiekrecht.

Houwing was ook van mening dat de draagwijdte van de cao in beginsel beperkt diende te blijven tot de leden van cao-partijen. Volgens Houwing bracht de goede trouw namelijk mee dat wanneer door een vereniging arbeidsvoorwaarden waren geregeld, haar leden die arbeidsvoorwaarden ook behoorden te volgen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst; voor niet-leden gold dit niet.⁷⁴

Volgens Van Zanten hadden cao-partijen bij het sluiten van een cao het doel de arbeidsverhoudingen op een vaste grondslag te vestigen.⁷⁵ Bij dit doel ligt de nadruk op het ordenende karakter van de cao en daarbij past een ruime draagwijdte van de cao, in die zin dat een cao geldt voor alle arbeidsovereenkomsten die onder haar werkingsfeer vallen. Toch pleitte Van Zanten daar niet voor. Van Zanten was net als Nelissen en Houwing van mening dat de cao niet gold voor werknemers die geen lid waren van een vakbond. Volgens Van Zanten verzette het verbintenissenrecht zich daar immers tegen. Ter bevordering van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming achtte Van Zanten het overigens wel gewenst dat een cao voor het hele vak zou kunnen gaan gelden indien een groot deel (bijvoorbeeld $\frac{3}{4}$ of meer) van alle werkgevers en werknemers in het vak (of sector) betrokken zou zijn bij de totstandkoming daarvan.⁷⁶ Dat zou dan moeten geschieden via een publiekrechtelijke regeling.

Meijers en Truyen hinkten – net als Van Zanten – op twee gedachten. Zij konden zich in grote lijnen vinden in de opvattingen van Nelissen, Van Zanten en Houwing dat bij de invloed van de cao op de individuele arbeidsovereenkomst onderscheid diende te worden gemaakt tussen leden en niet-leden.⁷⁷ Dit onderscheid hield volgens Meijers en Truyen direct verband met de individuele contractsvrijheid en de contractuele grondslag van de cao; werknemers die geen lid waren van een vakbond konden niet door een vakbond gebonden worden. Tegelijkertijd stelden Meijers en Truyen dat een algemeen dwingende werking

73 A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: E.J. Belinfante 1905, p. 215.

74 J.F. Houwing, 'De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 1905-1833, p. 75.

75 J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 457.

76 Idem, p. 503.

77 E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 468 en 473; P.W.H. Truyen, 'Collectieve overeenkomsten tusschen arbeiders en werkgevers', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 510.

van de cao, waarin het onderscheid tussen leden en niet-leden er niet toe doet, beter zou passen bij de praktijk. Volgens Meijers had de cao in de praktijk feitelijk namelijk wel degelijk invloed op de individuele arbeidsovereenkomsten van ongebonden werknemers doordat aan de cao gebonden werkgevers de cao vaak ook toepasten op ongebonden werknemers. Meijers noemde de cao in het licht hiervan een in onderling goedvinden vastgesteld fabrieksreglement dat gold voor de werkplaatsen der toegetreden werkgevers. In die benadering zou de werkgever die toetreedt tot de cao gehouden zijn tot naleving van het contract ten aanzien van al zijn werknemers. Truyen overwoog: 'Veelal zullen de partijen, ten einde de werking der overeenkomst krachtiger te maken, zelfs uitdrukkelijk verlangen, dat zij, respectievelijk hare leden, over en weer verplicht worden ook met buitenstaanders niet anders dan onder de overeengekomen voorwaarden te contracteren.'⁷⁸

Willeumier verdedigde juist vanwege die werking in de praktijk een ruimere werking van de cao. Hij beschouwde de verplichting van de werkgever conform de cao te contracteren als een derdenbeding en betoogde dat het voor de hand lag aan te nemen dat niet alleen de leden van een cao-sluitende vakbond, maar alle werknemers (in een sector of een bedrijf) als derden moesten worden aangemerkt. Volgens Willeumier paste deze benadering beter bij de bedoeling van de vakvereniging bij het aangaan van een cao. Zou de werking van de cao zijn beperkt tot leden, dan zou de vakvereniging haar eigen leden benadelen doordat een werkgever ervoor zou kunnen kiezen alleen niet-leden in dienst te nemen.⁷⁹ Lotmar maakte bij de invloed van de cao op de arbeidsovereenkomst weliswaar onderscheid tussen werknemers die wel en die geen onderdeel van het collectief waren dat de cao was aangegaan, maar net als Meijers, Truyen en Willeumier had hij er oog voor dat de cao in de praktijk een ruimere werking kon gaan hebben omdat dit volgde uit het doel van de cao, dat hij omschreef als het uniformeren van arbeidsvoorwaarden in de sector of een bedrijf. Lotmar was van mening dat een cao ging gelden voor werknemers die aanvankelijk geen onderdeel waren van het collectief, indien deze werknemers achteraf instemden met de toepasselijkheid van de cao op hun arbeidsovereenkomst.

Bij het vaststellen van de draagwijdte van de cao diende volgens Sinzheimer onderscheid gemaakt te worden tussen aan de ene kant degenen die de cao tot stand hebben gebracht (Vertragsparteien) en aan de andere kant degenen die aan haar onderworpen zijn (Vertragsmitglieder). De Vertragspartei was volgens Sinzheimer de schepper en beheerder van de cao en dat kon volgens Sinzheimer aan werknemerszijde slechts een vakbond zijn.⁸⁰ Vertragsmitglieder waren volgens Sinzheimer in elk geval de leden van de vakbond.⁸¹ Sinzheimer benadrukte dat ongeorganiseerde werknemers in dienst van gebonden werkgevers ook bij de cao betrokken werden, maar hij rekende deze werknemers niet tot de

78 P.W.H. Truyen, 'Collectieve overeenkomsten tusschen arbeiders en werkgevers', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 509.

79 Jb. Willeumier, 'Is wettelijke regeling van het z.g. "Collectieve Arbeids-Contract" doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 205.

80 H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin: Duncker & Humlot 1977, p. 51.

81 Idem, p. 87.

Vertragsmitglieder.⁸² De ordenende functie van de cao bracht volgens Sinzheimer echter mee dat de arbeidsvoorwaarden uit de cao dienden te gelden voor alle arbeidsovereenkomsten die gebonden werkgevers aangingen, tenzij de cao anders bepaalde.⁸³ De cao zou gevaar lopen wanneer wettelijk zou worden toegelaten ongeorganiseerde werknemers anders te behandelen dan georganiseerde werknemers, aldus Sinzheimer.⁸⁴ Sinzheimer voorzag dat een aan de cao gebonden werkgever onder de werking van de cao zou kunnen uitkomen door georganiseerde werknemers te vervangen door ongeorganiseerden en daardoor op oneerlijke wijze kon concurreren met andere aan de cao gebonden werkgevers. In het werk van Merkelbach is een vergelijkbare opvatting te vinden.⁸⁵

4.4.3 De hegemonie van de cao: de cao modelleert en fatsoeneert

In de vorige paragraaf heb ik besproken dat gebondenheid via lidmaatschap het leidende beginsel van de Wet Cao is en dat de draagwijdte van de cao is beperkt tot arbeidsovereenkomsten die worden gesloten tussen werkgevers en werknemers die beiden aan de cao zijn gebonden. Nu die draagwijdte is vastgesteld, dient de vraag te worden beantwoord hoe groot de invloed van de cao is op de individuele arbeidsovereenkomsten die onder haar bereik vallen. Uit artikel 12 en 13 Wet Cao volgt dat de invloed van de cao groot is. Niet alleen vult de cao arbeidsovereenkomsten aan voor zover zij leemtes laten ten aanzien van aangelegenheden waarin de cao wel voorziet, maar bovendien zijn van de cao afwijkende bedingen nietig⁸⁶ en worden deze vervangen door de cao-bepalingen. De cao breekt als het ware in het arbeidscontract in en fatsoeneert de individuele arbeidsovereenkomst naar haar norm, aldus Fase.⁸⁷ Anders gesteld, de arbeidsovereenkomst fungeert als een spons waarin de cao-bepalingen worden opgenomen en daarin doorwerken. Overigens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een cao ook zonder het bestaan van een arbeidsovereenkomst normerende werking kan hebben op individueel niveau.⁸⁸ De doorwerking van cao-bepalingen op grond van artikel 12 en 13 Wet Cao brengt overigens mee dat cao-bepalingen onderdeel worden van de individuele arbeidsovereenkomst en ook na afloop van de cao

82 Idem, p. 100: "So gelten die Bestimmungen des Tarifvertrags die den inhalt künftiger Arbeitsverträge festsetzen, für alle Arbeitsverträge, die ein tarifbeteiligter Arbeitgeber überhaupt in seinem Betrieb schließt, einerlei ob der einzelne Arbeiter dem Tarifvertrag als Mitglied angehört oder nicht."

83 Artikel 43 van zijn ontwerp voor een Wet Cao luidde: 'Die Tarifbestimmungen gelten für alle Arbeitsverträge, die in Tarifbetrieben über Arbeiten geschlossen werden, auf die sich der Tarifvertrag bezieht, auch wenn die Arbeiter keine Vertragsmitglieder sind.'

84 H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin: Duncker & Humlot 1977, p. 102.

85 H.M. Merkelbach, 'Naar aanleiding van de collectieve arbeidsovereenkomst', 1909 Amsterdam, p. 163 e.v.

86 Zie onder meer: HR 14 januari 2000, *JAR* 2003/43 (Boonen/Quicken); HR 24 april 2009, *JAR* 2009/130 (Teunissen/Welter); A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Nietigheid van elk beding ex artikel 12 WCAO na Teunissen/Welter: iets nieuws onder de zon?', *TAP* 2009, afl. 6; E. Koot-van der Putte, 'Pakketvergelijking na Teunissen/Welter', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties*, Deventer: Kluwer 2014, VvA p. 48 t/m 56.

87 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 51.

88 HR 16 maart 1962, *NJ* 1963, 222. Zie ook: HR 6 september 2013, *RvdW* 2013, 1034 (ECN/OMEN) en N. Jansen, 'Werkings sfeer', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties*, Deventer: Kluwer 2014, VvA p. 39. Zie anders: A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 144-146.

in beginsel hun gelding behouden. Dit leerstuk wordt de nawerking van cao-bepalingen genoemd.⁸⁹ Zoals gezegd brengt artikel 14 Wet Cao mee dat een aan de cao gebonden werkgever de cao-bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook moet nakomen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst met ongebonden werknemers, maar artikel 12 en 13 gelden niet in de relatie tussen een gebonden werkgever en een ongebonden werknemer. Meer hierover in hoofdstuk 5.

4.4.3.1 *Parlementaire geschiedenis*

Artikel 1637n BW bevatte slechts een enkel rechtsgevolg van de cao, waarvan de strekking was dat van de cao afwijkende bedingen in een arbeidsovereenkomst ongeldig waren.

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

Kamerlid Van Idsinga verzette zich tegen dit rechtsgevolg en stelde – onder verwijzing naar het heersende privaatrecht – dat afwijkingen van de cao in individuele arbeidsovereenkomsten volkomen rechtsgeldig zouden moeten zijn omdat individuele werknemers als derden ten opzichte van de cao staan.⁹⁰ Van Idsinga kwalificeerde een bepaling die voorzag in de ongeldigheid van met cao strijdige bedingen als een ‘tyrannieke maatregel’ en achtte zo’n maatregel in strijd met de individuele contractsvrijheid.⁹¹ Drucker stelde daar het volgende tegenover:

“Wanneer patroons en werklieden in het belang van den vrede in hun vak, overeengekomen zijn, dat zij in hun onderlinge verhouding zekere regelen in acht zullen nemen, hoe is het dan verenigbaar met de eischen van de trouw en de moraliteit, indien die menschen morgen zeggen: wij houden ons niet aan de afspraak, in het algemeen belang gemaakt?”⁹²

Hij was van mening dat eerlijkheid en goede trouw de ongeldigheid van afwijkende bedingen rechtvaardigden. Van Nispen tot Sevenaer voegde hieraan het volgende toe:

“Wat is nu in vredesnaam de beteekenis van een collectief contract, als ieder man van het oogenblik af aan, dat hij zegt: het staat mij niet meer aan, daarvan kan ik afwijken. Door iets dergelijks aan te nemen handelt men zoo beslist in strijd met elk begrip van het collectief contract, dat men daaraan de geheele bedoeling ontnemt, waarmede het wordt aangegaan. Als men op die wijze een collectief contract wil aangaan, laat men het dan gerust laten.”⁹³

Kamerlid Tydeman pareerde het beroep van Van Idsinga op de individuele contractsvrijheid met het volgende betoog:

“De heer Van Idsinga vindiceert de vrijheid van het individu. Ik vindiceer die vrijheid ook, maar die vrijheid wordt op velerlei wijzen gebonden door zijn vrijen wil. Zoo wordt ook

89 Zie: HR 8 april 2011, JAR 2011/135 (ABVAKABO/Unieke Kinderopvang BV).

90 Zie daarover meer paragraaf 4.2.3 en 4.2.4.

91 A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I, p. 490 en 491.

92 Idem, p. 501.

93 Idem, p. 522.

hier het individu geheel door zijn eigen vrijen wil gebonden, indien hij toetreedt tot een vakvereniging. Wanneer de heer Van Idsinga deze opoffering van zijn vrijheid niet wil, moet hij niet toetreden tot de vakvereniging."⁹⁴

De wetgever sloot zich aan bij de woorden van Drucker, Tydeman en Van Nispen tot Sevenaer en stelde dat de ongeldigheid van strijdige bedingen voortvloeit uit de trouw aan gemaakte afspraken:

"Dat is de hoofdzaak, datgene waarom het te doen is en dat wij beslist moeten doen, namelijk het door de wet huldigen, zegelen en bezegelen van de trouw aan gemaakte afspraken op dit gebied."⁹⁵

De *nichtderogierbaarheid* van de cao bleef in de Wet Cao uitgangspunt. Een klein verschil met artikel 1637n BW was dat de vordering tot nietigheid (vernietigbaarheid) werd vervangen door nietigheid van rechtswege. Volgens de minister betrof dit slechts een cosmetische wijziging en hij verbaasde zich – met terugwerkende kracht – over de discussie die ten aanzien van deze kwestie (nietigheid of vernietigbaarheid) tijdens de parlementaire behandeling van artikel 1637n BW was gevoerd. De minister stelde zich op het standpunt dat de nietigheid het logische gevolg was van de hegemonie van de cao ten opzichte van de individuele arbeidsovereenkomst.⁹⁶ Artikel 1637n BW liet in het midden wat het gevolg was voor de individuele arbeidsovereenkomst wanneer een met de cao strijdig beding daaruit was vernietigd. Of een vernietigd beding werd vervangen door een beding uit de cao, volgde in elk geval niet uit artikel 1637n BW. De Wet Cao heeft aan die onduidelijkheid een einde gemaakt. Een nietig beding uit de arbeidsovereenkomst wordt vervangen door het beding uit de cao waarmee het nietige beding in strijd is. De door de Wet Cao aangebrachte wijzigingen leverden amper discussie op tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Cao. Nieuw in de Wet Cao was de aanvullende werking van de cao.

4.4.3.2 Literatuur

Aanvullende werking

In de literatuur was men het eens over de aanvullende werking van de cao ten aanzien van arbeidsovereenkomsten die werden gesloten tussen aan de cao gebonden werkgevers en werknemers. Van Zanten stelde dat aangenomen moest worden dat aan de cao gebonden werkgevers en werknemers kennelijk de bedoeling hadden de voorwaarden van de cao te volgen wanneer zij bij het sluiten van individuele arbeidsovereenkomsten niet expliciet waren afgeweken van de cao. De cao vulde de arbeidsovereenkomst dus aan in geval van leemtes.⁹⁷ Houwing, Meijers en Nelissen volgden Van Zanten op dit punt. Zij beschouwden de in een cao overeengekomen arbeidsvoorwaarden als bestanddeel van individuele arbeidsovereenkomsten die waren gesloten tussen aan de cao gebonden werkgevers en werknemersleden, voor zover niet uitdrukkelijk van de cao was afgeweken in de individuele

94 Idem, p. 527.

95 Idem, p. 529.

96 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 6.

97 J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 475.

arbeidsovereenkomst.⁹⁸ Willeumier zag – zoals hiervoor aangestipt – de cao als derdenbeding en hij baseerde daarop de aanvullende werking van de cao.⁹⁹ Ook als de cao niet moest worden aangemerkt als derdenbeding lag de aanvullende werking van de cao volgens Willeumier in de rede. Hij vergeleek de cao in dit kader met een offerte of prijslijst, die gold als daarvan niet expliciet was afgeweken.¹⁰⁰ De vastlegging van arbeidsvoorwaarden in een cao had volgens Lotmar tot gevolg dat deze arbeidsvoorwaarden (ook zonder expliciete vastlegging) onderdeel werden van de individuele arbeidsovereenkomsten die onder haar bereik vielen.¹⁰¹ De cao bewees zich in zoverre als een middel om het afsluiten van individuele arbeidsovereenkomsten te vergemakkelijken, terwijl partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst een regeling werd bespaard, die vooraf voor alle betrokkenen reeds getroffen was, aldus Lotmar.¹⁰² Hamaker beschouwde de cao als gemeenschappelijke daad van materiële wetgeving en hij baseerde daarop de aanvullende werking van de cao.¹⁰³

Dwingende werking

Over het antwoord op de vraag of rechtsgeldig van een cao afgeweken kon worden bij individuele arbeidsovereenkomst bestond minder eensgezindheid. Van Zanten stelde zich op het standpunt dat afwijkingen in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van het verbintenissenrecht volkomen rechtsgeldig zouden moeten zijn. Hij overwoog dat individuele werkgevers en werknemers zich hooguit jegens hun verenigingen verbonden hadden de cao na te komen, maar niet ten opzichte van elkaar. Leden (werkgevers en/of werknemers) konden ten opzichte van elkaar geen rechten aan de cao ontleen.¹⁰⁴

Net als Van Zanten was Houwing van mening dat wanneer leden in een onderling arbeidsovereenkomst expliciet waren afweken van de cao, die afspraak op grond van het verbintenissenrecht rechtsgeldig was. Dat verenigingen daartegen konden opkomen door middel van een statutaire boetebepaling deed aan de rechtsgeldigheid van afwijkende bepalingen niet af. Houwing was niettemin een voorstander van een wettelijke regeling die de dwingende werking van de cao ten opzichte van leden, in die zin dat het leden op grond van het verbintenissenrecht niet vrij zou moeten staan af te wijken van de cao op straffe van nietigheid of vernietigbaarheid, mogelijk zou maken.¹⁰⁵

98 A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. "Collectieve Arbeids-Contract" doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 278; J.F. Houwing, 'De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 1905-1851, p. 294; E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 468.

99 Jb. Willeumier, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Jursiten-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 184.

100 Idem, p. 187.

101 P. Lotmar, 'Die tarifverträge zwichen Arbeitgebern und Arbeitnehmern', *Braun's Archiv*, XV, p. 98.

102 Idem, p. 98.

103 H.J. Hamaker, 'De collectieve arbeidsovereenkomst', *Weekblad van het Recht* 1905-8227, p. 4.

104 J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 479.

105 J.F. Houwing, 'De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 1905-1851, p. 295.

Nelissen en Willeumier sloten zich wat de rechtsgeldigheid betreft van afwijkende bedingen op basis van het verbintenissenrecht aan bij de opvattingen van Van Zanten en Houwing. Ook zij waren dus van mening dat afwijkende bedingen volkomen rechtsgeldig waren op basis van het destijds geldende recht. Wenselijk vond Nelissen dat niet en hij pleitte net als Houwing derhalve voor een wijziging van het recht die meebracht dat van de cao afwijkende bedingen vernietigbaar zouden zijn.¹⁰⁶ Willeumier was ook van mening dat bij individuele arbeidsovereenkomst niet van een cao afgeweken zou moeten kunnen worden door leden, maar hij was geen voorstander van de dwingende werking van de cao, vanwege het gevaar van onderkruiperij. Het verlenen van dwingende werking aan cao's was volgens Willeumier alleen ongevaarlijk voor leden indien die dwingende werking voor alle werknemers zou gelden en daarvoor was volgens Willeumier nodig dat alle arbeiders in een vak invloed op de afsluiting van de cao zouden kunnen uitoefenen.¹⁰⁷ In dat kader betoogde Willeumier dat alle werknemers het recht zouden moeten hebben onderhandelaars te kiezen die een cao zouden kunnen aangaan en dat het onderhandelingsresultaat eventueel zou worden onderworpen aan een referendum onder de werknemers.¹⁰⁸ Willeumier gaf uiteindelijk de voorkeur aan handhaving van de cao middels boetebepalingen.¹⁰⁹

Lotmar stelde dat werkgevers en werknemers die een cao waren aangegaan, elkaar in feite toezegden geen arbeidsovereenkomsten te zullen aangaan op andere arbeidsvoorwaarden dan overeengekomen in de cao. Door die toezegging werden cao-partijen volgens Lotmar verplicht arbeidsovereenkomsten aan te gaan overeenkomstig de cao.¹¹⁰ Volgens Lotmar hadden cao-partijen niet alleen jegens elkaar belang bij nakoming van de cao, anders zouden zij de cao niet hebben gesloten, maar ook ten opzichte van eigen partijgenoten, anders hadden zij zich niet verenigd. Werkgevers en werknemers hadden er belang bij dat hun partijgenoten de cao zouden nakomen, omdat niet-nakoming hun positie kon verslechteren.¹¹¹ Lotmar stelde dat cao-partijen ernaar streefden afwijkingen van de cao te voorkomen en met het oog op dit streven was de meest nuttige reactie op afwijkingen van de cao: nietigheid. 'Der Kollektiv-vertrag is für den Individualvertrag nicht derogierbar.'¹¹² Van de door de cao voor alle betrokken arbeidsovereenkomsten vastgestelde arbeidsvoorwaarden kon niet afgeweken worden, tenzij de cao die afwijkingsmogelijkheid zelf bood. De nichtderogierbaarheid bracht volgens Lotmar mee dat van de cao een met een dwingende wetsbepaling vergelijkbare ordening uitging voor hen die de cao waren aangegaan. Sinzheimer was ook een voorstander van de nichtderogierbaarheid en stelde zich op het standpunt dat een cao een bron van objectief recht is.

106 A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 295.

107 Jb. Willeumier, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 211.

108 Idem.

109 *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel II, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 79-87.

110 P. Lotmar, 'Die tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern', *Braun's Archiv*, XV, p. 99.

111 Idem, p. 100.

112 Idem, p. 106.

4.5 Conclusie

Contractuele grondslag

De keuze van de wetgever om de cao aan te merken als overeenkomst die aan werknemerszijde slechts kan worden aangegaan door een of meer vakbonden, kwam overeen met de heersende opvattingen in de Nederlandse juridische literatuur aan het begin van de 20^{ste} eeuw over de cao. Deze keuze kwam bovendien overeen met de wijze waarop in de praktijk aan het einde van de 19^{de} eeuw en het begin van de 20^{ste} eeuw cao's tot stand kwamen. Bij de totstandkoming van de Wet cao is een discussie over de contractuele grondslag van de cao nauwelijks meer gevoerd. De wetgever verwierp het verzoek voor een publiekrechtelijke grondslag en stelde dat de cao op de contractuele grondslag juist een enorme vlucht had genomen. De contractuele grondslag van de cao sloot volgens de wetgever niet uit dat de cao op een later moment publiekrechtelijk uitgebouwd kon worden. Deze publiekrechtelijke uitbouw is gerealiseerd in de Wet Avv (zie hoofdstuk 7).

Draagwijdte

De keuze van de regering om de cao in te passen in het privaatrecht heeft gevolgen gehad voor de draagwijdte van de cao. Met betrekking tot deze draagwijdte was de heersende opvatting in de literatuur dat onderscheid moest worden gemaakt tussen werknemers en werkgevers die aan de totstandkoming van de cao hadden meegewerkt en werkgevers en werknemers die buiten de cao waren gebleven. De binding aan een overeenkomst waarbij men geen partij was of waaraan men niet anderszins had meegewerkt (via lidmaatschap) vond men een te grote inbreuk op de individuele contractsvrijheid. Gezegd kan worden dat men de vakbond onvoldoende in staat achtte alle werknemers in een sector of bedrijf zonder meer te vertegenwoordigen. Van belangenbehartiging door de vakbond kon volgens de heersende opvattingen pas sprake zijn indien een individuele werknemer de vertegenwoordiging door de vakbond had aanvaard door lid te worden van de vakbond. De wetgever heeft in artikel 9 Wet Cao – in samenhang gezien met artikel 12 en 13 Wet Cao – gekozen voor een draagwijdte die overeenkwam met deze heersende opvatting. De uitgangspunten van het verbintenissenrecht waaronder de individuele contractsvrijheid wogen zwaar bij het ontwerp van de Wet Cao (en artikel 1637n BW).

Aanvullende en dwingende werking

Ten aanzien van de hegemonie van de cao ten opzichte van de individuele arbeidsovereenkomst was de heersende opvatting in de literatuur aan het begin van de 20^{ste} eeuw, dat de cao de individuele arbeidsovereenkomst, die onder haar draagwijdte viel, in elk geval aanvulde voor zover de arbeidsovereenkomst leemtes liet en voor zover niet van de cao was afgeweken. Deze invloed van de cao werd in de literatuur gerechtvaardigd op grond van de partijbedoeling bij het aangaan van een individuele arbeidsovereenkomst, de partijbedoeling bij het aangaan van de cao en/of de ordenende functie van de cao. De aanvullende werking van de cao is door de wetgever geregeld in artikel 13 Wet Cao. Over de dwingende werking van de cao, dat wil zeggen de rechtsgeldigheid van afwijkende afspraken, bestond veel minder eensgezindheid. Hoewel in de juridische literatuur breed werd gedragen dat bij arbeidsovereenkomst niet van de cao afgeweken zou moeten kunnen worden, bestond geen eenduidigheid met betrekking tot het antwoord op de vraag tot welke rechtsgevolgen dat zou moeten leiden. Van Zanten, Houwing en Willeumier waren bijvoorbeeld van mening

dat afwijkingen van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst rechtsgeldig waren op grond van het overeenkomstenrecht en dat het aan cao-partijen was door middel van contractuele sancties en statutaire boetebepalingen afwijkingen van de cao te voorkomen en tegen afwijkingen van de cao op te komen. Nelissen, die de opvattingen van Van Zanten, Houwing en Willeumier onderschreef, was echter van mening dat cao-partijen het recht zou moeten toekomen afwijkende afspraken in individuele arbeidsovereenkomsten te vernietigen. Lotmar, Hamaker en Sinzheimer gingen nog een stap verder en stelden zich op het standpunt dat met de cao strijdige bedingen in een individuele arbeidsovereenkomst nietig waren. De wetgever heeft in artikel 12 Wet Cao de nietigheid van afwijkende bedingen tot uitgangspunt genomen. Deze keuze is opvallend te noemen met het oog op de aan het verbintenissenrecht ontleende argumenten die tegen de nietigheid als sanctie bestonden, maar alleszins verdedigbaar in het licht van zowel de beschermende als de ordenende functie van de cao.

De Wet Cao stelt geen (representativiteits)eisen aan vakbonden

In de parlementaire geschiedenis van artikel 1637n BW en de Wet Cao, alsmede in de juridische literatuur over de cao aan het begin van de 20^{ste} eeuw, is niet erg veel terug te vinden over aan vakbonden te stellen eisen bij het aangaan van cao's. Zodra werd geopperd nadere eisen te stellen, werd dit veelal in verband gebracht met een ruime juridische werking van de cao die dan weer veelal verband hield met het doel dat aan de cao gekoppeld werd. Ik wijs in dit kader op het werk van Willeumier die vanwege het doel van de cao – uniformering van arbeidsvoorwaardenvorming in het vak – van mening was dat geen onderscheid diende te worden gemaakt tussen leden en niet-leden en dat dit dan wel meebracht dat alle werknemers een onderhandelaar zouden moeten kunnen kiezen en via een referendum met het akkoord zouden moeten kunnen instemmen of niet (zie paragraaf 4.4.3.2).¹¹³ Of Lotmar die van mening was dat vakbonden niet per se de aangewezen overlegpartners waren bij cao-onderhandelingen, omdat die alleen met de belangen van leden rekening hielden, terwijl eigen aan een cao was dat deze een veel ruimere werking had in de praktijk (zie paragraaf 4.2.2). Volgens de minister en enkele Tweede Kamerleden pasten representativiteitseisen wel bij een publiekrechtelijke regeling, dat wil zeggen een regeling die meebrengt dat alle werkgevers en werknemers in een sector of onderneming aan een cao gebonden zou zijn, ongeacht het lidmaatschap (zie paragraaf 4.4.2.1), maar niet in een privaatrechtelijke regeling.

De inpassing van de cao in het privaatrecht heeft aldus meegebracht dat in de Wet cao geen eisen zijn gesteld aan vakbonden, omdat niet-leden niet van rechtswege aan de cao zijn gebonden. De contractsvrijheid – als belangrijk beginsel van het privaatrecht – verzet zich tegen de automatische binding van niet-leden, althans dat is het uitgangspunt van de Wet Cao. Slechts van leden kan worden gezegd dat zij hebben ingestemd met de vertegenwoordiging van de vakbond in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Cao's blijken in de praktijk evenwel een veel groter bereik te hebben dan strikt volgt uit de Wet Cao. Dit houdt ermee verband dat partijen bij een arbeidsovereenkomst een cao contractueel van

¹¹³ Vergelijk: F. Grapperhaus, 'Voor alles is een tijd. Over het belang van een vernieuwde cao', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

toepassing kunnen verklaren of dat de bepalingen van cao's verbindend kunnen worden verklaard. In het volgende hoofdstuk staat de contractuele binding aan de cao centraal.

Contractuele binding van ongebonden werknemers

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik de totstandkomingsgeschiedenis en uitgangspunten van de Wet Cao besproken en uiteengezet waarom de werking van de cao in beginsel is beperkt tot cao-partijen en hun leden. De leden, die door de cao gebonden worden, hebben door hun lidmaatschap de vakbond gemachtigd namens hen te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden.¹ Zij hebben uit vrije wil hun individuele contractsvrijheid opgegeven ten behoeve van het collectief. Een werknemer die niet door een cao gebonden wil worden, wordt geen lid van een vakbond en blijft daardoor buiten de werking van de cao.² In de praktijk blijkt de werking van de cao echter niet beperkt te blijven tot alleen cao-partijen en hun leden. Uit cijfers van het ministerie van SZW volgt dat op de arbeidsovereenkomsten van ruim 80% van de werknemers een cao van toepassing is, terwijl maar ongeveer 20% van de werknemers lid is van een vakbond.³ Dat een cao in de praktijk een veel ruimere werking heeft, komt doordat cao's in de praktijk op grote schaal op arbeidsovereenkomsten worden toegepast, alsmede door het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen. De verbindendverklaring van cao-bepalingen bespreek ik in hoofdstuk 7 en in dit hoofdstuk komt de toepasselijkheid van de cao op de arbeidsovereenkomsten van ongebonden werknemers (buiten het geval van verbindendverklaring) aan de orde. Hoe de ruime toepasselijkheid van de cao op de arbeidsovereenkomsten van ongebonden werknemers onder het Nederlandse cao-recht juridisch geconstrueerd wordt (of kan worden), staat in dit hoofdstuk centraal. Bij de ruimere werking van de cao komt belangrijke betekenis toe aan de instemming van de ongebonden werknemer met de toepasselijkheid van de cao en hoewel een ongebonden werknemer in theorie steeds de toepasselijkheid van een cao kan weigeren indien zijn belangen onvoldoende zijn behartigd in het cao-overleg is deze vrijheid de facto heel gering. Verhulp heeft in dit verband terecht opgemerkt dat werknemersinstemming als grondslag van de contractuele binding veelal een fictie is.⁴ De fictie van werknemersinstemming brengt mee dat de contractsvrijheid van ongebonden werknemers onvoldoende lijkt om te kunnen worden rechtvaardigden dat in de Wet Cao een

1 Zie ook: *Kamerstukken II 1926/27*, 166, Voorlopig Verslag, p. 33.

2 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 5: "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 de vereeniging toe. In zoverre wordt de individueele vrijheid volledig gerespecteerd."

3 Zie hoofdstuk 1 en 3.

4 E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 104.

representativiteitstoets van vakbonden ontbreekt met het oog op de belangenbehartiging van niet-leden. Een nadere analyse van het cao-recht is evenwel nodig om hierover een gemotiveerd standpunt in te kunnen nemen en die analyse vormt tevens de basis van het tweede deel van dit onderzoek waarin mogelijke aanpassingen van het cao-recht worden besproken.

5.2 Terminologie

De heersende opvatting in de literatuur is dat – buiten de toepasselijkheid van rechtswege op grond van de Wet Cao (of Wet Avv) – de toepasselijkheid van een cao (of cao-bepaling) kan worden aangenomen indien partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst deze cao (uitdrukkelijk) op hun arbeidsrelatie van toepassing hebben verklaard, oftewel: de toepasselijkheid zijn overeengekomen.⁵ Wanneer een cao (of cao-bepaling) door individuele partijafpraak onderdeel is geworden van een arbeidsovereenkomst en daardoor de individuele arbeidsrelatie gaat beheersen, wordt dit de contractuele binding aan of contractuele uitbreiding van de (werking van de) cao worden genoemd. In de rechtspraak, literatuur en praktijk worden verschillende termen gebruikt in relatie tot deze contractuele binding. Wanneer wordt gesproken over het incorporeren van cao's heeft men vaak het oog op de rechtsgevolgen van de contractuele binding; een cao wordt door de partijafpraak geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst en gaat daarvan vervolgens deel uitmaken. In de praktijk geschiedt de contractuele binding veelal door een beding in de arbeidsovereenkomst dat – in lijn met de rechtsgevolgen die dat beding op het oog heeft – een (statisch of dynamisch) incorporatiebeding wordt genoemd. De term 'van toepassing zijn op' in relatie tot cao's, wordt veelal gebruikt om in het algemeen te beschrijven dat een cao de individuele arbeidsrelatie beheerst of is gaan beheersen, dus los van de vraag hoe die toepasselijkheid juridisch geconstrueerd is (gebondenheid door lidmaatschap, verbindendverklaring of contractuele binding). Als – tot slot – wordt gesproken van een werkgever die een cao toepast, is daarmee nog niets gezegd over de juridische grondslag van de toepasselijkheid van een cao.⁶ Het kan zijn dat de toepassing plaats vindt omdat dit volgt uit de Wet Cao of de Wet Avv, maar toepassing kan ook plaatsvinden omdat partijen daar een afspraak over hebben gemaakt.

Als partijen geen afspraak hebben gemaakt over de toepasselijkheid van een cao of de toepassing volgt niet uit de Wet Cao (artikel 9) of de Wet Avv, kan het zo zijn dat een werkgever in de praktijk een cao (of deel daarvan) toch feitelijk toepast (artikel 14 Wet Cao verplicht een gebonden werkgever daar toe). Hoe die feitelijke toepassing juridisch moet worden gekwalificeerd is niet altijd helder en verschillende opvattingen zijn mogelijk. Het kan zijn dat deze toepassing moet worden beschouwd als een aanbod de cao (of een deel daarvan) onderdeel te laten zijn van de arbeidsovereenkomst. Dit is dus een eenzijdige rechtshandeling, waarmee de toepasselijkheid van een cao (of een aantal cao-bepalingen)

5 Zie onder meer: W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 55; G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de Wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4; G.C. Boot, 'De zieke werknemer in het Sociaal Plan', *TVVS* 1996, nr. 96/8; M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de cao', *SMA* 1992, afl. 11 en meer recent: E. Verhulp: 'wie vertegenwoordigt?', *TRA* 2014/74.

6 Zie in dit verband de formulering van artikel 14 Wet Cao.

nog niet tot stand is gebracht, omdat daarvoor nog (stilzwijgende) instemming van de werknemer nodig is. Als een werknemer niet protesteert tegen de toepassing is daarmee een stilzwijgende afspraak over de toepasselijkheid van een cao (of deel daarvan) tot stand gekomen. Soms wordt de eenzijdige toepassing door een werkgever benaderd als een feitelijke handeling, een gewoonte of een zeker gebruik. Het ontbreken van protest van werknemerszijde leidt in dat geval niet tot een afspraak over de toepasselijkheid van een cao (of deel daarvan). Ik bespreek dit verder in paragraaf 5.4.4, maar merkt nu reeds op dat naar mijn mening de feitelijke toepassing van een cao door een aan de cao gebonden werkgever (zonder afspraak daarover) in beginsel moet worden opgevat als een stilzwijgend aanbod de (hele) cao toe te passen.

5.3 Artikel 14 Wet Cao

5.3.1 Wetsgeschiedenis

Een werkgever die een cao is aangegaan, of via het lidmaatschap van een werkgeversorganisatie aan een cao is gebonden, is op grond van artikel 14 Wet Cao verplicht de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van deze cao ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten die hij aangaat met ongebonden werknemers. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 14 door de wetgever in de Wet Cao is opgenomen om te voorkomen dat een aan een cao gebonden werkgever op enig moment – als het economisch minder gaat bijvoorbeeld – gemakkelijk aan de werking van de cao kan ontkomen door slechts ongebonden werknemers in dienst te nemen.⁷ Artikel 14 Wet Cao heeft als oogmerk te voorkomen dat het voor een aan de cao gebonden werkgever financieel aantrekkelijk is ongebonden werknemers een voorkeurspositie te geven bij het in dienst nemen van personeel, de vervanging van bestaand personeel of bij inkrimping van het personeelsbestand.⁸ In de periode waarin de Wet Cao tot stand kwam, bevatten verreweg de meeste cao's een bepaling met dezelfde strekking als artikel 14 Wet Cao.⁹ Vakbonden onderkenden kennelijk ook zonder wettelijke verplichting voldoende het gevaar van onderkruipen en bleken in de praktijk goed in staat daarvoor – met medewerking van werkgevers – een contractuele oplossing te vinden. De wetgever vond het niettemin nodig artikel 14 in de Wet Cao op te nemen. Artikel 14 Wet Cao beschermt dus de cao en de aan de cao gebonden leden en beoogt geenszins rechten aan ongebonden werknemers te verlenen.¹⁰ Dit uitgangspunt is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest Suk/Britannia en is nog steeds staande rechtspraak.¹¹ Artikel 14 Wet Cao behelst in feite niets meer dan een aanbiedingsplicht voor gebonden werkgevers. Dat ongebonden werknemers geen rechten kunnen ontlenen aan artikel 14 Wet Cao, betekent niet dat gebonden werkgevers de aanbiedingsplicht van artikel 14 Wet Cao ongestraft kunnen schenden. De in artikel 14 Wet Cao neergelegde aanbiedingsplicht geldt ten opzichte van de vakbonden die als cao-partij zijn opgetreden en zij kunnen

7 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 3.

8 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht, het recht met betrekking tot cao's en de verbindend-verklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 92.

9 L.G. Kortenhorst & Mac M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1930, p. 97.

10 Zie: *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 7.

11 HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Britannia);

bij schending van deze verplichting op grond van artikel 15 en 16 Wet Cao nakoming of schadevergoeding vorderen.

Volgens Verhulp brengt de aanbiedingsplicht van artikel 14 Wet Cao gelet op het doel van de bepaling mee, dat een gebonden werkgever alleen verplicht is de cao na te komen jegens ongebonden werknemers met wie hij gedurende de looptijd van de cao een arbeidsovereenkomst sluit.¹² Ik ben met Verhulp van mening dat deze uitleg van artikel 14 Wet Cao past bij de doelstelling van de wetgever in 1927. Een andere – wat breder gedragen – opvatting is dat de aanbiedingsplicht van artikel 14 Wet Cao meebrengt dat een werkgever ook verplicht is de cao waaraan hij gebonden wordt na te komen ten aanzien van reeds gesloten arbeidsovereenkomsten.¹³ Deze uitleg van artikel 14 Wet Cao past minder goed bij de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan dit artikel. Wanneer echter wat meer de nadruk wordt gelegd op de verschillende functies van de cao (zie hoofdstuk 1), dan is de ruimere uitleg van de aanbiedingsplicht van artikel 14 Wet Cao goed te begrijpen. In de praktijk lijkt de discussie over de aanbiedingsplicht overigens nauwelijks een rol te spelen omdat gebonden werkgevers ook los van de verplichting van artikel 14 Wet Cao de sterke neiging (of wens) hebben een cao toe te passen op al hun werknemers (los van de juridische grondslag).¹⁴

5.3.2 Bijzondere effecten

Artikel 14 Wet Cao is een bepaling met bijzondere effecten. In de eerste plaats maakt dit artikel het voor ongeorganiseerde werknemers makkelijker zich buiten de vakorganisatie te houden en toch de vruchten van de cao te plukken. In de literatuur wordt dit zogenoemde *freerider*-effect regelmatig aangewezen als de reden van de lage organisatiegraad van werknemers.¹⁵ Waarom zou men voor iets betalen als men dat ook gratis kan krijgen? Daarnaast draagt artikel 14 Wet Cao eraan bij dat de werking van de cao wordt verruimd tot buiten de kring van personen die van rechtswege aan de cao zijn gebonden. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat artikel 14 Wet Cao door een aantal Tweede Kamerleden vanwege het verruimende effect van de werking van de cao werd gekwalificeerd als een vorm van verbindendverklaring en daarmee als een regeling van publiekrechtelijke aard.

12 E. Verhulp, 'Caput 3. De aanbiedingsplicht ten aanzien van de art. 14-werknemer', in: R.M. Beltzer & E. Verhulp (red.), *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 25-38.

13 SER-advies 1979/006, Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers (ten gevolge op het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling van publiekrechtelijke colleges), p. 11 noot 2; W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 55-57 en G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4, p. 218.

14 Bij overgang van onderneming speelt dit niet of minder en kan de door Verhulp bepleitte beperkte omvang van de aanbiedingsplicht van artikel 14 Wet Cao een oplossing bieden voor het probleem dat *cherry picking* wordt genoemd. Zie: E. Verhulp, 'Caput 3. De aanbiedingsplicht ten aanzien van de art. 14-werknemer', in: R.M. Beltzer & E. Verhulp (red.), *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 36.

15 *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013, p. 14; E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 79; M.M. Olbers, 'Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht', *SMA* 1996, afl. 5, p. 319.

Het zou de kiem van verbindendverklaring bevatten.¹⁶ Dat de werking van de cao als gevolg van artikel 14 Wet Cao wordt verruimd tot buiten de kring van degenen die aan de cao zijn gebonden, is door de minister niet ontkend. Dat effect is ook juist de bedoeling van artikel 14 Wet Cao om onderkruipen te voorkomen. De minister verzette zich wel tegen de opvatting dat artikel 14 Wet Cao een vorm van verbindendverklaring was. Volgens de minister kon slechts van verbindendverklaring sprake zijn indien de bepalingen van de cao dwingend zouden worden opgelegd aan hen, die noch als partij bij de overeenkomst zijn toegetreden noch als lid door hun vereniging aan de cao zijn gebonden.¹⁷ Aan de minister kan worden toegegeven dat bij artikel 14 Wet Cao van verbindendverklaring geen sprake is, omdat artikel 14 alleen een verplichting oplegt aan gebonden werkgevers.¹⁸ Met andere woorden, artikel 14 Wet Cao laat de contractsvrijheid van ongebonden werknemers onaangetast.¹⁹ Als een aan de cao gebonden werkgever en een ongebonden werknemer geen overeenstemming bereiken over de toepasselijkheid van de cao, is de cao niet van toepassing. De aanvullende werking van artikel 13 Wet Cao geldt volgens de wetgeschiedenis niet in de relatie tussen een gebonden werkgever en een ongebonden werknemer.²⁰ Tegen deze aanvullende werking pleit overigens de systematiek van de Wet Cao²¹ die de contractsvrijheid van ongebonden werknemers ongemoeid laat.²² Ook de *nichtderogierbaarheid* van de cao, voortvloeiende uit artikel 12 Wet Cao en besproken in hoofdstuk 4, geldt niet in de rechtsverhouding tussen de gebonden werkgever en zijn ongebonden werknemers.²³ Mocht een gebonden werkgever in de arbeidsovereenkomst met een ongebonden werknemer dus afwijken van bepalingen in de cao, dan zijn die afwijkende afspraken volkomen rechtsgeldig omdat de cao de niet-gebonden partij bij de arbeidsovereenkomst niet in zijn contractsvrijheid kan beperken.²⁴ Opmerking verdient nog dat een cao-bepaling die voorschrijft dat in elke individuele arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen dat de cao van toepassing is, zich niet voor verbindendverklaring leent volgens het Toetsingskader AVV. Daardoor zouden immers ongebonden werkgevers en ongebonden werknemers ook onder het regime van de niet verbindend verklaarde cao-bepalingen kunnen worden gebracht (zie ook paragraaf 7.2.2).

De ruimere werking van cao's in de praktijk houdt overigens niet alleen verband met artikel 14 Wet Cao. In dit kader kan in eerste plaats worden gewezen op het bestaan van

16 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, Voorlopig Verslag, p. 34.

17 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 4, p. 21.

18 Uit de wetgeschiedenis blijkt overigens dat artikel 14 Wet Cao ook niet kan worden beschouwd als derdenbeding, omdat artikel 14 Wet Cao geen rechten aan ongeorganiseerden beoogt te geven. (*Kamerstukken II 1926/27*, 166, Verslag, p. 21).

19 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 54.

20 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, Verslag, p. 23 en *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 6.

21 HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittania). Zie ook: G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4, p. 217.

22 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 5: "Wie lid is eener vereniging 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 de vereeniging toe. In zoverre wordt de individueele vrijheid volledig gerespecteerd."

23 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 7.

24 Zie voor bevestiging in de literatuur onder meer: W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 20; G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4, p. 215-229.

artikel 9 lid 2 Wet Cao. Deze bepaling verplicht gebonden werkgevers de bepalingen uit de cao niet alleen na te leven jegens cao-partijen, maar ook rechtstreeks tegenover hun aan de cao gebonden werknemers.²⁵ Gebonden werkgevers weten in de regel niet of en hoe werknemers georganiseerd zijn, zodat zij ook niet weten ten opzichte van welke werknemers zij op grond van de Wet cao tot naleving van de cao gehouden zijn. Het is op grond van artikel 16 Wet bescherming persoonsgegevens zelfs verboden gegevens over het lidmaatschap van een vakbond te verwerken. Door de toepasselijkheid van de cao overeen te komen met al zijn werknemers, voldoet een gebonden werkgever aan zijn verplichting ex artikel 9 Wet Cao zonder dat hij hoeft uit te zoeken wie lid is en wie niet.²⁶ Een andere oorzaak kan worden gezocht in de voordelen die een cao werkgevers biedt, zoals: een verlaging van transactiekosten, rust en vrede in het bedrijf en een betere prognose ten aanzien van de kosten. Een werkgever die een cao is aangegaan (of daaraan is gebonden), zal maximaal willen profiteren van deze voordelen. Deze voordelen verminderen in belangrijke mate indien de cao slechts op een deel van de werknemers binnen het bedrijf van toepassing is. Voorts kan als reden voor een ruime toepassing van de cao worden genoemd dat gelijke behandeling van werknemers door werkgevers als belangrijke waarde van sociaal beleid wordt gezien.²⁷ Als een werkgever gebonden is aan een cao en de cao van rechtswege geldt voor een deel van zijn personeel (gebonden werknemers), leidt de wens tot gelijke behandeling ertoe dat hij een cao ook zal toepassen op de rest van het personeel (ongebonden werknemers). Voornoemde oorzaken (inclusief artikel 14 Wet Cao) leiden er in de praktijk toe dat – om met de woorden van Bouwens en Hekkelman te spreken – gebonden werkgevers cao-bepalingen veelal beschouwen als ‘algemene voorwaarden’, die hebben te gelden voor alle werknemers werkzaam in een functie die onder de werkingssfeer van de cao valt.²⁸

5.3.3 Geen algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid

Het voorgaande brengt mee dat een werknemer die niet lid is van een vakbond die een cao is aangegaan en dus niet via de Wet Cao gebonden is aan de cao, behoudens in geval van verbindendverklaring, niet tegen zijn wil onder de werking van een cao kan worden gebracht. De wetgever heeft in de Wet Cao geen algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vakbond voor alle werknemers in een bedrijf of branche willen aannemen getuige het onderscheid dat in de Wet cao wordt gemaakt tussen gebonden en ongebonden werknemers. Een werknemer die lid is geworden van een vakbond, heeft door zijn lidmaatschap aanvaard dat hij in het cao-overleg wordt vertegenwoordigd door de vakbond en door deze

25 HR 16 maart 1962, NJ 1963/222, m.nt. J.H.B.

26 M.M. Olbers, ‘Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht’, SMA 1996, afl. 5, p. 317.

27 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 57, F.B.J. Grapperhaus, ‘De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao’, SR 2002, afl. 6, p. 186-187 en W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 171.

28 W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke CAO’, *ArA* 2003, afl. 2, p. 71; G. Hekkelman, ‘De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.’, SMA 1979, afl. 4, p. 218: “De collectieve arbeidsovereenkomst – althans het samenstel van bepalingen inzake de arbeidsvoorwaarden dat het bestanddeel van de c.a.o. vormt – vormt immers een species van het genus regeling van standaardvoorwaarden.”

machtiging kan hij gebonden worden aan cao's. Een werknemer die geen lid wordt, heeft geen 'machtiging' gegeven namens hem te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden en hij blijft ongebonden. Voor de ruimere werking van de cao is nodig dat een ongebonden werknemer heeft ingestemd met een aanbod van zijn werkgever gericht op de toepasselijkheid van de cao. Die instemming hoeft niet uitdrukkelijk te geschieden maar kan ook worden afgeleid uit het ontbreken van protest tegen de toepassing van de cao, zoals ik hierna zal bespreken. De werknemersinstemming onder vigeur van het Nederlandse cao-recht vertoont gelijkenissen met de *nachträgliche Genehmigung* uit het werk van Lotmar (zie hoofdstuk 4). De *nachträgliche Genehmigung* (goedkeuring achteraf) deed volgens Lotmar de cao niet ontstaan, maar breidde haar werking uit. Gelijk te stellen zijn beide niet omdat de *nachträgliche Genehmigung* in het werk van Lotmar meebrengt dat de werknemer daadwerkelijk partij wordt bij de cao. De instemming onder het huidige Nederlandse cao-recht is slechts gericht op de toepasselijkheid van de cao. Dit verschil houdt ermee verband dat Lotmar de *Vertretungstheorie* aanhing en dat aan het Nederlandse cao-recht de *Verbandstheorie* ten grondslag ligt. In de *nachträgliche Genehmigung* lag volgens Lotmar bovendien besloten dat een werknemer goedkeurde dat namens hem was onderhandeld in het cao-overleg. Van de werknemersinstemming kan dat niet gezegd worden, althans niet zonder meer. Hoewel in sommige gevallen in zekere zin wel gezegd kan worden dat ongebonden werknemers door hun instemming met de toepasselijkheid van een cao, het werk van de vakbond in het cao-overleg achteraf impliciet 'goedkeuren', geldt dat in de meeste gevallen niet. In de praktijk vindt de toepasselijkheid van een cao immers veelal plaats via incorporatiebedingen (waarover meer in paragraaf 5.6.2) en door akkoord te gaan met zo'n beding, stemmen ongebonden werknemers vooraf in met cao's waarvan nog niet duidelijk is of die ooit gesloten gaan worden, wie daarbij partij zijn en wat de inhoud daarvan is. In die gevallen kan niet gezegd worden dat de instemming van een ongebonden werknemer impliceert dat hij goedkeurt dat mede namens hem is onderhandeld.

5.3.4 Instemming is een fictie

Hoewel in het cao-recht als voorwaarde voor de ruimere werking van de cao geldt dat ongebonden werknemers hebben ingestemd met de toepasselijkheid van de cao, mag niet uit het oog worden verloren dat ongebonden werknemers *de iure* wel de vrijheid hebben de toepasselijkheid van een cao niet te accepteren, maar dat deze vrijheid *de facto* wel heel minimaal is. Bij een overeenkomst komen partijen in beginsel samen overeen hoe de inhoud zal zijn van de rechtsnormen waaraan zij in de toekomst zijn gebonden. Soms heeft een partij echter weinig keuze of onderhandelingsruimte bij het aangaan van een overeenkomst als gevolg van een verschil in economische machtsposities: hij heeft zich eenvoudigweg te onderwerpen aan vaststaande voorwaarden. Als daarvan sprake is, wordt wel gesproken over een zogenoemd adhesiecontract.²⁹ 'Als men in de trein of in de tram stapt, sluit men een vervoerovereenkomst met de exploitant; als men grond van de gemeente in erfpacht neemt, sluit men een erfpachtovereenkomst; als men een brandverzekering sluit, onderwerpt men zich meestal aan de bepalingen van de beurs-brandpolis. Maar

29 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 458.

de inhoud van al deze overeenkomsten berust niet op den partijwil; het zijn abstracte voorschriften, die automatisch van toepassing worden, zoodra partijen een bepaald type overeenkomst aangaan.', aldus Mok.³⁰ Vanwege de ongelijke economische machtsposities tussen werkgever en werknemer bij – met name – het aangaan van de arbeidsovereenkomst, kan de arbeidsovereenkomst naar mijn mening ook worden gezien als een adhesiecontract.³¹ Vergelijkbaar met de wijze waarop de beurs-brandpolis toepassing vindt bij het sluiten van een brandverzekering, vindt de cao toepassing bij arbeidsovereenkomsten die een gebonden werkgever met zijn werknemers aangaat.³² Veel vrijheid voor niet- of anders-georganiseerde werknemers om de toepassing van een door een gebonden werkgever gewenste cao niet te accepteren is er niet (bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst althans). De werkgever bepaalt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst immers de arbeidsvoorwaarden (voor grote groepen werknemers geldt dit uitgangspunt). Terecht heeft onder meer Verhulp opgemerkt dat werknemersinstemming in dit verband veelal een fictie is.³³ Ten overvloede wijs ik in dit kader nog op een passage in de memorie van toelichting bij de Wet Cao waarin dit uitgangspunt werd erkend. De minister merkte over de feitelijke contractsvrijheid van werknemers het volgende op: "Doch de werkelijkheid kent niet dan bij uitzondering het beeld, dat de individueele arbeider aan den werkgever zijne voorwaarden stelt, welke deze laatste zou hebben te accepteren. De werkgever neemt slechts in dienst op de voorwaarden, waaronder ook zijn verdere personeel den arbeid verricht." De maatschappelijke realiteit is heden ten dage op dit punt niet anders dan bijna een eeuw geleden.

5.4 Wilsovereenstemming

5.4.1 Inleiding

Vanuit privaatrechtelijk perspectief is het te begrijpen dat de Nederlandse wetgever de werking van de cao heeft beperkt tot cao-partijen en hun leden. Aan dit uitgangspunt ligt immers de gedachte ten grondslag dat de vakbond alleen die werknemers kan vertegenwoordigen die uit vrije wil de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vakbond hebben erkend. Het zou de contractsvrijheid – als leidend beginsel van het privaatrecht – te veel geweld aandoen wanneer de cao zonder meer werking zou hebben buiten de kring van betrokkenen (en met betrokkenen bedoel ik: cao-partijen en hun leden). Niet- of

30 S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1939, p. 39.

31 Zie ook: S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1939, p. 39, alsmede R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', *ARBAC* maart 2012: DOI: 10.5553/ARBAC/.000007.

32 S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1939, p. 39. Zie ook: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke CAO', *ArA* 2003, afl. 2, p. 71; G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4, p. 218: "De collectieve arbeidsovereenkomst – althans het samenstel van bepalingen inzake de arbeidsvoorwaarden dat het bestanddeel van de c.a.o. vormt – vormt immers een species van het genus regeling van standaardvoorwaarden."

33 E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', *TRA* 2014/74.

anders-georganiseerde werknemers behouden ten opzichte van cao-partijen hun volledige contractsvrijheid wanneer zij in dienst zijn of treden bij een aan de cao gebonden werkgever. Voor de toepasselijkheid van een cao op de arbeidsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een ongebonden werkgever is derhalve wilsovereenstemming noodzakelijk. In de praktijk kan op verschillende momenten en in verschillende situaties de vraag opkomen of partijen de toepasselijkheid van een cao zijn overeengekomen. Veelal wordt reeds bij aanvang van een arbeidsovereenkomst de toepasselijkheid van een cao overeengekomen door gebruikmaking van een in de arbeidsovereenkomst voorkomend beding waarin wordt verwezen naar de voor de werkgever geldende cao (en eventuele toekomstige versies daarvan). Soms ontbreekt zo'n uitdrukkelijk beding en komt het er juridisch op aan vast te stellen in hoeverre partijen hun wil aan elkaar hebben kenbaar gemaakt, op welke wijze dan ook – in taal of tekenen, mondeling of schriftelijk, direct of door middel van derden, door mechanische hulpmiddelen, gebaren, houding of handelingen, of onder sommige omstandigheden zelfs door een niet-handelen – gericht op de toepasselijkheid van de cao.³⁴ Ik bespreek deze problematiek in paragraaf 5.4.3 en 5.4.4 nadat ik in paragraaf 5.4.2 eerst het incorporatiebeding heb behandeld.

5.4.2 *Het incorporatiebeding*

5.4.2.1 *Een kwestie van uitleg*

Een werkgever die een cao waaraan hij gebonden is wil toepassen op de arbeidsovereenkomst van een ongebonden werknemer, kan daartoe een uitdrukkelijk (dat wil zeggen mondeling of schriftelijk) aanbod doen. De meest voorkomende wijze waarop werkgevers in de praktijk vormgeven aan zo'n uitdrukkelijk aanbod, is door in de arbeidsovereenkomst een beding op te nemen waarin een cao op de arbeidsovereenkomst van toepassing wordt verklaard. Een beding dat slechts de toepasselijkheid van een op een bepaald specifiek moment geldende cao beoogt, wordt wel een statisch incorporatiebeding genoemd. Een statisch incorporatiebeding heeft voor werkgevers als nadeel dat steeds opnieuw instemming moeten worden gevraagd van ongebonden werknemers voor de toepasselijkheid van nieuwe cao's of opvolgende versies en dat ongebonden werknemers de toepasselijkheid van nieuwe of opvolgende versies dan steeds kunnen weigeren. Een werkgever zal in de praktijk daarom veelal de voorkeur geven aan een formulering die duidelijk maakt dat de van tijd tot tijd op de werkgever van toepassing zijnde cao moet worden gevolgd.³⁵ Een incorporatiebeding dat beoogt ook nieuwe of toekomstige versies van een cao van toepassing te doen zijn, wordt een dynamisch incorporatiebeding genoemd. Bijzonder aan een dynamisch incorporatiebeding is dat een werknemer niet alleen instemt met collectieve

34 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 119.

35 R.A.A. Duk, 'Art. 14 Wet cao, incorporatie en driekwart dwingend recht', *TAP* 2010/4, p. 163; R.M. Beltzer, 'Caput 4. De reikwijdte van het incorporatiebeding', in: R.M. Beltzer & E. Verhulst (red.), *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 40 en W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht, het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97-99.

arbeidsvoorwaarden waarvan hij de inhoud kent, maar dat hij ook direct instemt met collectieve arbeidsvoorwaarden waarvan hij de inhoud nog niet kent.

Het incorporatiebeding is niet arbeidsrechtelijk geregeld, waarmee ik wil zeggen dat het beding niet als zodanig wordt geregeld in titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. In de literatuur is gediscussieerd over de vraag of een incorporatiebeding moet worden opgevat als een eenzijdig wijzigingsbeding.³⁶ Zie hierover meer in hoofdstuk 9. Het incorporatiebeding wordt gereguleerd door het algemene vermogens- en verbintenissenrecht³⁷ en dat brengt mee dat wat tussen partijen heeft te gelden ten aanzien van de reikwijdte van het incorporatiebeding in beginsel aan de hand van de Haviltex-norm dient te worden beantwoord. De Haviltex-norm brengt mee dat contractsbepalingen worden uitgelegd aan de hand van “de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan de bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”.³⁸ Uit de rechtspraak volgt dat de tekst van een incorporatiebeding vrij algemeen kan zijn om het beding toch een ruim dynamisch effect te laten hebben vanwege de bedoeling waarmee het beding veelal wordt aangegaan.³⁹

De Rechtbank Amsterdam oordeelde in 1996 ten aanzien van een incorporatiebeding met de tekst *in deze overeenkomst worden de bepalingen, vermeld in de bij de werkgever geldende collectieve arbeidsovereenkomst, geacht te zijn opgenomen*, dat de werknemer moest begrijpen en verwachten dat zijn werkgever daarmee niet bedoelde voor iedere nadien in cao-verband afgesproken wijziging in de arbeidsvoorwaarden een nadere overeenkomst met hem te sluiten.⁴⁰ Anders gezegd, dat het de bedoeling was de voor de werkgever geldende cao steeds van toepassing te doen zijn. De rechtbank overwoog daarbij dat de strekking van artikel 14 Wet Cao is dat in een onderneming voor georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers dezelfde arbeidsvoorwaarden worden gecreëerd en dat de werkgever net als andere werkgevers in een soortgelijk geval het doel had eenheid van arbeidsvoorwaarden te scheppen, zodat het ook daarom voor de hand lag ook nieuwe cao's onder de reikwijdte van het incorporatiebeding te brengen.

Als in een incorporatiebeding niet wordt verwezen naar de voor de werkgever geldende cao en toekomstige versies daarvan, maar naar een expliciet bij naam genoemde cao, kunnen twijfels ontstaan over de reikwijdte van het beding indien de naam van de cao op enig moment wijzigt. Uit de Bornkamp-zaak volgt dat de verwijzing in een incorporatiebeding

36 R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt, SMA 2006, afl. 7/8 en R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW, SMA 2006, afl. 7/8.

37 R.M. Beltzer, 'Caput 4. De reikwijdte van het incorporatiebeding', in: R.M. Beltzer & E. Verhulp (red.), *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 40.

38 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Haviltex).

39 G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', SMA 1979, afl. 4, p. 223: "Vaak zal echter niet met zoveel woorden mede verwezen zijn naar toekomstige wijzigingen of vernieuwingen van de toepasselijk verklaarde c.a.o. Of die toepasselijkverklaring mede zo'n verwijzing inhoudt, is dan een kwestie van uitleg. Het met de toepasselijkheidsverklaring beoogde doel – eenheid van recht omtrent de arbeidsvoorwaarden in de onderneming – vormt [...] een voldoende aanknopingspunt om er in de het algemeen van uit te gaan dat zulks inderdaad het geval." Zie voor een bevestiging van voornoemde doelomschrijving van incorporatiebedingen ook Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2009, JAR 2009/72.

40 Rb. Amsterdam 5 juni 1996, JAR 1996/136.

naar een bepaalde cao niet hoeft mee te brengen dat latere cao's met een andere naam niet vallen onder de reikwijdte van het beding. Dit oordeelde het gerechtshof in deze zaak.⁴¹ De casus was als volgt. Op 13 juni 1994 trad werknemer Biemans in dienst bij Bornkamp Ziekenvervoer als chauffeur-begeleider en vanaf 1 mei 1995 was hij werkzaam als zitambulance-medewerker. Op de arbeidsovereenkomst was door partijen de ondernemings-cao van Bornkamp van toepassing verklaard. Als gevolg van een herstructurering binnen Bornkamp, trad Biemans vanaf 1 januari 1998 in dienst bij Bornkamp Zorgvervoer. Vanaf 1 maart 2001 viel Bornkamp Zorgvervoer onder de CAO Taxivervoer. Per 1 januari 2002 werd een nieuwe CAO Taxivervoer afgesloten, waarin de uitsluiting van het rijdend personeel van zittend ziekenvervoer werd geschrapt, zodat de functie van Biemans vanaf dat moment ook onder de CAO Taxivervoer viel. Biemans was overigens noch lid van de bij de CAO Taxivervoer betrokken vakbonden, noch van de bij de Bornkamp-cao betrokken vakbonden. Tussen partijen rees op enig moment een geschil over beloning waarbij relevant was welke cao van toepassing was op hun arbeidsverhouding. Biemans betwiste dat de CAO Taxivervoer zijn arbeidsovereenkomst was gaan beheersen. Bornkamp stelde zich daarentegen op het standpunt dat partijen nooit de bedoeling hadden gehad de toepasselijkheid van een cao afhankelijk te maken van de exacte naam. Het gerechtshof overwoog dat de exacte naam van de cao zoals die in de arbeidsovereenkomst vermeld was, inderdaad niet doorslaggevend was bij de beoordeling van de vraag of een nieuwe cao al dan niet van toepassing is.

Bijzonder aan de Bornkamp-zaak is dat niet alleen de naam van de nieuwe cao anders was dan vermeld in het incorporatiebeding, maar ook de aard van de cao. De nieuwe cao betrof immers een branche-cao, terwijl het incorporatiebeding verwees naar een ondernemings-cao. Ook uit de Bornkamp-zaak kan worden afgeleid dat bij de uitleg en reikwijdte van een incorporatiebeding veel gewicht lijkt toe te komen aan de binding van de werkgever aan een cao. Dit is niet onredelijk omdat een incorporatiebeding ook veelal tot doel heeft die cao van toepassing te laten zijn waaraan een werkgever op enig moment gebonden is. De naam van de cao waarnaar wordt verwezen is in die benadering van ondergeschikt belang. Zo oordeelde ook het Gerechtshof Amsterdam in 2003 waarin een aan de Bornkamp-zaak spiegelbeeldige situatie zich voordeed.⁴² Het incorporatiebeding verwees naar een branche-cao terwijl de werkgever op enig moment een eigen cao afsloot. Het gerechtshof overwoog dat uit de in arbeidsovereenkomst opgenomen passages (*Op de met u bestaande arbeidsovereenkomst is de cao voor het Bankbedrijf van toepassing. Een exemplaar treft u aan in de 'Personeelsgids' en Binnen de ING Bank N.V. gelden een aantal personeelsregelingen, die zijn neergelegd in de 'Personeelsgids'. Bedoelde regelingen maken deel uit van deze arbeidsovereenkomst. Wijzigingen van de regelingen en toegevoegde regelingen in de Personeelsgids maken eveneens deel uit van deze arbeidsovereenkomst.*) viel af te leiden dat het kennelijk de bedoeling van partijen was niet alleen de op het moment van aanstelling geldende cao, maar ook alle opvolgende cao's waaraan ING gebonden zou zijn, van toepassing te laten zijn op de arbeidsverhouding. Dat op het moment van

41 Gerechtshof 's-Gravenhage 13 juni 2006, JAR 2006/136 en Hoge Raad 25 januari 2008, JAR 2008/55 (Bornkamp).

42 Gerechtshof Amsterdam 4 december 2003, JAR 2004/12.

indiensttreding de cao voor het Bankbedrijf gold, terwijl ING daarna werd gebonden door een eigen ondernemings-cao deed daaraan volgens het gerechtshof niet af.

5.4.2.2 De grenzen van het incorporatiebeding

Aan de ruime uitleg van het incorporatiebeding zitten ook grenzen. Onder meer bij de overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW oordelen rechters terughoudend(er) over de reikwijdte van het incorporatiebeding.⁴³ Een andere (en voor dit onderzoek relevante) beperking van het dynamische karakter van incorporatiebedingen houdt verband met de belangenbehartiging door vakbonden in het cao-overleg. In verband met een (mogelijk) gebrek daaraan zijn in de rechtspraak via verschillende wegen grenzen gesteld aan de ruime reikwijdte van (dynamische) incorporatiebedingen, met als gevolg dat ongebonden werknemers niet zomaar aan iedere nieuwe cao 'gebonden' kunnen worden. Ik bespreek deze rechtspraak.

Statutaire beperking

In de Hema-zaak in 2005 had de vakbond voor het hoger en middenkader personeel (VHP) twee cao's afgesloten met Hema.⁴⁴ Eén cao gold alleen voor het hoger personeel en één cao gold voor de rest van het personeel. Over de cao die gold voor de rest van het personeel, lees: de gewone cao, onderhandelde Hema normaliter met FNV en CNV. Nadat FNV en CNV het eindbod van Hema niet accepteerden, ging VHP de cao aan. FNV en CNV eisten vervolgens in kort geding dat de gewone cao niet gold voor anderen dan VHP-leden. Hema stelde dat de met VHP gesloten cao's op grond van de incorporatiebedingen gewoon van toepassing waren. De Rechtbank Amsterdam overwoog dat de enkele omstandigheid dat statuten van een vereniging de mogelijkheid bieden bepaalde werknemers te vertegenwoordigen, een vereniging ook het recht geeft dat te doen, los van de vraag of die werknemers daadwerkelijk lid zijn. De mogelijkheid voor een werknemer van een bepaalde vereniging lid te worden geeft volgens de rechtbank die vereniging de bevoegdheid mede namens die werknemer op te treden. De rechtbank noemde dit "fictieve vertegenwoordiging". De rechtbank overwoog vervolgens dat de VHP krachtens haar statuten niet de werknemers vertegenwoordigde die onder de werkingssfeer van de gewone cao vielen. De grote massa van het 'lager personeel' komt bij VHP niet aan bod, zodat van enige vorm van representatie geen sprake was, aldus de rechtbank. Volgens de rechtbank moet in het algemeen gelden dat een cao tussen een werkgever en werknemers niet rechtsgeldig tot stand kan komen doordat een bepaalde groep werknemers (bijvoorbeeld het hogere personeel) zich in een vakvereniging verenigt met uitsluiting van een andere groep (het lagere personeel) en die eerste groep vervolgens een cao afsluit die geldt voor laatstgenoemde groep. Van enig vertegenwoordigingsbeginsel blijft dan niets over. Dan wordt immers over de hoofden en met uitsluiting van een niet vertegenwoordigde categorie werknemers een cao afgesloten door een buiten die categorie staande groepering. Dit is in strijd met de elementaire beginselen van het verbintenissenrecht.⁴⁵

43 HvJEU 9 maart 2006, C-499/04, ECLI:EU:C:2006:168 (Werhof); HvJEU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (Parkwood); HvJEU 27 april 2017, C-680/15 en C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317 (Asklepios); Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2009, JAR 2009/72.

44 Rb. Amsterdam 29 december 2005, JAR 2006/27.

45 Rb. Amsterdam 29 december 2005, JAR 2006/27, r.o. 7.

Redelijkheid en billijkheid

In de Hema-zaak werd op basis van de statuten geoordeeld dat VHP niet bevoegd was een cao voor het gehele personeel te sluiten. In zes andere zaken stonden niet de statuten van de cao sluitende vakbond ter discussie, maar de representativiteit van die vakbond. In verband met onder meer een gebrek aan representativiteit van de vakbond die de cao afsloot, werd in drie zaken de ruime werking van een incorporatiebeding beperkt via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de twee andere zaken gebeurde dit via een beperkte uitleg van het incorporatiebeding. Ik bespreek eerst de zaken waarin de nieuwe cao (althans een bepaling uit die cao) toepassing miste op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De eerste zaak speelde bij de Kantonrechter Hilversum en ging over de toepasselijkheid van de nieuwe Horeca-cao die door vakbond De Unie was afgesloten.⁴⁶ Werknemer Ataya, lid van FNV, was vanaf 1983 in dienst bij CNH en in zijn arbeidsovereenkomst stond een incorporatiebeding waarin de Horeca-cao van toepassing was verklaard. Per 1 oktober 2005 gold een nieuwe horeca-cao die tot stand was gekomen tussen Koninklijke Horeca Nederland (KHN) enerzijds en De Unie anderzijds. De FNV en CNV, daarvoor steeds partij bij de cao, hadden zich voortijdig uit de onderhandelingen teruggetrokken omdat zij zich niet kon verenigen met de wensen van KHN en dan met name niet met de wens van KHN af te wijken van het 'oude' artikel 7:628 BW (geen arbeid, toch loon). De Unie ging wel akkoord en de afwijking van het oude artikel 7:628 BW werd geregeld in artikel 12 van de cao. Ataya verzette zich vervolgens tegen de toepasselijkheid van artikel 12 op zijn arbeidsovereenkomst. Werkgever CNH stelde zich onder verwijzing naar het incorporatiebeding op het standpunt dat artikel 12 ook gold voor Ataya. De Kantonrechter Hilversum overwoog dat Ataya krachtens het incorporatiebeding aan artikel 12 van de cao gebonden zou kunnen zijn, voor zover de cao tot stand was gekomen "met medewerking van de (grote) vakorganisaties, die in grote mate de aangesloten medewerkers in de horecabranche vertegenwoordigen." Daarvan was volgens de kantonrechter geen sprake bij de totstandkoming van de nieuwe cao. Integendeel, de grote vakorganisaties hadden de cao-onderhandelingen zelfs gestaakt. De Kantonrechter Hilversum oordeelde dat onder deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden aanvaard dat Ataya, als lid van een werknemersorganisatie die artikel 12 van de cao heeft verworpen, krachtens het standaardbeding in zijn lang voor inwerkingtreding van de cao gesloten arbeidsovereenkomst, gebonden is aan een beding dat een driekwartdwingende bepaling volledig buiten werking zou stellen.

Bij de Kantonrechter Utrecht stond ook tweemaal (in 2006 en 2007) de toepasselijkheid van de per 1 januari 2005 geldende horeca-cao ter discussie. Net als in de zaak bij de Kantonrechter Hilversum ging het geschil bij de Kantonrechter Utrecht in de zaak uit 2006 over de toepasselijkheid van artikel 12 van de horeca-cao waarin was afgeweken van artikel 7:628 BW (oud) op basis van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding. De Kantonrechter Utrecht stelde voorop dat in beginsel op grond van het Nederlandse cao-recht moet worden aanvaard dat ook met een (kleinere) vakbond en zonder dat met name CNV en FNV meedoen, toch rechtsgeldig een cao kan worden

⁴⁶ Ktr. Hilversum 1 februari 2006, JAR 2006/57.

gesloten, waarin van dwingende wetsbepalingen kan worden afgeweken.⁴⁷ De Kantonrechter Utrecht overwoog verder dat een gehele uitsluiting van loon bij verhindering de arbeid te verrichten onder bepaalde omstandigheden ertoe kan leiden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werkgever tegenover een door een incorporatiebeding gebonden werknemer en zonder dat deze verstrekkende totale loonuitsluiting ook zelfstandig in de arbeidsovereenkomst terug is te vinden,⁴⁸ een beroep doet op deze gehele uitsluiting. Volgens de kantonrechter deden deze omstandigheden zich voor omdat de redenen van de verhindering de arbeid te verrichten volledig in de risicosfeer van de werkgever lagen terwijl werknemer bereid was arbeid te verrichten.

Anders dan in de zaak die bij de Kantonrechter Utrecht speelde in 2006, richtte de klacht van werkneemster zich in de zaak uit 2007 niet tegen het hiervoor genoemde artikel 12 van de cao, maar tegen een afwijking in de horeca-cao van de wettelijk ketenregeling.⁴⁹ In de considerans van de arbeidsovereenkomst was opgenomen dat op de arbeidsovereenkomst de cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf van toepassing was. De Kantonrechter Utrecht herhaalde de overweging uit het vonnis van 2006 dat in beginsel op grond van het Nederlandse cao-recht moet worden aanvaard dat ook met een kleine(re) vakbond en zonder dat met name CNV en FNV meedoen, toch rechtsgeldig een cao kan worden gesloten, waarin van dwingende wetsbepalingen kan worden afgeweken. Voorts herhaalde de Kantonrechter Utrecht de overweging dat een beroep van de werkgever op een substantiële afwijking van driekwart dwingend onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Die omstandigheden deden zich in casu voor. In de eerste plaats wees de kantonrechter erop dat in de arbeidsovereenkomst was verwezen naar de cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf en dat een expliciete verwijzing naar de horeca-cao ontbrak. De considerans was daarmee 'dubbelzinnig' volgens de kantonrechter.⁵⁰ In de tweede plaats was niet gebleken dat de werkgever de werknemer had gewezen op de gevolgen van de nieuwe horeca-cao en tot slot ontbrak een herbevestiging (of accordering) tussen werkgever en werknemer van de nieuwe cao-bepaling waarin was afgeweken van de wettelijke ketenregeling. Deze laatste omstandigheden hielden ermee verband dat de afwijking van de ketenregeling – die in casu ter discussie stond – niet voorkwam in de cao-horeca 2003/2004.

Uitleg beding

In 2008 werd de Kantonrechter Amsterdam gevraagd een oordeel over de toepasselijkheid van de per 1 oktober 2008 geldende Mitex-cao krachtens een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding.⁵¹ De nieuwe Mitex-cao was van werknemerszijde gesloten door De Unie en een internetvakbond (overigens opgericht door De Unie). FNV en CNV

47 Ktr. Utrecht 25 juli 2006, *RAR* 2007/24.

48 De toevoeging in deze overweging van het zinsdeel 'en zonder dat deze verstrekkende totale loonuitsluiting ook zelfstandig in de arbeidsovereenkomst terug is te vinden', is overigens vreemd nu de volledige loonuitsluiting alleen bij cao kon geschieden. De algehele loonuitsluiting in de arbeidsovereenkomst zou juridisch zonder waarde zijn geweest.

49 Ktr. Utrecht 12 december 2007, *JAR* 2008/30.

50 De dubbelzinnigheid viel naar mijn mening reuze mee. De kantonrechter heeft in het vonnis zelf ook opgemerkt dat de verwijzing niet beperkt is tot de op dat moment geldende cao, maar ook ziet op toekomstige versies.

51 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, *RAR* 2008/116.

waren geen partij bij de nieuwe Mitex-cao, terwijl zij dat wel waren bij de voorgaande versies van de Mitex-cao. Het geschil spitste zich toe tussen H&M dat lid was van de werkgeversorganisatie die de Mitex-cao sloot en FNV. FNV behartigde de belangen van 46 leden in dienst van H&M. In de arbeidsovereenkomsten van deze werknemers stonden incorporatiebedingen die volgens de kantonrechter verwezen naar de toepasselijkheid van de Mitex-cao. FNV vorderde – kort gezegd – dat op de arbeidsovereenkomst van haar leden de oude cao-Mitex van toepassing bleef.

De kantonrechter stelde voorop dat de Wet Cao geen eisen stelt aan vakbonden met betrekking tot de representativiteit en dat de per 1 oktober 2008 geldende Mitex-cao in elk geval kwalificeert als cao in de zin van de wet. Of de nieuwe Mitex-cao ook van toepassing was geworden op de ongebonden werknemers, hing volgens de kantonrechter evenwel af van de uitleg van de incorporatiebedingen. Daarbij komt het erop aan vast te stellen welke betekenis partijen, mede gelet op hun maatschappelijke positie en rechtskennis, redelijkerwijs mochten toekennen aan hetgeen zij met elkaar zijn overeengekomen. De kantonrechter overwoog dat leden van FNV, die in casu klaagden, redelijkerwijs mochten verwachten dat de nieuwe cao, net als de cao die gold toen zij akkoord gingen met het incorporatiebeding, zou worden gesloten met representatieve vakorganisaties, die beogen hun belangen te behartigen. “Op het moment dat deze werknemers hebben ingestemd met toepasselijkheid van de – met name genoemde – cao die is aangegaan door een min of meer representatieve vakorganisaties hebben zij te kennen gegeven dat zij gebonden willen zijn aan de afspraken die door die vakorganisaties zijn gemaakt. In de aanvaarding van het incorporatiebeding ligt niet de bedoeling besloten om ook aan een cao die met een niet representatieve vakorganisatie is gesloten, gebonden te kunnen worden.”⁵²

De kantonrechter oordeelde dat De Unie en de internetbond niet of nauwelijks werknemers van H&M vertegenwoordigen (terwijl FNV en CNV dat wel deden) en daarom niet als representatief moeten worden beschouwd. H&M had niet weersproken dat De Unie en de internetvakbond (vrijwel) geen leden hadden. Daarbij kwam volgens de kantonrechter dat De Unie vooral opkomt voor de belangen van professionals en sterk is vertegenwoordigd bij middengroepen en hoger personeel, terwijl de werknemers in kwestie allemaal werkzaam waren in het distributiecentrum. De kantonrechter concludeerde dat het – gelet op het voorgaande – aannemelijk is dat bij de totstandkoming van een cao waarbij niet FNV en/of CNV zijn betrokken, maar De Unie en de internetvakbond, niet dezelfde waarborgen voor een bevredigend resultaat voor de in casu betrokken werknemers bestaan. Daarbij is niet alleen de organisatiegraad van belang, maar ook de ervaring in de branche van een vakbond en de aanwezigheid van een stakingskas.⁵³

Dat via de uitleg van het incorporatiebeding tot het oordeel kan worden gekomen dat een cao die met kleine vakorganisaties tot stand is gekomen niet onder het beding valt, lijkt overigens in 2007 al te zijn overwogen door de Rechtbank 's-Hertogenbosch.⁵⁴ De rechtbank overwoog in die zaak (hierna: de UWV-zaak) het volgende: ‘Weliswaar zou in

52 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, RAR 2008/116, r.o. 15.

53 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, RAR 2008/116, r.o. 19.

54 Rb. 's-Hertogenbosch 21 juni 2017, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA8766.

een dergelijk geval [waarin geen sprake is van een binding van rechtswege, n], via een incorporatiebeding in de met de werknemer gesloten arbeidsovereenkomst, sprake kunnen zijn van binding aan de cao, maar voorwaarden daarvoor zijn dat de cao met medewerking van de (grote) vakorganisaties tot stand is gekomen en dat die vakorganisaties de aangesloten medewerkers in de horecabranche in belangrijke mate vertegenwoordigen. Aan die voorwaarden is niet voldaan.' Omdat de rechtbank in zijn overwegingen geen duidelijke juridische grondslag noemt, ben ik wat terughoudend bij de duiding van deze uitspraak. Uit de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging lijkt evenwel op te maken dat de rechtbank het incorporatiebeding beperkt uitlegt (en dus niet kiest voor een beperking van het beding via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid).

In 2017 kwam ook de Rechtbank Haarlem via de uitleg van het incorporatiebeding tot het oordeel dat de nieuwe ondernemings-cao van Transavia die zonder FNV tot stand was gekomen, niet gold voor leden van FNV, omdat de bonden die wel akkoord waren gegaan (CNV, De Unie en NVLT) onvoldoende representatief waren.⁵⁵ Transavia maakt gebruik van modelcontracten waarin standaard de volgende bepaling is opgenomen: *Op werknemer zijn van toepassing de bepalingen van de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor Transavia Grondpersoneel*. Het gebruik van het modelcontract met dit incorporatiebeding is voor Transavia verplicht op grond van de cao die gold van 2011 tot 2013 en waarbij FNV, CNV, De Unie en NVLT partij waren. Deze vier bonden organiseren gezamenlijk ongeveer 1/3 van de 600 medewerkers die vallen onder de werkingssfeer van de cao voor het grondpersoneel. De NVLT is overigens een categorale bond waarvan alleen technici lid kunnen worden (van de 600 medewerkers die vallen onder de cao voor het grondpersoneel kunnen er slechts 150 lid worden van de NVLT). Bij de cao 2013-2016 was FNV geen partij, maar de andere drie vakbonden wel. De FNV stelde zich op het standpunt dat in de aanvaarding van het incorporatiebeding (uit de cao 2011-2013) door haar leden de bedoeling besloten ligt slechts gebonden te kunnen worden aan een cao waarbij FNV partij is.

Transavia verdedigde een ruimere uitleg van het incorporatiebeding, maar de rechtbank volgde die uitleg niet. De rechtbank stelde voorop dat vaststaat dat de cao 2011-2013 met FNV, CNV, De Unie en NVLT was gesloten en dat de leden van FNV redelijkerwijs mochten verwachten dat eventuele toekomstige cao's, net als de cao 2011-2013 die zij van toepassing hebben verklaard door te tekenen voor het betreffende incorporatiebeding, zou worden gesloten met representatieve vakorganisaties, die beogen hun belangen te behartigen. Volgens de rechtbank hebben deze werknemers op het moment dat zij instemden met de toepasselijkheid van de cao die is aangegaan door representatieve vakorganisaties, daarmee te kennen gegeven gebonden te willen zijn aan afspraken die door die vakorganisaties zijn gemaakt. In de aanvaarding van het incorporatiebeding ligt derhalve niet de bedoeling besloten ook aan een cao die met niet representatieve vakorganisaties is gesloten, gebonden te kunnen worden, aldus de rechtbank.⁵⁶

In een aantal van de zes hiervoor besproken zaken stelden de FNV of de werknemer(s) zich op het standpunt dat het incorporatiebeding diende te worden aangemerkt als eenzijdig

55 Ktr. Haarlem 5 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2911.

56 Ktr. Haarlem 5 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2911, r.o. 4.9.

wijzigingsbeding en dat de werkgever een onvoldoende zwaarwichtig belang had bij de wijziging van de arbeidsovereenkomst die voortvloeide uit een cao waarbij een niet-representatieve bond partij was. In geen van de zaken is op dit punt door de kantonrechter iets overwogen, omdat de FNV of de werknemer(s) op een andere grond gelijk kregen. Niettemin is het een interessante discussie of een incorporatiebeding moet worden opgevat als een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW. Ik bespreek dit in hoofdstuk 9. In hoofdstuk 6 analyseer ik de overwegingen van de kantonrechters in voornoemde zaken nader.

5.4.2.3 *Samenvatting*

Samengevat kan over het incorporatiebeding gezegd worden dat er geen specifieke arbeidsrechtelijke regels voor dit beding zijn. Het beding wordt gereguleerd door het algemene vermogens- en verbintenissenrecht. Uit de rechtspraak volgt dat incorporatiebedingen ruim worden uitgelegd, in die zin dat opvolgende en nieuwe cao snel geacht worden onder de reikwijdte van het beding te vallen. De tekst van het beding is daarbij niet doorslaggevend. Het is immers veelal de bedoeling van een incorporatiebeding de voor de werkgever van tijd tot tijd geldende cao steeds van toepassing te laten zijn op de arbeidsovereenkomst.

Aan de uitleg van het incorporatiebeding zitten ook grenzen. Voor dit onderzoek is met name relevant dat de representativiteit van cao-partijen een rol kan spelen bij de vraag of een nieuwe cao onder de reikwijdte van het incorporatiebeding valt. Volgens de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Haarlem ligt onder omstandigheden in de aanvaarding van een incorporatiebeding niet de bedoeling besloten ook aan een cao die met een niet-representatieve vakbond is gesloten gebonden te worden. De Kantonrechter Utrecht stelde zich in twee zaken terughoudender op toen de grote vakorganisaties ontbraken bij de totstandkoming van een nieuwe cao. De afwezigheid van de grote bonden was voor de kantonrechter geen reden het incorporatiebeding beperkt uit te leggen. Niettemin waren er voor de kantonrechter termen aanwezig enkele bepalingen van de nieuwe cao, die een verslechtering voor werknemers meebrachten, buiten toepassing laten op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die termen hielden overigens geen direct verband met de representativiteit van de vakbond. Zoals hiervoor opgemerkt, kom ik in het volgende hoofdstuk terug op deze uitspraken.

5.4.3 *Toepassing en stilzwijgende aanvaarding*

5.4.3.1 *Inleiding*

Niet ondenkbeeldig is de situatie dat een werkgever pas na het aangaan van een of meer arbeidsovereenkomsten gebonden raakt aan een cao en dat de arbeidsovereenkomst(en) geen (dynamisch) incorporatiebeding bevat. In het voor juristen ideale geval doet de werkgever die de cao wil toepassen een expliciet aanbod tot het opnemen van een incorporatiebeding en reageert een werknemer uitdrukkelijk op dit aanbod, zodat zonder meer duidelijk is of een werknemer al dan niet heeft ingestemd met de toepasselijkheid van de cao. Zoals vaak is de praktijk weerbarstig en het komt geregeld voor dat een werkgever een of meer cao-bepalingen 'gewoon' toepast zonder daarbij te vermelden dat de werknemer dit

moet opvatten als een aanbod. Soms geschiedt de toepassing met de vermelding dat een (nieuwe) cao is afgesloten en wordt een werknemer gewezen op die nieuwe cao, maar soms ook niet. Een enkele keer spreekt een werknemer zich uitdrukkelijk uit, maar in de regel accepteren werknemers dat een werkgever de voor hem geldende cao (of een paar bepalingen daaruit) toepast zonder zich uit te spreken. Dat protest van werknemerszijde vaak ontbreekt, zal ermee te maken hebben dat het bij die toepassing vaak gaat om voor de werknemer gunstige bepalingen. Deze feitelijke gang van zaken roept wel de juridisch interessante vraag op of uit gedragingen van de werkgever (het toepassen van een of meer cao-bepalingen) enerzijds en het ontbreken van werknemersprotest tegen de feitelijke toepassing van een of meer cao-bepalingen anderzijds, kan worden aangenomen dat stilzwijgende overeenstemming is bereikt over de feitelijk toegepaste bepalingen en, zo ja, of die overeenstemming zelfs kan worden opgerekt tot overeenstemming over de hele cao.

5.4.3.2 Een bestendige lijn?

In de wat oudere literatuur werd veelal het standpunt verdedigd dat de feitelijke toepassing van enkele cao-bepalingen leidt tot toepasselijkheid van de gehele cao wanneer een werknemer niet heeft geprotesteerd.⁵⁷ Hekkelman heeft betoogd dat artikel 14 Wet Cao meebrengt dat iedere werknemer die bij een werkgever in dienst treedt van wie hij weet dat deze door een cao is gebonden (die ook voor zijn arbeidsverhouding is geschreven), niet anders mag verwachten dan dat zijn arbeidsverhouding door die cao zal worden beheerst. Wie dan tegen de feitelijke toepassing geen bezwaar heeft gemaakt, mag dan ook geacht worden daarmee stilzwijgend te hebben ingestemd, aldus Hekkelman.⁵⁸ Een beperking van de constructie van stilzwijgende toepasselijkheidverklaring tot alleen die cao-bepalingen wier toepassing daadwerkelijk heeft plaatsgehad, achtte Hekkelman niet aanvaardbaar. De inhoud van een cao is het resultaat van een onderhandelingsproces, waarin de overeenstemming over het ene onderdeel nauw samenhangt met die welke over een ander onderdeel kan worden bereikt. “De conceptie van de c.a.o. als een samenhangend geheel van bepalingen en de doelstelling van artikel 14 komen dan ook het best tot hun recht door de niet-gebonden arbeider van de daadwerkelijke toepassing op hem van de cao te interpreteren als een aanvaarding van de toepasselijkverklaring van de hele cao.”, aldus Hekkelman.⁵⁹ Ook Fase heeft betoogd dat wanneer een cao zonder tegenspraak van de werknemer wordt toegepast, de inhoud van de arbeidsovereenkomst stilzwijgend wordt gewijzigd conform de cao.⁶⁰ Mannoury heeft dit zelfs een algemeen gehuldigde opvatting genoemd in een noot bij een vonnis van de Kantonrechter Leiden uit 1987.⁶¹ Door te aanvaarden dat de cao in feite wordt toegepast, wordt de ongeorganiseerde werknemer

57 Zie onder meer: W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Deventer: Kluwer 1982, p. 55; J. Mannoury, in zijn noot bij Kantongerecht Leiden 21 januari 1987, *Praktijkids* 1989/1, nr. 2991; G.C. Boot, ‘De zieke werknemer in het Sociaal Plan’, *TVVS* 1996, nr. 96/8, p. 218 t/m 221; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, 24^{ste} druk, p. 34; G. Hekkelman, ‘De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.’, *SMA* 1979, afl. 4, p. 220.

58 G. Hekkelman, ‘de positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.’, *SMA* 1979, afl. 4, p. 224.

59 Idem, p. 225.

60 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Deventer: Kluwer 1982, p. 55.

61 J. Mannoury, in zijn noot bij Kantongerecht Leiden 21 januari 1987, *Praktijkids* 1989/1, nr. 2991.

daaraan gebonden uit hoofde van een stilzwijgend op de cao-voorwaarden gesloten overeenkomst, aldus Mannoury. In het door Mannoury geannoteerde vonnis oordeelde de Kantonrechter Leiden overigens in tegenovergestelde zin. De kantonrechter oordeelde dat alleen 'uitdrukkelijke toepasselijkverklaring' van de cao-bepalingen in de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst kan bewerkstelligen dat de bepalingen van een cao deel gaan uitmaken van die arbeidsovereenkomst.⁶² Naast Fase en Mannoury heeft ook Boot gesteld dat een cao behoudens ondubbelzinnige verklaringen van de werknemer van het tegendeel, stilzwijgend deel is gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst.⁶³

Koning volgt op dit punt de lijn van Hekkelman, Fase, Mannoury en Boot, maar lijkt daarbij als voorwaarde te hanteren dat de werknemer is geïnformeerd over de cao-tekst. Dat zal volgens Koning overigens vaak het geval zijn. "Wanneer er tussen werkgevers en werknemersorganisaties een nieuwe cao wordt afgesloten, dan zullen de resultaten daarvan gewoonlijk aan de arbeiders bekend worden gemaakt. Voorts zullen de werkgevers als regel na verloop van enige tijd meestal wel een nieuw cao-boekje aan de arbeiders ter beschikking stellen. Wanneer er geen protest rijst, zal in het algemeen mogen worden aangenomen dat de arbeiders zich stilzwijgend met de in de cao opgenomen bedingen hebben verenigd."⁶⁴ Bouwens volgt Koning op dit punt. Aan het ontbreken van werknemersprotest tegen de toepasselijkheid van een of meer cao-bepalingen kan volgens Bouwens immers niet zonder meer de conclusie worden verbonden dat partijen de toepasselijkheid dus zijn overeengekomen. Om die conclusie te rechtvaardigen is volgens Bouwens nodig dat de wil van de werkgever zich op een duidelijke manier heeft geopenbaard, doordat bijvoorbeeld de cao-tekst aan werknemer ter beschikking is gesteld.⁶⁵ Ik kom op de informatieverplichting van de werkgever terug in de volgende paragraaf.

Uit de mij bekende gepubliceerde lagere rechtspraak van wat langer geleden blijkt dat – behoudens de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Leiden – rechters snel aannamen dat het ontbreken van protest van een werknemer ten aanzien van de toepassing van de cao (of een aantal cao-bepalingen) leidt tot toepasselijkheid van de hele cao (de Hoge Raad heeft zich over deze specifieke kwestie nog niet uitgelaten). Het Gerechtshof 's-Gravenhage overwoog in 1997 over een met de bonden overeengekomen sociaal plan met de status van cao dat dit sociaal plan op grond van artikel 14 Wet Cao geen verplichtingen voor de ongebonden werknemer meebrengt. Wanneer een werknemer evenwel gebruik maakt van een voorziening uit dit sociaal plan, moet de werknemer geacht worden zich vrijwillig aan het sociaal plan te hebben onderworpen.⁶⁶ In 1998 overwoog de Rechtbank Amsterdam dat wanneer partijen zich steeds jegens elkaar hebben gedragen als ware de op dat moment geldende cao van toepassing, daaruit afgeleid kan worden dat die cao

62 Kantongerecht Leiden 21 januari 1987, *Praktijkids* 1989/1, nr. 2991.

63 G.C. Boot, 'De zieke werknemer in het Sociaal Plan', *TVVS* 1996, nr. 96/8, p. 218 t/m 221. Zie ook: Rb. Amsterdam 31 mei 1995, *JAR* 1995/162.

64 F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Kluwer: Deventer 1987 (diss), p. 89.

65 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 en *NJ* 2003/153, m.nt. TK (Bollemeyer/TPG Post BV), *ArA* 2003, afl. 2, p. 72.

66 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juni 1997, *JAR* 1997/150. Zie anders: Ktr. Utrecht 13 februari 1998, *JAR* 1998/84.

daardoor deel is gaan uitmaken van hun arbeidsovereenkomst, op grond van stilzwijgende overeenstemming.⁶⁷ In 2008 oordeelde de Kantonrechter Utrecht over de toepasselijkheid van een sociaal plan met de status van de cao op een ongebonden werknemer, dat uit artikel 14 Wet Cao niet de toepasselijkheid van de cao voortvloeit, maar dat toepasselijkheid van de cao wel kan voortvloeien uit een stilzwijgende overeenkomst wanneer feitelijke toepassing van de cao door de ongebonden werknemer wordt aanvaard.⁶⁸ In de zaak waarover de kantonrechter moest oordelen had de ongebonden werknemer zich tegen onderdelen van het sociaal plan expliciet verzet en op grond daarvan kon niet gezegd worden dat de werknemer stilzwijgend had ingestemd met de toepasselijkheid van het sociaal plan. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde in 2011 over een sociaal plan dat geen cao-status had eveneens, dat een werknemer stilzwijgend met de toepassing van het gehele sociaal plan had ingestemd door akkoord te gaan met de in het sociaal plan opgenomen aanpak van een eventuele herplaatsing en het daarin opgenomen outplacementtraject had doorlopen.⁶⁹ In al deze zaken was de werknemer ermee bekend dat werkgever gebonden was aan het sociaal plan of de cao. Voor een analyse van de rechtspraak met betrekking tot de vraag in hoeverre kantonrechters zich op basis van het vóór het Wwz geldende recht gebonden achtten aan een sociaal plan bij het toekennen van een ontbindingsvergoeding aan een ongebonden werknemer, verwijst ik naar paragraaf 6.4.4.

In twee recentere uitspraken wordt voornoemde lijn voortgezet. In een ontbindingsprocedure in 2016 met betrekking tot een docent geschiedenis die zich ongepast had uitgelaten op sociale media diende de Kantonrechter Overijssel zich onder meer uit te laten over de vraag of de cao voortgezet onderwijs (CAO VO) van toepassing was op de arbeidsovereenkomst.⁷⁰ Tussen partijen bestond geen schriftelijke maar een mondelinge tijdelijke arbeidsovereenkomst. In de CAO VO was bepaald dat tijdelijke arbeidsovereenkomsten tussentijds kunnen worden beëindigd. De docent stelde zich op het standpunt dat de toepasselijkheid van de CAO VO niet was overeengekomen, waardoor zijn arbeidsovereenkomst niet tussentijds opzegbaar was. De kantonrechter verwierp de stelling van de docent en oordeelde dat de CAO VO wel van toepassing was geworden. De kantonrechter overwoog daartoe dat in de advertentie voor salariering werd verwezen naar de CAO VO en dat de werknemer alleen al daaruit had moeten begrijpen dat de CAO VO op zijn arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn en het aanbod van een arbeidsovereenkomst onder die voorwaarde was gedaan. Bovendien had de school gesteld dat ook in de sollicitatiefase was verwezen naar de toepasselijkheid van de CAO VO, hetgeen door de docent niet was betwist. Deze uitspraak van de kantonrechter is in lijn met de hiervoor besproken 'oudere' rechtspraak die meebrengt dat de toepasselijkheid van de (hele) cao snel wordt aangenomen. In hoger beroep bleef dit oordeel in stand. Het Hof Arnhem voegde aan de motivering van de kantonrechter toe dat op de website van de school wordt verwezen naar de cao. Uit de verschillende verwijzingen had de docent moeten begrijpen en mogen verwachten dat de school beoogd had de cao van toepassing te doen zijn.⁷¹ De tekst van de cao was werknemer overigens niet ter hand gesteld. Als ten aanzien van specifieke onderwerpen (in de arbeidsovereenkomst) naar de

67 Ktr. Amsterdam, 14 januari 1998, *JAR* 1998/52.

68 Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008/84.

69 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:BU6384, r.o. 4.13.

70 Ktr. Enschede 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3337.

71 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2509.

cao wordt verwezen, kan dat ook worden gezien als een indicatie dat partijen kennelijk niet hebben bedoeld de hele cao van toepassing te laten zijn.⁷²

De Kantonrechter Arnhem overwoog in 2017 over de toepasselijkheid van een cao, waarin een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening was opgenomen, het volgende: 'Werknemer heeft allereerst aangevoerd dat de cao van NN [Nationale Nederlanden, NJ] niet van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen partijen omdat hij geen lid is van enige vakbond die betrokken was bij de totstandkoming van die cao en die cao niet algemeen verbindend is verklaard terwijl in zijn arbeidsovereenkomst evenmin een incorporatiebeding is opgenomen. Werknemer miskent in zijn betoog dat NN de onderhavige bedrijfscao ex art. 14 Wet cao ook jegens werknemer dient toe te passen terwijl niet is gebleken dat werknemer zich jegens NN op het standpunt heeft gesteld dat hij geen toepassing van de cao wenst dan wel dat hij toepassing van de cao door NN niet heeft geaccepteerd. Werknemer moet daarom geacht worden de cao te hebben aanvaard waardoor hij daaraan contractueel is gebonden.'⁷³ Uit de casus volgt niet of het de werknemer bekend was dat bij Nationale Nederlanden een cao gold, maar omdat het een ondernemings-cao betreft ligt voor de hand dat die kennis bij werknemer aanwezig was.⁷⁴

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in 2017 een element toegevoegd aan de stilzwijgende overeenstemming over de toepasselijkheid van een cao bij het ontbreken van protest.⁷⁵ In de zaak die speelde bij het gerechtshof had de werkgever op enig moment een schriftelijke arbeidsovereenkomst aangeboden aan de werknemer, waarin werd verwezen naar de cao voor de Drankindustrie en de Groothandel. Werknemer was met deze (schriftelijke) arbeidsovereenkomst niet akkoord gegaan, maar had wel gedurende enkele jaren gewerkt. Het hof stelde vast dat tussen partijen een mondelinge arbeidsovereenkomst had bestaan. Werknemer vorderde na afloop van de arbeidsovereenkomst achterstallig loon op basis van de cao voor de Drankindustrie. Werkgever verzette tegen deze vordering omdat naar zijn mening nimmer overeenstemming over de toepasselijkheid van de cao had bestaan. Werknemer had immers het aanbod daartoe (de verwijzing in de schriftelijke arbeidsovereenkomst) verworpen. Dat werkgever gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst (en na afwijzing door de werknemer) enkele bepalingen van de cao wel had gevolgd, maakte dit volgens de werkgever niet anders. Het hof gaf de werkgever gelijk en hechtte in deze zaak veel belang aan de initiële weigering van de werknemer om akkoord te gaan met de schriftelijke arbeidsovereenkomst waarin naar de cao Drankindustrie werd verwezen. Door de schriftelijke arbeidsovereenkomst niet te ondertekenen had werknemer ervan blijk gegeven zich niet aan de bepalingen (inclusief het incorporatiebeding) te willen binden. Dat werkgever vervolgens bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst enkele cao-bepalingen had toegepast, waartegen werknemer zich niet had verzet, kon volgens het hof niet tot de conclusie leiden dat alsnog (stilzwijgend) overeenstemming was bereikt over toepassing van de hele cao. Die stilzwijgende overeenstemming bestond alleen ten aanzien van de feitelijk toegepaste cao-bepalingen. Bijzonder aan deze zaak is dat werknemer op enig moment uitdrukkelijk heeft verklaard niet akkoord te zijn met de

72 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3181.

73 Ktr. Arnhem 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079, r.o. 4.9 en 4.10.

74 Zie ook: Ktr. Leeuwarden 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1148.

75 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5669.

toepasselijkheid van de cao, althans zo heeft de werkgever zijn weigering mogen opvatten. Onder die omstandigheden leidt de toepassing van enkele cao-bepalingen waartegen een werknemer dan niet protesteert niet tot overeenstemming over de hele cao, maar slechts over de feitelijk toegepaste bepalingen. Deze zaak wijkt dus niet zozeer af van de lijn die volgt uit de eerdere jurisprudentie, maar voegt daaraan een element toe. Het ontbreken van protest tegen de feitelijke toepassing van een aantal cao-bepalingen leidt in beginsel en in veel gevallen tot toepasselijkheid van de hele cao, tenzij werknemer op enig moment te kennen heeft gegeven daarmee niet in te stemmen.

5.4.3.3 Informatieverplichting

Wanneer een aan de cao gebonden werkgever een of meer cao-bepalingen toepast, dient naar mijn mening bij het bepalen van zijn bedoeling uitgangspunt te zijn dat hij daarmee kennelijk de bedoeling heeft gehad de hele cao toe te passen. Ik verwijs ter onderbouwing hiervan naar hetgeen ik in paragraaf 5.3 heb opgemerkt over de verschillende redenen van werkgevers om een cao breed toe te passen. De verwachting van ongebonden werknemers zal ook veelal zijn dat, wanneer zij in dienst treden bij een aan de cao gebonden werkgever, een cao voor hen zal gelden. Met name de wettelijke – en daarmee voor iedereen kenbare – verplichting ex art. 14 Wet Cao weegt naar mijn mening zwaar bij het inkleuren van de bedoeling van de werkgever en de verwachting van de werknemer met betrekking tot de toepasselijkheid van een cao.⁷⁶ Daarbij is wel relevant dat een ongebonden werknemer weet dat zijn werkgever gebonden is aan een cao. Artikel 7:655 BW voorziet in elk geval in de verplichting voor werkgevers een werknemer te informeren over de toepasselijke cao, zodat een ongebonden werknemer veelal weet dat zijn werkgever aan een cao gebonden is.

Een vraag die opkomt bij de stilzwijgende toepasselijkheid van een cao is, of via de weg van het ontbreken van werknemersprotest een ongebonden werknemer ook kan worden gebonden aan verslechteringen van zijn arbeidsvoorwaarden. Koning (en in zekere zin Bouwens) lijkt daarvoor als aanvullende voorwaarde te stellen dat een werknemer over de inhoud van cao is geïnformeerd, dat wil zeggen dat een werknemer de beschikking heeft gekregen over de nieuwe cao-tekst (door uitreiking van een cao-boekje, of door publicatie of verwijzing op intranet of een interne personeelsgids o.i.d). Ik volg Koning in dit standpunt en vind daarvoor een aanwijzing in het CZ-arrest uit 2010. Het CZ-arrest ging niet over de verslechtering van arbeidsvoorwaarden uit een cao of door een cao, maar over de verslechtering van een pensioenregeling. In zoverre zijn de overwegingen van het CZ-arrest niet direct toepasbaar in het cao-recht, maar vanwege het collectieve aspect van een pensioenregeling zijn wel parallellen te trekken tussen beide rechtsgebieden. De Hoge Raad overwoog in het CZ-arrest ten aanzien van een verslechtering van de pensioenregeling het volgende:

“De vraag of een overeenkomst als bedoeld [over de wijziging van de pensioenregeling, NJ] is tot stand gekomen, moet in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van

⁷⁶ Met name vanwege deze functie van art. 14 Wet Cao pleit ik voor behoud van dit artikel.

zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd.”⁷⁷

Als een ongebonden werknemer weet dat zijn werkgever gebonden is aan een cao en vervolgens niet heeft geprotesteerd tegen de feitelijke toepassing van een of meer bepalingen uit die cao, terwijl hij de beschikking heeft gehad over de tekst van de cao, verzet naar mijn mening niets zich tegen de aanname dat tussen partijen stilzwijgende overeenstemming is ontstaan over de toepasselijkheid van de hele cao, inclusief verslechteringen. Sagel lijkt zich eveneens op het standpunt te stellen dat op werkgevers op dit punt een informatieverplichting rust. Volgens Sagel rust in het algemeen op grond van het vereiste van goed werkgeverschap als verankerd in art. 7:611 BW op werkgevers de zorgplicht hun werknemers zorgvuldig te informeren omtrent voor hen belangrijke aangelegenheden en hen te wijzen op daaraan verbonden risico's. “In het verlengde van dergelijke vergaande informatieverplichtingen [...] is volgens mij goed pleitbaar dat ook wanneer een werkgever zijn werknemers op de voet van art. 14 Wet CAO een cao ter aanvaarding voorlegt, op grond van diezelfde bepaling – art. 7:611 BW – op die werkgever de verplichting kan rusten om enige relevante informatie te verstrekken omtrent die cao, zodat werknemers *weten* waarvoor zij tekenen.”, aldus Sagel.⁷⁸ Overigens verdient opmerking dat Sagel dit – naar mijn mening goed te verdedigen – standpunt al innam voor het CZ-arrest.⁷⁹

In 2018 oordeelde de Kantonrechter 's-Hertogenbosch over de instemming van werknemers met een wijziging van een pensioenregeling waarover zij volgens de kantonrechter voldoende waren geïnformeerd, dat het enkele stilzitten niet steeds voldoende is om welbewuste instemming te kunnen aannemen. Dat is in elk geval niet het geval in een situatie waarin de werknemers geen termijn is gesteld voor het maken van bezwaar.⁸⁰

5.4.3.4 Samenvatting

De rechtspraak en de literatuur laten een redelijk bestendige lijn zien die meebrengt dat wanneer een werknemer niet protesteert tegen de feitelijke toepassing van een of meer cao-bepalingen, dat dan geacht wordt de hele cao van toepassing te zijn. Dat is slechts anders wanneer blijkt dat partijen 'iets' anders hebben bedoeld. Overigens kan ik mij wel vinden in de opvattingen van Koning, Sagel en Bouwens dat een werknemer ermee bekend moet zijn dat zijn werkgever aan een (nieuwe) cao is gebonden en de nieuwe cao ook kent, om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat uit het ontbreken van protest de conclusie

⁷⁷ HR 21 februari 2010, *JAR* 2010/71, r.o. 3.6.

⁷⁸ S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44, paragraaf 5 (De gebondenheid van de leden van een niet-representatieve vakbond).

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ktr. 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, *AR* 2018-0278. In deze zaak was overigens relevant dat FNV en werknemers die lid waren van FNV in een procedure wel bezwaar hadden gemaakt tegen de wijziging van de pensioenregeling en dat FNV in deze procedure stelde voor alle werknemers op te komen en dat dit ook door de werkgever in de onderneming bekend was gemaakt. Dat de werknemers onder die omstandigheid geen aanleiding zagen nog separaat bezwaar te maken kon hen niet worden tegengeworpen en daaruit kon ook niet worden afgeleid dat zij stilzwijgend hadden ingestemd met de gewijzigde pensioenregeling (r.o. 4.26).

kan worden getrokken dat partijen de cao stilzwijgend van toepassing hebben verklaard. De kenbaarheid van een (nieuwe) cao geeft werknemers een reële mogelijkheid zich uit te spreken over dit resultaat. Als werknemers na de kenbaarheid niet protesteren, staat naar mijn mening niets in de weg om stilzwijgende aanvaarding van de toepasselijkheid van een cao aan te nemen.

5.4.4 *Rechtsgevolgen van de contractuele uitbreiding*

Als tussen partijen overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van een cao (al dan niet door middel van een incorporatiebeding), brengt dit mee dat de arbeidsovereenkomst wordt aangevuld en gewijzigd conform de cao-bepalingen. Als de cao afloopt heeft dat in beginsel geen gevolgen voor de conform de cao gewijzigde arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden blijven onverkort gelden, totdat er een nadere partij-afpraak wordt gemaakt. Voor gebonden werknemers wordt dit de nawerking van cao-bepalingen genoemd. Overigens kunnen een gebonden werkgever en een ongebonden werknemer afspreken dat de cao alleen zal gelden gedurende de looptijd van de cao. In dat geval wijzigt de cao de arbeidsovereenkomst slechts tijdelijk en gelden na afloop van de cao weer de arbeidsvoorwaarden zoals die golden voor de toepasselijkheidverklaring. Wanneer een werkgever in een incorporatiebeding of bij de feitelijke toepassing van een (deel van de) cao geen voorbehoud maakt met betrekking tot de geldingsduur van de cao, dient er naar mijn mening van te worden uitgegaan dat de cao de arbeidsovereenkomst blijvend wijzigt, totdat partijen (werkgever en werknemer) andersluidende afspraken maken.

Overigens geldt het uitgangspunt dat cao-bepalingen onderdeel worden van de arbeidsovereenkomst alleen wanneer de toepasselijkheid van de cao volgt uit de Wet Cao of uit een partijafpraak. Bij de toepasselijkheid van een cao wegens de verbindendverklaring geldt een andere benadering (zie hierover ook hoofdstuk 7). De verbindendverklaring moet worden opgevat als een daad van materiële wetgeving. Het is een besluit van algemene strekking dat rechtsgevolgen heeft voor alle werkgevers en werknemers die bij inwerking-treding of gedurende de looptijd van de verbindendverklaring onder de werkingsfeer vallen of komen te vallen. Uitgangspunt bij verbindendverklaring is dat verbindend verklaarde cao-bepalingen geen onderdeel worden van de arbeidsovereenkomst en dus ook in beginsel niet nawerken.⁸¹

Een van de nawerking afwijkende benadering is ook aangewezen indien de toepasselijkheid van een cao niet volgt uit een partijafpraak. In de *Fermacell-zaak*⁸² uit 2014 bij het Hof Arnhem-Leeuwarden was tussen partijen niet in geschil dat op de arbeidsovereenkomst de ondernemings-cao die gold van 1 juli 2003 tot 1 juli 2004 van toepassing was op de arbeidsovereenkomst, maar partijen verschilden wel van mening hoe die toepasselijkheid geconstrueerd moest worden. Toepasselijkheid volgde niet uit de Wet Cao. In de arbeidsovereenkomst was geen incorporatiebeding opgenomen en hoewel de werknemer stelde dat de cao door een stilzwijgende afspraak van toepassing was geworden, werd dit door het hof

⁸¹ HR 18 januari 1980, NJ 1980/348 (Hop/Hom).

⁸² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3891.

niet gevolgd. Het hof heeft in dit arrest in het midden gelaten hoe de ondernemings-cao die gold van 1 juli 2003 tot 1 juli 2004 van toepassing was geworden. De juridische grondslag van de toepasselijkheid bleef dus onduidelijk. De werkgever betoogde dat artikel 14 Wet Cao de grondslag was, maar artikel 14 Wet Cao biedt geen afzonderlijke grondslag voor de toepasselijkheid van een cao. Uit artikel 14 Wet Cao volgt alleen dat een werkgever jegens de vakbond gehouden is de cao na te komen ten opzichte van ongebonden werknemers. Hoe het ook zij, doordat binding op grond van de Wet cao ontbrak en een partijafpraak niet kon worden vastgesteld, was Fermacell volgens het hof niet gehouden de arbeidsvoorwaarden van cao 2003-2004 na afloop daarvan te blijven nakomen.

Ook in de Pontmeyer-zaak stond tussen partijen vast dat de cao niet van toepassing was geworden op basis van de Wet cao of een partijafpraak.⁸³ In deze zaak paste Pontmeyer een uit de cao voortvloeiende loonsverhoging uit gewoonte toe op werknemers die niet onder het bereik van de cao vielen omdat zij meer verdienden dan waarin de cao voorzag. Pontmeyer betaalde haar boven-cao-werknemers gedurende lange tijd een jaarlijkse loonsverhoging conform de cao. Daarover hadden Pontmeyer en de boven-cao-werknemers geen afspraken gemaakt. Omdat het ging om een voor werknemers gunstige bepaling werd er logischerwijs niet geklaagd over toepassing van de loonsverhoging uit de cao door deze werknemers. Pontmeyer en de werknemers stelden in de procedure dat de betaling van de loonsverhoging was gebaseerd op gewoonte of bestendig gebruik. Op enig moment stopte Pontmeyer met de betaling van loonsverhogingen aan de boven-cao-werknemers en deze werknemers verzetten zich daartegen. Over de feitelijke toepassing van een of meer cao-bepalingen door een werkgever, zonder afspraak daarover, overwoog de Hoge Raad dat de vraag wanneer uit een door de werkgever jegens de werknemer gedurende een bepaalde tijd gevolgde gedragslijn voortvloeit dat sprake is van een tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarde zich niet in algemene zin laat beantwoorden. Het komt aan op de zin die partijen aan elkaar gedragingen hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen.⁸⁴ In dit arrest heeft het hof noch de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of de cao door stilzwijgende partijafpraak van toepassing was geworden, omdat dit van werknemerszijde niet voldoende was gesteld.

Als de toepassing van een of meer cao-bepalingen niet is gebaseerd op overeenstemming, ontstaat voor een werkgever (naast artikel 14 Wet Cao) geen contractuele verplichting deze cao-bepalingen na te komen, maar bestaat voor een werknemer ook geen verplichting deze cao-bepalingen te dulden. Een werkgever kan de toepassing van cao-bepalingen in beginsel steeds stoppen (gedurende of na afloop van de cao), tenzij bij een werknemer gewekte verwachtingen of de redelijkheid en billijkheid⁸⁵ zich daartegen verzet en andersom kan een ongebonden werknemer zich in beginsel steeds verzetten tegen de toepassing van cao-bepalingen die hem niet bevallen. Zonder overeenstemming behoudt de werknemer dus steeds de vrijheid zich te verzetten tegen de toepassing van cao-bepalingen die hem niet bevallen, maar kan hij zelf ook niet zonder meer aanspraak maken op cao-bepalingen die hem wel bevallen.

83 Gerechtshof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4429 en HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976.

84 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976.

85 HR 2 april 1993, JAR 1993/100 (Bongers/KSB).

Tot slot past op deze plaats nog een opmerking over afwijkingen van driekwartdwingend recht en ongebonden werknemers. In het arrest Bollemeijer/TPG heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een aan de cao gebonden werkgever ook een beroep kan doen op een in die cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht ten aanzien van ongebonden werknemers.⁸⁶ Daarvoor lijkt wel nodig dat tussen partijen overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van de cao(-bepaling).⁸⁷ In de literatuur is veel geschreven over de reikwijdte van het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Bollemeijer/TPG. Ik noem de discussie over het antwoord op de vraag of voor een rechtsgeldig beroep op een afwijking van driekwartdwingend recht nodig is dat partijen daadwerkelijk overeenstemming hebben bereikt over toepasselijkheid van de cao, of die overeenstemming schriftelijk moet zijn, of partijen overeenstemming moeten hebben over de gehele cao en of ook een ongebonden werkgever een beroep kan doen op een in de cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht. Ik bespreek deze discussies niet en verwijz kortheidshalve naar de literatuur.⁸⁸ In paragraaf 6.2 kom ik wel terug op dit arrest vanwege de motivering die de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. De Hoge Raad overwoog namelijk dat een beroep op de afwijking is toegestaan omdat aangenomen moet worden dat in de bescherming van de ongebonden werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van desbetreffende wetsbepaling [waarvan bij cao werd afgeweken, n], is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest. Die overweging is intrigerend in het kader van de belangenbehartigende taak van vakorganisaties, omdat deze overweging veronderstelt dat het met de belangenbehartiging van ongebonden werknemers wel goed zit als vakbonden cao's afsluiten, ongeacht de mate waarin die vakbonden (voldoende) representatief zijn.

5.5 Conclusie

In hoofdstuk 1 is reeds aan de orde gekomen dat collectieve arbeidsvoorwaardenvorming van grote waarde kán zijn voor een positieve sociaaleconomische ontwikkeling van Nederland, een goede werking van de Nederlandse arbeidsmarkt en sociale rechtvaardigheid. Die waarde is niet vanzelfsprekend en hangt onder meer af van de dekkingsgraad van collectieve regelingen en de mate waarin die regelingen positief worden gewaardeerd door betrokkenen, ofwel op voldoende draagvlak kunnen rekenen. In het huidige cao-stelsel is de werking van de cao door de Wet Cao weliswaar beperkt tot de leden van een vakbond die een cao is aangegaan, maar door middel van een contractuele afspraak (en de mogelijkheid van verbindendverklaring die ik in hoofdstuk 7 bespreek) kan de werking van cao's worden

⁸⁶ HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF2166.

⁸⁷ Feitelijk was in de arbeidsovereenkomst van werknemer onder verwijzing naar de cao (en in overeenstemming met de betreffende cao-bepaling) een afwijking van de ketenregeling overeengekomen. Zie bijvoorbeeld ook: Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008/84, r.o. 4.7.

⁸⁸ Zie onder meer: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao. HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 en *NJ* 2003/153, m.nt. TK (Bollemeijer/TPG Post BV)', *ArA* 2003, afl. 2; G.C. Boot, 'Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?', *ArbeidsRecht* 2003/24; E. Koot-van der Putte en A. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer', *SR* 2005, afl. 4; E. Verhulp, 'Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart dwingend recht', *SMA* 2008/91; R.A.A. Duk, 'Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart dwingend recht', *TAP* 2010, afl. 4.

uitgebreid tot niet-leden, waardoor de cao toch een ruim regelingsbereik kan hebben en in de praktijk ook heeft.

Een cao wordt bij contractuele binding op een ongebonden werknemer van toepassing indien zijn werkgever een daartoe strekkend aanbod heeft gedaan waarmee hij heeft ingestemd. In dit hoofdstuk heb ik besproken dat uit de rechtspraak over de toepassing van een cao op ongebonden werknemers volgt dat overeenstemming over de toepasselijkheid van een cao snel wordt aangenomen. De rechtspraak draagt daarmee bij aan een ruime dekkingsgraad van cao's, hetgeen ten goede komt aan de functionaliteit van het instrument.

Een ongebonden werknemer die gedurende de looptijd van een arbeidsovereenkomst wordt geconfronteerd met de wens van een werkgever een cao toe te passen, maar zich onvoldoende vertegenwoordigd voelt door de vakbonden, kan zich tegen toepasselijkheid van de cao verzetten door niet akkoord te gaan met die toepasselijkheid. Bij indiensttreding is weigering lastig, omdat dit verzet ertoe kan leiden dat een werknemer niet wordt aangenomen. De machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer brengt mee dat een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd als adhesiecontract en het is veelal de werkgever die eenzijdig de arbeidsvoorwaarden bepaalt. Verhulp heeft opgemerkt dat werknemersinstemming als grondslag van de contractuele binding veelal een fictie is. De individuele contractsvrijheid als grondslag van de ruimere werking van cao's (en het ontbreken van representativiteitseisen in de Wet cao), lijkt hierdoor niet erg stevig. Daarbij komt dat de overeenstemming over de toepasselijkheid van een cao meestal voortvloeit uit een dynamisch incorporatiebeding. Een werknemer die akkoord gaat met een arbeidsovereenkomst waarin zo'n beding voorkomt, gaat niet alleen akkoord met de toepasselijkheid van de dan reeds voor de werkgever geldende en voor de werknemer kenbare cao, maar ook met alle toekomstige versies daarvan. Voor zover een ongebonden werknemer zich hiervan bewust is, heeft hij weinig keus; voor hem tien anderen. Opvallend is dat incorporatiebedingen in de rechtspraak ruim worden uitgelegd in die zin dat een nieuwe cao snel van toepassing wordt geacht. Van daadwerkelijke en bewuste instemming met de toepasselijkheid van cao's blijft hierdoor nog minder over, waardoor vraagtekens kunnen worden gezet bij de overwegingen van de minister, dat ongebonden werknemers hun contractsvrijheid behouden, dat zij te allen tijde buiten de werking van de cao kunnen blijven en dat daardoor geen wettelijke representativiteitseisen nodig zijn. Dit wordt prangerender nu bij cao gemakkelijk bestaande arbeidsvoorwaarden kunnen worden verslechterd en bovendien kan worden afgeweken van driekwartdwingend rechtelijke bepalingen.

HOOFDSTUK 6

Belangenbehartiging en representativiteit: een analyse van de rechtspraak

6.1 Inleiding

Als de belangen van leden en niet-leden parallel lopen, bestaat er geen bezwaar tegen een ruime werking van cao's, in die zin dat cao's ook kunnen gaan gelden voor ongebonden werknemers. Problematisch kan die ruimere werking van cao's worden wanneer een vakbond slechts onderhandelt voor een klein deel van de werknemers die onder het bereik van een cao vallen en een groot deel van de werknemers zich tegelijkertijd niet kan vinden in het onderhandelingsresultaat. Als het draagvlak van de cao onder de groep werknemers waarop de cao betrekking heeft afneemt omdat de cao niet meer voor alle betrokken zinvol is, verminderen de positieve effecten van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming die ik in hoofdstuk 1 van dit onderzoek besprak. Ik breng in herinnering dat de cao voor werknemers het voordeel heeft dat de cao zekerheid biedt over hun rechtspositie en dat in het cao-overleg ongelijke machtsposities zijn gecompenseerd, waardoor het cao-overleg een positieve bijdrage levert aan sociale rechtvaardigheid. Als de belangen van groepen werknemers in het cao-overleg niet aan de orde zijn gekomen omdat deze groepen werknemers in dat overleg niet zijn vertegenwoordigd, heeft dat invloed op de mate waarin de cao bijdraagt aan sociale rechtvaardigheid. Voor werkgevers geldt dat een afnemende representativiteit van vakbonden de vraag doet rijzen met welke belangenorganisaties zij moeten of het meest effectief kunnen onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, zodat het resultaat van die onderhandelingen voor hen de meeste voordelen oplevert in het kader van rust en orde in de onderneming. Een regeling die slechts voor een klein deel van de sector of arbeidsmarkt bevredigend werkt, zal in mindere mate bijdragen aan rust en orde dan een regeling die op een groot draagvlak onder betrokken werknemers kan rekenen. De representativiteit van vakorganisaties is daarmee een belangrijke voorwaarde voor de waarde van de cao (zie hoofdstuk 1).

6.2 De belangenbehartiging van niet-leden in het cao-recht

De belangenbehartiging van niet-leden vloeit niet voort uit de Wet Cao, maar past wel bij de ruime werking van de cao in de praktijk, in die zin dat een cao in de praktijk veelal geldt voor leden en niet-leden. In paragraaf 3.2 heb ik in het kader van de ruime werking van de cao besproken dat vakbonden in het arbeidvoorwaardenoverleg de belangenbehartiging

van niet-leden mede tot hun taak rekenen. De mate waarin dat gebeurt, kan overigens sterk per vakbond verschillen. Een beroepsbond die zich statutair ten doel heeft gesteld de belangen van leden te behartigen, zal zich niet of in veel mindere mate bekommeren om de belangen van niet-leden en andere groepen werknemers in een onderneming of branche dan een vakbond die via een vakcentrale verantwoording draagt voor algemeen sociaaleconomisch beleid en zich statutair ten doel heeft gesteld op te komen voor de belangen van (alle) werkenden in een sector. Wanneer een vakbond op grond van de statuten slechts de belangen van leden behartigt, brengt dat echter nog niet mee dat in het cao-overleg met de belangen van niet-leden onvoldoende rekening is gehouden. Als een vakbond voldoende representatief is voor de groep werkenden op wie de cao betrekking heeft, kan niet zonder meer gezegd worden dat met de belangen van niet-leden geen rekening is gehouden in het cao-overleg vanwege de omstandigheid dat de vakbond op grond van de statuten alleen de belangen van leden behartigt. Het omgekeerde is ook het geval. Wanneer een 'traditionele' vakbond, die op grond van de statuten niet alleen opkomt voor leden maar voor alle werkenden in een sector, een cao aangaat, is daarmee niet gezegd dat met de belangen van niet-leden voldoende rekening is gehouden. Ook 'traditionele' vakbonden zijn tenslotte ledenorganisaties en binnen de vakbond hebben alleen leden van vakbonden de bevoegdheid te stemmen over het aangaan van een cao.¹ Als het ledenbestand van zo'n vakbond geen goede afspiegeling vormt van de groep werknemers waarvoor de vakbond beoogt op te komen, is niet gegarandeerd dat in het cao-overleg op evenwichtige wijze met al die belangen rekening is gehouden.

In de literatuur hebben Sagel en Grapperhaus benadrukt dat wanneer cao's worden aangegaan met vakbonden die slechts een gering aantal van de werknemers voor wie de cao gaat gelden vertegenwoordigen, een verhoogd risico bestaat dat het onderhandelingsresultaat niet het maximaal haalbare en het beste op de wensen en behoeften van alle werknemers toegesneden resultaat vormt.² Anders gesteld, wanneer een cao wordt aangegaan door niet-representatieve vakbonden is onvoldoende gewaarborgd dat met de belangen van alle werknemers voor wie de cao gaat gelden rekening is gehouden. Een ander punt dat Sagel en Grapperhaus aanstippen is dat niet-representatieve vakbonden in het algemeen niet beschikken over voldoende kennis, ervaring en mankracht voor het voeren van collectieve onderhandelingen, noch over de middelen om die kennis in te kopen of een stakingskas te financieren. Niet-representatieve vakbonden lopen bovendien een risico hun onafhankelijkheid te verliezen omdat zij afhankelijker zijn van de werkgeversbijdrage vanwege een mogelijk gebrek aan contributie en tot slot hebben Sagel en Grapperhaus erop gewezen dat een gebrek aan representativiteit het risico meebrengt dat onderhandelaars geen juist beeld krijgen van hetgeen 'leeft' in de onderneming of bedrijfstak omdat met minder werknemers ruggenspraak kan plaatsvinden binnen de verenigingsstructuur.³ Het

- 1 Door de in paragraaf 2.4.3.3 besproken nieuwe initiatieven krijgen ook niet-leden overigens steeds meer inspraak.
- 2 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 en F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, 's-Gravenhage: 2005, p. 108 en 109.
- 3 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 en F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, 's-Gravenhage: 2005, p. 108 en 109.

niet hebben van voldoende financiële middelen, kennis, ervaring en mankracht voor het voeren van collectieve onderhandelingen, alsmede de onafhankelijkheid van de werkgeversbijdrage hangen overigens niet zozeer samen met de notie van representativiteit maar veeleer met het zijn van een werknemersvereniging.⁴

In 2002 oordeelde de Hoge Raad in het arrest Bollemeijer/TPG dat een ongebonden werknemer via de arbeidsovereenkomst gebonden kan raken aan een afwijking van driekwartdwingend recht, mits de afwijking overeenkomt met een afwijking in de cao. Of anders gezegd, dat een werkgever ook jegens een ongebonden werknemer een beroep kan doen op een afwijking van driekwartdwingend recht in een cao waaraan hij gebonden is, mits de arbeidsovereenkomst een verwijzing naar die afwijking bevat. De kernoverweging die de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd is, dat aangenomen moet worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest.⁵ Opmerkelijk aan deze overweging is dat de Hoge Raad aanneemt dat vakbonden in het cao-overleg de belangen van alle betrokken werknemers behartigen, zonder dat de Hoge Raad hierbij een relatie heeft gelegd tussen de belangenbehartiging van werknemers enerzijds en de representativiteit van de betrokken vakorganisaties anderzijds.⁶ Verhulp heeft deze aanname van de Hoge Raad één van de ficties van het cao-recht genoemd⁷ en het is inderdaad een fictie dat de betrokkenheid van een vakbond impliceert dat het wel goed zit met de belangenbehartiging van de werknemers op wie de cao betrekking heeft. De enkele betrokkenheid van vakorganisaties zegt immers nog niets over de mate waarin met de belangen van die werknemers rekening is gehouden. Bij die beoordeling komt het met name aan op de mate waarin de vakorganisatie voldoende representatief is voor de groep werknemers of werkenden op wie de cao betrekking heeft en waarvan zij beogen de belangen te behartigen.

Het arrest Bollemeijer/TPG ging overigens over de vraag of een gebonden werkgever een in de cao voorkomende afwijking van driekwartdwingend recht rechtsgeldig mocht toepassen op een ongebonden werknemer (zie ook paragraaf 5.4.4). De ratio achter zogenoemde bepalingen van driekwartdwingend recht is dat het niet bezwaarlijk is wanneer bij cao wordt afgeweken van beschermende bepalingen, omdat de belangen van de betrokkenen werknemers dan toch voldoende gewaarborgd zijn.⁸ Uitgangspunt daarbij is dat vakbonden op gelijkwaardige wijze kunnen onderhandelen met werkgevers, waarmee de machtsongelijkheid is gecompenseerd.⁹ Driekwartdwingend recht biedt cao-partijen de mogelijkheid zelf (mede) inhoud te geven aan het arbeidsrecht, hetgeen kan leiden tot een groter draagvlak van de betreffende regeling of meer maatwerk voor

4 Zie in dit verband ook F. Dorssemont, 'Over de 'representativiteit' van 'sociale partners' in de Europese Sociale Dialoog', *SR* 2004, afl. 4.

5 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (Bollemeijer/TPG), r.o. 3.3.

6 Zie in dit kader ook: E. Koot-van der Putte en A. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer', *SR* 2005, afl. 4.

7 Eerder kwalificeerde hij de instemming van de ongebonden werknemer met de toepasselijkheid van een cao als andere fictie van het cao-recht; zie paragraaf 5.3.4.

8 *Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 9.

9 A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011, afl. 1, p. 14.

ondernemingen of bedrijfstakken.¹⁰ Voor driekwartdwingend recht wordt gekozen indien het gaat om belangrijke bescherming van werknemers, waarbij de mogelijkheid van afwijking wenselijk is en tegelijkertijd voldoende waarborg dient te bestaan dat de bescherming van de werknemers niet te gemakkelijk opzij wordt gezet.¹¹ Van Tongeren verzette zich in 1997 tegen de geldigheid van afwijkingen van driekwartdwingend recht ten aanzien van ongebonden werknemers. Volgens Van Tongeren eist de wet bij afwijkingen van driekwartdwingend recht een afwijking 'bij cao' omdat daarin voor vakbondsleden een waarborg is gelegen van een behoorlijke belangenafweging. Die waarborg geldt volgens hem niet voor ongebonden werknemers omdat die buiten het cao-systeem staan.¹² Hekkelman bepleitte een tegenovergesteld standpunt en hij had daarvoor twee argumenten.¹³ In de eerste plaats zou een andersluidend antwoord een belemmering vormen voor de integrale doorwerking van de cao in de arbeidsverhoudingen waarvoor de cao is geschreven. In de tweede plaats zou een andersluidend antwoord in strijd zijn met de aan het driekwartdwingend recht ten grondslag liggende gedachte van zelfregulering en het ontwerpen van maatwerkregelingen voor een onderneming of sector. Die doelstelling zou volgens Hekkelman niet, of niet goed worden bereikt als de cao voor de ene groep werknemers wel geldt en voor een andere groep niet. Ook Olbers pleitte ervoor een afwijking van driekwartdwingend recht mede te laten gelden voor ongebonden werknemers.¹⁴ Olbers wees erop dat zelfregulering meebrengt dat voor aan de cao gebonden werkgevers een van de wet afwijkende regel wordt gecreëerd, die zowel geldt ten aanzien van gebonden werknemers als voor ongebonden werknemers. "Gesteld zou kunnen worden dat de driekwartdwingendheid van een wettelijke bepaling aldus moet worden verstaan dat in die gevallen waarin een aan de cao gebonden werkgever verplicht is een van de wet afwijkende cao-bepaling toe te passen, de wettelijke bepaling terugtreedt ten behoeve van de gelding van de cao-bepaling. De verplichting tot toepassing van de afwijkende cao-bepaling heeft de werkgever niet alleen ten opzichte van de bij de cao betrokken leden van cao-partijen, maar ook krachtens art. 14 Wet op de cao ten aanzien van niet aan de cao gebonden arbeiders met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft gesloten of aangaat [...].", aldus Olbers.¹⁵ Een en ander bracht volgens Olbers mee dat de regelingsmacht van cao-partijen verder gaat dan uit de Wet cao voortvloeit.¹⁶ Kraamwinkel kon zich eveneens vinden in het pleidooi van Hekkelman en Olbers dat een afwijking van driekwartdwingend recht diende te gelden wanneer de toepasselijkheid van de cao volgt uit partijafpraak. Volgens Kraamwinkel was daarvoor doorslaggevend dat vakverenigingen niet alleen de belangen van leden dienen maar van alle werknemers.¹⁷ Noch Hekkelman, noch Olbers, noch Kraamwinkel heeft zich er in dit kader over uitgelaten hoe de veronderstelling dat vakbonden mede de belangen van niet-leden dienen, zich verhoudt tot de representativiteit van een vakbond.

10 *KamerstukkenII* 1996/97, 25 426, 1 (Notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht'), p. 5.

11 *Idem*.

12 W.J.M. van Tongeren, 'Gebondenheid van de ongebonden werknemer', *SR* 1997, afl. 2, p. 49.

13 G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de Wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4, p. 221.

14 M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de cao', *SMA* 1992, afl. 11.

15 M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de cao', *SMA* 1992, afl. 11, p. 661.

16 *Idem*, p. 662.

17 M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997, afl. 9, p. 263. Zie anders: W.J.M. van Tongeren, naschrift bij voornoemd artikel.

Hoewel de Hoge Raad in het arrest Bollemeijer/TPG geen relatie heeft gelegd tussen de belangenbehartiging van ongebonden werknemers enerzijds en de representativiteit van vakbonden anderzijds, deed hij dat wel in de zaak Bulut/Troost uit eveneens 2002, die overigens ging om een juridisch andere kwestie.¹⁸ In het arrest Bulut/Troost ging het om de vraag of een bedrijfseconomisch ontslag kennelijk onredelijk was vanwege de gevolgen van dat ontslag. In een sociaal plan waaraan een werknemer niet was gebonden, was voorzien in een beëindigingsregeling. De werkgever bood niettemin deze regeling uit het sociaal plan aan als 'pleister op de wonde' voor het ontslag. De Hoge Raad overwoog dat het sociaal plan in overleg met representatieve vakorganisaties tot stand was gekomen en in een dergelijke situatie vormt het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan, een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.¹⁹

Het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Bulut/Troost dient overigens te worden geplaatst tegen de achtergrond van de toen nog geldende Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor procedures ex artikel 7:685 (oud) BW. De Aanbevelingen schreven voor dat een ontbindingsvergoeding in beginsel werd berekend en toegekend op basis van een vaste formule, de zogenoemde kantonrechtersformule. In Aanbeveling 3.7 was echter geregeld dat in afwijking op deze hoofdregel, de kantonrechter in geval van een ontbinding wegens een reorganisatie een vergoeding toekende overeenkomstig een ter zake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk was overeengekomen tussen de werkgever en de met de tot de cao-onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer (zie ook paragraaf 3.5.2.1).

De aanname dat met de aanwezigheid van vakbonden is voorzien in de belangenbehartiging van alle werknemers, klinkt ook in zekere zin door in het arrest Wielemaker/De Schelde uit 1976.²⁰ Kort gezegd ging het in deze zaak om de vraag of werkwilligen recht hebben op loon indien zij niet kunnen werken als gevolg van een staking. Anders gezegd: bij wie ligt het loonrisico van het niet-werken als gevolg van een staking? De Hoge Raad overwoog in het arrest Wielemaker/De Schelde dat wanneer een werkstaking is georganiseerd (veelal door een vakbond) en wordt gebruikt als middel om een (gewenste) wijziging van arbeidsvoorwaarden kracht bij te zetten, zo'n staking meer in de risicosfeer van alle werknemers als groep ligt. Volgens de Hoge Raad hebben werkwilligen (en die door de staking niet kunnen werken) en actievoerende collega's gemeenschappelijke belangen en brengt de solidariteit van alle in de onderneming werkzame arbeiders als groep mee dat bij een georganiseerde staking de werkgever geen loon hoeft te betalen als door de staking geen arbeid wordt verricht.²¹ Deze redenering gaat volgens de Hoge Raad niet op bij incidentele protestacties buiten het kader van welke organisatie ook. In dat geval kunnen werkwilligen wel aanspraak maken op loon als zij door de staking niet kunnen werken. Een nuancering van deze benadering is op de plaats. Indien een vakbond immers een staking organiseert, terwijl de vakbond en de groep werknemers die gehoor geven

18 HR14 juni 2002, JAR 2002/165.

19 Idem, r.o. 3.4.

20 HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9771 (Wielemaker/De Schelde).

21 Idem.

aan de oproep geen betrouwbare woordvoerders zijn van de werknemers voor wie een cao (waarover wordt gestaakt) gaat gelden, dan is het maar zeer de vraag of zo'n staking in de risicosfeer van de werknemers als groep behoort te liggen. De door de Hoge Raad aangewezen risicoverdeling houdt er immers direct mee verband dat de werkwilligen en actievoerende collega's gemeenschappelijke belangen hebben. Als een niet-representatieve vakbond een staking organiseert, is niet zonder meer sprake van gemeenschappelijk belangen en kan dus ook niet zonder meer gezegd worden dat het niet kunnen werken als gevolg van een stakingsactie ook in de risicosfeer van de werknemers als groep ligt.

De fictie dat de aanwezigheid van vakbonden meebrengt dat is voorzien in de belangenbehartiging van niet-leden, heeft in de rechtspraak over ledenvoordelen een bijzondere dimensie gekregen. Uit die rechtspraak volgt namelijk dat het niet alleen een fictie is dat vakbonden mede rekening houden met de belangen van niet-leden, maar dat zij dat ook behoren te doen. Daarmee zou zich dan niet verhouden dat vakbonden in het cao-overleg al te grote ledenvoordelen bedingen. In 2003 oordeelde de Kantonrechter Utrecht over een ledenvoordeel in de vorm van een extra maand- of periode-salaris bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst bovenop voorzieningen uit een sociaal plan die alle werknemers toekwamen, dat dit voordeel te billijken was omdat de extra vergoeding gering was en werd betaald ter compensatie van in het verleden betaalde contributie terwijl de inspanning van de vakbonden bij de totstandkoming van het sociaal plan aan alle werknemers ten goede kwam.²² Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba oordeelde in 2010, dat de wet in beginsel niet in de weg staat aan ledenvoordelen maar dat de voordelen niet zo groot mogen zijn, dat er in feite geen vrijheid meer is van het lidmaatschap af te zien. Met name het argument dat ongeorganiseerden profiteren van de inspanningen van vakbonden, welke door de contributies in stand worden gehouden en de ledenvoordelen waren bedoeld ter compensatie van betaalde contributies, was volgens het hof doorslaggevend om te oordelen dat ledenvoordelen in casu toelaatbaar waren.²³ Recenter oordeelden de Kantonrechter Utrecht en het Gerechtshof Den Haag over stevige ledenvoordelen in een sociaal plan, dat voor deze voordelen geen rechtvaardiging te vinden was. In de zaak bij de Kantonrechter Utrecht ging het om een sociaal plan bij FNV waarin voor leden een veel betere afvloeiingsregeling was opgenomen. Voor niet-leden werd de ontslagvergoeding gebaseerd op één bruto maandsalaris per dienstjaar met een maximum van zes maanden, terwijl de vergoeding voor leden werd gebaseerd op 1,5 bruto maandsalaris per dienstjaar met een maximum van twaalf maanden. De kantonrechter overwoog onder verwijzing naar het arrest Bollemeijer/TPG²⁴, dat de stevige juridische positie die vakbonden hebben in de onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden met name wordt ontleend aan het uitgangspunt dat vakbonden het belang van de werknemers in het algemeen dienen. "Bezwaarlijk kan worden gezegd dat de eis van FNV Bondgenoten om haar eigen leden een extra vergoeding te geven als een uitvloeisel kan worden gezien van het behartigen van de belangen van werknemers in het algemeen. Tot een ander oordeel zou mogelijk kunnen worden gekomen indien het zou gaan om een gradueel verschil in vergoeding of een gering voordeel voor leden.", aldus de

22 Ktr. Utrecht 17 februari 2003, *JAR* 2003/63.

23 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 oktober 2009, *JAR* 2010/103.

24 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (Bollemeijer/TPG).

kantonrechter.²⁵ Het Gerechtshof Den Haag overwoog in lijn met de overwegingen van de Kantonrechter Utrecht, dat het maken van enig onderscheid tussen leden en niet-leden in een sociaal plan aanvaardbaar kan zijn wanneer een tegemoetkoming wordt geboden aan leden die door hun lidmaatschap van een vakorganisatie mede mogelijk hebben gemaakt dat belangenbehartiging van werknemers (leden én niet-leden) bij de totstandkoming van een sociaal plan plaats heeft gevonden. Die tegemoetkoming moet volgens het gerechtshof in redelijke verhouding staan tot de voor niet-leden getroffen voorzieningen en daarvan was volgens het gerechtshof geen sprake waardoor de belangen van niet aangesloten werknemers in aanzienlijke mate worden achtergesteld bij die van de leden, zodat de betrokken vakverenigingen niet geacht kunnen worden zich in voldoende mate te hebben bekommerd om de belangen van alle werknemers.²⁶

Uit onderzoek van TNO volgt dat zowel leden als niet-leden het werk van de vakbond als heel behoorlijk waarderen. Uit het onderzoek naar arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van TNO uit 2013 komt het algemene beeld dat werknemers (leden en niet-leden) het belangrijk vinden dat er cao's bestaan.²⁷ Zij waarderen dat met een 8. Uit dit onderzoek blijkt voorts dat werknemers hun eigen cao, dat wil zeggen de cao die voor hen geldt waarderen met een 6,8. De wijze waarop de vakbond hun (leden en niet-leden) belangen behartigt, waarderen zij met een 6,1 lager. In het onderzoek van TNO naar arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden uit 2015 is werknemers niet gevraagd naar een rapportcijfer, maar is hun wel gevraagd of zij tevreden zijn over de cao, de vakbond en de belangenbehartiging.²⁸ In 2015 was ruim 80% van de werknemers tevreden over de belangenbehartiging door de vakbond (71% was tevreden en 9% was heel tevreden). Werknemers waren ook in 2015 tevreden met de voor hen geldende cao. 70% van de werknemers was tevreden en 11% was zelfs heel tevreden. Het bestaan van een cao werd door ruim 80% van de werknemers als belangrijk (of heel belangrijk) aangemerkt. Op basis van de rapporten van TNO heeft de SER in 2013 in haar advies 'verbreding draagvlak cao-afspraken' geconcludeerd dat de cao kan rekenen op een positief oordeel van degenen op wie de cao van toepassing is zonder grote verschillen tussen leden en niet-leden.²⁹

6.3 Representativiteit in de rechtspraak

6.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf heb ik besproken dat de belangenbehartiging van werknemers (en dan met name niet-leden) in het cao-overleg in belangrijke mate is gerelateerd aan de mate waarin een vakbond representatief is voor de groep werknemers op wie een cao betrekking heeft. Nu in de Wet Cao aan vakbonden geen representativiteitseisen zijn gesteld, komt de vraag op of en zo ja, in welke mate in de rechtspraak de representativiteit van vakorganisaties een rol speelt.

25 Ktr. Utrecht 26 mei 2014, *JAR* 2014/132, m.nt. P. Hufman.

26 Gerechtshof Den-Haag 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2911, *JAR* 2015/294.

27 Nationale enquête arbeidsomstandigheden 2013.

28 Nationale enquête arbeidsomstandigheden 2015.

29 *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 2013/03), Den Haag: SER 2013.

6.3.2 Statutaire representativiteit of fictieve vertegenwoordiging

In het verenigingsrecht geldt dat het bestuur van een vereniging binnen de grenzen van zijn bevoegdheid moet hebben gehandeld om leden te kunnen binden aan besluiten. Deze grenzen worden bepaald door de statuten van de vereniging. Op grond van artikel 2 Wet Cao moeten de statuten van een vereniging de bevoegdheid cao's aan te gaan met name noemen om die bevoegdheid ook te hebben. De invloed van de statuten op de verhouding tussen vereniging en leden was aan de orde in de Recron-zaak die ik eerder besprak in paragraaf 3.5.2.3.³⁰ De inhoud van de statuten van vakorganisaties speelt ook voor niet-leden een belangrijke rol. In hoofdstuk 5 (paragraaf 5.4.2.2) besprak ik de Hema-zaak waarin de Rechtbank Amsterdam overwoog dat een vakbond in het cao-overleg geen werknemers (leden en niet-leden) kan vertegenwoordigen die zij krachtens haar statuten niet beoogt te vertegenwoordigen.³¹ De omstandigheid dat de statuten van een vereniging de mogelijkheid bieden bepaalde werknemers te vertegenwoordigen, geeft volgens de Rechtbank Amsterdam een vakvereniging ook het recht dat te doen, los van de vraag of die werknemers daadwerkelijk lid zijn. De Rechtbank Amsterdam noemde dit 'fictieve' vertegenwoordiging. De rechtbank oordeelde voorts dat het in strijd is met elementaire beginselen van het verbintenissenrecht om over hoofden en met uitsluiting van werknemers van wie op grond van de statuten de vertegenwoordiging niet beoogd is, een cao af te sluiten.

Heerma van Voss noemde het oordeel van de Rechtbank Amsterdam in de Hema-zaak creatief,³² omdat de rechtbank aan artikel 2 Wet Cao als vereiste toevoegt dat de bevoegdheid cao's aan te gaan is beperkt tot cao's die gelden voor de groep werknemers op wie een vakbond zich richt of die hij beoogt te vertegenwoordigen. De oplossing is volgens Heerma van Voss echter niet structureel omdat een vakvereniging zelf haar doelomschrijving kan formuleren en kan kiezen voor een hele ruime doelomschrijving, waardoor de vereniging statutair bevoegd kan zijn cao's te sluiten voor groepen werknemers waarbinnen zij geen leden heeft.³³

Sagel deelt de conclusie van de Rechtbank Amsterdam dat een vakbond geen cao kan sluiten voor werknemers die hij niet beoogt te vertegenwoordigen. Die beperking vloeit volgens Sagel evenwel niet voort uit 'algemene regels van het vertegenwoordigingsrecht', maar uit – de wetsgeschiedenis van – artikel 2 Wet Cao. Volgens Sagel beoogt artikel 2 Wet Cao uitdrukkelijk te waarborgen 'dat slechts die werknemersverenigingen die zich bij het aangaan van een cao de behartiging van de werknemersbelangen van hun eigen leden ten doel stellen de bevoegdheid daartoe hebben.'³⁴ Dat doel – cao's afsluiten voor de eigen leden – moet bovendien statutair worden vastgelegd, aldus Sagel.³⁵ In het vereiste

30 Rb. Midden-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2422.

31 Rb. Amsterdam 29 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU8865.

32 G.J.J. Heerma van Voss, 'Representativiteit van vakbonden en incorporatie van cao's', *SR* 2006/73.

33 G.J.J. Heerma van Voss, 'Representativiteit van vakbonden en incorporatie van cao's', *SR* 2006/73, zie ook noot R.R. Duk bij Rb. Amsterdam 29 december 2005, *Ondernemingsrecht* 2006/38.

34 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44.

35 Idem.

dat vakbonden slechts bevoegd zijn een cao aan te gaan voor zover zij daarbij (conform hun statuten) de belangen van hun eigen leden behartigen, ligt volgens Sagel besloten dat een vakbond slechts bevoegd is een cao aan te gaan voor (groepen) werknemers van wie hij de belangen statutair beoogt te behartigen.³⁶ Sagel heeft dit de 'statutaire representativiteit' genoemd en die statutaire representativiteit brengt volgens hem mee dat de werknemersbelangen van fabrieksarbeiders niet door een vakbond behoren te worden behartigd die belangen van piloten in de burgerluchtvaart beoogt te behartigen. De belangenbehartiging van de werknemers kan een vakbond evenwel ook nastreven als een vakbond op het moment van aangaan van de cao nog geen leden heeft. Een vakbond kan ook voor toekomstige leden een cao afsluiten. Als een vakbond een cao aangaat voor andere werknemersbelangen dan de belangen waarvoor hij statutair opkomt, dient dat volgens Sagel tot gevolg te hebben dat de cao niet kan kwalificeren als cao in de zin van de Wet Cao.

Ik deel de opvatting van de Rechtbank Amsterdam en Sagel dat een vakbond niet bevoegd zou moeten zijn cao's aan te gaan voor werknemers die een vakbond niet beoogt te vertegenwoordigen. Anders dan Sagel meent, ligt dit uitgangspunt naar mijn mening niet besloten in artikel 2 Wet Cao. Het in artikel 2 Wet Cao opgenomen statutaire vereiste is niets meer dan een waarborg voor leden. Zij moeten kunnen weten dat zij door lidmaatschap van een vereniging aan een cao gebonden kunnen raken. Dat een vakbond alleen cao's zou moeten kunnen aangaan voor werknemers die een vakbond beoogt te vertegenwoordigen, volgt naar mijn mening veeleer uit algemene regels van het vertegenwoordigingsrecht zoals de Rechtbank Amsterdam overwoog. Vertegenwoordiging veronderstelt in het algemeen dat een vertegenwoordiger zich op redelijke grond inlaat met behartiging van de belangen van de vertegenwoordigde(n). Daarmee verhoudt zich niet dat een vakbond de bevoegdheid zou toekomen een cao aan te gaan voor werknemers van wie op grond van de statuten de vertegenwoordiging niet beoogd is.

Met Heerma van Voss en Duk ben ik overigens van mening dat de 'fictieve' vertegenwoordiging of het statutaire representativiteitsvereiste (zoals Sagel het heeft genoemd) geen reële waarborg is dat in het cao-overleg ook daadwerkelijk met de belangen van alle bij het de cao betrokken werknemers (voldoende) rekening wordt gehouden. Een vakbond kan immers zelf zijn doelomschrijving formuleren en kan kiezen voor een hele ruime doelomschrijving, waardoor de vereniging bevoegd is cao's te sluiten voor groepen werknemers waarbinnen zij geen of nauwelijks leden heeft. Aan werkgeverszijde spelen de statuten ook een wezenlijke rol bij de omvang van de vertegenwoordiging in het cao-overleg. Eerder besprak ik de Recron-zaak (paragraaf 3.5.2.4) en in het kader van de 'fictieve' vertegenwoordiging die in deze paragraaf centraal staat, wijs ik op een geschil rond de verbindendverklaring van de cao voor de Graanbe- en verwerkende industrie in 2016. In dit geschil speelde de statutaire doelomschrijving van de werkgeversorganisatie Nevedi (Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie) een rol bij de vraag of deze cao wel voor verbindendverklaring in aanmerking kon komen. De minister van SZW werd begin 2016 door cao-partijen verzocht tot verbindendverklaring van bepalingen van de cao voor de Graanbe- en verwerkende industrie te besluiten. Een aantal ondernemingen had bedenkingen ingediend en een van

36 Idem.

de bedenkingen hield verband met de statutaire doelomschrijving van Nevedi. Onder meer Lassi en Quaker Oats stelden dat Nevedi niet bevoegd was een cao af te sluiten voor de food- en feedsector, omdat uit een missieverklaring van Nevedi zou volgen dat Nevedi zich met name sterk maakte voor de behartiging van de collectieve belangen in de feedsector (meng/diervoederindustrie), terwijl de werkingssfeer van de cao zich tevens tot de foodsector uitstrekte. Nevedi zou geen leden hebben die zich in hoofdzaak met het produceren van voedingsmiddelen (food) bezighouden en kon daarom de foodsector niet vertegenwoordigen. Lassi en Quaker Oats verzochten de minister vergeefs de werkingssfeer van de cao te beperken tot de feedsector. De minister overwoog dat, ongeacht voornoemde missieverklaring van Nevedi, de statutaire doelstelling van Nevedi zich eveneens uitstrekte tot de belangenbehartiging van de feedsector en dat Nevedi dus bevoegd was een cao aan te gaan die zich eveneens uitstrekte tot de feedsector.³⁷ Dat het in dit voorbeeld ging om een werkgeversvereniging doet aan het illustratieve karakter niet af.

In paragraaf 2.3.5 besprak ik dat het cao-recht vakbonden niet belemmert in cao's bepalingen op te nemen ter regulering van de rechtspositie van zelfstandigen en dat belemmeringen op dit punt voortvloeien uit het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht staat niet toe dat vakbonden in het cao-overleg namens zelfstandigen onderhandelen over bijvoorbeeld een in acht te nemen minimumtarief, omdat zij in dat geval optreden als ondernemersverenigingen. Dit is slechts anders wanneer het 'schijnzelfstandigen' betreft. Of het mededingingsrecht toelaat dat vakbonden in het belang van werknemers in cao's de rechtspositie van zelfstandigen reguleren, is niet duidelijk. Wahl heeft zich op het standpunt gesteld dat dit mogelijk is ter voorkoming van *social dumping* en ik kan mij daarin vinden. Het Hof van Justitie heeft zich over deze vraag niet uitgelaten. Tegen de regulering van de rechtspositie van zelfstandigen, via de band van de werknemersbescherming, zou evenwel het vereiste van de fictieve vertegenwoordiging zich kunnen verzetten, omdat vakbonden dan slechts beogen de belangen van werknemers te beschermen. Ter afwering hiervan kan gezegd worden dat een vakbond die namens en in het belang van werknemers de rechtspositie van zelfstandigen reguleert, niet de intentie heeft zelfstandigen te vertegenwoordigen. Dat mag zo zijn, maar niettemin beïnvloedt de uitkomst van de onderhandelingen die de vakbond namens werknemers voert wel rechtstreeks de positie van zelfstandigen. Een vakbond kan deze problematiek niet zo heel eenvoudig oplossen door in de statuten te bepalen dat hij mede opkomt voor de belangen van zelfstandigen, omdat de vakbond dan tegen de grenzen van het mededingingsrecht oploopt. Een vakbond mag volgens het Europese Hof niet opkomen voor de belangen van zelfstandigen, omdat de vakbond dan optreedt als ondernemersvereniging. Mijn gedachte is dat een vakbond die ter voorkoming van 'social dumping' en daarmee ter bescherming van werknemers in een sector in een cao bepalingen op wenst te nemen die de rechtspositie van zelfstandigen betreffen, daartoe niet beperkt moet worden door de omstandigheid dat de vakbond de vertegenwoordiging van zelfstandigen in de sector niet beoogt. De vertegenwoordiging van deze zelfstandigen is immers niet het doel van de vakbond in dat geval. Als een vakbond in het cao-overleg mede de bescherming van zelfstandigen op het oog heeft, dan moet de vakbond ook de vertegenwoordiging van zelfstandigen statutair beogen (en moeten zelfstandigen ook lid kunnen worden van de vakbond), maar dat ligt mededingingsrechtelijk ingewikkeld.

³⁷ Staatscourant 10 maart 2016, nr. 13006.

6.3.3 Representativiteit en toelating tot het cao-overleg

De Wet Cao waarborgt dat iedere werkgevers- of werknemersorganisatie die daartoe krachtens haar statuten bevoegd is, rechtsgeldig cao's kan sluiten. Het Nederlandse recht bevat niet een recht of verplichting tot collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden geschiedt op basis van vrijwilligheid en iedere organisatie van werkgevers of werknemers verkeert in de dezelfde uitgangspositie, dat wil zeggen dat iedere organisatie juridisch beschouwd gelijke mogelijkheden heeft om overleg af te dwingen en haar onderhandelingsseisen kracht bij te zetten. Of vakbonden erin slagen een cao tot stand te brengen, is afhankelijk van buiten-juridische factoren in het krachtenveld van arbeidsverhoudingen.³⁸

In de jaren '70 van de vorige eeuw is de SER gevraagd zich uit te laten over de vraag of de contractsvrijheid van werkgevers- en werknemersorganisaties in het cao-recht volledig zou moeten gelden, of dat het nodig was in de wet nadere representativiteitseisen op te nemen. De SER kwam tot de conclusie dat het niet nodig was in de Wet Cao representativiteitseisen op te nemen. De SER overwoog in zijn advies dat de Wet Cao voor het afsluiten van cao's weliswaar geen representativiteitseisen stelt, maar dat dit niet meebrengt dat de representativiteit van organisaties geen rol speelt bij de beantwoording van de vraag of zij door de andere organisaties bij de onderhandelingen over de totstandkoming van de cao wordt betrokken als een organisatie dat wil. 'Als regel wordt nagegaan hoe groot – in vergelijking met andere organisaties – het ledental en de ledenspreiding is van een organisatie die aan het overleg wenst deel te nemen, onder de werknemers (c.q. een of meer categorieën van werknemers) waarvoor de cao zal gelden.', aldus de SER in 1975. De Raad overwoog verder dat bij de totstandkoming van cao's geen problemen waren gerezen of zouden rijzen van meer dan voorbijgaande aard, waarvoor geen bevredigende oplossingen zouden kunnen worden gevonden. De SER wees erop dat belanghebbende vakbonden steeds naar de rechter kunnen gaan om toelating tot het overleg af te dwingen en dat de rechter ook steeds tot een bevredigende oplossing zou kunnen komen.³⁹ In het licht daarvan achtte de SER het dus niet nodig dat in de wet representativiteitseisen zouden worden opgenomen. De contractsvrijheid diende volgens de SER het uitgangspunt te blijven en hij legde het initiatief voor uitzonderingen op dit uitgangspunt bij de rechtelijke macht.⁴⁰

Sinds het SER-advies van 1979 is een aantal keer geprocedeerd over de vraag of een vakbond diende te worden toegelaten tot het cao-overleg, waarbij de grondslag van de vordering veelal was dat het niet-toelaten in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 6:162 BW). Als al eerder is onderhandeld over een

38 Zie ook: *Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers (ten vervolge op het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling van publiekrechtelijke organisaties)* (advies van 20 april 1979, SER, 1979/6), Den Haag: SER 1979, p. 12.

39 *Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers (ten vervolge op het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling van publiekrechtelijke organisaties)* (advies van 20 april 1979, SER, 1979/6), Den Haag: SER 1979, p. 12.

40 Idem.

cao en het de inzet van een vakbond is het cao-overleg te hervatten, wordt een vordering tot toelating ook wel gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid (6:2 en 6:248 BW).⁴¹

De Rechtbank Utrecht overwoog in 1988 dat een werkgeversorganisatie in beginsel het recht heeft een vakbond toe te laten tot het cao-overleg of daarvan uit te sluiten. Bij de uitoefening van dat recht dient een werkgeversorganisatie er evenwel rekening mee te houden dat een cao ook kan gaan gelden (via incorporatie of verbindendverklaring) voor werknemers die niet (direct) zijn vertegenwoordigd in het overleg en in het licht daarvan dient een werkgeversorganisatie zorgvuldig te werk te gaan bij haar beslissingen omtrent toelating of uitsluiting van bepaalde werknemersverenigingen, aldus de Rechtbank Utrecht.⁴² In deze zaak was de werkgeversorganisatie volgens de rechtbank onzorgvuldig te werk gegaan door een vakbond niet toe laten tot het cao-overleg, terwijl hij niet alleen meer leden had dan twee andere vakbonden die wel waren toegelaten tot het cao-overleg, maar ook een beter gespreid ledenbestand had. Daarbij kwam dat de niet-toegelaten vakbond vanwege zijn organisatiegraad door de rechtbank werd aangemerkt als een representatieve organisatie. Bij de beoordeling van de representativiteit kwam volgens de rechtbank overigens betekenis toe aan de richtlijnen die de SER daarover had opgesteld (zie over die richtlijnen hoofdstuk 3).⁴³ Onder verwijzing naar onder meer deze uitspraak van de Rechtbank Utrecht overwoog het Gerechtshof Arnhem in 1995 dat het cao-recht weliswaar tot uitgangspunt neemt dat werkgevers- en werknemersorganisaties contractsvrijheid hebben en dat een recht op toelating tot het cao-overleg niet bestaat, maar dat hierop een uitzondering is aangewezen indien een vereniging die evident representatief is, wordt uitgesloten van het cao-overleg. De contractsvrijheid van cao-partijen moet wijken voor het belang van een evident representatieve vakvereniging die wenst te worden toegelaten tot het cao-overleg, aldus het Gerechtshof Arnhem.⁴⁴ Het gerechtshof oordeelde dat de vakbond die toelating tot het cao-overleg vorderde niet kon worden aangemerkt als evident representatief omdat de vakbond slechts 7% van de werknemers vertegenwoordigde die onder de cao vielen, terwijl AbvaKabo (de vakbond waarmee werd onderhandeld) 17,5% van deze werknemers vertegenwoordigde. Het gerechtshof wees er daarbij op dat in eerdere lagere rechtspraak vakbonden als evident representatief waren aangemerkt die meer dan 20% van de betrokken werknemers vertegenwoordigden⁴⁵ of binnen een bepaalde categorie werknemers een aanzienlijk aantal leden telden dat het aantal leden in die categorie van alle of vrijwel alle andere organisaties overtrof.⁴⁶

In 2007 heeft de Hoge Raad zich in het arrest AbvaKabo/BVOK uitgelaten over de contractsvrijheid van cao-partijen in het cao-overleg en het recht op toelating tot dit overleg van

41 P.Th. Mantel, 'Recht op toelating tot cao-onderhandelingen: meer dan representativiteit?', *SMA* 2008, afl. 2.

42 Rb. Utrecht 4 november 1987, *NJ* 1988/676, r.o. 8.

43 Rb. Utrecht 4 november 1987, *NJ* 1988/676, r.o. 19: "Hierbij komt mede betekenis toe aan de uitgangspunten die [...] in het publiekrecht, in het bijzonder in het bedrijfsorganisatorische arbeidsrecht, worden aanvaard voor de vaststelling van representativiteit van organisaties van werknemers of ondernemers. In de verhouding tussen pp. zijn deze uitgangspunten weliswaar niet rechtstreeks van toepassing, maar er is voldoende grond voor toepassing bij wege van analogie."

44 Gerechtshof Arnhem 14 maart 1995, *JAR* 1996/96, r.o. 5.

45 Rb. Rotterdam 23 mei 1993, *KG* 1993, 239 en Rb. 's-Gravenhage 5 september 1989, *KG* 1989, 366.

46 Rb. Utrecht 4 november 1987, *NJ* 1988/676.

representatieve vakbonden.⁴⁷ De Hoge Raad bevestigde in zijn overwegingen dat een vakbond die een groot aantal werknemers in de branche vertegenwoordigt en representatiever is dan andere vakbonden, in beginsel recht heeft op toelating tot cao-onderhandelingen.⁴⁸ Dit uitgangspunt geldt echter niet onverkort als het gaat om de toelating tot het cao-overleg over de aanpassing van een bestaande cao waarbij de belanghebbende vakbond geen partij is. 'De vakbond die geen partij is geweest bij het afsluiten van een cao doch wel een belangrijk deel van de werknemers in de branche vertegenwoordigt, zal weliswaar reeds op grond van het feit dat zij een representatieve partij is, belang hebben bij toelating tot collectief overleg over aanpassing van een bestaande cao, doch zij zal toch ook duidelijk moeten maken waarom zij in afwijking van haar eerdere houding wenst deel te nemen aan dit overleg en waarom dit overleg, anders dan bij de in de voorafgaande jaren gevoerde onderhandelingen het geval was, kans van slagen heeft.', aldus de Hoge Raad.⁴⁹

Over de toelating tot het cao-overleg van een categorale vakbond, dat wil zeggen een vakbond die opkomt voor de belangen van een specifieke groep werknemers, wordt in de rechtspraak verschillend geoordeeld. Het Gerechtshof Amsterdam overwoog in 2010 dat het niet ondenkbaar is dat de afzonderlijke belangenbehartiging van de belangen van één specifieke groep tot angst voor achterstelling en daarmee onrust binnen de onderneming zal leiden. Bovendien was de categorale vakbond minder representatief voor de gehele groep werknemers voor wie de cao zou gaan gelden, dan de andere wel toegelaten vakbonden.⁵⁰ Het ging in deze zaak overigens om een ondernemings-cao van een relatief kleine werkgever en de vakbonden waarmee wel werd onderhandeld bestreken het gehele personeel. De Rechtbank Utrecht oordeelde in 2012 anders en wees de vordering tot toelating tot het cao-overleg van een categorale vakbond toe. Volgens de rechtbank hoeft de omstandigheid dat een vakbond slechts een specifieke groep werknemers vertegenwoordigt, niet aan haar representativiteit in de weg te staan.⁵¹ In deze zaak ging het overigens niet om een ondernemings-cao, maar om een branche-cao waardoor angst voor achterstelling en onrust binnen een onderneming niet direct aan de orde is (of hoeft te zijn).

Het recht deel te kunnen nemen aan collectieve onderhandelingen van de ene organisatie botst met de contractvrijheid van andere organisaties. Uit de rechtspraak volgt dat in het cao-recht de contractvrijheid uitgangspunt is en dat vakorganisaties in beginsel zelf bepalen met wie en waarover zij collectief onderhandelen. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering wanneer een vakbond wordt uitgesloten van het cao-overleg die een groot aantal leden in de branche vertegenwoordigt en representatiever is dan vakbonden die wel zijn toegelaten. Deze uitzondering vindt haar grond in het idee dat de belangen die een representatieve vakvereniging behartigt mogelijk niet of onvoldoende worden behartigd door de wel toegelaten overlegpartners. Wanneer een representatieve vakbond wordt toegelaten tot het cao-overleg is daarmee een dubbel belang gediend. Die toelating dient in de eerste plaats het belang van werknemers die lid zijn van de representatieve bond die wordt toegelaten, omdat zij in het cao-overleg dan directe inspraak krijgen. De toelating van een

47 HR 29 juni 2007, *JAR* 2007/162.

48 *Idem*, r.o. 3.4.

49 *Idem*, r.o. 3.4.

50 Gerechtshof Amsterdam 26 oktober 2010, *JAR* 2010/308.

51 Rb. Utrecht 2 februari 2011, *JAR* 2011/63.

representatieve bond tot het cao-overleg dient evenwel ook het belang van werknemers die niet georganiseerd zijn maar wel onder het bereik van de cao vallen, omdat de mate waarin met de belangen van ongeorganiseerden (niet-leden) rekening wordt gehouden is gerelateerd aan de representativiteit van een betrokken vakbond.

6.3.4 *Representativiteit en het incorporatiebeding*

Dat in de rechtspraak als uitgangspunt geldt dat de meest representatieve vakbonden deel moeten kunnen nemen aan het cao-overleg, brengt nog niet mee dat ook altijd een cao tot stand komt met representatieve vakbonden. In paragraaf 5.4.2.2 besprak ik reeds dat uit lagere rechtspraak volgt dat de mate waarin een vakbond representatief is niettemin een rol kan spelen bij de vraag of een cao van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst via een incorporatiebeding. In deze paragraaf bespreek ik deze rechtspraak nader.

In de eerder besproken Mitex-zaak uit 2008 en de Transavia-zaak uit 2017 werd een dynamisch incorporatiebeding beperkt uitgelegd. In de aanvaarding van het incorporatiebeding lag – onder de omstandigheden die in de casus speelden – volgens de kantonrechters niet de bedoeling van werknemers besloten ook gebonden te kunnen worden aan een cao die met een niet-representatieve bond was gesloten.⁵² In beide zaken waren de werknemers, die zich in rechte verzetten tegen de toepasselijkheid van de nieuwe cao op hun arbeidsovereenkomst, lid van een vakbond (in de Mitex-zaak was dat FNV Bondgenoten en in de Transavia-zaak was dat FNV⁵³) die in het verleden partij was bij de cao waarnaar het incorporatiebeding verwees en die ook (op enig moment) had meeonderhandeld over de nieuwe cao, maar uiteindelijk het overleg had gestaakt (en dus geen partij was geworden bij de nieuwe cao). Uit de vonnissen blijkt voorts dat in beide zaken het incorporatiebeding was aanvaard door de werknemers op het moment dat hun vakbond partij was bij de cao en dat die vakbond op dat moment representatief was (althans, dat werd door de kantonrechters aangenomen). In de Transavia-zaak speelde verder nog dat het incorporatiebeding voortvloeide uit een bepaling uit de cao waarbij FNV partij was geweest. De tekst van het incorporatiebeding kwam één-op-één overeen met die cao-bepaling. In de Mitex-zaak was dit niet aan de orde, maar waren de vakbonden (De Unie en de internetvakbond) die de nieuwe cao waren aangaan nooit eerder partij geweest bij de cao. Dat gold in de Transavia-zaak dan weer niet. Onder (een combinatie van) deze omstandigheden vonden de verschillende kantonrechters, dat de betrokken werknemers (de leden van FNV dus) redelijkerwijs mochten verwachten dat de cao steeds zou worden gesloten met representatieve vakorganisaties en dat in de aanvaarding van het incorporatiebeding niet de bedoeling besloten lag ook aan een cao gebonden te kunnen worden die met niet-representatieve vakorganisaties werd aangegaan.

Een voor dit onderzoek interessante vraag is of de uitkomst van beide zaken anders zou zijn geweest indien niet de leden van – in casu – FNV hadden geklaagd over de toepasselijkheid van de nieuwe cao (waarbij hun vakbond geen partij was), maar ongeorganiseerde werknemers. Ik twijfel over het antwoord op die vraag. Voor de leden van FNV gold dat zij, bij monde van hun vakbond, expliciet te kennen hadden gegeven tijdens het cao-overleg dat

52 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, RAR 2008/116 en Ktr. Haarlem 5 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2911. Zie ook: Rb 's-Hertogenbosch 21 juli 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA8766.

53 Voor de fusie van een aantal FNV-bonden was FNV Bondgenoten partij bij de cao.

zij niet tevreden waren over de cao en daaraan niet gebonden wilden zijn. Door een ruime uitleg van het incorporatiebeding zouden zij alsnog via een omweg gebonden worden aan deze cao. De contractuele binding verhoudt zich onder die omstandigheden niet goed tot de collectieve contractsvrijheid die meebrengt dat vakbonden (en georganiseerden) de vrijheid hebben een cao aan te gaan, maar ook juist geen cao aan te gaan. Voor ongeorganiseerde werknemers geldt dit argument niet. Hoewel dit een relevant rechtspositioneel verschil is, zou het naar mijn mening bij de uitleg van het incorporatiebeding niet zonder meer van betekenis moeten zijn. Met een incorporatiebeding wordt immers bedoeld een cao van toepassing te laten zijn bij gebreke van binding van rechtswege door lidmaatschap. Voor de leden van een vakbond heeft een incorporatiebeding juridisch pas effect wanneer binding aan een cao niet via het lidmaatschap geschiedt. Daarmee heeft het incorporatiebeding voor leden van een vakbond dus per definitie betrekking op een cao waarbij hun eigen vakbond geen partij is. Daaruit volgt dan dat bij de uitleg van een incorporatiebeding aan het lidmaatschap van een vakbond die gedurende het onderhandelingsproces het cao-overleg heeft gestaakt en geen partij is bij de nieuwe cao, geen betekenis toe behoort te komen. De vraag is echter of de leden van – in dit geval – FNV akkoord zijn gegaan met het incorporatiebeding in de veronderstelling dat zij dan ook gebonden zouden zijn aan een cao als FNV geen partij (meer) is. Mogelijk is dat niet zo. Voor de hand ligt namelijk veeleer dat de leden van FNV akkoord gingen met het incorporatiebeding omdat zij ervan uitgingen toch al gebonden te zijn aan de cao door lidmaatschap van FNV. Het is daarbij zeer de vraag of zij de juridische consequenties goed hebben (kunnen) overzien van de strekking van het incorporatiebeding. Juridisch mag het zo zijn dat het incorporatiebeding ziet op de binding aan een cao waaraan georganiseerde werknemers niet via lidmaatschap gebonden zijn, maar in de praktijk zal dat door werknemers die al via lidmaatschap gebonden zijn, vermoedelijk niet bedoeld zijn toen zij akkoord gingen met het incorporatiebeding.

De Kantonrechter Amsterdam en Kantonrechter Haarlem namen als vaststaand aan, dat de cao die gold op het moment dat het incorporatiebeding werd aangegaan, was afgesloten door representatieve vakbonden. Zij overwogen vervolgens dat de leden van FNV Bondgenoten en FNV, die in casu als representatieve vakbonden werden aangemerkt, redelijkerwijs mochten verwachten dat de cao steeds zou worden gesloten met representatieve vakorganisaties en dat in de aanvaarding van het beding niet de bedoeling besloten ligt ook aan een cao gebonden te kunnen worden die met niet-representatieve vakorganisaties gesloten is. Ik betwijfel of de leden van FNV Bondgenoten en FNV inderdaad mochten verwachten dat een cao die via het incorporatiebeding van toepassing zou zijn – en waarbij hun eigen vakbond dus geen partij was – steeds zou worden gesloten met representatieve vakorganisaties. De verwachting was of juist precies tegengesteld of de verwachting was dat steeds FNV partij was. Ik leg dit uit. Het incorporatiebeding sorteert voor werknemers die lid zijn van een vakbond pas effect wanneer en zodra hun vakbond geen partij is bij de cao. Als werknemers die lid zijn van een vakbond ook met dat doel het incorporatiebeding zijn aangegaan, dan kan de verwachting dat de cao steeds met representatieve vakorganisaties zou worden aangegaan, niet worden gebaseerd op de omstandigheid dat hun eigen vakbond als representatieve bond bij de oude cao ook partij was. Voor ongeorganiseerden ligt dit anders. Voor hen zou de omstandigheid dat een representatieve vakbond die eerder steeds partij was bij de cao en dat ook was op het moment dat het incorporatiebeding werd aangegaan, wel relevant kunnen zijn bij de invulling van hetgeen werknemers mochten

verwachten ten aanzien van de bij het cao-overleg betrokken partijen. Daarbij past wel een belangrijke relativiserende opmerking, namelijk dat het de meeste ongeorganiseerde werknemers niet bekend is welke vakbonden op enig moment wel of niet partij zijn bij de cao. Als leden van FNV het incorporatiebeding aangingen in de veronderstelling toch al door lidmaatschap gebonden te zijn aan de cao en zich de juridische consequenties van het incorporatiebeding niet overzagen, dan is de verwachting van deze werknemers niet dat de cao steeds door een representatieve vakbond zou worden aangegaan, maar door hun eigen vakbond, die niet steeds representatief hoeft te zijn.

Kortom, bij de verwachtingen die werknemers hebben over de bij het cao-overleg betrokken partijen en de mate waarin betrokken vakbonden representatief zijn, bestaat bij mij twijfel of een rol dient te spelen dat zij zelf lid zijn van een representatieve bond die eerder partij was bij de cao. Dat kan zo zijn, maar kan ook juist een contra-indicatie zijn. Bij niet-leden kan de representativiteit van een eerder bij de cao betrokken vakbond juist wel iets zeggen over de verwachtingen ten aanzien van de representativiteit van toekomstige cao-partijen, hoewel die verwachtingen vaak fictief zijn.

Met het oog op het belang van representativiteit van vakbonden, is de uitkomst in de Mitex-zaak en Transavia-zaak te begrijpen. In deze zaken ontbraken immers representatieve vakorganisaties (althans dat stond in rechte vast) en dus zijn er termen aanwezig die de ruime werking van de cao te nuanceren of te begrenzen. Dat neemt niet weg dat ik de motivering in beide zaken wankel en gezocht vind. Dat werknemers bij aanvaarding van een incorporatiebeding redelijkerwijs mogen verwachten dat wanneer een cao in het verleden steeds is gesloten met representatieve vakorganisaties, dit in de toekomst ook steeds zal geschieden en dat daarin dan besloten ligt dat zij niet gebonden kunnen worden aan een cao die met niet-representatieve vakbonden is aangegaan, is creatief maar gekunsteld.⁵⁴ Die verwachting is immers niet alleen gebaseerd op de veronderstelling dat werknemers weten welke vakbonden partij zijn bij een cao op het moment dat zij een incorporatiebeding aanvaarden, maar ook op de veronderstelling dat het hun bekend is in welke mate deze vakbonden representatief zijn en de veronderstelling dat zij op basis van die fictieve kennis ook verwachten dat toekomstige cao-partijen aan werknemerszijde minstens zo representatief zullen zijn. Ik acht zeker niet uitgesloten dat andere rechters in vergelijkbare zaken tot een andere uitkomst komen. Mijn aanname op dit punt steunt mede op uitspraken van de Rechtbank Utrecht en de Kantonrechter Hilversum, die ik in paragraaf 5.4.2.2 besprak en waarin het ontbreken van een representatieve bond in het cao-overleg niet leidde tot een beperkte uitleg van het incorporatiebeding.

In de zaak die in 2006 aanhangig was bij de Kantonrechter Hilversum verzette een werknemer die lid was van FNV Horecabond zich tegen de toepasselijkheid van de nieuwe horeca-cao waarbij FNV geen partij was.⁵⁵ De nieuwe horeca-cao was aangegaan door vakbond De Unie en tussen partijen stond vast dat De Unie een kleine vakbond was. De werkgever stelde dat

54 Zie anders S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44, paragraaf 6 (De gebondenheid van art. 14 Wet Cao-werknemers aan een cao die door een niet-representatieve vakbond is aangegaan). Sagel vindt deze benadering welhaast voor zich spreken.

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

de nieuwe cao via een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding gewoon toepassing vond, maar volgens werknemer was de 'toepasselijkheidsverklaring' (lees: het incorporatiebeding of de aanvaarding daarvan) gerelateerd aan zijn wetenschap door FNV Horecabond en CNV Bedrijvenbond vertegenwoordigd te zijn bij cao-onderhandelingen. Het incorporatiebeding zou dus niet zien op de met De Unie gesloten nieuwe horeca-cao. Subsidiar stelde werknemer dat een algehele uitsluiting van art. 7:628 BW (geen arbeid, toch loon) in een cao naar redelijkheid en billijkheid niet kan worden aanvaard. Meer subsidiar stelde werknemer dat het incorporatiebeding een eenzijdig wijzigingsbeding was en dat werkgever geen zwaarwegend belang had bij de wijziging van de arbeidsvoorwaarden door de nieuwe horeca-cao. De kantonrechter oordeelde dat (onder de gegeven omstandigheden) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kon worden aanvaard dat de betreffende werknemer via een incorporatiebeding 'gebonden' kan worden aan een cao die door zijn eigen vakbond is verworpen en niet tot stand is gekomen met medewerking van de (grote) vakorganisaties die in belangrijke mate de aangesloten werknemers in de branche vertegenwoordigen. Hoewel de benadering van de kantonrechter sterk lijkt op die van de Kantonrechter Amsterdam en Kantonrechter Haarlem in respectievelijk de Mitex-zaak en de Transavia-zaak, is de juridische grondslag waarop het oordeel van de kantonrechter rust een andere. De werking van het incorporatiebeding werd in casu namelijk niet beperkt via de uitleg van het beding, maar via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Anders dan de Kantonrechter Hilversum, nam de Kantonrechter Utrecht niet aan dat het enkele feit dat een cao tot stand komt met een kleine bond, die (de cao) dan vervolgens via een incorporatiebeding van toepassing wordt op een arbeidsovereenkomst in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De Kantonrechter Utrecht stelde zowel in de zaak uit 2006⁵⁶ als in de zaak uit 2007⁵⁷ voorop dat in beginsel op grond van het Nederlandse cao-recht moet worden aanvaard dat ook met een (kleinere) vakbond en zonder dat met name bonden van CNV en FNV meedoen, toch rechtsgeldig een cao kan worden gesloten, waarin van dwingende wetsbepalingen kan worden afgeweken, die vervolgens via een incorporatiebeding op de arbeidsovereenkomst van toepassing wordt. Dat de cao (of beter: de cao-bepaling waarover in rechte werd geklaagd) uiteindelijk naar het oordeel van de Kantonrechter Utrecht toch geen toepassing vond op grond van de redelijkheid en billijkheid hield dan ook geen verband met het ontbreken van grote vakorganisaties, maar met andere omstandigheden. Doorslaggevend was in dat kader dat het in beide zaken ging om een substantiële afwijking van driekwartdwingend zonder dat de werknemers in kwestie die afwijking kenden en zonder dat zij nogmaals⁵⁸ te kennen hadden gegeven met die specifieke afwijking in te stemmen.

56 Ktr. Utrecht 25 juli 2006, *RAR* 2007/24.

57 Ktr. Utrecht 12 december 2007, *JAR* 2008/30.

58 In de overweging van de kantonrechter komt het woord 'nogmaals' niet terug. Te vinden is slechts dat in de arbeidsovereenkomst niet zelfstandig was verwezen naar de afwijking of dat deze was geaccordeerd of herbevestigd. Gelet op de omstandigheid dat een dynamisch incorporatiebeding gold, kan gezegd worden dat de werknemer al had ingestemd met de toepasselijkheid van de cao en nieuwe versies daarvan. Ik lees daarom in de overweging van de kantonrechter dat de instemming nogmaals had moeten geschieden.

Uit de hierboven besproken zaken volgt, dat wanneer de bij het cao-overleg betrokken vakbonden niet in belangrijke mate de bij de cao betrokken werknemers vertegenwoordigen, er reden is de initiële afspraken tussen werkgever en ongebonden werknemer over de toepasselijkheid van een cao kritisch te beschouwen. De Kantonrechters Amsterdam, Hilversum en Haarlem deden dat zelfs zo kritisch dat een nieuwe cao die met niet-representatieve bonden tot stand was gekomen niet van toepassing werd. De kritische blik van de Kantonrechter Utrecht bracht mee dat een nieuwe cao die met niet-representatieve vakbonden tot stand is gekomen in beginsel wel valt onder de reikwijdte van een incorporatiebeding, maar dat afhankelijk van de inhoud van de cao (of een cao-bepaling) bekeken dient te worden of al dan niet herbevestiging van de toepasselijkheid van de cao (of cao-bepaling) nodig is. Zonder herbevestiging kan de toepassing van een voor werknemers nadelige cao-bepaling naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zijn. De noodzaak van herbevestiging is verklaarbaar. Als immers kan worden vastgesteld dat een ongebonden werknemer goed geïnformeerd en welbewust heeft ingestemd met de toepasselijkheid van een bepaalde cao of cao-bepaling (wat bij aanvaarding van een dynamisch incorporatiebeding niet zonder meer het geval is en bij herbevestiging wel, althans meer), is een oordeel over de mate waarin de betrokken vakbond representatief is, niet relevant. Van een goed geïnformeerde werknemer die welbewust heeft ingestemd met de toepasselijkheid van een cao kan immers worden gezegd dat hij kennelijk van mening is dat met zijn belangen voldoende rekening is gehouden bij de totstandkoming van de cao, ook al is die cao met medewerking van niet-representatieve vakbonden tot stand gekomen. Ingrijpen in de contractuele verhouding kan dan achterwege blijven.⁵⁹ Hoewel aan de benadering van de Kantonrechters Amsterdam, Hilversum en Haarlem bezwaren kleven (die ook moeten worden opgelost en waarover meer in hoofdstuk 9), verdient deze benadering wel de voorkeur boven die van de Kantonrechter Utrecht, omdat het naar mijn mening de voorkeur verdient in het cao-recht in het algemeen meer nadruk te leggen op de belangenbehartiging van werknemers als groep dan op de individuele werknemersinstemming. Inherent aan collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is namelijk dat werknemersbelangen niet altijd parallel lopen en dat altijd op basis van een belangenafweging tot besluitvorming wordt gekomen, waarbij de kans bestaat dat niet alle individuele werknemers zich in het resultaat kunnen vinden. Door te veel belang te hechten aan de individuele wil van werknemers wordt afbreuk gedaan aan het collectieve karakter van een cao en wordt miskend dat de belangen van werknemers niet altijd parallel lopen.

Sagel heeft ook de voorkeur gegeven aan de beperkte werking van het incorporatiebeding via de weg van de uitleg boven die van 6:248 BW wanneer een cao met niet-representatieve vakbonden tot stand is gekomen. Zijn voorkeur voor de uitlegroute komt voort uit het feit dat de toets van 6:248 lid 2 BW een zeer terughoudende is. 'Terzijdestelling van een cao-bepaling op die grond is slechts mogelijk wanneer toepassing ervan een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft, hetgeen [...] een terughoudende toets impliceert. Wordt daarentegen de 'uitlegroute' bewandeld, dan zal veel sneller tot het buiten toepassing laten van de nieuwe cao geconcludeerd kunnen

59 Zie in deze zin ook S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44, paragraaf 6 (De gebondenheid van art. 14 Wet Cao-werknemers aan een cao die door een niet-representatieve vakbond is aangegaan).

worden; daarvoor is in ieder geval niet vereist dat toepassing een onaanvaardbaar resultaat te zien geeft.', aldus Sagel.⁶⁰ Sagel heeft nog een argument genoemd voor de 'uitlegroute'. De 'uitlegroute' brengt mee dat een hele cao toepassing mist wanneer deze tot stand is gekomen met een niet-representatieve bond, terwijl via de band van de redelijkheid en billijkheid per beding dient te worden beoordeeld of toepassing (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) onaanvaardbaar is. Wordt toepassing van één bepaling uit de geïncorporeerde cao naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht, dan laat dat de toepasselijkheid van de overige bepalingen onverlet, aldus Sagel. Die aanpak biedt volgens Sagel werknemers de mogelijkheid aan *cherry picking* te doen en dat acht hij niet wenselijk.⁶¹ Ik kan mij in deze argumenten vinden, maar dat neemt niet weg dat een representativiteitstoets via de band van de uitleg van incorporatiebedingen wel heel kwetsbaar is. Werkgevers kunnen incorporatiebedingen zodanig vormgeven dat op de arbeidsovereenkomst de cao van toepassing is waaraan de werkgever is gebonden, ongeacht welke vakbond daarbij partij is en ongeacht de mate waarin een vakbond representatief te noemen is. Als een incorporatiebeding zo ruim is opgesteld, lijkt het mij niet eenvoudig dit beding via de uitleg daarvan te beperken, in die zin dat een cao die met een niet-representatieve vakbond is gesloten niet onder de werking van het beding zou vallen.

6.4 Criteria omtrent representativiteit in de rechtspraak

In paragraaf 3.5 heb ik besproken welke criteria in wet- en regelgeving worden gebruikt om de representativiteit van werknemersorganisaties te beoordelen. In deze paragraaf bespreek ik welke criteria uit de rechtspraak kunnen worden gedestilleerd.

6.4.1 Statutaire representativiteit

Een vakbond kan representatief worden genoemd indien hij aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden of kenmerken beantwoordt, die hem tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maakt van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die hij heet te vertegenwoordigen.⁶² Uit deze definitie volgt dat een vakbond slechts representatief kan zijn voor de groep van personen die hij beoogt te vertegenwoordigen. Het begrip representativiteit van een organisatie drukt een relatie uit tussen die organisatie en de groep die zij beoogt te organiseren en de representativiteit van een organisatie wordt begrensd door de doelstelling van de organisatie. Alleen op het terrein dat door de doelstelling wordt afgebakend kan een organisatie representatief zijn voor de groep die zij beoogt te organiseren.⁶³ Dit uitgangspunt komt terug in de Hema-zaak waarin de Rechtbank Amsterdam oordeelde overwoog dat een vakbond in het cao-overleg geen werknemers (leden en niet-leden) kan vertegenwoordigen die zij krachtens haar

60 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44, paragraaf 10 (Het incorporatiebeding: ontsnappen aan een met een niet-representatieve vakbond gesloten cao via art. 7:613 BW).

61 Idem.

62 Zie paragraaf 3.3.

63 *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976, p. 8.

statuten niet beoogt te vertegenwoordigen.⁶⁴ De rechtbank oordeelde dat het in strijd is met elementaire beginselen van het verbintenissenrecht over hoofden en met uitsluiting van werknemers van wie op grond van de statuten de vertegenwoordiging niet beoogd is, een cao af te sluiten. De statutaire doelomschrijving is daarmee een belangrijk criterium bij het vaststellen van de representativiteit van een vakbond.

6.4.2 *Cao-overleg*

Uitgangspunt in het cao-overleg is dat vakorganisaties in beginsel zelf bepalen met wie en waarover zij collectief onderhandelen. Dit uitgangspunt kan worden beperkt. Een vakbond die een groot aantal werknemers in het bedrijf of de branche vertegenwoordigt en representatiever is dan andere vakbonden, heeft in beginsel recht op toelating tot de onderhandelingen over een nieuwe cao. Welke criteria zijn bij de beoordeling van de representativiteit van belang?

De Rechtbank Utrecht overwoog in 1987 dat de vraag wanneer een organisatie onvoldoende representatief is niet in algemene zin kan worden beantwoord en dat het antwoord afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Bij die beoordeling dient volgens de rechtbank niet alleen gewicht toe te komen aan de totale organisatiegraad in een bedrijf of sector, het aantal leden van de vakbond in relatie tot andere vakbonden (die wel werden toegelaten tot het cao-overleg) en de spreiding van het ledenbestand, maar ook aan de gezichtspunten die volgens de SER relevant zijn bij de samenstelling van publiekrechtelijke organisaties.⁶⁵ Ik verwijs voor die gezichtspunten gemakshalve naar paragraaf 3.5.2.1. In 1989 kende de Rechtbank 's-Gravenhage bij de beantwoording van de vraag of een vakbond moest worden toegelaten tot het cao-overleg gewicht toe aan de omstandigheid dat de vakbond die toelating tot het cao-overleg vorderde ongeveer 25% van de georganiseerde werknemers vertegenwoordigde. Daarnaast was voor toelating tot het overleg relevant dat de vakbond in het verleden steeds op enigerlei wijze betrokken was geweest bij het arbeidsvoorwaardenoverleg en zich daarbij constructief had opgesteld en wezenlijke inbreng had gehad en dat het niet aannemelijk was dat door een toelating tot het cao-overleg het overleg aanmerkelijk zou worden vertraagd.⁶⁶

Het Gerechtshof Arnhem oordeelde in 1995 dat de vakbond die toelating tot het cao-overleg vorderde niet kon worden aangemerkt als evident representatief omdat de vakbond slechts 7% van de duizend werknemers vertegenwoordigde die onder de cao vielen, terwijl AbvaKabo (de vakbond waarmee werd onderhandeld) 17,5% van deze werknemers vertegenwoordigde. Het gerechtshof achtte daarbij eveneens relevant dat de betrokken vakbond een algemene vereniging was waarvan het lidmaatschap openstond voor alle personen voor wie de cao gold. Daarmee was zij vergelijkbaar met AbvaKabo die eveneens ten behoeve

64 Rb. Amsterdam 29 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU8865.

65 Rb. Utrecht 4 november 1987, NJ 1988/676, r.o. 19: "Hierbij komt mede betekenis toe aan de uitgangspunten die [...] in het publiekrecht, in het bijzonder in het bedrijfsorganisatorische arbeidsrecht, worden aanvaard voor de vaststelling van representativiteit van organisaties van werknemers of ondernemers. In de verhouding tussen pp. zijn deze uitgangspunten weliswaar niet rechtstreeks van toepassing, maar er is voldoende grond voor toepassing bij wege van analogie."

66 Rb. 's-Gravenhage 5 september 1989, KG 1989, 366.

van alle werknemers opkwam en niet voor een specifieke groep. In het verlengde daarvan gold dat de vakbond geen concrete feiten en omstandigheden had gesteld waaruit bleek dat de door de vakbond vertegenwoordigde werknemers specifieke cao-wensen hadden en welke belangen hij in het cao-overleg zou willen behartigen. Derhalve kon er volgens het hof niet van worden uitgegaan dat de arbeidsvoorwaarden van de door de vakbond vertegenwoordigde groep van werknemers bij het cao-overleg door de andere vakbonden onvoldoende aan bod zou komen.⁶⁷ Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Rechtbank Utrecht in 1999 toen vakbond 'Het Zwarte Corps' toelating tot het overleg over de cao voor landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen vorderde. Het cao-overleg werd van oudsher gevoerd door Voedingsbond FNV en Industrie- en Voedingsbond CNV. Het Zwarte Corps kon niet aannemelijk maken hoeveel leden zij had die onder de werking van voornoemde cao zouden vallen en volgens de rechtbank kon derhalve niet worden aangenomen dat zij meer leden had dan de Voedingsbonden FNV en CNV. Daarnaast overwoog de rechtbank dat Het Zwarte Corps niet duidelijk kon maken welke specifieke belangen hij, naast de door Voedingsbonden FNV en CNV in brede zin vertegenwoordigde werknemersbelangen, in het cao-overleg wilde behartigen.⁶⁸ In een zaak die speelde bij de Rechtbank Rotterdam in 1993 vond de rechtbank het vanwege de hoge organisatiegraad van de vakbond niet relevant wat de bijzondere inbreng van een vakbond (FHV) was die toegelaten wilde worden tot het cao-overleg. De organisatiegraad van FHV bedroeg 25% en lag daarmee hoger dan de organisatiegraad van Vervoersbond CNV (rond de 10%). Dat de organisatiegraad van Vervoersbond FNV op 60% lag en dat FHV en FNV dezelfde doelen nastreefden deed daaraan niet af. Volgens de rechtbank kan elke stem aan de onderhandelingstafel van invloed zijn, maar dan moet die stem wel de gelegenheid krijgen door te klinken.⁶⁹ De Rechtbank Rotterdam wees in 2008 een verzoek van FNV Bondgenoten tot toelating tot overleg over een ondernemings-cao bij CdMR af, omdat FNV Bondgenoten in vergelijking tot de vakbond die onderhandelde over de cao (werknemersvereniging CdMR) onvoldoende werknemers van CdMR vertegenwoordigde. Werknemersvereniging CdMR vertegenwoordigde 80% van de werknemers van CdMR terwijl FNV Bondgenoten slechts 15% van de werknemers vertegenwoordigde. Een percentage van 15% achtte de rechtbank in absolute zin als in relatieve zin (dus in vergelijking tot de organisatiegraad van CdMR) te gering om tot toewijzing van de vordering te kunnen leiden.⁷⁰

6.4.3 Contractuele binding en representativiteit

Van alle hiervoor in paragraaf 6.3.4 besproken uitspraken stond alleen in de Transavia-zaak de mate van representativiteit van de betrokken vakbonden ter discussie. In de andere zaken stond in rechte vast dat de vakbonden die de cao hadden gesloten niet-representatief waren en dat de FNV (die in al deze zaken geen partij was bij de nieuwe cao en bij de oude

67 Gerechtshof Arnhem 14 maart 1993, *JAR* 1995/96.

68 Pres. Rb. Utrecht 8 april 1997, *JAR* 1997/115.

69 Rb. Rotterdam 23 mei 1993, *KG* 1993, 239.

70 Rb. Rotterdam 19 september 2008, *JAR* 2008/272. Zie ook nog: Rb. Utrecht 28 april 1999, *JAR* 1999/115; Rb. Amsterdam 20 januari 1982, *NJ* 1982/101; Rb. Utrecht 2 februari 2011, *RAR* 2011/72; Rb. Alkmaar 18 februari 2010, *RAR* 2010/65; Gerechtshof Amsterdam 26 oktober 2010, *JAR* 2010/308; Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 2005, *RAR* 2005/46; HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/464.

cao wel) wel representatief was. In die zaken zijn geen gezichtspunten te vinden die bij de beoordeling van de mate van representativiteit relevant (kunnen) zijn.

In de Transavia-zaak stond de toepasselijkheid van de cao Transavia Grondpersoneel centraal die gold voor ongeveer 600 werknemers. Van deze 600 werknemers waren er ongeveer 200 georganiseerd en 1/3 van de georganiseerde werknemers (70-87 werknemers) werd vertegenwoordigd door FNV. Dit kwam neer op een organisatiegraad van 15%. De CNV vertegenwoordigde zes werknemers, De Unie ongeveer 35 werknemers en vakbond NVLT vertegenwoordigde 79-86 werknemers. NVLT was overigens een categorale vakbond omdat hij slechts opkomt voor de belangen van technici en ook alleen technici lid kunnen worden van NVLT. Van de 600 werknemers voor wie de cao geldt, zijn ongeveer 150 werknemers als technici werkzaam. Wanneer alle vakbonden mee zouden onderhandelen over de cao, dan zouden de vakbonden 33% van de werknemers vertegenwoordigen. Zonder FNV zou dit percentage ongeveer 20% zijn. De Kantonrechter Haarlem overwoog dat vakbond NVLT als categorale vakbond die ongeveer de helft van de technici organiseert, niet als representatieve vakbond voor (al) het grondpersoneel kan worden aangemerkt. Deze overweging komt overeen met de overweging van het Gerechtshof Amsterdam uit 2010 in de zaak waarin NVLT toelating tot het cao-overleg bij CHC vorderde. Zonder NVLT vertegenwoordigden CNV en De Unie minder dan 10% van de werknemers die onder de cao vielen en dat vond de Kantonrechter Haarlem onvoldoende representatief.

6.4.4 *Oud recht: Aanbeveling 3.7⁷¹ en Bulut/Troost*

De oude aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bepaalden (zoals besproken in paragraaf 3.5.2.1 en 6.2) in aanbeveling 3.7 dat de kantonrechter in ontbindingsprocedures wat de vergoeding betreft, in beginsel een sociaal plan volgt, mits dat plan is overeengekomen met tot de cao onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties. Uit het arrest Bulut/Troost volgt dat deze aanbeveling reflexwerking had bij het vaststellen van de oude kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding.⁷²

In de toelichting bij aanbeveling 3.7 is opgemerkt dat de vraag of een sociaal plan is afgesloten door voldoende representatieve bonden beantwoord kan worden aan de hand van de criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld op het terrein van de toelating tot het cao-overleg. Uitgangspunt is daarbij – volgens de toelichting – dat (een) vakorganisatie(s)

71 Deze aanbeveling (voorheen 3.6) geldt sinds 1 januari 1997.

72 Sinds 1 juli 2005 is het ontslagvergoedingsrecht gewijzigd. Werknemers kunnen geen aanspraak meer maken op een ontbindingsvergoeding of een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Werknemers kunnen onder vigeur van het nieuwe recht aanspraak maken op een transitievergoeding (en eventueel een billijke vergoeding). Bij cao kan van de transitievergoeding worden afgeweken, in die zin dat wanneer in een cao een gelijkwaardige voorziening is opgenomen, dat een aan de cao gebonden werkgever de transitievergoeding dan niet verschuldigd is ten aanzien van aan de cao gebonden werknemers of wanneer toepasselijkheid van de cao anderszins is overeengekomen (zie hierover: *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 4, p. 9-10). Daarbij geldt niet als vereiste dat de cao met voldoende representatieve vakorganisaties is overeengekomen. Voldoende is dat de vakorganisatie die de cao afsluit minimaal twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid, leden heeft onder de groep werknemers waarvoor de cao gaat gelden, in de onderneming of bedrijfstak werkzaam is en zich statutair ten doel heeft gesteld de belangen van haar leden als werknemer te behartigen (zie paragraaf 3.5.2.7).

in ieder geval (evident) representatief beschouwd wordt (worden) in het geval zij respectievelijk bijna 25% en meer dan 20% van het personeel vertegenwoordigt (of bij meerdere vertegenwoordigen), of een aanzienlijk aantal leden telt binnen een bepaalde categorie en dat van andere organisaties (binnen die categorie) overtreft.

In 2004 oordeelde de Kantonrechter Heerenveen over een sociaal plan dat zonder FNV Bondgenoten maar met CNV Dienstenbond en De Unie tot stand was gekomen, dat FNV Bondgenoten weliswaar de grootste vakbond was, maar dat dit nog niet meebrengt dat het sociaal plan is afgesloten met onvoldoende representatieve vakorganisaties. Uit de uitspraak blijkt niet wat de organisatiegraad van de betrokken vakbonden was noch of CNV Dienstenbond en De Unie waren toegelaten tot de reguliere cao-onderhandelingen.⁷³

De Kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2006 over FNV Kiem, die als werknemersorganisatie partij was bij een sociaal plan, dat zij niet als een representatieve vakorganisatie kon worden aangemerkt. FNV Kiem vertegenwoordigde slechts 4 van de 150 werknemers op wie het sociaal plan betrekking had. Daarbij kwam dat FNV Kiem een qua beroep slechts selectief deel van de werknemers vertegenwoordigde en geen affiniteit had met de overige werknemers, hetgeen kan leiden tot selectieve belangenbehartiging. De kantonrechter overwoog dat toch ten minste 20% van de werknemers vertegenwoordigd diende te zijn. De 20% kan bestaan uit de leden bij de onderneming werkzaam of kan berusten op een mandaat van een zodanig aantal van de werknemers van de betrokken onderneming gegeven voorafgaande aan de onderhandelingen.⁷⁴

De Kantonrechter Haarlem oordeelde in 2007 dat een met FNV Bondgenoten afgesloten sociaal plan niet gevolgd hoefde te worden. Hoewel FNV Bondgenoten een tot de cao-onderhandelingen toegelaten vakbond was, achtte de kantonrechter doorslaggevend dat niet kon worden vastgesteld dat FNV Bondgenoten meer dan 20% van de werknemers vertegenwoordigde. Volgens de kantonrechter kon niet worden gezegd dat FNV representatief was voor alle werknemers die onder het sociaal plan vielen. Daar kwam bij dat het plan ook niet breed werd gedragen.⁷⁵ Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde over ditzelfde sociaal plan en de betrokkenheid van FNV Bondgenoten, dat niet gezegd kan worden dat aan het sociaal plan geen betekenis toekomt. Het hof overwoog het volgende: 'FNV Bondgenoten is een te goeder naam en faam bekend staande vakorganisatie. Appellant heeft niet gesteld dat de genoemde vakbond niet kan worden geacht de belangen van de betrokken werknemers op behoorlijke wijze te behartigen, terwijl deze vakbond als onderhandelingspartner over het sociaal plan nu juist de instemming had van de ondernemingsraad.'⁷⁶

Opvallend is de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht uit 2012. De kantonrechter overwoog dat aanbeveling 3.7 niet meebrengt dat onderzocht moet worden of FNV Bondgenoten wel een voldoende grote representativiteit vertegenwoordigt, uitgedrukt in percentages. Volgens de kantonrechter is een discussie over de representativiteit van FNV niet relevant, nu immers de legitimiteit bij de totstandkoming van een sociaal plan als bedoeld in

73 Ktr. Heerenveen 2 september 2004, *JIN* 2004/10.

74 Ktr. Amsterdam 28 februari 2006, *JAR* 2006/87.

75 Ktr. Haarlem 9 oktober 2006, *RAR* 2007/9.

76 Gerechtshof Amsterdam 5 juni 2008, *JIN* 2008/689.

art. 3 WMCO of anderszins ligt in de bijzondere aard van de vakbond, zoals opgenomen in het vereiste van art. 3 lid 4 WMCO dat een vakbond een belanghebbende vereniging moet zijn (zie paragraaf 3.5.2.5 over de eisen die de WMCO in dit kader stelt). Ten slotte vond de kantonrechter relevant dat aannemelijk is gemaakt dat andere bonden dan FNV Bondgenoten niet mee wilden onderhandelen.⁷⁷

De laatste uitspraak die ik in dit kader bespreek is van de Kantonrechter Heerlen uit 2005. Onder verwijzing naar het arrest Bulut/Troost stelde de kantonrechter voorop dat de Hoge Raad niet duidelijk heeft gemaakt wat dient te worden verstaan onder 'representatieve vakbond'. Hoewel de kantonrechter gelijk heeft dat in de overwegingen van de Hoge Raad geen verwijzing is te vinden naar hetgeen de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters hierover opmerken, miskent de kantonrechter naar mijn mening dat er geen misverstand over kan bestaan dat de Hoge Raad met het begrip 'voldoende representativiteit' in combinatie met het sociaal plan aansluiting heeft gezocht bij voornoemde aanbevelingen. Daarvoor is nog meer reden in het licht van de conclusie van de A-G voor dit arrest, waarin de A-G expliciet verwijst naar de aanbevelingen. Hoe dan ook, de Kantonrechter Heerlen heeft een eigen invulling gegeven aan het begrip voldoende representativiteit. De kantonrechter heeft vooropgesteld dat aan de eis van representativiteit voldaan moet worden teneinde te rechtvaardigen dat de rechtspositie van de ongebonden werknemer tegen zijn wil door het sociaal plan beïnvloed wordt. Dat FNV (een nadere specificering van de betrokken vakbond ontbreekt in het vonnis), de vakbond die het sociaal plan had afgesloten, minder dan 20% van de werknemers vertegenwoordigde, kon volgens de Kantonrechter Heerlen evenwel niet het oordeel dragen dat aan het vereiste van representativiteit niet was voldaan. Volgens de kantonrechter gaat het immers bij de representativiteits in dit verband immers niet zozeer om de representativiteit van de vakbond maar van het sociaal plan. De kantonrechter heeft vervolgens verwezen naar de wijze waarop tot verbindendverklaring wordt gekomen (zie hierover paragraaf 3.5.2.4 en hoofdstuk 7). De draagvlakbenadering die bij verbindendverklaring tot uitgangspunt wordt genomen zou volgens de kantonrechter ook kunnen worden gehanteerd bij de vraag of een sociaal plan de rechtspositie van een ongebonden werknemer tegen zijn wil kan beïnvloeden, met dien verstande dat bij het sociaal plan alleen op daadwerkelijke en niet veronderstelde toepasselijkheid dient te worden gelet. In casu bleek dat 41 van de 43 werknemers die onder de werkingssfeer van het sociaal plan vielen, akkoord waren gegaan met het plan. Gelet op die overwegende meerderheid achtte de kantonrechter het gerechtvaardigd dat ook de rechtspositie van de twee overige werknemers door dit plan beïnvloed werd.⁷⁸ Volgens de kantonrechter was er kennelijk voldoende *audience* (zie hoofdstuk 3) voor het sociaal plan.

Draagvlakbenadering

De draagvlakbenadering die de Kantonrechter Heerlen in de hiervoor besproken zaak tot uitgangspunt nam, is gedeeltelijk terug te vinden in de nog eerder in deze paragraaf besproken uitspraak van de Kantonrechter Haarlem uit 2007. De kantonrechter gebruikte de draagvlakbenadering niet als hoofdargument, maar als ondersteunend argument en niet om het sociaal plan te volgen, maar om juist tot een tegenovergestelde conclusie te komen.

⁷⁷ Ktr. Utrecht 3 januari 2012, RAR 2012/48.

⁷⁸ Ktr. Heerlen 12 januari 2005, RAR 2005/34.

De kantonrechter stelde voorop dat FNV niet representatief was en daarbij kwam dat het plan niet breed werd gedragen. Bij de draagvlakbenadering komt het in feite neer op de beoordeling van wat de Fransen voldoende *audience* noemen (zie hoofdstuk 3). Onderzoek naar draagvlak van een cao is in het Nederlandse cao-recht overigens geen wezensvreemde figuur, nu dit bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen al plaatsvindt. Zoals ik in hoofdstuk 3 besprak gaat het daarbij thans evenwel slechts om het draagvlak van een cao aan werkgeverszijde.

In de lagere rechtspraak lijkt de draagvlakbenadering evenwel op weinig steun te kunnen rekenen. Door de Kantonrechter Amsterdam werd in een uitspraak uit 2006 de draagvlakbenadering verworpen. De kantonrechter overwoog dat indien een bond of bonden tezamen onvoldoende representatief zijn gebleken (op basis van organisatiegraad), een werknemer niet alsnog aan het sociaal plan gebonden kan raken, zodra een meerderheid van de getroffen werknemers met toepassing van het plan op hun ontslag akkoord gaan. Dat zou betekenen dat een werknemer die weigert een op voorhand niet-representatief plan te aanvaarden, door het handelen van zijn collega's gedwongen wordt met dat plan in te stemmen en dat uitgangspunt kan volgens de kantonrechter niet worden aanvaard.⁷⁹

In 2013 trachtte werkgever Interwerk (eenzijdig) wijziging te brengen in het loon van werknemers wegens bedrijfseconomische redenen. Het betrof een loonsverlaging van 10% waarmee niet alleen de ondernemingsraad had ingestemd maar ook 69% van de werknemers (bonden waren niet betrokken). Niettemin accepteerde de Kantonrechter Zutphen deze eenzijdige loonsverlaging niet.⁸⁰ Dat 69% van de werknemers had ingestemd met het voorstel bracht volgens de kantonrechter niet mee dat de rechtspositie van werknemers die niet had ingestemd daardoor diende te worden beïnvloed. Dat er door de weigering van een deel van het personeel een ongewenste tweedeling zou ontstaan kon Interwerk niet baten, omdat die tweedeling in haar eigen risico lag door het voorstel voor accordering voor te leggen. Ook de instemming van de ondernemingsraad legde weinig gewicht in de schaal omdat de ondernemingsraad in beginsel geen advies- of instemmingsrecht heeft ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. Vogel heeft zich in zijn noot bij deze uitspraak terecht afgevraagd wat de kantonrechter geoordeeld zou hebben als 98% van de werknemers had ingestemd. Zijn voorzichtige conclusie is dat de wijziging dan weleens in stand was gebleven. Het element acceptatie door anderen kan volgens Vogel doorslaggevend zijn bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden.⁸¹ In een uitspraak uit 2018 over de eenzijdige wijziging van een pensioenregeling bij werkgever IFF, verbond de Kantonrechter Almere aan de instemming van 96% (928 van de 972) van de werknemers met een instemming van een wijziging van de pensioenregeling evenwel niet het gevolg dat de wijziging ook diende te gelden voor de 4% die zich tegen de wijziging had verzet. Opmerkelijk in deze zaak was overigens dat zowel FNV Bondgenoten, CNV Vakmensen en de ondernemingsraad met de wijziging van de pensioenregeling hadden ingestemd.⁸²

79 Ktr. Amsterdam 28 februari 2006, *JAR* 2006/87.

80 Ktr. Zutphen 27 maart 2013, *JAR* 2013/116.

81 Noot M.P. Vogel bij Ktr. Zutphen 27 maart 2013, *JAR* 2013/116.

82 Ktr. Almere 10 januari 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:62*. Zie ook: Ktr. 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, *AR* 2018-0278 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:685*.

6.4.5 *Overzicht gezichtspunten rechtspraak*

Uit de rechtspraak volgt dat de statutaire doelstelling van een vakbond in relatie tot de werkingssfeer van de cao een belangrijk aspect is bij de beoordeling van de mate waarin een vakbond representatief is. Een vakbond die opkomt voor de belangen van vliegers kan niet representatief zijn voor grondpersoneel en voor deze groep werknemers kan de vakbond dan ook geen cao aangaan. Een ander aspect van dit zogenoemde statutaire representativiteitscriterium is, dat categorale vakbonden, dat wil zeggen vakbonden die slechts opkomen voor de belangen van een specifieke groep werknemers, in het cao-overleg niet snel representatief worden geacht zodra een cao weliswaar ziet op deze specifieke groep werknemers, maar daarnaast betrekking heeft op andere groepen werknemers. Een categorale vakbond kan dus heel representatief zijn voor de groep werknemers wier belangen hij beoogt te behartigen maar kan tegelijkertijd in het cao-overleg als onvoldoende representatief worden beoordeeld. Of van dat laatste sprake is, is mede afhankelijk van de omvang van de verschillende betrokken werknemersbelangen (hoeveel groepen werknemers zijn er?), de verhouding tussen de verschillende werknemersbelangen, de absolute organisatiegraad van de categorale bond en de organisatiegraad van de andere bij het overleg betrokken vakbonden en hun doelstellingen.

Uit de rechtspraak over representativiteitseisen van vakbonden in het kader van de toelating tot het cao-overleg of algemene gelding van de cao, komt verder het beeld naar voren dat de absolute organisatiegraad en de organisatiegraad van een vakbond ten opzichte van andere betrokken vakbonden (relatieve organisatiegraad) doorslaggevende criteria zijn op basis waarvan de representativiteit van een vakbond wordt beoordeeld. Een vakbond met een lage organisatiegraad wordt niet snel representatief geacht. Duidelijke grenzen worden daarbij echter niet gesteld. Een organisatiegraad van 20% is veelal voldoende om als representatief te kwalificeren, ongeacht de organisatiegraad van andere vakbonden. Dit sluit ook aan bij de toelichting bij aanbeveling 3.7 van de oude aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Wanneer de absolute organisatiegraad onder de 20% ligt, hangt het veelal van de organisatiegraad van andere vakbonden af of een vakbond niettemin als representatief kwalificeert. Zelfs een percentage van 15% kan onvoldoende zijn wanneer een andere betrokken vakbond een hele hoge organisatiegraad heeft. Voorts verdient opmerking dat ook meerdere vakbonden tezamen kunnen kwalificeren als representatieve woordvoerder van de groep werknemers die zij gezamenlijk beogen te vertegenwoordigen.

Voorts is in de lagere rechtspraak wat de beoordeling van de representativiteit van een vakbond betreft naast de absolute en relatieve organisatiegraad (en de spreiding van het ledenbestand) verwezen naar de door de SER in dit kader geformuleerde gezichtspunten. Dat zijn: de bestendigheid van een vakbond en de organisatievorm, de inspraak van leden op de besluitvorming, de onafhankelijkheid en financiële draagkracht. Voorts verwees de Kantonrechter Utrecht naar de criteria die in de Wmco zijn opgenomen. Dit zijn: in hoeverre een vakbond in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt, krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen, als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is, ten minste twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid en als zodanig aan de werkgever bekend is.

Tot slot verdient de draagvlakbenadering bijzondere aandacht. Deze benadering brengt mee dat de mate van representativiteit van een vakbond mede kan worden bepaald op basis van de mate waarin het resultaat dat deze vakbond tot stand brengt breed gedragen wordt. Daarbij gaat het dan eigenlijk niet meer over de representativiteit van de vakbond maar over de representativiteit van de cao. In paragraaf 3.6 besprak ik dat in het SER-advies over de verbreding van het draagvlak van cao-afsprakensteun kan worden gevonden voor het belang van draagvlak als element bij de beoordeling van de representativiteit van organisaties. De SER heeft in zijn advies immers benadrukt dat vakbonden hun legitimiteit (lees: de bevoegdheid namens en voor werknemers arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen) naast ledental ontleen aan de maatschappelijke acceptatie en het vertrouwen dat zij genieten. Daarvoor is de waardering van de cao-afspraken van groot belang. Als het resultaat van het cao-overleg op een groot draagvlak kan rekenen, zijn de onderhandelende organisaties er kennelijk in geslaagd voldoende rekening te houden met de verschillende betrokken belangen. Het draagvlak van cao-afspraken is daarmee een indicatie dat de onderhandelende organisaties kunnen worden aangemerkt als betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder(s) van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen. De draagvlakbenadering als criterium voor de beoordeling van de representativiteit van een vakbond verdient nog een aantal opmerkingen. In de eerste plaats is deze benadering in de rechtspraak niet onbetwist. In de tweede plaats is bij de draagvlakbenadering (net als bij de organisatiegraad) vooraf niet goed te zeggen bij welk percentage van de betrokken werknemers het resultaat op een voldoende draagvlak kan rekenen om te kwalificeren als voldoende representatief. Relevant daarbij is met name de mate waarin het draagvlak gespreid is over de verschillende groepen werknemers. Bij een homogene groep werknemers kan aansluiting worden gezocht bij het meerderheidsvereiste van het Toetsingskader AVV (waarop de draagvlakbenadering lijkt) en dan volstaat in beginsel een percentage van 60%. Wanneer de groep werknemers waarop de cao betrekking heeft heel verschillend qua samenstelling is, dan dient het draagvlak voldoende gespreid te zijn over al deze groepen en kan dus ook een hoger of misschien zelfs lager percentage volstaan. In de laatste plaats verdient opmerking dat wanneer de draagvlakbenadering in de rechtspraak als criterium wordt gebruikt bij de beoordeling van de representativiteit, dat het dan veelal als aanvullend criterium wordt gebruikt, omdat op basis van andere criteria, zoals de absolute organisatiegraad, niet kan worden vastgesteld dat een vakbond representatief is.

6.5 Samenvatting en afsluiting van hoofdstukken 4, 5 en 6

In hoofdstuk 4 besprak ik de contractuele grondslag van de Wet Cao en het onderscheid tussen leden en niet-leden bij de binding aan een cao. Uitgangspunt van de wet is dat alleen werknemers die lid zijn van een vakbond aan een cao gebonden kunnen worden. Niet of anders-georganiseerden kunnen niet van rechtswege aan een cao worden gebonden worden (behoudens in geval van verbindendverklaring, waarover meer in het volgende hoofdstuk). Vanwege het privaatrechtelijke karakter van de cao en de omstandigheid dat alleen leden aan een cao gebonden zijn, achtte de wetgever het opnemen van wettelijke representativiteitseisen niet nodig. De vakbond vertegenwoordigt de belangen van zijn leden in het cao-overleg en kan ook alleen zijn leden binden. Niet-leden worden juridisch niet vertegenwoordigd en blijven ook buiten de werking van de cao.

De verschillende doelen die met collectief overleg worden nagestreefd en de verschillende functies van collectief overleg (zie hoofdstuk 1) brengen een ruime werking van de cao mee en in de praktijk blijkt de werking van de cao ook niet beperkt tot alleen de arbeidsverhoudingen van aan cao gebonden werknemers (in dienst van gebonden werkgevers). De cao strekt zich veelal uit tot alle arbeidsverhoudingen die onder de werkingssfeer van een cao vallen. Of een cao een arbeidsverhouding gaat beheersen wordt in de praktijk dus niet zozeer bepaald door het lidmaatschap van een vakbond, maar door de werkingssfeer van de cao, die in de regel niet beperkt is tot arbeidsverhoudingen van leden. De ruime toepasselijkheid van cao's in de praktijk wordt nog versterkt doordat de wet aan de cao gebonden werkgevers verplicht de cao ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten die zij aangaan met ongebonden werknemers. Vanwege deze ruime werking van de cao komt de vraag op in hoeverre het ontbreken van wettelijke representativiteitseisen gerechtvaardigd is.

In hoofdstuk 5 besprak ik dat aan de ruime werking van de cao juridisch ten grondslag ligt dat aan de cao gebonden werkgevers met ongebonden werknemers overeenstemming hebben bereikt over de toepasselijkheid van de cao. Vanuit het perspectief van individuele belangenbehartiging kan daarmee worden gerechtvaardigd dat in de wet geen nadere eisen aan vakbonden worden gesteld. Een werknemer die in vrijheid en goed geïnformeerd instemt met de toepasselijkheid van een cao, is kennelijk van mening dat in het cao-overleg met zijn belangen voldoende rekening is gehouden en nadere eisen aan vakbonden hoeven dan niet te worden gesteld. Als een vakbond de belangen van ongebonden werknemers niet goed behartigt, kan het gevolg daarvan zijn dat ongebonden werknemers niet instemmen met de toepasselijkheid van de cao. De theoretische mogelijkheid dat ongebonden werknemers de toepasselijkheid van een cao verwerpen, kan voor sociale partners een aansporing zijn in het cao-overleg ook met de belangen van ongebonden werknemers rekening te houden. Als de toepasselijkheid van een cao immers op grote schaal wordt verworpen, worden de doelen van de cao (arbeidsrust, kostenverlagingen, etc.) onvoldoende verwezenlijkt en komen de verschillende functies van de cao onvoldoende tot hun recht.

De werknemersinstemming is daarmee in theorie een belangrijke waarborg dat in het cao-overleg ook met de belangen van ongebonden werknemers rekening wordt gehouden. Een aan deze waarborg klevend bezwaar is dat de arbeidsovereenkomst een adhesiecontract is en dat ongebonden werknemers *de iure* wel de vrijheid hebben de toepasselijkheid van een cao te verwerpen, maar dat die vrijheid *de facto* niet of nauwelijks bestaat. Het is de werkgever die (in de meeste gevallen) bepaalt tegen welke arbeidsvoorwaarden arbeid wordt verricht.

In de praktijk wordt op grote schaal gebruik gemaakt van dynamische incorporatiebedingen. Het gebruik van deze bedingen brengt mee dat werknemers die hebben ingestemd met zo'n beding, in beginsel gebonden zijn aan de normatieve bepalingen van nieuwe cao's, zelfs wanneer zij van mening zijn dat bij de totstandkoming van de nieuwe cao met hun individuele belang onvoldoende rekening is gehouden. Dat op grote schaal gebruik wordt gemaakt van incorporatiebedingen voorkomt dat werknemers zich op enig moment kunnen verzetten tegen de toepasselijkheid van een cao (wanneer die bijvoorbeeld verslechtingen meebrengt of wanneer een bepaalde groep werknemers van mening is

dat hun belangen ten onrechte hebben moeten wijken voor de belangen van een andere groep) en draagt derhalve bij aan een ruime werking van de cao, wat op zichzelf functioneel is. Tegelijkertijd brengt het gebruik van dynamisch incorporatiebedingen evenwel mee dat de werknemersinstemming als juridische grondslag van de ruime werking van cao's aan betekenis inboet. Werknemersinstemming is al een fictie en wordt dat nog meer voor zover die instemming ook betrekking heeft op regelingen waarvan het bestaan nog niet bekend is. De werknemersinstemming als waarborg dat met de belangen van ongebonden werknemers rekening wordt gehouden bij gebreke van wettelijke representativiteitseisen, volstaat daarmee in elk geval niet of onvoldoende. Daarbij verdient nog opmerking dat via het cao-recht de rechtspositie van werknemers eenvoudig kan worden verslechterd en bij cao kan worden afgeweken van belangrijke wettelijke bescherming.

In het licht hiervan is te verklaren dat de mate waarin een vakbond (of cao) representatief is, een rol speelt in de rechtspraak met betrekking tot de toelating tot het cao-overleg en de ruime werking van de cao. De werknemersinstemming als waarborg voor een behoorlijke belangenbehartiging van alle bij de cao betrokken werknemers volstaat immers niet. Uit de rechtspraak volgt in de eerste plaats dat een vakbond geen cao kan aangaan voor een groep werknemers wier belangen hij niet beoogt te vertegenwoordigen. Hoewel dit vereiste in zeker mate waarborgt dat een cao wordt gesloten over hoofden en met uitsluiting van werknemers van wie op grond van de statuten van een vakbond de vertegenwoordiging niet beoogd is, is aan dit vereiste door vakbonden eenvoudig te voldoen door in de statuten een ruime doelomschrijving op te nemen. In de tweede plaats speelt de representativiteit van vakbonden een rol bij de toelating tot het cao-overleg. Uitgangspunt van het cao-stelsel is dat cao-partijen zelf beslissen waarover en met wie zij onderhandelen. Dit uitgangspunt lijdt – kort gezegd – uitzondering wanneer een vakbond niet wordt toegelaten tot het cao-overleg die een groot aantal werknemers in de branche vertegenwoordigt en representatiever is dan andere vakbonden die wel worden toegelaten tot het cao-overleg. Hoewel de rechtspraak op dit punt met name waarborgt dat georganiseerde werknemers kunnen participeren in het cao-overleg, brengt dit ook mee dat in beginsel met de meest representatieve vakbonden wordt onderhandeld over een cao. Hoewel in het cao-recht aldus is gewaarborgd dat over een cao veelal wordt onderhandeld met representatieve vakbonden, is dit geen garantie dat een cao ook daadwerkelijk met een representatieve vakbond tot stand komt. Het cao-recht kent immers geen verplichting om cao's aan te gaan of een cao aan te gaan met een representatieve vakbond. Uit de rechtspraak volgt echter dat wanneer een cao wordt gesloten met een vakbond die onvoldoende representatief is, dit aanleiding kan zijn om een initiële afspraak over de toepasselijkheid van een cao in de arbeidsovereenkomst (lees: een dynamisch incorporatiebeding) kritisch te bezien. Dit kan ertoe leiden dat soms een hele cao toepassing mist via de uitleg van het incorporatiebeding en dat soms een enkele cao-bepaling toepassing mist via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Aan beide routes kleven echter bezwaren. Het aanbrengen van beperkingen via de weg van de redelijkheid en billijkheid brengt mee dat ongebonden werknemers aan *cherry picking* kunnen doen en dat is niet wenselijk. De uitlegroute is om meerdere redenen discutabel en bovendien kwetsbaar omdat werkgevers incorporatiebedingen zodanig kunnen vormgeven dat contractueel wordt uitgesloten dat de representativiteit van een vakbond er toe doet bij de toepasselijkheid van een

nieuwe cao. De huidige juridische vormgeving van het cao-recht staat aldus toe (of bevat onvoldoende beschermingsmechanismen) dat een cao die met een niet-representatieve vakbond wordt gesloten een algemene gelding krijgt. Dit is naar mijn mening niet wenselijk en het ontbreken van een (wettelijke) representativiteitstoets in de juridische vormgeving van het cao-recht is daarom niet goed te rechtvaardigen. Hoe zo'n toets eruit zou kunnen zien bespreek ik in hoofdstuk 9.

Ik sluit dit hoofdstuk af met een aantal opmerkingen over de wijze waarop de representativiteit van een vakbond in de rechtspraak wordt beoordeeld. In hoofdstuk 3 besprak ik dat in de wet- en regelgeving verschillende gezichtspunten worden gehanteerd bij de beoordeling van de representativiteit van een vakbond. Al die verschillende gezichtspunten blijken ook in de rechtspraak een rol te spelen. De nadruk lijkt in de rechtspraak evenwel te liggen op de doelomschrijving van de vakbond in relatie tot de werkingssfeer van de cao, in combinatie met de absolute en relatieve organisatiegraad. In de rechtspraak wordt verschillend geoordeeld over het belang van draagvlak van een cao (of collectieve regeling) bij de beoordeling van de mate van representativiteit.

HOOFDSTUK 7

De verbindendverklaring van cao-bepalingen

7.1 Inleiding

Naast de in hoofdstuk 5 besproken contractuele uitbreiding van de cao, draagt ook de verbindendverklaring van cao-bepalingen bij aan een ruimere werking van de cao. Een besluit tot verbindendverklaring is een daad van materiële wetgeving en brengt mee dat de verbindend verklaarde cao-bepalingen ook gaan gelden voor ongebonden werkgevers en ongebonden werknemers. In Nederland worden jaarlijks ongeveer 700 cao's afgesloten die gelden voor ongeveer zes miljoen werknemers (zie tabel 1, maar ook hoofdstuk 3).¹ Dit wil zeggen dat ongeveer 80-85% van het totale aantal werknemers onder de werking van een cao valt. Van dit deel valt ongeveer 90% van de werknemers onder een bedrijfstak-cao, waaruit volgt dat de bedrijfstak-cao's voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen veel belangrijker zijn dan ondernemings-cao's. Van deze 90% wordt slechts 10% van de werknemers onder de werking van een cao gebracht door de verbindendverklaring. Voor het grootste deel van de werknemers is een (bedrijfstak-)cao dus al van toepassing door middel van een partijafpraak. In die zin lijkt voor het regelingsbereik van cao's de verbindendverklaring van minder belang dan de in hoofdstuk 5 besproken contractuele binding.

Figuur 13

	Aantal reguliere cao's ²	Aantal werknemers
Ondernemings-cao's	480	0,5 miljoen
Bedrijfstak-cao's	179	4,2 miljoen rechtstreeks en 0,8 miljoen door avv
Totaal	659	5,5 miljoen

Bron: rapportage cao-afspraken 2016

Wanneer alleen oog voor deze getallen bestaat, zou het belang van de verbindendverklaring kunnen worden gerelativeerd. Slechts voor een minderheid van de bedrijfstak is de verbindendverklaring immers van betekenis. Voor de meerderheid geldt de cao al via binding door lidmaatschap of door binding via een afspraak daarover. Bij de huidige (hoge) organisatiegraad van werkgevers is de conclusie gerechtvaardigd dat de verbindendverklaring meer een vervolmakend karakter van de werkingsfeer van de cao heeft

¹ Zie ook draagvlak van de cao, p. 121.

² Expiratiedatum op of na 31 december 2015 en aangemeld.

dan dat zij tot een forse uitbreiding ervan leidt.³ Alleen een getalsmatige benadering van de verbindendverklaring doet het instrument echter tekort. De verbindendverklaring heeft namelijk niet alleen directe gevolgen voor het regelingsbereik van cao's, maar heeft ook invloed op het afsluiten van cao's, de vorm van het cao-overleg en de inhoud van cao's. De mogelijkheid van verbindendverklaring stimuleert net als de incorporatie van cao's, dat cao's worden gesloten. Daarnaast brengt de mogelijkheid tot verbindendverklaring mee dat het cao-overleg in belangrijke mate op bedrijfstakniveau plaatsvindt en dat in cao's andere onderwerpen worden geregeld dan materiële arbeidsvoorwaarden, zoals scholing en duurzame inzetbaarheid, waarmee veelal collectieve bedrijfsbelangen worden gediend. De verbindendverklaring van cao-bepalingen is, kortom, een belangrijk onderdeel van het huidige cao-systeem en de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en verdient derhalve aandacht.

7.2 Juridisch kader

7.2.1 *Totstandkomingsgeschiedenis Wet Avv: doelen en bezwaren*

Uit de wetgeschiedenis volgt dat met de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet Avv) drie doelen werden nagestreefd. Met de verbindendverklaring van cao-bepalingen wilde de minister in de eerste plaats de waarde van de cao voor het bedrijfsleven behouden. De minister wees erop dat cao's rust en orde hadden gebracht. Werkgevers kunnen door cao's betere prijsberekeningen maken op basis van arbeidsvoorwaarden die ook door concurrenten in acht dienen te worden genomen en tegelijkertijd is voor werknemers het niveau van de arbeidsvoorwaarden sterk verbeterd ten opzichte van de periode waarin op individueel niveau over arbeidsvoorwaarden werd onderhandeld. Volgens de minister zouden deze voordelen goeddeels verdwijnen wanneer werkgevers de keuzevrijheid hebben, ook wanneer een cao voor de grote meerderheid van de bedrijfstak geldt, buiten de werking van de cao te blijven. Werkgevers die buiten de werking van een cao bleven kunnen immers tegen slechtere arbeidsvoorwaarden werk aanbieden dan georganiseerde werkgevers en hun daardoor scherpe concurrentie aandoen. Deze scherpe concurrentie zou er vervolgens toe kunnen leiden dat werkgevers die eerst georganiseerd waren, hun lidmaatschap opzeggen om hun vrijheid op het terrein van de onderhandeling over arbeidsvoorwaarden te herkrijgen. Als meer werkgevers zich zouden onttrekken aan de organisatie zou het vervolgens steeds moeilijker worden nieuwe cao's aan te gaan. Met de verbindendverklaring zou de waarde van de cao voor het bedrijfsleven (werkgevers en werknemers) aldus behouden blijven.⁴

Het tweede doel van de verbindendverklaring hield verband met de wijze waarop door het georganiseerde bedrijfsleven in de praktijk werd gereageerd op (scherpe) concurrentie op arbeidsvoorwaarden door ongeorganiseerden. Een van de manieren om die concurrentie tegen te gaan was het verplichte lidmaatschap dat meebracht dat georganiseerde werkgevers werden verplicht alleen georganiseerde werknemers in dienst te nemen en georganiseerde werknemers verplicht werden alleen bij georganiseerde werkgevers in dienst te treden

3 Zie ook: W.J.P.M. Fase, "De algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen opnieuw gewogen", SMA 1992, afl. 12, p. 707.

4 Kamerstukken II 1936/37, 274, 3, p. 3.

(zogenoemde *closed shop*-bepalingen). Dit systeem van verplicht lidmaatschap vond de minister onwenselijk.⁵ Door de verbindendverklaring werd het verplichte lidmaatschap overbodig.

Een laatste doel van de verbindendverklaring was volgens de minister dat het cao-overleg bevorderd zou worden, waardoor de arbeidsvoorwaarden in het bedrijf zoveel mogelijk door betrokken zelf zouden worden vastgesteld. Hoe meer wordt vastgesteld door betrokkenen zelf, des te meer kan ingrijpen door de wetgever afwezig blijven.⁶ In het huidige Toetsingskader AVV waarin nadere regels zijn gesteld ten aanzien van de verbindendverklaring worden de stimulering van het cao-overleg en de zelfregulering door sociale partners als voornaamste doelen van de verbindendverklaring genoemd.⁷

Bezwaren tegen de verbindendverklaring waren er ook. Enkele Tweede Kamerleden vreesden een verstarring van de economie als gevolg van de verbindendverklaring.⁸ Zij merkten op dat het Nederlandse bedrijfsleven zich snel aan de veranderde economische omstandigheden op de internationale markt zou moeten kunnen aanpassen en dat daartoe ook aanpassing van de arbeidsvoorwaarden nodig zou moeten zijn. De verbindendverklaring verhinderde dat te veel. Overigens richtte dit bezwaar zich niet alleen tegen de verbindendverklaring maar ook tegen de cao zelf. De minister merkte ten aanzien van dit bezwaar op dat het bedrijfsleven bij veranderingen van economische omstandigheden vaak niet direct overgaat tot een verlaging van arbeidsvoorwaarden, maar eerst via andere wegen tracht eventuele moeilijkheden het hoofd te bieden (lees: andere kostenbesparende maatregelen neemt).⁹ Daarbij kwam volgens de minister dat de verbindendverklaring veelal slechts van korte duur is. Al te belemmerend werkt de verbindendverklaring dus niet. Een ander argument tegen de verbindendverklaring was dat de mogelijkheid van verbindendverklaring een stap in de richting van grotere overheidsbemoeienis met betrekking tot de loonvorming zou zijn. Hiertegenover stelde de minister dat dit niet aan de orde was, omdat de verbindendverklaring juist meebracht dat een belangrijk gedeelte van de arbeidsvoorwaardenvorming aan het betrokken bedrijfsleven overgelaten zou worden. Weer een ander tegenargument hield verband met vrijheid van werkgevers zich niet te organiseren. Die vrijheid zou gerespecteerd moeten blijven. De minister erkende dat de individuele vrijheid een belangrijk 'rechtsgoed' is, maar stelde dat wanneer die vrijheid tot gevolg heeft dat het scheppen van behoorlijke verhoudingen tussen werkgevers en werknemers wordt belemmerd, die vrijheid plaats behoort te maken voor gebondenheid.¹⁰ De minister vond het gerechtvaardigd regelingen die door de grote meerderheid van een sector nodig worden geacht voor een goede werking van het bedrijfsleven of het scheppen van behoorlijke arbeidsvoorwaarden, ook aan de minderheid op te leggen, indien de vrijheid van de minderheid voornoemde belangen schaadt. "Kan het ongewenscht heeten, dat een minderheid door een meerderheid tot iets gedwongen wordt, nog ongewenschter zal het

5 Idem, p. 4.

6 Idem, p. 4.

7 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (AVV), paragraaf 1.

8 *Kamerstukken II 1936/37*, 274, 5, p. 15.

9 Idem, p. 15.

10 Idem, p. 16.

in de regel zijn, wanneer het omgekeerde geschiedt.”, aldus de minister.¹¹ De meerderheid van de Tweede Kamerleden was het eens met de minister van Sociale Zaken en in 1939 is de Wet Avv in werking getreden.

Samengevat: de doelen van de verbindendverklaring waren de bescherming van de cao en de stimulering van het cao-overleg alsmede zelfregulering door werkgevers en werknemers op het terrein van arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden, terwijl tegenstanders vooral wezen op economische verstarring, overheidsbemoeienis met de loonvorming en inbreuk op de individuele contractsvrijheid. Daar waar art. 14 Wet Cao verhindert dat aan werknemerszijde de cao wordt uitgehold, verhindert de verbindendverklaring dit aan werkgeverszijde.

7.2.2 Voorwaarden en grenzen

Alleen bepalingen van een cao als bedoeld in artikel 1 Wet Cao komen voor verbindendverklaring in aanmerking. In paragraaf 2.3 is reeds aan de orde gekomen dat blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad bij cao alle onderwerpen geregeld kunnen worden die liggen op het terrein waarop vakorganisaties elkaar kunnen ontmoeten in het kader van hun belangenbehartigende taak en verband houden met arbeidsvoorwaarden.¹² De grenzen van dit terrein worden aldus bepaald door de opvattingen van cao-partijen over hun belangenbehartigende taak, die in de loop van de tijd wijziging kunnen ondergaan.¹³ Kortom, alle onderwerpen die verband houden met arbeidsvoorwaarden kunnen kwalificeren als cao-bepaling en deze bepalingen komen in beginsel ook voor verbindendverklaring in aanmerking.¹⁴

In art. 2 lid 5 van de Wet Avv is een aantal cao-bepalingen van de verbindendverklaring uitgezonderd. Dit betreft onder andere bepalingen die een onderscheid teweegbrengen tussen leden en niet-leden, bepalingen die dwang uitoefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een vereniging aan te sluiten (*closed shop*-bepalingen) en bepalingen waarvan op decentraal niveau kan worden afgeweken. Ten aanzien van die laatste bepalingen bepaalt het Toetsingskader AVV meer concreet dat het daarbij gaat om cao-bepalingen die

11 Idem, p. 16.

12 Zie ook: Noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, AA 1978, p. 301; R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en fondsenbepalingen', SMA 1988, afl. 3, p. 205; E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek (boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeversbedrijf 1972, p. 1059; W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 23. Verhulp is van mening dat de Wet Cao a priori geen definitieve grenzen stelt aan de inhoud van een cao en stelt zich op het standpunt dat het in de praktijk vaak zo zal zijn dat naarmate onderwerpen die in het kader van de cao-onderhandelingen aan de orde worden gesteld, verder verwijderd raken van de kern van de cao, te weten arbeidsvoorwaardenbepalingen, er minder kans is dat partijen met betrekking tot die onderwerpen tot overeenstemming zullen komen in een cao. Praktisch leidt dit volgens Verhulp tot het gevolg dat de grenzen bepaald worden door de mogelijkheid voor onderhandelende partijen haar wensen tot regeling van een onderwerp in de cao door te zetten. Zie: Verhulp, *Arbeidsovereenkomst, losbladig*, Kluwer, artikel 1 Wet Cao, aant. 4.

13 Noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, AA 1978, p. 300.

14 Zie ook: *Advies inzake algemeen-verbindendverklaring (avv), de toepassing daarvan en de verruiming van de mogelijkheden tot avv* (advies van 16 oktober 1992, SER 92/14), Den Haag: SER 1992, p. 53 e.v.

aan het decentraal overleg (dat wil zeggen op ondernemingsniveau tussen ondernemer en vakbond of ondernemer en ondernemingsraad) ruimte laten voor nadere invulling van de cao of om af te wijken van de cao en waaraan (dat wil zeggen: de nadere invulling of afwijking) werkgevers en werknemers gebonden zijn.¹⁵ Er is geen beletsel voor verbindendverklaring indien aan decentrale afspraken geen bindende kracht toekomt of indien de decentralisatiebepaling in de cao slechts afwijkingen toelaat in de vorm van vooraf in de cao zelf opgenomen concrete alternatieven.¹⁶ Met het oog op de behoefte aan meer maatwerk, differentiatie en decentralisatie in het arbeidsvoorwaardenoverleg is het overigens de vraag of deze beperking nog in de rede ligt. Daarbij komt dat via overleg met de ondernemingsraad de werknemersbetrokkenheid aan het collectief overleg binnen een onderneming kan worden vergroot, hetgeen ten goede kan komen aan het draagvlak van collectieve regelingen en daarmee aan de waarde van het collectief overleg (zie daarover hoofdstuk 1). Ik kom in het volgende hoofdstuk op dit onderwerp terug.

Een cao-bepaling die voorschrijft dat in elke individuele arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen dat de cao van toepassing is, leent zich ook niet voor verbindendverklaring volgens het Toetsingskader AVV. Daardoor zouden immers ongebonden werkgevers en ongebonden werknemers ook onder het regime van de niet verbindend verklaarde cao-bepalingen kunnen worden gebracht.

De minister kan niet zelfstandig besluiten tot de verbindendverklaring van cao-bepalingen. Het verzoek tot verbindendverklaring dient schriftelijk te worden gedaan door een van de cao-partijen en het is dus, behoudens een verzoek tot verlenging van een verbindendverklaring, niet nodig dat alle cao-partijen gezamenlijk daartoe een verzoek doen. De duur van de verbindendverklaring is begrensd. Behoudens in geval van verlenging, geschiedt de verbindendverklaring voor ten hoogste twee jaar. Fondsbepalingen en cao-bepalingen omtrent een ontslagcommissie kunnen voor een langere periode, maximaal vijf jaar, verbindend worden verklaard. De verbindendverklaring kan overigens niet later eindigen dan het moment waarop de cao-bepaling op zijn vroegst kan eindigen en heeft geen terugwerkende kracht.

7.2.3 *Bedenkingen en weigeringsgronden*

Weigering van de verbindendverklaring is mogelijk indien daartoe gegronde redenen bestaan. In de parlementaire geschiedenis worden strijd met het algemeen belang en de benadeling van de rechtmatige belangen van derden genoemd als weigeringsgronden, maar deze gronden zijn niet limitatief.¹⁷ Wanneer sprake is van strijd met het algemeen belang is moeilijk op voorhand te zeggen. In het Toetsingskader AVV is hierover opgemerkt dat de minister de effecten van een bepaalde cao-afpraak of van een bepaald type cao-afspraken in het licht van de sociale en economische ontwikkeling als strijdig met het

15 In de wetsgeschiedenis is hierover bepaald dat cao-bepalingen zich niet lenen voor verbindendverklaring indien zij te veel overlaat aan uitvoeringsmaatregelen, *Kamerstukken II 1936/37, 274, 3, p. 4.*

16 Zie ook hoofdstuk 8 over de rol van de ondernemingsraad bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

17 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 3, p. 4.*

algemeen belang kan beoordelen. In de wetsgeschiedenis heeft de term 'algemeen belang' verschillende betekenissen. Soms wordt verwezen naar het algemeen welzijn¹⁸ en soms wordt het algemeen belang in verband gebracht met omstandigheden en ontwikkelingen van economische aard.¹⁹ Zalm verstaat onder het algemeen belang het regeringsbeleid²⁰, maar die betekenis is er in het Toetsingskader AVV niet aan gegeven. Anders gezegd, een inhoudelijke toetsing aan het regeringsbeleid vindt niet plaats. In paragraaf 7.6 kom ik terug op het algemeen belang en de rol van het regeringsbeleid bij de beslissing tot verbindendverklaring.

De verbindendverklaring van cao-bepalingen kan ook worden geweigerd indien de belangen van derden worden benadeeld. Bij de belangen van derden gaat het zowel om de belangen van werkgevers en werknemers die binnen de werkingssfeer van de cao vallen als om die van 'externe' derden, van wie de belangen als gevolg van de verbindendverklaring in het geding zijn. Zo weigert de minister op deze grond bijvoorbeeld de verbindendverklaring van cao's die qua werkingssfeer overlap vertonen. Cao-bepalingen die de markt afsluiten voor bonafide ondernemingen kunnen eveneens worden aangemerkt als bepalingen die de belangen van derden benadelen. Het gaat hierbij volgens het Toetsingskader AVV om bijvoorbeeld bepalingen over de exclusiviteit van arbodiensten, scholingsinstituten of uitzendorganisaties, maar ook om een verbod op of een te vergaande inperking van het inlenen van personeel. Fondsbepalingen komen slechts voor verbindendverklaring in aanmerking wanneer zij aan een aantal strikte vereisten voldoen.

Bedenkingen die verband houden met onvoldoende toegang tot het cao-overleg zijn geen grond om verbindendverklaring te weigeren. Hierover wordt in het Toetsingskader AVV opgemerkt dat het verloop van het cao-overleg primair een zaak van partijen is en dat belanghebbende organisaties zich tot de rechter kunnen wenden indien zij op onredelijke wijze door cao-partijen buiten het overleg worden gehouden. Zie over het recht op toelating tot het cao-overleg meer in paragrafen 6.3.3 en 6.4.2.

Een verzoek tot verbindendverklaring wordt eveneens geweigerd indien cao-bepalingen in strijd zijn met het recht. Daarbij kan worden gedacht aan bepalingen die inbreuk maken op het beginsel van gelijke behandeling of een inbreuk maken op de vrijheid van arbeidskeuze of de persoonlijke levenssfeer van een werknemer. Ook bepalingen die een inbreuk maken op de vrijheid van vereniging en collectieve actie komen volgens het Toetsingskader AVV niet voor verbindendverklaring in aanmerking. Het gaat dan concreet om bepalingen over verplicht cao-overleg dat zich beperkt tot vakbonden die partij zijn bij de cao en verplichtingen voor partijen tijdens de looptijd van de cao geen acties tegen elkaar te voeren. Dergelijke vredesplichtclausules kunnen niet aan anderen dan cao-partijen worden opgelegd.

18 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 4, p. 9.*

19 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 5, p. 15.*

20 G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992.

7.2.4 Rechtsgevolgen

Door het verbindend verklaren van cao-bepalingen worden werkgevers en werknemers die buiten de cao zijn gebleven alsnog aan cao-bepalingen gebonden. De verbindendverklaring heeft dus met name²¹ betekenis voor werkgevers die geen partij zijn bij een cao noch lid zijn van een werkgeversorganisatie die een cao is aangegaan, alsmede voor gebonden werknemers in dienst van ongebonden werkgevers en ongebonden werknemers.²² De verbindendverklaring heeft tot gevolg dat elk beding tussen werkgever en werknemer dat strijdig is met de verbindend verklaarde cao-bepalingen nietig is en vervangen wordt door de desbetreffende verbindend verklaarde cao-bepaling.²³ Bij gebreke van een beding in de arbeidsovereenkomst over een onderwerp dat een verbindend verklaarde cao-bepaling wel regelt, geldt dat de arbeidsovereenkomst wordt aangevuld door deze verbindend verklaarde cao-bepaling.²⁴ De rechtsgevolgen van de verbindendverklaring treden van rechtswege in. Het moge duidelijk zijn dat de verbindendverklaring daarmee de individuele contractsvrijheid beperkt.²⁵ De mate waarin de contractsvrijheid wordt beperkt, hangt overigens af van het karakter van de verbindend verklaarde cao-bepaling. Wanneer deze bepaling een standaardkarakter heeft, wordt door de verbindendverklaring de contractsvrijheid meer beperkt dan wanneer de cao-bepaling een minimumkarakter heeft. In het laatste geval behouden werkgever en werknemer immers de vrijheid voor de werknemer ten gunste van de verbindend verklaarde cao-bepaling af te wijken. Hoewel de rechtsgevolgen van de verbindendverklaring in sterke mate overeenkomen met de in artikel 12 en 13 Wet Cao geregelde rechtsgevolgen (zie meer hierover in hoofdstuk 4), zijn er ook belangrijke verschillen. Deze verschillen houden verband met het karakter van de verbindendverklaring. De verbindendverklaring geschiedt door de minister en is, anders dan een cao, een daad van materiële wetgeving.²⁶ Dat de inhoud van de verbindendverklaring niet door de minister zelf, maar door cao-partijen wordt bepaald, doet daaraan niet af. De minister heeft geen vrijheid ten aanzien van de inhoud van de verbindendverklaring.

Na afloop van de verbindendverklaring werken de verbindend verklaarde cao-bepalingen, anders dan gewone cao-bepalingen, in beginsel niet na. Dit is door de Hoge Raad

21 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 3, p. 5*: “de verbindendverklaring (geldt) niet alleen voor hen, die niet door de collectieve arbeidsovereenkomst gebonden zijn, maar ook voor hen, die zulks wel zijn. Dit is noodig, omdat de rechtstoestand van alle bedrijfsgenooten na de verbindendverklaring dezelfde behoort te zijn. Liet men de door het collectief contract gebonden buiten de verbindendverklaring vallen, dan zouden zij door wijziging of ontbinding der collectieve arbeidsovereenkomst in een andere positie komen dan de niet door die overeenkomst gebonden werkgevers en arbeiders. Ook ten aanzien van de rechtsvorderingen, die van de verbindendverklaring het gevolg kunnen zijn, behoort gelijkheid te bestaan tusschen beide categorieën van werkgevers en arbeiders.”

22 W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 95.

23 Artikel 3 lid 1 Wet Avv.

24 Artikel 3 lid 3 Wet Avv.

25 De inbreuk op de collectieve contractsvrijheid komt in paragraaf 7.3 aan de orde.

26 S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: D. Tjeenk Willink & Zoon NV 1939, p. 41; W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 96; HR 16 maart 1962, NJ 1963/22 (Een verbindend verklaarde cao-bepaling is een tot ieder gerichte algemene regeling gegeven door het daartoe bevoegde gezag en derhalve [...] een ‘wet’ in de zin van art 99 R.O.).

bepaald in het Hop/Hom-arrest.²⁷ Verbindend verklaarde cao-bepalingen worden geen onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst, maar liggen gedurende de looptijd van de verbindendverklaring net als een gewone wettelijke regeling, als een deken over de arbeidsovereenkomst. Wat de wederzijdse rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer zijn na afloop van de werking van de verbindendverklaring, hangt af van wat zij waren overeengekomen of alsnog overeenkomen.²⁸ In het verlengde hiervan overwoog de Hoge Raad in het arrest Bongers/KSB dat wat tussen werkgever en werknemer heeft te gelden tijdens tussenperiodes van elkaar opvolgende perioden van verbindendverklaring een kwestie van uitleg is. Bij die uitleg is van belang wat partijen over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen redelijkerwijs mochten afleiden.²⁹ Een nuancering op het Hop/Hom-arrest volgde in het arrest Beenen/Vanduho waarin de Hoge Raad oordeelde dat wanneer 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, het aldus verkregen recht niet aangetast wordt doordat in de loop van dat tijdvak de cao-bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.³⁰ Stein heeft in zijn noot onder het Beenen/Vanduho-arrest terecht opgemerkt dat het niet eenvoudig is vast te stellen wat onder een verkregen recht moet worden beschouwd. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de wenselijkheid van nawerking van verbindend verklaarde cao-bepalingen.³¹ Hoewel de discussie interessant is, behandel ik die in dit onderzoek niet verder omdat het voor dit onderzoek minder relevant is.

27 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/348 (Hop/Hom).

28 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/348 (Hop/Hom). Volgens Stege brengt de nietigheid van art. 3 Wet Avv mee dat alle bedingen die op het moment van de verbindendverklaring bestonden en die strijden met algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, van rechtswege ophouden te bestaan. Wat eenmaal nietig is, kan niet meer terugkomen. Zie: A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 287 e.v. Beltzer heeft daartegenover gesteld dat de nietigheid van art. 3 Wet Avv ziet op rechtshandelingen die strijden met de verbindend verklaarde cao-bepalingen, dat wil zeggen: het overeenkomen van strijdige bedingen of het uitvoering geven aan bestaande afspraken die strijden met de verbindend verklaarde cao-bepalingen. Deze bestaande bedingen zijn gedurende de periode van de verbindendverklaring ongeldig. Algemeenverbindendverklaring is altijd bedoeld als tijdelijke maatregel; het past volgens Beltzer dan niet de partijafpraak elk bestaansrecht te ontzeggen nadat de periode van verbindendverklaring ten einde is gekomen. Zie R.M. Beltzer, 'De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem', *ARBAC* 2010.

29 HR 2 april 1993, *NJ* 1993/612 (Bongers/KSB). Zie anders: Ktr. Lelystad 14 maart 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:1017*.

30 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994/420 (Beenen/Vanduho). Zie ook: HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154 (Luitjens/JB Groothandel in Vlees).

31 Tegenstanders van nawerking zijn W.J.P.M. Fase, *c.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 122 en 123; P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1956, p. 61 en R.M. Beltzer, 'De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem', *ARBAC* 2010. Verhulp pleit juist voor nawerking: E. Verhulp, 'Nawerking: het volle pond graag!', *ArbeidsRecht* 2002/52.

7.3 Collectieve contractsvrijheid en samenloopproblemen

7.3.1 Inleiding

Er zijn situaties denkbaar waarin meerdere cao's van toepassing kunnen zijn op één arbeidsverhouding. Twee cao's kunnen elkaar qua werkingssfeer overlappen, waardoor één arbeidsverhouding onder de werkingssfeer van beide cao's kan vallen, maar het is ook mogelijk dat op één arbeidsverhouding zowel een bedrijfstak-cao als een ondernemings-cao van toepassing is. Samenloopproblemen doen zich eveneens voor bij de overgang van een onderneming wanneer een verkrijger gebonden is aan een eigen branche- of ondernemings-cao en door de overgang gehouden wordt een voor de vervreemder geldende andere cao toe te passen. De samenloop van cao's brengt voor individuele werkgevers en werknemers in de praktijk rechtsonzekerheid mee, omdat niet altijd duidelijk is welke verplichting ten aanzien van een bepaald onderwerp op enig moment bestaat. Denk aan de betaling van premies aan een pensioen- of scholingsfonds, maar ook aan de hoogte van beloningen en allerhande toeslagen. In het huidige cao-stelsel zijn regels en uitgangspunten ontwikkeld die samenloop van cao's moeten voorkomen of beperken, doordat bijvoorbeeld aan een cao voorrang wordt verleend boven een andere cao of doordat geen verbindendverklaring van cao-bepalingen plaatsvindt. Een mechanisme van voorrangverlening is uitgangspunt bij de samenloop van cao's bij overgang van onderneming net als bij de samenloop van verbindend verklaarde cao-bepalingen van een branche-cao en een ondernemings-cao. In het laatste geval gaat – kort gezegd – de branche-cao voor op de ondernemings-cao, tenzij dispensatie is verleend. Als bepalingen van de branche-cao niet verbindend zijn verklaard, kan een werkgever samenloop voorkomen door het lidmaatschap van de werkgeversorganisatie op te zeggen (rekening houdend met opzegtermijnen) voordat hij een cao op ondernemingsniveau afsluit. Wanneer twee cao's elkaar qua werkingssfeer overlappen, hoeft dat in de praktijk niet tot problemen te leiden. Een werkgever die wel lid is van de werkgeversvereniging die de ene cao afsluit, maar niet lid is van de werkgeversvereniging die een andere cao afsluit, is wel gebonden aan de ene cao, maar niet aan de andere. Lastiger wordt het wanneer één werkgeversvereniging bij overlappende cao's partij is of wanneer van bepalingen van overlappende cao's de verbindendverklaring wordt verzocht. Indien cao's elkaar qua werkingssfeer overlappen, worden ter voorkoming van samenloopproblemen de bepalingen van overlappende cao's niet verbindend verklaard. In deze paragraaf bespreek ik twee situaties van samenloop: overlappende werkingssferen bij verbindendverklaring en de samenloop van een verbindend verklaarde branche-cao en een ondernemings-cao. Ik bespreek specifiek deze twee situaties omdat in de systematiek die uit het cao-stelsel volgt ter voorkoming van samenloopproblemen, de collectieve onderhandelingsvrijheid (direct of indirect) wordt ingeperkt en het in het kader van dit onderzoek interessant is te bezien of bij die inperking de representativiteit van de betrokken vakbonden een rol speelt.

Bij de overgang van een onderneming wordt de collectieve contractsvrijheid ook doorkruist, maar dit onderwerp laat ik buiten beschouwing. De voorrangverlening bij overgang van onderneming houdt immers veeleer verband met de doelstelling van de richtlijn omtrent de overgang van ondernemingen (welke doelstelling overigens is genuanceerd door

het Europese Hof³²) dat werknemers bij een overgang behouden wat zij hadden.³³ Dit uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan de systematiek die uit de richtlijn voortvloeit met betrekking tot de rechten en verplichtingen uit collectieve overeenkomsten. Mede met het oog op de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectieve onderhandelingen is in de richtlijn een voor collectieve overeenkomsten bijzonder regime opgenomen. Dit regime brengt mee dat een verkrijger weliswaar gehouden is de cao van de vervreemder na de overgang te handhaven, maar deze handhavingsverplichting is in de tijd beperkt. In de literatuur is overigens veel geschreven over de overgang van onderneming en collectieve overeenkomsten, waarnaar ik op deze plaats verwijs.³⁴

7.3.2 Overlappende werkingssfeer

De werkingssfeer van een cao wordt door cao-partijen zelf vormgegeven. Veelal wordt in de cao gespecificeerd op welke bedrijfsactiviteiten de cao betrekking heeft. Uit de toelichting op de Wet Avv volgt dat voor de toepasselijkheid van de verbindend verklaarde cao-bepalingen niet beslissend is voor welk bedrijf de cao geldt, maar of de werkzaamheden waarop de individuele arbeidsovereenkomsten betrekking hebben, naar hun aard onder de cao zouden vallen. Beperkt men de verbindendverklaring tot het bedrijf waarvoor de cao geldt, dan zou dit kunnen leiden tot uitsluiting van werkzaamheden in gemengde bedrijven die volgens de bepalingen van de cao daaronder vallen, aldus de toelichting.³⁵ In het *Iselmar*-arrest oordeelde de Hoge Raad – en dat oordeel is daarna in de rechtspraak gevolgd – dat indien binnen een onderneming activiteiten worden verricht die onder de omschrijving van verschillende cao's vallen, de werkgever in beginsel de cao moet toepassen op de werknemers die werkzaam zijn binnen de afdeling waarin de activiteiten, zoals door de betreffende cao omschreven, worden verricht.³⁶ De activiteiten die een onderneming verricht zijn dus doorslaggevend voor de vraag welke cao moet worden toegepast. Het zoeken van aansluiting bij de activiteiten die een onderneming verricht brengt overigens wel moeilijkheden mee bij de berekening van het meerderheidsvereiste (zie 7.4) wanneer ondernemingen complexer worden door bijvoorbeeld een expansie van bedrijfsactiviteiten.

Vanwege het ongemak dat samenlopende cao's meebrengen, proberen cao-partijen zoveel mogelijk overlap van werkingssferen te voorkomen en in de praktijk worden daarvoor verschillende methoden gehanteerd. Soms wordt in een cao een zogenoemde terugtredebepaling opgenomen die meebrengt dat de cao slechts van toepassing is als

32 HvJEU 18 juli 2013, C-426/11, *JAR* 2013/216.

33 Richtlijn nr. 77/187 van 14 februari 1977 over het behoud van rechten bij overgang van ondernemingen is gewijzigd bij richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 en, laatstelijk, bij richtlijn 2001/23 van 21 maart 2001, *PbEG* 22 maart 2001, L 82/16.

34 Zie onder meer R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *ARBAC* 2011; J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP Special* 2009/2; HvJEU 8 april 2011, *AR* 2011, 0279, m.nt. A.R. Houweling, 'Permanente nawerking van minimum cao's: een tijdbom onder het cao-recht?'; HvJEU 18 juli 2013, *AR* 2013, 556, m.nt. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling'; N. Jansen, 'Cao's en overgang en de betekenis van art. 14a Wet CAO', *ArbeidsRecht* 2017/17; F. Dorssmont, 'De binding van werkgevers aan collectieve arbeidsovereenkomsten', *ArA* 2014, afl. 2; N. Jansen, 'Parkwood: (vooral) oude wijn in nieuwe zakken', *ArA* 2014, afl. 1.

35 *Kamerstukken II* 1936/37, 274, 3, p. 5.

36 HR 6 januari 1995, *NJ* 1995/549.

een andere cao niet van toepassing is. Een andere methode is in de bedrijfstak-cao een dispensatiebepaling op te nemen voor ondernemings-cao's (zie hierna paragraaf 7.3.3) of bepaalde bedrijven expliciet uit te sluiten van de werkingssfeer.

In het Toetsingskader AVV is over overlappende werkingssferen opgemerkt dat werkingssfeerbepalingen die overlap vertonen met een of meer andere cao's waarvan bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard (of waarvan een verzoek daartoe is gedaan), niet algemeen verbindend worden verklaard. Dit houdt volgens het Toetsingskader verband met het feit dat op een arbeidsverhouding niet tegelijkertijd twee avv-besluiten van toepassing kunnen zijn, omdat dit tot allerlei problemen kan leiden omdat bepalingen kunnen conflicteren en dubbele verplichtingen kunnen ontstaan. Wanneer de minister de verbindendverklaring weigert wegens overlappende werkingssferen is het aan cao-partijen de werkingssfeer van de verschillende cao's op elkaar af te stemmen. Bij de uitleg van werkingssfeerbepalingen van verbindend verklaarde cao's weegt volgens de Hoge Raad mee dat het Toetsingskader AVV meebrengt dat overlap zoveel mogelijk wordt voorkomen.³⁷

Dat in het huidige systeem wordt afgezien van verbindendverklaring wanneer twee cao's overlappen, is geen directe inperking van de collectieve onderhandelingsvrijheid omdat de systematiek niet meebrengt dat geen cao's meer (rechtsgeldig) kunnen worden aangegaan. Er is wel sprake van een (indirecte) belemmering van deze vrijheid, omdat de mogelijkheid van verbindendverklaring het cao-overleg stimuleert (zoals ik besprak in de eerste paragrafen van dit hoofdstuk) en die mogelijkheid vervalt dus bij overlappende werkingssferen. In het huidige systeem komt geen enkele betekenis toe aan de mate waarin de vakbonden die de overlappende cao's zijn aangegaan, representatief zijn voor de bij de verschillende cao's betrokken werknemers. Dit kan tot gevolg hebben dat een cao die tot stand is gekomen met medewerking van het merendeel van de werknemers in een bepaalde sector niet voor verbindendverklaring in aanmerking kan komen, als die cao overlap vertoont met een cao die tot stand is gekomen met een klein deel van de werknemers in dezelfde of een aangrenzende sector. Anders gezegd, de representativiteit van vakbonden speelt geen enkele rol bij de beslissing cao-bepalingen niet verbindend te verklaren. Hoewel op grond van het toetsingskader AVV niet tot verbindendverklaring kan worden gekomen in geval van overlap, worden werkgevers daarmee in de praktijk soms toch geconfronteerd omdat de minister bijvoorbeeld niet op de hoogte was van de overlap. In de literatuur zijn verschillende oplossingen aangedragen voor die gevallen.³⁸ Interessant is de oplossing die meebrengt dat dan aan de verbindend verklaarde bepalingen voorrang wordt verleend van die cao die reeds op grond van het lidmaatschap of contractuele afspraak geldt voor het merendeel van de werknemers in een onderneming. Die benadering zou ook uitkomst kunnen bieden in geval de minister wel op de hoogte is van overlappende werkingssferen. De minister zou in dat geval aan de bepalingen van de cao waarvoor het grootste draagvlak bestaat voorrang kunnen verlenen door deze bepalingen juist wel verbindend te verklaren. Ik kom hierop terug in paragraaf 7.4 en hoofdstuk 9.

37 HR 27 mei 2011, JAR 2011/172.

38 E.N. Franx-Schaap e.a., 'Samenloop: op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 151-172. Zie ook: A.Ph.C.M. Jaspers, 'De Gordiaanse knoop van de samenlopende cao's', SR 2005/71.

7.3.3 Samenloop van bedrijfstak- en ondernemings-cao

De verbindendverklaring van cao-bepalingen stelt – zoals hiervoor al aangestipt – niet alleen grenzen aan de individuele contractsvrijheid van werkgevers en werknemers, maar ook aan de collectieve contractsvrijheid van organisaties die geen partij bij de cao zijn. Het dispensatiebeleid zoals dat thans in het Toetsingskader AVV is vormgegeven, beoogt evenwicht te brengen tussen de behoefte van zo'n groot mogelijke uniformiteit van arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak enerzijds en de collectieve contractsvrijheid anderzijds. Dit dispensatiebeleid, geldend vanaf 1999, vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 2 Wet Avv. In de memorie van toelichting is over de mogelijkheid tot het verlenen van dispensatie van de verbindendverklaring opgemerkt dat dit nodig kan zijn om te voorkomen dat arbeidsovereenkomsten onder een cao en een verbindend verklaarde regeling kunnen vallen die niet in overeenstemming zijn met elkaar. De minister dient rekening te houden met de mogelijkheid dat de verbindendverklaring voor bepaalde ondernemingen op gegronde bezwaren zou stuiten omdat de toestanden daarin geheel verschillen van de ondernemingen die onder de cao vallen.³⁹

Tot 1 januari 2007 gold dat het hebben van een eigen cao welhaast voldoende was om voor dispensatie in aanmerking te komen. Voor de rechtvaardiging van een ruimhartig dispensatiebeleid werd verwezen naar de wens en ontwikkelingen van meer differentiatie en decentralisatie in de arbeidsvoorwaardenvorming (zie voor achtergrond paragraaf 2.3). Een ruimhartig dispensatiebeleid deed voorts recht aan de collectieve contractsvrijheid, de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen.⁴⁰ Fase stelde in dit kader dat wanneer een organisatie haar collectief onderhandelingsrecht wenst uit te oefenen, een terughoudend beleid past ten aanzien van de verbindendverklaring van cao-bepalingen waaraan de organisatie part noch deel heeft gehad.⁴¹ Een ruimhartig dispensatiebeleid is hiermee in lijn.

Misbruik van het dispensatiebeleid – doordat cao's werden gesloten met veelal van de werkgever afhankelijke bonden met geen ander doel dan op arbeidsvoorwaarden te concurreren – was aanleiding voor een aanscherping van het beleid.⁴² Vanaf 1 januari 2007 geldt naast het vereiste van het hebben van een eigen cao dat betrokken cao-partijen van elkaar onafhankelijk dienen te zijn en dat de partijen die dispensatie verzoeken daarvoor zwaarwegende argumenten moeten hebben. Van zwaarwegende argumenten is met name sprake als specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv-cao gerekend kunnen worden. Het vereiste van onafhankelijkheid brengt mee dat cao-partijen vrij moeten zijn van inmenging door werkgevers bij de oprichting, de uitoefening van werkzaamheden en het beheer van hun organisaties. Elementen die bij deze beoordeling aan de orde kunnen komen zijn: de historie van cao-partijen, de lidmaatschapsbasis, de organisatie en structuur, de financiën (van met name werknemersverenigingen), de voorgeschiedenis van de cao(-onderhandelingen) en

39 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 3, p. 9.*

40 Zie onder meer: M.F.P. Rojer en C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', *ARBAC*, oktober 2010, p. 3.

41 W.J.P.M. Fase, 'De verbindendverklaring van cao-bepalingen', *SMA* 1986, afl. 11, p. 692.

42 M.F.P. Rojer en C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', *ARBAC*, oktober 2010, p. 4 en 8.

de faciliteiten die door werkgevers aan bestuurders/leden van de werknemersverenigingen worden geboden. In het algemeen kan gezegd worden dat de wijziging ten aanzien van het dispensatiebeleid met ingang van 1 januari 2007 heeft meegebracht dat alleen in uitzonderingssituaties nog dispensatie wordt verleend en dat het van 'ja, mits' naar een 'nee, tenzij' is gegaan.⁴³ Of: van welhaast automatische dispensatie naar dispensatie onder strikte voorwaarden.⁴⁴ Uit een evaluatie van het gewijzigde beleid in 2009 volgde dat dispensatie nog steeds mogelijk was maar dat bedrijven en sectoren moeite hadden met het onderbouwen van het dispensatieverzoek.⁴⁵ Overigens bleef een belangrijk uitgangspunt van het dispensatiebeleid dat cao-partijen die om verbindendverklaring verzoeken zoveel mogelijk zelf in de cao moeten voorzien in dispensatie.⁴⁶

In de literatuur is het gewijzigde dispensatiebeleid wisselend ontvangen. Grapperhaus toonde begrip voor de aanscherping van het beleid teneinde misbruik te voorkomen.⁴⁷ Duk was kritisch en wees erop dat het de gevestigde orde in het cao-overleg de mogelijkheid bood te gemakkelijk nieuwe spelers buiten spel te zetten, hetgeen differentiatie in de arbeidsvoorwaardenvorming in de weg zou staan.⁴⁸ Rojer en Van der Veldt waren ook kritisch op het gewijzigde beleid omdat het maatwerk in de arbeidsvoorwaardenvorming moeilijker zou maken. Het gewijzigde beleid zou de monopoliepositie van grote avv-partijen vergroten, terwijl het slechts de bedoeling was uitwassen tegen te gaan.⁴⁹ Stege twijfelde of het vernieuwde dispensatiebeleid wel paste bij de oorspronkelijke bedoeling van de minister bij dispensatie, omdat het strikter is dan waartoe de wetsgeschiedenis zou nopen. Bovendien zou het gewijzigde beleid verder dan noodzakelijk is inbreuk maken op de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectieve onderhandelingen.⁵⁰ Hoewel ik mij kan vinden in de opvatting van Fase dat wanneer een organisatie haar collectieve onderhandelingsrecht wenst uit te oefenen, een terughoudend beleid past ten aanzien van de verbindendverklaring van cao-bepalingen,⁵¹ brengt een dispensatiebeleid zonder enige vorm van pakketvergelijking ook risico's met zich. Doelstelling van verbindendverklaring is bescherming tegen concurrentie door buitenstaanders die door het toekennen van lagere arbeidsvoorwaarden goedkoper kunnen produceren. Als een ondernemings-cao automatisch wordt gedispenseerd, dat wil zeggen zonder dat cao's qua inhoud worden vergeleken, bestaat de mogelijkheid dat ondernemings-cao's worden gesloten met geen ander doel dan de concurrentie op arbeidsvoorwaarden mogelijk te maken. Het respecteren van de collectieve contractsvrijheid moet niet zover gaan dat door een min of meer inhoudsloze ondernemings-cao een avv-cao opzij kan worden gezet.⁵² Dit dwingt ertoe dat toch een

43 A. Stege, 'Dispensatie op grond van het Toetsingskader AVV', *TRA* 2011/3, p. 16.

44 M.F.P. Rojer en C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', *ARBAC*, oktober 2010, p. 1.

45 *Kamerstukken II* 2009/10, 29544, nr. 217.

46 Bekendmaking van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 20 november 2006, nr. AV/CAM/2006/93013B, van een wijziging van het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (AVV), *Stcrt.* 2006, 232, p. 24.

47 F.B.J. Grapperhaus, 'Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao's: voortaan inhoudelijke toetsing van kleine cao's?', *Ondernemingsrecht* 2005/192.

48 R.A.A. Duk, 'Rb. Amsterdam (vzr.), 29-12-2005, KG052426ODC', *Ondernemingsrecht* 2006/38.

49 M.F.P. Rojer en C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', *ARBAC*, oktober 2010, p. 38.

50 A. Stege, 'Dispensatie op grond van het Toetsingskader AVV', *TRA* 2011/3, p. 18 t/m 20.

51 W.J.P.M. Fase, 'De verbindendverklaring van cao-bepalingen', *SMA* 1986, afl. 11, p. 692.

52 M.M. Olbers, 'Sleep de avv-cao de ondernemings-cao?', *SMA* 1989, afl. 3, p. 150.

vorm van pakketvergelijking wordt toegepast en dat dispensatie slechts aan de orde is indien in een ondernemings-cao een gelijkwaardig niveau aan arbeidsvoorwaarden is overeengekomen.⁵³ Omdat zo'n vergelijking moeilijk zo niet onmogelijk is, kan ik mij vinden in het huidige beleid dat van cao-partijen die om dispensatie verzoeken een gegronde motivering vraagt. Als cao-partijen aannemelijk kunnen maken dat specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv-cao gerekend kunnen worden, is er minder risico dat een cao slechts wordt aangegaan om goedkoper te kunnen produceren door lagere arbeidsvoorwaarden en kan dispensatie worden verleend zonder dat daarmee de bedrijfstak-cao wordt ondermijnd. Deze benadering biedt naar mijn mening – en op dit punt verschil ik dus van mening met Duk, Rojer en Van der Veldt – nog steeds voldoende mogelijkheden voor maatwerkregelingen en differentiatie. Ik wijs er daarbij ten overvloede nog op dat uitgangspunt van het dispensatiebeleid is dat cao-partijen de mogelijkheid van dispensatie in de cao zelf regelen.

Olbers bepleitte dat het evenwicht tussen uniformering en collectieve contractsvrijheid beter bereikt zou kunnen worden door het dispensatiebeleid te vervangen door bij elke verbindendverklaring een clause op te nemen dat van de verbindend verklaarde bepalingen bij cao kan worden afgeweken. Anders gezegd, volgens Olbers dienden verbindend verklaarde bepalingen te worden beschouwd als bepalingen van driekwartdwingend recht.⁵⁴ Olbers wees erop dat een van de belangrijkste doelen van de verbindendverklaring is dat het instituut cao wordt beschermd tegen oneerlijke concurrentie van ongeorganiseerden en dat nergens in de wet of in de daarbij horende toelichting en daaraan voorafgaande parlementaire discussie een aanknopingspunt is te vinden voor de stelling dat tevens met de verbindendverklaring beoogd wordt gedurende zijn looptijd de collectieve contractsvrijheid van cao-partijen of andere organisaties van werkgevers en werknemers aan te tasten.⁵⁵ Nu een dergelijk aanwijzing niet te vinden is mag volgens Olbers aan art. 2 Wet Avv niet het verstreckende gevolg worden verbonden dat ook de collectieve contractsvrijheid wordt beperkt door de verbindendverklaring. Een extra argument voor de respectering van de collectieve contractsvrijheid en het daaraan verbonden recht op collectieve contractsvrijheid zag Olbers in de internationale erkenning van deze rechten.⁵⁶ Olbers erkende overigens dat zijn benadering niet in het belang van uniformering van arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak zou zijn, maar merkte daarbij op dat het bevorderen van het afsluiten van cao's ook een doelstelling van de verbindendverklaring is en dat tussen deze beide doelstellingen geen rangorde bestaat.⁵⁷ Olbers had er oog voor dat een ondernemings-cao zou konden worden gesloten met geen ander doel dan het niveau van arbeidsvoorwaarden te verlagen, waarmee de bedrijfstak-cao's zouden worden ondermijnd. In verband daarmee was hij van mening dat een bepaling van een verbindend verklaarde cao alleen niet zou moeten gelden als in een ondernemings-cao uitdrukkelijk van de verbindend verklaarde cao-bepaling was afgeweken. Bovendien zou de voorrang van afwijkende bepalingen van

53 Zie ook: M.M. Olbers, 'Sleept de avv-cao de ondernemings-cao?', *SMA* 1989, afl. 3, p. 150.

54 M.M. Olbers, 'Nogmaals: de verbindendverklaring van c.a.o.-bepalingen', in: 'Postbus 4, algemeen verbindendverklaring representativiteit.', *SMA* 1987, afl. 2.

55 *Idem*, p. 121.

56 *Idem*, p. 123.

57 *Idem*, p. 122.

de ondernemings-cao alleen moeten gelden voor leden van de werknemersorganisatie die partij was bij de ondernemings-cao en de werkgever zou ten aanzien van niet aan de ondernemings-cao gebonden werknemers de avv-cao moeten blijven toepassen. Kortom, de binding aan de avv-cao stond qua hiërarchie boven de verplichting uit art. 14 Wet Cao. Tot slot diende volgens Olbers een werknemersorganisatie voldoende onafhankelijk te zijn om een cao te kunnen sluiten waarmee van een avv-cao kon worden afgeweken.⁵⁸

Fase vroeg zich af waarom Olbers wel eiste dat een ondernemings-cao werd gesloten door een voldoende onafhankelijke vakvereniging, terwijl hij die eis niet stelde voor partijen die een cao sloten waarvan de verbindendverklaring wordt verzocht.⁵⁹ Een zwakte in het voorstel van Olbers is naar mijn mening bovendien dat het voor werkgevers helemaal niet aantrekkelijk is een ondernemings-cao af te sluiten waarin wordt afgeweken van een avv-cao als deze cao alleen zou gelden voor de leden van de werknemersorganisatie die bij de ondernemings-cao partij is. Als bedrijfsspecifieke omstandigheden daarom vragen zal een afwijking voor het gehele werknemersbestand moeten gelden. Alleen op die manier kan voldoende recht worden gedaan aan die bedrijfsspecifieke omstandigheden en daarmee voldoende kunnen worden tegemoetgekomen aan de behoefte van de onderneming.

7.4 Het meerderheidsvereiste

Een wezenlijke voorwaarde voor de verbindendverklaring is dat een cao dient te gelden voor een naar het oordeel van de minister belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen. Om deze belangrijke meerderheid te kunnen bepalen wordt het aantal werknemers dat in dienst is bij aan de cao gebonden werkgevers en onder de werkingssfeer van de cao valt, uitgedrukt in een percentage van het totale aantal werknemers dat onder de werkingssfeer van de cao valt. In paragraaf 3.5.2.4 heb ik het meerderheidsvereiste en de daarmee samenhangende problematiek uitgebreid besproken. Voor dit onderzoek is relevant dat bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen de representativiteit van betrokken vakbonden niet of nauwelijks relevant is en dat geldt ook voor het draagvlak van een cao onder werknemers. In het huidige systeem is het dus mogelijk dat een cao die door een niet-representatieve vakbond tot stand is gekomen, niettemin kan gelden voor alle werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen. Dit is wellicht verdedigbaar als de cao onder de betrokken werknemers op een breed draagvlak kan rekenen, maar het daadwerkelijke draagvlak van de cao speelt bij het meerderheidsvereiste geen rol. Een en ander brengt mee dat een cao verbindend kan worden verklaard voor werknemers die tijdens het cao-overleg niet zijn vertegenwoordigd of in het overleg zijn ondervertegenwoordigd. Vanuit juridisch perspectief is dit problematisch omdat de inbreuk op de individuele contractsvrijheid van ongebonden werknemers bij de verbindendverklaring daardoor niet steeds kan worden gerechtvaardigd op basis van het meerderheidsprincipe. Het is immers mogelijk dat een klein deel van de georganiseerde werknemers collectieve arbeidsvoorwaarden uitonderhandelt die voor alle werknemers gaan gelden, terwijl het mogelijk is dat de meerderheid van de werknemers zich niet kan vinden in het uitonderhandelde resultaat.

58 M.M. Olbers, 'Sleept de avv-cao de ondernemings-cao?', *SMA* 1989, afl. 3, p. 154.

59 M.M. Olbers, 'Nogmaals: de verbindendverklaring van c.a.o.-bepalingen', in: 'Postbus 4, algemeen verbindendverklaring representativiteit.', *SMA* 1987, afl. 2, p. 126.

De verbindendverklaring maakt niet alleen inbreuk op de individuele contractsvrijheid van werknemers, maar ook op de collectieve contractsvrijheid. Bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen kan op verschillende manieren rekening worden gehouden met andere cao's. Het systeem biedt evenwel geen garantie dat altijd die cao voorgaat die met de meest representatieve vakbond tot stand is gekomen. Het is in theorie mogelijk dat een ondernemings-cao die met een vakbond tot stand is gekomen die als meest representatieve vakbond is aan te merken, moet wijken voor een verbindend verklaarde sector-cao die is aangegaan door een vakbond die nauwelijks representatief te noemen is en de cao ook nauwelijks op draagvlak kan rekenen. Ook is het mogelijk dat een cao niet voor verbindendverklaring in aanmerking komt, terwijl die tot stand is gekomen met representatieve vakbonden, omdat de cao qua werkingssfeer overlap vertoont met een cao die met niet-representatieve vakbonden tot stand is gekomen.

Tot slot merk ik nog op dat, zoals ik in hoofdstuk 1 heb toegelicht, de ondervertegenwoordiging van groepen werkgevers en werknemers een negatief effect kan hebben op de waarde van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Ik breng in herinnering dat de cao voor werknemers het voordeel heeft dat zij zekerheid hebben over hun rechtspositie en dat in het cao-overleg de ongelijke machtsposities zijn gecompenseerd waardoor het cao-overleg een positieve bijdrage levert aan sociale rechtvaardigheid. Als groepen werknemers in het cao-overleg zijn ondervertegenwoordigd heeft dat niet direct invloed op de zekerheid die zij hebben ten aanzien van hun rechtspositie (een 'slechte' rechtspositie geeft ook zekerheid), maar wel op de mate waarin de cao bijdraagt aan sociale rechtvaardigheid omdat de machtsongelijkheid niet voor alle groepen werknemers even goed is gecompenseerd. Ook voor de overheid verminderen de voordelen van collectief overleg wanneer niet alle werknemers (goed) zijn vertegenwoordigd. De arbeidsrust die cao's meebrengen, is minder goed gewaarborgd of minder gegarandeerd wanneer groepen werknemers zich niet kunnen vinden in het onderhandelingsresultaat. Van zelfregulering is ook minder sprake indien groepen werknemers niet zijn vertegenwoordigd in het cao-overleg terwijl de cao wel op hen betrekking heeft en ook de uitwerking van beleidsvoornemens zal voor groepen werknemers niet, althans minder effectief zijn als zij in het cao-overleg niet vertegenwoordigd worden.

Ik hoofdstuk 9 bespreek ik welke verbeteringen in het avv-instrument kunnen worden doorgevoerd met het oog op de representativiteit van de vakbonden in het licht van de hiervoor benoemde knelpunten.

7.5 Algemeen verbindend verklaren van cao's: stoppen of doorgaan?⁶⁰

In paragraaf 1.2 heb ik de voordelen van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming besproken en aangestipt dat vanwege verschillende maatschappelijke ontwikkelingen zoals toegenomen sociale wetgeving, internationalisering en een mede als gevolg van individualisering toegenomen behoefte aan maatwerkregelingen en decentralisatie ook kritiek op het nut van de cao-stelsel bestaat. Die kritiek betreft zonder meer het cao-instrument, maar

⁶⁰ Titel is ontleend aan: M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap/Tijdschrift over Arbeidsverhoudingen* 2002/1.

betreft met name de mogelijkheid tot verbindendverklaring. In deze paragraaf bespreek ik kritiek op de verbindendverklaring en kom ik tot de conclusie dat deze kritiek niet of niet volledig terecht is, althans dat de voordelen van de verbindendverklaring opwegen tegen de bezwaren die daartegen bestaan. In het kader van dit onderzoek is deze conclusie (en daarmee deze paragraaf) van belang, omdat ik in dit onderzoek ook bespreek welke aanpassingen van het cao-systeem moeten worden doorgevoerd met het oog op de (afnemende) representativiteit van vakbonden. In dat kader pleit ik dus niet voor het stoppen van de verbindendverklaring, maar voor aanpassing van het bestaande juridische kader. Zoals hiervoor opgemerkt, bespreek ik deze aanpassingen in hoofdstuk 9.

Kritiek op de verbindendverklaring is al zo oud als de wet zelf. Ik breng in herinnering dat al tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Avv het bezwaar naar voren werd gebracht dat de verbindendverklaring de economie zou verstarren. Als lonen niet naar beneden kunnen worden bijgesteld, kan dat leiden tot het einde van sommige ondernemingen en een toename van de werkloosheid. Naast dit economische bezwaar werd een principiële juridisch bezwaar aangevoerd. De verbindendverklaring maakt inbreuk op de (individuele en collectieve) contractsvrijheid en die inbreuk werd door enkele Kamerleden niet gerechtvaardigd geacht. Aan het einde van de jaren '80 van de vorige eeuw vroeg de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid advies aan de SER over de wenselijkheid van het avv-instrument in het licht van de toenmalige sociaaleconomische ontwikkelingen en stand van zaken. Kort gezegd werd aan de SER de vraag voorgelegd of de voordelen van het instrument nog opwogen tegen de nadelen. Dat de cao in dit kader niet ter discussie werd gesteld, heeft te maken met het gegeven dat wanneer werkgevers vrijwillig kiezen aan een cao gebonden te willen zijn, zij kennelijk vinden dat de voordelen van de cao zwaarder wegen dan de nadelen. De SER adviseerde in 1992 unaniem dat de verbindendverklaring als instrument diende te blijven bestaan en dat er geen reden was het instrument als zodanig ter discussie te stellen.⁶¹ De SER kwam tot deze conclusie op basis van de volgende beschouwing.

De SER merkt op dat vanuit economisch perspectief verschillend kan worden gedacht over de verbindendverklaring. Enerzijds kan erop worden gewezen dat een concurrentie-bepijking op loonkosten bevordert dat in ondernemingen een sociaal klimaat tot stand komt dat is gericht op samenwerking en dat goede arbeidsverhoudingen de productiviteit van organisaties ten goede kunnen komen en een bijdrage leveren aan de hechtheid van die organisaties. Daarnaast leidt concurrentiebepijking ertoe dat de concurrentie tussen bedrijven zich toespitst op de kwaliteit en productiviteit van het bedrijfsleven in plaats van op de loonkosten. De verbindendverklaring draagt in een sector bovendien bij aan de rust en orde en heeft daardoor een gunstige uitwerking op de economie, aldus de SER.⁶² Daartegenover kan worden gesteld dat de arbeidskosten door de verbindendverklaring kunstmatig hoog worden gehouden en dat dit hoge niveau slechts aanvaardbaar is als daar ook een hoge arbeidsproductiviteit tegenover staat, zonder werkgelegenheidsverlies. In het verlengde hiervan kan de verbindendverklaring nadelig uitwerken voor kleine ondernemers

61 *Advies inzake algemeen-verbindendverklaring (avv), de toepassing daarvan en de verruiming van de mogelijkheden tot avv* (advies van 16 oktober 1992, SER 92/14), Den Haag: SER 1992.

62 *Idem*, p. 38.

en nieuwkomers op de markt die nog niet de in de sector gangbare productienorm halen, waarmee de verbindendverklaring ook een belemmerende factor kan zijn voor innovatie in sectoren. Met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt kan een te hoge bodem in het loongebouw leiden tot toenemende werkloosheid. De verbindendverklaring van cao-bepalingen kan voorts leiden tot toenemende loonkosten voor de werkgever, door een verbreding van arbeidsvoorwaardelijke aanspraken van werknemers of omdat hij bijvoorbeeld verplicht wordt bij te dragen aan een sectorfonds. Bij de verbindendverklaring van sectorfondsen heeft een ongebonden werkgever geen keuze of hij wel of niet mee wil doen. Een beperking op loonconcurrentie kan er voorts toe leiden dat een verhoging van de lonen ten koste gaat van de consument. Dit risico is met name aanwezig in sectoren waarin de loonkostenverhogingen makkelijk kunnen doorwerken in verhoging van de prijzen.⁶³ Vanuit economische perspectief heeft de verbindendverklaring dus zowel voor- als nadelen.

Alleen een economische beschouwing van de verbindendverklaring doet geen recht aan het avv-instrument, omdat de verbindendverklaring niet zozeer op economisch gebied, maar vooral op sociaal terrein van grote betekenis is. De belangrijkste doelstelling van de wet lag ook op dit terrein, namelijk de bescherming van de cao ten behoeve van een verbetering van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. De SER heeft in zijn advies over de verbindendverklaring de ontwikkelingen op sociaal gebied betrokken. De SER wees erop dat sinds 1937 een grote hoeveelheid aan wetgeving was gerealiseerd op bijvoorbeeld het gebied van arbeidsomstandigheden, ontslag en medezeggenschap, maar ook op het terrein van inkomensbescherming (minimumloon en sociale zekerheid), waardoor gezegd zou kunnen worden dat het avv-instrument (en voor een deel ook de cao) zijn betekenis heeft verloren voor het scheppen van redelijke arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. Vanwege de enorme omvang van wet- en regelgeving wordt ook wel gesteld dat van de zelfregulering door sociale partners, een andere doelstelling van de Wet Avv, eigenlijk maar weinig terecht is gekomen. Een andere visie is volgens de SER evenwel ook mogelijk. Door de toename van sociale wetgeving is de betekenis van de cao en de avv wel iets gewijzigd, maar de toename van sociale wetgeving heeft ertoe geleid dat de cao (en de avv) veeleer een aanvulling daarop is geworden en dat het cao-overleg zich daardoor heeft kunnen verbreden. Daarbij komt dat de cao en avv de sociale wetgeving constant hebben beïnvloed. De wetgeving heeft zich steeds aangepast aan de ontwikkelingen zoals die zich in het cao-overleg voordeden. Veel belangrijke onderwerpen zijn eerst in cao's geregeld en daarna pas in wetgeving neergelegd. De ontwikkeling van wetgeving heeft op haar beurt gevolgen gehad voor de inhoud van cao's (recent: de cao-ontslagcommissie en de gelijkwaardige voorziening). De wederzijdse beïnvloeding van cao en wetgeving is mede te danken aan de avv en mede hierdoor heeft de avv, ondanks de totstandkoming van allerlei sociale wetgeving, zelfstandige waarde behouden. Met betrekking tot de zelfregulering van sociale partners kan erop worden gewezen dat cao-partijen er ondanks toegenomen wetgeving op sociaal terrein in zijn geslaagd ten aanzien van belangrijke onderwerpen zelfregulerend op te treden (denk aan scholing, opleiding en pensioen). Aannemelijk is dat zonder avv de wetgeving nog meer zou hebben moeten regelen.

63 Idem, p. 38 en 39.

Samengevat was de SER van mening dat de verbindendverklaring op sociaal terrein nog steeds van veel waarde was.⁶⁴

De SER heeft er daarnaast op gewezen dat een belangrijke doelstelling van de Wet Avv was het cao-overleg in bedrijfstakken te bevorderen. Collectief overleg werd van belang geacht om steeds een evenwichtige afweging tussen werkgevers- en werknemersbelangen te kunnen maken en daarnaast zou het collectief overleg ten goede komen aan harmonieuze arbeidsverhoudingen. De SER achtte deze overwegingen ook in 1992 nog van belang voor de arbeidsvoorwaardenvorming en de arbeidsverhoudingen en wees erop dat de bevordering van het collectief overleg ook internationaal erkend was in de verschillende ILO-verdragen. Tegelijkertijd heeft de SER opgemerkt dat het moeilijk is in te schatten wat de precieze betekenis is van de verbindendverklaring voor het cao-overleg. Het is evenwel niet ondenkbaar dat de afschaffing van het avv-instrument zal leiden tot afkalving van de betekenis van het cao-overleg op bedrijfstakniveau en tot verschraling van de inhoud van cao's tot materiële aangelegenheden. Cao-partijen zouden zich meer kunnen gaan richten op de belangen van leden op korte termijn en zich ook in die zin nader kunnen gaan profileren (zie ook paragraaf 2.3). Dit zou de arbeidsrust niet ten goede komen.⁶⁵

Enkele leden van de SER merkten evenwel op dat bij de oordeelsvorming over de waarde van de verbindendverklaring steeds een afweging moet worden gemaakt tussen de verschillende daarbij betrokken aspecten (die hiervoor zijn behandeld) en die afweging valt niet altijd op dezelfde wijze uit en is afhankelijk van de stand van zaken van het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming en arbeidsverhoudingen, alsmede de economische ontwikkelingen. Dat er in 1992 geen termen aanwezig waren het avv-instrument als zodanig ter discussie te stellen, sloot volgens deze leden niet uit dat dit op een later moment mogelijk wel zo zou kunnen zijn.⁶⁶ Thans wordt vooral vanuit de politiek (VVD⁶⁷ en D66) de verbindendverklaring ter discussie gesteld. Door critici wordt stevast benadrukt dat door de verbindendverklaring het loonpeil kunstmatig hoog wordt gehouden en dat dit slecht is voor de werkgelegenheid en innovatie in de bedrijfstakken. De betekenis van het avv-instrument voor de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden nuanceren zij met een verwijzing naar de toename van allerhande sociale wetgeving gericht op bijvoorbeeld ontslag- en inkomensbescherming. Voorts zou door de verbindendverklaring te weinig ruimte zijn voor maatwerkregelingen en hebben veel cao-afspraken te weinig toegevoegde waarde voor bedrijven in de sector.⁶⁸

De verbindendverklaring is slecht voor de werkgelegenheid

Volgens een aantal economen is de verbindendverklaring slecht voor de werkgelegenheid.⁶⁹ Zalm heeft zich meermaals op het standpunt gesteld dat de loonvorming zich in

64 Idem, p. 39 en 40.

65 Idem, p. 40 en 41.

66 Idem, p. 42 en 43.

67 *Zeker Nederland*, VVD Verkiezingsprogramma 2017-2021.

68 H. Strating & W. Brinkman, 'AVV staat maatwerk in CAO's in de weg', *Zeggenschap* 2017/3, p. 46-49.

69 G. Zalm, 'Mythen, paradoxen en taboes in de economische politiek', *ESB* 6 juni 1990; G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992 en C. Oudshoorn, 'Marktwerking in het sociaal-economisch bestel', *ESB* 6 oktober 1993.

het Nederlandse arbeidsbestel in belangrijke mate aan de wetten van vraag en aanbod onttrekt doordat de lonen voor een groot deel van de arbeidsmarkt in monopolistische verhoudingen tussen werkgevers en werknemers tot stand komen.⁷⁰ Deze manier van loonvorming wordt van overheidswege versterkt door de verbindendverklaring. Als vakbonden in het cao-overleg de belangen van werknemers, eventueel onder druk van de achterban, zwaarder laten wegen dan de belangen van werklozen, wordt volgens Zalm een hoger loonniveau gerealiseerd dan wanneer de loonvorming zou worden overgelaten aan de markt en op die manier leidt de loonvorming via het cao-overleg tot een onnodig hoog werkloosheidsniveau. Niet de werkloosheid bepaalt daarmee de loonontwikkeling, maar de ontslagkans. De loonontwikkeling wordt gematigd als de ontslagkans stijgt en als de ontslagkans afneemt versnelt dat de loonontwikkeling, aldus Zalm.⁷¹ Hiertegenover kan worden gesteld dat de mogelijkheid dat de minister een cao niet verbindend verklaart tot onzekerheid leidt bij sociale partners in het cao-overleg en het resultaat daarvan kan zijn dat minder cao's worden gesloten en loonkostenstijgingen niet beter, maar juist minder beheersbaar zullen zijn en dat zonder avv wellicht juist een hoger loonpeil wordt bereikt.⁷² Zalm heeft dit gepareerd door erop te wijzen dat het avv-instrument tot doel heeft te voorkomen dat ongeorganiseerden tegen lagere arbeidsvoorwaarden werk aanvaarden, hetgeen ontegenzeggelijk loonkostenverhogend werkt. Door de loonkosten in de bedrijfstak als concurrentiefactor uit te schakelen door de verbindendverklaring bestaat het gevaar dat werknemers trachten het loonpeil op te schroeven waartegen werkgevers onvoldoende weerstand behoeven te bieden in de wetenschap dat zij de daaruit voortvloeiende verhoging van de productiekosten kunnen doorrekenen.⁷³ Zou overigens worden ontkend dat de verbindendverklaring tot een hoger loonpeil leidt, dan zou dit volgens Zalm impliceren dat werknemers zonder vakbond en zonder cao betere arbeidsvoorwaarden zouden kunnen realiseren dan met een cao en met een vakbond. Uit onderstaande figuur, met betrekking tot de ontwikkeling van cao-lonen in relatie tot arbeidsproductiviteit, blijkt het ongelijk van Zalm. De cao-lonen blijken de afgelopen 30 jaar nauwelijks te zijn gestegen.⁷⁴

70 G. Zalm, 'Mythen, paradoxen en taboes in de economische politiek, *ESB* 6 juni 1990.

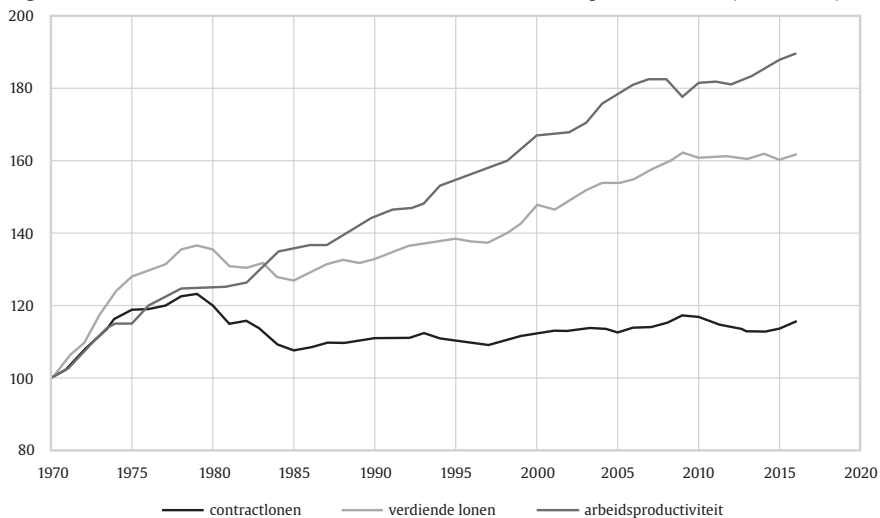
71 Idem, p. 517.

72 W. van Voorden, 'Algemeen-verbindendverklaring onterecht mikpunt', *ESB* 9 januari 1991, p. 53.

73 G. Zalm, 'Mythen, paradoxen en taboes in de economische politiek, *ESB* 6 juni 1990; G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992 p. 62. Zie ook: W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland*, Alpen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 127.

74 Zie ook: J. Witteman, 'Een whodunit over uw te lage salaris, *Volkskrant* 4 november 2017.

Figuur 14: Reële contractlonen, verdiende lonen en arbeidsproductiviteit (1970=100)



Bron: CBS StatLine

In het regeerakkoord 2017-2021 is opgemerkt dat er gemiddeld genomen ruimte is bij bedrijven om de lonen te laten stijgen.⁷⁵ Dat de lonen achterblijven bij de conjunctuur wordt overigens betwist door ING-economen Blom en Leering.⁷⁶

Overigens miskent Zalm naar mijn mening dat een beperking van de verbindendverklaring ertoe zal leiden dat de cao op bedrijfstakniveau aan betekenis zal verliezen en dat vakbonden hun focus zullen verleggen naar onderhandelingen op ondernemingsniveau. Een verschuiving van het cao-overleg van de bedrijfstak naar de onderneming zal daarmee tot gevolg kunnen hebben dat de lonen juist zullen stijgen (voor zover een cao tot stand komt) en dat loonverschillen tussen en binnen sectoren zullen toenemen. Overleg op bedrijfstakniveau dwingt vakbonden immers rekening te houden met de belangen van de sector, waardoor de beschikbare loonruimte bij sommige ondernemingen in de sector niet volledig zal worden omgezet in een loonstijging. Op ondernemingsniveau speelt dit niet en daardoor kan alle beschikbare ruimte worden omgezet in een stijging van de lonen. De stelling van Zalm dat de verbindendverklaring slecht is voor de werkgelegenheid omdat de loonvorming is onttrokken aan de wetten van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, miskent overigens dat in het cao-overleg aanpassing van de lonen aan marktomstandigheden door sociale partners wel degelijk plaatsvindt.⁷⁷ Rojer heeft er in dit kader op gewezen dat sociale partners op centraal niveau de maatschappelijke kosten van een onverantwoorde loonontwikkeling

75 Regeerakkoord 2017-2021, *Vertrouwen in de toekomst*, 10 oktober 2017.

76 M. Blom & R. Leering, 'Misverstand dat lonen achterblijven bij conjunctuur', *Zeggenschap* 2017/3, p. 4 t/m 6.

77 H.J. Brouwer, 'De cao nog niet met de VUT de Wet cao en de Wet avv na (ruim) een halve eeuw beleidsmatig beschouwd', *SMA* 1987, afl. 11.

internaliseren en zorgen voor interne coördinatie voor doorwerking in cao's.⁷⁸ Tot slot wijs ik erop dat de huidige werkloosheidscijfers de stelling van Zalm niet ondersteunen. De recente economische groei is fors en heeft geleid tot lage werkloosheidscijfers terwijl de loonontwikkeling achterblijft. Vakbonden hebben in het cao-overleg blijkbaar voldoende oog voor het belang van voldoende werkgelegenheid.

Verbindendverklaring staat haaks op behoefte aan maatwerk, differentiatie en decentralisatie
Om meer ruimte voor op maat gemaakte arrangementen met meer keuzevrijheid mogelijk te maken, zouden cao's niet meer verbindend moeten worden verklaard. De verbindendverklaring zou verstarrend werken en decentralisatie, flexibiliteit en differentiatie te veel frustreren. Werkgevers zouden niet in staat zijn zelf een arbeidsvoorwaardenbeleid te voeren dat is afgestemd op bedrijfsspecifieke kenmerken. Daartegenover staat dat de decentraliseringstendens in de arbeidsvoorwaardenvorming ertoe heeft geleid dat cao's meer kaderscheppend zijn geworden voor nadere uitwerking van allerhande regelingen op decentraal niveau (zie ook hoofdstuk 8).⁷⁹ Cao's bevatten ook steeds vaker keuzemenu's voor werknemers om zelf het arbeidsvoorwaardenpakket in te vullen. Kortom, de cao heeft zich aangepast aan individualiserings- en decentraliseringstendensen en het instrument weerhoudt cao-partijen er niet van ruimte te geven aan wensen voor meer maatwerk, differentiatie en decentralisatie.⁸⁰ In dit verband heeft Rojer opgemerkt dat de gewenste flexibiliteit in de arbeidsvoorwaardenvorming door cao-partijen met beleid is vormgegeven in de verschillende cao's, waarbij steeds gezocht wordt naar een combinatie van de voordelen van collectieve regelingen met mogelijkheden tot differentiatie en maatwerk.⁸¹ Met het verbindend verklaren van cao's wordt die ontwikkeling juist ondersteund. Ik merk hierbij op dat in dit kader een heroverweging van het Toetsingskader AVV ten aanzien van de verbindendverklaring van decentralisatiebepalingen mogelijk op zijn plaats is. Ik kom hierop nog terug in hoofdstuk 8. Overigens biedt het avv-beleid ook via dispensatie de mogelijkheid voor bedrijven arbeidsvoorwaarden meer af te stemmen op bedrijfsspecifieke omstandigheden. De Beer heeft er nog terecht op gewezen dat de maatschappelijke individualiseringstendens niet meebrengt dat regelingen of voorzieningen moeten worden geïndividualiseerd. Aan de individualiseringstrend kan ook worden tegemoetgekomen door maatwerk of keuzevrijheid in collectieve regelingen en volgens De Beer kan men door collectivisering soms juist het best tegemoetkomen aan de individualiseringstrend. Juist als de variatie tussen burgers erg groot wordt, kan één uniforme regeling waar alle burgers onder vallen soms de beste oplossing zijn, aldus De Beer.⁸²

78 M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap/Tijdschrift voor Arbeidsverhoudingen* 2002/1.

79 F.H. Tros, *Decentralisering van arbeidsverhoudingen. Een onderzoek naar de arbeidsvoorwaardenvorming in de Nederlandse private sector in de periode 1982-2000* (diss. Utrecht), Alphen aan den Rijn: Samsom 2000 en N. Jansen & I. Zaai, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 2.

80 Zie ook: D. Christe & E. Koot van der Putte, 'Wet AVV, een robuust compromis tussen vrijheid, dwang en behoefte aan diversiteit', *SMA* 2008, afl. 2.

81 M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap/Tijdschrift voor Arbeidsverhoudingen* 2002/1.

82 P.T. De Beer & G. de Bruin, *Individu en collectief in Arbeidsverhoudingen. Individu kan niet zonder collectief* (Discussienota), AWWN oktober 2017.

*Verbindendverklaring is overbodig met het oog op de toename van sociale wetgeving*⁸³

Op dit punt volsta ik met een verwijzing naar hetgeen de SER hierover heeft opgemerkt in zijn advies uit 1992. Door de toename van sociale wetgeving is de betekenis van de cao en de avv wel iets gewijzigd, maar de toename van sociale wetgeving heeft ertoe geleid dat de cao (en de avv) veeleer een aanvulling daarop is geworden en dat het cao-overleg zich daardoor heeft kunnen verbreden. De wederzijdse beïnvloeding van cao en wetgeving is mede te danken aan de verbindendverklaring en mede hierdoor heeft het instrument, ondanks de totstandkoming van allerhande sociale wetgeving, zelfstandige waarde behouden. Met betrekking tot de zelfregulering van sociale partners kan erop worden gewezen dat cao-partijen er ondanks toegenomen wetgeving op sociaal terrein in zijn geslaagd ten aanzien van belangrijke onderwerpen zelfregulerend op te treden (denk aan scholing, opleiding en pensioen). Aannemelijk is dat zonder avv de wetgever nog meer zou hebben moeten regelen.

Verbindendverklaring draagt onder meer bij aan arbeidsrust en zelfregulering

De cao stelt werkgevers en werknemers in staat zelf zorg te dragen voor sociale regulering. Dit leidt tot meer regulering op maat voor de bedrijfstak, voorzien van draagvlak, waardoor de wetgever geen algemene wetgeving hoeft uit te vaardigen en daardoor ook wordt ontlast. Uitgangspunt zou – ook met het oog op het recht op collectief onderhandelen – naar mijn mening moeten blijven dat sociale partners in beginsel zelf arbeidsvoorwaarden moeten regelen en dat de overheid niet moet voorschrijven wat sociale partners kunnen doen.⁸⁴ In bepaalde gevallen zal de overheid voor wetgeving kiezen. Dit zal zo zijn wanneer een onderwerp in het cao-overleg onvoldoende aandacht krijgt of wanneer het voor de overheid onacceptabel is dat een bepaalde voorziening niet voor iedereen geldt.⁸⁵ Overigens hebben de cao en de verbindendverklaring gezorgd voor rust en orde in de arbeidsverhoudingen die nog steeds van grote waarde zijn voor het bedrijfsleven. Werknemers hoeven niet zelf voor verbeteringen van hun arbeidsvoorwaarden te pleiten en daarover hoeft ook niet steeds strijd te bestaan. Voorts draagt de verbindendverklaring in belangrijke mate bij aan de financiering van allerhande faciliteiten die van belang zijn voor een sector. Denk bijvoorbeeld aan de financiering van scholings- en opleidingsfondsen. De bijdrage van ongeorganiseerde werkgevers maakt de instandhouding van dergelijke fondsen (mede) mogelijk, althans eenvoudiger. Tot slot verdient opmerking dat wanneer in cao's uitvoering is gegeven aan overheidsdoelstellingen (bijvoorbeeld: zorg voor werkgelegenheid, scholing, duurzame inzetbaarheid, milieu en diversiteit), de verbindendverklaring op een positieve wijze kan bijdragen aan het realiseren van deze overheidsdoelstellingen. Ik sluit af met de opmerking dat in de discussie rond het avv-instrument veelal bezwaren worden geuit die eerder lijken voort te komen uit zorgen over de uitkomst van het cao-overleg of het karakter van de cao, dan uit de omstandigheid dat dergelijke bepalingen aan derden kunnen worden opgelegd.⁸⁶ Dit laatste roept de vraag op in hoeverre het avv-instrument al dan niet gebruikt zou moeten worden door de minister om sturend op te treden in het proces van

83 G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992, p. 61.

84 Zie ook: H.J. Brouwer, 'De cao nog niet met de VUT de Wet cao en de Wet avv na (ruim) een halve eeuw beleidsmatig beschouwd', *SMA* 1987, afl. 11, p. 665.

85 Zie ook: *Kamerstukken II* 1993/94, 23532, 2, p. 7.

86 Zie ook: *Kamerstukken II* 1993/94, 23532, 2, p. 6.

collectief onderhandelen en in hoeverre de verbindendverklaring dus al dan niet ingezet moet worden als beleidsinstrument. Dit onderwerp behandel ik in de volgende paragraaf.

In 2015 is door Regioplan onderzoek gedaan naar de effecten van de verbindendverklaring.⁸⁷ Regioplan concludeerde dat de voordelen van de verbindendverklaring nog opwegen tegen de nadelen. Regioplan signaleerde wel een aantal (maatschappelijke en sociaaleconomische) ontwikkelingen die een negatief effect kunnen hebben op de functionaliteit van het instrument. Deze ontwikkelingen zijn: de groei van het aantal werknemers op dezelfde werkplek met uiteenlopende rechtsposities en arbeidsrelaties (uitzendkrachten, gedetacheerde (buitenlandse) werknemers en zzp'ers), de ontwikkeling van outsourcing en andere vormen van uitbesteding en grensoverschrijdende arbeidsbemiddeling. Deze ontwikkelingen (die ik in hoofdstuk 1 ook heb genoemd) kunnen met name gevolgen hebben voor de reikwijdte van het avv-instrument, maar in hoeverre deze ontwikkelingen zouden moeten leiden tot wijziging in wet- en regelgeving valt buiten het bestek van dit onderzoek. Uit interviews met *stakeholders* volgt volgens Regioplan dat (schijn)constructies en het ontduiken van de toepasselijkheid van de avv-cao, als de grootste bedreiging van het instrument wordt gezien en dat meer werk gemaakt moet worden van de handhaving. Representativiteit en draagvlak wordt wel als knelpunt gezien, maar niet als het belangrijkste knelpunt. Opmerking daarbij verdient dat de afnemende representativiteit onder werkgeversorganisaties als grotere bedreiging wordt gezien dan de afnemende representativiteit van vakbonden. Vanuit juridisch perspectief is dat juist omdat het meerderheidsvereiste wordt berekend op basis van de bij de aan de cao gebonden werkgevers in dienst zijnde werknemers wordt berekend. Met betrekking tot de representativiteit van werknemers wordt opgemerkt dat *stakeholders* van mening zijn dat bij een gebrekkige representativiteit van vakbonden naar andere vormen van werknemersbetrokkenheid in het cao-overleg moet worden gezocht, teneinde het draagvlak op peil te houden (op het vergroten van werknemersbetrokkenheid en de aanpassing van het meerderheidsvereiste met het oog op de representativiteit van vakbonden kom ik terug in hoofdstuk 9). Dat werkgevers zich overigens minder goed kunnen vinden in cao's is volgens de *stakeholders* niet zozeer op te lossen door aanpassing van het systeem. Volgens hen is het veeleer een verantwoordelijkheid van cao-partijen om cao's te ontwerpen waarin werkgevers zich kunnen vinden. Overige door *stakeholders* gesignaleerde knelpunten van het avv-instrument die vermelding verdienen zijn: de onduidelijkheid rond het dispensatiebeleid en het gebrek aan inhoudelijke toetsing.

7.6 Afronding

De verbindendverklaring van cao-bepalingen bevordert het collectief overleg op bedrijfstakniveau en heeft bijgedragen aan arbeidsrust en stabiele arbeidsverhoudingen in bedrijfstakken, doordat concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt vermindert. Tegelijkertijd blijkt van een loonopdrijvend effect nauwelijks sprake en blijkt niet van een negatief effect op de werkgelegenheid. Mede door de verbindendverklaring is een stabiele overlegstructuur ontstaan die de basis heeft gevormd van allerhande bedrijfstakiniciatieven op sociaal terrein – soms geïnitieerd door overheidsbeleid – waarvan alle werkgevers

⁸⁷ *Achtergronden rapportage effecten van algemeen verbindendverklaring* (Regioplan beleidsonderzoek), Amsterdam: september 2015.

en werknemers in de bedrijfstak de lasten dragen, maar ook de vruchten plukken. De toename van wetgeving op sociaal terrein heeft de verbindendverklaring niet overbodig gemaakt, maar eraan bijgedragen dat het cao-overleg zich heeft kunnen verbreden. De decentraliseringstendens in de arbeidsvoorwaardenvorming heeft ertoe geleid dat cao's meer kaderschepend zijn geworden voor nadere uitwerking van allerhande regelingen op decentraal niveau. Cao's bevatten steeds vaker keuzemenu's om op individueel niveau of op ondernemingsniveau het arbeidsvoorwaardenpakket in te vullen of nader vorm te geven. De cao heeft zich daarmee aangepast aan individualiserings- en decentraliseringstendensen en het instrument weerhoudt cao-partijen er niet van ruimte te geven aan wensen voor meer maatwerk, differentiatie en decentralisatie. De gewenste flexibiliteit in de arbeidsvoorwaardenvorming is door cao-partijen met beleid vormgegeven, waarbij steeds gezocht wordt naar een combinatie van de voordelen van collectieve regelingen met mogelijkheden tot differentiatie en maatwerk.⁸⁸ Met het verbindend verklaren van cao's wordt die ontwikkeling juist ondersteund. De verbindendverklaring heeft – tot slot – bijgedragen aan zelfregulering en de wetgever hoeft pas regulerend op te treden wanneer een onderwerp in het cao-overleg onvoldoende aandacht krijgt of wanneer het voor de overheid onacceptabel is dat een bepaalde voorziening niet voor iedereen geldt. De primaire verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaardenvorming ligt bij sociale partners en voor het cao-overleg is van belang dat zij erop kunnen rekenen dat de afspraken die zij maken verbindend kunnen worden verklaard. Een wijziging van het avv-beleid, in die zin dat een inhoudelijke toets van cao-bepalingen plaatsvindt of dat ten behoeve van de marktwerking geen verbindendverklaring van individuele arbeidsvoorwaarden meer plaatsvindt, is een wijziging van de huidige verdeling van de loonpolitieke verantwoordelijkheden. Het huidige stelsel van loonpolitiek dat zich laat karakteriseren als een stelsel gebaseerd op zelfregulering, zou dan een wijziging ondergaan in die zin dat de overheidsinvloed aanmerkelijk toeneemt. In de drie verschillende ordeningsmechanismen: marktwerking, zelfregulering en wetgeving, brengt dit mee, dat wordt opgeschoven in een richting die juist verder afstaat van de bepleite loonvorming op basis van marktwerking.⁸⁹

Knelpunten zijn er ook. Allerhande (schijn)constructies en het ontduiken van de toepasselijkheid van de avv-cao worden door betrokken actoren gezien als de grootste bedreiging van het instrument en om ontduiking te voorkomen zou meer werk gemaakt moet worden van de handhaving. Representativiteit en draagvlak, zowel aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde is eveneens een belangrijk aandachtspunt. Opmerking daarbij verdient dat de afnemende representativiteit onder werkgeversorganisaties als grotere bedreiging wordt gezien dan de afnemende representativiteit van vakbonden. Vanuit juridisch perspectief is dat begrijpelijk omdat het meerderheidsvereiste wordt berekend op basis van de bij de aan de cao gebonden werkgevers in dienst zijnde werknemers.

In paragraaf 7.4 besprak ik dat bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen de representativiteit van betrokken vakbonden niet of nauwelijks een rol speelt. De inbreuk die de verbindendverklaring maakt op zowel de individuele contractsvrijheid als op de collectieve

88 M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap/Tijdschrift voor Arbeidsverhoudingen* 2002/1.

89 Zie ook: E.H. Broekema, 'Het niet algemeen-verbindend verklaren van cao-bepalingen als nieuwe beleidsopatie', *SMA* 1992, afl. 5, p. 291.

contractsvrijheid behoeft een rechtvaardiging. De minister erkende in de parlementaire geschiedenis dat de individuele vrijheid een belangrijk rechtsgoed is, maar stelde daartegenover dat wanneer die vrijheid tot gevolg heeft dat het scheppen van behoorlijke verhoudingen tussen werkgevers en werknemers wordt belemmerd, die vrijheid plaats behoort te maken voor gebondenheid.⁹⁰ De minister vond het gerechtvaardigd regelingen die door de grote meerderheid van een sector nodig worden geacht voor een goede werking van het bedrijfsleven of het scheppen van behoorlijke arbeidsvoorwaarden, ook aan de minderheid op te leggen, indien de vrijheid van de minderheid voornoemde belangen schaadt. In de berekening van het meerderheidsvereiste komt dit uitgangspunt tot uitdrukking, maar daarbij wordt in hoofdzaak rekening gehouden met de mate waarin de meerderheid van de werkgevers in de sector de cao en de verbindendverklaring van de cao-bepalingen nodig acht. In theorie kan een vakbond die nauwelijks op steun van de werknemers in de sector kan rekenen, een cao afsluiten, die vervolgens via de verbindendverklaring voor alle werknemers in de sector gaat gelden. Voor de verbindendverklaring komt het immers vooral aan op de organisatiegraad van werkgevers. Het is naar mijn mening niet gerechtvaardigd regelingen dwingend aan de sector op te leggen als die wens weliswaar steunt op de meerderheid aan werkgeverszijde maar de cao bij werknemers op een gering draagvlak steunt en grote groepen werknemers in het cao-overleg zijn ondervertegenwoordigd. Aanpassing van de systematiek om te komen tot verbindendverklaring is op dit punt naar mijn mening onvermijdelijk, waarover meer in hoofdstuk 9.

90 *Kamerstukken II 1936/37, 274, 5, p. 16.*

De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming

8.1 Inleiding

Naast het individueel overleg hebben zich in de vorige eeuw verschillende methoden van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming ontwikkeld. Dit is enerzijds ingegeven door de behoefte van werkgevers om arbeidsvoorwaarden te ordenen en anderzijds door de wens van werknemers ter bereiking van meer machtsevenwicht collectief te onderhandelen.¹ Beide facetten komen van oudsher samen in de cao. In zijn advies uit 1994 over het instemmingsrecht van de ondernemingsraad constateerde de SER dat de rol van de ondernemingsraad op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming sinds de jaren '70 was toegenomen.² Deze ontwikkeling heeft zich voortgezet en de laatste jaren koos een aantal grote ondernemingen om uiteenlopende redenen ervoor met de ondernemingsraad te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden in plaats van met de ondernemingsraad.³ Uit een ledenenquête uit 2017 van de werkgeversvereniging AWWN volgt dat ruim 60% van de respondenten de voorkeur geeft aan de ondernemingsraad als onderhandelingspartner over arbeidsvoorwaarden.⁴

Voor een meer geprononceerde rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaardenvorming bestaat een aantal redenen.⁵ In de eerste plaats kan de afwezigheid van vakbonden in een sector of een onderneming, of het ontbreken van een bepaalde regeling in de cao, voor werkgevers reden zijn met de ondernemingsraad te onderhandelen over bepaalde (primaire en secundaire) arbeidsvoorwaarden. Voor werkgevers kan het wenselijk zijn met de ondernemingsraad te onderhandelen als een vakbond of een cao-regeling ontbreekt, omdat daardoor toch een zekere ordening in de arbeidsvoorwaarden kan worden bereikt en

1 Zie ook: *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 65.

2 *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 96.

3 P. Lalkens, 'Harde botsing tussen vakbonden en terminalbedrijf voor Rotterdamse rechter', *FD* 21 maart 2016; V. Sondermeijer, 'Jumbo wil afspraken maken zonder vakbonden,' *NRC* 24 april 2017; J. Leupen, FNV verliest in moordend tempo positie aan cao-tafel', *FD* 1 maart 2018; 'Ook winkelketen Action zet vakbond FNV buitenspel in cao-overleg', *FD* 15 februari 2018; E. Basekin & H. Van Gelder, 'Ahold-dochter Gall & Gall zet vakbonden ook buitenspel', *De Telegraaf* 2 maart 2018. Zie ook: E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002.

4 *Resultaten ledenenquête 2017 AWWN trends en ontwikkelingen HR 2017* (AWVN november 2017).

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

een werkgever niet steeds op individueel niveau hoeft te onderhandelen. Voor werknemers kan de betrokkenheid van de ondernemingsraad wenselijk zijn, omdat zij dan toch, bij gebreke van een vakbond, enige invloed op de arbeidsvoorwaarden kunnen uitoefenen. In de tweede plaats kan het overleg met de ondernemingsraad zijn ingegeven vanuit de behoefte aan een arbeidsvoorwaardenpakket dat beter is afgestemd op bedrijfsspecifieke behoeftes en overleg met de ondernemingsraad meer mogelijkheden tot maatwerk biedt. Vanaf 1982 is een tendens van meer differentiatie en maatwerk tussen en binnen sectoren en binnen ondernemingen gaande en deze tendens zal eerder toe- dan afnemen.⁶ Ook onder werknemers is er behoefte aan keuzevrijheid als uiting van de individualisering die in Nederland onmiskenbaar aanwezig is.⁷ Het belang van maatwerk lijkt in elk geval steeds groter te worden.⁸ Overleg op decentraal niveau met de ondernemingsraden wordt (mede in het licht van deze ontwikkelingen) door vakbonden niet vanzelfsprekend als iets onwenselijks gezien. Over sommige onderwerpen (denk aan onderwerpen ten aanzien waarvan de ondernemingsraad ook instemmingsrecht heeft) kan de werkgever beter onderhandelen met de ondernemingsraad dan met een vakbond en als cao's ruimte laten voor decentrale afspraken, kunnen aanvullende regelingen ook bijdragen aan het draagvlak van de cao. Sector- en ondernemings-cao's laten veel ruimte voor nadere regelingen met de ondernemingsraad.⁹

Dat werkgevers soms met ondernemingsraden onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden kan ook te maken hebben met het eisenpakket en de opstelling van cao-partijen in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Jumbo besloot in 2017 het overleg over een nieuwe cao met de vakbonden te staken, omdat Jumbo niet akkoord wilde gaan met de eisen van de vakbond.¹⁰ Jumbo zag in de ondernemingsraad een alternatieve gesprekspartner. Vermoedelijk was dat vanwege de mildere opstelling in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Ter illustratie kan voorts worden gewezen op het geschil tussen APM Terminals en FNV Havens over de aanpassing van de ondernemings-cao van APM Terminals. FNV Havens wilde daaraan niet meewerken, waarop APM Terminals besloot met de ondernemingsraad te overleggen over aanvullende arbeidsvoorwaarden.¹¹

In de Wet op de ondernemingsraden (WOR) zijn de bevoegdheden van vakbonden en ondernemingsraden met betrekking tot de arbeidsvoorwaardenvorming afgebakend. De bevoegdheidsverdeling brengt kort gezegd mee dat de ondernemingsraad geen wettelijke bevoegdheid heeft ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden en geen bevoegdheid meer heeft ten aanzien van (secundaire) arbeidsvoorwaarden wanneer in een cao een

6 F.H. Tros, *Decentralisering van arbeidsverhoudingen. Een onderzoek naar de arbeidsvoorwaardenvorming in de Nederlandse private sector in de periode 1982-2000* (diss. Utrecht), Alphen aan den Rijn: Samsom 2000.

7 De SER noemde de ontwikkeling in 1994 al 'vermoedelijk onomkeerbaar' (*Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 100).

8 Zie ook: E. Verhulst, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002).

9 Zie onder meer: N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 2.

10 V. Sondermeijer, 'Jumbo wil afspraken maken zonder vakbonden,' *NRC* 24 april 2017.

11 Rb. Rotterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2839.

uitputtende regeling is getroffen. Dit laatste wordt wel het primaat van de cao genoemd (art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 WOR). Daarnaast geldt dat, in tegenstelling tot cao-bepalingen (over arbeidsvoorwaarden voor leden), afspraken met de ondernemingsraad over arbeidsvoorwaarden niet doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Een toenemende rol van ondernemingsraden bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (al dan niet in overleg met vakbonden en op basis van een daarvoor in de cao gecreëerde bevoegdheid) roept de vraag op of de juridische vormgeving van het huidige stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming nog passend is of (op onderdelen) aanpassing behoeft. Deze vraag houdt in zoverre verband met dit onderzoek, dat in het pleidooi voor meer bevoegdheden van de ondernemingsraad mede wordt gewezen op de afnemende representativiteit van de vakbonden.¹² Meer betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaardenvorming op ondernemingsniveau kan bijdragen aan het draagvlak van collectieve regelingen, waaronder cao's. Door het delegeren van bevoegdheden aan de ondernemingsraad in cao's kan het zo zijn dat arbeidsvoorwaarden beter worden toegespitst op de specifieke wensen en behoeften van werknemers, hetgeen de waarde van het stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming ten goede komt. Naast een bespreking van de taakafbakening tussen vakbond en ondernemingsraad, bespreek ik in dit hoofdstuk in hoeverre het cao-stelsel kan worden verbeterd met het oog op de toenemende samenwerking tussen ondernemingsraden en vakbonden in de arbeidsvoorwaardenvorming en doe ik enkele aanbevelingen voor wijziging van de WOR en de Wet Cao.

8.2 De ondernemingsraad en primaire arbeidsvoorwaarden

Medezeggenschap van werknemers heeft een belangrijke betekenis voor ondernemingen en werknemers en draagt eraan bij dat binnen de onderneming op evenwichtige wijze het belang van de ondernemer en dat van werknemers wordt afgewogen. Aan medezeggenschap ligt ten grondslag dat een onderneming (ook) een arbeidsorganisatie is en dat de in de onderneming werkzame personen betrokken behoren te worden bij het reilen en zeilen van de onderneming waarin zij werken.¹³ Medezeggenschap binnen de onderneming zorgt bovendien voor draagvlak van besluiten. De medezeggenschap van werknemers is wettelijk geregeld in de WOR. Effectieve medezeggenschap en het bevorderen daarvan is een van de hoofdoelstellingen van de WOR en het medezeggenschapsbeleid van de overheid.¹⁴ 'De overheid heeft [...] de zorg voor een adequaat wettelijk raamwerk, een basisvoorziening van medezeggenschap, dat voldoende aangrijpingspunten biedt voor betrokkenheid van werknemers bij aangelegenheden die de onderneming [...] aangaan. Het wettelijk raamwerk moet betrokken in staat stellen om. In het belang van een goed functioneren van de onderneming, doelmatig te participeren.', aldus de minister.¹⁵ De ondernemingsraad speelt in de medezeggenschap van werknemers een belangrijke rol en

12 Zie ter illustratie: I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, 'Maak arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en or makkelijker mogelijk', *FD* 23 maart 2018; *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 101 en A.B. van Els e.a., 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 66.

13 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 2.

14 *Idem*, p. 3.

15 *Idem*, p. 3.

het advies- en instemmingsrecht zijn in dit kader de belangrijkste wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad (zie ook art. 19 lid 2 Grondwet).

Uit de parlementaire geschiedenis bij de herziening van de WOR in de jaren '70 volgt dat het wettelijke instemmingsrecht van de ondernemingsraad slechts betrekking heeft op secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden. De minister volgde hiermee de (destijds) heersende opvatting van werkgevers en vakbeweging, hoewel hij destijds aan deze beperking zelf niet de voorkeur gaf.¹⁶ Volgens de minister hield het verzet van werkgevers en vakbonden tegen een instemmingsrecht ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden verband met het feit dat de ondernemingsraad (ten onrechte) werd gezien als concurrent van de vakbeweging in plaats van als een orgaan dat in de onderneming, op zijn eigen plaats en op zijn eigen wijze, de specifieke belangen van werknemers behartigt.¹⁷ Thans is nog steeds uitgangspunt van de WOR dat het wettelijke instemmingsrecht slechts ziet op secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden.¹⁸ Hierbij verdient opmerking dat het onderscheid tussen primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden nergens in de wet is gedefinieerd en niet altijd scherp (te maken) is.¹⁹

Ik heb in dit onderzoek eerder gewezen (zie hoofdstuk 1 en 2) op in de samenleving zichtbare trends als decentralisering, flexibilisering en individualisering die zich blijven doorzetten. In de Nederlandse samenleving bestaat een breed gedragen besef dat allerhande problemen op de arbeidsmarkt effectief kunnen worden opgelost door gezamenlijke inspanningen van overheid, werkgevers en werknemers op verschillende niveaus (centraal, sectoraal en decentraal). Daarnaast bestaat vanuit werkgevers en werknemers een toenemende behoefte aan maatwerk en differentiatie in de bedrijfsvoering en de arbeidsvoorwaarden en directe werknemersbetrokkenheid daarbij. In de praktijk heeft dit er mede toe geleid dat tussen ondernemer en ondernemingsraad overeenkomsten worden gesloten over uitbreiding van de medezeggenschap. In het Barracuda-arrest uit 1993 overwoog de Hoge Raad dat overeenkomsten waarin de bevoegdheden van de ondernemingsraad worden uitgebreid rechtsgeldig zijn.²⁰ Mede vanwege de toename in de praktijk van ondernemingsovereenkomsten en ter bevestiging van het oordeel van de Hoge Raad in het Barracuda-arrest, is in de jaren '90 in de WOR een regeling opgenomen met betrekking tot de rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomsten. Op grond van art. 32 lid 2 WOR kunnen ondernemer en ondernemingsraad meer bevoegdheden aan de ondernemingsraad toekennen dan waarin de wet voorziet.

In de Grabowsky-zaak in 1992 was de vraag aan de orde of bij overeenkomst aan de ondernemingsraad ook instemmingsrecht kan worden toegekend ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden.²¹ De vakbonden vorderden in kort geding dat Grabowsky en de

16 *Kamerstukken II 1975/76*, 13954, 3, p. 23 en 24.

17 *Idem*, 3, p. 24.

18 *Kamerstukken II 1995/96*, 24615, 3, p. 20. Zie ook HR 11 februari 2000, *JAR 2000/86*.

19 Zie ook: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 114 en A.B. van Els e.a., 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 64.

20 HR17 maart 1993, *NJ 1993/366*.

21 Rb. 's-Gravenhage (pres.) 19 mei 1992, *JAR 1992/22 (Grabowski)*.

ondernemingsraad zich dienden te onthouden van het toekennen van bevoegdheden aan de ondernemingsraad op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden, omdat dit in strijd zou zijn met de WOR. De WOR zou volgens de vakbonden het onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden aan de vakbonden toewijzen met uitsluiting van de ondernemingsraad. Ware dit anders dan zou dat ook in strijd zijn met ILO-verdragen (waarover meer in paragraaf 8.3), waarin het primaat van collectieve onderhandelingen bij de vakbonden is neergelegd. De Rechtbank Den Haag overwoog daarentegen dat uit de wetsgeschiedenis van de WOR niet blijkt dat het de ondernemingsraad is verboden te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden, ook al is het uitgangspunt van de wetgever dat onderhandelingen door vakorganisaties worden gevoerd.

Hoewel op grond van de tekst van art. 32 lid 2 WOR duidelijk is dat bij overeenkomst aan de ondernemingsraad extra bevoegdheden kunnen worden toekend, waaronder dus instemmingsrecht ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden, volgt uit deze tekst niet klip en klaar dat ondernemer en ondernemingsraad ook rechtsgeldig afspraken kunnen maken over (primaire) arbeidsvoorwaarden. Dat dit op grond van artikel 32 WOR wel mogelijk is, volgt uit de toelichting bij art. 32 WOR. In de toelichting vergeleek de minister de ondernemingsovereenkomst naar Nederlands recht met de Duitse *Betriebsvereinbarung*. De *Betriebsvereinbarung* is een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad over onder meer arbeidsvoorwaarden. Deze afspraken werken onder het Duitse recht automatisch en dwingend door in de arbeidsovereenkomsten van individuele werknemers. De minister merkte op dat voor het integraal overnemen van het Duitse model geen aanleiding bestond (en een grote systeemwijziging nodig was), omdat in Nederland een contractueel systeem van binding aan afspraken door middel van incorporatie- en wijzigingsbedingen gebruikelijk was geworden en dat dit Nederlandse systeem voldoende mogelijkheden bood aan de groeiende behoefte aan maatwerk binnen de arbeidsvoorwaardenvorming tegemoet te komen.²² Dit nam volgens de minister niet weg dat met de regeling van artikel 32 WOR kleine stappen werden gezet in de richting van het Duitse model doordat een wettelijke basis werd gecreëerd voor overeenkomsten tussen ondernemer en ondernemingsraad, die mede arbeidsvoorwaarden betreffen.²³ De minister concludeerde dat een meer geprononceerde rol van de ondernemingsraad bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau – binnen het kader van de cao en onverlet de voorrangpositie van de cao – een te verwachten gevolg van de wet zou zijn.²⁴ Het Hof 's-Hertogenbosch bevestigde in 2012 dat een ondernemingsovereenkomst ex artikel 32 lid 2 WOR ook arbeidsvoorwaarden kan betreffen.²⁵ Mercedes Benz was met haar ondernemingsraad een inkomensgarantie overeengekomen bij wijziging van een regeling over arbeidstijden. Mercedes Benz kwam deze garantie niet na waarna de ondernemingsraad op grond van art. 36 WOR naleving van de afspraak vorderde. Mercedes Benz stelde zich op het standpunt dat de ondernemingsraad ten onrechte had gekozen voor de weg van art. 36 WOR omdat de compensatieregeling niet zou zijn aan te merken als een ondernemingsovereenkomst in de zin van art. 32 lid 2 WOR. Het hof overwoog onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis dat ervan kan worden

22 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 27.

23 *Idem*, p. 27.

24 *Idem*, p. 22.

25 Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5363 (Mercedes Benz).

uitgegaan dat ook overeenkomsten tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, die (mede) betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden, kunnen worden aangemerkt als overeenkomsten in de zin van artikel 32 lid 2 WOR.²⁶

8.3 De taakafbakening tussen ondernemingsraad en vakbond

8.3.1 De wettelijke regeling

De omstandigheid dat bij ondernemingsovereenkomst afspraken kunnen worden gemaakt over (primaire) arbeidsvoorwaarden, terwijl cao-partijen niet gehouden zijn zich in cao's te beperken tot het regelen van primaire arbeidsvoorwaarden, brengt mee dat cao-partijen en ondernemingsraad steeds (vaker) elkaars domein kunnen betreden. In de WOR is in art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 wettelijk verankerd dat het primaat van collectieve onderhandelingen bij de vakbond ligt. Op grond van art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 WOR behoeft een ondernemer geen instemming van de ondernemingsraad te vragen voor zover een betrokken aangelegenheid reeds inhoudelijk is geregeld in een cao. De WOR voorziet daarmee niet in een verbod maar in een taakafbakening. In de memorie van toelichting bij de herziening van de WOR in de jaren '70 is hierbij opgemerkt door de minister dat hij erop vertrouwt dat vakbonden zo min mogelijk onderwerpen uitputtend in de cao regelen die evengoed of misschien wel beter op ondernemingsniveau tussen ondernemer en ondernemingsraad geregeld kunnen worden. Volgens de minister is dat voor de in artikel 27 WOR genoemde onderwerpen veelal het geval omdat die het dagelijkse interne beleid van de onderneming betreffen. In verband met het streven naar een vergroting van de verantwoordelijkheid en zeggenschap van werknemers ten aanzien van het beleid van de onderneming, benadrukte de minister dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad niet verder dan nodig beperkt zouden moeten worden door cao-partijen door bepaalde zaken inhoudelijk (en uitputtend) in de cao te regelen.²⁷

Volgens Olbers spreekt het voor zich dat de ondernemingsraad geen instemmingsrecht meer heeft wanneer een bepaalde aangelegenheid uitputtend is geregeld in de cao, omdat dit voortvloeit uit de hiërarchie van de verschillende arbeidsrechtelijke bronnen. Het staat een werkgever immers niet vrij eenzijdig of met instemming van de ondernemingsraad een onderwerp te regelen in strijd met een cao-bepaling waaraan hij gebonden is. Olbers heeft daarbij terecht gewezen op art. 9, 12, 13 en 14 Wet Cao en/of art. 3 Wet Avv.²⁸ Voor het kunnen uitoefenen van het instemmingsrecht is derhalve beslissend of de ondernemer krachtens de cao nog een eigen beslissingsbevoegdheid toekomt. Als hij die vrijheid niet meer heeft, is het zinloos de ondernemingsraad nog instemmingsrecht te geven. Dat de wetgever naast regeling van de hiërarchie van de cao in de Wet Cao heeft gekozen voor een expliciete regeling van het primaat van de cao in de WOR, heeft volgens Olbers dan ook veelal een informatieve functie. Mogelijk heeft, althans volgens Olbers, de wetgever aan de ondernemer en de ondernemingsraad, die beide wellicht onvoldoende inzicht hebben in de verhouding tussen verplichtingen voortvloeiend uit verschillende arbeidsrechtelijke wetten, duidelijk willen maken waar de grenzen van de regelingsmacht van de ondernemer

²⁶ Idem, r.o. 3.6.2.

²⁷ Kamerstukken II 1975/76, 13954, 3, p. 45.

²⁸ M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de cao', SMA 1992, afl. 11, p. 662.

en derhalve ook van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad liggen, indien de ondernemer aan een (avv-)cao is gebonden.²⁹

Art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 WOR hebben qua tekst betrekking op het instemmingsrecht van de ondernemingsraad en zien qua tekst niet op de tussen de ondernemer en ondernemingsraad getroffen regeling over arbeidsvoorwaarden. Volgens Zaal dient artikel 32 lid 3 WOR evenwel ruim uitgelegd te worden en volgens haar ziet de taakafbakening van artikel 32 lid 3 WOR ook op ondernemingsovereenkomsten over arbeidsvoorwaarden.³⁰ Voor zover die ruime uitleg niet wordt gevolgd, zou naar analogie van het betoog van Olbers gezegd kunnen worden dat voor die ruime uitleg ook geen echte reden is. Afspraken tussen een werkgever en een ondernemingsraad werken niet door in de individuele arbeidsovereenkomst. Daarvoor is nodig dat die afspraken worden bevestigd in de arbeidsovereenkomst en zo'n afspraak is nietig voor zover die in strijd is met een cao. Het wettelijk systeem voorziet er in zoverre in dat aan de cao voorrang wordt verleend boven een met de ondernemingsraad overeengekomen arbeidsvoorwaardenregeling.

8.3.2 De ondernemingsraad als onderhandelaar

Aan de huidige wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen vakbond en ondernemingsraad ligt ten grondslag dat de vakbond in beginsel de aangewezen partij is om te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, omdat de vakbond daarvoor geschikter is dan de ondernemingsraad.³¹ Achterliggende gedachte daarbij is de waarborg van onafhankelijkheid, gelijkwaardigheid professionaliteit en continuïteit.³² De onderhandelingsposities van cao-partijen kunnen worden geduid als *countervailing powers*.

Een klassiek argument tegen een rol van de ondernemingsraad als onderhandelaar op het terrein van arbeidsvoorwaarden is dat de ondernemingsraad een dubbele doelstelling heeft (althans in het Nederlandse recht) die zich niet goed verhoudt tot de rol van onderhandelaar over arbeidsvoorwaarden. De ondernemingsraad heeft tot taak werknemers te vertegenwoordigen, maar wel steeds in het belang van het goed functioneren van de onderneming. Het voeren van een collectieve actie door de ondernemingsraad kan met het oog op deze dubbele doelstelling lastig zijn. Daarbij komt dat de ondernemingsraad niet onafhankelijk is. De ondernemingsraad wordt opgericht door de ondernemer en maakt deel uit van de onderneming, terwijl de leden van de ondernemingsraad in dienst zijn van de werkgever die de onderneming drijft. Leden van de ondernemingsraad genieten ontslagbescherming, maar dat neemt niet weg zij vanwege hun afhankelijkheidsverhouding gevoeliger kunnen zijn voor druk van de ondernemer en sneller dan onafhankelijke onderhandelaars (lees: vakbondsonderhandelaars) geneigd kunnen zijn in te stemmen met een regeling. De ondeskundigheid van leden van de ondernemingsraad wordt ook vaak als argument genoemd tegen al te veel bevoegdheden van de ondernemingsraad

29 Idem, p. 663.

30 I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4.

31 *Kamerstukken II* 1975/76, 13954, 3, p. 12-13 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29818, 3, p. 43.

32 *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 101.

op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.³³ Dit argument moet wel in perspectief worden geplaatst. Het mag zo zijn dat bij leden van de ondernemingsraad minder dan bij vakbonden kennis aanwezig is over onderhandelingsstrategieën en arbeidsvoorwaardenontwikkelingen bij vergelijkbare bedrijven in de branche, maar daar staat tegenover dat ondernemingsraadleden mogelijk beter dan vakbonden weten wat 'speelt' in de onderneming. Overigens hebben ondernemingsraden de mogelijkheid een deskundige in te schakelen voor zaken waar specialistische kennis voor nodig is. Dat kan volgens Zaai en Zwemmer ook een vakbondsonderhandelaar zijn.³⁴

Een belangrijk argument voor een rol van de ondernemingsraad als onderhandelaar over arbeidsvoorwaarden is dat leden van de ondernemingsraad worden gekozen en dat besluiten van de ondernemingsraad derhalve steunen op een democratische legitimatie die bij vakbonden ontbreekt. Deze democratische legitimering is noemenswaardig maar niet allesbepalend en verdient ook nuancering. Verkiezingen van de ondernemingsraad blijken in veel bedrijven niet vaak op veel aandacht van de in de onderneming werkzame personen te kunnen rekenen, waardoor de opkomst in het algemeen niet erg hoog is. Daarbij komt dat het in de praktijk niet eenvoudig blijkt voldoende werknemers bereid te vinden zich verkiesbaar te stellen voor de ondernemingsraad zodat er voor werknemers ook niet echt iets te kiezen is.³⁵ Voorts geldt dat de WOR geen verplicht achterbanoverleg kent, waardoor de ondernemingsraad op grond van de wet niet gehouden is voor zijn besluiten steeds naar voldoende draagvlak binnen de onderneming te zoeken. Uit onderzoek van het Praktijkblad Ondernemingsraad uit 2008 blijkt dat ondernemingsraden na verkozen te zijn, minder vaak contact hebben met hun achterban dan voor het goed functioneren van de medezeggenschap wenselijk is.³⁶

Een ander argument ten faveure van de ondernemingsraad betreft de representativiteit. De achterban van veel vakbonden is door een vergrijzing van ledenbestanden en een daling van de organisatiegraad soms geen goede afspiegeling van de groep werknemers die vakbonden beogen te vertegenwoordigen. Anders gezegd, het ledenbestand van vakbonden is soms niet representatief. De ondernemingsraad daarentegen is op grond van artikel 9 lid 4 WOR gehouden ervoor zorg te dragen dat verschillende groepen van de in de onderneming werkzame personen in de onderneming vertegenwoordigd zijn, kortom: dat de ondernemingsraad representatief is. Ook dit argument verdient nuancering. Uit cijfers over de samenstelling van het ledenbestand van vakbonden volgt dat met name werkenden met flexibele arbeidsrelaties, zoals: tijdelijke werknemers, uitzendkrachten en zelfstandigen, zijn ondervetegenwoordigd in het ledenbestand van vakbonden. Bij verkiezingen van de ondernemingsraad hebben zelfstandigen echter ook geen stemrecht

33 C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19-39.

34 I. Zaai en J.P.H. Zwemmer, 'Maak arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en or makkelijker mogelijk', *FD* 23 maart 2018.

35 T. Meirink en L.C.J. Sprengers, 'Ondernemingsraad en achterban', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2009, p. 86-87 en C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19-39.

36 *Praktijkblad Ondernemingsraad*, december 2008, p. 16-17.

en hebben uitzendkrachten pas na dertig maanden actief kiesrecht en pas na zesendertig maanden passief kiesrecht.³⁷ De WOR maakt geen onderscheid tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en onbepaalde tijd, maar de WOR stelt wel als vereiste dat werknemers minimaal zes maanden in de onderneming werkzaam zijn alvorens zij beschikken over actief kiesrecht en voor het passief kiesrecht geldt een periode van twaalf maanden. Dit vereiste brengt mee dat werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst *de facto* vaker dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geen actief en/of passief kiesrecht hebben. Mede in het licht van het gebrek aan belangstelling voor ondernemingsraadverkiezingen (zowel waar het gaat om de verkiezingen zelf als om de verkiesbaarheid van werknemers), is hierdoor ook het nodige af te dingen op de representativiteit van ondernemingsraden.

Een effect van een toenemende rol van de ondernemingsraad als onderhandelaar op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaarden is dat het arbeidsvoorwaardenoverleg zal verschuiven naar ondernemingsniveau. Een verschuiving van het overleg in die richting kan ten koste gaan van de werkgelegenheid. Een looneis op sectorniveau is immers afgestemd op de gemiddelde loonruimte in een sector. De loonruimte die niet wordt benut biedt werkgevers de mogelijkheid meer mensen van werk te voorzien, terwijl die loonruimte bij onderhandelingen op ondernemingsniveau wordt aangewend voor verbetering van de arbeidsvoorwaarden van het zittende personeel. Met de belangen van *outsiders* wordt bij onderhandelingen op ondernemingsniveau dus minder rekening gehouden dan wanneer arbeidsvoorwaardenvorming op bedrijfstakniveau plaatsvindt. Arbeidsvoorwaardenvorming op decentraal niveau brengt daarnaast mee dat het cao-overleg minder geschikt is voor de concretisering van beleidsvoornemens omdat de focus in het overleg meer gericht zal zijn op de onderhandeling over in de onderneming geldende arbeidsvoorwaarden.³⁸

Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat de vakbond in beginsel nog steeds het meest geschikt is werknemers te vertegenwoordigen bij onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden en dat de wettelijke bevoegdheidsverdeling op dit punt niet hoeft te worden aangepast, in die zin dat aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden moeten worden toegekend. Dat neemt niet weg dat de ondernemingsraad een belangrijke toegevoegde waarde kan hebben op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming. Samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden kan bijdragen aan meer betrokkenheid van werknemers bij het overleg en een betere afstemming van de arbeidsvoorwaarden op de specifieke behoeftes van verschillende ondernemingen en de daarin werkzame personen. Dit kan ten goede komen aan het draagvlak van de cao met behoud van de onafhankelijkheid en deskundigheid van onderhandelaars en met oog voor het belang van werkgelegenheid en sociaaleconomisch overheidsbeleid. Die samenwerking komt in de praktijk steeds vaker van de grond door middel van zogenoemde decentralisatiebepalingen in cao's waarin door

37 Rb. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5411. De kantonrechter overwoog als volgt: "De kantonrechter is van oordeel dat uit de WOR volgt dat uitzendkrachten pas nadat zij 24 maanden werkzaam zijn bij een inlener op basis van een uitzendovereenkomst aangemerkt dienen te worden als 'in de onderneming werkzame persoon' in de zin van artikel 1 lid 3 onder a WOR en dat daarna pas de termijnen van artikel 6 WOR gaan lopen".

38 Zie ook: *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 111.

cao-partijen allerhande onderwerpen aan het decentraal overleg worden overgelaten en die ontwikkeling is in lijn met de wens van de minister op dit punt.³⁹ In dit verband merk ik nog op dat de SER in zijn advies in 2013 over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken heeft opgemerkt dat het vergroten van directe werknemersbetrokkenheid ten goede kan komen aan het draagvlak van cao-afspraken en dat sociale partners moeten blijven werken aan maatwerk en flexibiliteit.⁴⁰ Het betrekken van de ondernemingsraad bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming draagt zowel bij aan directe werknemersbetrokkenheid als aan maatwerk en flexibiliteit.

8.3.3 Taakafbakening in internationaal perspectief

De taakafbakening tussen vakbonden en ondernemingsraden op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is ook onderwerp van ILO-verdragen 135 en 154. In ILO-verdrag 135 is in artikel 5 bepaald dat:

Where there exist in the same undertaking both trade union representatives and elected representatives, appropriate measures shall be taken, wherever necessary, to ensure that the existence of elected representatives is not used to undermine the position of the trade unions concerned or their representatives and to encourage co-operation on all relevant matters between the elected representatives and the trade unions concerned and their representatives.

Uit artikel 3 van ILO-verdrag 154 volgt:

Where [...] the term collective bargaining also includes negotiations with the workers' representatives [...], appropriate measures shall be taken, wherever necessary, to ensure that the existence of these representatives is not used to undermine the position of the workers' organizations concerned.

Het overleg tussen sociale partners over arbeidsvoorwaarden wordt internationaal van cruciaal belang geacht voor een gezond en evenwichtig stelsel van arbeidsverhoudingen en voornoemde verdragsbepalingen (alsmede verdragen met betrekking tot de vrijheid van vakorganisatie en de vrijheid van collectief onderhandelen) onderstrepen dit. ILO-verdragen nr. 135 en 154 brengen voor de Nederlandse wetgever kort gezegd mee dat passende maatregelen worden genomen om te voorkomen dat de positie van vakbonden op het terrein van collectieve onderhandelingen wordt ondermijnd door de ondernemingsraad. In de eerder besproken Grabowsky-zaak overwoog de Rechtbank Den Haag niet alleen dat de WOR zich er niet tegen verzet dat bij overeenkomst het instemmingsrecht van de ondernemingsraad kan worden uitgebreid tot primaire arbeidsvoorwaarden, maar ook dat deze uitbreiding van bevoegdheden niet in strijd is met onder meer voornoemde verdragen. Volgens de rechtbank beperkt het toekennen van bevoegdheden aan de ondernemingsraad op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden werknemers immers niet in hun recht zich te organiseren en wordt hiermee evenmin inbreuk gemaakt op hun mogelijkheden tot collectief onderhandelen.⁴¹ Voornoemde verdragsbepalingen waarborgen volgens de

39 *Kamerstukken II 1975/76*, 13954, 3, p. 45.

40 *Verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van augustus 2013, SER 13/03), Den Haag: SER 2013, p. 40.

41 Rb. 's-Gravenhage (pres.) 19 mei 1992, *JAR* 1992/22 (*Grabowski*), r.o. 4.5.

rechtbank bepaalde rechten van werknemers, maar zij creëren geen plicht voor werkgevers met vakbonden te onderhandelen.⁴²

Koot-van der Putte en Zaal zijn in lijn met de Rechtbank Den Haag van mening dat mede vanwege de huidige wettelijke taakafbakening tussen ondernemingsraad en vakbonden in art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 WOR voldoende is gewaarborgd dat de positie van de vakbond niet wordt ondermijnd door aan de ondernemingsraad op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden bevoegdheden toe te kennen.⁴³ Voor een deel kan ik mij hierin vinden. Voor zover er een cao is, voldoet de huidige wettelijke taakafbakening. Art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 WOR brengen mee dat er voor de ondernemingsraad geen rol meer is weggelegd ten aanzien van onderwerpen die uitputtend in een cao geregeld zijn. Voor zover de cao ruimte laat voor nadere regeling op ondernemingsniveau, wordt de bevoegdheid van de ondernemingsraad niet ingeperkt. Cao-partijen kunnen op grond van de WOR en de Wet Cao opkomen tegen tussen de ondernemer en ondernemingsraad overeengekomen regelingen (of eenzijdig door de werkgever vastgestelde besluiten waarmee de ondernemingsraad heeft ingestemd) die in strijd zijn met de cao. Uitgangspunt is dat met de cao strijdige bepalingen nietig zijn. De redelijkheid en billijkheid kunnen in uitzonderingssituaties meebrengen dat de afspraken met de ondernemingsraad toch hun geldigheid behouden.⁴⁴ Daarmee wordt de positie van de vakbond echter niet ondermijnd. Dit neemt niet weg dat een werkgever strategisch ervoor zou kunnen kiezen in overleg te treden met zijn ondernemingsraad en niet met een vakbond.⁴⁵ Er komt dan geen cao tot stand maar een (met de ondernemingsraad) overeengekomen arbeidsvoorwaardenregeling en feitelijk kan de positie van de vakbond daarmee dus wel worden ondermijnd. De wet verplicht werkgevers immers niet tot het aangaan van cao's of uitsluitend met vakbonden te onderhandelen over collectieve arbeidsvoorwaarden, terwijl dus de ondernemingsraad ook over primaire arbeidsvoorwaarden een regeling kan treffen. Om te voorkomen dat werkgevers strategisch kiezen voor het overleg met de ondernemingsraad in plaats van met de vakbond in een cao-loze periode of om het cao-overleg te frustreren, zou aan art. 32 lid 3 WOR moeten worden toegevoegd dat de ondernemingsraad niet alleen geen rol meer heeft ten aanzien van een bepaald onderwerp als dat in een cao is geregeld, maar ook als dat onderwerp geregeld pleegt te worden in een voor de onderneming normaliter geldende cao.⁴⁶

Aanbeveling 1:

Artikel 32 lid 3 (nieuw): Indien aan de ondernemingsraad op grond van dit artikel een adviesrecht of instemmingsrecht is toegekend, is het advies of de instemming van de ondernemingsraad niet vereist, voor zover de aangelegenheid voor de onderneming reeds

42 Idem.

43 I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4 en E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en individuele contractsvrijheid* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer 2007, p. 217-219. Zie ook: A.B. van Els e.a., 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2009, p. 68.

44 Rb. Rotterdamdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2839.

45 Zie ook: M.M. Olbers, 'Vakbond of ondernemingsraad?', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 189.

46 Zie ook: *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 113.

inhoudelijk is of pleegt te worden geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst of in een regeling vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.

8.3.4 Geen doorwerking van de ondernemingsovereenkomst

Afspraken die een ondernemer met zijn ondernemingsraad maakt over arbeidsvoorwaarden werken niet door in de individuele arbeidsovereenkomst en naar mijn mening is er geen reden dit uitgangspunt te wijzigen.⁴⁷ In de literatuur is wel voorgesteld aan ondernemingsovereenkomsten doorwerking te verlenen wanneer in een bedrijf geen cao geldt, of wanneer een cao een onderwerp ongeregeld laat. Aan de afspraken met de ondernemingsraad zouden dan wel een aantal voorwaarden verbonden dienen te worden, zoals een verplicht achterbanoverleg.⁴⁸ Daarbij wordt dan veelal verwezen naar het Duitse model omtrent de doorwerking van ondernemingsovereenkomsten (*Betriebsvereinbarung*). De doorwerking van afspraken met de ondernemingsraad zou aan veel onduidelijkheid over de status van afspraken met de ondernemingsraad een einde maken en zou tegemoetkomen aan trends als decentralisatie en differentiatie.

Rechtstreekse doorwerking van afspraken met de ondernemingsraad staat naar mijn mening op gespannen voet met internationale verdragsnormen omtrent de vrijheid van vakvereniging en collectief onderhandelen. Door de 'doorwerking' van afspraken met de ondernemingsraad krijgen deze afspraken nagenoeg dezelfde status als cao-bepalingen en worden daardoor een aan de cao gelijkwaardig alternatief.⁴⁹ Een werkgever die een voor de werknemer bindende regeling wil vaststellen in zijn onderneming kan kiezen voor onderhandelingen met de ondernemingsraad of de vakbond. De figuur van de ondernemingsovereenkomst zou daardoor de cao als de gebruikelijke, en uit het oogpunt van evenwichtigheid en onafhankelijkheid van onderhandelingsposities te verkiezen, vorm van arbeidsvoorwaardenvorming kunnen verdringen, en de positie van de werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties bij de arbeidsvoorwaardenvorming kunnen ondermijnen

47 Zie bijvoorbeeld ook: M.M. Olbers, 'Vakbond of ondernemingsraad?', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 186. Dit is wat mij betreft anders als het gaat om afspraken met de ondernemingsraad die een grondslag hebben in een cao, waarover meer in paragraaf 8.4.

48 Zie onder meer: A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de or overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996, afl. 3; A.M. Luttmer-Kat en F. Koning in het verslag van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid (*Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 5); B. Otten, 'De combinatie cao-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998, afl. 12; A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridische tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922; 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; Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4. Terughoudender zijn: A.B. van Els e.a. (A.B. van Els e.a., 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2009). Auteurs pleitten in deze bijdrage voor een nader onderzoek alvorens de wet op dit punt wordt gewijzigd.

49 Het is niet helemaal gelijkwaardig, want in overleg met de ondernemingsraad kan niet worden afgeweken van bepalingen van driekwartdwingend recht en een akkoord met de ondernemingsraad is voor een werkgever onvoldoende om dispensatie van een avv-cao te verkrijgen.

(zie ook paragraaf 8.3.2).⁵⁰ Daarnaast geldt dat het door middel van het cao-instrument voeren van beleid dat mede georiënteerd is op algemene sociaaleconomische belangen betreffende werkgelegenheid, pensioen en scholing wordt bemoeilijkt.⁵¹

In het thans geldende recht vindt doorwerking van afspraken met de ondernemingsraad plaats via incorporatie- en wijzigingsbedingen en ook via die weg kan aan de behoefte van meer maatwerk door werkgevers tegemoet worden gekomen. Zie hierover ook hoofdstuk 9.

8.4 Bindende decentrale afspraken

8.4.1 Algemene opmerkingen

Door in cao's bepaalde onderwerpen over te dragen aan de regelingsmacht van de ondernemingsraad kan meer ruimte voor maatwerk worden geboden, met als gevolg dat het draagvlak van cao-afspraken kan worden versterkt. Rayer en Van Leeuwen-Scheltema wezen (ook) op dit voordeel van samenwerking tussen vakbond en ondernemingsraad, maar zij signaleerden ook bedreigingen die bespreking waard zijn.⁵² In de eerste plaats kan delegatie aan ondernemingsraden het zogenoemde *freeriden* versterken en de organisatiegraad verder doen afnemen. Werknemers die geen lid zijn profiteren van het werk van vakbonden en door overdracht van bevoegdheden aan de ondernemingsraad kunnen zij – via ondernemingsraadverkiezingen en achterbanoverleg – zelfs invloed uitoefenen op de inhoud van de arbeidsvoorwaarden zonder dat daarvoor een bijdrage (in de vorm van contributie) tegenover staat. Daarnaast achten zij denkbaar dat vakbonden in het cao-overleg onder druk worden gezet zoveel mogelijk onderwerpen over te laten aan de ondernemingsraad, waardoor vakbonden als werknemersvertegenwoordiger met de meeste *countervailing power* aan terrein verliezen. Volgens Rayer en Van Leeuwen-Scheltema zijn lang niet alle ondernemingsraden voldoende toegerust om met voldoende onafhankelijkheid en deskundigheid te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden en ook de representativiteit van ondernemingsraden is niet altijd in orde (zie hierover paragraaf 8.3.2). Een tweede door Rayer en Van Leeuwen-Scheltema gesignaleerde bedreiging schuilt hierin dat voor werknemers minder goede arbeidsvoorwaarden worden bereikt.

Ik denk dat het wel meevalt met de bedreigingen. In de eerste plaats is het niet mijn verwachting dat werknemers zullen afzien van het lidmaatschap van een vakbond als zij via de ondernemingsraad iets te zeggen zullen krijgen over de inhoud van de arbeidsvoorwaarden. Uit onderzoek naar decentralisatiebepalingen in cao's volgt dat ondernemingsraden toch met name ten aanzien van secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden inspraak hebben en dat de inspraak op primaire arbeidsvoorwaarden erg beperkt is.⁵³ Die onderwerpen regelen vakbonden toch veelal zelf. Daarbij komt dat werknemers ook juist het nut van

50 *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 110-111.

51 *Idem*.

52 C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19-39.

53 N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 2.

lidmaatschap van een vakbond kunnen gaan inzien doordat zij in de onderneming meer betrokken worden bij de arbeidsvoorwaardenvorming. Door het lidmaatschap van een vakbond kunnen zij ook daadwerkelijk iets te zeggen krijgen over de aard en omvang van de bevoegdheidsoverdracht aan de ondernemingsraad. Uit het hiervoor besproken empirisch onderzoek blijkt voorts dat vakbonden zich niet gemakkelijk onder druk laten zetten door werkgevers om veel of belangrijke onderwerpen over te dragen aan het overleg met de ondernemingsraad. Het zijn toch veelal onderwerpen die liggen op het terrein van het instemmingsrecht die aan het decentraal overleg worden overgelaten en dat is in lijn met de opvatting van de minister dat vakbonden steeds goed moeten afwegen welke onderwerpen beter aan het overleg op ondernemingsniveau overgelaten kunnen worden.⁵⁴ Dat is vooral aan de orde bij onderwerpen die het dagelijkse interne beleid van de onderneming betreffen. Daarbij komt dat ongeclausuleerde decentralisatiebepalingen in cao's eigenlijk niet voorkomen. Vakbonden houden vaak een stevige regie.

Wanneer een cao aan het decentrale overleg (dat wil in dit verband zeggen ondernemer en ondernemingsraad) de bevoegdheid verleent een van de cao afwijkende regeling te treffen of ruimte laat voor een nadere regeling op ondernemingsniveau, bestaat juridische onduidelijkheid over de binding van individuele werknemers aan zo'n nadere decentrale regeling. Die onduidelijk kan meebrengen dat de samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden in de praktijk niet van de grond komt.

8.4.2 Literatuur

Decentrale afspraken binden werknemers niet

Laagland heeft zich op het standpunt gesteld dat afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad ter aanvulling op of uitwerking van een cao, waarin aan decentrale partijen de bevoegdheid is toekend nadere regels overeen te komen, individuele werknemers niet binden zoals cao-bepalingen dat doen.⁵⁵ Individuele werknemers dienen dus steeds met deze afspraken akkoord te gaan alvorens deze afspraken de individuele arbeidsrelatie kunnen gaan beheersen. Laagland heeft er ter onderbouwing van dit standpunt in de eerste plaats op gewezen dat deze overeenkomst (tussen ondernemer en ondernemingsraad) niet kwalificeert als cao in de zin van art. 1 lid 1 Wet Cao, omdat bij de overeenkomst geen vakbond partij is. De Wet Cao biedt volgens Laagland ook geen mogelijkheid het leerstuk van doorwerking over te dragen aan de ondernemingsraad. Voorts vindt zij het te ver gaan afspraken met de ondernemingsraad een gelijkwaardige status toe te kennen als cao-bepalingen vanwege de onafhankelijkheidspositie van ondernemingsraadleden. Tot slot maakt volgens Laagland de binding aan door de ondernemingsraad overeengekomen arbeidsvoorwaarden te veel inbreuk op de contractsvrijheid van werknemers omdat zij geen lid kunnen worden van de ondernemingsraad en een achterbanoverleg wettelijk niet verplicht is. De doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen arbeidsvoorwaarden dient volgens haar te worden getoetst aan art. 7:613 BW. Zij merkt daarbij op dat de omstandigheid dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met een bepaalde wijziging, een aanwijzing vormt dat

⁵⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13954, 3, p. 45.

⁵⁵ F.G. Laagland, 'Decentralisatiebepalingen in cao's. De gedelegeerde rol van de ondernemingsraad bij primaire arbeidsvoorwaarden', *TAP* 2014/204.

aan die wijziging een zwaarwegend ondernemersbelang ten grondslag ligt.⁵⁶ Artikel 7:613 BW biedt volgens Laagland een waarborg tegen ondernemingsraden die zonder goede grond met bepaalde afspraken instemmen. Zij volgt in haar betoog de opvattingen van Rayer en Van Leeuwen-Scheltema die eveneens van mening zijn dat decentrale afspraken die hun grond vinden in een cao niet doorwerken zoals cao-bepalingen dat doen en zijn onderworpen aan de toets van de eenzijdige wijziging.⁵⁷

Decentrale afspraken binden werknemers

Van der Heijden heeft zich op het standpunt gesteld dat decentrale afspraken die hun grondslag vinden in een cao, ook de status van een cao-bepaling hebben of zouden moeten hebben. Hij wees er daarbij op dat als gevolg van de decentralisatietendens een ontwikkeling gaande is waarbij bedrijfstak-cao's in toenemende mate globaal van karakter zijn en waarbij door middel van regelopdrachten in de cao invulling op ondernemingsniveau wordt overgelaten aan de ondernemingsraad. De binding aan decentrale afspraken past bij deze ontwikkeling.⁵⁸ Bijlsma komt tot dezelfde conclusie als Van der Heijden. Volgens Bijlsma is verdedigbaar dat de contractsvrijheid van cao-partijen meebrengt dat zij aan een ondernemingsovereenkomst de kracht van cao toekennen.⁵⁹ Een ondernemingsovereenkomst die tot cao wordt verheven werkt op grond van de Wet cao door in de individuele arbeidsovereenkomsten van georganiseerde werknemers. Voor ongeorganiseerde werknemers geldt dat zij met de toepasselijkheid van de cao moeten hebben ingestemd alvorens de ondernemingsovereenkomsten kan doorwerken. Van Bon heeft het toegenomen belang van decentrale afspraken als gevolg van de decentraliseringstendens erkend, maar acht een enkele regelopdracht in de cao onvoldoende om te aanvaarden dat decentrale afspraken automatisch doorwerken in de arbeidsovereenkomst voor aan de cao gebonden werknemers. Volgens Van Bon is daarvoor nog een aparte bepaling in de arbeidsovereenkomst nodig. Nadere toetsing van de decentrale afspraken aan bijvoorbeeld de 7:613-toets hoeft dan evenwel niet meer plaats te vinden.⁶⁰ Stege is ook een voorstander van automatische doorwerking, maar acht daarvoor wel noodzakelijk dat vakbonden in de statuten hebben opgenomen dat bevoegdheden aan de ondernemingsraad kunnen worden gedelegeerd.⁶¹ Dit vereiste voegt naar mijn mening niet veel toe. In de besluitvorming over een cao kunnen leden van de vakbond zich immers uitspreken over delegatie aan de ondernemingsraad. Als voor leden een extra waarborg zou moeten gelden in het kader van de binding aan decentrale afspraken, dan ligt veeleer voor de hand dat voor doorwerking als aanvullend vereiste zou moeten gelden dat de cao dit uitdrukkelijk bepaalt.

56 Zie daarover ook: A.B. van Els & K. Deelen, 'De invloed van de OR bij wijziging arbeidsvoorwaarden ex art. 7:613 BW', *TRA* 2013/78.

57 C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 32 t/m 35.

58 P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998/5, p. 213.

59 A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden. Een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999, afl. 1.

60 B. van Bon, 'De lading kan omgevlagd. Het incorporeren van de ondernemingsovereenkomsten in cao's', *SR* 1999, afl. 10.

61 A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SMA* 1999, afl. 10.

8.4.3 *Rechtspraak*

Over de doorwerking van decentrale afspraken in de individuele arbeidsovereenkomst is twee keer in appel geprocedeerd. In beide zaken werd aangenomen dat individuele werknemers waren gebonden aan de decentrale afspraken, maar de motivering in beide zaken was verschillend.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch diende zich in 2013 te buigen over de vraag of werknemers waren gebonden aan een afspraak van hun werkgever en diens ondernemingsraad over de afschaffing van een jubileumbijlage. De afspraak was gebaseerd op artikel 1.8 van de Grafmedia-cao. De werkgever stelde zich op het standpunt dat de afspraak paste binnen de gelaagde structuur van de cao. In eerste aanleg overwoog de kantonrechter dat de decentralisatie-bepaling in de cao moest worden opgevat als eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW, maar het hof volgde dit standpunt niet. Volgens het hof is voor dit oordeel doorslaggevend dat cao-partijen in de cao aan het decentrale overleg de bevoegdheid hebben gegeven over bepaalde onderwerpen nadere afspraken te maken en dat deze nadere regels bindend zijn voor werknemers. 'Dit betekent dat de nieuwe regeling als gebaseerd op en voortvloeiend uit de cao in vorenbedoelde zin bindend is voor geïntimeerden [werknemers, NJ]. De in de cao vastgestelde regeling creëert aldus geen bevoegdheid voor de werkgever eenzijdig arbeidsvoorwaarden te kunnen wijzigen, maar vormt een aanvulling op die cao en maakt daarvan aldus tevens onderdeel uit, in die zin dat de bij die cao betrokken onderhandelingspartners op het niveau van een onderneming hun bevoegdheid om over bepaalde onderwerpen nadere afspraken te maken overlaten aan de onder de werkingssfeer van de cao vallende onderneming enerzijds en de werknemersvertegenwoordiging in die onderneming anderzijds. Een toets van deze nadere (in de cao geoorloofde) afspraak tussen werkgever en werknemers op basis van artikel 7:613 BW is naar het voorlopig oordeel van het hof dan ook niet aan de orde.'⁶²

Gerechtshof Amsterdam

Het Gerechtshof Amsterdam overwoog in 2014 dat de bevoegdheid decentrale afspraken te maken door ondernemer en ondernemingsraad rechtstreeks voortvloeit uit de Grafimedia-cao. Het hof oordeelde dat het beginsel van contractsvrijheid meebrengt dat partijen bij het sluiten van een overeenkomst een ruime bevoegdheid toekomt bij het bepalen van de rechten en verplichtingen die over en weer zullen gelden.⁶³ Bij een cao vindt die vrijheid haar begrenzing daarin, dat zij ingevolge het bepaalde in artikel 1 van de Wet Cao voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden tot onderwerp zal moeten hebben, aldus het hof. Het hof oordeelde verder dat de decentrale afspraken betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden en dat deze afspraken op zichzelf bezien niet als cao kunnen worden gekwalificeerd. Hoewel het hof niet heeft gemotiveerd waarom dat niet het geval is, ligt voor de hand dat het hof tot dit oordeel is gekomen vanwege de omstandigheid dat een cao op grond van artikel 1 lid 1 Wet Cao van werknemerszijde alleen kan worden aangegaan door een werknemersvereniging en een ondernemingsraad is geen werknemersvereniging.

⁶² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, *JAR* 2014/13.

⁶³ Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2014, *RAR* 2014/88.

Dat een decentrale afspraak niet kwalificeert als cao is volgens het hof evenwel geen omstandigheid die meebrengt dat leden van FNV en CNV niet aan de decentrale afspraak zijn gebonden. Deze gebondenheid vloeit namelijk voort uit het feit dat FNV en CNV de bevoegdheid tot het maken van decentrale afspraken bij cao hebben gedelegeerd, hetgeen betekent dat wel sprake is van binding op grond van de cao en (dus) van doorwerking van die afspraken in individuele arbeidsovereenkomsten, aldus het hof. Aan deze binding stond volgens het hof niet in de weg dat de decentrale afspraken niet waren aangemeld op grond van artikel 4 van de Wet op de loonvorming. Volgens het hof geldt het in dit artikel vervatte meldingsvoorschrift alleen voor cao's en de decentrale afspraak is geen cao.

In de decentralisatiebepaling die in de zaken bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en het Gerechtshof Amsterdam centraal stond, was expliciet bepaald dat individuele werknemers aan de decentrale afspraak gebonden waren. De vraag is of dit een vereiste zou moeten zijn om individuele binding aan de decentrale afspraken aan te nemen. Dat in de decentralisatiebepaling was bepaald dat individuele werknemers waren gebonden aan deze decentrale afspraken, was in elk geval voor het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een relevante omstandigheid. Volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch volgde uit de in de cao opgenomen binding aan de decentrale afspraak, dat het ging om een aan de ondernemingsraad overgedragen bevoegdheid ten aanzien van een aantal onderwerpen nadere regels te stellen. Het Gerechtshof Amsterdam heeft in zijn kernoverweging niet expliciet benoemd dat in de decentralisatiebepaling was opgenomen dat individuele werknemers aan die decentrale afspraken waren gebonden. Of het daardoor ook geen relevante omstandigheid is, is de vraag. Als cao-partijen een afspraak over arbeidsvoorwaarden delegeren aan de ondernemingsraad, is daarvan het gevolg, aldus het hof, dat werknemers daaraan gebonden zijn conform de Wet Cao. Dat neemt niet weg dat het hof de mogelijkheid van cao-partijen bevoegdheden te delegeren, heeft gebaseerd op hun contractsvrijheid. Of cao-partijen in een cao regelgevende bevoegdheid aan het decentrale overleg hebben gedelegeerd is daardoor een kwestie van uitleg en daarbij kan doorslaggevende betekenis toekomen aan de vraag of in de cao zelf is geregeld dat individuele werknemers aan decentrale afspraken zijn gebonden. Gelet op het voorgaande kan naar mijn mening gezegd worden dat uit de rechtspraak van de gerechtshoven volgt dat voor de automatische doorwerking van decentrale afspraken nodig is dat in een cao expliciet is bepaald dat individuele werknemers daaraan zijn gebonden. Door dit als 'constitutief' vereiste te stellen, is overigens extra gewaarborgd dat vakbonden in het cao-overleg een weloverwogen besluit hebben genomen ten aanzien van de mate waarin zij het decentraal overleg betrekken bij de arbeidsvoorwaardenvorming.

Overigens was de ondernemingsraad op grond van de Grafimedia-cao verplicht de achterban te raadplegen alvorens tot decentrale afspraken te komen. Anders gezegd, achterbanraadpleging, die op grond van de WOR niet verplicht is, was onderdeel van de decentralisatiebepaling. Deze raadpleging heeft – gelet op de tekst van de cao – tot doel te waarborgen dat de decentrale afspraken op voldoende draagvlak kunnen rekenen. De samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden kan bijdragen aan het draagvlak van cao-afspraken en in het licht hiervan is goed verdedigbaar dat in de cao door cao-partijen eisen worden gesteld met betrekking tot de raadpleging van de achterban door ondernemingsraden. Wanneer een besluit van de ondernemingsraad op een gering draagvlak kan rekenen draagt

het decentrale overleg niet bij aan het draagvlak van cao-afspraken. Sterker, als door de ondernemingsraad gemaakte afspraken niet breed worden gedragen in de onderneming terwijl de ondernemingsraad die regelgevende bevoegdheid direct ontleent aan de cao, kan dit ook een negatief effect hebben voor het draagvlak van de cao (en andere daarin gemaakte afspraken). Hiertegenover zou men kunnen stellen dat de ondernemingsraad is gekozen en dat zijn besluiten daarmee democratisch gelegitimeerd zijn, waardoor een achterbanraadpleging achterwege kan blijven. Ter nuancering van deze democratische grondslag voor het draagvlak van besluiten van de ondernemingsraad verwijs ik naar paragraaf 8.3.2.

Nu de overdracht van de bevoegdheid aan ondernemingsraden om bindende afspraken te maken is gebaseerd op de contractsvrijheid van cao-partijen, staat het cao-partijen vrij het procedurele en materiële kader waarbinnen deze afspraken tot stand dienen te komen, zelf vorm te geven. Dit kan ook meebrengen dat decentrale afspraken slechts in werking kunnen treden – of kunnen doorwerken op decentraal niveau – indien cao-partijen met deze afspraken hebben ingestemd. Dat lijkt mij overigens niet nodig, omdat het aan cao-partijen is in welke mate zij invloed willen houden op het decentrale overleg. In 2009 hebben Van Els e.a. gepleit voor meer ‘doorwerking’ van afspraken met de ondernemingsraad voor zover de afspraken met de ondernemingsraad tot stand zijn gekomen met inachtneming van een aantal waarborgen. Zij noemden daarbij onder meer een voldoende draagvlak van het resultaat (via achterbanoverleg).⁶⁴

De automatische doorwerking van decentrale afspraken die in de rechtspraak is aangenomen, lijkt alleen te gelden voor aan de cao gebonden werknemers. Als een decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst⁶⁵ dient te worden beschouwd als onderdeel van de cao (leer van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch) dan is de Wet Cao op deze decentrale arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing, dus inclusief het onderscheid dat in de wet wordt gemaakt tussen leden en niet-leden. Alleen aan de cao gebonden werknemers zijn dan ook aan de decentrale afspraak gebonden. Ook in de leer van het Gerechtshof Amsterdam ligt alleen binding aan de decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst van aan de cao gebonden werknemers voor de hand. De overdracht van regelgevende bevoegdheid door de vakbond aan de ondernemingsraad raakt alleen leden van de vakbond.⁶⁶ Voor binding van ongebonden werknemers aan met de ondernemingsraad gemaakte afspraken is een nadere afspraak over de toepasselijkheid van deze afspraak tussen werkgever en ongebonden werknemers nodig. Of een in de arbeidsovereenkomst voorkomend incorporatiebeding dat verwijst naar een cao, ook betrekking heeft op een decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst die op deze cao is gebaseerd, is een kwestie van uitleg van het incorporatiebeding en mede afhankelijk van de kwalificatie van de decentrale afspraken. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft de decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst aangemerkt als aanvulling op of onderdeel van de

64 A.B. van Els e.a., 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2009, p. 70.

65 Zie voor deze term ook: N. Jansen en I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 2.

66 Zie ook noot J.J.M de Laat bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, *JAR* 2014/13.

cao. Als de decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst inderdaad wordt gekwalificeerd als onderdeel van de cao, is verdedigbaar dat een incorporatiebeding dat verwijst naar een cao, onder omstandigheden ook kan zien op een op die cao gebaseerde decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst die daarvan onderdeel geworden is. Verzet daartegen is mogelijk via de weg van de uitleg of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie hierover ook hoofdstuk 5 en 6). Als de decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst geen onderdeel wordt van de cao, maar dient te worden gekwalificeerd als een ondernemingsovereenkomst in de zin van artikel 32 lid 2 WOR (leer van het Gerechtshof Amsterdam), dan vind ik minder goed verdedigbaar dat een incorporatiebeding dat enkel verwijst naar cao's ook kan zien op ondernemingsovereenkomsten die op die cao zijn gebaseerd. Daarvoor is op zijn minst nodig dat in het incorporatiebeding een verwijzing naar de decentrale afspraken is opgenomen of dat in het algemeen wordt verwezen naar collectieve regelingen.

8.4.4 Aanbevelingen

Op basis van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat het aanbeveling verdient in de wet te verankeren dat decentrale afspraken ter nadere uitwerking van een cao-bepaling qua binding dezelfde status hebben als een cao-bepaling en dat deze afspraken op dezelfde manier doorwerken in de arbeidsovereenkomst als cao-bepalingen, tenzij in de cao anders wordt bepaald. Dus als een werknemer is gebonden aan de cao via lidmaatschap, dan volgt daaruit ook directe binding aan de decentrale afspraak. Als een (ongebonden) werknemer aan de cao is gebonden door een afspraak, dan volgt uit die afspraak ook de binding aan de decentrale afspraak, tenzij in de arbeidsovereenkomst op dat punt een andersluidende afspraak is gemaakt. Wanneer een ongebonden werknemer zich met succes verzet tegen de binding aan een cao, dan is hij ook niet gebonden aan de decentrale afspraak die uit deze cao voortvloeit. Het is verder aan cao-partijen in de cao nadere regels te stellen aan het decentraal overleg. Een randvoorwaarde die naar mijn mening wel in de wet gesteld dient worden met het oog op de representativiteit van het overleg is, dat de ondernemingsraad verplicht is de achterban te raadplegen en dat alleen tot decentrale afspraken kan worden gekomen indien de meerderheid van de uitgebrachte stemmen voor de decentrale afspraak heeft gestemd. Gedacht kan worden aan:

Aanbeveling 2a

Artikel 9 lid 3 Wet Cao (nieuw): De binding als bedoeld in de vorige leden, geldt ook voor afspraken tussen een aan de cao gebonden werkgever en zijn ondernemingsraad ter nadere uitwerking van een in de cao opgenomen regelbevoegdheid, mits de ondernemingsraad zijn achterban heeft geraadpleegd en minder dan de helft van de tijdig binnengekomen stemmen tegen de decentrale afspraak heeft gestemd, alsmede dat in de cao is bepaald dat werknemers aan de decentrale afspraken zijn gebonden. Het staat cao-partijen vrij in de cao aanvullende regels omtrent de decentrale afspraken te stellen die in het kader van de hiervoor bedoelde binding in acht dienen te worden genomen.

Aanbeveling 2b

Artikel 12 lid 1 Wet Cao (nieuw): Elk beding tussen een werkgever en een werknemer, strijdig met een collectieve arbeidsovereenkomst door welke zij beiden gebonden zijn of

een decentrale afspraak als bedoeld in artikel 9 lid 3 Wet Cao, is nietig; in plaats van zodanig beding gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst of de decentrale afspraak.

Aanbeveling 2c

Artikel 13 Wet Cao (nieuw): Bij gebreke van bepalingen in een arbeidsovereenkomst omtrent aangelegenheden, geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst door welke zowel de werkgever als de werknemer gebonden zijn of een decentrale afspraak als bedoeld in artikel 9 lid 3 Wet Cao, gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst.

Aanbeveling 2d

Artikel 14 Wet Cao (nieuw): '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 en een eventuele daarop aanvullende overeenkomst als bedoeld in artikel 9 lid 3 Wet Cao, bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst zijn gebonden.'

8.4.5 De verbindendverklaring van decentrale afspraken

Op grond van paragraaf 4.3 onder 7 van het Toetsingskader AVV komen cao-bepalingen op grond waarvan decentraal van een of meer cao-bepalingen mag worden afgeweken niet voor verbindendverklaring in aanmerking, indien deze er mede toe strekken dat de – inhoudelijk nog overeen te komen – decentrale afspraak bindend zal zijn voor de werkgevers(s) en zijn (hun) werknemers. Dit beletsel voor verbindendverklaring is niet aan de orde indien de decentrale afspraak ingevolge de cao niet bij voorbaat bindend is, of indien de decentralisatiebepaling slechts afwijkingen toelaat in de vorm van vooraf in de cao zelf aangegeven concrete alternatieven.

Enigszins verwarrend aan deze bepaling is dat het Toetsingskader AVV tot uitgangspunt neemt dat cao-partijen bij cao alle betrokken werknemers aan een decentrale afspraak kunnen binden, terwijl dit niet zonder meer het geval is. Partijen kunnen bij cao niet afspreken dat de cao geldt voor alle werknemers, vanwege de contractsvrijheid van ongebonden werknemers, en dat geldt ook voor de binding aan decentrale afspraken op basis van de cao. Anders gezegd, als een cao niet van toepassing is, kan een decentrale afspraak op grond van die cao ook niet bindend zijn. In de vorige paragraaf heb ik besproken dat de automatische binding aan decentrale afspraken wel wenselijk is, maar die binding geldt alleen voor reeds aan de cao gebonden werknemers (lidmaatschap of contract). Paragraaf 4.3 onder 7 van het Toetsingskader AVV lijkt in elk geval te willen voorkomen dat werkgevers en werknemers die niet aan de cao gebonden zijn, via de verbindendverklaring niet alleen aan de cao, maar ook aan decentrale afspraken gebonden kunnen worden.⁶⁷ Een aanwijzing dat dit inderdaad de strekking van de bepaling is, kan worden gevonden in het tweede deel van paragraaf 4.3 onder 7, namelijk dat een decentralisatiebepaling wel voor verbindendverklaring in aanmerking komt indien de binding aan decentrale afspraken

⁶⁷ Zie voor deze uitleg ook: *Advies inzake verbindendverklaring van decentralisatiebepalingen in CAO's* (advies van 3 juni 2003, Stichting van de Arbeid 5/03), p. 5.

niet volgt uit de cao. Een tweede uitzondering is dat in de cao concrete alternatieven zijn gegeven waaruit in het decentraal overleg kan worden gekozen. Dergelijke decentralisatiebepalingen kunnen ook verbindend worden verklaard.

Het bezwaar tegen de verbindendverklaring van *ongeclassuleerde* decentralisatiebepalingen lijkt te berusten op een onjuiste interpretatie die aan decentralisatiebepalingen kan worden gegeven. Dit klinkt enigszins cryptisch en ik wijs ter verduidelijking op de volgende opmerking van de Stichting van de Arbeid hierover:

“Door avv van dergelijke bepalingen [decentralisatiebepalingen, n] zou de onjuiste indruk kunnen worden gewekt dat niet rechtstreeks aan de CAO gebonden werkgevers en werknemers aan op grond van deze bepalingen overeengekomen decentrale regelingen zouden zijn gebonden op een wijze van art. 3 Wet avv. Deze indruk is onjuist aangezien niet de bepalingen van de decentrale regelingen algemeen verbindend zijn verklaard, maar de bepalingen van de CAO zelf. Hierbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat de Wet avv geen ruimte biedt voor avv van een ondernemings-CAO, laat staan voor avv van decentrale afspraken op ondernemingsniveau die niet de status van CAO hebben. Voorts zou de minister door avv van dergelijke bepalingen [...] aan de individuele werkgever en zijn ondernemingsraad als het ware de bevoegdheid geven om regelingen tot stand te brengen die niet alleen verbindend zijn voor die werkgever maar ook voor al zijn werknemers hetgeen niet de bedoeling van de Wet avv is. Immers, die wet geeft de minister niet de bevoegdheid om aan anderen een bevoegdheid tot (materiële) wetgeving te verlenen doch slechts om zelf dergelijke wetgeving tot stand te brengen.”⁶⁸

Bij de verbindendverklaring van een decentralisatiebepaling wordt alleen de cao-bepaling verbindend en niet een daarop te baseren decentrale afspraak zelf. Dat is ook niet logisch omdat decentrale afspraken betrekking hebben op een bepaalde onderneming en per definitie niet bedoeld zijn te gelden voor een hele sector. Ik begrijp niettemin dat de gedachte kan bestaan dat de verbindendverklaring van een decentralisatiebepaling ook gevolgen kan hebben voor de doorwerking van die decentrale afspraak, hoewel dat niet zo is. De systematiek is naar mijn mening duidelijk. Overigens deel ik niet de opvatting van de STAR dat de verbindendverklaring van decentralisatiebepaling meebrengt dat de minister aan andere dan cao-partijen de bevoegdheid geeft om materiële wetgeving tot stand te brengen (het tweede deel van het hierboven weergegeven citaat). Die bevoegdheid wordt immers niet gecreëerd door de minister, maar door cao-partijen en bovendien wordt geen ‘wetgeving’ tot stand gebracht, maar ‘slechts’ een nadere regeling op – veelal – ondernemingsniveau. Anders dan de STAR ben ik van mening dat de verbindendverklaring van decentralisatiebepalingen ook niet in strijd is met het doel van de Wet Avv, maar dat het deze doelen juist kan versterken. In hoofdstuk 2 heb ik besproken dat de mede door individualisering en flexibilisering gedragen decentralisatietendens in Nederland ertoe heeft geleid dat in het arbeidsvoorwaardenoverleg cao's meer en meer het karakter hebben gekregen van een raam-cao waarbinnen nadere invulling of individueel of ondernemingsniveau mogelijk is. De mogelijkheid op decentraal niveau aanvullende of van de cao afwijkende afspraken te maken komt tegemoet aan kritiek op de cao en de verbindendverklaring, dat dit instrument inflexibel zou zijn (zie ook hoofdstuk 7).

68 *Advies inzake verbindendverklaring van decentralisatiebepalingen in CAO's* (advies van 3 juni 2003, Stichting van de Arbeid 5/03), p. 7 en 8. Zie ook: *Adviesaanvraag Stichting van de Arbeid (AV/CAM/2003/34807)*, p. 5.

Werkgevers die zelf een cao afsluiten, of zijn aangesloten bij een werkgeversorganisatie die betrokken is bij de onderhandelingen over een bedrijfstak-cao kiezen in beginsel zelf voor deze 'inflexibiliteit' die – in meer of minder mate – eigen is aan een cao. Zij (inclusief gebonden werknemers) ruilen de inflexibiliteit van het cao-instrument als het ware in voor o.a. verlaging van transactiekosten, voorspelbaarheid van de (loon)kostenontwikkeling, inkomenszekerheid, een betere machtspositie, stabiele arbeidsverhoudingen en arbeidsrust binnen de onderneming, aldus Rojer.⁶⁹ Voor ongeorganiseerde werkgevers en werknemers hoeft dit niet te gelden. Uit onderzoek naar decentralisatiebepalingen in cao's blijkt dat de behoefte aan maatwerk bij cao-partijen gehoor heeft gevonden.⁷⁰ In dit verband heeft Rojer terecht opgemerkt dat de gewenste flexibiliteit in de arbeidsvoorwaardenvorming door cao-partijen met beleid is vormgegeven in de verschillende cao's, waarbij steeds gezocht wordt naar een combinatie van de voordelen van collectieve regelingen met mogelijkheden tot differentiatie en maatwerk.⁷¹ Met het verbindend verklaren van cao-bepalingen waarin aan het decentrale overleg nadere regelgevende bevoegdheden worden toegekend, wordt die ontwikkeling juist ondersteund.⁷² In het licht hiervan is niet goed verdedigbaar dat cao-bepalingen die binnen op sectoraal niveau vastgestelde kaders aan werkgevers de mogelijkheid bieden met de ondernemingsraad van de cao afwijkende afspraken te maken die werknemers binden, niet voor verbindendverklaring in aanmerking komen. Sterker, de verbindendverklaring van dergelijke bepalingen bevordert dat arbeidsvoorwaarden op de meest passende niveaus worden geregeld.⁷³ Paragraaf 4.3 onder 7 van het Toetsingskader AVV beperkt de wijze waarop cao-partijen in het cao-overleg uitvoering hebben gegeven aan de behoefte aan flexibiliteit en is niet langer houdbaar. Daarbij komt dat decentrale afspraken wel voor verbindendverklaring in aanmerking komen indien in de cao concrete alternatieven zijn opgenomen. Dit dwingt partijen in de cao uitgewerkte regelingen op te nemen. Dat leidt niet alleen tot meer regels (hetgeen in de praktijk vaak niet positief wordt beoordeeld) maar ook tot een beperking van de flexibiliteit van de cao.

Een ander bezwaar tegen de verbindendverklaring van ongeclausuleerde decentralisatiebepalingen is, dat de minister de inhoud van de nadere regels niet kan beoordelen en het centraal overleg geen 'blanco cheque' wil geven. Ik kan dit bezwaar niet goed volgen. De minister treedt in beginsel niet in een inhoudelijke beoordeling van cao-afspraken en zou dat ook niet moeten doen ten aanzien van decentrale afspraken wanneer die een grondslag hebben in de cao. Op grond van de Wet Avv en het Toetsingskader AVV gelden een aantal beperkingen in het kader van de verbindendverklaring van cao-bepalingen (zie paragraaf 7.2.2). Sommige cao-bepalingen komen niet voor verbindendverklaring in aanmerking en dat zou ook moeten gelden voor decentrale afspraken. Denk aan bepalingen die ertoe strekken de beslissing van de rechter omtrent geschillen uit te sluiten. Dergelijke

69 M.F.P. Rojer, 'De betekenis van de cao en het algemeen verbindend verklaren van cao's', SZW-werkdocument no. 271, december 2002, p. 45.

70 N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', TAO 2017, afl. 2.

71 M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap/Tijdschrift voor Arbeidsverhoudingen* 2002/1.

72 Zie ook: *Advies inzake verbindendverklaring van decentralisatiebepalingen in CAO's* (Stichting van de Arbeid 5/03 van 3 juni 2003), p. 4 en 5.

73 Zie ook: *Adviescommissie van Deskundigen inzake AVV Metalelektro-CAO 2000-2002*, 12 juli 2001, JAR 2002/22.

cao-bepalingen kunnen niet verbindend worden verklaard en dat zou ook moeten gelden indien zo'n bepaling voorkomt in een decentrale afspraak. Op die manier wordt het geven van een 'blanco cheque' voorkomen, althans die cheque is van dezelfde orde als bij de verbindendverklaring van een 'gewone' cao-bepaling.

Aanbeveling 3

Het laten vervallen van paragraaf 4.3 onder 7 van het Toetsingskader AVV.

8.5 Conclusie

Dat in de WOR in art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 wettelijk is verankerd dat het primaat van collectieve onderhandelingen bij de vakbond ligt, neemt niet weg dat een ondernemer (of werkgever) ook met de ondernemingsraad afspraken kan maken over arbeidsvoorwaarden en die afspraken kunnen ook primaire arbeidsvoorwaarden betreffen. Met beide uitgangspunten is niet veel mis. Het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden is een primaire taak van de vakbond en hoewel – met name vanuit representatief oogpunt – bezwaren bestaan tegen de rol van de vakbond in het arbeidsvoorwaardenoverleg, bestaan tegen de ondernemingsraad als werknemersvertegenwoordiger in het arbeidsvoorwaardenoverleg minstens zoveel bezwaren. Dat neemt niet weg dat de ondernemingsraad een belangrijke toegevoegde waarde kan hebben op dit terrein. Samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden kan bijdragen aan meer betrokkenheid van werknemers bij het overleg en een betere afstemming van de arbeidsvoorwaarden op de specifieke behoeftes van verschillende ondernemingen en de daarin werkzame personen. Dit kan ten goede komen aan het draagvlak van de cao en via een positieve output van het onderhandelingsresultaat, ook aan de representativiteit van de onderhandelaars.

De betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden kan de positie van de vakbonden niet alleen versterken, maar ook ondermijnen. Het is niet uitgesloten dat een werkgever de voorkeur geeft aan onderhandelingen met de ondernemingsraad boven de vakbond omdat hij de verwachting heeft dat een ondernemingsraad minder eisen zal hebben of sneller akkoord zal gaan met de eisen van de werkgever. De Nederlandse wetgever is op grond van ILO-verdragen gehouden passende maatregelen te nemen die voorkomen dat de positie van vakbonden op het terrein van collectieve onderhandelingen wordt ondermijnd door de ondernemingsraad. In dat kader verdient aanbeveling aan art. 32 lid 3 WOR toe te voegen dat de ondernemingsraad niet alleen geen bevoegdheden meer heeft als een onderwerp uitputtend in de cao is geregeld, maar ook als dat pleegt te geschieden. De automatische doorwerking van afspraken met de ondernemingsraad verdient vanwege de mogelijkheid van ondermijning juist geen aanbeveling. De figuur van de ondernemingsovereenkomst zou de cao als de gebruikelijke, en uit het oogpunt van evenwichtigheid en onafhankelijkheid van onderhandelingsposities te verkiezen, vorm van arbeidsvoorwaardenvorming kunnen verdringen, en de positie van de werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties bij de arbeidsvoorwaardenvorming kunnen verdringen als het juridische karakter van de ondernemingsovereenkomst en de cao nauwelijks nog verschillen.

Over de automatische doorwerking van decentrale afspraken denk ik anders als het gaat om ondernemingsovereenkomsten die hun grondslag vinden in een regelopdracht in de cao. Uit het onderzoek dat ik samen met Zaal deed naar decentralisatiebepalingen in cao's, volgt dat in nagenoeg alle cao's de ondernemingsraad in meer of minder mate wordt betrokken bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.⁷⁴ Op basis hiervan kan gezegd worden dat de gewenste flexibiliteit in de arbeidsvoorwaardenvorming door cao-partijen met beleid is vormgegeven, waarbij steeds gezocht wordt naar een combinatie van de voordelen van collectieve regelingen met mogelijkheden tot differentiatie en maatwerk. Met het oog op de praktijk en de behoefte aan maatwerk en flexibiliteit ter vergroting van het draagvlak van collectieve afspraken, verdient het aanbeveling dat de wetgever duidelijkheid schept met betrekking tot de binding aan de decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst. In dat kader verdient het mijn voorkeur dat de wetgever in (artikel 9 van) de Wet Cao bepaalt dat aan de cao gebonden werknemers ook zijn gebonden aan arbeidsvoorwaarden die een werkgever met de ondernemingsraad maakt en die zijn gebaseerd op een in de cao voorkomende decentralisatiebepaling voor zover de cao dit uitdrukkelijk bepaalt. Voor ongebonden werknemers geldt die binding niet, maar met het oog op ongebonden werknemers kan de verplichting van artikel 14 Wet Cao worden uitgebreid tot arbeidsvoorwaarden die uit de decentrale arbeidsvoorwaardenovereenkomst voortvloeien. Het verdient daarnaast aanbeveling dat in de Wet Cao wordt geregeld dat in de cao door cao-partijen nadere (procedure)regels kunnen worden gesteld met betrekking tot het decentrale overleg. Een randvoorwaarde die de wetgever zou moeten stellen is dat de ondernemingsraad verplicht is de achterban te raadplegen en dat decentrale afspraken slechts de status van een cao-bepaling kunnen krijgen indien de meerderheid van de uitgebrachte stemmen voor het akkoord is (zie ook paragrafen 8.4.4 en 10.2).

Ik sluit dit hoofdstuk af met de opmerking dat cao-partijen tegemoetkomen aan de toenemende behoefte aan flexibiliteit en maatwerk in de arbeidsvoorwaardenvorming door bepaalde onderwerpen over te laten aan het overleg met de ondernemingsraad. Dat gebeurt binnen door cao-partijen aangegeven kaders en onder in de cao bepaalde voorwaarden. Die ontwikkeling kan een positieve bijdrage leveren aan het draagvlak van cao-afspraken. Cao-partijen zoeken steeds naar een combinatie van de voordelen van collectieve regelingen met mogelijkheden tot differentiatie en maatwerk. Het huidige Toetsingskader AVV werkt op dit punt contraproductief en staat daarmee in de weg aan een wenselijke en door cao-partijen toelaatbaar geachte flexibiliteit en het draagvlak van cao's. In het licht hiervan heb ik bezwaar tegen paragraaf 4.3 onder 7 van het Toetsingskader AVV en pleit ik ervoor deze bepaling te laten vervallen.

74 N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 2.

Naar een robuuste vormgeving van het cao-recht

9.1 Inleiding

Jaspers sprak in zijn oratie in 1987 van een fundamentele crisis van het arbeidsvoorwaardenoverleg,¹ Verhulp stelde in 2002 dat cao's een stevig juridisch fundament ontberen², Jacobs typeerde het huidige systeem in 2006 als een vermolmde stoel waarop je beter maar niet te hard kan gaan zitten³ en Beltzer sprak in 2010 in NJB over de geërodeerde juridische legitimatie van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.⁴ Het zijn enkele uitspraken uit een inmiddels omvangrijk aantal publicaties over het huidige cao-systeem (mede) in relatie tot de afnemende representativiteit van vakbonden.⁵ In dit onderzoek heb ik meermaals het belang van representatieve vakbonden aangestipt. Wanneer een cao is aangegaan door een niet-representatieve vakbond, is onvoldoende gewaarborgd dat met alle bij de cao betrokken belangen rekening is gehouden. Het gevolg daarvan kan zijn dat cao's niet optimaal bijdragen aan sociale rechtvaardigheid, beleidsvoornemens onvoldoende effectief worden uitgewerkt in cao's en cao's onvoldoende bijdragen aan arbeidsrust. Daarbij komt dat het draagvlak van een cao onder druk kan komen te staan als een vakbond geen betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder is van de werknemers voor wie de cao geldt (of geacht wordt te gelden). Dit kan leiden tot toenemend verzet tegen de toepasselijkheid van de cao. Het regelingsbereik van cao's kan daardoor onder druk komen

1 A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987, p. 7.

2 E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002.

3 A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45.

4 R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert.', *NJB* 2010/1802.

5 Zoals: M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3; A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45; R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert.', *NJB* 2010/1802; A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987; A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011; I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4; K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013; J. Stekelenburg, 'Nieuwe uitdagingen in het cao en avv-beleid', *SMA* 1987, afl. 1; F. Koning, 'De cao, de ongebonden werknemer en het incorporatiebeding', *SMA* 1998, afl. 11/12; R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder artikel 7:613 BW valt', *SMA* 2006, afl. 7/8; R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, afl. 7/8; W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5; G. Hekkelman, 'Representativiteit en cao', *SMA* 1979, afl. 4; R.F. Hoekstra, 'Bevoordeling vakbondsleden als redding voor het systeem van collectieve arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2016/103.

te staan, waardoor onder andere transactiewinsten verminderen. In zijn advies van 2013 over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken wees de SER erop dat vakbonden zich continu moeten inspannen om voldoende draagvlak te verwerven zodat de cao voor alle betrokken relevant blijft. Het vergroten van directe werknemersbetrokkenheid ziet de SER als belangrijke uitdaging om het draagvlak van cao-afspraken te vergroten. Over de wijze waarop dat zou moeten plaatsvinden heeft de SER zich niet uitgelaten. Als vakbonden erin slagen meer (groepen) werknemers bij het cao-overleg te betrekken (en op die manier hun audience vergroten) kan dit bijdragen aan de representativiteit van de vakbonden in het cao-overleg. Het vergroten van het ledenbestand van vakbonden is een manier om meer werknemers bij het cao-overleg te betrekken (voor zover deze ook daadwerkelijk actief zullen zijn), maar er zijn meer mogelijkheden denkbaar. In het eerste deel van dit hoofdstuk bespreek ik enkele mogelijkheden om meer werknemers bij het cao-overleg te betrekken en de eventueel daarmee verband houdende wijzigingen van het cao-systeem.

In het huidige systeem kunnen cao's worden aangegaan door niet-representatieve vakbonden die vervolgens via een partijafpraak of verbindendverklaring kunnen gaan gelden voor grote groepen werknemers. Het huidige systeem biedt daartegen onvoldoende bescherming (zie hoofdstuk 6 en 7) of anders gesteld, het systeem waarborgt onvoldoende dat cao's met representatieve vakbonden worden aangegaan. Niet alleen vanuit maatschappelijk perspectief, maar ook vanuit (individueel) belangenbehartigend perspectief is het niet wenselijk dat bij cao's representatieve vakbonden ontbreken. Wanneer cao's worden aangegaan door vakbonden die slechts een gering aantal van de werknemersbelangen voor wie de cao gaat gelden behartigen, bestaat een verhoogd risico dat het onderhandelingsresultaat niet het maximaal haalbare en het beste op de wensen en behoeften van de werknemers voor wie de cao gaat gelden toegesneden resultaat vormt. Daarbij komt dat in deze cao's kan worden afgeweken van wettelijke regels en dat geldende arbeidsvoorwaarden kunnen worden verslechterd, terwijl niet is gewaarborgd dat met alle betrokken belangen voldoende rekening is gehouden. In de juridische literatuur zijn in verband hiermee voorstellen gedaan voor wijzigingen van het systeem die niet zozeer beogen de werknemersbetrokkenheid te vergroten, maar veelal beogen te waarborgen dat cao's met representatieve vakbonden worden aangegaan en/of wordt tegengaan dat cao's met niet-representatieve vakbonden worden gesloten. In het tweede deel van dit hoofdstuk bespreek ik mogelijke systeemwijzigingen in dit verband.

Overigens verdient opmerking dat sommige systeemwijzigingen, zoals vakbondsverkiezingen, zowel de werknemersbetrokkenheid beogen te vergroten als bescherming beogen te bieden tegen cao's die met niet-representatieve vakbonden zijn aangegaan. De onderverdeling die ik in dit hoofdstuk maak tussen het vergroten van werknemersbetrokkenheid enerzijds en bescherming anderzijds, is wat dat betreft dus niet heel scherp en zeker niet allesbepalend, maar dient veelal als een hulpmiddel om de verschillende wijzigingsvoorstellen overzichtelijk te kunnen bespreken. Voorts biedt deze onderverdeling inzicht in de complexiteit en de veelzijdigheid van (het belang van) de representativiteit van vakbonden. De onderverdeling maakt duidelijk dat de representativiteit van vakbonden van verschillende kanten kan en dient te worden belicht. Wanneer in een poging het systeem robuuster te maken de focus alleen wordt gelegd op het vergroten van werknemersbetrokkenheid, blijft onderbelicht dat het huidige wettelijke systeem beperkingen kent die niet kunnen worden

opgelost met alleen het vergroten van werknemersbetrokkenheid. Als daarentegen de focus alleen wordt gelegd op de bescherming tegen cao's die met niet-representatieve vakbonden zijn aangegaan, wordt uit het oog verloren dat zonder werknemersbetrokkenheid mogelijk geen enkele vakbond op enig moment nog representatief is.

9.2 Het vergroten van werknemersbetrokkenheid

9.2.1 Het betrekken van niet-leden

In paragraaf 3.2.3 heb ik besproken dat niet-leden steeds vaker worden betrokken bij de totstandkoming van cao's. Zij kunnen via verschillende wegen input leveren tijdens het onderhandelingsproces en zich uitspreken over het onderhandelingsresultaat. Ik heb gewezen op de wijze waarop de vakbond Alternatief Voor Vakbond door middel van internetenquêtes de wensen van werknemers (leden en niet-leden) peilt en hen laat stemmen over een onderhandelingsresultaat, alsmede op het initiatief van de vakbond CNV www.jeachterban.nl om niet-leden structureel bij het cao-overleg te betrekken. Uit het SER-advies van 2013 over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken blijkt voorts op basis van interviews die met onderhandelaars van diverse sector- en ondernemings-cao zijn gehouden, dat het eerder regel dan uitzondering is dat niet-leden op enigerlei wijze bij het cao-overleg worden betrokken.⁶

Veelal blijft de betrokkenheid van niet-leden bij het cao-overleg evenwel beperkt tot het kenbaar maken van wensen en het geven van een advies over het uiteindelijke resultaat. De vakbond en daarmee de leden nemen uiteindelijk steeds de beslissing een cao wel of niet aan te gaan. Allerhande initiatieven om de betrokkenheid van niet-leden meer te betrekken in het cao-overleg ogen sympathiek, maar hoeven er niet per definitie toe te leiden dat daardoor ook cao's tot stand komen die kunnen rekenen op een groot draagvlak onder niet-leden. Ik illustreer dit aan de hand van een voorbeeld. Stel, en die situatie is niet ondenkbaar, dat de meerderheid van de leden van een vakbond bestaat uit oudere werknemers met vaste contracten, terwijl in een sector of branche ook veel jongeren werkzaam zijn op basis van veelal een flexibel contract (bepaalde tijd, oproep- of uitzendarbeid). De jongeren willen mogelijk dat in het cao-overleg de focus wordt gelegd op het creëren van meer vaste banen, meer scholingsfaciliteiten en een hoger loon, terwijl de ouderen mogelijk inzetten op behoud van pensioen, seniorendagen en ontslagbescherming. In het cao-overleg moet door de vakbond vaak een keuze worden gemaakt tussen de verschillende aan werknemerszijde bestaande wensen en behoeftes. Het 'weggeven' van allerlei arbeidsvoorwaarden die met name door leden positief worden gewaardeerd, zal niet op al te veel steun kunnen rekenen en waarschijnlijk niet leiden tot een geslaagd overleg. Dit brengt mee dat voor behoud van pensioen en seniorendagen de belangen van jongeren (niet-leden) mogelijk moeten wijken. Zo zwart-wit als in dit voorbeeld zal het in de praktijk niet zijn, maar het illustreert dat de inspraak van niet-leden sympathiek oogt, maar in de praktijk tot niets hoeft te leiden. Overigens acht ik het van belang op te merken dat vakbonden er in de praktijk heel goed in lijken te slagen ook met de belangen van

⁶ *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013.

niet-leden rekening te houden, gelet op de tevredenheid over cao's (zie ook hoofdstuk 6). Dit kan te maken hebben met het gegeven dat ledenbestanden van vakbonden toch vaak een betere afspiegeling vormen van de groep werkenden van wie zij beogen de belangen te behartigen dan vaak wordt gesteld, of dat leden solidair zijn met andere werkenden en zich in hun stemgedrag niet alleen maar laten leiden door hun eigen belang.

Hoewel het betrekken van niet-leden bij de totstandkoming van cao's 'soft' oogt wanneer zij niet ook stemrecht hebben, ben ik van mening dat vakbonden er niettemin goed aan doen niet-leden te betrekken bij de totstandkoming van cao's. Een actieve opstelling van vakbonden om niet-leden te betrekken bij het cao-overleg geeft vakbonden niet alleen een beter inzicht in de verschillende bij het cao-overleg betrokken belangen, maar stelt vakbonden ook beter in staat de verschillende belangen te waarderen en tegen elkaar af te wegen.⁷ Dit neemt niet weg dat vakbonden ook zouden moeten nadenken over de wijze waarop niet-leden kunnen worden betrokken in het besluitvormingsproces. Ik begrijp dat vakbonden hiervoor niet per se iets voelen omdat niet-leden geen contributie betalen, maar het is naar mijn mening geen vreemde gedachte niet-leden een eenmalige bijdrage te laten betalen in ruil voor een zeker stemrecht over de cao die op hen betrekking heeft. De wijze waarop dit statutair vormgegeven zou moeten worden is aan de betrokken vakbonden en indien de verenigingsstructuur hiertoe geen mogelijkheden biedt, verdient het aanbeveling naar andere organisatiestructuren te zoeken. Een voordeel van directe bijdrages van werknemers is overigens dat vakbonden voor hun werkzaamheden minder afhankelijk worden van de werkgeversbijdrage, hetgeen de onafhankelijkheid van vakbonden ten goede komt. De werkgeversbijdrage brengt in feite mee dat ongeorganiseerden zelf (indirect) al aan het vakbondswerk meebetalen, omdat vakbonden bij de cao-onderhandeling een deel van de loonruimte opeisen voor het vakbondswerk.⁸ In die zin is in het huidige financieringssysteem reeds gerechtvaardigd dat niet-leden ook iets te zeggen hebben over de inhoud van een cao. In paragraaf 9.2.3 kom ik terug op de werkgeversbijdrage.

9.2.2 *Ledenvoordelen in cao's*

Hoekstra heeft betoogd dat het vergroten van het draagvlak van het cao-systeem (dat wil in dit verband zeggen werknemersbetrokkenheid) een rechtvaardiging vormt voor het ruimhartig toestaan van ledenvoordelen in arbeidsvoorwaardelijke zin.⁹ Hoewel cao-bepalingen die onderscheid tussen georganiseerden en ongeorganiseerden meebrengen niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard (art. 2 lid 5 sub c Wet Avv), staat de Wet Cao er niet aan in de weg dat in cao's wel onderscheid wordt gemaakt tussen leden en niet-leden en dat aldus voor leden bepaalde voordelen worden bedongen. Art. 14 Wet Cao verplicht aan de cao gebonden werkgevers weliswaar de arbeidsvoorwaarden uit een cao ook na te komen ten opzichte van ongebonden werknemers, maar dit vormt geen belemmering voor een onderscheid in de cao tussen leden en niet-leden. Bovendien is art. 14 Wet Cao van

7 Zie in dit verband ook *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013.

8 W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5, p. 291-294.

9 R.F. Hoekstra, 'Bevoordeling vakbondsleden als redding voor het systeem van collectieve arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2016/103. Zie ook: B.S. Frenkel, 'Begunstiging van georganiseerden', in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *Schetsen voor Bakels*, Deventer: Kluwer 1987, p. 61-72.

driekwartdwingend recht zodat daarvan bij cao kan worden afgeweken. De gedachte achter art. 14 Wet Cao is te voorkomen dat werkgevers eerder niet-leden dan leden aannemen en diezelfde beschermingsgedachte brengt mee dat de inzet van ledenvoordelen in cao's geen aantrekkelijk strategisch instrument is voor vakbonden.

Ledenvoordelen waren in de jaren '60 van de vorige eeuw inzet van cao-onderhandelingen omdat vakbonden van mening waren dat leden gecompenseerd dienden te worden voor hun financiële bijdrage aan het vakbondswerk dat ook ten goede komt aan niet-leden. Deze discussie in het cao-overleg leidde tot de eerder besproken werkgeversbijdrage (zie paragraaf 3.2.1). Werkgevers waren bereid een bijdrage te betalen aan het werk van vakbonden, onder de voorwaarde dat vakbonden ook opkomen voor de belangen van niet-leden. In 2013 sprak de meerderheid van de Tweede Kamer zich in een motie uit tegen ledenvoordelen in cao's (en sociale plannen) omdat ledenvoordelen slecht zouden zijn voor het draagvlak van cao's en niet passen bij het beginsel van gelijk loon voor gelijk arbeid.¹⁰ Ledenvoordelen in cao's en sociaal plannen worden in de rechtspraak overigens kritisch beoordeeld. Het maken van enig onderscheid tussen leden en niet-leden kan aanvaardbaar zijn wanneer een tegemoetkoming wordt geboden aan leden die door hun lidmaatschap van een vakorganisatie mede mogelijk hebben gemaakt dat belangenbehartiging van werknemers (leden én niet-leden) bij de totstandkoming van een sociaal plan plaats heeft gevonden. Die tegemoetkoming moet wel in redelijke verhouding staan tot de voor niet-leden getroffen voorzieningen.¹¹ Als daarvan geen sprake is worden de belangen van niet aangesloten werknemers in aanzienlijke mate achtergesteld bij die van de leden, zodat de betrokken vakverenigingen niet geacht kunnen worden zich in voldoende mate te hebben bekommerd om de belangen van alle werknemers.

Ook al zouden ledenvoordelen ertoe leiden dat meer werknemers lid worden van een vakbond, dan zal dit er naar mijn mening niet toe leiden dat het draagvlak van cao's wordt vergroot omdat niet-leden waarschijnlijk veel minder tevreden zullen zijn met cao's waarin zij worden achtergesteld bij leden, waardoor in het algemeen het draagvlak van cao's onder werknemers (leden én niet-leden) zal dalen. Ik sluit mij in die zin aan bij de onder de leden van de Tweede Kamer heersende opvatting dat ledenvoordelen in cao's contraproductief zijn voor het draagvlak van cao's.¹² Uiteraard kunnen ledenvoordelen ertoe leiden dat ongebonden werknemers lid worden van vakbonden, waardoor het ledental en de organisatiegraad stijgt. Of dit gebeurt is maar zeer de vraag. Overigens staan werkgevers, zo blijkt uit een discussie daarover in het verleden, niet positief ten opzichte van ledenvoordelen (zie hierover paragraaf 3.2.1). Ledenvoordelen achten zij in strijd met de gelijke behandeling van werknemers en kan leiden tot ongewenste organisatiedrang.

10 *Kamerstukken II* 2013/14, 29544, 494.

11 Zie ook: R.F. Hoekstra, 'Beoordeling vakbondsleden als redding voor het systeem van collectieve arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2016/103.

12 Zie ook: *Kamerstukken II* 2013/14, 29544, 494. Dat leden door het lidmaatschap van een vakbond recht kunnen hebben op juridische bijstand, of op een bijdrage uit de stakingskas bij een staking, of op andere voordelen, werkt niet contraproductief voor het draagvlak voor cao's. Op dergelijke ledenvoordelen ziet deze opmerking dan ook niet.

Teneinde het lidmaatschap van een vakbond aantrekkelijker te maken, kan ook worden overwogen artikel 14 Wet Cao te schrappen, omdat dit artikel het mede mogelijk maakt dat ongebonden werknemers kunnen profiteren van het werk van vakbonden zonder zelf lid te worden. Het doel van art. 14 Wet Cao is echter leden en de cao te beschermen tegen onderkruipers, dat wil zeggen ongebonden werknemers die tegen lagere arbeidsvoorwaarden bereid zijn arbeid te verrichten, waardoor de cao wordt uitgehold. Het laten vervallen van art. 14 Wet Cao als middel om het aantal leden te vergroten, kan dus ook tot gevolg hebben dat het lidmaatschap van een vakbond onaantrekkelijk wordt, omdat werkgevers eerder ongebonden werknemers in dienst nemen dan georganiseerde werknemers. In de praktijk zal dit effect niet zo snel optreden als art. 14 Wet Cao vervalt, omdat in de cao kan worden overeengekomen dat een werkgever de cao ook toepast op zijn ongebonden werknemers. In de parlementaire geschiedenis merkte de minister over art. 14 Wet Cao op dat in bijna alle cao's die in die tijd werden gesloten een beding voorkwam met voornoemde strekking. Cao-partijen bleken in de praktijk dus goed in staat uitholling van de cao te voorkomen door het maken van contractuele afspraken. Daarbij komt overigens dat er – zoals eerder aangestipt – meer redenen zijn waarom werkgevers een cao toepassen op al hun personeel, zodat ik zelfs de stelling aandurf dat ook zonder specifieke cao-bepaling daarover, gebonden werkgevers de cao zullen toepassen op hun ongebonden werknemers. Ik merk in dit verband – wellicht ten overvloede – op dat werkgevers zelf de vrijheid hebben een cao aan te gaan en lid te worden van een werkgeversvereniging. Ik wil daarmee zeggen dat een werkgever die uit vrije wil een cao aangaat, dat veelal niet alleen doet met het oog op zijn gebonden werknemers.

9.2.3 Een verplichte cao-bijdrage en gratis lidmaatschap

Het geven van stemrecht over het aangaan van een cao aan niet-leden is voor vakbonden geen aantrekkelijk idee, omdat dan voor werknemers geen enkele aansporing meer bestaat lid te worden van een vakbond, althans een belangrijke aanleidinglid te worden, wordt daarmee weggenomen. Niet-leden profiteren in het huidige systeem van het werk van vakbonden dat (mede) door leden wordt gefinancierd en als zij ook nog mogen meebeslissen over het aangaan van cao's, wegen de aan het lidmaatschap van een vakbond verbonden voordelen mogelijkwijs niet meer op tegen de te betalen contributie. Een risico van het *freeriders*-probleem is dat op een gegeven moment niemand meer wil betalen voor een cao, waardoor ze niet meer tot stand komen terwijl het nuttige effect van de cao door iedereen wel wordt erkend en iedereen vermoedelijk (onderzoeksgegevens daarnaar zijn mij niet bekend) ook wel bereid is daaraan een (beperkte) bijdrage te leveren.

In verband met het zogenoemde *freeriders*-probleem pleitte Fase in de jaren '80 van de vorige eeuw voor een verplichte cao-bijdrage van iedere werknemer, ongeorganiseerd of niet. Volgens Fase voelt de ongeorganiseerde met een verplichte cao-bijdrage dat wat in zijn belang wordt gedaan geld kost en niet uit de hemel valt.¹³ Het idee van Fase voor een verplichte cao-bijdrage wordt gedeeld door Grapperhaus¹⁴ en vindt thans ook steun

13 W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5, p. 293.

14 F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot de cao', *SR* 2002, afl. 6.

bij De Beer.¹⁵ In een bijdrage uit 2013 over het draagvlak van de cao vergeleek De Beer de cao met een publiek goed, omdat iedereen ervan kan profiteren en niemand kan worden uitgesloten (niet-uitsluitbaarheid) en het gebruik van de één niet ten koste van de ander gaat (niet-rivaliserend). Net als bij cao's speelt bij publieke goederen het *freeriders*-probleem en dat probleem wordt voor publieke goederen opgelost door iedereen verplicht te laten betalen (via belastingen) en via democratische weg te laten beslissen over de omvang en kwaliteit van het goed.¹⁶ Voor cao's geldt dit principe niet, omdat niet-leden niet direct meebetalen en tegelijkertijd ook niets te zeggen hebben over de inhoud van de cao. Deze wijze van financieren leidt tot nadelen wanneer de organisatiegraad van werknemers afneemt. Niet alleen is er daardoor minder geld beschikbaar om een goede cao uit te onderhandelen, maar een dalende organisatiegraad kan er eveneens toe leiden dat de over- of ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen in het ledenbestand groter wordt. Dit ondergraaft de democratische legitimiteit van de cao, doordat vakbonden kwetsbaarder worden voor de kritiek dat zij alleen specifieke deelbelangen behartigen, aldus De Beer.¹⁷ Om te voorkomen dat het draagvlak van de cao verder afbrokkelt zou het volgens De Beer verstandig zijn iedereen die profiteert van de cao er ook voor te laten betalen en erover mee te laten beslissen.¹⁸

In paragraaf 3.2.1 besprak ik dat het vakbondswerk niet alleen wordt gefinancierd door de door leden betaalde contributies, maar ook door de werkgeversbijdrage. De werkgeversbijdrage brengt in feite mee dat ongeorganiseerden zelf (indirect) al aan het vakbondswerk meebetalen, omdat vakbonden bij de cao-onderhandeling een deel van de loonruimte opeisen voor het vakbondswerk.¹⁹ In de literatuur bestaat kritiek op deze werkgeversbijdrage omdat vakbonden cao's moeten afsluiten om aanspraak te kunnen maken op deze bijdrage. De onafhankelijkheid van vakbonden kan daarmee in het geding komen omdat bestuurders verleid kunnen worden akkoord te gaan met een cao vanwege de door werkgevers betaalde bijdrage.²⁰ Een verplichte cao-bijdrage van alle werknemers, georganiseerd of niet, ter vervanging van de werkgeversbijdrage kan deze kritiek wegnemen, terwijl het ongeorganiseerden per saldo niet veel meer hoeft te kosten. Hoe de verplichte cao-bijdrage eruit zou moeten zien heeft De Beer beknopt uitgewerkt. Dit kan volgens hem plaatsvinden door een wettelijke loonheffing voor alle werknemers die onder de werkingssfeer van een cao vallen, waarna een verdeling plaatsvindt over de verschillende vakbonden (naar evenredigheid van het aantal leden onder de werknemers in de betreffende onderneming of sector). De Beer pleit ervoor de hoogte van de heffing te laten vaststellen door sociale partners op landelijk niveau (Stichting van de Arbeid).

15 P. T. de Beer, 'Een verplichte bijdrage voor de cao', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 153 e.v. en P.T. de Beer, 'Vakbond verdient steuntje in de rug om hogere lonen te realiseren', *FD* 3 juli 2017.

16 P. de Beer, 'Een verplichte bijdrage voor de cao', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 154.

17 Idem, p. 156.

18 Idem, p. 157.

19 W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5, p. 291-294.

20 P. de Beer, 'Een verplichte bijdrage voor de cao', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 157.

De Beer heeft de verplichte cao-bijdrage overigens gekoppeld aan een gratis lidmaatschap van een vakbond zodat alle werknemers die onder de werkingssfeer van een cao vallen de mogelijkheid hebben mee te beslissen over de inhoud van de cao. Zo'n gratis lidmaatschap hoeft wat De Beer betreft niet volledig te zijn. Een beperkt lidmaatschap dat wel stemrecht geeft ten aanzien van het aangaan van cao's maar geen recht geeft op rechtshulp of een bijdrage uit de stakingskas, volstaat. Een gratis lidmaatschap geeft volgens De Beer voldoende ruimte voor het ontstaan van nieuwe bonden naast de gevestigde orde, waarmee ook de onvrede over de gevestigde bonden op een constructieve wijze kan worden gekanaliseerd. Doordat iedere vakbond een aandeel ontvangt in de opbrengst van de cao-heffing, beschikken nieuwe bonden over financiële middelen om bijvoorbeeld cao-onderhandelaars te betalen en een goede organisatie neer te zetten, waardoor zij een serieuze rol van betekenis kunnen spelen in het cao-overleg. Voorts stelt De Beer dat het percentage van de werknemers dat (gratis) lid wordt van een vakbond een goede indicatie is van het draagvlak dat vakbonden in een sector hebben. Als een ruime meerderheid van de werknemers lid wordt, dan zijn daarmee de problemen van legitimatie en representativiteit uit de wereld geholpen, aldus nog steeds De Beer.²¹

De Beer lijkt positief gestemd over de mate waarin ongeorganiseerden zullen gaan opteren voor een gratis lidmaatschap van een vakbond. Ik ben dat minder. Naar mijn mening vormt de hoogte van de contributie thans amper een barrière voor werknemers om lid te worden van een vakbond als die behoefte er daadwerkelijk is. De dalende organisatiegraad houdt naar mijn mening geen verband met de hoogte van de contributie, maar is veeleer een combinatie van een gebrek aan interesse in het vakbondswerk en de relatieve tevredenheid over het vakbondswerk. Ik verwacht dus geen ruime stijging van de organisatiegraad als werknemers gratis lid kunnen worden en daarmee stemrecht krijgen over hun cao, ook niet als zij via de cao-bijdrage aan het vakbondswerk meebetalen; ze doen dat nu immers ook indirect. Als mijn verwachting uitkomt (en de organisatiegraad niet of amper toeneemt), dan zouden werkgevers de lage organisatiegraad juist als argument kunnen gaan gebruiken geen cao aan te gaan, terwijl die behoefte er aan werknemerszijde waarschijnlijk wel gewoon (en onverminderd) is. De Beers stelling dat met een gratis lidmaatschap de problemen van representativiteit (beoordeeld op basis van ledentallen) en legitimiteit de wereld uit zijn, deel ik dus niet. Vakbonden zullen waarschijnlijk sneller en vaker moeten uitleggen waarom zij wel degelijk de aangewezen gesprekspartner zijn in het kader van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, terwijl ook een vakbond met weinig leden heel goed in staat kan zijn namens alle (of in elk geval een ruime meerderheid van de) werknemers in een sector of bedrijf te onderhandelen. Representativiteit is immers niet alleen een kwestie van leden.

Mocht ik ongelijk hebben en een gratis lidmaatschap inderdaad leiden tot een stijging van de organisatiegraad, dan is daarmee ook nog niet gezegd dat alle problemen met betrekking tot de representativiteit verdwenen zijn. Ik ben het met De Beer eens dat het percentage werknemers dat lid is van een vakbond een indicatie is van het draagvlak dat een vakbond onder werknemers heeft, maar een vakbond met een grote achterban is niet

21 P. de Beer, 'Een verplichte bijdrage voor de cao', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 160.

per definitie een representatieve belangenbehartiger. Voor zover ledentallen een indicatie geven voor de representativiteit van een vakbond, dan weegt in dat verband het aantal actieve leden zwaarder dan het absolute aantal. Het is de vraag of werknemers die pas vakbondslid worden als het gratis is, erg actief zullen zijn.

9.2.4 Vakbondsverkiezingen of referenda

Jaspers deed in zijn oratie in 1987 een voorstel voor de introductie van vakbondsverkiezingen om het cao-systeem robuuster te maken. In de Verenigde Staten en Frankrijk zijn verkiezingen onderdeel van het cao-overleg.²² Door middel van verkiezingen kunnen alle werknemers via hun stem het cao-overleg beïnvloeden en wordt de werknemersbetrokkenheid bij het cao-overleg vergroot. In het door Jaspers voorgestelde systeem zouden verkiezingen niet moeten leiden tot een exclusief onderhandelingsrecht voor de vakbond die de meeste stemmen achter zich zou krijgen (zoals in het Amerikaanse systeem), maar de verkiezingen zouden tot doel moeten hebben het relatieve gewicht van de verschillende vakorganisaties tegenover elkaar vast te stellen.²³ In het door Jaspers voorgestelde systeem zouden verkiezingen moeten worden gehouden voorafgaande aan de cao-onderhandelingen waarna tussen de werkgevers en alle vakorganisaties die aan de onderhandelingen hebben meegedaan, onderhandeld zou moeten worden over het nieuwe arbeidsvoorwaardenpakket. Om te voorkomen dat vakbonden tegen elkaar kunnen worden uitgespeeld, zou een in het overleg tot stand gekomen overeenkomst slechts de status van cao kunnen krijgen indien en voor zover zij is gesloten met die werknemersorganisaties die minstens de helft van de stemmen van de werknemers achter zich hebben gekregen. Andere collectieve overeenkomsten krijgen niet de status van cao met alle daaraan gebonden rechtsgevolgen, maar gelden wel voor de partijen en hun leden.²⁴ Vakbondsverkiezingen beogen derhalve ook te voorkomen dat cao's worden aangegaan door niet-representatieve vakbonden.

Grapperhaus heeft zich eveneens voorstander getoond van een systeem van vakbondsverkiezingen.²⁵ Zijn voorstel wijkt op onderdelen af van dat van Jaspers. Anders dan in het voorstel van Jaspers onderhandelen in het voorstel van Grapperhaus alleen de vakbond of de vakbonden die een meerderheid van de stemmen hebben gehaald. Als we ervan uitgaan dat nooit een vakbond de meerderheid van de stemmen haalt, zullen dus steeds combinaties van vakbonden moeten worden gemaakt. Grapperhaus laat in het midden hoe dat in zijn werk gaat. Moeten de vakbonden dat zelf bepalen, mogen werknemers meerdere stemmen uitbrengen of wordt het aan werkgevers overgelaten met welke

22 Ik bespreek het Amerikaanse en het Franse systeem niet in dit onderzoek. Over het Amerikaanse systeem heeft Verhulp opgemerkt dat de regels van het collectieve overleg nauwelijks te vergelijken zijn met het Nederlandse systeem en dat ook de arbeidsverhoudingen wezenlijk verschillen. Over het Franse systeem zijn mij nog onvoldoende concrete gegevens bekend zodat een uitgebreide analyse niet zinvol is. Zie over het Franse en het Amerikaanse systeem onder meer E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt', *TRA* 2014/74. Ik kies ervoor een systeem van verkiezingen te bespreken langs de lijnen die in de Nederlandse literatuur door Jaspers en Grapperhaus zijn uitgezet.

23 A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987.

24 Idem, p. 38.

25 F. Grapperhaus, 'Voor alles is een tijd. Over het belang van een vernieuwde cao', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 91 e.v.

combinatie van bonden ze onderhandelen? Ik zie eerlijk gezegd weinig heil in een soort formatieproces aan werknemerszijde alvorens tot daadwerkelijke cao-onderhandelingen kan worden gekomen. In dit kader acht ik het idee van Jaspers werkbaarder, namelijk dat in beginsel alle vakbonden die hebben meegedaan aan de verkiezingen aanschuiven aan de onderhandelingstafel. In het systeem van Grapperhaus worden verkiezingen gehouden in elke sector waarin een bepaald percentage (10%) van de werkgevers of werknemers te kennen geeft dat te willen. Dit vereiste zit niet in het systeem van Jaspers, die voor elke nieuwe cao-onderhandeling een vakbondsverkiezing verplicht stelt. Met de drempel van 10% wil Grapperhaus mogelijk voorkomen dat verkiezingen worden georganiseerd terwijl niemand zit te wachten op een nieuwe cao, maar dat zit ook al in het systeem van Jaspers omdat de verkiezingen zijn gekoppeld aan het afsluiten van een nieuwe cao. De drempel van Grapperhaus brengt in de praktijk mee dat werknemers twee keer hun stem moeten geven.

Een ander verschil tussen het systeem van Jaspers en Grapperhaus betreft de rechtsgevolgen. Wanneer een cao tot stand wordt gebracht door vakbonden die de meerderheid van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigen, brengt dat volgens Jaspers mee dat dezelfde rechtsgevolgen moeten gelden als die thans gelden. Dus leden zijn van rechtswege gebonden en niet-leden kunnen slechts contractueel aan een cao gebonden raken, tenzij een cao algemeen verbindend is verklaard. In het systeem van Grapperhaus worden werknemers die hun stem niet hebben uitgebracht tijdens de verkiezingen, ongebonden werknemers genoemd. Werknemers die lid zijn of die hun stem hebben uitgebracht zijn van rechtswege gebonden. Ongebonden werknemers kunnen in het systeem van Grapperhaus alsnog contractueel aan de cao worden gebonden of via de verbindendverklaring aan cao-bepalingen worden gebonden.

Welke *voordelen* heeft een systeem van verkiezingen? Jaspers noemt de volgende:

1. voorkomen wordt dat cao's worden gesloten met niet-representatieve vakorganisaties, in die zin dat met een relatief kleine bond overeenstemming wordt bereikt over een arbeidsvoorwaardenpakket dat voor de gehele onderneming, sector of bedrijfstak geldt;
2. tegen wordt gegaan dat exclusief met één vakorganisatie een cao wordt gesloten, tenzij die organisatie de meerderheid krijgt van de werknemers die hun stem hebben uitgebracht;
3. alleen een meerderheid, dat wil zeggen een bond of bonden die bij de stemming de meerderheid hebben gehaald, kan een andere vakorganisatie 'wippen' van de onderhandelingstafel;
4. representativiteit van een cao-partij staat niet meer ter discussie;
5. door het systeem van verkiezingen worden vakorganisaties gedwongen ten opzichte van hun kiezers verantwoording af te leggen over hun beleid. Dat moet zowel voor de onderhandelingen als erna. Dat houdt in dat zij een verkiezingsprogramma moeten ontwerpen dat inzet wordt van de onderhandelingen en waaraan het onderhandelingsresultaat kan worden getoetst.
6. de leden houden op twee manieren invloed op de onderhandelingen en het resultaat. Binnen de vakbond kunnen zij immers meepraten en meestemmen over het arbeidsvoorwaardenpakket waarmee de bond de onderhandelingen ingaat en het resultaat kunnen zij als niet acceptabel verwerpen;
7. binnen beperkte grenzen kunnen de verschillende vakorganisaties zich profileren;

8. de mogelijkheden voor enige coördinatie in het arbeidsvoorwaardenbeleid blijven bestaan;
9. alle werknemers krijgen de gelegenheid invloed uit te oefenen op de ook voor hen geldende arbeidsvoorwaarden;
10. een werkgever behoudt zijn vrijheid geen cao aan te gaan;
11. de rechter wordt niet geconfronteerd met ingewikkelde en 'politiek geladen' vragen van toelating tot onderhandelingen;
12. de juridische cao-structuur ondergaat geen ingrijpende wijziging.

De term voordelen (die Jaspers zelf gebruikt) impliceert dat het ene 'beter' is dan het andere. Dat het dus winst is. Bij punt 6, 7, 8, 10 en 12 gaat het evenwel niet om winst, maar om het behouden van aspecten van het bestaande systeem. Met betrekking tot de mogelijkheid van coördinatie (punt 8) valt overigens te betwijfelen of dat in een systeem van verkiezingen mogelijk is. Daarvoor is immers een nauwe relatie nodig tussen landelijk vastgesteld arbeidsvoorwaardenbeleid en de vertaling daarvan naar bedrijfstakken en bedrijven.

De punten 1, 2, 3 en 11 bespreek ik gezamenlijk. In de kern gaat het erom dat een systeem van verkiezingen erin voorziet dat een bond die de meerderheid van de stemmen heeft gehaald niet kan worden uitgesloten van de onderhandelingstafel, dat kleine bonden niet zonder andere vakbonden een cao kunnen aangaan die voor alle werknemers gaat gelden en dat de rechter zich niet meer hoeft te buigen over vraagstukken met betrekking tot representativiteitskwesties. Onder het huidige recht kan een evident representatieve bond niet worden uitgesloten van het cao-overleg en in zoverre levert een systeem van verkiezingen geen 'winst' op. Een voordeel van verkiezingen is volgens Fase dat de rechter niet meer hoeft te oordelen over representativiteitskwesties, maar dat vind ik niet problematisch. Sterker, de rechter kan dat beter dan de wetgever omdat de rechter met alle relevante omstandigheden (waaronder gewijzigde maatschappelijke opvattingen) rekening kan houden. In paragraaf 9.3.3 zal ik toelichten waarom het juist aanbeveling verdient deze kwesties aan het oordeel van de rechter over te laten. Het huidige systeem biedt weinig bescherming tegen cao's die door niet-representatieve vakbonden zijn aangegaan. Een aanpassing van het systeem op dit punt is evenwel ook op andere manieren te bereiken dan door verkiezingen of referenda, zoals een wettelijke beperking van de reikwijdte van het incorporatiebeding voor zover cao's zijn aangegaan met niet-representatieve vakbonden of de volledige toepassing van de toets van 7:613 BW op cao's die met niet-representatieve vakbonden zijn aangegaan. Ik bespreek deze alternatieven uitgebreid in paragrafen 9.3.5 en 9.3.6 en merk nu reeds op dat deze alternatieven een minder ingrijpende systeemwijziging vergen en daarom mijn voorkeur genieten. Mijn inschatting is dat de politiek haalbaarheid van een minder ingrijpende systeemwijziging ook groter is.

Kortom, het huidige systeem voorziet erin dat een vakbond die de meerderheid van de leden vertegenwoordigt niet kan worden uitgesloten van het cao-overleg en dat het oordeel over representativiteitskwesties wordt gegeven door de instantie (de rechter) die daarvoor ook het meest geëquipeerd is. Daarbij komt dat met een minder ingrijpende systeemwijziging kan worden bewerkstelligd dat een werkgever geen cao's kan sluiten met niet-representatieve bonden zonder het risico te lopen dat die niet zonder meer zal gelden voor niet- of anders-georganiseerde werknemers.

De punten 5, 6 en 9 bespreek ik ook gezamenlijk. De onder deze punten genoemde voordelen houden allemaal verband met de invloed die leden en niet-leden op de totstandkoming van een cao kunnen hebben. In het door Jaspers voorgestelde systeem krijgen niet-leden invloed op de arbeidsvoorwaarden via de verkiezingen, maar bepalen de leden uiteindelijk steeds de inzet van de onderhandelingen en besluiten zij over de totstandkoming van een cao. In het huidige systeem is dit niet heel veel anders. Ook in het huidige systeem kan door niet-leden invloed worden uitgeoefend. De invloed van niet-leden vindt alleen niet via een formeel proces van verkiezingen plaats, maar via andere veelal informele processen. Ik wijs in dit verband maar weer op het initiatief www.jeachterban.nl van het CNV en de interviews die de SER met cao-onderhandelaars heeft gehouden over de betrokkenheid van niet-leden bij de totstandkoming van cao's. Uit deze interviews blijkt dat in de fase voorafgaand aan het daadwerkelijke overleg (maar ook gedurende het overleg) beïnvloeding op de inzet van de onderhandelingen plaatsvindt door zowel leden als niet-leden. De uiteindelijke besluitvorming ligt in het huidige systeem bij de leden, maar dat is in het door Jaspers voorgestelde systeem niet anders. De verantwoording die vakbonden in een systeem van verkiezingen moeten afleggen ligt ook besloten in het huidige systeem. Het staat werknemers immers steeds vrij hun lidmaatschap op te zeggen of juist lid te worden van een vakbond of zelf een vakbond op te richten indien zij het niet eens zijn met de koers van de vakbonden waarmee op enig moment wordt onderhandeld.

Tot slot bespreek ik punt 4, dat veronderstelt dat met de introductie van verkiezingen de representativiteit van vakbonden niet meer ter discussie staat. Een systeem van verkiezingen oogt fraai. In een democratische samenleving zijn periodieke verkiezingen immers de manier om vast te stellen of een politieke partij voldoende draagvlak heeft om deel te mogen nemen aan de politieke besluitvorming. Blekman e.a. hebben echter terecht opgemerkt dat zo'n systeem geen oplossing biedt voor een te lage opkomst. Als de animo van kiezers laag blijkt te zijn zou de legitimiteit van de onderhandelaars juist ondermijnd in plaats van opgevizeld worden, aldus Blekman e.a.²⁶ Ongeorganiseerde werknemers hebben eerder geen aansluiting gezocht bij een vakbond, dus zullen veelal geen voorkeur hebben en derhalve bestaat de mogelijkheid dat zij niet gaan stemmen.²⁷

Door de werkgroep cao-recht van de Vereniging voor Arbeidsrecht is in plaats van vakbondsverkiezingen een voorstel gedaan voor een referendum over het onderhandelingsresultaat. Dit voorstel komt er concreet op neer dat, na afsluiting van het cao-overleg het akkoord wordt voorgelegd aan alle (betrokken) werknemers. Voor georganiseerde werknemers blijft, ongeacht de uitslag van het referendum, gelden, dat zij zijn gebonden aan een cao ex artikel 9 Wet Cao en dat de cao automatisch doorwerkt (art. 12 en 13 Wet Cao), mits hun vakbond uiteraard partij is bij het akkoord. Ook art. 14 Wet Cao blijft onverkort in stand. De werkgroep heeft voorgesteld aan een positieve uitslag van het referendum, dat wil zeggen als de meerderheid van de uitgebrachte stemmen voor een akkoord stemt, het rechtsgevolg te verbinden dat ook ongebonden werknemers gebonden worden aan een cao. Op die manier ontstaat een algemene gelding van cao's ten aanzien van de georganiseerde

26 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 245 t/m 247.

27 M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3, p. 188 en zie ook J. Hekkelman, 'Naschrift', *SMA* 1979, afl. 12, p. 847.

werkgevers en de mogelijkheid van avv kan ook afhankelijk worden gesteld van een referendumuitspraak.²⁸ Wanneer de meerderheid van de werknemers voor wie een cao zou moeten gelden positief stemt over een cao, verschaft dat de cao een heel stevige basis, aldus Blekman e.a. Maar hoe zit het met die stevige basis als werknemers amper geïnteresseerd blijken een stem uit te brengen? In die zin zijn parallellen te trekken met de argumenten die tegen vakbondsverkiezingen kunnen worden aangevoerd. Een door De Beer terecht opgeworpen beperking van een referendum is dat bij een referendum maar één onderhandelingsresultaat wordt voorgelegd en dat werknemers niet weten wat het alternatief was. De cao-onderhandelaars missen daardoor directe informatie over de reden waarom de cao wordt afgewezen (als dat gebeurt). Een referendum lijkt dus niet zo geschikt om ongenoegen en ontevredenheid te uiten.²⁹

Een laatste argument tegen verkiezingen en referenda betreft de organisatie daarvan. Toegegeven moet worden dat dit op ondernemingsniveau een stuk eenvoudiger te realiseren is dan op brancheniveau. Ik meen echter dat er thans voldoende technische mogelijkheden en hulpmiddelen voorhanden (en te bedenken) zijn om allerhande voorkomende organisatorische problemen op te lossen. Ik denk daarbij aan stemmen via internet of een mobiele telefoon en deze hulpmiddelen worden ook al gebruikt in de praktijk.

9.3 De ruime reikwijdte van cao's en een representativiteitstoets

9.3.1 Inleiding

Bij de totstandkoming van de Wet Cao werd van representativiteitseisen afgezien omdat de wet tot uitgangspunt neemt dat alleen leden aan cao's gebonden zijn. Van de vakbond werd verwacht dat hij in het cao-overleg zou opkomen voor de belangen van zijn leden en vanwege de vrijwillige toetredingsmogelijkheid van werknemers tot de vakbond als lid, achtte de wetgever het opnemen van wettelijke representativiteitseisen niet nodig. Als men niet gebonden wil worden aan een cao, wordt men geen lid van een vakbond, zo was de gedachte. Doordat in arbeidsovereenkomsten op grote schaal dynamische incorporatiebedingen worden opgenomen en de bepalingen van cao's in de regel verbindend worden verklaard, vertoont het systeem institutionele trekken. Als de betrokkenheid van vakbonden vanwege een gebrek aan representativiteit niet garant staat voor een bevredigend resultaat voor alle werknemers, komen die institutionele trekken van het huidige cao-systeem onder druk te staan.

In 1959 pleitten 53 hoogleraren voor een wettelijke regeling omtrent de representativiteit van vakverenigingen en in vervolg daarop werd in 1970 een wetsvoorstel ontworpen door

28 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 245 t/m 247.

29 P.T. de Beer, 'Een verplichte bijdrage voor de cao', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 158. De vakbond Alternatief Voor Vakbond publiceert op zijn website wel rapportages over stemmingen en uit de rapportages blijkt dat werknemers die tegen het akkoord stemmen, de mogelijkheid hebben aan te geven waarom zij tegen stemmen en van die mogelijkheid ook gebruikmaken.

het Comité Representativiteit Werkgevers- en Werknemersverenigingen.³⁰ Aanleiding voor dit pleidooi en het wetsontwerp was dat nieuwe veelal categoriaal georganiseerde vakbonden moeite hadden bestaande overlegstructuren te doorbreken en zich een plek aan de onderhandelingstafel te verwerven. Een wetwijziging zou ertoe moeten leiden dat representatieve vakbonden niet langer buiten het cao-overleg konden worden gehouden. Aan het einde van de jaren '70 werd vervolgens aan de SER de vraag voorgelegd of aan de representativiteit van vakorganisaties niet bepaalde rechtsgevolgen verbonden zouden moeten worden. De SER adviseerde daarover in 1979 negatief, in die zin dat de SER geen dringende redenen zag tot regeling van bepaalde aan de representativiteit van organisaties verbonden rechtsgevolgen. Als dringende redenen konden zich voordoen, althans volgens de SER, de noodzaak volstreekte willekeur, een hoge mate van onevenredig handelen of misbruik van macht tegen te gaan. Zolang dergelijke redenen niet aanwijsbaar waren, verdiende het volgens de SER de voorkeur de ontwikkeling van de betrekkingen tussen organisaties onderling en tussen organisaties en ondernemingen niet nader te regelen doch af te wachten of niet – eventueel met enige strubbeling – in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare oplossingen gevonden zouden worden, die op soepelere wijze aan veranderde situaties zouden kunnen worden aangepast dan met formele regelingen het geval pleegt te zijn.³¹ Ten aanzien van het aangaan van cao's overwoog de SER dat zich geen problemen hadden voorgedaan die niet van voorbijgaande aard waren en waarvoor niet een bevredigende oplossing was gevonden. Dit standpunt vond steun bij Fase en Hekkelman.³² Een minderheid van de SER-leden was echter van mening dat het voor de hand lag dat de wetgever wel enkele regels zou opnemen met betrekking tot het cao-overleg. Zij stelden een wijziging van de wet voor die meebracht dat aan de definitie van cao de eis werd toegevoegd dat alle representatieve organisaties aan het overleg hadden deelgenomen. De consequentie van aanvaarding van dit voorstel zou zijn dat een overeenkomst tussen een organisatie van werknemers en een (organisatie van) werkgever(s), van welke onderhandelingen een representatieve organisatie was uitgesloten, geen cao in de zin van de Wet Cao zou zijn.

Inmiddels is het vaste rechtspraak (van de Hoge Raad) dat evident representatieve vakbonden er aanspraak op kunnen maken te worden toegelaten tot het cao-overleg en in verband hiermee is het opnemen van een wettelijke representativiteitseis inderdaad niet nodig. Het voorgaande neemt niet weg dat, op grond van de huidige Wet Cao, cao's kunnen worden aangegaan door niet-representatieve vakbonden, die vervolgens kunnen gaan gelden voor grote groepen werknemers. In de rechtspraak zijn mechanismen ontwikkeld die de ruime werking van cao's in dat geval nuanceren, maar die mechanismen ogen weinig solide (zie hoofdstuk 6). Voorts geldt dat de representativiteit van vakbonden er bij de verbindend-verklaring helemaal niet toe doet (zie hoofdstuk 7). Met het oog hierop lijkt invoering van

30 'Proeve van een ontwerp wettelijke garanties beroepsprocedure erkenning representativiteit vakverenigingen', afkomstig van Het Comité Representativiteit Werkgevers- en Werknemersverenigingen, Rotterdam 1970 en de brief (adres) van 53 hoogleraren van 21 september 1959 dat als bijlage 2 is opgenomen in voornoemde proeve.

31 *Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers ten verfolge op het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling van publiekrechtelijke colleges* (advies van 20 april 1979, SER 79/6), Den Haag: SER 1979; G. Hekkelman, 'Representativiteit en cao', SMA 1979, afl. 4, p. 210 e.v.

32 W.J.P.M. Fase, 'Representativiteit, van willekeur naar recht?', SMA 1975, afl. 10, p. 631-633.

een wettelijke representativiteitstoets toch aangewezen.³³ Hoe een dergelijke toets eruit zou moeten zien bespreek ik in deze en de volgende twee paragrafen.

9.3.2 *Internationale dimensie*

Wanneer op enigerlei wordt ingegrepen in het cao-overleg, komen internationaal aanvaarde beginselen als vrijheid van vakvereniging en recht op collectieve onderhandelingen in het geding. De vrijheid van vakvereniging heeft verschillende dimensies. Zij omvat niet alleen het individuele recht lid te worden van de vakbond naar keuze en het recht juist geen lid te worden van een vakbond (negatieve vakverenigingsvrijheid), maar betreft ook de vrijheid van een vakvereniging zonder overheidsbemoediging te functioneren, inclusief het recht collectief te onderhandelen. De vrijheid van vakvereniging en het recht op collectieve onderhandelingen zijn nader uitgewerkt in de conventies 87 en 98 van de ILO. Conventie 87 houdt onder meer in de vrijheid van oprichting van vakbonden, vrijheid van lidmaatschap, vrijheid van inrichting en de onthouding van overheidsinsinging. Artikel 11 van Conventie 87 verplicht de Staat alle noodzakelijke en passende maatregelen te nemen om te waarborgen dat werknemers en werkgevers vrij het recht zich te kunnen organiseren kunnen uitoefenen en artikel 3 bepaalt dat overheden zich dienen te onthouden van iedere inbreuk die de uitoefening van de vakverenigingsvrijheid belemmert of beperkt. Hoewel dit niet uitdrukkelijk volgt uit de tekst van Conventie 87, valt volgens het Comité van Deskundigen onder de vrijheid van vakvereniging ook de vrijheid van collectief onderhandelen omdat het recht op onderhandelen essentieel is voor de vakverenigingsvrijheid. Het belemmeringsverbod van artikel 3 ziet dus ook op de uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. De vrijheid van onderhandelen is uitgewerkt in Conventie 98. Artikel 4 van de Conventie bepaalt dat de Staat maatregelen moet nemen die geschikt zijn om de volledige ontwikkeling en het gebruik van het stelsel van vrijwillige onderhandeling tussen werkgevers en werknemers aan te moedigen en te bevorderen. Het recht op collectieve onderhandelingen uit Conventies 87 en 98 behelst dus niet alleen een belemmeringsverbod voor de overheid, maar ook een verplichting een systeem van collectieve onderhandelingen te bevorderen.³⁴ Ook op Europees niveau is de vakverenigingsvrijheid nader uitgewerkt. Artikel 11 EVRM waarborgt dat een ieder recht heeft op vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen. Dit recht omvat volgens het Europese Hof niet het recht buiten een cao te blijven.³⁵ Artikel 11 EVRM brengt wel mee dat de overheid zich dient te onthouden van ingrepen die het overleg tussen sociale partners schenden.³⁶ Tot slot waarborgt artikel 6 ESH de onbelemmerde

33 Verhulp denkt hierover anders. Volgens Verhulp staan de aannames van het cao-recht niet zover af van de werkelijkheid dat ingrijpen noodzakelijk is (E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt', *TRA* 2014/74). Al mocht Verhulp gelijk hebben dat de ficties en de werkelijkheid overeenkomen, dan kan alvast worden nagedacht over een aanpassing van het systeem voor het moment dat ficties en werkelijkheid niet meer samenlopen.

34 International Labour Conference, 101st Session, ILC.101/III/1B, Giving globalization a human face (General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008), Report III (Part 1B), p. 17-18.

35 EHRM 25 april 1996, Gustafsson tegen Zweden, *NJ* 1997/729.

36 F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Kluwer: Deventer 2007, p. 303.

uitoefening van het recht op collectieve onderhandelingen door onder meer bevordering van het overleg tussen werkgevers en werknemers.³⁷

De huidige Wet Cao waarborgt dat iedere vakbond die daartoe krachtens zijn statuten bevoegd is, rechtsgeldig cao's kan afsluiten. Iedere vakbond verkeert in het cao-overleg in dezelfde uitgangspositie. Of vakbonden erin slagen hun doelstellingen te realiseren is daarmee afhankelijk van buiten-juridische factoren in het krachtenveld van de arbeidsverhoudingen. Het verbinden van bijzondere rechten, zoals de bevoegdheid tot het aangaan van cao's, aan de bepaalde vakbonden (dat wil zeggen: vakbonden die voldoende representatief zijn) brengt mee dat een of meer bonden worden uitgesloten ten gunste van de positieve vakverenigingsvrijheid van leden van een andere bond en de vraag is of dat juridisch geoorloofd is. Volgens het Comité van Deskundigen van het ILO is een systeem waarbij aan de meest representatieve vakbond bijzondere rechten en voordelen worden verbonden (zoals het aangaan van cao's) niet per definitie in strijd met de vrijheid van vakvereniging. Daarvoor is wel vereist dat het bepalen van de meest representatieve vakbond geschiedt op basis van objectieve, vooraf vastgestelde en precieze criteria teneinde elke mogelijke vorm van misbruik te voorkomen.³⁸ Overigens mag het onderscheid dat wordt gemaakt tussen (meest) representatieve vakbond(en) en andere vakbonden er volgens het Comité niet toe leiden dat deze andere bonden de essentiële middelen worden onthouden om op te komen voor de belangen van hun leden.³⁹ Dit brengt mee dat vakbonden niet zo vergaand in hun mogelijkheden beperkt mogen worden dat zij geen cao's meer mogen aangaan.⁴⁰ Bij het introduceren van een wettelijke representativiteitstoets (en dat geldt ook voor de invoering van verkiezingen of een referendum) dient hiermee rekening te worden gehouden.

9.3.3 De beoordeling van de representativiteit van vakorganisaties

In 2002 heeft Grapperhaus een voorstel gedaan voor invoering van een wettelijke representativiteitseis.⁴¹ Als representativiteitseis zou volgens Grapperhaus moeten gelden dat een werknemersorganisatie ten minste een bij de wet te stellen percentage werknemers dient te vertegenwoordigen.⁴² Een nadeel van de invoering van één of meer criteria op basis waarvan dient te worden vastgesteld of een vakbond voldoende representatief is om cao's aan te gaan, is dat vaste criteria en formele regelingen minder soepel aan veranderde situaties kunnen worden aangepast dan wanneer het oordeel over representativiteit aan

37 Zie ook: A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005 en A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2003.

38 Comité van Deskundigen ILO, *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey. Report III (Part 4B)*, 1994, par 97.

39 Idem, par 98.

40 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 244.

41 F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao', SR 2002, afl. 6 en F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *Cao-recht in Beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 117 e.v.

42 F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *Cao-recht in Beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 117.

het maatschappelijk verkeer wordt overgelaten. Een representativiteitstoets die alleen rekening houdt met aantallen leden (zoals in het voorstel van Grapperhaus), of met leden, financiële draagkracht en continuïteit is naar mijn mening te beperkt. Een vakbond kan representatief genoemd worden indien hij aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden en eigenschappen beantwoordt die hem tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maken van wat leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die hij heet te vertegenwoordigen (zie hoofdstuk 3). Het aantal leden, de financiële draagkracht en de continuïteit van de organisatie kunnen bij die beoordeling zeker een rol spelen, maar minstens zo relevant is bijvoorbeeld het aantal actieve leden, de ledenspreiding, de statutaire doelstelling van een vakbond, de wijze van besluitvorming, de mate waarin niet-leden bij het cao-proces worden betrokken, de onafhankelijkheid van een vakbond en ook het draagvlak voor de resultaten die zo'n vakbond tot stand brengt. In hoofdstuk 3 en 6 heb ik een overzicht gegeven van alle gezichtspunten die in wettelijke regelingen en rechtspraak in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de representativiteit van een vakbond en met al die gezichtspunten zou in een representativiteitstoets dan ook rekening moeten worden gehouden. Zie hierover ook Brink en Verhulp. Het gaat volgens Brink om alle relevante omstandigheden van het (bijzondere) geval⁴³ en Verhulp zit op dezelfde lijn. Verhulp heeft er met name op gewezen dat het ledental er niet zo heel veel toe doet wanneer een groot percentage van de werknemers de vakbonden als hun belangenbehartiger beschouwen.⁴⁴

Overigens heeft Grapperhaus geen concreet percentage van ledentallen genoemd waaraan minimaal voldaan zou moeten worden om de representativiteitstoets te halen. Fase heeft dat in de jaren '70 wel gedaan en sprak toen over 15% (de organisatiegraad lag tussen 1950 en 1980 boven de 35%⁴⁵). Dat lijkt niet veel, maar in veel bedrijfstakken wordt dit percentage door geen enkele vakbond meer gehaald. Het instellen van een representativiteitstoets die slechts of met name rekening houdt met ledentallen zal dus tot gevolg kunnen hebben dat er veel minder cao's worden afgesloten omdat nauwelijks vakbonden te vinden zijn die dit percentage halen. Met gebruikmaking van open normen zou aan dit bezwaar tegemoet kunnen worden gekomen, in die zin dat het steeds aan de rechter is op basis van alle omstandigheden van het geval te oordelen of een vakbond voldoende representatief is.⁴⁶ Open normen kunnen steeds worden ingevuld op basis van de in de maatschappij heersende opvattingen en die invulling kan daardoor soepel meedeinen op de golfbewegingen die daaraan eigen zijn. Vaste criteria kunnen de voorspelbaarheid wel ten goede komen, in die zin dat op voorhand duidelijk is welke vakbond representatief is. De voorspelbaarheid valt of staat evenwel niet met vaste criteria, omdat de voorspelbaarheid ook kan toenemen naarmate rechters meer inzicht geven in de gedachtegang die tot hun beslissing heeft geleid. Door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke waarde in soortgelijke gevallen aan de verschillende factoren

43 M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3, p. 185.

44 E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

45 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', *Sociaaleconomische trends*, 4^e kwartaal 2012, p. 15.

46 Zie ook: M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3, p. 186.

kunnen worden verbonden, zouden rechters een zekere mate van harmonisatie tot stand kunnen brengen zonder dat daarvoor vaste wettelijke criteria nodig zijn.⁴⁷

9.3.4 De vormgeving van een wettelijke representativiteitstoets

Met het oog op het uit internationale verdragen voortvloeiende recht op collectieve onderhandelingen mag een wettelijke representativiteitstoets er niet toe leiden dat een niet-representatieve vakbond voor eigen leden geen cao kan sluiten. Voorts verdient het de voorkeur dat de beoordeling van de mate van representativiteit aan de rechter wordt overgelaten. Uit deze twee elementen volgt dat een wettelijke representativiteitstoets een open norm dient te zijn, die niet zonder meer in de wettelijke definitie van de cao kan worden opgenomen (omdat een niet-representatieve vakbond in staat moet blijven voor eigen leden cao's te sluiten).

Het Comité Representativiteit Werkgevers- en Werknemersverenigingen deed in de jaren '70 van de vorige eeuw een voorstel voor invoering van een representativiteitstoets. Het Comité pleitte voor een wijziging van artikel 14 Wet Cao en artikel 2 Wet Avv. De wijzigingen hielden in dat artikel 14 Wet Cao niet zou gelden ten aanzien van de leden van een representatieve vakbond die geen partij was bij de cao en dat cao-bepalingen, waarbij een representatieve vakvereniging van de onderhandelingen was buitengesloten, niet algemeen verbindend zouden kunnen worden verklaard.⁴⁸ Een mogelijke maar onjuiste gedachte achter het laten vervallen van de verplichting van art. 14 Wet Cao voor leden van een representatieve vakbond is, dat deze werknemers niet gebonden moeten kunnen worden door een cao die door niet-representatieve vakbonden is aangegaan. Die gedachte miskent namelijk dat werknemers die geen lid zijn van een vakbond die partij is bij een cao, ook niet automatisch door die cao gebonden worden en in beginsel buiten de werking van de cao blijven. Artikel 14 Wet Cao behelst niets meer dan een verplichting voor aan de cao gebonden werkgevers de cao aan te bieden aan deze werknemers. Het laten vervallen van art. 14 Wet Cao doet evenwel niets af aan de omstandigheid dat werkgevers naast de verplichting van artikel 14 Wet Cao andere redenen (kunnen) hebben een cao toe te passen op werknemers die niet door lidmaatschap aan de cao gebonden zijn. Deze redenen zijn: de wens werknemers gelijk te behandelen, de omstandigheid dat een werkgever niet weet wie van zijn werknemers lid is van een vakbond terwijl de cao op grond van art. 9, 12 en 13 Wet Cao van rechtswege de arbeidsrelatie tussen hem en zijn gebonden werknemers gaat beheersen en – tot slot – de omstandigheid dat werkgevers optimaal willen profiteren van de voordelen die zij met het sluiten van een cao denken te kunnen behalen (transactiewinst en arbeidsrust). Vanwege deze redenen zal een aan de cao gebonden werkgever ook zonder de verplichting van art. 14 Wet Cao de cao (willen) toepassen op ongebonden werknemers, althans zo is mijn verwachting. Met het oog op de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst een adhesiecontract is en dat dit meebrengt dat een werkgever veelal de voorwaarden bepaalt op basis waarvan arbeid wordt verricht, verwacht ik van het voorstel van het Comité voor de praktijk nauwelijks effect. Daarbij

⁴⁷ Zie hierover in ander verband ook: HR 12 februari 2010, NJ 2010/494.

⁴⁸ Algemene toelichting bij de 'Proeve van een ontwerp wettelijke garanties beroepsprocedure erkenning representativiteit vakverenigingen', afkomstig van Het Comité Representativiteit Werkgevers- en Werknemersverenigingen, Rotterdam 1970.

komt dat ik niet verdedigbaar vind dat het Comité bij het vervallen van de verplichting van artikel 14 Wet Cao onderscheid maakt tussen leden van representatieve vakbonden en niet- of anders-georganiseerde werknemers die niet door lidmaatschap aan de cao zijn gebonden. Ook voor deze werknemers geldt dat zij in zekere zin 'bescherming' verdienen tegen de toepasselijkheid van een met niet-representatieve vakbonden tot stand gekomen cao. Op de wijziging van de Wet Avv kom ik in paragraaf 9.3.7 terug.

Grapperhaus heeft om een andere reden voorgesteld art. 14 Wet Cao te laten vervallen. Hij heeft een wettelijke representativiteitstoets gekoppeld aan een gewijzigd regime voor binding aan de cao. Wanneer een cao wordt aangegaan door een representatieve vakbond, zouden zowel leden als niet-leden van rechtswege aan de cao moeten zijn gebonden. Voor vakbonden die niet aan de representativiteitseis voldoen blijft het mogelijk cao's aan te gaan, maar die cao's binden dan in beginsel alleen hun leden. Een cao die door een vakbond is afgesloten die de representativiteitstoets niet heeft gehaald, zou volgens Grapperhaus ook niet voor verbindendverklaring in aanmerking moeten komen.⁴⁹

Het voorstel van Grapperhaus vind ik wel fraai voor zover het betreft de binding van rechtswege van alle werknemers in een bedrijf of bedrijfstak aan een cao die door representatieve bonden tot stand is gebracht. Dit staat ook niet zo erg ver af van de wijze waarop in het huidige cao-systeem met de binding van werknemers wordt omgegaan. De binding van rechtswege van niet-leden aan cao's is naar mijn mening niet in strijd met de negatieve vakverenigingsvrijheid omdat dit recht volgens het Europese Hof immers niet het recht omvat buiten een cao te blijven.⁵⁰ De binding van rechtswege van niet-leden aan een cao maakt wel inbreuk op de individuele contractsvrijheid van ongebonden werknemers, maar ik vind die inbreuk om verschillende redenen niet problematisch. In de eerste plaats is aan het arbeidsrecht eigen dat op de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers geregeld inbreuk wordt gemaakt. Niet alleen om de werknemer als sociaaleconomisch zwakkere partij steeds voldoende bescherming te bieden (dwingendrechtelijke bepalingen), maar ook om bijvoorbeeld de arbeidsmarkt beter te laten functioneren en arbeidsverhoudingen te ordenen (gelijkebehandelingswetgeving, Arbeidstijdenwet, Wet Avv) of om algemene maatschappelijke belangen te dienen (denk aan het beloningsbeleid in de publieke en semipublieke sector). Dus zelfs als een werknemer op volledige voet van gelijkheid met zijn werkgever staat, is hij niet altijd vrij zijn eigen rechtspositie te bepalen. Daarbij komt dat ik van mening ben dat de waarde van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zwaarder weegt dan het belang van contractsvrijheid van ongebonden werknemers, althans dat een inbreuk op de individuele contractsvrijheid kan worden gerechtvaardigd door de belangen die met collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zijn gediend. Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is essentieel voor sociale rechtvaardigheid. Zij stelt werkgevers of werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties niet alleen in staat op het terrein van arbeidsvoorwaarden regulerend op te treden en verschillende belangen met elkaar in overeenstemming te brengen, maar draagt ook bij aan de compensatie van de zwakke(re) sociaaleconomische positie van werkenden. Een stabiel systeem van

49 F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *cao-recht in Beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 117.

50 EHRM 25 april 1996, Gustafsson tegen Zweden, NJ 1997/729.

collectieve arbeidsvoorwaardenvorming kan daarnaast een relevante rol spelen bij de ontwikkeling van duurzame arbeidsverhoudingen die van belang zijn voor stabiliteit en economische en sociale welvaart.⁵¹ Hierbij dient wel als voorwaarde te gelden dat een in het cao-overleg betrokken vakbond aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden en eigenschappen beantwoordt die hem tot betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maakt van wat leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die hij heet te vertegenwoordigen, kortom: dat hij representatief is. Wanneer een cao wordt aangegaan door niet-representatieve vakbonden is niet alleen onvoldoende gewaarborgd dat de belangen van alle werknemers voor wie de cao gaat gelden behoorlijk zijn behartigd, maar bestaat ook het risico dat het onderhandelingsresultaat niet optimaal is. Niet-representatieve vakbonden beschikken in het algemeen niet over dezelfde kennis, ervaring en mankracht voor het voeren van collectieve onderhandelingen, noch over de middelen om die kennis in het kopen of een stakingskas te financieren. Niet-representatieve vakbonden lopen bovendien een groter risico hun onafhankelijkheid te verliezen omdat zij afhankelijker zijn van de werkgeversbijdrage vanwege een gebrek aan contributiegelden.⁵² De waarde van een systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is dus mede afhankelijk van de representativiteit van de vakbonden. Hiermee kom ik meteen bij het bezwaar tegen het door Grapperhaus voorgestelde systeem. Het huidige cao-systeem functioneert niet problematisch voor zover het gaat om de ruime werking van cao's die door representatieve vakbonden tot stand zijn gekomen. Op dit punt behoeft het systeem dan ook geen aanpassing. Het systeem behoeft aanpassing op het punt van de ruime werking van cao's die door niet-representatieve vakbonden tot stand zijn gekomen. Daarvoor biedt het systeem van Grapperhaus geen oplossing, behoudens bij de verbindendverklaring die ik in paragraaf 9.3.7 bespreek. Voor zover het voorstel van Grapperhaus zou meebrengen dat artikel 14 Wet Cao in het geheel of gedeeltelijk verval, verwijs ik naar hetgeen ik hierboven op dit punt heb opgemerkt ten aanzien van het voorstel van het Comité. De argumenten tegen dat voorstel zijn onverkort van toepassing.

Uit het voorgaande volgt dat ik een representativiteitstoets die meebrengt dat artikel 14 Wet Cao verval voor cao's die zijn aangegaan met vakbonden die onvoldoende representatief zijn, niet effectief acht. Het voorkomt niet dat werkgevers met niet-representatieve vakbonden cao's kunnen aangaan die vervolgens via een beding in de arbeidsovereenkomst van toepassing kunnen worden op een arbeidsovereenkomst en zodoende kunnen gaan gelden voor alle bij de cao betrokken werknemers. Een oplossing voor dit probleem dient wat mij betreft dan ook veeleer gezocht te worden in de reikwijdte van het beding of de partijafpraak op basis waarvan een cao de arbeidsverhouding met ongebonden werknemers kan gaan beheersen. Ik bespreek dit in de volgende subparagraaf.

Ter afsluiting van deze subparagraaf wijs ik overigens nog op een interessant standpunt van Jacobs met betrekking tot een representativiteitstoets. Volgens Jacobs hoeven eisen

51 Zie ook: International Labour Conference, 101st Session, ILC.101/III/1B, Giving globalization a human face (General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008), Report III (Part 1B), p. 17-18.

52 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 en F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, 's-Gravenhage: 2005, p. 108 en 109.

van onafhankelijkheid, macht, representativiteit en democratisch gehalte niet gesteld te worden aan vakbonden, zolang de cao slechts minimumbepalingen bevat. Daarvan kan immers altijd in voor werknemers gunstige zin worden afgeweken in de individuele arbeidsovereenkomst. Werknemers kunnen dan nooit echt benadeeld worden door zo'n cao en het zal hen koud laten of die cao door de meest afhankelijke, onmachtige, onrepresentatieve en/of ondemocratische bond is afgesloten.⁵³ Maar in de gevallen dat een cao voor de werknemers een benadeling wil effectueren ten opzichte van wettelijke rechten (afwijkingen bij cao), rechten uit een eerdere cao of een individuele arbeidsovereenkomst, zou Jacobs wel dergelijke eisen willen stellen.⁵⁴ Dit standpunt volg ik niet. Ook wanneer een cao slechts minimumbepalingen bevat zijn er keuzes en afwegingen gemaakt tussen verschillende bij de cao betrokken (groeps)belangen en daarbij geldt dat het niveau van de ene arbeidsvoorwaarde samenhangt met dat van andere arbeidsvoorwaarden. Werknemers worden mogelijk niet benadeeld door een minimum-cao, maar als het bepaalde groepen werknemers ook niet erg veel oplevert ten opzichte van anderen, denk ik niet dat het alle werknemers zonder meer koud laat wie er onderhandelt over een cao. Wanneer cao's worden aangegaan met vakbonden die slechts een gering aantal van de werknemers voor wie de cao gaat gelden vertegenwoordigen, bestaat een verhoogd risico dat het onderhandelingsresultaat niet het maximaal haalbare en het beste op de wensen en behoeften van de werknemers voor wie de cao gaat gelden toegesneden resultaat vormt.⁵⁵ Daarbij komt dat een cao nooit alleen maar minimumbepalingen bevat, waardoor – Jacobs' betoog volgend – altijd een representativiteitstoets zou moeten gelden.

9.3.5 *Een representativiteitstoets en het dynamische karakter van incorporatiebedingen*

Tot welke gevolgen een representativiteitstoets zou moeten leiden is niet gemakkelijk te bepalen. Het verdient geen aanbeveling zo'n toets in de definitie van cao op te nemen zodat een cao slechts kan worden aangegaan door een representatieve vakbond en het is niet effectief de verplichting van artikel 14 Wet Cao te laten vervallen voor zover het cao's betreft die met niet-representatieve vakbonden tot stand zijn gekomen. Een voldoende effectieve toets die ook in overeenstemming is met internationale verdragen, zou naar mijn mening moeten meebrengen dat de partijafpraak die een cao van toepassing laat zijn op ongebonden werknemers in voorkomend geval kan worden beperkt, namelijk wanneer een cao met niet-representatieve vakbonden wordt aangegaan. In de volgende twee subparagrafen bespreek ik twee mogelijke aanpassingen van het systeem in dit verband: wettelijke regeling van het dynamisch incorporatiebeding en aanpassing van de toets van 7:613 BW.

Het incorporatiebeding is niet in de wet geregeld en het is mogelijk dit wel te doen. Als een wettelijke regeling niets meer inhoudt dan de erkenning van het incorporatiebeding voegt zo'n regeling weinig toe, maar in de wet kunnen de grenzen van de reikwijdte van het

53 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 120.

54 Idem.

55 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 en F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, 's-Gravenhage: 2005, p. 108 en 109.

incorporatiebeding worden bepaald.⁵⁶ Zo zou bijvoorbeeld de rechtspraak over het ontbreken van representatieve vakbonden (zie hoofdstuk 5 en 6) kunnen worden gecodificeerd, in die zin dat nieuwe of opvolgende cao's niet onder de reikwijdte van een incorporatiebeding kunnen vallen, wanneer die cao's worden aangegaan met niet-representatieve vakbonden. Het voordeel van een wettelijke regeling in vorenbedoelde zin is, dat bij alle betrokken partijen (inclusief rechters) duidelijk is wat het gevolg is wanneer een cao wordt aangegaan door niet-representatieve vakbonden. Met een wettelijke regeling is de huidige lenigheid van rechters niet meer nodig. Een beperking van het incorporatiebeding in vorenbedoelde zin heeft daarnaast tot gevolg dat werkgevers indirect gedwongen worden cao's aan te gaan met representatieve vakbonden. Deze indirecte dwang brengt mee dat bij indiensttreding geen extra eisen hoeven te worden gesteld aan de incorporatie van een op dat moment geldende cao. Dat een dynamisch incorporatiebeding geen betrekking kan hebben op cao's die met niet-representatieve vakbonden zijn aangegaan, laat onverlet dat een aan de cao gebonden werkgever met zijn ongebonden werknemers de toepasselijkheid van zo'n cao kan herbevestigen als zij beiden toepassing van een nieuwe cao niettemin wenselijk vinden. De toepasselijkheid van de cao vindt dan plaats op basis van een incidentele partijafpraak en de contractsvrijheid op dit punt dient gerespecteerd te worden. Een werknemer kan slechts geacht worden te hebben ingestemd met verslechtingen van zijn arbeidsvoorwaarden, wanneer hij daarover goed is geïnformeerd (zie ook hoofdstuk 5). Overigens zie ik geen reden, met inachtneming van het voorgaande, de huidige leer met betrekking tot afwijkingen van driekwartdwingend recht en ongebonden werknemers te wijzigen. De hiervoor besproken wijziging brengt immers mee dat een incorporatiebeding alleen betrekking heeft op cao's die met representatieve vakbonden tot stand zijn gekomen. Als in zo'n cao is afgeweken van driekwartdwingend recht, zie ik geen reden die afwijking te beperken tot leden. Als een afwijking van driekwartdwingend recht voorkomt in een cao die met niet-representatieve vakbonden tot stand is gekomen, geldt deze afwijking in beginsel niet omdat de cao geen toepassing vindt. Die toepassing kan alsnog plaatsvinden op basis van een incidentele partijafpraak, maar ook in dat geval is er geen reden de bestaande leer te wijzigen. Als een ongebonden werknemer die afwijkingen van driekwartdwingend recht immers niet in zijn belang acht en de daar tegenover staande voordelen in de cao onvoldoende vindt, staat het hem vrij niet in te stemmen met de toepasselijkheid van een cao die met niet-representatieve vakbonden tot stand is gekomen.

Een verdergaande beperking van het incorporatiebeding, in die zin dat een incorporatiebeding überhaupt geen betrekking meer kan hebben op toekomstige cao's, verdient geen aanbeveling. Wanneer een cao tot stand is gekomen met representatieve vakbonden, bestaat geen bezwaar tegen de dynamische werking van incorporatiebedingen. Overigens zal een algehele beperking voor toekomstige cao's in de praktijk bij werkgevers op weinig steun kunnen rekenen omdat een aan de cao gebonden werkgever bij het afsluiten van een nieuwe cao dan steeds opnieuw van al zijn (ongebonden) werknemers instemming moet vragen voor de toepasselijkheid van nieuwe cao's, ook wanneer die cao's zijn aangegaan door representatieve vakbonden. Het beperken van het dynamische karakter van

⁵⁶ Zie ook J.J.M. de Laat, *Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht. Een pleidooi voor algemene voorwaarden in het arbeidsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 292 e.v.

incorporatiebedingen zal bij de overgang van ondernemingen vermoedelijk wel steun vinden in de praktijk. Uit het recente Asklepios-arrest van het Europese Hof volgt dat een incorporatiebeding zijn dynamische karakter behoudt na overgang indien het nationale recht in wijzigingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.⁵⁷ Onder het Nederlandse recht lijkt aan die voorwaarde voldaan, hetgeen meebrengt dat een verkrijger onophoudelijk gehouden kan zijn steeds verschillende nieuwe cao's toe te passen. De toepassing van het cao-recht bij overgang is al niet eenvoudig en het wordt er door de Asklepios-uitspraak niet eenvoudiger op. Deze problematiek laat zich evenwel in de praktijk oplossen door een weldoordachte vormgeving van het incorporatiebeding door werkgevers.

Een opvallend verschil tussen enerzijds de binding aan cao's via het lidmaatschap van een vakbond en anderzijds de binding aan cao's door een dynamisch incorporatiebeding is, dat een werknemer die door lidmaatschap gebonden is, zijn lidmaatschap kan opzeggen als hij niet meer gebonden wil zijn aan een cao. De opzegging moet conform de statuten van de vereniging plaatsvinden (inclusief eventuele opzegtermijnen) en werkt op grond van artikel 10 Wet Cao alleen voor nieuwe cao's. Een via de Wet Cao gebonden werknemer behoudt dus steeds de mogelijkheid zijn eerder aan de vakbond verleende mandaat namens hem te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in te trekken. Een ongebonden werknemer die door een dynamisch incorporatiebeding is gebonden aan voor de werkgever geldende cao's, kan deze binding niet eenzijdig doen eindigen. Als een werknemer zich niet meer kan vinden in de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden in zijn bedrijf of sector, kan hij zich daaraan dus niet eenzijdig onttrekken, behoudens door opzegging van zijn arbeidsovereenkomst. Het eindigen van de werking van het incorporatiebeding is slechts mogelijk indien werkgever en werknemer daarmee allebei instemmen, waarmee de binding aan cao's via lidmaatschap op een wezenlijk onderdeel verschilt met de binding op grond van een incorporatiebeding. Als het incorporatiebeding dan toch een wettelijke basis krijgt, verdient het overweging in een wettelijke regeling van het incorporatiebeding een opzeggingsrecht van werknemers op te nemen. Een opzeggingsrecht van ongebonden werknemers brengt de rechtspositie van leden en niet-leden meer in lijn. Met een aan dynamische incorporatiebedingen gekoppeld opzeggingsrecht, krijgt de vrijheid niet georganiseerd te zijn bovendien een stevigere basis. Dynamisch incorporatiebedingen brengen *de iure* weliswaar geen lidmaatschapsband met een vakvereniging tot stand, maar wel de binding aan door vakverenigingen tot stand gebrachte cao's terwijl zij aan de totstandkoming daarvan part noch deel hebben gehad. Teneinde te voorkomen dat werknemers vooral (of juist) gebruik gaan maken van de opzeggingsmogelijkheid wanneer een nieuwe cao verslechteringen inhoudt, zou een opzegging, net als bij de opzegging van het lidmaatschap van een vakbond, alleen betrekking moeten kunnen hebben op toekomstige cao's en dus niet op de tijdens de opzegging geldende cao en zou ook – conform veel statuten – rekening moeten kunnen worden gehouden met een zekere opzegtermijn. Uit de opzeggingsmogelijkheid zou overigens een stimulans kunnen uitgaan voor cao-partijen om steeds te zoeken naar een groot draagvlak voor nieuwe cao's. Ik doe een voorstel:

57 HvJEU 27 april 2017, C-680/15 (ECLI:EU:C:2017:317).

Aanbeveling 4

Artikel 14 lid 2 Wet Cao (nieuw): Een tussen een werkgever en werknemer overeengekomen beding dat de van tijd tot tijd voor de werkgever geldende collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing verklaart op de arbeidsovereenkomst heeft geen betrekking op collectieve arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan door een of meer werknemersorganisaties die alleen of gezamenlijk niet-representatief te achten zijn voor de bij de collectieve arbeidsovereenkomst betrokken werknemers.

Artikel 14 lid 3 Wet Cao (nieuw): Een werknemer heeft de bevoegdheid een tussen hem en zijn werkgever overeengekomen beding dat de van tijd tot tijd voor de werkgever geldende collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing verklaart op de arbeidsovereenkomst eenzijdig op te zeggen. De contractuele binding eindigt, wanneer de collectieve arbeidsovereenkomst na opzegging wordt gewijzigd. In geval van verlenging van de overeenkomst na de opzegging duurt de contractuele gebondenheid voort tot het tijdstip waarop de overeenkomst zonder deze verlenging zou zijn geëindigd.

Het opnemen van een wettelijke opzeggingsmogelijkheid staat mogelijk op gespannen voet met het huidige art. 14 Wet Cao, dat gebonden werkgevers verplicht een cao ook na te komen ten opzichte van ongebonden werknemers. Dat mag zo zijn, maar dan verdient direct opmerking dat dit onder het huidige recht niet anders is. Een ongebonden werknemer heeft de vrijheid de toepasselijkheid van een cao niet te accepteren als hij dat niet wenst, waarmee de cao niet toepasselijk wordt en een gebonden werkgever art. 14 Wet Cao schendt. Dit is nu eenmaal het gevolg van het wettelijke systeem. De ongebonden werknemer behoudt zijn volledige contractsvrijheid, terwijl de contractsvrijheid van een gebonden werkgever ten opzichte van die ongebonden werknemer door art. 14 Wet Cao is beperkt. Dat kan in de praktijk leiden tot frictie. Overigens kan alleen de vakbond die partij is bij de cao nakoming van art. 14 Wet Cao vorderen. Ik kan mij voorstellen dat een vordering van de vakbond die is gestoeld op art. 14 Wet Cao niet zo snel zal slagen wanneer een werkgever er contractueel alles aan heeft gedaan een ongebonden werknemer steeds conform de cao te behandelen, maar dat dit niet lukt doordat een ongebonden werknemer gedurende het dienstverband – dus niet bij aanvang al – niet langer contractueel aan nieuwe cao's gebonden wil zijn. Als deze problematiek speelt bij aanvang van de arbeidsovereenkomst, denk ik anders over de slagingskans van een vordering van de vakbond. Een ongebonden werknemer kan er bij aanvang van de arbeidsovereenkomst belang bij hebben tegen lagere arbeidsvoorwaarden arbeid te verrichten en daarom de toepasselijkheid van een cao niet accepteren. Art. 14 Wet Cao beoogt te voorkomen dat een gebonden werkgever van juist die situatie gebruik kan maken. Ten behoeve van de rechtszekerheid kunnen deze uitgangspunten wettelijk worden verankerd. Een voorstel is:

Aanbeveling 5

Artikel 14 lid 4 Wet Cao (nieuw): Na opzegging van een beding als bedoeld in artikel 14 lid 2 Wet Cao, vervalt de verplichting ex artikel 14 lid 1 Wet Cao voor een aan de cao gebonden werkgever ten aanzien van de werknemers die van hun opzeggingsrecht gebruik hebben gemaakt.

9.3.6 Het incorporatiebeding en de toets van 7:613 BW

Beltzer heeft in navolging van Koning⁵⁸ betoogd dat een incorporatiebeding dat verwijst naar een eenzijdig door de werkgever opgestelde arbeidsvoorwaardenregeling of een door de werkgever met zijn ondernemingsraad overeengekomen regeling of een cao, altijd moet worden beschouwd als een eenzijdig wijzigingsbeding waarop 7:613 BW van toepassing is. Zijn stelling is dat art. 7:613 BW ziet op elke wijziging van arbeidsvoorwaarden zonder instemming (per geval) van de werknemer.⁵⁹ Ter onderbouwing van zijn stelling dat de 613-toets ook van toepassing is op wijzigingen die uit een cao voortvloeien, waarover in de literatuur ook anders wordt gedacht,⁶⁰ heeft Beltzer gewezen op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:613 BW. Ik deel de conclusie van Beltzer en zal dit toelichten. Na die toelichting zal ik bespreken dat bij toepassing van de 613-toets onderscheid kan worden gemaakt naar gelang de representatief van de betrokken vakbonden.

De totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:613 BW kan niet los worden gezien van de toenmalige regeling van het arbeidsreglement, het IBM-arrest uit 1988⁶¹ en het advies van de SER inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad uit 1994. De regeling van het arbeidsreglement in art. 1637k BW hield kort gezegd in dat de werkgever het arbeidsreglement moest deponeren bij de griffie van het kantongerecht, het reglement moest ophangen op de werkvloer en werknemers daarvan een afschrift moest geven. De ondernemingsraad had daarnaast een instemmingsrecht. Bijzonder aan het arbeidsreglement was voorts dat werknemers schriftelijk moesten instemmen met het reglement alvorens zij individueel daaraan gebonden konden worden en dat zij bij gebreke van instemming geacht werden de arbeidsovereenkomst te hebben opgezegd. In het IBM-arrest was aan de orde of een ondernemingsraad ook instemmingsrecht had ten aanzien van een wijziging van een eenzijdig door de werkgever vastgestelde arbeidsvoorwaardenregeling (dat niet was bedoeld te gelden als een arbeidsreglement) dat was geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad overwoog dat de arbeidsvoorwaardenregeling in kwestie geen arbeidsreglement was, omdat de werkgever een andere manier van binding van individuele werknemers voor ogen stond, waardoor de ondernemingsraad geen instemmingsrecht had. Voorts overwoog de Hoge Raad dat het incorporeren van een arbeidsvoorwaardenregeling mede kan betreffen de toekomstige wijzigingen van de geïncorporeerde regeling, zij het dat niet is uitgesloten dat een werknemer zijn gebondenheid aan een bepaalde wijziging zal kunnen betwisten op de grond dat die gebondenheid in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid.⁶²

Naar aanleiding van het IBM-arrest vroeg de minister aan de SER advies over een voorstel dat mede inhield dat er een verbod kwam op wijzigingsbedingen in de zin het van het

58 F. Koning, 'De cao, de ongebonden werknemer en het incorporatiebeding', *SMA* 1998, afl. 11/12, p. 472 e.v.

59 R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder artikel 7:613 BW valt', *SMA* 2006, afl. 7/8, p. 310.

60 R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, afl. 7/8.

61 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/335 (IBM).

62 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/335 (IBM), r.o. 3.2.

IBM-arrest (dus waarbij een werknemer op voorhand instemde met wijzigingen). Een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de werkgever botste volgens de toelichting bij het voorstel met het beschermende karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht, met name als het gaat om 'neerwaartse' bijstelling van de arbeidsvoorwaarden. Een nietigheid van wijzigingsbedingen lag daarom voor de hand. Er was volgens de minister evenwel geen reden enige verandering te brengen in de wijziging van arbeidsvoorwaarden in individuele arbeidsovereenkomsten als gevolg van de doorwerking (ex art. 9, 12 en 13 Wet Cao) van in het cao-overleg vastgestelde arbeidsvoorwaarden.⁶³

In de toelichting op het voorstel staat over de binding aan cao's van ongebonden werknemers het volgende:

"Ook na opneming van bedoelde nietigheidsbepaling in het BW, zal de doorwerking krachtens de Wet Cao (en de Wet Avv) zijn werking onverminderd behouden. Hetzelfde geldt voor de toepassing van cao's op de zgn. artikel 14 Wet Cao-werknemers. Deze werknemers worden thans vaak via een (wijzigings)-beding in de individuele arbeidsovereenkomst gebonden aan de (gewijzigde) arbeidsvoorwaarden van de toepasselijke cao. [...] Met een wetswijziging overeenkomstig het onderwerpelijk voorstel van de adviesaanvraag wordt derhalve niet beoogd te verhinderen, dat de arbeidsvoorwaarden van bedoelde werknemers – door middel van een in de individuele arbeidsovereenkomst op te nemen beding – een cao volgen."⁶⁴

De SER was verdeeld over een wettelijke nietigheidssanctie. Een deel van de Raad (werknemersleden en kroonleden) kon zich vinden in de nietigheid omdat de constructie van incorporatie en eenzijdige wijziging niet bij het beschermende karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht zou passen (dus dezelfde lijn als de toelichting bij de adviesaanvraag). De in het IBM-arrest door de Hoge Raad aangestipte waarborg dat werknemers altijd nog op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen trachten te ontkomen aan de binding van een toekomstige wijziging vond dit deel van de Raad niet toereikend vanwege de terughoudendheid waarmee in de rechtspraak een beroep op de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid wordt gehonoreerd.⁶⁵ Ten aanzien van de nietigheidssanctie op wijzigingsbedingen werd door dit deel van de Raad nog opgemerkt dat (en dat is wederom in lijn met de adviesaanvraag) niet is beoogd te verhinderen dat werknemers door middel van een beding aan bij cao overeengekomen wijziging van arbeidsvoorwaarden kunnen worden gebonden. Strikt genomen was het volgens dit deel van de Raad niet nodig dat bij een wettelijk verbod een uitzondering voor incorporatie- en wijzigingsbedingen die verwijzen naar cao's diende te worden gemaakt, omdat het daarbij niet zou gaan om een 'eenzijdige' wijziging. 'Ter wille van de duidelijkheid echter beveelt dit raadsdeel aan die 'uitzondering' toch nadrukkelijk tot uitdrukking te brengen, hetzij in de wettelijke bepaling zelf, hetzij in de MvT bij het wetsvoorstel dat strekt tot opname in het BW van een bepaling die eenzijdige wijzigingsbedingen vernietigbaar verklaart.'⁶⁶ Een uitzondering voor regelingen waarmee de ondernemingsraad had ingestemd vond dit deel van de Raad niet nodig.

63 *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, Bijlage 1b.

64 *Idem*.

65 *Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad* (SER-advies 94/06 van 20 mei 1994), Den Haag: SER 1994, p. 76.

66 *Idem*, p. 79.

Een ander deel van Raad (met name ondernemersleden) zag niets in een wettelijk verbod op eenzijdige wijzigingsbedingen en wees erop dat in veel ondernemingen in de loop van de tijd een praktijk was gegroeid dat in arbeidsovereenkomsten wordt verwezen naar de cao en allerhande ondernemingsregelingen, waarin impliciet besloten ligt dat deze regelingen van tijd tot tijd wijziging kunnen ondergaan. Wijzigingen die verbeteringen inhouden leiden zelden tot problemen en indien een wijziging niet als redelijk wordt ervaren, kwam dat volgens dit deel van Raad in die onderneming wel aan de orde, hetzij door reacties van individuele werknemers, hetzij door reactie van de ondernemingsraad of vakorganisaties, waarna alsnog tot een billijke uitkomst werd gekomen.⁶⁷ De incorporatie- en eenzijdige wijzigingsbedingen die volgens dit deel van de Raad in de praktijk in materieel opzicht dus zeker niet altijd eenzijdig waren, gaven dan ook weinig aanleiding tot problemen. Dit deel van de Raad merkte daarbij nog op dat dergelijke bedingen van groot praktisch nut waren omdat zij uitdrukking geven aan de in verband met een rationele bedrijfsvoering bestaande noodzaak van collectieve ordening met betrekking tot bepaalde arbeidsvoorwaarden in de onderneming en ook aan de betekenis daarvan voor de individuele werknemer. De wijzigingsbedingen maken duidelijk dat wijzigingen kunnen optreden.⁶⁸ Vanwege voornoemde argumenten maakte dit deel van de Raad bezwaar tegen een verbod op wijzigingsbedingen. Daarbij voerde dit deel van de Raad overigens aan dat in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid een voldoende waarborg besloten ligt tegen onredelijk handelende werkgevers. Voor zover het tot een nietigheidssanctie zou komen, was dit deel van de Raad voorstander van een uitzondering voor met de ondernemingsraad overeengekomen wijzigingen of wijzigingen waarmee de ondernemingsraad heeft ingestemd, naast de uitzondering voor cao's.⁶⁹

In het wetsvoorstel dat volgde op het advies van de SER werd geen nietigheidssanctie opgenomen. Het voorstel ten aanzien van 7:613 BW hield het midden tussen de hiervoor besproken opvattingen die binnen de SER leefden ten aanzien van het wijzigingsbeding. Het voorstel bracht namelijk mee dat wijzigingsbedingen werden toegestaan, maar dat een werkgever slechts gebruik zou kunnen maken van een wijzigingsbeding 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 moet wijken. Daarbij werd expliciet bepaald (in een tweede lid) dat een zodanig zwaarwichtig belang aanwezig werd geacht indien een vakbond of ondernemingsraad had ingestemd met de wijziging. Over de toepassing van de 7:613-toets in de praktijk werd in de parlementaire geschiedenis door de minister opgemerkt dat wanneer een vakbond of ondernemingsraad had ingestemd met een wijziging, dat een werknemer zich dan nog slechts tegen een wijziging kon verzetten indien de wijziging voor hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Als instemming van vakbond of ondernemingsraad ontbrak, dan kon een werkgever slechts een beroep doen op de wijziging indien hij aannemelijk kon maken dat ongewijzigde voortzetting van de arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor hem onaanvaardbaar was. Zowel voor de wijziging bij cao als voor een wijziging waarmee de

67 Idem, p. 83.

68 Idem, p. 83 en 84.

69 Idem, p. 89.

ondernemingsraad had ingestemd, werd in het wetsvoorstel dus een uitzonderingssituatie gecreëerd. Bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel verviel het tweede lid en daarmee de wettelijke uitzonderingssituatie, maar uit de toelichting volgt dat daarmee materieel geen wijziging in de benadering werd beoogd.

Ten aanzien van een wijziging waarmee de vakbond of de ondernemingsraad heeft ingestemd, merkte de minister op dat in beide gevallen een zodanig zwaarwichtig belang aanwezig werd geacht, maar dat de mate waarin een werknemer zich alsnog op grond van de redelijkheid en billijkheid zou kunnen onttrekken aan zo'n wijziging verschilde. In de maatstaf redelijkheid en billijkheid speelt het gegeven dat de regeling van arbeidsvoorwaarden juist een cao betreft een grote rol vanwege de grote maatschappelijke betekenis van de cao. Die betekenis legt meer gewicht in de schaal dan wanneer een wijziging is overeengekomen met de ondernemingsraad.

Er is veel te zeggen voor de uitzonderingspositie voor bij cao overeengekomen wijzigingen. Aanleiding voor de wettelijke regeling van het eenzijdig wijzigingsbeding was om passende invloed van werknemers bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau te waarborgen.⁷⁰ Passende invloed kan plaatsvinden op individueel niveau, maar ook op collectief niveau door betrokkenheid van een voldoende *countervailing power*. De uitzonderingspositie voor cao's past bij de gedachte dat betrokkenheid van vakbonden kan worden beschouwd als een hogere vorm van bescherming dan betrokkenheid op individueel niveau, omdat vakbonden op gelijkwaardige wijze kunnen onderhandelen met werkgevers waarmee de machtsongelijkheid is gecompenseerd.⁷¹

Als een cao is aangegaan door een niet-representatieve vakbond komt de vraag op of dan nog gezegd worden dat is voorzien in passende bescherming van alle ongebonden werknemers. Dat is naar mijn mening niet zonder meer het geval en in het licht daarvan bestaat ook minder reden wijzigingen die voortvloeien uit de cao die met niet-representatieve vakbonden is aangegaan, een uitzonderingspositie te geven bij toepassing van de 613-toets.⁷² In dat geval zou de rechter een uit zo'n cao voortvloeiende wijziging van de arbeidsvoorwaarden volledig moeten toetsen conform art. 7:613 BW. Kortom, voor wijzigingen die voortvloeien uit een cao die is aangegaan door representatieve vakbonden is gerechtvaardigd dat deze een uitzonderingspositie genieten bij toepassing van de 613-toets (in die zin dat het zwaarwichtig belang geacht wordt aanwezig te zijn). Dat is anders als een cao is aangegaan door niet-representatieve vakbonden. In dat geval kunnen de uit de cao voortvloeiende wijzigingen voor ongebonden werknemers op één lijn gesteld worden met eenzijdige wijzigingen en in dat geval zouden de wijzigingen aan een volle 7:613-toets onderworpen moeten worden. Uiteraard kan bij de beoordeling van de

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

71 Zie ook: A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011, afl. 1, p. 14.

72 Dat zou ook gezegd kunnen worden over een wijziging waarmee de ondernemingsraad heeft ingestemd en in de rechtspraak wordt bij toepassing van de 613-toets overigens zelden gevolgd dat bij instemming van de ondernemingsraad met een wijziging, het zodanig zwaarwichtig belang dan aanwezig wordt geacht. Veeleer wordt de instemming gezien als een gezichtspunt (al dan niet zwaarwegend) bij de beoordeling van de aanwezigheid van het zwaarwichtig belang. Zie recent: Ktr. Lelystad 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:685.

aanwezigheid van het zwaarwichtig belang wel waarde toekomen aan de omstandigheid dat een vakbond heeft ingestemd.

Het voorgaande geeft aanleiding tot een wijziging van het huidige art. 7:613 BW, in die zin dat aan dit artikel een nieuw tweede lid toegevoegd zou moeten worden met de strekking dat wanneer een wijziging van arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een met niet-representatieve vakbonden aangegane cao, het zwaarwichtige belang door de werkgever aangetoond moet worden en dus niet van rechtswege aanwezig wordt geacht. Uit dit nieuwe tweede lid volgt dan impliciet dat wanneer een representatieve vakbond partij is bij de cao, toetsing van de wijzigingen aan artikel 7:613 BW niet is aangewezen, althans dat het zwaarwichtige belang bij de wijziging dan wel van rechtswege aanwezig wordt geacht. In dat laatste geval, dus wanneer een representatieve vakbond partij is, kan een ongebonden werknemer zich nog slechts tegen een uit de cao voortvloeiende wijziging verzetten, indien wijziging van de arbeidsvoorwaarden voor hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Die benadering staat niet op gespannen voet met het cao-recht en de binding van ongebonden werknemers aan een cao, omdat door ongebonden werknemers altijd een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden gedaan.⁷³

De nieuwe tekst van art. 7:613 lid 2 BW zou als volgt kunnen luiden:

Aanbeveling 6

Een vermoeden van een zodanig zwaarwichtig belang wordt geacht aanwezig te zijn, indien de betrokken wijziging voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst die is aangegaan met een of meer werknemersverenigingen die alleen of tezamen voldoende representatief te achten is of zijn.

9.3.7 Een representativiteitstoets en de verbindendverklaring

In hoofdstuk 7 heb ik het avv-instrument uitgebreid besproken en vastgesteld dat de verbindendverklaring het behouden waard is, dat een wijziging van het dispensatiebeleid niet aan de orde is en dat het in beginsel niet mijn voorkeur heeft dat de minister via de verbindendverklaring het cao-overleg gaat sturen. Met het oog op de representativiteit van vakverenigingen is wel iets te zeggen voor een wijziging van de manier waarop het meerderheidsvereiste berekend wordt. De berekening van het meerderheidsvereiste besprak ik reeds in paragraaf 3.5.2.4 en 7.4 en komt erop neer dat voor verbindendverklaring met name de organisatiegraad aan werkgeverszijde relevant is. Dit brengt mee dat de rechtvaardiging voor de ruimere werking van cao's door het verbindend verklaren steunt op de representativiteit van werkgevers. In paragraaf 7.4 besprak ik dat het voor de toekomstbestendigheid van het systeem goed is als daarin verandering wordt gebracht. Een cao die door niet-representatieve vakbonden is aangegaan en niet door een aanzienlijke

⁷³ Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Kantonrechter Utrecht uit 2006 en 2007 over de toepasselijkheid van bepalingen uit de horeca-cao op ongebonden werknemers die ik in paragraaf 5.4.2.2 heb behandeld.

meerderheid in de bedrijfstak wordt gedragen, zou niet voor verbindendverklaring in aanmerking moeten komen.⁷⁴

In de literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan voor de introductie van een representativiteitstoets van vakbonden bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen. In het eerder besproken wetsvoorstel uit de jaren '70 van de vorige eeuw (zie paragraaf 9.3.1 en 9.3.4) was uitgangspunt, dat de bepalingen van een cao alleen voor verbindendverklaring in aanmerking zouden kunnen komen indien een cao tot stand was gekomen na onderhandelingen tussen alle representatieve vakverenigingen in de sector die ook de wens kenbaar hadden gemaakt aan de onderhandelingen deel te willen nemen. Aanvullend zou dan moeten gelden (volgens het wetsvoorstel) dat wanneer een vakorganisatie ten minste 1/3 van een groep werknemers zou organiseren die onder de werking van de verbindendverklaring zou vallen, de verbindendverklaring niet voor de leden van deze vakorganisatie zou gelden wanneer deze organisatie geen partij bij de cao zou zijn, ongeacht of zij aan het overleg deel heeft genomen of de wens kenbaar heeft gemaakt aan het overleg deel te nemen. De noodzaak van deze beperking van de verbindendverklaring werd als volgt toegelicht:

“Het is bijvoorbeeld mogelijk, dat een vakbond op het terrein van de metaalindustrie wel representatief is ten aanzien van metaalarbeiders, maar niet ten aanzien van het hoger personeel in de metaalindustrie, een vakbond op het terrein van de levensmiddelenindustrie wel representatief is ten aanzien van het fabriekspersoneel in levensmiddelenindustrieën maar niet ten aanzien van handelsreizigers, een vakbond op het terrein van de agrarische werknemers wel representatief is ten aanzien van arbeiders in de zuivelfabrieken maar niet ten aanzien van melkrijders. In dergelijke gevallen zou het onjuist zijn, dat een cao ondanks de gebreken bij haar totstandkoming ook algemeen verbindend zou worden verklaard ten aanzien van genoemd hoger personeel, handelsreizigers en melkrijders, hoewel de vakorganisaties waarvan deze categorieën werknemers in belangrijke mate lid zijn, niet aan de cao-onderhandelingen hebben deelgenomen.”⁷⁵

Fase pleitte in zijn oratie in 1987 voor een systeem van verkiezingen (zie paragraaf 9.2.4) en onderdeel van dat systeem was ook een wijziging van de eisen met betrekking tot de verbindendverklaring. In het door Fase voorgestelde systeem kan een collectieve overeenkomst tussen werkgevers en vakbonden slechts als cao kwalificeren wanneer zij is aangegaan door de vakbonden die minstens de helft van de stemmen van de werknemers achter zich hebben.⁷⁶ Dit brengt mee dat een overeenkomst die tot stand is gekomen met instemming van een of meer vakbonden die alleen of gezamenlijk op een gering draagvlak kan of kunnen rekenen in de sector, niet kwalificeert als cao en dus ook niet voor verbindendverklaring in aanmerking komt.

Grapperhaus pleitte aanvankelijk voor het opnemen van wettelijke representativiteitseisen en werd later voorstander van verkiezingen en een referendum. In beide systemen werd door Grapperhaus een wijziging van de vereisten voor de verbindendverklaring voorgesteld.

74 Zie ook: F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *Cao-recht in Beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 113.

75 'Proeve van een ontwerp wettelijke garanties beroepsprocedure erkenning representativiteit vakverenigingen', afkomstig van Het Comité Representativiteit Werkgevers- en Werknemersverenigingen, Rotterdam 1970, p. 38.

76 A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987, p. 38.

In het systeem met wettelijke representativiteitseisen zouden cao's slechts voor verbindendverklaring in aanmerking komen indien de vakbonden die de cao waren aangegaan, ten minste een bij wet vast te stellen percentage van de in de bedrijfstak werkzame personen zouden organiseren. Als die eis niet zou worden gehaald, zou de mogelijkheid tot verbindendverklaring vervallen.⁷⁷ In zijn recentere werk pleit Grapperhaus voor een systeem van verkiezingen dat op onderdelen afwijkt van het door Jaspers voorgestelde systeem (zie paragraaf 9.2.4). De verkiezingen bepalen welke vakbonden bevoegd zijn cao's aan te gaan. Dit is de vakbond of zijn de vakbonden die de meerderheid van de stemmen krijgt of krijgen. Het systeem van verbindendverklaring blijft daarbij dan ongewijzigd. Grapperhaus en Jaspers zijn het dus met elkaar eens dat wanneer de cao door voldoende representatieve vakbonden tot stand is gekomen, de verbindendverklaring geen wijziging behoeft.

In de door mij in paragraaf 9.3.5 en 9.3.6 voorgestelde systeemwijzigingen wordt slechts via indirecte dwang bewerkstelligd dat cao's worden aangegaan door representatieve vakbonden. In het systeem blijft het ondanks de wijzigingen mogelijk dat cao's worden aangegaan door niet-representatieve vakbonden. De wijzigingen van het systeem brengen slechts mee dat de ruime werking van dergelijke cao's via incorporatie aan banden wordt gelegd. Dit heeft tot gevolg dat aanpassing van de Wet Avv nodig is, omdat in de huidige systematiek cao's die met niet-representatieve vakbonden zijn aangegaan via de verbindendverklaring alsnog kunnen gaan gelden voor alle betrokken werknemers. De aanpassing die ik voorstel heeft als doel te voorkomen dat een cao die door niet-representatieve vakbonden is aangegaan en niet op een stevig draagvlak bij werknemers in de sector (de meerderheid van de werknemers) kan rekenen, voor verbindendverklaring in aanmerking komt. Om aan deze opvatting een juridische basis te geven, zou wat mij betreft kunnen worden volstaan met een kleine wijziging van de Wet Avv en het Toetsingskader AVV, die ik heb ontleend aan de Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde Toetsingskader Wet Bpf 2000. Op grond van de Wet Bpf 2000 kan de minister besluiten tot een verplichtstelling op verzoek van het *georganiseerde bedrijfsleven* dat een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt. Deze representativiteitstoets lijkt weliswaar op de representativiteitstoets die geldt voor de verbindendverklaring, maar verschilt op belangrijke onderdelen. Uit de toelichting op de Wet Bpf 2000 volgt dat voor de representativiteitstoets van de verplichtstelling is aangesloten bij de verbindendverklaring van cao's, maar dat vanwege het bijzondere karakter van een besluit tot verplichtstelling (lange werking) van het avv-kader is afgeweken wat de betrokkenheid betreft van de werknemersorganisaties bij een aanvraag.⁷⁸ Vanwege de grote betekenis (qua duur) van een verplichtstelling dient zo'n besluit te worden gedragen door werknemersorganisaties.⁷⁹ De representativiteitstoets van de Wet Bpf 2000 valt uiteen in een toets van de representativiteit aan werkgeverszijde en de representativiteit aan werknemerszijde. De beoordeling van de representativiteit aan werkgeverszijde komt overeen met de meerderheidstoets uit het Toetsingskader AVV en houdt in dat wordt bekeken hoe het aantal werknemers in de sector zich verhoudt tot het aantal werknemers in dienst bij werkgevers die bij een akkoord zijn

77 F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, 's-Gravenhage: 2005, p. 117.

78 *Kamerstukken II* 1999/00, 27073, 3, p. 6.

79 *Idem*.

betrokken. De representativiteitstoets aan werknemerszijde is pragmatisch ingestoken. Als een gezamenlijk verzoek wordt gedaan door werkgevers- en werknemersorganisaties die statutair bevoegd zijn afspraken te maken over arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak en voldaan is aan de representativiteitstoets aan werkgeverszijde, dan is daarmee in beginsel gegeven dat een verplichtstelling op voldoende draagvlak onder de werknemers kan rekenen.⁸⁰ Als echter bezwaren worden ingediend tegen de representativiteit van de betrokken werknemersorganisaties, dient (door de Stichting van de Arbeid) bekeken te worden hoe de organisatiegraad van de betrokken vakbonden zich verhoudt tot de organisatiegraad van de overige vakbonden die in de sector actief zijn en kan toch worden afgezien van een verplichtstelling.⁸¹

Ik pleit ervoor deze dubbele representativiteitstoets ook in te voeren voor de verbindendverklaring. Dit houdt in dat de Wet Avv dient te worden aangepast, in die zin dat een verzoek tot verbindendverklaring slechts kan worden gedaan door het georganiseerde bedrijfsleven dat een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame werkgevers vertegenwoordigt en dat – in verband met de wetwijziging – in het Toetsingskader AVV een representativiteitstoets voor werknemersorganisaties moet worden opgenomen die gelijkkluidend is aan de toets in het Toetsingskader Bpf 2000. Dit brengt mee dat een verzoek tot verbindendverklaring dient te worden gedaan door werkgevers- en werknemersorganisaties gezamenlijk, dat nog steeds voldaan moet worden aan het huidige meerderheidsvereiste en dat de berekening daarvan gelijk kan blijven, maar dat werknemersorganisaties die niet betrokken zijn bij de cao tegen de verbindendverklaring zienswijzen kunnen indienen en dat in dat kader – door de minister of de Stichting van de Arbeid – beoordeeld moet worden hoe het aantal georganiseerde werknemers in de sector zich verhoudt tot het aantal georganiseerde werknemers dat bij een akkoord is betrokken. Ik merk daarbij op dat verbindendverklaring in beginsel achterwege dient te blijven als de meerderheid van de in een sector georganiseerde werknemers zich verzet tegen de verbindendverklaring.

Ik geef direct toe dat in de door mij voorgestelde representativiteitstoets slechts rekening wordt gehouden met ledentallen om het draagvlak te meten en dat dit eigenlijk te beperkt is (zie hoofdstuk 3 en 6). Daar kan het volgende tegenover worden gesteld. In de eerste plaats is voor het besluit tot verbindendverklaring niet een vereiste dat de meerderheid van de georganiseerde werknemers akkoord is met de cao. Als is voldaan aan het meerderheidsvereiste, komt een cao voor verbindendverklaring in aanmerking en wordt de aanwezigheid van voldoende draagvlak aangenomen. Slechts wanneer de meerderheid van de georganiseerde werknemers in een sector zich verzet tegen de verbindendverklaring, wordt het draagvlak van de cao beoordeeld. Wanneer de meerderheid van de georganiseerde werknemers in een sector zich verzet tegen de verbindendverklaring, is dat een duidelijke indicatie dat er iets mis is met het draagvlak van de cao. Daarbij komt dat een beoordeling op basis van ledentallen eenvoudig uitvoerbaar is. In mijn voorstel kom ik tegemoet aan de kritiek dat draagvlak niet alleen een kwestie van leden is, door in het Toetsingskader AVV op te nemen dat een cao die geldt voor de meerderheid van de in een sector werkzame

⁸⁰ Idem.

⁸¹ *Kamerstukken II 1999/00, 27073, 3, p. 6 en Toetsingskader Wet Bpf 2000.*

personen *in beginsel* niet voor verbindendverklaring in aanmerking komt wanneer de meerderheid van de georganiseerde werknemers zich tegen de verbindendverklaring verzet. Door toevoeging van de woorden 'in beginsel' kan de minister, ondanks het verzet van de meerderheid van de georganiseerde werknemers in een sector, toch besluiten tot verbindendverklaring, indien op basis van alle omstandigheden van het geval kan worden vastgesteld dat er toch voldoende draagvlak voor het akkoord is onder alle werknemers die vallen onder de werkingssfeer van de sector en andersom. Het is aan de partijen die om verbindendverklaring verzoeken de minister hierover voldoende te informeren. Als werknemersorganisaties zich niet verzetten tegen de verbindendverklaring, is de juridische fictie dat een cao op voldoende draagvlak kan rekenen en komen de bepalingen daarvan zonder meer voor verbindendverklaring in aanmerking. Een aangepaste tekst met inachtneming van bovengenoemde uitgangspunten kan luiden:

Aanbeveling 7

Artikel 2 lid 1 Wet Avv (nieuw): Onze Minister

kan op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst in de hele bedrijfstak verbindend verklaren. [...]

Bij de aanpassing van het Toetsingskader AVV kan voor een belangrijk deel worden aangesloten bij paragraaf 3.1 van het Toetsingskader Wet Bpf 2000.

9.3.8 Opt-out in het cao-recht

Op grond van artikel 3:305a en 3:305b BW kan een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt ter bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. De laatste jaren is het aantal belangenorganisaties dat collectieve procedures initieert significant gestegen en voor gedupeerden is vaak niet duidelijk welke van de beschikbare belangenorganisaties hun belangen het best kan vertegenwoordigen.⁸² Tegelijkertijd kunnen aangesproken partijen worden geconfronteerd met een veelheid aan belangenorganisaties die in meer of mindere mate dezelfde achterban vertegenwoordigen. Daarbij komt dat niet bij iedere belangenorganisatie op voorhand duidelijk is of de organisatie in staat is de achterban op adequate wijze te vertegenwoordigen. Deze aspecten van de collectieve actie hebben geleid tot een voorstel tot onder meer wijziging van artikel 3:305a BW e.v. teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken.⁸³ Bij het ter drukke gaan van dit onderzoek was dit wetsvoorstel in behandeling bij de Tweede Kamer.⁸⁴ Het wetsvoorstel bevat wijzigingen die in het kader van dit onderzoek het bespreken waard zijn. De voor dit onderzoek relevante wijzigingen van de collectieve actie ex artikel 3:305a BW e.v. houden in dat in zaken waarin meerdere belangenorganisaties optreden, de rechtbank een exclusieve belangenbehartiger kan

82 *Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 6.*

83 *Kamerstukken II 2016/17, 34608, 1.*

84 *Kamerstukken II 2016/17, 34707, 31, p. 3.*

aanwijzen die voor alle gedupeerden en de andere belangenorganisaties gaat optreden in de procedure. De uitspraak van de rechter zal in beginsel bindend zijn voor de gedupeerden die na aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger niet expliciet van deelname hebben afgezien (opt-out). Volgens de minister van Justitie dragen coördinatie van collectieve procedures en een bindende uitspraak bij aan een efficiënte afwikkeling en zijn in het belang van een goede rechtsbedeling voor alle partijen.⁸⁵

Ter aanvulling op het voorgaande is het de bedoeling dat aanvullende onafhankelijkheidseisen worden geïntroduceerd om een adequate vertegenwoordiging van gedupeerden in collectieve procedures te garanderen.⁸⁶ In de voorgestelde wijziging worden belangenorganisaties bijvoorbeeld verplicht een toezichthoudend orgaan in te stellen en een algemeen toegankelijke internetpagina in stand te houden die relevante informatie voor aangeslotenen bevat zoals het bestuursverslag, de statuten en de bestuursstructuur van de belangenorganisatie. Belangenorganisaties moeten bovendien over voldoende ervaring en deskundigheid beschikken ten aanzien van het instellen van het voeren van de procedure. Ten slotte is bepaald dat de belangenorganisaties hun jaarrekening conform de eisen van Titel 9 van Boek 2 BW moeten opstellen. Thans zijn de enige voorwaarden die artikel 3:305a BW stelt, dat de belangenorganisaties ingevolge hun statuten de belangen kunnen behartigen van de personen voor wie zij opkomen en dat met een collectieve vordering de belangen van deze personen voldoende gewaarborgd zijn.⁸⁷ Deze eisen blijven in de nieuwe regeling bestaan maar worden dus aangevuld met de hiervoor genoemde onafhankelijkheidseisen. Onderdeel van de toetsing aan de onafhankelijkheidseisen is een oordeel over de mate waarin een organisatie als representatief voor de groep gedupeerden kan worden gezien. Uit de toelichting op het wetsvoorstel volgt dat indicaties daarvoor zijn: het aantal aangesloten gedupeerden en de omvang van hun vorderingen ten opzichte van het totale aantal gedupeerden van een massagebeurtenis en de door hen gevorderde schadevergoeding.⁸⁸ Op voorhand moet duidelijk zijn dat zij kwalitatief gezien voor een voldoende groot deel van de gedupeerden opkomt. Wat genoeg is, verschilt per geval. Het vereiste van representativiteit staat los van de rechterlijke toets met betrekking tot het aanwijzen van de exclusieve belangenbehartiger. In dat geval zal de rechter verschillende belangenorganisaties met elkaar vergelijken die elk voldoende representatief zijn. De rechter zal in dat geval bekijken welke belangenorganisatie het meest geschikt is als exclusieve belangenbehartiger op te treden.⁸⁹

De reden van de 'opt-out'-regeling (dus binding, tenzij opt-out) is te voorkomen dat de aangesproken partij wordt geconfronteerd met een veelheid aan individuele en collectieve procedures. In het wetsvoorstel wordt het voeren van één procedure over een collectieve vordering het uitgangspunt. De procedure wordt gevoerd door de exclusieve belangenbehartiger die voor alle betrokken personen opkomt. De uitkomst van de procedure bindt alle personen en in verband met deze vergaande binding is volgens de minister vereist dat

85 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34608, 3, p. 6.

86 *Idem*, p. 7.

87 Deze laatste eis geldt met ingang van 1 juli 2013 (zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3, p. 4-6 en 12-13).

88 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34608, 3, p. 18.

89 *Idem*, p. 19.

benadeelden een mogelijkheid hebben aan te geven dat zij niet gebonden willen zijn. Het moment waarop zij dit moeten doen ligt onmiddellijk na het aanwijzen van de exclusieve belangenbehartiger.⁹⁰ Met het wetsvoorstel wordt aangesloten bij de huidige regeling voor het verbindend verklaren van een collectieve schikking door het Gerechtshof Amsterdam op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). Het wetsvoorstel biedt gedupeerden en belangenorganisaties de mogelijkheid in rechte om vaststelling van een collectieve schadeafwikkeling te vragen. De 'opt-out'-regeling brengt een wijziging van het huidige artikel 3:305a BW mee, omdat uitgangspunt thans is dat een uitkomst tussen een belangenorganisatie en een aangesproken partij alleen bindend is voor de groep gedupeerden die onderdeel uitmaken van de groep waarvoor een belangenorganisatie opkomt. In de nieuwe regeling zullen personen die niet gebonden willen zijn aan een uitspraak in een collectieve procedure, gebruik moeten maken van de opt-outmogelijkheid.

Is voornoemde regeling van een exclusieve belangenbehartiger en een opt-outregeling ook iets voor het cao-recht? Het aanwijzen van de meest representatieve vakbond die exclusief bevoegd is te onderhandelen over een cao maakt mogelijk inbreuk op het recht op collectieve onderhandelingen en de vrijheid van vakvereniging (zie paragraaf 9.3.2). Ik breng in herinnering dat volgens het Comité van Deskundigen van het ILO een systeem waarbij aan de meest representatieve vakbond bijzondere rechten en voordelen worden verbonden (zoals het aangaan van cao's) niet per definitie in strijd met de vrijheid van vakvereniging. Daarvoor is wel vereist dat het bepalen van de meest representatieve vakbond geschiedt op basis van objectieve, vooraf vastgestelde en precieze criteria teneinde elke mogelijke vorm van misbruik te voorkomen.⁹¹ Aan deze voorwaarde lijkt het aanwijzen van een exclusieve vakbond wel te voldoen. Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen (meest) representatieve vakbond(en) en andere vakbonden mag er volgens het Comité van Deskundigen evenwel niet toe leiden dat deze andere bonden de essentiële middelen worden onthouden om op te komen voor de belangen van hun leden.⁹² Dit brengt mee dat vakbonden niet zo vergaand in hun mogelijkheden beperkt mogen worden dat zij geen cao's meer mogen aangaan.⁹³ Als het aanwijzen van een exclusieve vakbond om een cao aan te gaan meebrengt dat andere vakbonden die bevoegdheid niet meer hebben, staat dit op gespannen voet met het recht op collectief onderhandelen en de vrijheid van vakverenigingen. Het moet aldus voor andere vakbonden mogelijk blijven een cao te sluiten voor eigen leden.

Het aanwijzen van een 'exclusieve' vakbond door de rechter heeft als voordeel dat op voorhand voor werkgevers duidelijk is met welke organisatie een onderhandelingsresultaat kan worden bereikt dat onder de betrokken werknemers naar alle waarschijnlijkheid op het grootste draagvlak kan rekenen. Daarbij komt dat werkgevers op voorhand weten dat een regeling die zij met een exclusieve vakbond sluiten, in beginsel bindend is voor alle

90 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 3, p. 9 en 10.

91 Comité van deskundigen ILO, Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey. Report III (Part 4B), 1994, par 97.

92 Comité van deskundigen ILO, Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey. Report III (Part 4B), 1994, par 98.

93 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 244.

betrokkenen. Dat wil zeggen, als de regeling van de collectieve schadevergoedingsactie wordt gevolgd. De opt-outregeling kan worden benut om het voor niet-exclusieve vakbonden mogelijk te blijven maken voor eigen leden cao's aan te gaan. Als deze leden immers gebruikmaken van een opt-outregeling, zijn zij niet gebonden aan een cao en staat het hun vrij zelf hun arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen en daarbij gebruik te maken van een eigen vakbond. Het nadeel van de mogelijkheid tot opt-out in het cao-recht is dat werknemers gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid om vervolgens tegen slechtere arbeidsvoorwaarden arbeid te verrichten, waardoor de collectieve regeling wordt uitgehold. De minister overwoog bij invoering van de Wet Avv (zie hoofdstuk 7) dat de individuele contractsvrijheid een groot goed is, maar dat het redelijk is een regeling die door de meerderheid van een sector nodig worden geacht voor een goede werking van het bedrijfsleven of het scheppen van behoorlijke arbeidsvoorwaarden, ook aan de minderheid op te leggen, indien de vrijheid van de minderheid voornoemde belangen schaadt. "Kan het ongewenscht heeten, dat een minderheid door een meerderheid tot iets gedwongen wordt, nog ongewenschter zal het in de regel zijn, wanneer het omgekeerde geschiedt.", aldus de minister.⁹⁴ Het laten vervallen van de opt-out mogelijk is evenwel niet zonder meer mogelijk met het oog op de hiervoor aangestipte vrijheid van vakvereniging en het recht op collectief onderhandelen.

Uit het voorgaande concludeer ik dat het aanwijzen van een exclusieve belangenbehartiger in combinatie met algehele binding en een mogelijkheid tot opt-out niet zonder bezwaar is. Met name de mogelijkheid tot opt-out kan de waarde van het systeem onder druk gaan zetten indien grote groepen werknemers daarvan gebruik gaan maken. Als werknemers kiezen voor een opt-out wanneer in een cao onvoldoende rekening is gehouden met hun belangen is dat te rechtvaardigen, maar die rechtvaardiging is er niet wanneer werknemers gebruikmaken van de mogelijkheid tot opt-out om te kunnen onderbieden. Overigens is een mogelijkheid tot opt-out naar mijn mening niet nodig wanneer een cao is aangegaan door representatieve vakbonden. In dat geval is namelijk voldoende gewaarborgd dat voldoende rekening is gehouden met alle betrokken belangen. Als een cao echter slechts aangegaan kan worden door de meest representatieve vakbond, wordt aan andere vakbonden evenwel de mogelijkheid ontnomen om voor de belangen van eigen leden op te komen door middel van het aangaan van cao's. Dit neemt niet weg dat ik het voor het cao-recht wel van toegevoegde waarde vind wanneer aan de rechter op ieder gewenst moment een oordeel kan worden gevraagd over de representativiteit van een vakbond, zodat reeds op voorhand voor betrokken duidelijk is welke rechtsgevolgen aan een cao verbonden zijn. Als dat een representatieve vakbond is, geldt het huidige systeem van binding van lidmaatschap, contract en ministerieel besluit onverkort, maar wanneer dat een niet-representatieve vakbond is, dan vervallen – in de door mij voorgestelde wijzigingen – eerder gemaakte contractuele afspraken over de binding aan een cao of kan een nadere rechterlijke toets plaatsvinden en kan verbindendverklaring worden voorkomen als representatieve vakbonden daartegen bezwaar maken. De wijzigingen zijn bovendien minder ingrijpend dan het aanwijzen van een exclusieve belangenbehartiger in combinatie met opt-out en hebben daarom ook mijn voorkeur.

⁹⁴ Kamerstukken II 1936/37, 274, 5, p. 16.

9.4 Samenvatting en conclusie

In de literatuur worden vraagtekens gezet bij de houdbaarheid van het huidige systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Vanwege een dalende organisatiegraad, de ondervetegenwoordiging van groepen werknemers in het ledenbestand van vakbonden en een toenemende differentiatie van werknemersbelangen is het de vraag of vakbonden (nog) in staat zijn voor alle (of een groot deel van de) werkenden een bevredigend onderhandelingsresultaat te realiseren. De SER stelde in zijn advies uit 2013 over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken dat het vergroten van werknemersbetrokkenheid een belangrijke opdracht van de vakbonden is en dat vakbonden zich continu moeten inspannen om te zorgen voor voldoende draagvlak van de cao, zodat de cao voor iedereen relevant blijft. Voor een voldoende draagvlak van cao-afspraken onder werknemers is van belang dat deze afspraken een goede afspiegeling zijn van de wensen van de verschillende groepen werknemers. Dit onderstreept dat een vakbond een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder dient te zijn van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen. Met andere woorden, een vakbond dient representatief te zijn.

Het vergroten van het ledenbestand van werknemers is een manier om werknemersbetrokkenheid te vergroten. Het is in beginsel aan vakbonden daarvan werk te maken. Met alleen het vergroten van het ledenbestand is evenwel niet zonder meer gezegd dat vakbonden representatiever worden. Als deze nieuwe leden niet actief participeren of behoren tot groepen werknemers die al oververtegenwoordigd zijn in het ledenbestand van vakbonden, heeft het vergroten van het ledenbestand weinig zin. Voor de representativiteit van vakbonden is met name een gespreid ledenbestand relevant. In de literatuur is wel gepleit voor ledenvoordelen in cao's om het lidmaatschap van vakbonden aantrekkelijker te maken en hoewel de Wet Cao ledenvoordelen toestaat, wordt het maken van onderscheid tussen leden en niet-leden in de rechtspraak met terughoudendheid benaderd. Zolang ledenvoordelen in relatie staan tot het financiële offer dat leden brengen door hun lidmaatschap, worden ledenvoordelen toelaatbaar geacht. Bij werkgevers bestaan bezwaren tegen ledenvoordelen omdat zij een ongelijke behandeling tussen werknemers meebrengen en ledenvoordelen zouden leiden tot ongewenst organisatiedwang. Het bedingen van ledenvoordelen wordt door vakbonden overigens niet gezien als een aantrekkelijke strategie, omdat het voor werkgevers bij de indiensttreding daardoor aantrekkelijk wordt niet-leden te verkiezen boven leden. In dat verband is het voor vakbonden ook geen aantrekkelijk idee artikel 14 Wet Cao te laten vervallen. Dit artikel beschermt immers leden en de cao tegen onderbieding door ongebonden werknemers, maar brengt wel mee dat werknemers buiten de vakbeweging kunnen blijven en toch kunnen profiteren van het werk van de vakbeweging.

De discussie over ledenvoordelen heeft in de vorige eeuw geleid tot een overeenkomst tussen werkgeversorganisaties en vakbonden die meebrengt dat werkgevers een financiële vergoeding betalen aan de vakbeweging voor het aangaan van cao's, onder de voorwaarde dat vakbonden in het cao-overleg mede rekening houden met de belangen van ongebonden werknemers. Vanwege deze financiële bijdrage betalen ongebonden werknemers indirect mee aan het werk van de vakbonden. Op deze financiële bijdrage bestaat kritiek omdat het vakbonden te afhankelijk zou maken van werkgevers. De Beer heeft een andere manier

van financiering van het vakbondswerk voorgesteld die meebrengt dat alle werknemers die onder het bereik van de cao vallen daarvoor een vergoeding gaan betalen, zoals dat bij publieke diensten ook het geval is. In ruil voor die bijdrage zou dan een gratis lidmaatschap kunnen staan, waardoor de werknemersbetrokkenheid kan worden vergroot. Volgens De Beer zou daarmee de discussie over de representativiteit zijn opgelost, maar dat betwijfel ik. Ik vraag mij in de eerste plaats af of werknemers wel zullen opteren voor een lidmaatschap. Naar mijn mening vormt de contributie van vakbonden thans geen of nauwelijks een belemmering om lid te worden van een vakbond. Daarbij komt dat – zoals ik eerder opmerkte – het vergroten van ledentallen niet zonder meer bijdraagt aan de representativiteit van vakbonden.

Vakbonden maken thans al werk van werknemersbetrokkenheid door ongebonden werknemers te betrekken bij het proces van arbeidsvoorwaardenvorming. Dit is een wenselijke ontwikkeling, maar gaat naar mijn mening nog niet ver genoeg. Uiteindelijk zijn het immers nog steeds de leden van de vakbonden die stemmen over het uiteindelijke onderhandelingsresultaat. Dit kan ertoe leiden dat voorstellen die breed gedragen worden toch niet worden omgezet in cao-afspraken en andersom. Vakbonden zouden er werk van moeten maken niet-leden ook een stem te geven bij de besluitvorming over de cao. Dit zou dan gekoppeld kunnen worden aan het betalen van een bijdrage. Als dit niet past in de verenigingsstructuur zouden vakbonden moeten onderzoeken of niet een andere organisatievorm kan worden gevonden waarbinnen dit wel mogelijk is.

Een andere manier om werknemersbetrokkenheid te vergroten is door de introductie van verkiezingen of een referendum over het onderhandelingsresultaat. Hoewel verkiezingen fraai ogen, is niet gezegd dat werknemers ook gebruik zullen maken van hun stemrecht. Als de opkomst bij verkiezingen laag is, lost het de huidige problemen niet op. De discussie over de representativiteit blijft dan bestaan. Daarbij komt dat de voordelen van verkiezingen ook op een andere manier kunnen worden bereikt met alternatieven die een minder ingrijpende wijziging van het systeem vergen. Een stemming over een onderhandelingsresultaat kan wel toegevoegde waarde hebben. Zo'n stemming hoeft wat mij betreft niet in de vorm van een formeel referendum plaats te vinden (met daaraan gekoppeld een wijziging van de rechtsgevolgen van het systeem), maar kan ook informeel geschieden. In het oordeel over de representativiteit van een vakbond kan een laag ledenbestand worden gecompenseerd of aangevuld met een positieve stemming over een onderhandelingsresultaat. Als een cao op een groot draagvlak onder werknemers kan rekenen, is de vakbond een betrouwbare woordvoerder gebleken van wat er leeft onder de groep werknemers op wie de cao betrekking heeft.

In het kader van het vergroten van werknemersbetrokkenheid wijs ik tot slot op de ontwikkeling in cao's dat aan ondernemingsraden meer regelgevende bevoegdheden worden toegekend bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Op die manier kunnen arbeidsvoorwaarden beter worden afgestemd op allerhande bedrijfsspecifieke omstandigheden en wensen en wordt via de betrokkenheid van de ondernemingsraad ook de werknemersbetrokkenheid bij de collectieve arbeidsvoorwaarden vergroot. In hoofdstuk 8 besprak ik dat de samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden met het oog hierop wenselijk is en welke wetswijzigingen in dit verband aanbeveling verdienen.

Het vergroten van werknemersbetrokkenheid levert een positieve bijdrage aan het draagvlak van cao-afspraken onder werknemers. Dit laat evenwel onverlet dat in het huidige (juridische) systeem cao's kunnen worden afgesloten door niet-representatieve vakbonden die vervolgens (via partijafpraak of verbindendverklaring) kunnen gaan gelden voor grote groepen werknemers. Met het oog op het belang van representativiteit van vakorganisaties voor de waarde van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, is dit onwenselijk en ook vanuit individueel werknemersperspectief is het niet wenselijk dat een cao kan gaan gelden voor werknemers van wie de belangen mogelijk onvoldoende zijn behartigd in het cao-overleg. Teneinde te waarborgen dat cao's met representatieve vakbonden worden aangegaan en ongebonden werknemers passende bescherming wordt geboden tegen de toepasselijkheid van cao's die met niet-representatieve vakbonden tot stand zijn gekomen, is een aantal wetswijzigingen denkbaar. In de eerste plaats kan in de Wet Cao een bepaling worden opgenomen waarin regels worden gesteld omtrent het incorporatiebeding. Onderdeel van die regeling kan zijn dat nieuwe cao's niet onder de reikwijdte van een incorporatiebeding vallen indien deze cao's zijn aangegaan door niet-representatieve vakbonden. In de tweede plaats kan in art. 7:613 BW worden bepaald dat op een wijziging van de arbeidsvoorwaarden die voortvloeit uit een cao die is afgesloten door niet-representatieve vakbonden de volledige toets van art. 7:613 BW van toepassing is. Naast een van deze wijzigingen die ingrijpen in de contractuele binding aan cao's en werkgevers indirect dwingen cao's met representatieve vakbonden aan te gaan, is nodig dat bij de verbindendverklaring rekening wordt gehouden met de representativiteit van vakbonden. Een grote ingreep is daarvoor niet nodig. Daarvoor volstaat naar mijn mening dat in de Wet Avv en het Toetsingskader AVV bij de beoordeling van de representativiteit van de betrokken organisaties wordt aangesloten bij de wijze waarop dit thans plaatsvindt bij de Wet Bpf 2000 en het Toetsingskader Wet Bpf 2000.

HOOFDSTUK 10

Afronding

10.1 Beantwoording onderzoeksvraag

In dit onderzoek stond de volgende onderzoeksvraag centraal:

Welke rol speelt de representativiteit van vakbonden in het huidige cao-recht en behoeft de juridische vormgeving daarvan aanpassing met het oog op een mogelijk (toenemend) gebrek daaraan en zo ja, welke aanpassingen moeten worden doorgevoerd?

Vakorganisaties zijn ledenorganisaties en die komen op voor de belangen van leden. Dat neemt niet weg dat vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg daarnaast de belangenbehartiging van niet-leden in meer of minder mate voor hun rekening nemen. Die dubbele taakstelling hoeft niet bezwaarlijk te zijn wanneer een vakbond voldoende representatief is. De representativiteit van een organisatie drukt een relatie uit tussen een organisatie en de groep die zij beoogt te vertegenwoordigen. Een organisatie is representatief te noemen indien zij aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden of kenmerken beantwoordt, die haar tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maken van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen.

Op basis van algemene cijfers over het ledenbestand van de vakbeweging kan geconcludeerd worden dat oudere werknemers met vaste contracten oververtegenwoordigd zijn in het ledenbestand. Deze algemene cijfers rechtvaardigen evenwel niet de veronderstelling dat vakbonden dus onvoldoende representatief zijn. Vanwege de veelsoortigheid van het cao-overleg en de diversiteit van verschillende vakbonden kan daar niet te veel over gezegd worden op basis van algemene cijfers over het ledenbestand van dé vakbeweging. De oververtegenwoordiging van oudere werknemers met vaste contracten in het ledenbestand van vakbonden, is wel een aanwijzing dat het ledenbestand van vakbonden niet representatief is voor de groep werknemers die bij het cao-overleg betrokken is. Als het ledenbestand niet (meer) representatief is, staat ook de mate waarin de vakbond zelf representatief is in meer of mindere mate onder druk.

In de Wet Cao worden nauwelijks eisen aan vakbonden gesteld in het kader van representativiteit. De enige eis die de Wet Cao stelt, is dat een vakbond een vereniging is met volledige rechtspersoonlijkheid en statutair bevoegd is cao's aan te gaan. Aan deze eisen is eenvoudig te voldoen en representativiteitseisen zijn het niet te noemen. Dit brengt mee dat ook een niet-representatieve vakbond op grond van de Wet Cao rechtsgeldig een cao kan aangaan. Ook voor de verbindendverklaring is de mate waarin de vakbond representatief is, niet relevant. Als een vakbond niet representatief is, kan dat in het cao-overleg ten koste gaan

van de belangen van groepen werkenden en wanneer de belangen van groepen werkenden onvoldoende behartigd worden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, kan dat negatieve gevolgen hebben voor het draagvlak van cao's waardoor de waarde van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming onder druk komt te staan. Uitgangspunt van de Wet Cao is dat alleen werknemers die lid zijn van een vakbond aan een cao gebonden kunnen worden. Niet of anders-georganiseerden kunnen niet van rechtswege aan een cao worden gebonden (behoudens in geval van verbindendverklaring). Vanwege het privaatrechtelijke karakter van de cao en de omstandigheid dat alleen leden aan een cao gebonden zijn, achtte de wetgever het opnemen van wettelijke representativiteitseisen niet nodig. De vakbond vertegenwoordigt de belangen van zijn leden in het cao-overleg en de vakbond kan ook alleen zijn leden binden. Niet-leden worden juridisch niet vertegenwoordigd en blijven buiten de werking van de cao. De werking van de cao blijft in de praktijk niet beperkt tot arbeidsverhoudingen van aan cao gebonden werknemers (in dienst van gebonden werkgevers), maar strekt zich veelal uit tot alle arbeidsverhoudingen die onder de werkingssfeer van een cao vallen. Of een cao een arbeidsverhouding gaat beheersen wordt in de praktijk niet zozeer bepaald door het lidmaatschap van een vakbond, maar veelal door de werkingssfeer van de cao, die in de regel niet beperkt is tot arbeidsverhoudingen van leden. De ruime toepasselijkheid van cao's in de praktijk vindt zijn oorzaak mede in artikel 14 Wet Cao dat aan de cao gebonden werkgevers verplicht de cao ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten die zij aangaan met ongebonden werknemers.

Aan de ruime werking van de cao ligt juridisch ten grondslag dat aan de cao gebonden werkgevers met ongebonden werknemers overeenstemming hebben bereikt over de toepasselijkheid van de cao of dat cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard. Vanwege de contractuele grondslag van de ruime werking van de cao (behoudens bij verbindendverklaring), is bij de inwerkintreding van de Wet Cao verdedigd dat in de wet geen nadere eisen aan vakbonden hoeven te worden gesteld. Een werknemer die in vrijheid en goed geïnformeerd instemt met de toepasselijkheid van een cao is kennelijk van mening dat in het cao-overleg met zijn belangen voldoende rekening is gehouden. Het ligt vervolgens niet in de rede vanwege een mogelijk gebrekkige representativiteit van de vakbond (die de cao is aangegaan) aan deze op basis van de vrije wil tot stand gekomen contractuele afspraak te tornen. Wanneer een vakbond de belangen van ongebonden werknemers niet goed behartigt, zal het gevolg daarvan zijn dat ongebonden werknemers niet instemmen met de toepasselijkheid van de cao waardoor de werking van de cao beperkt blijft tot leden die van rechtswege aan de cao zijn gebonden, althans dat is de fictie. Werknemersinstemming is daarmee een belangrijk mechanisme in het juridische systeem waarmee het ontbreken van wettelijke representativiteitseisen voor vakbonden is gerechtvaardigd. Een aan dit mechanisme klevend bezwaar is echter dat de arbeidsovereenkomst een adhesiecontract is en dat ongebonden werknemers *de iure* wel de vrijheid hebben de toepasselijkheid van een cao te verwerpen, maar dat die vrijheid *de facto* niet of nauwelijks bestaat. Het is de werkgever die (in de meeste gevallen) bepaalt tegen welke arbeidsvoorwaarden arbeid wordt verricht. Daarbij komt dat in de praktijk op grote schaal gebruik wordt gemaakt van dynamische incorporatiebedingen. Het gebruik van deze bedingen brengt mee dat werknemers die hebben ingestemd met zo'n beding, in beginsel 'gebonden' zijn aan nieuwe cao's, zelfs wanneer zij van mening zijn dat bij de totstandkoming van de nieuwe cao met

hun individuele belang onvoldoende rekening is gehouden. Het incorporatiebeding staat eraan in de weg dat werknemers zich op enig moment kunnen gaan verzetten tegen de toepasselijkheid van een cao (wanneer die bijvoorbeeld verslechteringen meebrengt of wanneer een bepaalde groep werknemers van mening is dat hun belangen ten onrechte hebben moeten wijken voor de belangen van een andere groep). Het incorporatiebeding draagt er enerzijds aan bij dat de cao een ruim regelingsbereik heeft en dat komt de waarde van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming ten goede, maar anderzijds brengt het gebruik van dynamisch incorporatiebedingen mee dat werknemersinstemming als rechtvaardiging voor het ontbreken van representativiteitseisen aan betekenis inboet. De werknemersinstemming als mechanisme om juridisch te rechtvaardigen dat in de wet geen representativiteitseisen worden gesteld teneinde te waarborgen dat met de belangen van alle bij de cao betrokken werknemers voldoende rekening wordt gehouden, volstaat niet.

Hoewel wettelijke representativiteitseisen ontbreken volgt uit de rechtspraak dat de mate van representativiteit van een vakbond er in het cao-recht toch wel toe doet en in het licht van het voorgaande is dit te verklaren. Uit de rechtspraak volgt in de eerste plaats dat een vakbond geen cao kan aangaan voor een groep werknemers wier belangen hij niet beoogt te vertegenwoordigen. Hoewel dit vereiste in zeker mate waarborgt dat een cao wordt gesloten over hoofden en met uitsluiting van werknemers van wie op grond van de statuten van een vakbond de vertegenwoordiging niet beoogd is, is aan dit vereiste door vakbonden eenvoudig te voldoen door in de statuten een ruime doelomschrijving op te nemen. In de tweede plaats speelt de representativiteit van vakbonden een rol bij de toelating tot het cao-overleg. Uitgangspunt van het cao-stelsel is dat cao-partijen zelf beslissen waarover en met wie zij onderhandelen. Dit uitgangspunt lijdt – kort gezegd – uitzondering wanneer een vakbond niet wordt toegelaten tot het cao-overleg die een groot aantal werknemers in de branche vertegenwoordigt en representatiever is dan andere vakbonden die wel worden toegelaten tot het cao-overleg. Hoewel de rechtspraak op dit punt met name waarborgt dat georganiseerde werknemers kunnen participeren in het cao-overleg, brengt deze rechtspraak ook mee dat in beginsel met de meest representatieve vakbonden wordt onderhandeld over een cao. Dit is evenwel geen garantie dat een cao ook daadwerkelijk met representatieve vakbonden tot stand komt. Een initiële afspraak over de toepasselijkheid van een cao in de arbeidsovereenkomst (lees: een dynamisch incorporatiebeding) wordt in de lagere rechtspraak daarom in voorkomend geval kritisch bezien wanneer een cao uiteindelijk toch tot stand is gekomen met niet-representatieve vakbonden. Een bestendige lijn op dit punt is er evenwel niet en het vergt enige lenigheid van rechters om tot gewenste uitkomsten te komen.

Bij de verbindendverklaring speelt de werknemersinstemming helemaal geen rol en op grond van de verbindendverklaring kan zelfs in strijd met de wil van ongebonden werknemers een cao-bepaling toepassing vinden. De minister vond het bij invoering van de Wet Avv gerechtvaardigd regelingen die door de grote meerderheid van een sector nodig worden geacht voor een goede werking van het bedrijfsleven of het scheppen van behoorlijke arbeidsvoorwaarden, ook aan de minderheid op te leggen, indien de vrijheid van de minderheid voornoemde belangen schaadt. In de huidige systematiek van de verbindendverklaring van cao-bepalingen is het echter zo dat een regeling die niet de steun heeft van de meerderheid van de werknemers in een sector, toch voor de

hele sector kan gaan gelden. Voor de verbindendverklaring komt het immers aan op de organisatiegraad van werkgevers en de representativiteit van vakorganisaties speelt daarbij geen of nauwelijks een rol.

De SER stelde in zijn advies uit 2013 over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken dat het vergroten van werknemersbetrokkenheid een belangrijke opdracht van de vakbonden is en dat vakbonden zich continu moeten inspannen om te zorgen voor voldoende draagvlak van de cao, zodat de cao voor iedereen relevant blijft. Voor een voldoende draagvlak van cao-afspraken onder werknemers is van belang dat deze afspraken een goede afspiegeling zijn van de wensen van de verschillende groepen werknemers. Het vergroten van het ledenbestand van werknemers is een manier om werknemersbetrokkenheid te vergroten. Het is in beginsel aan vakbonden daarvan werk te maken. Met alleen het vergroten van het ledenbestand is evenwel niet zonder meer gezegd dat vakbonden representatiever worden. Als deze nieuwe leden niet actief participeren of mede behoren tot groepen werknemers die al oververtegenwoordigd zijn in het ledenbestand van vakbonden, heeft het vergroten van het ledenbestand weinig zin. Voor de representativiteit van vakbonden is met name een gespreid ledenbestand relevant. Het huidige systeem biedt naar mijn mening voldoende ruimte voor vakbonden om de werknemersbetrokkenheid te vergroten. Een belangrijke manier om werknemers directer te betrekken bij arbeidsvoorwaardenvorming is via de ondernemingsraad. Het huidige systeem laat op dit punt echter een aantal juridische onduidelijkheden bestaan ten aanzien van arbeidsvoorwaardenregelingen die met de ondernemingsraad tot stand zijn gekomen. In hoofdstuk 8 heb ik een en ander uitgebreid besproken en aanbevelingen gedaan om deze onduidelijkheden op te lossen teneinde de samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden meer ruimte te geven en het recht aan te passen zodat werknemersbetrokkenheid via deze weg kan worden vergroot.

Het vergroten van werknemersbetrokkenheid levert een positieve bijdrage aan het draagvlak van cao-afspraken onder werknemers. Dit laat evenwel onverlet dat in het huidige (juridische) systeem cao's kunnen worden aangegaan met niet-representatieve vakbonden die vervolgens (via partijafpraak of verbindendverklaring) kunnen gaan gelden voor grote groepen werknemers. De huidige mechanismen die de ruime werking van zo'n cao zouden moeten beperken of tegengaan (werknemersinstemming, toelating tot het cao-overleg en het ingrijpen in een initiële partijafpraak), rechtvaardigen naar mijn mening niet of onvoldoende dat in de Wet Cao een representativiteitstoets ontbreekt. In hoofdstuk 9 heb ik een tweetal opties besproken voor de introductie van zo'n toets die naar mijn mening het overwegen waard zijn. Het gaat om geringe ingrepen in het systeem die het systeem wel robuuster maken. Naast systeemwijzigingen in relatie tot de contractuele binding aan cao's, is nodig dat bij de verbindendverklaring rekening wordt gehouden met de representativiteit van vakbonden. Een grote ingreep is daarvoor ook niet nodig. Daarvoor volstaat naar mijn mening dat in de Wet Avv en het Toetsingskader AVV bij de beoordeling van de representativiteit van de betrokken organisaties aansluiting wordt gezocht bij de wijze waarop dit thans plaatsvindt in de Wet Bpf 2000 en het Toetsingskader Wet Bpf 2000.

Bij de beoordeling van de mate van representativiteit van organisaties wordt in de rechtspraak overigens met alle omstandigheden van het geval rekening gehouden. Daarbij wordt ook verwezen naar reeds in de wet- en regelgeving voorkomende representativiteitseisen van

vakorganisaties. Op basis van de wet- en regelgeving en rechtspraak kunnen in elk geval de volgende relevante criteria worden gedestilleerd die bij de beoordeling van de mate van representativiteit van vakorganisaties een rol spelen:

- a) het hebben van rechtspersoonlijkheid voor een periode van minimaal twee jaar;
- b) het zijn van een vereniging met interne organen die via verkiezingen door leden worden gekozen en aan leden verantwoording afleggen;
- c) een statutaire doelstelling hebben die gericht is op de sociaaleconomische belangenbehartiging van leden;
- d) onafhankelijkheid;
- e) financiële daadkrachtigheid;
- f) in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder zijn of hun leden tellen;
- g) voldoende spreiding van leden over de groep;
- h) een niet onbetekenend ledenaantal;
- i) meerderheid van alle leden georganiseerd hebbend;

In het SER-advies over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken¹ kan steun worden gevonden voor het belang van draagvlak als element bij de beoordeling van de representativiteit van organisaties. De SER heeft in zijn advies immers benadrukt dat vakbonden hun legitimiteit (lees: de bevoegdheid namens en voor werknemers arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen) naast ledental ontleen aan de maatschappelijke acceptatie en het vertrouwen dat zij genieten. Daarvoor is de waardering van de cao-afspraken van groot belang.² Als het resultaat van het cao-overleg op een groot draagvlak kan rekenen, zijn de onderhandelende organisaties er kennelijk in geslaagd voldoende rekening te houden met de verschillende betrokken belangen. Het draagvlak van cao-afspraken is daarmee een indicatie dat de onderhandelende organisaties kunnen worden aangemerkt als betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder(s) van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen. In de rechtspraak wordt soms wel en soms geen belang gehecht aan het belang van draagvlak van een regeling onder de betrokken werknemers.

Het verdient naar mijn mening geen aanbeveling in de wet vaste criteria op te nemen met betrekking tot de beoordeling van de representativiteit van vakorganisaties. Vaste criteria en formele regelingen kunnen minder soepel aan veranderde situaties worden aangepast dan wanneer het oordeel over representativiteit aan het maatschappelijk verkeer wordt overgelaten. Met gebruikmaking van open normen zou aan dit bezwaar tegemoet kunnen worden gekomen, in die zin dat het steeds aan de rechter is op basis van alle omstandigheden van het geval te oordelen of een vakbond voldoende representatief is.³ Open normen kunnen steeds worden ingevuld op basis van de in de maatschappij heersende opvattingen en die invulling kan daardoor soepel meedeinen op de golfbewegingen die daaraan eigen zijn. Vaste criteria kunnen de voorspelbaarheid wel ten goede komen, in die zin dat op voorhand duidelijk is welke vakbond representatief is. De voorspelbaarheid valt of staat evenwel niet met vaste criteria, omdat de voorspelbaarheid ook kan toenemen naarmate

1 *Verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 2013/03), Den Haag: SER 2013.

2 *Idem*, p. 23.

3 Zie ook: M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3, p. 186.

rechters meer inzicht geven in de gedachtegang die tot hun beslissing heeft geleid. Door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke waarde in soortgelijke gevallen aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zouden rechters een zekere mate van harmonisatie tot stand kunnen brengen zonder dat daarvoor vaste wettelijke criteria nodig zijn. Het verdient overdenking of het niet mogelijk zou moeten worden voor vakbonden om voorafgaand of gedurende het cao-overleg van een rechter een oordeel over de mate van representativiteit te vragen.

10.2 Aanbevelingen

Hieronder volgt een overzicht van de concrete aanbevelingen die ik in dit onderzoek heb gedaan.

Aanbeveling 1:

Artikel 32 lid 3 (nieuw): Indien aan de ondernemingsraad op grond van dit artikel een adviesrecht of instemmingsrecht is toegekend, is het advies of de instemming van de ondernemingsraad niet vereist, voor zover de aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is of pleegt te worden geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst of in een regeling vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.

Aanbeveling 2a

Artikel 9 lid 3 Wet Cao (nieuw): De binding als bedoeld in de vorige leden, geldt ook voor afspraken tussen een aan de cao gebonden werkgever en zijn ondernemingsraad ter nadere uitwerking van een in de cao opgenomen regelbevoegdheid, mits de ondernemingsraad zijn achterban heeft geraadpleegd en minder dan de helft van de tijdig binnengekomen stemmen tegen de decentrale afspraak heeft gestemd, alsmede dat in de cao is bepaald dat werknemers aan de decentrale afspraken zijn gebonden. Het staat cao-partijen vrij in de cao aanvullende regels omtrent de decentrale afspraken te stellen die in het kader van de hiervoor bedoelde binding in acht dienen te worden genomen.

Aanbeveling 2b

Artikel 12 lid 1 Wet Cao (nieuw): Elk beding tussen een werkgever en een werknemer, strijdig met een collectieve arbeidsovereenkomst door welke zij beiden gebonden zijn of een decentrale afspraak als bedoeld in artikel 9 lid 3 Wet Cao, is nietig; in plaats van zodanig beding gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst of de decentrale afspraak.

Aanbeveling 2c

Artikel 13 Wet Cao (nieuw): Bij gebreke van bepalingen in een arbeidsovereenkomst omtrent aangelegenheden, geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst door welke zowel de werkgever als de werknemer gebonden zijn of een decentrale afspraak als bedoeld in artikel 9 lid 3 Wet Cao, gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst.

Aanbeveling 2d

Artikel 14 Wet Cao (nieuw): '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 en een eventuele daarop aanvullende overeenkomst als bedoeld in artikel 9 lid 3 Wet Cao, bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst zijn gebonden.'

Aanbeveling 3

Het laten vervallen van paragraaf 4.3 onder 7 van het Toetsingskader AVV.

Aanbeveling 4

Artikel 14 lid 2 Wet Cao (nieuw): Een tussen een werkgever en werknemer overeengekomen beding dat de van tijd tot tijd voor de werkgever geldende collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing verklaart op de arbeidsovereenkomst heeft geen betrekking op collectieve arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan door een of meer werknemersorganisaties die alleen of gezamenlijk niet-representatief te achten zijn voor de bij de collectieve arbeidsovereenkomst betrokken werknemers.

Artikel 14 lid 3 Wet Cao (nieuw): Een werknemer heeft de bevoegdheid een tussen hem en zijn werkgever overeengekomen beding dat de van tijd tot tijd voor de werkgever geldende collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing verklaart op de arbeidsovereenkomst eenzijdig op te zeggen. De contractuele binding eindigt, wanneer de collectieve arbeidsovereenkomst na opzegging wordt gewijzigd. In geval van verlenging van de overeenkomst na de opzegging duurt de contractuele gebondenheid voort tot het tijdstip waarop de overeenkomst zonder deze verlenging zou zijn geëindigd.

Aanbeveling 5

Artikel 14 lid 4 Wet Cao (nieuw): Na opzegging van een beding als bedoeld in artikel 14 lid 2 Wet Cao, vervalt de verplichting ex artikel 14 lid 1 Wet Cao voor een aan de cao gebonden werkgever ten aanzien van de werknemers die van hun opzeggingsrecht gebruik hebben gemaakt.

Aanbeveling 6

Artikel 7:613 lid 2 (nieuw): Een vermoeden van een zodanig zwaarwichtig belang wordt geacht aanwezig te zijn, indien de betrokken wijziging voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst die is aangegaan met een of meer werknemersverenigingen die alleen of tezamen voldoende representatief te achten is of zijn.

Aanbeveling 7

Artikel 2 lid 1 Wet Avv (nieuw): Onze Minister kan op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst in de hele bedrijfstak verbindend verklaren. [...]

Bij de aanpassing van het Toetsingskader AVV kan voor een belangrijk deel worden aangesloten bij paragraaf 3.1 van het Toetsingskader Wet Bpf 2000.

10.3 Toekomstperspectief: een nieuwe uitdaging

De representativiteit van vakorganisaties is van belang voor het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, maar met representatieve vakorganisaties zijn zeker niet alle problemen op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming opgelost. Het staat buiten kijf dat de cao een flexibel instrument is dat sociale partners steeds in staat heeft gesteld en nog steeds stelt de inhoud daarvan af te stemmen op steeds veranderende sociale en economische omstandigheden. Een belangrijke ontwikkeling die cao-partijen voor nieuwe vraagstukken plaatst is de toegenomen differentiatie van werknemersbelangen als gevolg van onder meer een wijziging van de aard van de arbeid en een toegenomen individualisering. Deze ontwikkelingen stellen vakbonden steeds vaker voor de vraag welke onderwerpen collectief geregeld moeten worden en welke onderwerpen aan individueel overleg overgelaten kunnen worden en wie of wat nog als een collectief beschouwd moeten worden en deze vragen worden ook nog eens steeds lastiger te beantwoorden. Op deze vragen bestaan geen pasklare antwoorden en per onderwerp zal naar passende antwoorden moeten worden gezocht. Meer werknemersbetrokkenheid bij het cao-overleg helpt niet zonder meer bij het vinden van deze antwoorden. Sterker, het kan de problematiek juist vergroten omdat het voor vakorganisaties duidelijker wordt met welke belangen zij allemaal rekening moeten houden en hoe die verschillende werknemersbelangen zich jegens elkaar verhouden. Als met meer belangen rekening moet worden gehouden in het cao-overleg, zal het moeilijker worden een evenwicht tussen alle betrokken belangen te vinden en om aan alle verschillende betrokken belangen voldoende tegemoet te komen. Een complicerende factor is dat een cao veeleer de vorm van een compromis heeft. Voor het draagvlak van cao-afspraken is het van belang dat deze afspraken toch een zo goed mogelijke afspiegeling zijn van de wensen van de verschillende groepen werknemers in een bedrijf of een sector en als de wensen van deze groepen erg gaan verschillen en uiteen gaan lopen, zal nagedacht moeten worden over een andere cao-structuur. Denkbaar is dan bijvoorbeeld dat cao's niet meer voor een hele sector van het land gaan gelden, maar worden beperkt tot een bepaalde regio of dat cao's meer toegespitst worden op de aard van het werk in plaats van op de aard van de onderneming of dat sector-cao's plaats gaan maken voor ondernemings-cao's. Een wijziging van de cao-structuur heeft evenwel ook gevolgen voor de doorwerking van op centraal niveau gemaakte beleidsafspraken, omdat de sector-cao daarvoor een heel geschikt middel is en sturing op centraal niveau veel moeilijker wordt in een gewijzigde structuur. De vakbond van de toekomst is niet alleen in staat in het cao-overleg werkgevers voldoende tegenmacht te bieden, maar is daarnaast in staat steeds balans te brengen tussen de verschillende betrokken werknemersbelangen. Het behoeft geen betoog dat dit geen eenvoudige opgave is.

SAMENVATTING

Het cao-overleg in Nederland lijkt rustig bezit, maar werpt men een nadere blik op het cao-landschap, dan stuit men echter al snel op allerlei (maatschappelijke) ontwikkelingen die deze betrekkelijk rust stevig verstoren en het stelsel onder druk (kunnen gaan) zetten. Vanwege de afnemende organisatiegraad aan werknemerszijde bestaan toenemende twijfels over de rol van de vakbond als werknemersvertegenwoordiger in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Een vakbond is primair een ledenorganisatie die opkomt voor de belangen van zijn leden en als deze leden geen behoorlijke afspiegeling vormen van de groep werkenden voor wie cao's worden afgesloten, komt de vraag op waarom de vakbond nog de aangewezen partij is cao's aan te gaan. Een tweede ontwikkeling die cao-partijen en het cao-overleg voor uitdagingen plaatst, is de toename van zelfstandigen op de arbeidsmarkt. Het aantal zelfstandigen zonder personeel is het laatste decennium met bijna 50% toegenomen. Een toename van het aantal zelfstandigen op de arbeidsmarkt brengt mee dat het regelingsbereik van cao's afneemt en dat cao's (en werknemers die onder het bereik van een cao vallen) tegelijkertijd worden blootgesteld aan concurrentie op arbeidsvoorwaarden door zelfstandigen. Een derde relevant ontwikkeling is de behoefte vanuit de politiek via de verbindendverklaring de arbeidsvoorwaardenvorming inhoudelijk te beïnvloeden. In 2011 was de meerderheid van de Tweede Kamer voor directe sturing in het cao-overleg door alleen bepalingen van die cao's die bepaalde beleidsvoornemens nader uitwerken voor verbindendverklaring in aanmerking te laten komen. Dat een Kamermeerderheid voor directe sturing is, kan naar mijn mening niet helemaal los worden gezien van een toenemend gebrek aan consensus van sociale partners op centraal niveau over hervormingen van de arbeidsmarkt. Een vierde ontwikkeling die van wezenlijke invloed is op het huidige cao-overleg, de cao en de juridische vormgeving daarvan, is de toegenomen individualisering en toenemende behoefte aan decentralisatie en maatwerkmogelijkheden in de arbeidsvoorwaardenvorming. De behoefte aan meer maatwerk in cao's stelt vakbonden voor de uitdaging niet alleen na te denken over de vraag welke onderwerpen zij aan het overleg met ondernemingsraden overlaten, maar bijvoorbeeld ook over dispensatiemogelijkheden in (sector-)cao's. Tegelijkertijd dwingt het de wetgever na te denken over de huidige wettelijke taakafbakening tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en het huidige dispensatiebeleid als onderdeel van het beleid rondom de verbindendverklaring van cao-bepalingen.

In het algemeen is onderzoek naar deze ontwikkelingen gerechtvaardigd vanwege het potentiële nut van het cao-instrument. Cao's kunnen nuttig zijn voor een positieve sociaaleconomische ontwikkeling van Nederland en een goede werking van de Nederlandse arbeidsmarkt. De cao biedt het bedrijfsleven de mogelijkheid zelfregulerend op te treden

waardoor sneller en gericht kan worden ingespeeld op marktontwikkelingen dan bij wetgeving het geval zal zijn. Met name door sectorale cao's kan wet- en regelgeving beperkt blijven. Cao's dragen bij aan kostenverlagingen aan werkgeverszijde, reduceren de onzekerheid rondom loonkosten en sluiten concurrentie op arbeidsvoorwaarden uit. Zij zorgen aan werknemerszijde, naast de mogelijkheid van zelfregulering en de uitsluiting van concurrentie op arbeidsvoorwaarden, voor zekerheid over inkomen en rechtspositie. Voorts dragen cao's bij aan sociale rechtvaardigheid doordat de machtsongelijkheid is gecompenseerd. Cao's zorgen daarmee voor arbeidsrust en stabiele arbeidsverhoudingen. Tot slot zijn cao's een belangrijk instrument bij de uitvoering van regeringsbeleid. Het cao-stelsel kán dus van grote waarde. Vanwege verschillende maatschappelijke ontwikkelingen zoals toegenomen sociale wetgeving, internationalisering en een – mede als gevolg van individualisering – toegenomen behoefte aan decentralisatie en maatwerkregelingen, bestaat ook kritiek op (het nut van) het cao-stelsel. Het nuttige effect van het cao-stelsel is niet vanzelfsprekend en hangt onder meer af van de (personele) reikwijdte van collectieve regelingen (zowel aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde) en – mede in verband daarmee – de mate waarin die regelingen positief worden gewaardeerd door alle betrokkenen. Een regeling die slechts voor een deel van de sector of arbeidsmarkt geldt waarvoor die is bedoeld (wederom zowel aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde), zal in mindere mate bijdragen aan stabiele arbeidsverhoudingen, arbeidsrust, kostenverlagingen, zekerheid over loonkosten, het uitsluiten van concurrentie op arbeidsvoorwaarden, sociale rechtvaardigheid en een effectieve uitwerking van beleidsvoornemens dan wanneer de reikwijdte (ofwel het personele regelingsbereik) hoog is. De neiging van werkgevers en werknemers zich te onttrekken aan een cao zal groter zijn bij een cao die op een gering draagvlak onder betrokken steunt, dan een cao die breed gedragen wordt. Een breed draagvlak is daarmee ook in zekere zin een voorwaarde voor een ruime toepassing. Werkgevers en werknemers waarderen de cao overigens nog heel behoorlijk, maar die waardering staat wel in directe relatie tot de mate waarin vakbonden erin slagen de belangen van alle werkenden voor wie een cao wordt aangegaan voldoende te behartigen en dus in relatie tot de mate waarin een vakbond representatief is. Het onderhavige onderzoek richt zich op de representativiteit van vakbonden. De representativiteit van vakbonden wordt in de juridische literatuur (al langere tijd) aangewezen als prangende kwestie in relatie tot de houdbaarheid van het juridische systeem. De representativiteit van vakbonden is ook een terugkerend onderwerp in het politieke debat en leidde in 2013 tot een SER-advies met betrekking tot de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken. De SER concludeerde in zijn advies dat het vergroten van directe betrokkenheid van werknemers en werkgevers bij de cao een belangrijke opdracht is voor cao-partijen om het cao-stelsel zijn waarde te laten behouden. Het voorgaande geeft aanleiding tot de volgende probleemstelling:

Welke rol speelt de representativiteit van vakbonden in het huidige cao-recht en heeft de juridische vormgeving daarvan aanpassing met het oog op een mogelijk (toenemend) gebrek daaraan en zo ja, welke aanpassingen moeten worden doorgevoerd?

De Nederlandse overheid speelt van oudsher een geringe rol bij de vormgeving van arbeidsvoorwaarden, in die zin dat de Nederlandse arbeidswetgeving niet veel meer bevat dan minimumstandaarden met betrekking tot bijvoorbeeld arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, vakantie en loon. De arbeidsvoorwaarden worden veelal vormgegeven in

een proces van onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers op individueel en met name collectief niveau. De contractsvrijheid van cao-partijen brengt mee dat het hun vrijstaat te onderhandelen met wie (uiteraard wel een partij die bevoegd is een cao aan te gaan) zij willen, waarover zij willen en hoe zij dat willen. De definitie van artikel 1 lid 1 Wet Cao laat ruimte bij cao ook andere onderwerpen te regelen dan arbeidsvoorwaarden. Over een overeenkomst die louter bepalingen bevat ten aanzien van onderwerpen die verband houden met arbeidsvoorwaarden, maar dat zelf niet zijn, oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijke overeenkomst als cao kan kwalificeren. In de praktijk bevatten cao's dan ook bepalingen over niet alleen loon en arbeidsvoorwaarden, maar over allerlei onderwerpen die te maken hebben met sociaal beleid zoals: het opleidingsbeleid, het bevorderen van werkgelegenheid voor kwetsbare groepen, loopbaan- en mobiliteitsbeleid en duurzame inzetbaarheid. Gezegd kan worden dat bij cao alle onderwerpen geregeld kunnen worden die liggen op het terrein waarop vakorganisaties elkaar kunnen ontmoeten in het kader van hun belangenbehartigende taak en verband houden met arbeidsvoorwaarden. De grenzen van dit terrein worden aldus bepaald door de opvattingen van cao-partijen over hun belangenbehartigende taak, die in de loop van de tijd wijziging kunnen ondergaan. In het licht hiervan is de verwachting gerechtvaardigd dat een cao op ondernemingsniveau andere onderwerpen zal bevatten dan een cao op bedrijfstakniveau.

De cao-structuur (daarmee bedoel ik het onderhandelen over en het aangaan van cao's) wordt in Nederland autonoom bepaald door cao-partijen en als gevolg daarvan bestaan per sector (grotere en kleinere) verschillen in het cao-overleg. In bijna geen enkele sector bestaat slechts één cao die geldt voor alle werknemers. Veelal bestaan er per sector meerdere cao's die gelden voor bepaalde categorieën werknemers of bepaalde bedrijfsonderdelen of ondernemingen. Als in een sector verschillende cao's gelden, wil dat niet zeggen dat al die cao's ook even belangrijk zijn voor de cao-partijen die ze zijn aangegaan. Frenkel, Jacobs en Nieuwstraten-Driessen hebben de Nederlandse cao-structuur waarbij per sector meerdere cao's gelden omschreven als een planetenstelsel, waarin één of twee cao's de kern(en) vormen met daaromheen een aantal ondergeschikte satelliet-cao's. Een belangrijk kenmerk van het Nederlandse cao-overleg is daarnaast dat de periodieke vernieuwing van cao's sterk in verband staat met het overleg en de afspraken op nationaal niveau en dat het cao-overleg landelijk wordt gecoördineerd. Cao-partijen op bedrijfstak- of ondernemingsniveau staan in hoge mate onder invloed van het overleg tussen werkgevers- en werknemersorganisaties op landelijk niveau. Enkele grote cao's (zoals de metaal-cao) fungeren in de praktijk van het cao-overleg als trendsetters (wage-leaders). De vanaf de jaren '90 ingezette trend van decentralisering heeft er toe geleid dat cao's meer kaderscheppend zijn geworden voor nadere uitwerking van allerhande regelingen op decentraal niveau. In diverse bedrijfstakken laten cao's steeds meer ruimte voor bedrijven, ondernemingsraden en werknemers om af te wijken van cao-bepalingen, cao's nader in te vullen of met instemming van de ondernemingsraad nadere afspraken te maken. De strategie van vakbonden is erop gericht meer mogelijkheden voor werkgevers en werknemers te creëren om te komen tot een pakket aan arbeidsvoorwaarden dat beter aansluit bij de wensen van de individuele werknemer en de onderneming, waarmee het draagvlak van cao-afspraken kan worden versterkt, maar wel met behoud van de regie op centraal en bedrijfstakniveau.

Vakorganisaties zijn ledenorganisaties en die komen op voor de belangen van leden. De cao's die vakorganisaties afsluiten gelden in de praktijk voor een grotere groep werkenden dan alleen leden en dit roept de vraag op hoe zit het met de belangenbehartiging van die grotere groep wanneer vakbonden zich in het cao-overleg (vooral of primair) richten op de belangen van leden. In de eerste plaats is van belang op te merken dat vakorganisaties in het arbeidsvoorwaardenoverleg niet alleen de belangen van leden behartigen, maar de belangenbehartiging van niet-leden in meer of minder mate voor hun rekening nemen. Dit volgt in de eerste plaats uit de wijze waarop vakbonden worden gefinancierd. Door leden betaalde contributies vormen een belangrijke basis voor de financiering van vakbondsactiviteiten maar deze contributies zijn niet voldoende voor de volledige financiering. De contributies worden aangevuld met een werkgeversbijdrage, het zogenoemde vakbondstientje. Onderdeel van de afspraken over de werkgeversbijdrage is dat van vakbonden wordt verwacht dat zij in het cao-overleg de belangen van alle betrokken werknemers behartigen. Daarnaast volgt die ruime belangenbehartigende taak uit de statuten van vakbonden. Een aantal vakbonden heeft zich immers statutair tot doel gesteld de belangen van alle werknemers in een sector (of onderneming) te behartigen. Andere vakbonden hebben zich statutair beperkt tot de belangenbehartiging van leden. Tot slot kan uit het feit dat vakbonden allerhande initiatieven ontplooiën die gericht zijn op het betrekken van niet-leden bij de arbeidsvoorwaardenvorming, de belangenbehartiging van niet-leden mede tot hun taak rekenen. Die dubbele of ruime taakstelling hoeft niet bezwaarlijk te zijn wanneer een vakbond voldoende representatief is.

De representativiteit van een organisatie drukt een relatie uit tussen een organisatie en de groep die zij beoogt te vertegenwoordigen. Een organisatie is representatief te noemen indien zij aan een geheel van eigenschappen, hoedanigheden of kenmerken beantwoordt, die haar tot een betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder maken van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen. Op basis van algemene cijfers over het ledenbestand van de vakbeweging kan geconcludeerd worden dat oudere werknemers met vaste contracten oververtegenwoordigd zijn in het ledenbestand. Deze algemene cijfers rechtvaardigen evenwel niet de veronderstelling dat vakbonden dus onvoldoende representatief zijn. Vanwege de veelsoortigheid van het cao-overleg en de diversiteit van verschillende vakbonden kan daar niet te veel over gezegd worden op basis van algemene cijfers over het ledenbestand van dé vakbeweging. De oververtegenwoordiging van oudere werknemers met vaste contracten in het ledenbestand van vakbonden is wel een aanwijzing dat het ledenbestand van vakbonden niet representatief is voor de groep werknemers die bij het cao-overleg betrokken is. Als het ledenbestand niet (meer) representatief is, staat ook de mate waarin de vakbond zelf representatief is in meer of mindere mate onder druk.

De cao wordt door de Wet Cao getypeerd als *overeenkomst* tussen werkgever(s) en werknemers over arbeidsvoorwaarden. De keuze van de wetgever om de cao in te passen in het privaatrecht heeft gevolgen voor de juridische reikwijdte van de cao. De wetgever heeft in artikel 9 Wet Cao – in samenhang gezien met artikel 12 en 13 Wet Cao – gekozen voor een reikwijdte die meebrengt dat de werking van een cao is beperkt tot arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten tussen werkgevers en werknemers die beiden aan de cao zijn gebonden. Binding aan een cao kan ontstaan door het lidmaatschap van een cao-partij, maar ook

– en die mogelijkheid bestaat slechts voor werkgevers – door bij een cao rechtstreeks partij te zijn. De binding aan een overeenkomst waarbij men geen partij is of waaraan men niet anderszins heeft meegewerkt (via lidmaatschap) is een te grote inbreuk op de individuele contractsvrijheid, althans dat is het uitgangspunt van de Wet Cao. De dwingende en aanvullende werking van de cao is door de wetgever geregeld in artikel 12 en 13 Wet Cao en is beperkt tot de arbeidsovereenkomsten die worden aangegaan tussen werkgevers en werknemers die beiden aan een cao zijn gebonden. De inpassing van de cao in het privaatrecht heeft meegebracht dat in de Wet Cao geen eisen zijn gesteld aan vakbonden. Niet-leden zijn immers niet van rechtswege aan de cao zijn gebonden en de werking van de cao op grond van de Wet Cao is juridisch beperkt tot leden die uit vrije wil lid zijn geworden van een vakbond en via dat lidmaatschap meebeslissen over de cao. De werking van de cao blijft in de praktijk niet beperkt tot arbeidsverhoudingen van aan cao gebonden werknemers (in dienst van gebonden werkgevers), maar strekt zich veelal uit tot alle arbeidsverhoudingen die onder de werkingssfeer van een cao vallen. Uit cijfers van het ministerie van SZW volgt dat op de arbeidsovereenkomsten van ruim 80% van de werknemers een cao van toepassing is, terwijl maar ongeveer 20% van de werknemers lid is van een vakbond. Of een cao een arbeidsverhouding gaat beheersen wordt in de praktijk niet zozeer bepaald door het lidmaatschap van een vakbond, maar veelal door de werkingssfeer van de cao, die in de regel niet beperkt is tot arbeidsverhoudingen van leden. De ruime toepasselijkheid van cao's in de praktijk vindt zijn oorzaak mede in artikel 14 Wet Cao dat aan de cao gebonden werkgevers verplicht de cao ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten die zij aangaan met ongebonden werknemers. Aan de ruime werking van de cao ligt juridisch ten grondslag dat aan de cao gebonden werkgevers met ongebonden werknemers overeenstemming hebben bereikt over de toepasselijkheid van de cao of dat cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard. In de praktijk geschiedt de contractuele uitbreiding van de cao veelal door een beding in de arbeidsovereenkomst. Uit de rechtspraak volgt dat zogenoemde incorporatiebedingen ruim worden uitgelegd, in die zin dat opvolgende en nieuwe cao snel geacht worden onder de reikwijdte van het beding te vallen. De tekst van het beding is daarbij niet doorslaggevend. Het is immers veelal de bedoeling van een incorporatiebeding de voor de werkgever van tijd tot tijd geldende cao steeds van toepassing te laten zijn op de arbeidsovereenkomst. Aan de uitleg van het incorporatiebeding zitten ook grenzen. Voor dit onderzoek is met name relevant dat de representativiteit van cao-partijen een rol kan spelen bij de vraag of een nieuwe cao onder de reikwijdte van het incorporatiebeding valt.

Vanwege de contractuele grondslag van de ruime werking van de cao (behoudens bij verbindendverklaring), is bij de inwerkingtreding van de Wet Cao verdedigd dat in de wet geen nadere eisen aan vakbonden hoeven te worden gesteld. Een werknemer die in vrijheid en goed geïnformeerd instemt met de toepasselijkheid van een cao is kennelijk van mening dat in het cao-overleg met zijn belangen voldoende rekening is gehouden. Het ligt vervolgens niet in de rede vanwege een mogelijk gebrekkige representativiteit van de vakbond (die de cao is aangegaan) aan deze op basis van de vrije wil tot stand gekomen contractuele afspraak te tornen. Wanneer een vakbond de belangen van ongebonden werknemers niet goed behartigt, zal het gevolg daarvan zijn dat ongebonden werknemers niet instemmen met de toepasselijkheid van de cao waardoor de werking

van de cao beperkt blijft tot leden die van rechtswege aan de cao zijn gebonden. Bij de ruimere werking van de cao komt belangrijke betekenis toe aan de instemming van de ongebonden werknemer met de toepasselijkheid van de cao. Hoewel een ongebonden werknemer in theorie steeds de toepasselijkheid van een cao kan weigeren indien zijn belangen onvoldoende zijn behartigd in het cao-overleg, is deze vrijheid de facto heel gering. Het gebruik van dynamisch incorporatiebedingen beperkt die vrijheid nog meer, doordat reeds bij aanvaarding van de arbeidsovereenkomst wordt ingestemd met de toepasselijkheid van een geldende cao en toekomstige versies daarvan. De fictie van werknemersinstemming en het grootschalig gebruik van incorporatiebedingen brengt mee dat de enkele contractsvrijheid van ongebonden werknemers onvoldoende lijkt om te kunnen rechtvaardigen dat in de Wet Cao een representativiteitstoets van vakbonden ontbreekt met het oog op de belangenbehartiging van niet-leden.

In de rechtspraak worden zoals hiervoor opgemerkt wel grenzen gesteld aan de initiële afspraak over de toepasselijkheid van een cao indien de representativiteit van een vakbond kwestieus is. Soms geschiedt dat via de weg van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en soms via de weg van de uitleg van het incorporatiebeding. In de rechtspraak is wel aangenomen dat een ongebonden werknemer niet de bedoeling heeft gehad om gebonden te kunnen raken aan een cao die met niet-representatieve vakbonden tot stand is gekomen. Hoewel het begrijpelijk en verdedigbaar is dat aan de ruimere werking van cao's grenzen worden gesteld wanneer die met niet-representatieve vakbonden tot stand worden gebracht, kan worden getwijfeld aan de houdbaarheid van in de rechtspraak daarvoor gevonden oplossingen. In hoeverre is immers een incorporatiebeding beperkt uit te leggen als daarin expliciet is opgenomen dat iedere cao van toepassing is, ongeacht de mate waarin een vakbond representatief is. Gelet hierop is aanpassing van het systeem nodig in die zin dat een wettelijke representativiteitstoets zou moeten worden ingevoerd in relatie tot de ruimere werking van de cao via een partijafpraak. Teneinde te waarborgen dat cao's met representatieve vakbonden worden aangegaan en ongebonden werknemers passende bescherming wordt geboden tegen de toepasselijkheid van cao's die met niet-representatieve vakbonden tot stand zijn gekomen, is een aantal wetswijzigingen denkbaar. In de eerste plaats kan in de Wet Cao een bepaling worden opgenomen waarin regels worden gesteld omtrent het incorporatiebeding. Onderdeel van die regeling kan zijn dat nieuwe cao's niet onder de reikwijdte van een incorporatiebeding vallen indien deze cao's zijn aangegaan door niet-representatieve vakbonden. In de tweede plaats kan in art. 7:613 BW worden bepaald dat op een wijziging van de arbeidsvoorwaarden die voortvloeit uit een cao die is afgesloten door niet-representatieve vakbonden de volledige toets van art. 7:613 BW van toepassing is.

Een met het voorgaande verband houdende vraag is welke criteria relevant kunnen zijn bij de beoordeling van de mate van representativiteit. Het verdient naar mijn mening geen aanbeveling in de wet vaste criteria op te nemen met betrekking tot deze beoordeling. Vaste criteria en formele regelingen kunnen minder soepel aan veranderde situaties worden aangepast dan wanneer het oordeel over representativiteit aan het maatschappelijk verkeer wordt overgelaten. Met gebruikmaking van open normen zou aan dit bezwaar tegemoet kunnen worden gekomen, in die zin dat het steeds aan de rechter is op basis van alle omstandigheden van het geval te oordelen of een vakbond voldoende representatief is.

Open normen kunnen steeds worden ingevuld op basis van de in de maatschappij heersende opvattingen en die invulling kan daardoor soepel meedeinen op de golfbewegingen die daaraan eigen zijn. Vaste criteria kunnen de voorspelbaarheid wel ten goede komen, in die zin dat op voorhand duidelijk is welke vakbond representatief is. De voorspelbaarheid valt of staat evenwel niet met vaste criteria, omdat de voorspelbaarheid ook kan toenemen naarmate rechters meer inzicht geven in de gedachtegang die tot hun beslissing heeft geleid. Door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke waarde in soortgelijke gevallen aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zouden rechters een zekere mate van harmonisatie tot stand kunnen brengen zonder dat daarvoor vaste wettelijke criteria nodig zijn. Het verdient overdenking of het niet mogelijk zou moeten worden voor vakbonden om voorafgaand of gedurende het cao-overleg van een rechter een oordeel over de mate van representativiteit te vragen. De rechter kan bij de beoordeling van de mate van representativiteit wel acht slaan op criteria die in de wet- en regelgeving en rechtspraak zijn ontwikkeld en deze als gezichtspunten hanteren. Deze gezichtspunten zijn:

- a) het hebben van rechtspersoonlijkheid (voor een periode van minimaal twee jaar);
- b) het zijn van een vereniging met interne organen die via verkiezingen door leden worden gekozen en aan leden verantwoording afleggen;
- c) een statutaire doelstelling hebben die gericht is op de sociaaleconomische belangenbehartiging van leden;
- d) onafhankelijkheid;
- e) financiële daadkrachtigheid;
- f) in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder zijn of hun leden tellen;
- g) voldoende spreiding van leden over de groep;
- h) een niet onbetekenend ledenaantal;
- i) meerderheid van alle leden georganiseerd hebbend;

In het SER-advies over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken kan steun worden gevonden voor het belang van draagvlak als element bij de beoordeling van de representativiteit van organisaties. De SER heeft in zijn advies immers benadrukt dat vakbonden hun legitimiteit (lees: de bevoegdheid namens en voor werknemers arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen) naast ledental ontleen aan de maatschappelijke acceptatie en het vertrouwen dat zij genieten. Daarvoor is de waardering van de cao-afspraken van groot belang. Als het resultaat van het cao-overleg op een groot draagvlak kan rekenen, zijn de onderhandelende organisaties er kennelijk in geslaagd voldoende rekening te houden met de verschillende betrokken belangen. Het draagvlak van cao-afspraken is daarmee een indicatie dat de onderhandelende organisaties kunnen worden aangemerkt als betrouwbare of gezaghebbende woordvoerder(s) van wat er leeft onder de groep van personen, niet noodzakelijk leden, die zij heet te vertegenwoordigen. In de rechtspraak wordt soms wel en soms geen belang gehecht aan het belang van draagvlak van een regeling onder de betrokken werknemers.

Naast de hiervoor besproken wijzigingen die ingrijpen in de contractuele binding aan cao's en werkgevers indirect dwingen cao's met representatieve vakbonden aan te gaan, is nodig dat bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen rekening wordt gehouden met de representativiteit van vakbonden. Bij de verbindendverklaring speelt de werknemersinstemming

helemaal geen rol en op grond van de verbindendverklaring kan zelfs in strijd met de wil van ongebonden werknemers een cao-bepaling toepassing vinden. De minister vond het bij invoering van de Wet Avv gerechtvaardigd regelingen die door de grote meerderheid van een sector nodig worden geacht voor een goede werking van het bedrijfsleven of het scheppen van behoorlijke arbeidsvoorwaarden, ook aan de minderheid op te leggen, indien de vrijheid van de minderheid voornoemde belangen schaadt. In de huidige systematiek van de verbindendverklaring van cao-bepalingen is het echter zo dat een regeling die niet de steun heeft van de meerderheid van de werknemers in een sector, toch voor de hele sector kan gaan gelden. Voor de verbindendverklaring komt het immers aan op de organisatiegraad van werkgevers en de representativiteit van vakorganisaties speelt daarbij geen of nauwelijks een rol. Een grote ingreep is niet nodig om bij de verbindendverklaring rekening te houden met de representativiteit van de betrokken vakbonden. Daarvoor volstaat naar mijn mening dat in de Wet Avv en het Toetsingskader AVV de beoordeling van een verzoek tot verbindendverklaring plaatsvindt op de wijze waarop thans de boordeling van een verplichtstelling plaatsvindt krachtens de Wet Bpf 2000 en het Toetsingskader Wet Bpf 2000. Deze wijziging brengt mee dat een verzoek tot verbindendverklaring nog slechts kan worden gedaan door het georganiseerde bedrijfsleven dat een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame werkgevers vertegenwoordigt en dat in het Toetsingskader AVV een representativiteitstoets voor werknemersorganisaties wordt opgenomen die gelijkkluidend is aan de toets in het Toetsingskader Bpf 2000. Dit brengt mee dat een verzoek tot verbindendverklaring dient te worden gedaan door werkgevers- en werknemersorganisaties gezamenlijk, dat nog steeds voldaan moet worden aan het huidige meerderheidsvereiste en dat de berekening daarvan gelijk kan blijven, maar dat werknemersorganisaties die niet betrokken zijn bij de cao tegen de verbindendverklaring zienswijzen kunnen indienen en dat in dat kader – door de minister of de Stichting van de Arbeid – beoordeeld moet worden hoe het aantal georganiseerde werknemers in de sector zich verhoudt tot het aantal georganiseerde werknemers dat bij een akkoord is betrokken. Ik merk daarbij op dat verbindendverklaring in beginsel achterwege dient te blijven als de meerderheid van de in een sector georganiseerde werknemers zich verzet tegen de verbindendverklaring.

De SER stelde in zijn advies uit 2013 over de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken dat het vergroten van werknemersbetrokkenheid een belangrijke opdracht van de vakbonden is en dat vakbonden zich continu moeten inspannen om te zorgen voor voldoende draagvlak van de cao, zodat de cao voor iedereen relevant blijft. Voor een voldoende draagvlak van cao-afspraken onder werknemers is van belang dat deze afspraken een goede afspiegeling zijn van de wensen van de verschillende groepen werknemers. Het vergroten van het ledenbestand van werknemers is een manier om werknemersbetrokkenheid te vergroten. Het is in beginsel aan vakbonden daarvan werk te maken. Met alleen het vergroten van het ledenbestand is evenwel niet zonder meer gezegd dat vakbonden representatiever worden. Als deze nieuwe leden niet actief participeren of mede behoren tot groepen werknemers die al oververtegenwoordigd zijn in het ledenbestand van vakbonden, heeft het vergroten van het ledenbestand weinig zin. Voor de representativiteit van vakbonden is met name een gespreid ledenbestand relevant. Het huidige systeem biedt naar mijn mening voldoende ruimte voor vakbonden om de werknemersbetrokkenheid te vergroten. Een belangrijke

manier om werknemers directer te betrekken bij arbeidsvoorwaardenvorming is via de ondernemingsraad. Het huidige systeem laat op dit punt echter een aantal juridische onduidelijkheden bestaan ten aanzien van arbeidsvoorwaardenregelingen die met de ondernemingsraad tot stand zijn gekomen. In dit onderzoek heb ik aanbevelingen gedaan om deze onduidelijkheden op te lossen teneinde de samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden meer ruimte te geven en het recht aan te passen zodat werknemersbetrokkenheid via deze weg kan worden vergroot.

SUMMARY

Dialogue on CLAs (Collective Labour Agreements) appears to be a reasonably peaceful area in the Netherlands, but if one takes a closer look at the CLA landscape, one quickly encounters all manner of developments (in society) that are disrupting this relative calm and already exerting pressure on the system (or might start to do so). Doubts are increasingly being expressed on the role of trade unions in representing employees for discussions on terms of employment, due to the diminishing degree of organisation among workforces. A trade union is primarily a members' organisation that champions the interests of its members, and if the membership does not adequately reflect the workforce for which the CLAs are concluded, the question arises as to why the trade union remains the appointed body to enter into CLAs. A further development that is posing increasing challenges for CLA parties and CLA negotiations is the increase in the number of self-employed individuals in the labour market. The number of one-person businesses has risen by nearly 50% over the last decade. An increase in the number of self-employed in the labour market entails that the regulatory scope of CLAs is diminishing and that CLAs (and those employees who are covered by their ambit) are at the same time being exposed to competition on terms of employment from the self-employed. A third relevant development is the political need to be able to influence the substance of how terms of employment are formulated, through the fact that CLAs are declared to be binding. In 2011, the majority in the Lower House of the Dutch parliament was in favour of direct intervention in CLA negotiations, by only allowing those CLA provisions that elaborated specific policy proposals to qualify for binding status. The fact that a majority of the Lower House was in favour of such hands-on management cannot, in my view, be dissociated from an increasing lack of consensus among social partners, at the central level, about how the labour market should be overhauled. A fourth development that is having an essential impact on current CLA consultations, the CLA itself and its legal formulation, is increasing individualisation and the need for decentralisation and tailored solutions when it comes to formulating terms of employment. The need for more tailored solutions in CLAs poses a challenge to trade unions, not just to reflect on what topics are delegated to discussions with the works councils, but also, for instance, the options for dispensations in (sectoral) CLAs. At the same time, the legislature is forcing reflection on the current legal division of tasks between the trade unions and works councils, in the field of formulating collective terms of employment and the current policy on dispensations, as an element of the policy on declaring CLAs to be binding.

Generally speaking, research into these developments is justified by the potential usefulness of the CLA as a tool. CLAs can be useful for positive socio-economic development in the Netherlands and for the satisfactory operation of the Dutch labour market. The CLA offers the business world the option of self-regulation, taking advantage of market

developments more quickly and effectively than could be done by the legislature. Legislation and regulations can be kept to a minimum by sectoral CLAs in particular. CLAs contribute to reductions in costs for the employers, reduce uncertainty around the cost of wages and rule out competition on terms of employment. For employees, apart from the option for self-regulation and ruling out competition on terms of employment, they offer certainty regarding incomes and the legal position. CLAs also make a contribution towards justice by balancing inequalities in power. CLAs thus engender industrial peace and stable labour relationships. Finally, CLAs are important mechanisms for implementing government policy. The CLA system *may* therefore have considerable value. But the CLA system and its usefulness are also subject to criticism, due to a range of developments in society, such as increases in social legislation and a greater need for decentralisation and tailored solutions, partly stemming from individualisation. The useful effect of the CLA system is not a given and depends among other matters on the scope (for personnel) of collective schemes (whether affecting employers or employees) and – to some extent connected to this – the degree to which those schemes are positively appreciated by all of those involved. A scheme that only applies to part of the sector or labour market for which it is intended (again affecting either employers or employees) will make less of a contribution towards stable labour relationships, industrial peace, reductions in costs, certainty about wage costs, the exclusion of competition on terms of employment, social justice and an effective promulgation of policy proposals than if that scope (as far as personnel are concerned) were greater. The tendency of employers and employees to pull out of a CLA will grow if the CLA in question has less support from those involved in it, as opposed to a widely supported CLA. Broad support is therefore, in some sense, a precondition for broad applicability. Employers and employees actually still value the CLA, but that appreciation is directly related to how far trade unions can succeed in championing the interests of all workers for whom the CLA is concluded, and therefore to how far a trade union can be regarded as representative. This research focuses on how representative trade unions are. This issue (the representative capacity of trade unions) has long been regarded as a pressing issue in legal literature in relation to the tenability of the legal system. It is also a recurrent topic in political debate and in 2013 resulted in a SEC (Dutch Socio-Economic Council) opinion on widening the support base for CLA arrangements. The SEC concluded in its opinion that increasing the direct involvement of employees and employers in the CLA was an important task for CLA parties if they wanted to retain the value of the CLA system.

This all gives rise to the formulation of the following problem:

What part does the representative capacity of trade unions play in the current law on CLAs and does the legal formulation of CLAs need to be adapted with a view to the possibility that this capacity is diminishing? If so, what adaptations should be made?

The Dutch government has traditionally played a minor role in the formulation of terms of employment, in the sense that Dutch labour legislation contains little more than minimum standards regarding, for example, working hours, working conditions, holidays and wages. The terms of employment are frequently formulated in the process of negotiations between employers and employees, either individually or more often collectively. The contractual freedom of CLA parties entails that they are free to negotiate with whomsoever they want

(of course this has to be a party who has authority to enter into a CLA), on the subject matter they want and in the manner they want to do it. The definition in section 1.1 of the CLA Act offers scope for regulating matters other than terms of employment in a CLA. The Supreme Court has held that an agreement that simply contains provisions relating to topics associated with terms of employment, but which are not actually terms of employment themselves, can be classified as a CLA. In practice, CLAs thus contain provisions not only regarding wages and terms of employment but all sorts of other subject matter relating to social policy, such as the policy on training, promoting employment opportunities for vulnerable groups, policy on careers and mobility, and ongoing flexibility. One could say that all topics can be regulated in the CLA that are within the areas on which professional organisations can meet up in the context of championing the interests of their members and that are related to terms of employment. The limits of this area are therefore determined by how the CLA parties see their duty of championing interests, which can change over time. In this light, there is a justifiable expectation that a company level CLA will contain different topics than a CLA at a sectoral level.

This CLA structure (by which I mean how CLAs are negotiated and entered into) is determined autonomously in the Netherlands by CLA parties, so that there are (larger and smaller) differences in CLA negotiations from one sector to another. There is virtually no sector with just a single CLA applicable to all employees. There are often multiple CLAs for each sector, applying to specific categories of employees or specific business units or companies. If different CLAs apply in one sector, this does not mean that all these CLAs are of equal importance for the CLA parties who entered into them. Frenkel, Jacobs and Nieuwstraten-Driessen have described the Dutch CLA structure, where multiple CLAs apply in each sector, as a planetary system with one or two CLAs forming the centre of gravity alongside a number of subordinate satellite CLAs. Another important feature of the Dutch CLA consultation is that the periodical renewal of CLAs is strongly connected with discussions and arrangements at a national level, where the CLA consultation is coordinated on a national basis. CLA parties at the sectoral or company level are significantly influenced by the discussions between employers' and employees' organisations at the national level. Some of the large CLAs (such as the metalwork union's CLA) operate in practice as trendsetters (wage leaders) in CLA discussions. The trend of decentralisation, dating back to the 1990s, has meant that CLAs have become increasingly devolutionary, to provide a more detailed elaboration of all sorts of schemes at a decentralised level. In a number of sectors, CLAs are increasingly offering greater scope for companies, works councils and employees to derogate from CLA provisions, to expand on CLAs or make more detailed arrangements with approval from the works council. Trade union strategy is focused on creating more possibilities for employers and employees to arrive at a package of terms of employment that coincides more closely with what the individual employee and the company want, which can enhance the attraction of the CLA arrangements, albeit retaining control at the central and sectoral levels.

Professional organisations are membership organisations that promote the interests of their members. The CLAs concluded by professional organisations generally apply to a larger group of workers than members alone, raising the question of how this sits with championing the interests of that larger group when trade unions focus (first and

foremost) on the interests of their members in CLA discussions. First of all, it is important to note that professional organisations not only champion the interests of their members in discussions on terms of employment, but also look after non-members to a greater or lesser extent. This is a consequence, firstly, of the way in which trade unions are financed. Contributions paid by members form an important base for financing trade union activities, but are not enough to finance the unions completely. The contributions are supplemented by an employer contribution – the 'trade union tenner'. Part of the deal concerning the employer contributions is the trade unions are expected to champion the interests of all employees concerned in the CLA discussions. This broad championing of interests also follows from the trade unions' charters, as a number of trade unions have adopted the charter objective of championing the interests of all employees in a sector (or company). Other trade unions have confined their charter objectives to championing the interests of members. Finally, championing non-members can also be counted as part of the job, from the fact the trade unions develop all manner of initiatives designed to involve non-members in the formulation of terms of employment. This double or wider job description need not be onerous if a trade union is sufficiently representative.

The representative quality of an organisation expresses the relationship between it and the group it purports to represent. An organisation can be described as representative if it satisfies all the qualities, capacities and features that would turn it into a reliable or authoritative advocate for the group of individuals, not necessarily members, that it says it represents. Based on general membership figures for the trade union movement, one can conclude that the membership is slanted towards older employees with established contracts. These general figures do not however justify the assumption that trade unions are therefore not sufficiently representative. Due to the diversity of CLA negotiations and the wide range of different trade unions, not too much can be said about this on the basis of general membership figures for the entire trade union movement. The over-representation of older employees with established contracts among trade union membership is, however, an indication that trade union membership is not representative of the group of employees involved in CLA negotiations. If the membership is not (or no longer) representative, this also exerts some degree of pressure on the extent to which the trade union itself is representative.

The CLA is classified by the CLA Act as an *agreement* between employer(s) and employees on terms of employment. The legislature's choice to make this CLA a matter of private law has consequences for the legal scope of the CLA. In section 9 of the CLA Act – considered along with sections 12 and 13 of the Act – the legislature has opted for a scope which entails that the effect of the CLA is confined to employment contracts concluded between employers and employees who are both bound by the CLA. Being bound by a CLA can occur through membership of one of the CLA parties, but also – and this facility is only available to employers – through being an actual party to a CLA. Being bound by an agreement to which one is not a party, or towards which one has not otherwise cooperated (via membership), is an excessive breach of individual freedom of contract, or at least this is the starting point of the CLA Act. The legislature regulates the preemptory and supplementary effect of the CLA in sections 12 and 13 of the CLA Act, and this is confined to employment contracts entered into between employers and employees who are both bound by a CLA. It is a consequence

of making the CLA a matter of private law that there are no requirements imposed on trade unions. After all, non-members are not bound by the CLA as a matter of law and the effect of the CLA in terms of the CLA Act is legally confined to members who have joined a trade union as a matter of free will, and can become involved in decisions on the CLA via that membership. In practice, the effect of the CLA appears not to be confined to employment relationships of employees bound by a CLA (who are employed by bound employers), but often extends to all employment relationships falling within the effective ambit of a CLA. Figures from the Ministry of Social Affairs & Employment (SZW) confirm that over 80% of employees are affected by a CLA, whereas only around 20% of employees are trade union members. Whether a CLA will end up governing an employment relationship is determined in practice not so much by membership of a trade union but more often by the effective ambit of the CLA, which is generally not confined to the employment relationships of members. The broad applicability of CLAs in practice originates in part from section 14 of the CLA Act, which obliges employers who are bound by a CLA to comply with the CLA, even for the employment contracts entered into with employees who are not so bound. The legal basis for the broad impact of the CLA is that employers who are bound by the CLA have reached agreement with non-bound employees on the applicability of the CLA, or else that CLA provisions have been declared to be generally binding. In practice, the contractual extension of the CLA often occurs by means of a provision in the employment contract. Case law indicates that the 'incorporation provision' is interpreted broadly, in the sense that a new CLA is readily regarded as falling within the scope of the provision. The text of the provision is not decisive for this. After all, it is often the intention behind an incorporation provision to keep the CLA that applies to the employer from time to time applying to the employment contract as well. There are also limits to the interpretation of the incorporation provision. It is particularly relevant for this research that the representative quality of CLA parties can play a part in the question of whether a new CLA falls within the ambit of the incorporation provision.

Due to the contractual basis for the broad applicability of the CLA (other than when it is declared to be binding), it was argued when the CLA Act was being introduced that there was no need to impose any further legal requirements on trade unions. An employee who agrees, freely and with proper information, to the applicability of the CLA clearly takes the view that his interests were taken sufficiently into account during the CLA discussions. It would not then be appropriate to unstitch this contractual arrangement, arrived at on the basis of free will, because of a possible lack of representative capacity on the part of the trade union (which entered into the CLA). If a trade union fails to promote the interests of non-bound employees adequately, the consequence of this will be that non-bound employees do not agree to the applicability of the CLA, so that the CLA's effect will be confined to members who are bound to it by law. Approval by non-bound employees to the applicability of this CLA has an important significance for the broader impact of the CLA. Although a non-bound employee can in theory always reject the applicability of the CLA if his interests have not been sufficiently championed in the CLA discussions, that freedom is in fact very limited. The use of dynamic incorporation provisions restricts that freedom even further, because agreement is given to the applicability of a current CLA and future versions of it at the point when the employment contract is accepted. The legal fiction

of employee approval and the large-scale use of incorporation provisions means that the contractual freedom of non-bound employees on its own appears to be insufficient to justify the CLA Act's lack of a test of representative capacity for trade unions, as regards championing the interests of non-members.

As already pointed out, case law imposes constraints on the initial agreement regarding the applicability of the CLA if the representative capacity of the trade union is in any doubt. This sometimes happens by way of the derogative effect of reasonableness and fairness and sometimes by way of interpreting the incorporation provision. It is accepted in case law, however, that a non-bound employee would never have intended to become bound to the CLA that was concluded with a non-representative trade union. While it is understandable and defensible for limits on the broader impact of CLAs to be imposed, if they are finalised with non-representative trade unions, the tenability of the solutions found for this in case law can be doubted. After all, how restrictively should an incorporation provision be interpreted if it expressly states that every CLA will apply, irrespective of how representative a trade union may be? With this in mind, the system needs to be adjusted in the sense that a statutory test of representative capacity should be introduced, in relation to the broader impact of the CLA via an agreement between parties. A number of legislative changes are conceivable to ensure that CLAs are entered into with representative trade unions and that non-bound employees are offered suitable protection against the applicability of CLAs concluded with non-representative trade unions. Firstly, a provision could be included in the CLA Act, setting out rules on the incorporation provision. This could include a provision that new CLAs will not fall under the scope of an incorporation provision if they are concluded by non-representative trade unions. Secondly, Article 7:613, DCC could provide that the full test in that article would apply to a change in the terms of employment arising from a CLA that is concluded by a non-representative trade union.

A question linked to these factors is what criteria might be relevant for determining the degree of representative capacity. In my view, it would not be recommended to include fixed criteria for such a determination in the law. Established criteria and formal rules are less flexible in their application to changing situations than would be the case for leaving any views on representative capacity to society at large. Using open standards could counteract this objection, in the sense that it is always up to the courts to decide whether a trade union is sufficiently representative, based on all the circumstances of the case. Open standards can always be supplemented on the basis of society's understanding of the position, allowing for a more flexible response to the tides of public opinion. Established criteria might be a benefit to predictability, in the sense that it would be clear in advance which trade unions are representative. That predictability does not however stand or fall on the aspect of fixed criteria, as predictability can also be enhanced if courts provide a better understanding of the thought processes behind their decisions. By clearly describing the significant factors and by clarifying the value associated with the various factors in this type of case, courts could create a certain degree of harmonisation without any need for fixed statutory criteria. It would be worth considering whether it should be possible for trade unions to seek an opinion from a judge on the extent of their representative capacity either prior to or during CLA discussions. When assessing the extent of representative

capacity, the judge could consider criteria developed in legislation, regulations and case law and apply these as his or her perspectives. These perspectives are:

- a) having legal personality (for a period of at least two years);
- b) the existence of an association with internal bodies chosen by members' elections and accountable to the members;
- c) having a charter objective of championing the socio-economic interests of members;
- d) independence;
- e) financial support;
- f) counting individuals who work in the company or sector among its/their members;
- g) an adequate spread of members across the group;
- h) a not insignificant number of members;
- i) having a majority of all members organised.

The SEC's opinion on extending the traction of CLA arrangements offers support for the importance of traction as an element when considering the representative capacity of organisations, as it emphasised in its opinion that trade unions derive their legitimacy (i.e. their authority to negotiate terms of employment for and on behalf of employees) from society's acceptance and the trust they enjoy, as well as from membership numbers. Appreciation of CLA arrangements is very important for this. If the result of the CLA discussions can count on large-scale support, the negotiating organisations will clearly have succeeded in taking adequate account of the various interests involved. Support for CLA arrangements is therefore an indication that the negotiating organisations can be regarded as being reliable or representative advocates for the mood among the group of people, not necessarily members, that they purport to represent. Case law sometimes does and sometimes does not say that support for a rule among the employees in question is important.

As well as the changes discussed above, which intervene in the contractual connection to CLAs and indirectly compel employers to enter into CLAs with representative trade unions, it is necessary to take account of the representative capacity of the trade unions when it comes to declaring CLA provisions to be binding. Employee approval plays no part in the aspect of a binding declaration, and a CLA provision may even come into effect against the wishes of non-bound employees, on the basis of the binding declaration. When the Provisions in Collective Labour Agreements (General Binding Nature) Act [*Wet Avv*] was introduced, the Minister considered it was justified to impose rules, which a large majority of a sector considered necessary for the satisfactory operation of commerce or to create proper terms of employment, on the minority as well if the interest of the minority would damage those interests. However, under the current system of declaring CLA provisions to be binding, the position remains that a rule that does not enjoy the support of the majority of employees in a sector can still apply to the entire sector. The declaration of binding effect boils down, after all, to how organised the employees are, and the representative capacity of the professional organisations plays little or no part in this. No major intervention is needed in order to take account of the representative capacity of the trade unions involved as regards the declaration of binding effect. It is sufficient for this, in my view, that a request for a declaration of binding effect under the *Wet Avv* and its Assessment Framework should be assessed in the same way such assessments are

now made for peremptory imposition under the Industry-wide Pension Fund Act [*Wet Bpf*] 2000 and its Assessment Framework. This change would entail that a request to have a declaration of binding effect could only be made by the organised business world representing a majority of the employees working in that particular sector, and that the Assessment Framework for the *Wet Avv* would include a test of representative capacity for employees' organisations equivalent to the test under the *Bpf* 2000 Assessment Framework. What this in turn means is that any request for a declaration of binding effect should be made by employers' and employees' organisations together, that the current requirement for a majority should still be satisfied and that the way this is calculated could stay the same, but that employees' organisations not involved in the CLA could submit their views and that there would have to be an assessment in this context – by the Minister or the Labour Foundation – of the balance between the number of organised employees in the sector and the number of organised employees involved in a particular agreement. As an aside, I would suggest that the declaration of binding effect should in principle not be allowed if the majority of organised employees in a sector objects to it.

In its 2013 opinion on extending the support for CLA arrangements, the SEC stated that increasing employee involvement was an important task facing trade unions and that they must make ongoing efforts to ensure they had sufficient support for the CLA, so that it would remain a relevant mechanism for everyone. It is important, to gain and retain sufficient support for CLA arrangements among employees, that those arrangements should properly reflect what is wanted by the different groups of employees. Increasing employee membership is one way of increasing employee involvement. In principle, this is a job for the trade unions. Simply increasing their membership numbers does not of itself mean, however, that trade unions will become more representative. If these new members do not participate actively, or belong to groups of employees who are already over-represented in the trade unions' membership, increasing member numbers makes little sense. It is a spread of membership that will increase the representative capacity of the trade unions. In my view, the current system offers sufficient scope for trade unions to increase employee involvement. One important way of getting employees more directly involved in the formulation of terms of employment is via the works council. The current system perpetuates a number of legal uncertainties in this area, however, in relation to terms of employment schemes that are finalised with the works council. In this research, I have made some recommendations to resolve these uncertainties, in order to increase the scope for collaboration between trade unions and works councils, and to adjust the law so that employee involvement can be increased in this way.

LITERATUURLIJST

ACM 2017

Leidraad tariefafspraken voor zzp'ers in cao's, ACM 24 februari 2017.

AWVN 2017

Resultaten ledenquête 2017 AAVN trends en ontwikkelingen HR 2017 (AWVN november 2017), Den Haag: AAVN 2017 (online publiek).

Beer, de, Zeggenschap 2011

P.T. de Beer, 'Stort de vakbeweging in? Tijd om te kiezen', *Zeggenschap* 2011, afl. 3.

Beer, de, 2013

P.T. de Beer, '30 jaar na Wassenaar: de Nederlandse arbeidsverhoudingen in perspectief', in: P.T. de Beer (red.), *Arbeidsverhoudingen onder druk* (Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2013), Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

Beer, de, 2013

P.T. de Beer, 'Een verplichte bijdrage voor de cao', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

Beer, de, S&D 2016

P.T. de Beer, 'Toekomst voor de cao – cao van de toekomst', *S&D* 2016/2, p. 12.

Beer, de, 2016

P.T. de Beer, 'Afbrokkelende legitimiteit van het poldermodel', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016.

Beer, de, FD 2017

P.T. de Beer, 'Vakbond verdient steuntje in de rug om hogere lonen te realiseren', *FD* 3 juli 2017.

Beer, de, & De Bruin 2017

P.T. de Beer & G. de Bruin, *Individu en collectief in Arbeidsverhoudingen. Individu kan niet zonder collectief* (Discussienota), AAVN oktober 2017.

Beltzer, SMA 2006

R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder artikel 7:613 BW valt', *SMA* 2006, afl. 7/8.

Beltzer, NJB 2010

R.M. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/1802.

Beltzer, ARBAC 2010

R.M. Beltzer, 'De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem', *ARBAC* 2010.

Beltzer, ARBAC 2011

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *ARBAC* 2011.

Beltzer 2012

R.M. Beltzer, 'Caput 4. De reikwijdte van het incorporatiebeding', in: R.M. Beltzer & E. Verhulp (red.), *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Beltzer, ARBAC 2012

R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', *ARBAC* maart 2012.

Beltzer 2013

HvJEU 18 juli 2013, *AR* 2013, 556, m.nt. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling'.

Berkhout en Jaspers 2014

D.F. Berkhout & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014.

Bijlsma, SR 1999

A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden. Een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999, afl. 1.

Bijlsma 2015

I. Bijlsma e.a., 'Veranderingen in de omvang en samenstelling van de beroepsbevolking als gevolg van de overstap op de ILO-definitie van de beroepsbevolking', *ROA Technical Report* 2015/6, p. 15 t/m 17.

Blécourt e.a. 2014

M.A. de Blécourt e.a., 'Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Kluwer: Deventer 2014.

Blekman e.a. 2011

I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 240.

Bles 1907, deel I

A.F. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907, deel I.

M. Blom & R. Leering, Zeggenschap 2017

M. Blom & R. Leering, 'Misverstand dat lonen achterblijven bij conjunctuur', *Zeggenschap* 2017, afl. 3, p. 4 t/m 6.

Bon, van, SR 1999

B. van Bon, 'De lading kan omgevlagd. Het incorporeren van ondernemingsovereenkomsten in cao's', *SR* 1999, afl. 10.

Boonstra 2016

K. Boonstra, 'De invloed van het sociaal akkoord op de Nederlandse arbeidswetgeving', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016.

Boot, TVVS 1996

G.C. Boot, 'De zieke werknemer in het Sociaal Plan', *TVVS* 1996, nr. 96/8.

Boot, ArbeidsRecht 2003

G.C. Boot, 'Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?', *ArbeidsRecht* 2003/24.

Bouman, FD 2017

M.N. Bouman, 'Zzp'ers zijn niet zielig. Gooi ze niet op een hoop met flexwerkers.', *FD* 29 december 2017.

Bouwens, ArA 2003

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao. HR 20 december 2002, JAR 2003/19 en NJ 2003/153, m.nt. TK (Bollemeijer/TPG Post BV)', *ArA* 2003, afl. 2.

Bouwens en Duk 2014

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, 24^{ste} druk.

Braun 2016

C. Braun, 'Het Nederlandse poldermodel langs de democratische meetlat. Over representativiteit, verantwoording en belangenvertegenwoordiging', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 37 t/m 60.

Brink, SMA 1988

M. Brink, 'Een recht op collectief onderhandelen?', *SMA* 1988, afl. 3.

Broekema, SMA 1992

E.H. Broekema, 'Het niet algemeen-verbindendverklaren van cao-bepalingen als nieuwe beleidsoptie', *SMA* 1992, afl. 5.

Brouwer, SMA 1987

H.J. Brouwer, 'De cao nog niet met de VUT, de Wet cao en de Wet avv na (ruim) een halve eeuw beleidsmatig beschouwd', *SMA* 1987, afl. 11.

CBS 2015

'Aantal vakbondsleden blijft teruglopen', *CBS* 28 oktober 2015.

CBS Statline 2015

CBS Statline, Leden van vakverenigingen; geslacht en leeftijd, 27 oktober 2015.

D. Christe & E. Koot-van der Putte, SMA 2008,

D. Christe & E. Koot-van der Putte, 'Wet AVV, een robuust compromis tussen vrijheid, dwang en behoefte aan diversiteit', *SMA* 2008, afl. 2.

Dorsemont 2002

F. Dorsemont, *Rechtspositie en syndicale actievrijheid van representatieve werknemersorganisaties* (diss.), Brugge: N.V. die Keure 2002, p. 146.

Dorsemont, SR 2004

F. Dorsemont, 'Over de 'representativiteit' van 'sociale partners' in de Europese Sociale Dialoog', *SR* 2004, afl 4.

Dorsemont, ARA 2014

F. Dorsemont, 'De binding van werkgevers aan collectieve arbeidsovereenkomsten', *ArA* 2014, afl. 2.

Duin, van, en Stoeldraijer 2012

C. van Duin & L. Stoeldraijer, *Bevolkingsprognose 2012-2060: Langer leven, langer werken*, Den Haag: CBS 2012.

Duk, SMA 1988

R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en fondsenbepalingen', *SMA* 1988, afl. 3, p. 205.

Duk, Ondernemingsrecht 2006

R.A.A. Duk, 'Rb. Amsterdam (vzr.), 29-12-2005, KG0524260DC', *Ondernemingsrecht* 2006/38.

Duk, SMA 2006

R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, afl. 7/8.

Duk, TAP 2010

R.A.A. Duk, 'Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart dwingend recht', *TAP* 2010, afl. 4.

Ebbinghaus, *Industrial Relations Journal* 2002

B. Ebbinghaus, 'Trade Unions' changing role: membership erosion, organisational reform, and social partnership in Europe, *Industrial Relations Journal* 2002, afl. 5, p. 465 t/m 482.

Els, van, e.a. 2009

A.B. van Els e.a., 'Rol van de vakbond en de ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Els, van, en Deelen, *TRA* 2013

A.B. van Els en K. Deelen, 'De invloed van de OR bij wijziging van arbeidsvoorwaarden ex art. 7:613 BW', *TRA* 2013/78.

Empel en Hansma 2015

A.H. van Empel & R. Hansma, 'Praktijkervaring met een cao-commissie', *ArA* 2015, afl. 1.

Even, *TAP* 2009

J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP Special* 2009/2.

Eyssell, *Themis* 1905

A.P.Th. Eyssell, 'De „collectieve arbeidsovereenkomst“: regtstinstituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 60 – 143.

Eyssell, *Themis* 1905b

A.P.Th. Eyssell, 'De „collectieve arbeidsovereenkomst“: eene nalezing', *Themis* 1905, p. 356-396.

Fase, *SMA* 1975

W.J.P.M. Fase, 'Representativiteit, van willekeur naar recht?', *SMA* 1975, afl. 10.

Fase 1980

W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief*, alphen aan den Rijn: Samsom 1980.

Fase 1982

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*, Alpen aan den Rijn: Samsom 1982.

Fase, *SMA* 1986

W.J.P.M. Fase, 'De verbindendverklaring van cao-bepalingen', *SMA* 1986, afl. 11.

Fase, SMA 1987

W.J.P.M. Fase, 'Alleen voor leden?', *SMA* 1987, afl. 5.

Fase, SMA 1992

W.J.P.M. Fase, 'De algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen opnieuw gewogen', *SMA* 1992, afl. 12.

Fase en Van Drongelen 2004

W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht, het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004.

Franssen e.a., SMA 2000

E.J.A. Franssen, A.T.J.M. Jacobs, A.Ph.C.M. Jaspers en K.J.M. Mortelmans, 'Cao's en mededingingsrecht', *SMA* 2000, afl. 7/8, p. 324-339.

Franssen, SR 2004

E.J.A. Franssen, 'Een wettelijk kader voor de Europese Sociale Dialoog', *SR* 2004, afl. 4.

Franx-Schaap e.a. 2011

E.N. Franx-Schaap e.a., 'Samenloop: op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 151-172.

Frenkel 1987

B.S. Frenkel, 'Begunstiging van georganiseerden', in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *Schetsen voor Bakels*, Deventer: Kluwer 1987, p. 61-72.

Frenkel e.a. 1980

B.S. Frenkel, A.T.M.J. Jacobs en E. Nieuwstraten-Driessen, *De structuur van het cao-overleg. Een verkenning van de wijze waarop sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg functioneren*, Alphen aan den Rijn – Brussel: Samsom 1980.

Grapperhaus, SR 2002

F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao', *SR* 2002, afl. 6.

Grapperhaus, Ondernemingsrecht 2005

F.B.J. Grapperhaus, 'Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao's: voortaan inhoudelijke toetsing van kleine cao's?', *Ondernemingsrecht* 2005/192.

Grapperhaus 2005

F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, 's-Gravenhage: 2005.

Grapperhaus 2013

F. Grapperhaus, 'Voor alles is een tijd. Over het belang van een vernieuwde cao', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

Hamaker, Weekblad van het Recht 1905

H.J. Hamaker, 'De collectieve arbeidsovereenkomst', *Weekblad van het Recht* 1905-8227, p. 3-4.

Hartkamp en Sieburgh 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Harmsen & Reinalda 1975

G. Harmsen & B. Reinalda, *Voor de bevrijding van de arbeid. Beknopte geschiedenis van de Nederlandse vakbeweging*, Nijmegen: Socialistiese Uitgeverij Nijmegen 1975.

Heemskerk 2015

M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Heerma van Voss, SR 2006

G.J.J. Heerma van Voss, 'Representativiteit van vakbonden en incorporatie van cao's', *SR* 2006/73.

Heerma van Voss 2006

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.

Heijden, van der, SMA 1998

P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998, afl. 5.

Hekkelman, AA 1978

Noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, *AA* 1978.

Hekkelman, SMA 1979

G. Hekkelman, 'Representativiteit en cao', *SMA* 1979, afl. 4.

Hekkelman, SMA 1979

G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, afl. 4.

Helderman, Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis I 2004

C. Helderman, 'De Hoge Raad van arbeid, 1919-1940 (-1950)', *Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis I*, 2004, afl. 2, p. 45-70.

Helmer & Jaspers, TRA 2015

J.L.A. Helmer & T. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk?', *TRA* 2015/23.

Hemerijck & Meer, van der, 2016

A. Hemerijck & M. van der Meer, 'Nieuw Nederlands polderen, van brede sociale akkoorden naar 'ad hoc' hervormingscoalities', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 182.

Hoekstra, TRA 2016

R.F. Hoekstra, 'Beoordeling vakbondsleden als redding voor het systeem van collectieve arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2016/103.

Houweling 2011

HvJEU 8 april 201, *AR* 2011, 0279, m.nt. A.R. Houweling, 'Permanente nawerking van minimum cao's: een tijdbom onder het cao-recht?'

Houweling en Langedijk, ArA 2011

A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011, afl. 1.

Houweling en Loonstra, TAP 2009

A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Nietigheid van elk beding ex artikel 12 WCAO na Teunissen/Welter: iets nieuws onder de zon?', *TAP* 2009, afl. 6.

Houwing 1905a

J.F. Houwing, 'De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 1905-1832, p. 57-59.

Houwing 1905b

J.F. Houwing, 'De arbeidsovereenkomst bij de Tweede Kamer', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 1905-1833, p. 73-75.

IBO 2015

IBO Zelfstandigen zonder personeel, Rijksoverheid april 2015.

ILO 1994

International Labour Conference, 81st Session Geneva 1994, Freedom of association and collective bargaining, chapter IX, nr. 229.

ILO 2008

International Labour Conference, 101st Session, ILC.101/III/1B, Giving globalization a human face (General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008), Report III (Part 1B), p. 17-18.

Jacobs, *NJB* 1996

A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridische tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922.

Jacobs 2005

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2005.

Jacobs, *ArbeidsRecht* 2006

A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45.

Jacobs 2013

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Jansen 2013

N. Jansen, 'Over vakbonden, legitimatie en Lotmar', in: K. Van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao* (Uitgave AWWN), Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013, p. 73-90.

Jansen 2014

N. Jansen, 'Werkings sfeer', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties*, Deventer: Kluwer 2014.

Jansen, *ARA* 2014

N. Jansen, 'Parkwood: (vooral) oude wijn in nieuwe zakken', *ArA* 2014/1.

Jansen, *TAO* 2015

N. Jansen, 'Ontwikkelingen in het arbeidsvoorwaardenoverleg', *TAO* 2015, afl. 3.

Jansen, *TvO* 2017

N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *Tv* 2017, afl. 3.

Jansen, *Arbeidsrecht* 2017

N. Jansen, 'Cao's en overgang en de betekenis van art. 14a Wet CAO', *ArbeidsRecht* 2017/17.

Jansen 2018

N. Jansen, 'Collectief onderhandelen en organiseren', in: J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Kluwer 2018.

Jansen & Zaal, *TAO* 2017

N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017, afl. 6.

Jaspers 1987

A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen* (oratie Utrecht), Utrecht: Kluwer 1987, p. 7.

Jaspers, *ArA* 2008

T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008, afl. 1, p. 5.

Jaspers & Baltussen 2011

A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011.

Kamphuisen 1956

P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire pers 1956.

Keune (red.) 2016

M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016.

Keune 2016

M. Keune, 'Inleiding, de legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw', in: M. Keune (red.), *Nog steeds een mirakel? De legitimiteit van het poldermodel in de eenentwintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press BV 2016, p. 12.

Keuning & Leupen, FD 2015

W. Keuning & J. Leupen, 'Harde botsing vakbonden over retail-cao', *FD* 11 augustus 2015.

Knegt, *Recht der werkelijkheid* 2013

R. Knegt, 'Hugo Sinzheimer en de collectieve arbeidsovereenkomst', *Recht der Werkelijkheid* 2013, afl. 3, p. 76-99.

Koning 1987

F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Kluwer: Deventer 1987 (diss).

Koning, SMA 1998

F. Koning, 'De cao, de ongebonden werknemer en het incorporatiebeding', *SMA* 1998, afl. 11/12.

Koot-van der Putte 2007

E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

Koot-van der Putte 2011

E. Koot-van der Putte, 'Zzp'ers en de cao: mogelijk en wenselijk?', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht* (Reeks vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 39), Deventer: Kluwer 2011, p. 59-77.

Koot-van der Putte 2014

E. Koot-van der Putte, 'Pakketvergelijking na Teunissen/Welter', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties*, Deventer: Kluwer 2014.

Koot-van der Putte en Bungener, SR 2005

E. Koot-van der Putte en A. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer', *SR* 2005, afl. 4.

Kortenhorst & Van Rooy 1930

L.G. Kortenhorst en MAC M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst, juridisch en sociaal-economisch*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1930.

Kraamwinkel, SR 1997

M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997, afl. 9.

Laagland, TAP 2014

F.G. Laagland, 'Decentralisatiebepalingen in cao's. De gedelegeerde rol van de ondernemingsraad bij primaire arbeidsvoorwaarden', *TAP* 2014/204.

Laat, de, 2016

J.J.M. de Laat, *Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht. Een pleidooi voor algemene voorwaarden in het arbeidsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2016.

Lalkens, FD 2016

P. Lalkens, 'Harde botsing tussen vakbonden en terminalbedrijf voor Rotterdamse rechter', *FD* 21 maart 2016.

Leupen, FD 2015

J. Leupen, 'De FNV is niet meer representatief', *FD* 18 augustus 2015.

Leupen, FD 2016

J. Leupen, 'Vakbond cnv vindt een looneis vanuit de ivoeren toren niet meer van deze tijd', *FD* 16 september 2016.

Leupen, FD 2017

J. Leupen, 'Onvrede binnen FNV over 'gepolder zonder draagvlak'', *FD* 16 januari 2017.

Leupen, FD 2018

J. Leupen, 'FNV verliest in moordend tempo positie aan cao-tafel', *FD* 1 maart 2018.

Levenbach 1951

M.G. Levenbach, 'Opmerkingen over de collectieve arbeidsovereenkomst', in: M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951.

Levenbach 1956

M.G. Levenbach, 'Opmerkingen over de collectieve arbeidsovereenkomst', in: M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951.

Levy, *De Economist* 1917

J.A. Levy, 'Individuele contractverbreking bij collectieve arbeidsovereenkomst', *De Economist* 1917, p. 176-187.

Luttmer-Kat, *SR* 1996

A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de or overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996, afl. 3.

Lotmar 1900

P. Lotmar, 'Die tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern', *Braun's Archiv*, XV, p. 1-122. Zie Ook J. Rückert, *Philipp Lotmar Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Mein: Keip Verlag 1992, p. 433-554.

Mantel, *SMA* 2008

P.Th. Mantel, 'Recht op toelating tot cao-onderhandelingen: meer dan representativiteit?', *SMA* 2008, afl. 2.

Mannoury, *Praktijkids* 1989

J. Mannoury, noot bij Kantongerecht Leiden 21 januari 1987, *Praktijkids* 1989/1, nr. 2991.

Meijers, *Themis* 1905

E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 397-483.

Meijers 1972

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, toelichting vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeversbedrijf 1972.

Meirink en Sprengers 2011

T. Meirink & L.C.J. Sprengers, 'Ondernemingsraad en achterban', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2009.

Merkelbach 1909

H.M. Merkelbach, *Naar aanleiding van de collectieve arbeidsovereenkomst* (diss.), Amsterdam 1909.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2016

Ministerie van Sociale Zaken en werkgelegenheid (2016), Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2016.

Mok 1939

S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1939.

Monnik 1907

J.H. Monnik, *Bescherming van Arbeidswilligen in de Artikelen 284 en 426bis Wetboek van Strafrecht*, Wageningen: Vada 1907.

Monsma 2015

F. Monsma, 'CAO voor de modewinkels is "game changer" voor polder', *feddemonma.nl* 2 september 2015.

Nagelkerke, SMA 1994

A.G. Nagelkerke, 'Institutioneel balanceren, decentralisatie in de Nederlandse arbeidsverhoudingen in de jaren tachtig', *SMA* 1994, afl. 1, p. 20.

Nederlandse Juristen-Vereeniging 1905

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel II, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905.

Nelissen 1905

A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. "Collectieve Arbeids-Contract" doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905.

Olbers, SMA 1987

M.M. Olbers, 'Nogmaals: de verbindendverklaring van c.a.o.-bepalingen', in: 'Postbus 4, algemeen verbindendverklaring representativiteit.', *SMA* 1987, afl. 2.

Olbers, SMA 1989

M.M. Olbers, 'Sleept de avv-cao de ondernemings-cao?', *SMA* 1989, afl. 3.

Olbers, SMA 1992

M.M. Olbers, 'Het regelingsbereik van de cao', *SMA* 1992, afl. 11.

Olbers, SMA 1996

M.M. Olbers, 'Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht', *SMA* 1996, afl. 5.

Olbers 1996

M.M. Olbers, 'Vakbond of ondernemingsraad?', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1994*, Deventer: Kluwer 1996.

Otten, SR 1998

B. Otten, 'De combinatie cao-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998, afl. 12.

Peletier 1920

A.E.R. Peletier, *Leden-contracten* (diss. Universiteit Utrecht), Utrecht: Electriche Drukkerij L.E. Bosch & Zoon 1920.

Pennings 2007

H.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Kluwer: Deventer 2007.

Pitkin 1967

H.F. Pitkin, *The concept of representation*, Berkeley: University of California Press 1967.

Rayer en Van Leeuwen-Scheltema 2011

C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011.

Regioplan 2015

Effecten van algemeen verbindendverklaring (Regioplan beleidsonderzoek), Amsterdam: september 2015.

Rojer, Zeggenschap 2002

M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap/Tijdschrift voor Arbeidsverhoudingen* 2002/1.

Rojer 2002

M.F.P. Rojer, 'De betekenis van de cao en het algemeen verbindend verklaren van cao's', SZW-werkdocument no. 271, december 2002.

Rojer, TRA 2015

M.F.P. Rojer, 'Cao of geen cao, dat is de vraag', *TRA* 2015/57.

Rojer en Van der Veldt, ARBAC 2010

M.F.P. Rojer en C.M.T. van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', *ARBAC*, oktober 2010.

Sagel, ArbeidsRecht 2006

S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 (De gebondenheid van de leden van een niet-representatieve vakbond).

Santen, van, Tijdschrift voor Beleid, Politiek en Maatschappij 2002

M. van Santen, 'Doorwerking in de breedte. De doorwerking van 'Agenda 2002' in de teksten van decentrale beleidsnota's en cao-akkoorden in 1989 en 1999.', *Tijdschrift voor Beleid, Politiek en Maatschappij* 2002, afl. 4, p. 203 t/m 2017.

Schalk, van der, 1853

J.C.J. van der Schalk, *Art. 414 en 415 van den Code Pénal beschouwd in verband met de theorie van het loon*, Leiden: Hazenberg 1853.

SER 1954

Advies inzake het vraagstuk van de voldoende representatieve organisatorische vertegenwoordiging, bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie (advies van 3 oktober 1954, SER), Den Haag: SER 1954.

SER 1955

Advies inzake het vraagstuk van de toekomstige loonpolitiek (advies 16 september 1955, SER 1955/04), Den Haag: SER 1955.

SER 1976

Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges (advies van 19 december 1975, SER 1976/5), Den Haag: SER 1976.

SER 1994

Advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (advies van 20 mei 1994, SER 1994/06), Den Haag: SER 1994.

SER 1998

SER nieuwsbericht 7 januari 1998, 'Lubbers, Kok en Van Veen gaan terug naar Wassenaar'.

SER 2012

Verschuivende economische machtsverhoudingen (advies van juni 2012, SER 2012/4), Den Haag: SER 2012, p. 83-88.

SER 2013

Advies verbreding draagvlak cao-afspraken (advies van 23 augustus 2013, SER 13/03), Den Haag 2013.

Sinzheimer 1977

H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin: Duncker & Humlot 1977.

Slooten, van, 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Sondermeijer, NRC 2017

V. Sondermeijer, 'Jumbo wil afspraken maken zonder vakbonden', *NRC* 24 april 2017.

STAR 2003

Advies inzake verbindendverklaring van decentralisatiebepalingen in CAO's (Stichting van de Arbeid (advies van 3 juni 2003, Stichting van de Arbeid 5/03).

STAR 2012

Dispensatie in de cao, een transparante procedure (advies van 8 juni 2012, Stichting van de Arbeid).

STAR 2013

Stichting van de Arbeid, 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020', 11 april 2013.

Stege, SMA 1999

A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SMA 1999*, afl. 10.

Stege, Ondernemingsrecht 2001

A. Stege, 'Het recht op collectief onderhandelen en het mededingingsrecht, *Ondernemingsrecht 2001*, afl. 13, p. 391-397.

Stege 2004

A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. VU), Amsterdam: Kluwer 2004.

Stege, TRA 2011

A. Stege, 'Dispensatie op grond van het Toetsingskader AVV', *TRA 2011/3*.

Steege, ter, e.a. 2012

D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', *Sociaaleconomische trends*, 4^e kwartaal 2012.

Stekelenburg, SMA 1987

J. Stekelenburg, 'Nieuwe uitdagingen in het cao en avv-beleid', *SMA 1987/1*.

Strating & Brinkman, Zeggenschap 2017

H. Strating & W. Brinkman, 'AVV staat maatwerk in CAO's in de weg', *Zeggenschap 2017/3*, p. 46-49.

Tasman, De Economist 1906

H.J. Tasman, 'De economische en sociale betekenis van het collectief arbeidscontract', *De Economist 1906*, p. 679-726.

Teulings 1996

C. Teulings, *De plaats van de vakbeweging in de toekomst*, Serie Wetenschappelijke Publikaties, Den Haag: Welboom 1996.

Tongeren, van, SR 1997

W.J.M. van Tongeren, 'Gebondenheid van de ongebonden werknemer', *SR 1997*, afl. 2, p. 49.

Tonkelaar, den, 1979

J.D.A. den Tonkelaar, *Vrijheid en gebondenheid in het verenigingsrecht* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.

Tros 2000

F.H. Tros, *Decentralisering van arbeidsverhoudingen. Een onderzoek naar de arbeidsvoorwaardenvorming in de Nederlandse private sector in de periode 1982-2000* (diss. Utrecht), Alphen aan den Rijn: Samsom 2000.

Tros, Albeda & Dercksen 2004

F.H. Tros, W. Albeda en W. Dercksen, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004.

Truyen, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1903

P.W.H. Truyen, 'Collectieve overeenkomsten tusschen arbeiders en werkgevers', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1903, p. 461-516.

Veldt, van der & Wirtz 2013

K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao* (Uitgave AAVN), Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

Verburg 2017

L.G. Verburg, 'Werken in netwerken', position paper van 31 januari 2017.

Verhulp

E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst, losbladig*, Kluwer, artikel 1 Wet Cao, aant. 4.

Verhulp, *ArbeidsRecht* 2002

E. Verhulp, 'Nawerking: het volle pond graag!', *ArbeidsRecht* 2002/52.

Verhulp 2002

E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht* (oratie, Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002.

Verhulp, *SMA* 2008

E. Verhulp, 'Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart dwingend recht', *SMA* 2008/91.

Verhulp 2012

E. Verhulp, 'Caput 3. De aanbiedingsplicht ten aanzien van de art. 14-werknemer', in: R.M. Beltzer & E. Verhulp (red.), *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Verhulp 2013

E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', in: K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao*, Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

Verhulp, *TRA* 2014

E. Verhulp, 'Wie vertegenwoordigt?', *TRA* 2014, afl. 74.

Verhulp 2015

E. Verhulp, 'Niet zonder mijn vakbond?', in: A. Hoekema, E. Verhulp & M. Westerveld (red.), *Altijd dienstbaar, niemands Knecht* (Liber Amicorum voor Robert Knecht), Den Haag: SDU 2015.

Vertrouwen in de toekomst 2017.

Vertrouwen in de toekomst (Regeerakkoord 2017-2021), 10 oktober 2017.

Voorden, van, ESB 1991

W. van Voorden, 'Algemeen-verbindendverklaring onterecht mikpunt', *ESB* 9 januari 1991.

Willeumier 1905

Jb. Willeumier, 'Is wettelijke regeling van het z.g. „Collectieve Arbeids-Contract” doenlijk en wenschelijk; zo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905.

Windmuller & Galan 1977

J.P. Windmuller en C. de Galan, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Spectrum 1977.

Windmuller e.a. 1987

J.P. Windmuller e.a., *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1987.

Wirtz 2006

M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Wirtz 2013

M. Wirtz, 'Het vakbondstientje', in: K. van der Veldt & M. Wirtz (red.), *Ontwerpers in Arbeidsverhoudingen. Draagvlak van de cao* (Uitgave AWWN), Goudriaan: De Groot Drukkerij 2013.

Wiskerke 1939

C. Wiskerke, *De afschaffing der Gilden in Nederland*, Amsterdam: H.J. Paris 1939.

Witteman 2017

J. Witteman, 'Een whodunit over uw te lage salaris', *Volkskrant* 4 november 2017.

Zaal, *ArbeidsRecht* 2014

I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4.

Zaal en Zwemmer, *FD* 2018

I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, 'Maak arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en or makkelijker mogelijk', *FD* 23 maart 2018.

Zalm, *ESB* 1992

G. Zalm, 'Mythen, paradoxen en taboes in de economische politiek', *ESB* 6 juni 1990.

Zalm, *ESB* 1992

G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992.

Zanten, van, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1903

J.H. van Zanten, 'De zogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd magazijn* 1903, p. 447-507.

JURISPRUDENTIEREGISTER

In dit register verwijzen de nummers achter de trefwoorden naar de paragrafen

Hof van Justitie EU en Hof van Justitie EG

HvJEG 17 juni 1998, T-135/96 (UEAPME)	3.5.2.1
HvJEG 21 september 1999, zaak C-67/96 (Albany)	1.2, 2.3.5
HvJEG 21 september 1999, zaak C-115-117/97 (Brentjes)	2.3.5
HvJEG 21 september 1999, zaak C-219/97 (drijvende Bokken)	2.3.5
HvJEG 12 september 2000, zaak C-180/98 tot C-184/98 (Pavlov)	2.3.5
HvJEG 4 december 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem)	2.3.5
HvJEU 9 maart 2006, C-499/04, ECLI:EU:C:2006:168 (Werhof)	5.4.2.2
HvJEU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (Parkwood)	5.4.2.2, 7.3.1
Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 11 september 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem)	2.3.5
HvJEG 4 december 2014, zaak C-413/13 (FNV Kiem)	2.3.5
HvJEU 27 april 2017, C-680/15 en C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317 (Asklepios)	5.4.2.2, 9.3.5

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 25 april 1996, Gustafsson tegen Zweden, NJ 1997/729	9.3.4
----------------------------------------------------------	-------

Hoge Raad en Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba

HR 7 juni 1957, NJ 1957/527 (Suk/Brittania)	5.3.1, 5.3.2
HR 16 maart 1962, NJ 1963/222, m.nt. J.H.B.	4.4.3, 5.3.2, 7.2.4
HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9771 (Wielemaker/De Schelde)	6.2
HR 18 januari 1980, NJ 1980/348 (Hop/Hom)	5.4.4, 7.2.4
HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Haviltex)	5.4.2.1
HR 10 juni 1983, NJ 1984/147 (Fabricom), m.nt. P.A. Stein	3.5.2.5
HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5525 (Van Velden)	2.3.4
HR 7 oktober 1988, NJ 1989/335 (IBM)	9.3.6
HR 17 maart 1993, NJ 1993/366	8.2
HR 2 april 1993, JAR 1993/100 (Bongers/KSB)	5.4.4, 7.2.4
HR 28 januari 1994, NJ 1994/420 (Beenen/Vanduho)	7.2.4
HR 6 januari 1995, NJ 1995/549	7.3.1
HR 14 januari 2000, JAR 2003/43 (Boonen/Quicken)	4.4.3
HR 11 februari 2000, JAR 2000/86	8.2

HR 7 juni 2002, <i>JAR</i> 2002/154 (Luitjens/JB Groothandel in Vlees)	7.2.4
HR14 juni 2002, <i>JAR</i> 2002/165	6.2
HR 20 december 2002, <i>JAR</i> 2003/19 (Bollemeijer/TPG)	3.5.2.7, 5.4.4, 6.2
HR 8 juni 2007, <i>NJ</i> 2007/464	6.4.3
HR 29 juni 2007, <i>JAR</i> 2007/162	6.3.3
HR 25 januari 2008, <i>JAR</i> 2008/55 (Bornkamp)	5.4.2.1
HR 24 april 2009, <i>JAR</i> 2009/130 (Teunissen/Welter)	4.4.3
HR 12 februari 2010, <i>NJ</i> 2010/494	9.3.3
HR 21 februari 2010, <i>JAR</i> 2010/71	5.4.3.3
HR 8 april 2011, <i>JAR</i> 2011/135 (ABVAKABO/Unieke Kinderopvang BV)	4.3.3
HR 27 mei 2011, <i>JAR</i> 2011/172	7.3.2
HR 6 september 2013, <i>RvdW</i> 2013, 1034 (ECN/OMEN)	4.4.3
HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171	1.1
Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 oktober 2009, <i>JAR</i> 2010/103	6.2
HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976	5.4.4

Gerechtshof

Gerechtshof Arnhem 14 maart 1993, <i>JAR</i> 1995/96	6.4.3
Gerechtshof Arnhem 14 maart 1995, <i>JAR</i> 1996/96	6.3.3
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juni 1997, <i>JAR</i> 1997/150	5.4.3.2
Gerechtshof Amsterdam 4 december 2003, <i>JAR</i> 2004/12	5.4.2.1
Gerechtshof 's-Gravenhage 13 juni 2006, <i>JAR</i> 2006/136	5.4.2.1
Gerechtshof Amsterdam 5 juni 2008, <i>JIN</i> 2008/689	6.4.4
Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2009, <i>JAR</i> 2009/72	5.4.2.1, 5.4.2.2
Gerechtshof Amsterdam 26 oktober 2010, <i>JAR</i> 2010/308	6.3.3
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:BU6384	5.4.3.2
Gerechtshof Amsterdam 27 januari 2012, <i>JAR</i> 2010/308	6.3.3, 6.4.3
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012 (Mercedes Benz), ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5363	2.3.3, 8.2
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, <i>JAR</i> 2014/13	2.3.3, 8.4.3
Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2014, <i>RAR</i> 2014/88	2.3.3, 8.4.3
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3891	5.4.4
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3181	5.4.3.2
Gerechtshof Den-Haag 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2911, <i>JAR</i> 2015/294	6.2
Gerechtshof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4429	5.4.4
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5669	5.4.3.2

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, <i>JAR</i> 2017/68, ECLI:NL:GHARL:2017:645	5.4.4
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2509	5.4.3.2
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:685	6.4.4, 9.3.6
Rechtbank en kantonrechter	
Rb. (Pres.) 's-Gravenhage 10 februari 1966, <i>NJ</i> 1966/148	3.2.1
Rb. 's-Gravenhage 13 februari 1970, <i>NJ</i> 1970/183	3.2.1
Rb. Amsterdam 20 januari 1982, <i>NJ</i> 1982/101	6.4.3
Ktr. Leiden 21 januari 1987, <i>Praktijkids</i> 1989/1, nr. 2991	5.4.3.2
Rb. Utrecht 4 november 1987, <i>NJ</i> 1988/676	6.3.3
Rb. 's-Gravenhage 5 september 1989, <i>KG</i> 1989, 366	6.3.3, 6.4.2
Rb. 's-Gravenhage (pres.) 19 mei 1992, <i>JAR</i> 1992/22 (Grabowski)	8.2, 8.3.3
Rb. Rotterdam 23 mei 1993, <i>KG</i> 1993, 239	6.3.3, 6.4.3
Rb. Amsterdam 31 mei 1995, <i>JAR</i> 1995/162	5.4.3.2
Rb. Amsterdam 5 juni 1996, <i>JAR</i> 1996/136	5.4.2.1
Rb. (Pres.) Utrecht 8 april 1997, <i>JAR</i> 1997/115	6.4.3
Ktr. Amsterdam, 14 januari 1998, <i>JAR</i> 1998/52	5.4.3.2
Rb. Utrecht 28 april 1999, <i>JAR</i> 1999/115	6.4.3
Ktr. Utrecht 17 februari 2003, <i>JAR</i> 2003/63	6.2
Ktr. Heerenveen 2 september 2004, <i>JIN</i> 2004/10	6.4.4
Ktr. Heerlen 12 januari 2005, <i>RAR</i> 2005/34	6.4.4
Rb. 's-Gravenhage 28 oktober 2005, <i>RAR</i> 2005/46	6.4.3
Rb. Amsterdam 29 december 2005, <i>JAR</i> 2006/27	5.4.2.2, 6.3.2
Ktr. Hilversum 1 februari 2006, <i>JAR</i> 2006/57	5.4.2.2, 6.3.4
Ktr. Amsterdam 28 februari 2006, <i>JAR</i> 2006/87	6.4.4
Ktr. Utrecht 25 juli 2006, <i>RAR</i> 2007/24	5.4.2.2, 6.3.4
Ktr. Haarlem 9 oktober 2006, <i>RAR</i> 2007/9	6.4.4
Rb 's-Hertogenbosch 21 juli 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA8766	6.3.4
Ktr. Utrecht 12 december 2007, <i>JAR</i> 2008/30	5.4.2.2, 6.3.4
Ktr. Utrecht 13 februari 2008, <i>JAR</i> 2008/84	5.4.3.2, 5.4.4
Ktr. Amsterdam 24 april 2008, <i>RAR</i> 2008/116	5.4.2.2, 6.3.4
Ktr. Lelystad 28 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI2857	3.5.2.6
Rb. Rotterdam 19 september 2008, <i>JAR</i> 2008/272	6.4.3
Rb. Alkmaar 18 februari 2010, <i>RAR</i> 2010/65	6.4.3
Rb. Utrecht 2 februari 2011, <i>RAR</i> 2011/72, <i>JAR</i> 2011/63	6.3.3, 6.4.3
Ktr. Utrecht 3 januari 2012, <i>RAR</i> 2012/48	6.4.4
Ktr. Zutphen 27 maart 2013, <i>JAR</i> 2013/116.	6.4.4
Ktr. Utrecht 26 mei 2014, <i>JAR</i> 2014/132, m.nt. P. Hufman	6.2
Rb. R'dam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5411	8.3.2
Ktr. Utrecht 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2422	1.1, 3.5.2.4, 6.3.2
Ktr. Rotterdam 6 april 2016 (APM), ECLI:NL:RBOT:2016:2458	2.3.3

Ktr. Enschede 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3337	5.4.3.2
Ktr. Arnhem 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079	5.4.3.2
Ktr. Haarlem 5 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2911	5.4.2.2, 6.3.4
Rb. Rotterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2839	8.1, 8/3/3
Rb. 's-Hertogenbosch 21 juni 2017, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA8766	5.4.2.2
Rb. Limburg 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12159	2.3.3
Ktr. Almere 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62	6.4.4, 9.3.6
Ktr. 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, AR 2018-0278	5.4.3.3
Ktr. Lelystad 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1017	7.2.4
Ktr. Leeuwarden 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1148	5.4.3.2

TREFWOORDENREGISTER

In dit register verwijzen de nummers achter de trefwoorden naar de paragrafen

Achterban	1.3
Afspiegeling	1.1
Arbeidsreglement	9.3.6
Audience	3.6, 6.4.4
Belangenbehartiging	6.2
Beroepsbevolking	3.4.3
Betriebsvereinbarung	8.2
Cao-stelsel	1.3
Contractuele binding	5.2, 6.4.3
Contributie	3.2.1
Decentralisatie	
- Decentralisatie	1.1, 8.4
- Decentralisering	2.1, 2.3.5, 8.4
- Decentraliseringstendens	1.1, 2.3.5, 8.2, 8.4
Dispensatie	
- Dispensatie	7.3
- Dispensatiebeleid	1.1, 7.3
- Dispensatiemogelijkheid	1.2, 7.3
Draagvlak	1.2, 6.4.4, 10.1
Draagwijdte	4.4.2
Driekwardwingend recht	3.5.2.7, 6.2
Incorporatiebeding	5.2, 5.4.2, 6.3.4, 9.3.5
Informatieverplichting	5.4.3.3
Ledenbestand	1.1, 1.3
Ledenorganisatie	1.1, 3.4
Ledenvoordelen	3.4.1, 9.2.2
Meerderheidsvereiste	7.4
Ondernemingsovereenkomst	8.3
Ondernemingsraad	2.3.5, 2.4, 8.2

Onafhankelijk	3.4.1
Organisatiegraad	1.1, 2.4
Opt-out	9.3.8
Outsiders	1.1
Rechtspersoonlijkheid	4.3.2
Referenda	9.2.4
Samenloop	7.3
SER	1.2, 1.5, 2.2.10
Stilzwijgende aanvaarding	5.4.3
Toekomstperspectief	10.3
Vakbondstientje	4.4.1
Vakbondsverkiezingen	9.2.4
Verbandstheorie	4.2.1, 4.2.3
Verbindendverklaring	3.5.2.5, 9.3.7
Vereinbarungstheorie	4.2.1, 4.2.4
Vertegenwoordigen	1.1, 4.2.2, 6.3.2
Vertretungstheorie	4.2.1, 4.2.2
Volmacht	4.2.2
Werkgeversbijdrage	3.4.1, 9.2.3
Werknemersbetrokkenheid	3.2.3, 9.2
Werknemersinstemming	5.1, 5.3.3, 5.3.4
Wijziging	9.3.6
Zelfregulering	7.5
Zelfstandigen	1.1, 2.3.5, 6.3.2

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
ACM	Autoriteit Consument en Markt
A-G	Advocaat-Generaal
ANDB	Algemene Nederlandse Diamantbewerkers Bond
ANWV	Algemeen Nederlands Werkliedenverbond
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ArbeidsRecht	ArbeidsRecht, maandblad voor de praktijk
avv	algemeenverbindendverklaring
AVV	Alternatief Voor Vakbond
art.	Artikel
AWVN	Algemene Werkgeversvereniging Nederland
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
CEEP	Europees Centrum van gemeenschapsbedrijven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Diss.	Dissertatie
ESB	Economisch Statistische Berichten
EESC	Europees Economische en Sociaal Comité
EVC	Eenheidsvakcentrale
EVV	Europees Verbond van Vakverenigingen
ETUC	European Trade Union Confederation
fd	Financieel Dagblad
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
ILO	International Labour Organization
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
Ktr.	Kantonrechter
MHP	Raad voor Overleg voor Middelbaar en Hoger Personeel (Thans VCP)
M.nt.	Met noot van

MvT	Memorie van Toelichting
NAS	Nationaal Arbeids-Secretariaat
NAF	Nederlandsch Arbeidsfront
NJB	Nederlands Juristenblad
NKV	Nederlandse Katholiek Vakverbond
NVV	Nederlandsch Verbond van Vakverenigingen
OR	Ondernemingsraad
OR-leden	Ondernemingsraadleden
O&O-fondsen	Opleidings- en Ontwikkelingsfondsen
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
Rb.	Rechtbank
Richtlijn	Richtlijn 2001/23/EG
R.o.	Rechtsoverweging
RW	Rechtskundig Weekblad
SDAP	Sociaal-Democratische Arbeiderspartij
SDB	Sociaal Democratische Bond
SDC	<i>Social Dialogue Committee</i>
SER	Sociaal-Economische Raad
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb	Staatsblad
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAO	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
UNICE	Unie van Industrie- en Werkgeversfederaties der Europese Gemeenschap
UAEPME	Europese Unie van het Ambacht en van het Midden- en Kleinbedrijf
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VCP	Vakcentrale voor Professionals (voorheen Vakcentrale MHP)
VNW	Vereeniging voor Nederlandse Werkgevers
WCAM	Wet afwikkeling collectieve massaschade
Wet Avv	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet Cao	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WMCO	Wet Melding Collectief Ontslag
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wwz	Wet werk en zekerheid
zzp	zelfstandige zonder personeel
ZPO	Platform Zelfstandige Ondernemers