

De toekomst van het cao-recht

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 39

## De toekomst van het cao-recht

Redactie

Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers en mr. M.F. Baltussen

*Met bijdragen van*

A.Ph.C.M. Jaspers, C.W.G. Rayer en M. van Leeuwen-Scheltema, A.T.J.M. Jacobs en J.A. Bruins, E. Koot-van der Putte, M.F. Baltussen, R.M. Beltzer, E.N. Franx-Schaap, L.I. Hofstee, P.Th. Sick en L.C.J. Sprengers, T.M.J. Smits en M.S. Wirtz, I. Schraffordt, J.J.M. Lamers, J.H. Even en D.F. Berkhout, I. Blekman, S. Geelkerken, W. Hafkamp-van der Zwaard, J.L.A. Helmer, W.G.M. Plessen, N.W. Ruiter, A.F.A.M. Schellart, B.A. Schmahl, N.C. Six, H.W.M.A. Staal

Aanbevolen citeertitel  
De toekomst van het cao-recht, reeks VvA 39

Secretariaat VvA  
De Eem 15  
3448 DS Woerden  
Fax: 0348-422635

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Gehring

ISBN 978 90 13 09843 3  
ISBN 978 90 13 09844 0 (E-book)  
NUR 825-502

© 2011, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of kunt u opvragen bij de klantenservice.

# Inhoudsopgave

1.	TOEKOMSTBESTENDIGHEID VAN HET CAO-RECHT . . . . .	1
	<i>A.Ph.C.M. Jaspers</i>	
1.1	Inleiding . . . . .	1
1.2	De achterliggende ontwikkelingen. . . . .	5
1.2.1	Ontwikkelingen vakbondsland . . . . .	6
1.2.2	Werking van de cao . . . . .	8
1.2.2.1	Algemene doorwerking van cao . . . . .	9
1.2.3	Differentiatie: behoefte aan maatwerk . . . . .	11
1.2.4	Nieuwe fenomenen: de zzp'er en ex-werknemers . . . . .	13
1.2.5	Europese invloed . . . . .	13
	<b>PERSONELE ASPEKTEN . . . . .</b>	<b>17</b>
2.	DE CAO EN DE GEDELEGEERDE ROL VAN DE ONDERNEMINGSRAAD . . . . .	19
	<i>C.W.G. Rayer en M. van Leeuwen-Scheltema</i>	
2.1	Inleiding . . . . .	19
2.2	Kansen of bedreigingen voor het cao-systeem?	21
2.3	Verliest de vakbond terrein bij decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming? . . . . .	22
2.4	De totstandkoming van decentrale afspraken .	27
2.5	De binding aan de decentrale afspraken . . . . .	30
2.6	De handhaving van decentrale afspraken en de cao. . . . .	36
2.7	Conclusie. . . . .	39

INHOUDSOPGAVE

3.	DISPENSATIE. . . . .	41
	<i>J.A. Bruins en A.T.J.M. Jacobs</i>	
3.1	Een economische beschouwing. . . . .	41
3.2	Ministeriële dispensatie . . . . .	45
3.3	Dispensatie door de cao-partijen . . . . .	47
3.4	Enkele politieke beschouwingen . . . . .	48
3.5	Juridische beschouwingen . . . . .	50
3.6	Het huidige ministeriële dispensatiebeleid en het ezelsbruggetje daarheen . . . . .	52
3.7	Dispensatie door de cao-partijen . . . . .	54
3.8	Conclusie. . . . .	58
4.	ZZP'ERS EN DE CAO: MOGELIJK EN WENSELIJK? 59	
	<i>E. Koot-van der Putte</i>	
4.1	Inleiding . . . . .	59
4.2	Is het sociaal-politiek wenselijk dat het Nederlandse cao-recht ook voor zzp'ers geldt?	60
4.2.1	Schijnzelfstandigen . . . . .	63
4.2.2	Het insiders/outsidere vraagstuk . . . . .	65
4.3	In hoeverre biedt het Nederlandse cao-recht de gewenste ruimte om zelfstandigen onder de cao te brengen? . . . . .	68
4.3.1	Het cao-recht . . . . .	68
4.3.2	Het mededingingsrecht . . . . .	72
4.4	Conclusie. . . . .	76
5.	DE CAO EN EX-WERKNEMERS: EEN (ON)MOGELIJKE COMBINATIE? . . . . .	79
	<i>M.F. Baltussen</i>	
5.1	Inleiding . . . . .	79
5.2	Het eigen karakter van regeling bij cao . . . . .	80
5.3	Regelingsbereik van de Wet CAO. . . . .	82
5.4	Regelingsbereik Wet AVV . . . . .	86
5.5	Wenselijkheid van regulering bij cao: de balans opmaken . . . . .	88
5.5.1	Verworven rechten: pensioenen. . . . .	90
5.5.2	Wenselijkheid regulering bij cao: aantasting van verworven rechten? . . . . .	90

INHOUDSOPGAVE

5.5.3	Verworven rechten: elke aanspraak die stamt uit een voormalige dienstbetrekking? . . . . .	92
5.5.4	Algemeenverbindendverklaring en verworven rechten. . . . .	95
5.5.5	Voorlopige conclusie . . . . .	96
5.6	Regulering bij cao mogelijk? Bijzondere positie gewezen werknemers . . . . .	97
5.6.1	Het element van uitrui en de ongelijke positie	97
5.6.2	Binding via een incorporatiebeding? . . . . .	99
5.6.3	Binding door algemeenverbindendverklaring	101
5.7	Conclusie. . . . .	102
<b>MATERIËLE ASPEKTEN . . . . .</b>		<b>107</b>
6.	<b>HET INCORPORATIEBEDING: VERLEDEN, HEDEN EN TOEKOMST. . . . .</b>	<b>109</b>
	<i>R.M. Beltzer</i>	
6.1	Inleiding . . . . .	109
6.2	De temporele reikwijdte. . . . .	111
6.3	De materiële reikwijdte . . . . .	117
6.4	Afwijking van driekwart dwingend recht mogelijk? . . . . .	118
6.5	De relatie met artikel 7:613 van het BW . . .	122
6.6	Conclusie: een blik vooruit . . . . .	123
7.	<b>NAWERKING VAN ALGEMEEN VERBINDEND VERKLAARDE CAO-BEPALINGEN IN DE 21<sup>E</sup> EEUW: IETS, NIETS, OF GEHEEL? . . . . .</b>	<b>127</b>
	<i>R.M. Beltzer en R. de Bock</i>	
7.1	Inleiding . . . . .	127
7.2	Nawerking. . . . .	130
7.3	Rechtspraak . . . . .	131
7.4	Standpunten . . . . .	138
7.5	Conclusie. . . . .	149

INHOUDSOPGAVE

8.	SAMENLOOP: OP ZIJN BELOOP LATEN OF DE KNOOP ONTRAFELLEN? . . . . .	151
	<i>E.N. Franx-Schaap, L.I. Hofstee, P.Th. Sick en L.C.J. Sprengers</i>	
8.1	Inleiding . . . . .	151
8.2	Samenloop op grond van de werkingssfeer van de cao . . . . .	152
8.2.1	Inleiding . . . . .	152
8.2.2	Bestaande oplossingen . . . . .	153
8.2.3	Mogelijke aanpassing van wetgeving . . . . .	154
8.3	Samenloop van bedrijfstak- en ondernemings-cao . . . . .	155
8.3.1	Inleiding . . . . .	155
8.3.2	Problemen met het prevaleren van een bedrijfstak-cao . . . . .	156
8.3.3	Mogelijke aanpassing van wetgeving . . . . .	157
8.4	Samenloop van bedrijfstak-cao en decentrale afspraken . . . . .	159
8.4.1	Inleiding . . . . .	159
8.4.2	Problemen met samenloop bedrijfstak-cao en decentrale afspraken . . . . .	159
8.4.3	Mogelijke aanpassing van wetgeving . . . . .	162
8.5	Samenloop en overgang van onderneming . . . . .	162
8.5.1	Inleiding . . . . .	162
8.5.2	Juridisch kader . . . . .	163
8.5.3	Mogelijke aanpassing van wetgeving . . . . .	164
8.6	Samenloop en nawerking . . . . .	166
8.6.1	Inleiding . . . . .	166
8.6.2	Nawerking . . . . .	166
8.6.3	Vergelijking met overheidssector . . . . .	167
8.6.4	Mogelijke aanpassing van wetgeving . . . . .	168
8.7	Conclusie . . . . .	170



<b>INTERNATIONALE ASPEKTEN</b> . . . . .	173
9. UITDAGINGEN VOOR HET NEDERLANDSE CAO-STELSEL VANUIT EUROPEES PERSPECTIEF BEZIEN . . . . .	175
<i>T.M.J. Smits en M.S. Wirtz</i>	
9.1 Inleiding . . . . .	175
9.2 Mededingingsrecht . . . . .	176
9.2.1 Het kartelverbod . . . . .	176
9.2.2 Het verbod op misbruik van machtspositie . .	178
9.2.3 ‘Zweedse en Finse toestanden’: Positie vakbond? . . . . .	181
9.3 Verhouding van EU-vrijheden en fundamentele sociale grondrechten . . . . .	182
9.3.1 Hiërarchie? . . . . .	184
9.3.2 Verhouding EU-Verdrag en richtlijnen . . . . .	185
9.4 De status en de reikwijdte van het collectieve actierecht . . . . .	187
9.5 Conclusies . . . . .	193
10. DOORWERKING VAN TRANSNATIONALE COLLECTIEVE OVEREENKOMSTEN IN HET NEDERLANDSE CAO-RECHT . . . . .	197
<i>I. Schraffordt, J.J.M. Lamers, J.H. Even en D.F. Berkhout</i>	
10.1 Inleiding . . . . .	197
10.2 De IRO en ERO . . . . .	199
10.2.1 De voorontwikkeling van de TCO: internationale gedragsnormen voor multinationals . . . . .	199
10.2.2 De IRO . . . . .	200
10.2.3 De ERO . . . . .	203
10.3 (In)directe werking van de TCO in Nederland	205
10.3.1 De TCO en de Wet CAO . . . . .	205
10.3.2 Binding aan de TCO buiten de Wet CAO . .	208
10.4 TCO-problematiek . . . . .	213
10.4.1 Legitimitieitsprobleem . . . . .	213
10.4.2 Representativiteit . . . . .	216

INHOUDSOPGAVE

10.4.3	Samenloopprobleem . . . . .	218
10.4.4	IPR-problemen . . . . .	219
10.5	Conclusie. . . . .	220
<b>REPRESENTATIVITEIT . . . . .</b>		<b>223</b>
11.	<b>NIEUWE VORM VAN LEGITIMERING VAN HET CAO-STELSEL . . . . .</b>	<b>225</b>
	<i>I. Blekman, S. Geelkerken, W. Hafkamp-van der Zwaard, J.L.A. Helmer, W.G.M. Plessen, N.W. Ruiter, A.F.A.M. Schellart, B.A. Schmahl, N.C. Six, H.W.M.A. Staal</i>	
11.1	Inleiding: een terreinverkenning . . . . .	225
11.2	Legitimering nader beschouwd en (toch) vragen om meer . . . . .	230
11.3	Versterking van de legitimiteit en de rol van de ondernemingsraad. . . . .	232
11.3.1	Ondernemingsraad in beeld . . . . .	233
11.3.2	Voorlopige conclusies . . . . .	235
11.3.3	Vakbonden en overheid . . . . .	236
11.3.4	De (internationale) omgeving . . . . .	238
11.4	De blik over de grenzen en wat leert die ons? . . . . .	239
11.4.1	Vergelijkend overzicht. . . . .	239
11.4.2	Waar brengt dit ons? Enkele tussenstappen. . . . .	243
11.4.3	Het resultaat: een voorstel . . . . .	245
11.5	Conclusie: bijdrage aan discussie en suggesties . . . . .	249
12.	<b>OVERZICHT REPRESENTATIVITEIT VAKBONDEN IN EU-LANDEN . . . . .</b>	<b>251</b>
	<i>J.L.A. Helmer</i>	
12.1	Inleiding . . . . .	251
12.2	België . . . . .	253
12.3	Duitsland . . . . .	257
12.4	Frankrijk . . . . .	262
12.5	Verenigd Koninkrijk . . . . .	267
Bijlage 1	Organisatiegraad in Europese landen . . . . .	269
Bijlage 2	Cao's in Nederland . . . . .	271
Bijlage 3	TNO-onderzoek: Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2007. . . . .	271

INHOUDSOPGAVE

13.	DE TOEKOMSTBESTENDIGHEID VAN HET CAO-RECHT: EEN SYNTHESE . . . . .	273
	<i>A.Ph.C.M. Jaspers</i>	
13.1	Inleiding . . . . .	273
13.2	Reikwijdte van de werking van de cao . . . .	274
13.3	De cao en de markt. . . . .	281
13.4	Het vraagstuk van legitimiteit en representativiteit . . . . .	284
13.5	Afsluiting: robuust, maar toch! . . . . .	287
	WERKGROEP CAO-RECHT VAN DE VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT EN SAMENSTELLING SUBGROEPEN . . . . .	291



# 1 Toekomstbestendigheid van het cao-recht

*A.Ph.C.M. Jaspers*

## 1.1 Inleiding<sup>1</sup>

In september 2009 heeft de Vereniging voor Arbeidsrecht een werkgroep in het leven geroepen met de opdracht het bestaande systeem van cao's en het juridische kader, het cao-recht, onder de loep te nemen. Zowel vanuit de praktijk als vanuit de theorie waren vragen gerezen over de houdbaarheid ervan gezien tegen de achtergrond van een aantal ontwikkelingen in cao-land. Er was dan weliswaar geen directe reden, maar een overdenking was alleszins op haar plaats. Noch in regeringskringen noch in het parlement circuleerden plannen om het systeem aan te pakken al betekende dat niet dat het onderwerp niet bij tijd en wijle op de politieke agenda prijkte. Niet zozeer de cao zelf was onderwerp van politieke discussie, maar veeleer ging het in de debatten om het vraagstuk van het algemeen verbindend verklaren van cao's.<sup>2</sup> Het zogenoemde toetsingskader dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hanteert om een cao, of liever cao-bepalingen, al dan niet algemeen verbindend te verklaren, was wel onderwerp van discussie

- 1 Met dank aan de leden van de coördinatiegroep en Loe Sprengers voor hun waardevolle commentaar. De schrijver draagt de verantwoordelijkheid voor de tekst.
- 2 In begin jaren negentig had G. Zalm, toen nog als directeur van het Centraal Planbureau, de knuppel in het hoenderhok gegooid met zijn bijdragen in het economieblad *ESB*; zie G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeenverbindendverklaring', *ESB* 1992, p. 364.

en aanpassing.<sup>3</sup> Een onderwerp waarop de discussie in en buiten het parlement zich toespitste, was en is de representativiteit aan werknemerszijde. Ook binnen de werkgroep werd dat onderwerp als centraal gezien. De vraag drong zich op óf en zo ja, hoe toekomstbestendig ons systeem is. De werkgroep koos deze kwestie als het cruciale thema.

Ons cao-systeem wordt nogal eens als robuust aangemerkt. Het past in een al lang bestaand en goed functionerend stelsel van overleg, al is dat overlegstelsel niet voor kritiek gespaard gebleven.<sup>4</sup> De dekkingsgraad van cao's is heel groot en ook de tevredenheid, bij werknemers, georganiseerd en ongeorganiseerd, én bij werkgevers is bepaald groot.<sup>5</sup> Bovendien draagt het bij aan een – betrekkelijk – grote mate van arbeidsrust. Dat wil niet zeggen dat de cao een rustig bezit is.

In Nederland maar ook in andere Europese landen wordt de laatste jaren volop gediscussieerd over de waarde en betekenis van de cao als reguleringsinstrument van arbeidsverhoudingen. De grootste, hierboven al gesignaleerde zorg is de afnemende organisatiegraad van vakbonden.<sup>6</sup> Zijn vakbonden nog wel – voldoende – representatief om namens en voor de werknemers de arbeidsvoorwaarden bij cao vast te leggen? Die vraag ontkennend beantwoorden legt de bijl aan de wortels van het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, zo niet aan het systeem van arbeidsverhoudingen. Dit vraagstuk is overigens niet typisch Nederlands. In veel landen waar een betrekkelijk lage organisatiegraad bestaat, die vervolgens ook nog meer of minder afkalft, komt deze vraag op. Frankrijk is wel het meest in het oog springende voorbeeld.<sup>7</sup> In de discussie wordt

3 Een laatste aanpassing dateert van 24 augustus 2010 die met name het oog had op een versnelling en een zekere vereenvoudiging van de procedures. Belangrijke onderdelen waren ook de wijze van het verstrekken van representativiteitsgegevens en de procedure met betrekking tot dispensatie. Regeling van de Minister van SZW, AV/SDA/2010/14871.

4 Hét overlegorgaan: de Sociaal-Economische Raad bestaat inmiddels zestig jaar en het andere overlegorgaan: de Stichting van de Arbeid (STAR), 65 jaar. Zie over deze beide overlegorganen en de kritiek erop, hoe gematigd ook, de recente studie van: T. Jaspers, B. van Bavel, J. Peet, *SER Zestig jaar denkwerk voor draagvlak*, Amsterdam: Boom 2010. Ter gelegenheid van het jubileum van de STAR is een bundel uitgegeven: Stichting van de Arbeid, *Samen doen wat mogelijk is*, Den Haag 2010.

5 Zie bijlage 3 bij landenoverzicht, infra, hoofdstuk 12, p. 271. Zie ook Ministerie van SZW, *Beleidsdoorlichting artikel 43*, 2008.

6 Voor een overzicht zie tabellen 1 en 2 in bijlage 1 bij landenoverzicht, infra hoofdstuk 12, p. 269-270.

7 Zie daarover het landenoverzicht, infra tabel 1, hoofdstuk 12, infra, p. 269.

nog een stapje verdergezet en wordt de legitimiteit van het systeem als zodanig ter discussie gesteld. Naast de kwantitatieve problematiek is er ook nog het vraagstuk of de bestaande vakbonden niet (wat) eenzijdig zijn opgebouwd: (relatief) weinig jongeren.

Dit is niet de enige aanleiding of oorzaak voor de vraag of de cao en het daaraan gekoppelde juridisch systeem wel – voldoende – toekomstbestendig zijn. De in de loop der tijden opgetreden veranderingen waarop hieronder kort en schetsmatig wordt ingegaan, wettigen de vraag of het bestaande stelsel wel bestand is tegen die veranderingen en óf het systeem aan een stevige onderhoudsbeurt toe is.

De Vereniging voor Arbeidsrecht heeft uit haar midden een werkgroep opgericht die zich over deze vraag is gaan buigen. De werkgroep, onder leiding van Marjolein Baltussen en Teun Jaspers, werd samengesteld uit mensen uit de praktijk, zowel de advocatuur als van werkgevers- en werknemersorganisaties, en mensen uit de wereld van de wetenschap. De vele facetten van het onderwerp alsmede de grote belangstelling voor deelname aan het werk maakten het mogelijk de groep in vier subgroepen op te splitsen die elk een deelterrein voor hun rekening hebben genomen. Binnen drie van de vier subgroepen werden die onderwerpen geselecteerd die vanuit het algemene thema, de toekomstbestendigheid van het cao-recht, als het meest in het oog springend en meest relevant beschouwd werden.

Eén groep, onder leiding van André Schellart, ontfermde zich over het centrale onderwerp: het vraagstuk van representativiteit. Om dit onderwerp in een breder perspectief te plaatsen heeft deze subgroep ook naar het buitenland gekeken. Daarvan is in een aparte bijdrage verslag gedaan. De bevindingen zijn verwerkt in de bijdrage over representativiteit zelf. De tweede subgroep richtte zich op de personele aspecten en stond onder leiding van Antoine Jacobs. In het bijzonder werd aandacht besteed aan de vraag van dispensatie van algemeenverbindendverklaring, aan de zzp'ers en de ex- of de gewezen werknemers als – mogelijke – doelgroep voor cao's. Bij deze twee laatste onderwerpen gaat het vooral om vragen als: past de cao wel voor de regeling van de voorwaarden waaronder deze twee specifieke groepen van (ex-)werkenden werken? Is het wenselijk ze onder de cao te brengen? En ten slotte of het systeem als zodanig wordt 'bedreigd' door het uit te breiden tot deze categorieën. Een vierde onderwerp betreft de rol van de ondernemingsraden bij het vormgeven aan arbeidsvoorwaarden wanneer er sprake is van een delegatie van bevoegdheden in de cao. De derde subgroep, onder

leiding van Ronald Beltzer, koos voor een aantal materiële aspecten. Samenloop van cao's is één daarvan. Doorwerking van cao's langs de weg van incorporatie van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst is een ander. Als derde onderwerp koos deze subgroep voor het vraagstuk van al dan niet nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, een onderwerp dat de gemoearden bezighoudt mede als gevolg van de jurisprudentie van de Hoge Raad in de laatste twee decennia. Als vierde onderwerp voor een aparte subgroep, onder leiding van Damiën Berkhout, heeft de werkgroep gekozen voor het Europese en internationale perspectief. Leidend is de vraag óf en zo ja in hoeverre ons nationale stelsel van cao en het nationale cao-recht onder invloed staan van de (juridische) ontwikkelingen in de Europese Unie. Uiteraard staat centraal de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU op dit terrein. In de beschouwingen vormen met name de arresten van het Hof in de zaken van *Albany* tot *Van der Woude* – mededingingsrecht en de cao – en *Laval* en *Viking*, waarin de gevolgen van deze arresten voor niet alleen het collectieve actierecht maar ook voor het stelsel van collectief onderhandelen en de cao onder de loep zijn genomen. Een laatste voor het thema van de werkgroep potentieel belangrijke onderwerp is de ontwikkeling van de transnationale collectieve overeenkomsten en hun mogelijke doorwerking in het nationale stelsel.

Het boek is van inleiding en een poging tot synthese voorzien van de hand van één van beide voorzitters van de werkgroep, Teun Jaspers. Dat laatste is gedaan om te pogen wat algemene lijnen te schilderen opnieuw tegen de achtergrond óf en hoe toekomstbestendig ons systeem van cao's is.

De verschillende bijdragen zijn de uitkomst van vele en diepgaande discussies in de subgroepen. De subgroep representativiteit heeft gezamenlijk de bijdrage geconcipieerd, terwijl de andere subgroepen geopereerd hebben vanuit bijdragen van leden van de subgroep die vervolgens voorwerp zijn geweest van uitgebreide discussies in de subgroepen. Bij deze bijdragen zijn de namen vermeld van de opstellers ervan. Zij zijn voor de tekst verantwoordelijk. De waardevolle bijdragen van de leden van de subgroep zijn daarin verwerkt. De eindversies van de verschillende bijdragen zijn door een coördinatiegroep, bestaande uit de voorzitters en secretarissen van de subgroepen, nog een keer besproken vóór ze hun definitieve vorm hebben gekregen.

De werkgroep heeft een paar algemene bijeenkomsten gehad waarin allereerst de keuze van de subthema's is bediscussieerd en



gemaakt. De subgroepen zijn heel frequent bij elkaar geweest om de bevindingen met elkaar te bespreken. Toen de subgroepen een groot deel van hun werk hadden verricht, heeft een expertmeeting plaatsgehad (oktober 2010) waarin externe deskundigen van binnen en van buiten de juridische discipline de werkgroepleden het vuur aan de schenen hebben gelegd. Met de resultaten van de discussies hebben de subgroepen hun voordeel gedaan. Op het einde van het exploratieproces (maart 2011) heeft de werkgroep haar bevindingen in de vorm van de meest *striking points* aan een vergadering van de vereniging voorgelegd. De discussies hebben hier en daar geleid tot bijstelling van de eindresultaten van de werkgroep.

De groep heeft zich vooral laten inspireren en leiden door de centrale vraagstelling en de vragen die deze oproep met betrekking tot de verschillende subthema's. De werkgroep heeft ervoor gekozen deze centrale thema's in hun volle gewicht onder het voetlicht te brengen, daarbij analyserend wat er – in het licht van de centrale vraag – aan de hand is en welke gezichtspunten in de discussie moeten worden betrokken. De werkgroep heeft niet de bedoeling gehad pasklare oplossingen te bieden voor allerlei problemen, grote en kleine – overigens zonder suggesties ervoor achterwege te laten. Zij wil vooral een bijdrage leveren aan een discussie over de waarde en betekenis van de cao en van de juridische regulering ervan voor het stelsel van arbeidsverhoudingen tegen de achtergrond van de vraag óf de cao en het cao-recht opgewassen is tegen de uitdagingen van de komende eeuw, of op z'n minst de komende halve eeuw.

## 1.2 De achterliggende ontwikkelingen

Voor een antwoord op de vraag naar de toekomstbestendigheid van de cao en het cao-recht zullen we moeten kijken naar de trend die zich laat onderkennen in de ontwikkelingen die zich in de afgelopen decennia op het terrein van de arbeidsverhoudingen en de daaraan gekoppelde cao-vorming hebben voorgedaan en die hun schaduwen vooruit zullen werpen. De ontwikkelingen die we geïdentificeerd hebben als kenmerkend voor deze periode en de naast komende tijd hebben de werkgroep geleid naar een keuze van de thema's voor de subgroepen. De verschillende bijdragen in dit boek weerspiegelen de vraagstukken die de werkgroep in dit kader als de meest *striking* heeft gezien. De hieronder geschetste ontwikkelingen vallen niet samen met en sturen niet direct de thema's van de vier subgroepen.

Dat zou niet kunnen omdat die ontwikkelingen niet beperkt zijn tot of strikt gelieerd zijn aan een bepaald thema, maar op meerdere deelaspecten betrekking hebben en dus meerdere subgroepen betreffen. In onderstaande schets zal aangegeven worden waar de raakpunten liggen tussen de ontwikkelingen en de verschillende deelaspecten die door de subgroepen zijn behandeld.

### ***1.2.1 Ontwikkelingen vakbondsland***

Het teruglopen van de organisatiegraad wordt algemeen gezien als het belangrijkste aspect dat het systeem op zichzelf in zijn essentie raakt of in elk geval kan (gaan) raken. Die afname doet zich nagenoeg over de hele linie voor. De cijfers laten zien dat de terugloop in een aantal landen zich al sinds openbaart. De laatste tien jaar zet de tendens zich in die landen verder door.<sup>8</sup> Nederland vormt daarop geen uitzondering. Slechts in enkele Europese landen ziet men recent de organisatiegraad weer wat oplopen. De representativiteit van vakbonden beïnvloedt zonder enige twijfel het vertrouwen in het systeem van collectieve arbeidsvorming langs de weg van de cao. Voor het voortbestaan en functioneren van het systeem is dit dus een cruciaal aspect.

Maar behalve de afkalving bestaat er ook nog de tendens van een toenemende eenzijdigheid in het ledenbestand. Hoewel het aantal vrouwen onder de leden wel is toegenomen, valt toch vooral op dat de ledenpopulatie vergrijsd. Dat kan niet alleen gevolgen hebben voor de organisatiegraad – het in grotere getale uittreden van de oudere werknemers/leden zal de organisatiegraad doen dalen – maar ook en dat is wellicht belangrijker, voor de diversiteit van het ledenbestand. Bepaalde categorieën van werkenden, zoals jongeren, flexwerkers, allochtonen, zijn ondervertegenwoordigd in de vakbonden. De vraag rijst of representativiteit en legitimiteit voldoende gewaarborgd zijn of worden indien er binnen vakbonden geen redelijk evenredige vertegenwoordiging van de verschillende categorieën bestaat. De gebrekkige, of nog sterker, het gebrek aan representativiteit roept de vraag op of vakbonden nog wel in staat (kunnen of moeten) zijn om afspraken te maken die voor grote groepen, zo niet voor alle werknemers gelden.

<sup>8</sup> Zie tabellen 1 en 2 bij bijlage 1 van landenoverzicht, infra, hoofdstuk 12, p. 269-270. Frankrijk blijft met een percentage van rond 8 onveranderd laag.

Daarnaast vormt de opkomst van nieuwe, veelal meer categoriaal georganiseerde vakbonden, van zogenoemde bedrijfsbonden<sup>9</sup> en van vakbonden die geen hechte organisatorische structuur kennen – bedoeld wordt met name op internetvakbonden – een bedreiging of zo men liever wil, een uitdaging voor het stelsel van cao's. Deze nieuwkomers op de markt van arbeidsvoorwaardenonderhandelingen kunnen een bedreiging vormen voor het bestaande systeem omdat zij de – betrekkelijke – rust op die markt verstoren. Dat geldt met name indien er, zoals in ons land, een betrekkelijk grote vrijheid van keuze van onderhandelingspartijen is. Om een plaats aan de onderhandelingsstafels te bemachtigen, moeten deze 'nieuwe' vakorganisaties zich onderscheiden van de gevestigde onderhandelingspartijen. 'Onderbieding' wil dan nog wel eens het wapen zijn dat zij daarvoor inzetten.<sup>10</sup> Dat wordt problematischer wanneer het gaat om driekwart dwingende bepalingen in het BW.<sup>11</sup> Ook al is de omvang van deze fenomenen vooralsnog niet zo groot, dat maakt deze ontwikkelingen niet onbelangrijk voor de toekomstbestendigheid van het cao-stelsel.

Ten slotte kan worden geconstateerd dat ondernemingsraden een steeds structurelere plaats innemen in het systeem van collectief onderhandelen en overleg. Niet alleen geven cao's steeds vaker en specifiekere bevoegdheden aan de ondernemingsraad om tot afspraken op decentraal niveau te komen, de ondernemingsraden nemen ook steeds vaker zelf het initiatief om met hun werkgever in onderhandeling te gaan op onderwerpen die het terrein van de vakbonden plegen te zijn. Dit vraagstuk van delegatie van onderhandelingsmacht en -bevoegdheid vormt een apart vraagstuk waarvoor de werkgroep aandacht vraagt als ontwikkeling die het systeem van het collectief bindende afspraken maken in de toekomst substantieel kan gaan beïnvloeden (infra hfdst. 2).

Het vraagstuk van representativiteit vormt de kern van het hele project omdat het stelsel van cao's en het daaraan ten grondslag liggende systeem van collectief onderhandelen de assen zijn waarom het stelsel draait. Dit probleem is niet typisch Nederlands. Daarom

9 Ook wel aangeduid met de term 'gele bonden'. Zie o.a. A.Ph.C.M. Jaspers, "Gele bonden" in Nederland', *ArbeidsRecht* 2004-1, p. 3-5; L.G. Verburg, 'Red, yellow or blue', *ArbeidsRecht* 2006-8/9, p. 21-22.

10 In de praktijk hebben zich een aantal van deze gevallen voorgedaan. Een ouder voorbeeld is de cao bij het Rotterdamse sleepbedrijf Kooren; een ander voorbeeld is IKEA. Zie hoofdstuk 3.4, infra p. 48.

11 In de rechtspraak vindt men situaties waarin de rechter de betreffende cao buiten werking stelt; zie o.a. Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006, 57.

vraagt hoofdstuk 11 ook aandacht voor dit internationale aspect van de legitimatie van het stelsel.

### **1.2.2      *Werking van de cao***

Een ander terrein waarop zich ontwikkelingen aftekenen is het ‘aloude’ onderwerp van de algemene werking van cao-afspraken, wat hét kenmerk en de hoofdeigenschap van de cao vormt en wat ook haar kracht uitmaakt. Daarin komen de twee functies die aan de cao worden toegekend, tot uiting: enerzijds de ordenende functie, een functie die erop gericht is om de arbeidsverhoudingen in de samenleving (in het bedrijfsleven en in de publieke sector) ordelijk en efficiënt<sup>12</sup> te regelen waarbij ongeremde concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt bestreden en voorkomen. Daarnaast heeft de cao een beschermende functie. Daarmee wordt beoogd werknemers te beschermen tegen de macht van werkgevers waardoor de werknemers in hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden te afhankelijk worden van hun werkgever(s). Werknemers worden zo (meer) vergelijkbare arbeidsvoorwaarden gegarandeerd ter voorkoming dat zij tegen elkaar op vooral primaire arbeidsvoorwaarden worden uitgespeeld. Mag dit in versterkte mate gelden voor werknemers met een zwakke positie op de arbeidsmarkt, ook voor de andere werknemers geeft de cao een (minimum)waarborg. Voor de toekomst van de cao is daarom een essentiële vraag hoe het staat met die algemene werking van cao-afspraken; afspraken dus die voor alle werknemers binnen een werkingsgebied van een cao gelden. Een onderwerp dat de laatste tijd ook in de rechtspraak aan de orde is geweest, betreft de nawerking van cao's, met name wanneer het gaat om algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Een andere ontwikkeling die in de literatuur meer aandacht krijgt is de ‘versterking’ van de algemene werking van de cao door middel van het incorporatiebeding, dat als onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst ervoor zorgt dat de cao voor iedereen geldt zonder dat het probleem van de niet- of anders gebonden werknemers opkomt. We raken daarmee aan de discussie over de werking van de zogenoemde artikel 14-werknemers.

12 Efficiënt in economische zin, waarvan het aspect van transactiekosten een hoofdelement vormt: de cao is efficiënt omdat ze transactiekosten bespaart.

### 1.2.2.1 Algemene doorwerking van cao

De wet bepaalt dat cao-afspraken doorwerken in individuele arbeids-overeenkomsten – het bekende bloedtransfusie-effect. Voor de niet rechtstreeks door de cao gebonden werknemers – de artikel 14-werknemers – krijgen de cao-bepalingen hun werking door de – als gevolg van de werking van artikel 14 van de Wet CAO – feitelijke toepassing van de cao op alle werknemers of langs de weg van een incorporatiebeding of toepassing van een incorporatiebeginsel.<sup>13</sup> Maar werkgever en – ongebonden – werknemer staat het conform het beginsel van contractsvrijheid vrij om andere afspraken te maken.<sup>14</sup> Dit mogelijke gebrek in de algemene werking die vanuit het collectief perspectief zo gewenst is om redenen als hierboven reeds genoemd, wordt nog versterkt door de tijdelijkheid van de cao-afspraken. Na de expiratie van de cao ontstaat er een verschil in werking. Anders dan voor de gebonden werknemers – van een gebonden werkgever uiteraard – houdt de werking van de cao op voor de niet-gebonden werknemers. Het is staande jurisprudentie dat nawerking alleen mogelijk is voor de gebonden werkgever en zijn gebonden werknemer. Dat de cao niet nawerkt voor de ongebonden werknemer,<sup>15</sup> betekent een relativering van het beginsel van algemene werking. Om ‘dat gat te dichten’ is in de literatuur gesuggerend en stellig bepleit om de cao ‘automatische’ doorwerking te geven ook aan ongebonden werknemers wat bij implicatie zou leiden tot nawerking van cao-bepalingen ook voor de artikel 14’ers. Een mogelijke toename van artikel 14-werknemerssituaties – als gevolg van de verschillende ontwikkelingen die hier kort de revue passeren – zou dit effect van algemene werking van cao’s kunnen aantasten. Zou dit een bedreiging kunnen vormen voor het stelsel? De vraag is een wezenlijk deel van ons hoofdthema: hoe toekomstbestendig is ons stelsel?

De vraag van nawerking van cao’s heeft nog meer – wellicht problematische – kanten. Algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen geeft aan – lopende – cao’s een gegarandeerde algemene werking voor de sector of branche waarvoor de cao gesloten is. De

13 Dat wordt gewoonlijk aangeduid als stilzwijgende instemming.

14 Over deze problematiek is in de literatuur uitgebreid gediscussieerd.

15 Voor de volledigheid zij vermeld, dat uit de aard der zaak cao-bepalingen niet kunnen nawerken voor de ongebonden werkgever. Voor ongebonden werknemers bestaat de nawerking dus niet op grond van de cao; zij kan wel worden gebaseerd op een incorporatie van de cao-bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst; maar dan dient de laatste als bron voor nawerking.

rechtspraak lijkt de vraag van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen beantwoord te hebben in de zin dat dergelijke bepalingen geen nawerking hebben. Toch laat die rechtspraak nog wel wat licht schijnen. Dat betreft dan de vraag of dat ook (nog steeds) geldt in situaties van ‘verworven rechten’. De rechtspraak heeft veel reacties losgemaakt die zich vooral richten op de kern van het cao-recht en de werking die eraan wordt toegekend mede in het licht van de genoemde twee functies. Zou het voor de hand liggen om nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao voor iedereen aan te nemen, ook voor degenen die volgens de Hoge Raad daarop geen recht hebben? Is er reden om tegen de achtergrond van de twee functies van het cao-recht alle werknemers gelijk te behandelen, waarvoor door sommigen in de literatuur volhardend wordt gepleit? Op deze netelige vraag wordt in het rapport uitgebreid ingegaan (hfdst. 7).

In de praktijk rijzen extra problemen in geval er sprake is van overgang van onderneming. Dat komt vanwege de combinatie van enerzijds de regeling van de werking van de cao’s van de twee samengaande ondernemingen – totdat de cao van de verkrijger voor iedereen gaat gelden – en anderzijds de mogelijke nawerking van de cao van de vervreemder in het geval de verkrijger enkel door de algemeen verbindend verklaarde sector-cao aan die cao gebonden wordt. Er is dan een reële dreiging van het optreden van het zogenoemde ‘duiventileffect’: gedurende sommige periodes geldt de sector-cao waar de verkrijger onder valt, gedurende andere periodes valt een – overgekomen – werknemer onder de cao van de vervreemder als gevolg van nawerking van die cao. Het probleem wordt mede veroorzaakt door het bestaan van – soms vrij lange – avv’loze periodes of van periodes dat er geen cao is.<sup>16</sup> Als deze kwesties zich voordoen in grensoverschrijdende situaties, wordt de problematiek alleen nog maar groter. In de praktijk bestaat op z’n minst een behoefte aan harmonisatie van arbeidsvoorwaarden wanneer zich een collisie van cao’s voordoet of dreigt voor te doen (zie hfdst. 8).

16 Dat kan worden opgelost door cao’s terugwerkende kracht te geven. Maar het is de vraag of daarmee alle problemen zo eenvoudig zijn opgelost. Het laatste probleem kan groter worden wanneer een nieuwe cao lang op zich laat wachten en er geen afspraken zijn gemaakt wat er voor deze tussenperiodes geldt, wat nog wel eens voorkomt.

### 1.2.3 *Differentiatie: behoefte aan maatwerk*

Een ander verschijnsel dat het systeem niet ongemoeid heeft gelaten en in de naaste toekomst ook niet ongemoeid zal laten is de behoefte aan meer maatwerk. Sinds ... wordt deze behoefte steeds sterker gevoeld. Toenemende concurrentie op Europees en wereldniveau samen met de ontwikkeling naar kortcyclische productieprocessen, inspelend op steeds sneller wisselende vraag op de markt<sup>17</sup> hebben die behoefte snel doen toenemen. Behoefte aan flexibilisering van de arbeidsvoorwaarden wordt daaraan direct gekoppeld. Starre arbeidsvoorwaarden-systemen vormen een belemmering om snel en efficiënt hierop te kunnen inspelen. Cao's en collectieve onderhandelingsstructuren moeten van hun starheid worden ontdaan. Meer maatwerk is het antwoord. Dit betekent een wijziging van de verhouding tussen verschillende niveaus van arbeidsvoorwaardenvorming: bedrijfstak-, sector- of branche-cao's aan de ene kant en (bindende) afspraken op bedrijfsniveau aan de andere kant.<sup>18</sup> Decentralisatie van onderhandelingen en van cao's is daarvan het gevolg, al moet men zich daarvan geen overtrokken voorstelling maken.<sup>19</sup> Ruimte voor maatwerk wordt ook gecreëerd door cao's een meer raam- of kaderkarakter te geven. In dat kader krijgen ondernemingsraden een belangrijkere rol. Dat doet de vraag rijzen of ondernemingsraden wel bedoeld, in staat en uitgerust zijn om als contractspartner op te treden. Aan dit verschijnsel van delegatie wordt in het rapport afzonderlijk aandacht gegeven (hfdst. 2). Overigens hoeft het bij een behoorlijke mate van coördinatie tussen de niveaus geen – noemenswaardige – problemen op te leveren. Het zou eerder de toekomstbestendigheid van ons stelsel kunnen bewijzen. Dat wordt evenwel anders als bedrijfsafspraken substantieel (gaan) afwijken van de cao die op hoger niveau is overeengekomen. Hiërarchie van/in collectieve afspraken wordt dan een belangrijk punt. Delegatiebepalingen in cao's krijgen dan een belangrijke(re) betekenis. Zij bepalen immers welke arbeidsvoorwaarden voor het personeel van toepassing zijn.

Een ander instrument om aan de behoefte aan meer maatwerk tegemoet te komen is het verlenen van dispensatie van de algemeen

17 Die wordt gefaciliteerd door moderne, computergestuurde productietechnieken.

18 Daarbij kan men denken aan cao's waarbij vakbonden betrokken zijn, maar ook aan overeenkomsten die tussen de onderneming en ondernemingsraden worden afgesloten.

19 In bijlage 2 bij het landenoverzicht, infra hoofdstuk 12, p. 271 wordt een aantal kerncijfers gegeven om een indruk te geven van de omvang van deze verschijnselen.

verbindend verklaarde cao of cao-bepalingen. Algemeenverbindend-verklaring heeft als doel om aan een cao ‘erga omnes’ effect te geven, uiteraard gebonden aan de termijn van verbindendverklaring. Dat brengt rust en stabiliteit binnen de sector en de daar heersende arbeidsverhoudingen. Tegelijkertijd houdt dat echter in dat flexibiliteit wordt ingedamd omdat alle ondernemers aan de cao gebonden zijn en dus niet kunnen variëren op de arbeidskosten ter verkrijging van concurrentievoordeel.<sup>20</sup> Het instrument van de dispensatie zou een geschikt middel moeten en kunnen zijn om meer maatwerk toe te laten. In het rapport (hfdst. 3) wordt de vraag opgeworpen welke plaats dat dispensatie-instrument kan worden gegeven en hoe het vorm zou moeten krijgen. Dat wordt – ook hier – bezien tegen de achtergrond van de twee functies van de cao.

De toenemende complexiteit van de samenleving en van de bedrijvigheid – met een sterke tendens van aantrekken en afstoten van activiteiten in en door ondernemingen, internationalisering en versterkte (internationale) concurrentie – vraagt ook om meer flexibiliteit. De behoefte aan (meer) maatwerk doet zich op twee vlakken voor: op het vlak van de personele werking én op dat van de inhoud: voor verschillende groepen werknemers inhoudelijk verschillende bepalingen opnemen. Hier is het probleem van samenloop van collectieve regelingen aan de orde én van hun onderlinge verhouding. Dit vraagstuk komt op verschillende plaatsen in het boek aan de orde (hfdst. 2 en hfdst. 8). In de personele sfeer gaat het om de vraag welke cao van toepassing is op welk personeel. Aan de materiële kant gaat het om de vraag welke arbeidsvoorwaarden gelden voor welk personeel. Wordt dit vraagstuk gewoonlijk ondervangen in de collectieve regelingen zelf – het is per slot overeenkomstenrecht – de vraag blijft bestaan hoe het zit als er niets geregeld is. De vraag laat zich stellen of er behoefte is aan regulering van voorrang van de ene cao boven de andere. Moet dat een wettelijke regeling zijn of kan het ook worden overgelaten aan algemene principes van het recht, zoals de regel ‘lex specialis derogat legi generali’, dan wel het omgekeerde principe dat ‘de algemene regel geldt tenzij die regel een uitzondering toestaat’.<sup>21</sup> Gaat het om afwijking ten voordele van de werknemer dan is dat in de regel

20 Dat geldt overigens niet alleen voor nieuwe toetreders tot die markt. Andere reeds actieve ondernemingen op die markt worden evenzeer belemmerd, bijvoorbeeld in het sluiten van een eigen – dus van de sector-cao afwijkende – cao.

21 In het arbeidsrecht ook wel bekend onder de term van het ‘gesloten systeem’. Zie Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag: Boom 1999, p. 75. Situaties waarin óf de ene óf de andere stelregel toepassing vindt, komen regelmatig voor.



geen probleem – conform het gunstigheidsbeginsel, wat overigens niet onbestreden is. Anders ligt het wanneer in een concurrerende cao ten nadele van de werknemer wordt afgeweken. Een ander samenloopprobleem is de situatie dat een werkgever/ondernemer twee of zelfs meer cao's moet toepassen. Het samenloopprobleem doet zich ook voor als gevolg van het feit dat in een onderneming meerdere activiteiten worden verricht die onder verschillende cao's vallen. Dat probleem is er met name wanneer een onderneming geconfronteerd wordt met algemeen verbindend verklaarde cao's. Ten slotte kent ons huidige cao-systeem een samenloopvraagstuk in geval van overgang van onderneming. De geldende voorrangregel van cao's kan voor ongewenste effecten zorgen wanneer harmonisatie van arbeidsvoorwaarden in de nieuwe onderneming uit bedrijfs-, personeels- of wellicht ook rechtvaardigheidsoverwegingen zeer gewenst is. Op het probleem van de combinatie met de 'nawerkingsregel' is hierboven al gewezen.

Gegeven deze ontwikkelingen zien we ons geconfronteerd met de vraag óf en zo ja in hoeverre ons stelsel van het cao-recht enerzijds opgewassen is tegen de toenemende behoefte aan en de noodzaak van meer differentiatie, meer maatwerk, en anderzijds blijft aansluiten bij de typische en gewenste kerneigenschap van het systeem van een algemeen geldende (collectieve) regeling van arbeidsvoorwaarden. Opnieuw stuiten we hier op de twee hoofdfuncties van de cao.

#### **1.2.4 Nieuwe fenomenen: de zzp'er en ex-werknemers**

Ons cao-stelsel ziet zich ook nog geconfronteerd met het feit dat er groepen werkenden of voorheen werkenden zijn voor wie de cao geen of beperkte betekenis heeft. De vraag dringt zich op of regulering van aanspraken van groepen als 'kleine zelfstandigen', in het bijzonder de zzp'ers en ex-werknemers door middel van de cao wel in ons cao-stelsel past. Zouden die groepen ook moeten vallen onder de beschermende paraplu van de cao? Kan dat in ons stelsel? Zou het ons bestaande systeem kunnen verzwakken? En welke gevolgen zou dat hebben voor het stelsel zelf? In de hoofdstukken 4 en 5 worden deze ontwikkelingen aan de orde gesteld.

#### **1.2.5 Europese invloed**

Een laatste uitdaging voor ons bestaande stelsel is zonder twijfel de internationalisering en de europeanisering van het bedrijfsleven en de bedrijvigheid. De toenemende internationalisering (steeds meer

ondernemingsactiviteiten hebben of krijgen een grensoverschrijdend karakter) roept de vraag op óf die ontwikkeling invloed heeft op ons stelsel van cao's en het recht dat daarvoor geldt. Raken we onze autonomie kwijt met betrekking tot de regulering van ons stelsel van onderhandelingen, cao's sluiten en het inzetten van actiemiddelen om tot dergelijke collectieve contracten te komen? Intervenieert het Europese (en internationale) recht in ons juridisch bouwwerk? Het gaat dan niet alleen om de werking en de kracht van de cao als reguleringsinstrument van en voor arbeidsvoorwaarden, maar ook om mogelijke collisie tussen het nationale en het internationale/ Europese niveau en de voorrangsregels die dat zouden kunnen of moeten beheersen.

Een andere uitdaging vormen de vragen die vanuit het Europese recht opdoemen waar het gaat om een mogelijke botsing met de fundamentele vrijheden van de EU, met name de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging. De arresten in de zaken *Laval*, *Viking*, *Rüffert* en *Luxemburg* laten, naar het zich laat aanzien, ons nationale cao-systeem niet onberoerd.

Een intrigerende vraag is daarom óf en zo ja welke beperkingen het Europese recht met betrekking tot vrij verkeer oplegt aan ons nationale stelsel. Kan het een mogelijke aantasting pareren? Zouden we dat moeten willen? Het collectief actierecht is direct aan het systeem van cao-vorming gebonden. Betekenen de arresten *Laval* en *Viking* een mogelijke inperking van de oordeelsvrijheid van de nationale rechters op het vlak van het al dan niet toelaten van collectieve acties in het kader van ons systeem van collectief onderhandelen? De uitspraken van het Hof van Justitie van de EU vragen om een overdenking op die punten.

Op nog een ander punt kan het Europese recht een inbreuk inhouden op ons nationale stelsel. Gedoeld wordt op mogelijke strijd met het (Europese) mededingingsrecht. Heeft het Hof van Justitie van de EU de cao vooralsnog gevrijwaard van strijd met het kartelrecht, daarmee is de kous niet af. Onbeantwoord is nog de vraag of in bepaalde situaties van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers(organisaties) en vakbonden geen sprake is of kan zijn van 'misbruik van machtspositie' waardoor een afgesloten cao als reguleringsinstrument van de arbeidsvoorwaarden in een bepaalde sector van haar werking wordt ontdaan. Deze vragen worden in hoofdstuk 9 uitdrukkelijk gesteld en gepoogd wordt daarop een antwoord te vinden. Die vraag wordt pregnanter wanneer men bedenkt dat de concurrentie tussen vakbonden toeneemt mede als gevolg van het ontstaan van een veelheid van vakbonden die 'een plaatsje onder

de zon willen' en die zich door de bestaande structuur gedwarsboemd (kunnen) zien. Is de rechter nog op de achtergrond gebleven, de mededingingsautoriteit heeft zich in deze discussie al een aantal keren gemengd.<sup>22</sup>

We constateerden al dat de transnationale collectieve overeenkomst (TCO) in opkomst is al staat die ontwikkeling nog in de kinderschoenen. Zij is een uiting van crossborder activiteiten van ondernemingen. Op internationaal (Europees én mondiaal) niveau worden structuren ontworpen van collectief onderhandelen en collectieve afspraken die grensoverschrijdend voor het hele concern (moeten) gelden. Als deze tendens zich doorzet rijst allereerst de vraag of deze TCO's wel gelding hebben – en dus kunnen worden toegepast – binnen de nationale staten waarin de internationale onderneming haar vestiging(en) heeft. Een volgende vraag is of zij nationale collectieve overeenkomsten (kunnen) verdringen. Dat is bij uitstek een juridische vraag. Hoe past het in nationale rechtssystemen van cao's? En wat is de relatie – in termen van hiërarchie – tussen de TCO en nationale cao's die vergelijkbare zaken – maar wel anders – regelen? (zie hfdst. 10)

#### **Tot slot**

Het rapport wil in de eerste plaats een verkenning zijn van de gesignaleerde problemen en vragen. Wij denken dat het de elementaire vragen zijn die een uitdaging vormen van en voor ons systeem. We begonnen met de constatering dat ons land een robuust cao-systeem heeft. Zal het dat karakter behouden als de ontwikkelingen zich doorzetten? Als dat lukt dan zou men kunnen zeggen dat de cao de eenentwintigste eeuw zal overleven. Het rapport wil hieraan een bijdrage leveren.

22 De NMa heeft inmiddels een aantal malen uitspraak gedaan over dit soort kwesties. Zie hoofdstuk 4.



## **PERSONELE ASPEKTEN**



## 2 De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad

*C.W.G. Rayer en M. van Leeuwen-Scheltema*

### 2.1 Inleiding

Vanaf de komst van de ondernemingsraden in de ondernemingen heeft een spanningsveld bestaan tussen de verdeling van de bevoegdheden van de al lang aanwezige vakbonden en de nieuwe ondernemingsraden. Vanaf de eerste medezeggenschapswetgeving is bewaakt dat de vakbonden hun eigen positie in de ondernemingen zouden behouden. Het primaat van het onderhandelen over (primaire) arbeidsvoorwaarden in ondernemingen is door de wetgever namelijk neergelegd bij de vakbonden. Het voorrangrecht van de vakbeweging betreft inhoudelijke afspraken die in de cao zijn gemaakt. Dit blijkt uit de wetgeschiedenis van artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).<sup>1</sup> De ondernemingsraad komt geen instemmingsrecht toe met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden en met betrekking tot instemmingsplichtige onderwerpen voor zover die in de cao inhoudelijk en uitputtend zijn geregeld (artikel 27, derde lid en artikel 32, derde lid, van de WOR).<sup>2</sup> In deze bijdrage staat de rol van de ondernemingsraad ten opzichte van de door de vakbonden en werkgevers gesloten cao centraal.<sup>3</sup> Het blijkt dat in cao's sprake is van een rol voor de ondernemingsraden bij de

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13 954, nr. 1-3, p. 24 en nr. 6 p. 12.

<sup>2</sup> Zie ook: HR 11 februari 2000, *JAR* 2000, 86.

<sup>3</sup> Daarbij nemen wij ook de medezeggenschap in het onderwijs mee. De wetgever heeft in de Wet medezeggenschap scholen (WMS) aan de personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad (PMR) een pakket instemmingsrechten met betrekking tot arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden toegekend, dat vrijwel overeenkomt met de instemmingsrechten van de ondernemingsraad volgens de WOR →

totstandkoming van arbeidsvoorwaarden in de onderneming. In de cao wordt aan de ondernemingsraden deze rol toegekend via de zogenaamde decentralisatiebepalingen. De ondernemingsraad krijgt dan een rol bij de nadere invulling en aanvulling van de cao die het kader vormt. Zowel de WOR als de (wettelijke regeling van de) cao laat toe dat de bevoegdheidsverdeling tussen vakbond en ondernemingsraad zo is, dat de ondernemingsraad optreedt ter invulling en aanvulling van de cao. De vraag is hoe tegen deze ontwikkeling moet worden aangekeken. Vormt de rol van de ondernemingsraden bij het nader invullen van arbeidsvoorwaarden een bedreiging voor de positie van de vakbonden en dus voor het huidige cao-systeem?<sup>4</sup> Of wordt door de betrokkenheid van de ondernemingsraad het draagvlak in de onderneming (bij de nadere invulling) van de cao juist groter?

Centraal staat dus de vraag of de decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming een bedreiging vormt voor het cao-systeem? Allereerst wordt gekeken naar de mogelijke kansen en bedreigingen die de ontwikkeling van decentralisatie met zich kan brengen (2.2). In 2.3 wordt de omvang van het fenomeen decentralisatie besproken. Daarbij zal worden beoordeeld of de vakbond door decentralisatie zodanig terrein verliest dat het cao-systeem erdoor wordt bedreigd. Voorts wordt in 2.4 en 2.5 onderzocht of en zo ja, op welke wijze bij respectievelijk de totstandkoming van en de binding aan de decentrale afspraken rekening wordt gehouden met de bedreiging van de afhankelijke, ondeskundige en niet-representatieve ondernemingsraad. In 2.6 komt ten slotte de kans op constructieve ‘samenwerking’ tussen de cao-partijen en de ondernemingsraad aan de orde wat de handhaving van de decentrale afspraken en de cao betreft. In 2.7 volgt zoals gezegd de conclusie van deze bijdrage.

(WMS, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 414, nr. 3, p. 11) In de cao's voor het primair (PO) en voortgezet (VO) onderwijs worden ook extra bevoegdheden toegekend/gedelegeerd aan de P(G)MR. (de preambule in de Cao PO, art. 13.2 Cao PO en art. 7.1 lid 5 Cao VO). Van belang is op te merken dat de Cao PO en Cao VO voor een gedeelte een 'echte' cao zijn in de zin van art. 1 Wet CAO (voor het bijzonder onderwijs) en voor een gedeelte een bij besluit van de werkgever vast te stellen algemeenverbindendvoorschrift/-rechtspositiereglement (openbaar onderwijs).

4 We gaan hier niet in op de rol van de ondernemingsraad als onderhandelaar over arbeidsvoorwaarden in ondernemingen waar geen cao van toepassing is.



## 2.2 Kansen of bedreigingen voor het cao-systeem?

Decentralisatie van de arbeidsvoorwaarden in de cao biedt de kans meer maatwerk te realiseren, hetgeen vooral door werkgevers wordt gewenst. Een andere kans is mogelijk de vergroting van de samenwerking tussen vakbond en OR. Een van de problemen waar het huidige stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming mee kampt, betreft het afnemende ledenaantal van de vakbonden. Veel werknemers zijn zogenaamde *free riders*: zij zijn geen vakbondslid, maar worden als niet-leden immers toch wel bediend met arbeidsvoorwaarden die dankzij onderhandelingen door de vakbonden en/of de ondernemingsraad tot stand komen.<sup>5</sup> Welk effect de decentralisatie van arbeidsvoorwaarden op dit probleem heeft, is onbekend. Wij menen dat twee verschillende effecten denkbaar zijn. Enerzijds kan worden verondersteld dat de mogelijkheid tot maatwerk bij de arbeidsvoorwaardenvorming in de onderneming de betrokkenheid van de werknemers bij de decentrale arbeidsvoorwaarden vergroot. Van de mogelijkheid om gehoord te worden over de af te spreken decentrale regelingen kan naar de werknemers een stimulans uitgaan om zich ook te willen bemoeien met de cao-regelgeving, die daarvoor de basis vormt. Via betrokkenheid bij decentrale regelingen kunnen werknemers wellicht eerder het belang inzien om lid te worden van de vakbond en zo mee te kunnen stemmen over de inhoud van de cao zelf.<sup>6</sup> Anderzijds zou het risico kunnen bestaan dat de decentrale arbeidsvoorwaardenvorming de *free riders* juist een sterkere positie geeft. *Free riders* hebben doorgaans geen invloed op de inhoud van de cao, immers uitsluitend leden van de vakbonden worden geraadpleegd bij het al dan niet goedkeuren van cao-akkoorden.<sup>7</sup> Op de samenstelling van de OR kunnen de *free riders* echter bij de verkiezingen wel invloed uitoefenen. Ook in het geval van raadpleging van de achterban van de OR zullen zij hun mening kenbaar kunnen maken ten aanzien van de nadere invulling van

5 In sommige sectoren is de organisatiegraad zo laag, dat de vakbonden daar (ook) geen of althans te weinig *countervailing power* hebben om arbeidsvoorwaarden af te dwingen.

6 Empirische gegevens over de door ons veronderstelde effecten zijn ons niet bekend.

7 FNV Bondgenoten en CNV hebben in het verleden ook niet-leden geraadpleegd over de onderhandelingsresultaten. Een vraag daarbij is of deze niet-leden daarbij ook stemrecht toekwam over de voorgenomen cao. De raadpleging van niet-leden is geen vast gebruik van vakbonden geworden.

arbeidsvoorwaarden in de onderneming. De toekomst zal uitwijzen welk van de twee mogelijke effecten, die van de kans op vergroting van de betrokkenheid of juist de bedreiging van versterking van de *free ride*, zich het sterkst zal doen gevoelen.

Wij signaleren vervolgens twee mogelijke bedreigingen voor het cao-systeem door de decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming in de cao. Ten eerste: wanneer de deur voor decentralisatie van onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden op een kier is gezet, kan dat werkgevers(verenigingen) uitnodigen de vakbonden onder druk te zetten akkoord te gaan met overdracht van meer of belangrijke onderhandelingspunten aan de ondernemingsraad. Daarbij doet zich het gevaar gevoelen dat de werkgevers(verenigingen) inschatten dat de ondernemingsraad een ‘makkelijker’ onderhandelingspartner zal zijn, waardoor het resultaat met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden voor de werkgever(s) gunstiger zal uitvallen. Hierdoor zullen de vakbonden als werknemersvertegenwoordigers met de meeste *countervailing power* terrein verliezen.

Een tweede bedreiging ligt in het verlengde hiervan: lang niet alle ondernemingsraden beschikken over voldoende onafhankelijkheid en deskundigheid om goed te kunnen onderhandelen met de werkgever. Ondernemingsraden vertegenwoordigen ook niet altijd alle typen personeel evenredig en de opkomst bij de OR-verkiezingen is vaak laag. Ook de representativiteit is dus niet altijd gewaarborgd. De bedreiging schuilt dan hierin dat het systeem van realisatie van goede arbeidsvoorwaarden in cao’s met de vakbonden wordt bedreigd door de minder goede resultaten die de ondernemingsraden boeken.<sup>8</sup> Deze laatste twee bedreigingen zullen zich het sterkst doen gevoelen wanneer niet alleen de onderhandelingen over secundaire en tertiaire, maar ook primaire arbeidsvoorwaarden aan de ondernemingsraad worden overgelaten.

### 2.3 Verliest de vakbond terrein bij decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming?

De vraag of de vakbonden in zodanige mate terrein verliezen aan de ondernemingsraad dat het een bedreiging vormt voor het cao-systeem kan van twee zijden worden benaderd:

<sup>8</sup> Hetzelfde kan overigens gezegd worden over de onderhandelingsresultaten van zgn. ‘gele bonden’, die ge/misbruik maken van het cao-recht.

- welk type arbeidsvoorwaarden kan worden en wordt gedecentraliseerd: primaire of andere arbeidsvoorwaarden?
- wat is de omvang van de decentralisatie in de cao-praktijk?

Ten eerste de kwestie van de decentralisatie van primaire of secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden. Juridisch gezien bestaat over de decentralisatie van secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden consensus dat dit, met inachtneming van artikel 27, derde lid en artikel 32, derde lid, van de WOR, mogelijk is. Op grond van artikel 32, eerste lid, van de WOR dat sinds 1998 geldt, kunnen bij cao aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden worden toegekend dan die waarover de ondernemingsraad op grond van de WOR beschikt. Voor het instemmingsrecht van artikel 27 van de WOR is in de parlementaire behandeling duidelijk gemaakt dat dit instemmingsrecht niet zag op primaire arbeidsvoorwaarden. Voor uitgebreide bevoegdheden via de cao en artikel 32, eerste lid, van de WOR, is dit in de totstandkomingsgeschiedenis van de WOR niet expliciet overwogen. De vraag is dus: kan in het kader van artikel 32, eerste lid, van de WOR de vorming van primaire arbeidsvoorwaarden aan de OR worden overgelaten? Rechtspraak op dit punt is schaars. De president van de Rechtbank Den Haag<sup>9</sup> overwoog in zo'n laatste geval dat weliswaar het uitgangspunt is dat het onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden geschiedt door de vakorganisaties, maar dat dit niet meebrengt dat het verboden is, met toepassing van artikel 32 van de WOR, de ondernemingsraad deze bevoegdheid toe te kennen. Wanneer deze extra bevoegdheid door de ondernemer zelf aan de ondernemingsraad wordt toegekend, kan de vakbond ons inziens zich daartegen weren door te staken. Op die wijze kan de vakbond afdwingen dat afspraken over de primaire arbeidsvoorwaarden alsnog bij cao worden gemaakt. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht verbood in een dergelijke situatie de staking niet.<sup>10</sup> Wij menen dat decentralisatie van primaire arbeidsvoorwaardenvorming aan de ondernemingsraad kan worden overgelaten, althans dat dit niet door de wetgever is uitgesloten. De vakbond hoeft hier geen genoegen mee te nemen en kan proberen onder andere door middel van een staking alsnog overleg af te dwingen.

<sup>9</sup> Rb. Den Haag (pres.) 19 mei 1992, *JAR* 1992, 22.

<sup>10</sup> Rb. Utrecht (vzr.) 3 juli 2007, *JAR* 2007, 203.

In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat decentralisatie een ontwikkeling is die steeds meer aan belang wint.<sup>11</sup> De vraag is of de soep van het terrein- of machtsverlies bij de decentralisatie daadwerkelijk zo heet wordt gegeten, als hij wordt opgediend.<sup>12</sup> De praktijk van de decentralisatiebepalingen in de cao's laat zien dat dit niét het geval is. Uit recent onderzoek in opdracht van de FNV blijkt het volgende: "De 'grote voorbeelden' Unilever en Grafimedia, die eind jaren negentig als 'gelaagde cao' werden geroemd als voorlopers van een aansprekend en navolgenswaardig systeem van decentralisatie, hebben in de [44, red.] onderzochte cao's niet of nauwelijks opvolging gekregen. Als er sprake is geweest van (expliciete) decentralisatie heeft dit de vorm gekregen van incidentele artikelen in de cao op specifieke onderwerpen, waarover maatwerkbepalingen werden opgenomen." Uit het FNV-onderzoek blijkt voorts dat weliswaar veelvuldig decentralisatiebepalingen in de cao worden opgenomen, maar deze geven slechts in beperkte mate de ondernemingsraad of soms andere medezeggenschapsorganen<sup>13</sup> extra bevoegdheden. De onderzoekers bekeken 44 cao's en daarin werden 258 maatwerkbepalingen aangetroffen. Uit een kleiner onderzoek van de vakbond ABVAKABO naar de extra bevoegdheden die in de cao's in de sectoren zorg en welzijn aan de ondernemingsraad zijn toegekend,<sup>14</sup> blijkt ook dat in de meeste cao's extra bevoegdheden aan de OR zijn toegekend over decentrale regelingen. Volgens het FNV-onderzoek kan het bij deze decentralisatie gaan om van de cao afwijkende afspraken op bedrijfsniveau (er staat een regeling in de cao, maar op bedrijfsniveau mag hiervan worden afgeweken), maar

11 F.Tros, *Decentralisering van arbeidsverhoudingen* (diss. Utrecht), uitgave in eigen beheer, 2000, p. 298 e.v., R.H. van het Kaar, K. Looise, *De volwassen or*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, in het bijzonder hoofdstuk 5 en H. Vogels, *Ondernemingsraden en cao-decentralisatie*, 2008.

12 B.E. de Jong en P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 15-16.

13 Uit het FNV-onderzoek blijkt dat wanneer ook andere medezeggenschapsorganen dan de OR bevoegdheden worden gegeven, de cao vaak onduidelijk is geformuleerd, hetgeen leidt tot onduidelijkheid welk medezeggenschapsorgaan bevoegd is. B.E. de Jong en P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 14-15.

14 Gepubliceerd op: [www.abvakabofnv.nl/PDF/3944/192493/192855/faciliteiten-bevoegdheden-or-zorg-en-welzijn.pdf](http://www.abvakabofnv.nl/PDF/3944/192493/192855/faciliteiten-bevoegdheden-or-zorg-en-welzijn.pdf), geraadpleegd d.d. 31 januari 2011.

ook om nadere bedrijfsspecifieke invulling of uitwerking van cao-regelingen.<sup>15</sup>

De decentralisatiebepalingen geven soms de cao-partijen zichzelf de bevoegdheid in een ondernemingscao decentrale arbeidsvoorwaarden overeen te komen, in andere gevallen wordt wel de ondernemer met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging aangewezen als de partijen aan wie de bevoegdheid wordt overgedragen. Doorgaans wordt dan de ondernemingsraad als ‘partner’ benoemd. Er blijkt een grote variatie in vormgeving van de decentralisatiebepalingen te zijn. Belangrijk is te constateren dat meestal de gedecentraliseerde bevoegdheid wordt beperkt. De volgende typen decentralisatiebepalingen komen voor:

- a. een met de ondernemingsraad overeen te komen keuzeregeling;
- b. een eigen regeling met de ondernemingsraad is mogelijk, maar bij ontbreken daarvan geldt een vangnetbepaling of een minimumregeling in de cao;<sup>16</sup>
- c. kader- of criteriabepalingen, waarbinnen op bedrijfsniveau met de ondernemingsraad afspraken gemaakt kunnen worden;
- d. ongeclausuleerde bepalingen op basis waarvan de ondernemer en ondernemingsraad vrijelijk afspraken kunnen maken (‘er is een opleidingsplan’).

Deze laatste ongeclausuleerde decentralisatiebepalingen komen niet veel voor, wellicht ook omdat deze volgens het Toetsingskader avv niet voor avv in aanmerking komen. Voorts, in verschillende cao’s zijn bepalingen opgenomen met controle achteraf door de sociale partners.<sup>17</sup> Zij dienen de decentrale afspraken goed te keuren. Als tussenconclusie kan worden gesteld dat de cao bij decentralisatie doorgaans een zeer stevig kader vormt.

Een vraag is of de decentralisatiebepalingen in de cao wel altijd even duidelijk zijn wat de formulering van de OR-bevoegdheid betreft.

15 B.E. de Jong en P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 8. Dit beeld bevestigt eerder onderzoek van E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele vrijheid* (diss. Amsterdam UvA), uitgave in eigen beheer, 2007, p. 132 e.v. en van H.J.P. Vogels, *Ondernemingsraden en cao-decentralisatie* (Sociaal Beleid Thema), Deventer: Kluwer 2008.

16 B.E. de Jong, P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 11-12.

17 B.E. de Jong, P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 12.

Gesproken wordt over: ‘instemming van de OR’ of ‘overeenstemming met de OR’. Niet onmiddellijk duidelijk is of er een verschil in betekenis tussen deze twee begrippen bestaat en zo ja, wat hierbij dan het verschil is. Zou met de term ‘instemming’ worden aangesloten bij de terminologie van artikel 27 van de WOR? Terwijl ‘overeenstemming’ dan een meer verstrekkend recht is van de ondernemingsraad? Mag de ondernemingsraad in dat geval een veto geven over het voorstel van de ondernemer? Cao’s zouden op dit punt meer duidelijkheid kunnen verschaffen.

Dan de kwestie van de primaire of andere arbeidsvoorwaarden in de praktijk. Uit het FNV-onderzoek blijkt dat de decentralisatie niet de vorming van primaire arbeidsvoorwaarden, zoals de arbeidsduur per week, de hoogte van het loon en het aantal vakantiedagen, betreft.<sup>18</sup> Deze wordt zelden gedecentraliseerd. De bevoegdheid hiertoe houden de vakbonden aan zichzelf. Voorts blijkt uit hetzelfde onderzoek dat het aantal maatwerkbepalingen in de cao ten aanzien van andere dan primaire arbeidsvoorwaarden, dat iets toevoegt aan hetgeen er al in de WOR (of een andere wet) staat, zeer beperkt is. Ook uit een overzicht van ABVAKABO over de cao’s in de sector zorg en welzijn blijkt dat lang niet altijd sprake is van extra instemmingsbevoegdheden met betrekking tot regelingen inzake secundaire arbeidsvoorwaarden.<sup>19</sup> Voorbeelden van bevoegdheden die wél worden gedecentraliseerd betreffen: “(...) het vaststellen van collectieve snipperdagen, het vaststellen van de datum voor uitbetaling van het vakantiegeld, het vaststellen van de termijn waarop het rooster moet worden aangekondigd. Het kunnen voor mensen belangrijke zaken zijn, maar het zijn ‘beperkte’ bevoegdheden.”<sup>20</sup> Voor de onderzochte onderwerpen van decentralisatie: de werktijden, beloning, arbo/verzuim en employability geldt dat de meeste decentralisatiebepalingen zien op de afspraken over het beleid met betrekking

18 B.E. de Jong, P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 35.

19 Gepubliceerd op: [www.abvakabofnv.nl/PDF/3944/192493/192855/faciliteiten-en-bevoegdheden-or-zorg-en-welzijn.pdf](http://www.abvakabofnv.nl/PDF/3944/192493/192855/faciliteiten-en-bevoegdheden-or-zorg-en-welzijn.pdf), geraadpleegd d.d. 31 januari 2011. De Cao Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening en de Cao Kinderopvang lijken de meeste bevoegdheden aan de ondernemingsraad te geven: instemmingsrecht met betrekking tot een regeling extra uitkering boven op de eindejaarsuitkering, de regeling arbeidsmarkttoeslag, bereikbaarheidstoeslag, verhuiskostenregeling, tegemoetkoming woon-werkverkeer, regeling reis-en verblijfkosten, regeling thuiswerken, regeling vergoeding telefoonkosten.

20 B.E. de Jong, P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 12-14.

tot de werktijden (52%), daarna volgt het onderwerp van beloning (18%), dan arbo/verzuim (16%) en ten slotte het onderwerp van werkgelegenheid/employability (14%).<sup>21</sup>

Uit bovenstaande blijkt dat de primaire arbeidsvoorwaarden wellicht wel kunnen worden gedecentraliseerd, maar dat dit in de praktijk niet voorkomt en dat de bevoegdheden die wel aan de ondernemingsraad worden overgedragen weinig toevoegen aan hetgeen de WOR al aan medezeggenschapsrechten toekent. Voorts wordt in de decentralisatiebepalingen de extra bevoegdheden van de ondernemingsraad sterk zijn ingekaderd door de cao. De ondernemingsraad mag bijvoorbeeld slechts kiezen uit opties gegeven in de cao, of de cao geldt als vangnet of kader. Ongeclausuleerde decentralisatiebepalingen komen maar heel beperkt voor.

## 2.4 De totstandkoming van decentrale afspraken

Hetgeen hierboven is geconcludeerd neemt niet weg dat de (beperkte) extra bevoegdheden aan de ondernemingsraad wel de vraag oproepen hoe wordt omgegaan met de bedreiging dat de ondernemingsraad onvoldoende onafhankelijk, representatief of deskundig is om goede arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen.

Uit de WOR en de cao-praktijk komt naar voren dat de wetgever en de cao-partijen oog hebben gehad voor de bedreiging dat de ondernemingsraad over minder countervailing power en legitimiteit beschikt dan de vakbonden. De wetgever heeft in dat kader bij de laatste wetswijziging van de WOR<sup>22</sup> aan artikel 17, eerste lid het voorschrift toegevoegd dat de ondernemer de ondernemingsraad in staat dient te stellen de in de onderneming werkzame personen te raadplegen. De SER heeft met betrekking tot afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer over het achterbanberaad van de ondernemingsraad aanbevelingen gedaan in het voorbeeldreglement ondernemingsraden. Daarin wijst de SER erop dat de ondernemingsraad een door het personeel gekozen vertegenwoordigend orgaan is en dus niet zonder de wensen en belangen van de achterban kan optreden. Uit de nota *Kabinetsstandpunt WOR 2009*, zoals eind 2009 aan de Tweede Kamer verstuurd, blijkt dat het (toenmalige) kabinet

21 (Naar deze onderwerpen is in het onderzoek gekeken.) B.E. de Jong en P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2010, p. 10.

22 *Stb.* 1998, 107.

wilde voorstellen in de WOR een bepaling op te nemen, die de ondernemingsraad verplicht vast te leggen hoe de dialoog met de achterban wordt aangegaan.

De ondernemingsraad behoudt daarbij wel de eigen verantwoordelijkheid zelfstandig zijn standpunt te bepalen. De ondernemingsraad wordt immers ingevolge artikel 2, eerste lid, van de WOR geacht de belangen van de werknemers te behartigen, in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen. Daarin schuilt ook het verschil in positie tussen de vakbonden, belangenbehartigers pur sang, en de ondernemingsraad. De raadpleging van de achterban hoeft niet eens altijd door middel van bijeenkomsten met de achterban; ook intranet kan goede mogelijkheden daartoe bieden.

Voorts is ook in een aantal cao's met decentralisatiebepalingen geprobeerd een oplossing te zoeken voor het vraagstuk van de representativiteit en legitimiteit en, in dat kader, de raadpleging van de achterban. In de Cao Woondiensten 2009-2010 is bijvoorbeeld om die reden een procedure voor instemming van de ondernemingsraad opgenomen met nadere voorwaarden. De goedkeuringsprocedure is als volgt: de werknemers moeten na het bereiken van het principeakkoord worden geraadpleegd. Een bepaling kan alleen dan in werking treden als ten minste de helft van de werknemers zich over die bepaling heeft uitgesproken (quorumvereiste) en van deze werknemers twee derde instemt met de bepaling.<sup>23</sup> Als er geen overeenstemming is tussen werkgever en ondernemingsraad over de eigen arbeidsvoorwaardenregelingen, zijn de normbepalingen van de cao van toepassing.<sup>24</sup> Een ander voorbeeld: in de Cao Voortgezet onderwijs 2008-2010 is in artikel 7.1, vijfde lid vastgelegd dat in overleg tussen P(G)MR en werkgever afspraken gemaakt kunnen worden over wijzigingen in het systeem van taakbeleid. Deze afspraken moeten met de werknemers binnen de instelling worden besproken en hun ter goedkeuring worden voorgelegd. Voor deze goedkeuring is een meerderheid van twee derde vereist. Zonder deze meerderheid is wijziging van het op basis van de cao geldend taakbeleid niet mogelijk.<sup>25</sup> De hiervoor genoemde cao's bewaken dat de achterban door de ondernemingsraad wordt geraadpleegd en dat voldoende draagvlak is voor de regelingen. Opvallend is dat werknemers, die geen lid zijn van de cao-sluitende vakbonden, een

23 Art. 13.7.1 en 13.7.2 Cao Woondiensten.

24 Art. 13.1.6 Cao Woondiensten. Er kan overigens geen vervangende instemming worden verkregen door inschakeling van de rechter (Art. 13.1.3 Cao Woondiensten).

25 Art. 7.1 lid 5 Cao Voortgezet Onderwijs.



even grote stem hebben als leden van die vakbonden. Ten slotte komen de eerdergenoemde ‘controle’-bepalingen in de cao voor. De sociale partners controleren de decentrale afspraken achteraf. De FNV laat in haar onderzoek weten: “Overleg vooraf wordt daarmee gestimuleerd, en voorkomen kan worden dat zeer slechte afspraken op bedrijfsniveau ontstaan.”<sup>26</sup>

Een laatste punt van aandacht bij de totstandkoming van gedecentraliseerde afspraken is de rol van de kantonrechter daarbij. Bij de delegatie van het maken van afspraken over arbeidsvoorwaarden in de cao’s wordt aan de ondernemingsraad soms een (extra) instemmingsrecht gegeven. Hierbij is het vervolgens de vraag of met het instemmingsrecht ook de procedure van vervangende toestemming van de kantonrechter van artikel 27, vierde lid, van de WOR van toepassing wordt. Ons inziens duidt artikel 32, vierde lid, van de WOR op die toepasselijkheid van de procedure van artikel 27, vierde lid, van de WOR. Dit heeft tot gevolg dat de rechter wordt betrokken bij de totstandkoming van de decentraal af te spreken arbeidsvoorwaarden. Voor het cao-systeem betreft dit mogelijk een onwenselijke situatie: de arbeidsvoorwaardenvorming is toch in de eerste plaats een zaak van de cao-partijen. Voor dit probleem zijn enkele oplossingen denkbaar. Wanneer de decentralisatiebepaling ‘overeenstemming’ voorschrijft, ervan uitgaande dat overeenstemming iets anders betekent dan instemmen in de zin van de WOR, is ons inziens dit probleem uit de wereld. Immers, dan is van de procedure van vervangende toestemming door de kantonrechter geen sprake omdat artikel 32, vierde lid, van de WOR niet van toepassing is. Een andere oplossing is het uitsluiten van de procedure van vervangende toestemming in de cao. In sommige cao’s wordt die procedure ook expliciet uitgesloten. Nog vaker wordt bepaald dat bij het ontbreken van instemming of overeenstemming, (alsnog) de vangnetbepaling van de cao geldt.<sup>27</sup> Daarmee houden de cao-partijen de regie stevig in handen.

26 B.E. de Jong, P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk*, onderzoek van FNV Bondgenoten, 2009, p. 12.

27 Bijvoorbeeld art. 13.1.3 Cao Woondiensten en vangnetbepaling art. 13.1.6 Cao Woondiensten.

## 2.5 De binding aan de decentrale afspraken

De bedreiging van de niet-representatieve, afhankelijke of ondeskundige ondernemingsraad heeft ook gevolgen voor de wijze van binding van de individuele werknemers aan de met de ondernemingsraad overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Wat geldt rechtens ten aanzien van de binding aan de op basis van de cao gemaakte decentrale afspraken? En welke vragen kunnen worden gesteld over de binding in het licht van de bedreiging van beperkte representativiteit, onafhankelijkheid en deskundigheid?

Om de problematiek ten aanzien van de binding te verduidelijken geven we hier eerst enkele voorbeelden. De ICK-cao 2008/2009 besteedt aandacht aan de wijze van binding: “De werkgever is verplicht de werknemers schriftelijk te informeren over de afspraken die in het Bedrijfsoverleg zijn gemaakt.” Kennelijk wordt met deze laatste bepaling beoogd de werknemers te binden aan de uitkomst van het bedrijfsoverleg nadat zij daarover schriftelijk door de werkgever zijn geïnformeerd. In de ING-cao is met zo veel woorden aan de ondernemingsraad de bevoegdheid gelaten in te stemmen met de concrete invulling van het belonings- en provisie-systeem binnen de randvoorwaarden uit de cao.<sup>28</sup> Een van de randvoorwaarden is dat in technisch overleg een marginale toetsing plaatsvindt door de cao-partijen op de randvoorwaarden voordat de vastgestelde of gewijzigde systemen in werking treden. Dit lijkt een poging van de cao-partijen om de betrokken ING-werknemers rechtstreeks te binden aan de met instemming van de ondernemingsraad tot stand gekomen of gewijzigde systemen door de OR-afpraak status van cao te geven. In meer cao’s worden kennelijk of mogelijk met dezelfde intentie bepalingen opgenomen met controle achteraf van sociale partners, zo bleek uit het hiervoor geciteerde in opdracht van FNV Bondgenoten uitgevoerde onderzoek.<sup>29</sup> In de Cao Woondiensten 2009-2010 is ook een poging gedaan om de automatische binding te construeren. Vastgelegd is dat de eigen arbeidsvoorwaardenregeling die werkgever en ondernemingsraad, binnen de in de cao aangegeven kaders, in overeenstemming zijn overeengekomen, bindend zijn als ze tot stand zijn gekomen tussen de werkgever en ondernemingsraad volgens de procedure in hoofdstuk 13.<sup>30</sup> Regelingen die hiermee in strijd zijn,

28 Art. 12.3.1 ING-cao.

29 B.E. de Jong, P. Moosdorff, *Ondernemingsraden, cao en maatwerk* (onderzoek van FNV Bondgenoten), 2009, p. 12.

30 Art. 13.1.5 en 13.2.4 Cao Woondiensten 2009/2010.

zijn nietig. De voorbeelden illustreren dat de wijze van binding van de individuele werknemers aan de decentrale afspraken niet zonder meer automatisch geschiedt, maar de cao-partijen wel belang hechten aan duidelijkheid over die binding.

Wat geldt nu rechtens ten aanzien van de individuele binding aan de decentrale afspraken met de ondernemingsraad? In de literatuur bestaat hierover geen eensluidende opvatting. Sommige schrijvers menen dat de decentrale afspraken kracht van cao hebben. Zo stelt Van der Heijden dat ondernemingsovereenkomsten, die hun basis vinden in cao's die regelopdrachten aan de ondernemingsraad geven, doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten en op grond van het cao-recht de individuele werknemers binden. Dat geldt niet voor ondernemingsovereenkomsten die zijn gebaseerd op artikel 32, tweede lid, van de WOR.<sup>31</sup> Bijlsma wijst op de Roccade-cao waarin is bepaald dat de met de ondernemingsraden van de werkmaatschappij te sluiten overeenkomsten, ter nadere invulling van de cao, worden geacht onderdeel te zijn van deze cao en dus dezelfde rechtskracht hebben. Zij vraagt zich af of cao-partijen kunnen bepalen dat de ondernemingsovereenkomsten tot cao kunnen worden verheven. In het licht van het beginsel van contractsvrijheid acht zij het zeer goed verdedigbaar dat cao-partijen volledige vrijheid genieten om te bepalen dat aan de ondernemingsovereenkomsten kracht van cao toekomen. Maar ook de individuele vrijheid van de werknemer speelt een rol, aldus Bijlsma. Een ondernemingsovereenkomst die tot cao wordt verheven werkt op grond van de Wet CAO door in de individuele arbeidsovereenkomst van de georganiseerde werknemer, zonder diens toestemming. Zij acht dit vanuit praktisch oogpunt geen reëel probleem omdat slechts de georganiseerde werknemers op deze wijze een deel van hun vrijheid verliezen. De artikel 14-werknemer zal met de toepasselijkheid van de 'cao' al dan niet kunnen instemmen.<sup>32</sup>

Stege gaat wat verder en wijst erop dat indien de georganiseerde werknemers rechtstreeks gebonden worden aan de op de cao gebaseerde ondernemingsovereenkomst, de vakbondsleden worden gebonden jegens een derde op grond van een daartoe strekkende cao-bepaling. Dat kan volgens hem echter alleen indien de statuten van de vakbonden expliciet bepalen dat de leden gebonden zijn aan een ondernemingsovereenkomst die uit een cao-bepaling voortvloeit.

31 P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998-5, p. 207-214.

32 A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden; een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999-1, p. 6-7.

Indien dit niet het geval is, kunnen bepalingen uit een ondernemingsovereenkomst, die voortvloeit uit een cao, niet automatisch doorwerken in de arbeidsovereenkomst van de georganiseerde werknemer indien de ondernemingsovereenkomst niet zelf deel uitmaakt van de cao.<sup>33</sup> Volgens ons besteden vakbonden in hun statuten doorgaans geen aandacht aan de decentrale arbeidsvoorwaardenvorming. Aan de voorwaarde van Stege zal om die reden niet vaak worden voldaan.

Een minder verstrekkende opvatting is eveneens verdedigbaar. Wij wijzen erop dat artikel 1 van de Wet CAO bepaalt dat een cao wordt aangegaan door “een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers”. De ondernemingsraad zelf voldoet natuurlijk niet aan deze definitie. De decentrale afspraken zullen voorts ook moeten voldoen aan de eis van artikel 4 van de Wet op de loonvorming: alle decentraal gemaakte afspraken behoren via de cao-partijen te worden aangemeld als cao.<sup>34</sup> Dit zal in de praktijk niet (altijd) geschieden. Voorts blijkt uit het Toetsingskader<sup>35</sup> dat onder meer niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen cao-bepalingen, die ertoe strekken dat een door de cao toegestane decentrale afspraak, waarmee van een of meer cao-bepalingen wordt afgeweken, binnen de werkingssfeer ervan bindend zal zijn voor de werkgever(s) en al zijn (hun) werknemers. Kan hieruit niet worden afgeleid dat deze decentrale afspraken, ook door de minister niet onmiddellijk als cao-bepaling worden aangemerkt? Vanuit deze benadering is het moeilijk construeerbaar dat de decentrale afspraken kracht van cao hebben. Dit is wellicht anders voor de situatie dat de ondernemer en de ondernemingsraad een van de mogelijkheden uit de arbeidsvoorwaardenopties in de cao hebben gekozen. Uit hetzelfde Toetsingskader<sup>36</sup> blijkt dat een cao-bepaling waarin alternatieven zijn gegeven waaruit de ondernemer en de ondernemingsraad kunnen kiezen, wel algemeen verbindend kan worden verklaard. Nu de alternatieven al onderdeel zijn van de cao, kan een decentrale keuze voor een van de opties gelden als onderdeel van de cao.

Nu binding aan de decentrale afspraken doorgaans niet als cao-bepaling geschiedt, is het de vraag op welke wijze deze binding

33 Zie A. Stege, ‘De ondernemingsovereenkomst, de CAO en de individuele arbeidsovereenkomst’, *SR* 1999-10, p. 250-256.

34 HR 30 november 2001, *JAR* 2002, 16.

35 Par. 4.3 (van de met ingang van 1 januari 2007 geldende tekst).

36 Par. 4.3 (van de met ingang van 1 januari 2007 geldende tekst).

juridisch gezien dan wel tot stand komt. Ondernemers binden individuele werknemers doorgaans aan met de ondernemingsraad gemaakte afspraken door deze op te nemen in een arbeidsvoorwaardenreglement of personeelshandboek dat door incorporatie onderdeel wordt van de arbeidsovereenkomst. De incorporatie geldt doorgaans voor de huidige versie en toekomstige wijzigingen ervan. Niettemin binden de toekomstige wijzigingen de werknemer niet onverkort. De wetgever heeft immers beperkingen willen stellen aan de bevoegdheid van de werkgever zich te beroepen op een incorporatiebeding dat als eenzijdig wijzigingsbeding kan worden opgevat.<sup>37</sup> In artikel 7:613 van het BW is bepaald dat de werkgever zich alleen op dit beding kan beroepen indien hij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de doorvoering van de eenzijdige van de wijziging dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het oorspronkelijk voorgestelde tweede lid van artikel 7:613 van het BW tijdens de behandeling in het parlement is geschrapt.<sup>38</sup> In dit kader overwoog de Rechtbank Amsterdam<sup>39</sup> dat het betoog van de werkgever dat redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de werknemer gebonden is aan de instemming van de ondernemingsraad het (beperkt bindende) karakter van een dergelijke instemming miskent. Toch is de discussie rond het belang van de instemming van de ondernemingsraad bij eenzijdige wijziging nog bepaald niet verstomd.<sup>40</sup> Het is daarom nuttig de parlementaire discussie destijds en het huidige discours in vogelvlucht door te nemen.

37 We gaan hier ervan uit dat een incorporatiebeding voor regelingen met de ondernemingsraad een eenzijdig wijzigingsbeding als in art. 7:613 BW betreft.

38 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 7, p. 20-24 en nr. 9, p. 30-32.

39 Rb. Amsterdam 31 mei 1995, *JAR* 1995, 162.

40 Zo overwoog de Kantonrechter Rotterdam dat wanneer niet in de cao, maar volgens het incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst zelf expliciet instemming van de ondernemingsraad met wijziging van bepaalde arbeidsvoorwaarden is vereist, dan dient de werkgever zich daaraan te houden. Ktr. Rotterdam 13 november 2009, *JAR* 2009, 294. Anders is de situatie bij een sociaal plan: een sociaal plan met de ondernemingsraad is in de ontbindingsprocedure geen reden tot afwijking van de kantonrechttersformule (aanbevelingen in de toelichting op aanbeveling 3.7d), onder meer omdat de ondernemingsraad een overlegorgaan is dat de werknemer niet kan binden. Over de werking van het incorporatiebeding in dergelijke situaties: T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008-1, p. 23 e.v. en S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan de cao', *AR* 2006, p. 44.

Uit de parlementaire stukken blijkt dat het genoemde tweede lid bepaalde dat een zwaarwegend belang aanwezig werd geacht als de ondernemingsraad met de wijziging heeft ingestemd. In de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 van het BW is bij de uitwerking van het voorstel voor de invoering van artikel 7:613 van het BW aangegeven:

“(...) in het tweede lid wordt bepaald dat het belang van de werkgever wordt vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn als de regeling van arbeidsvoorwaarden (waaraan de werkgever de werknemer door toepassing van het wijzigingsbeding wil binden) voortvloeit uit een de werknemers bindende CAO dan wel is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad. Het wetsvoorstel lost dus het knelpunt van eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden op, door de werknemer, ingeval tussen de werkgever en de vertegenwoordiging van werknemers geen akkoord tot stand komt, een steviger individuele positie te geven.”<sup>41</sup>

Uit de toelichting wordt duidelijk dat het de bedoeling was dat het voorstel de werkgever een evident belang zou geven om met de ondernemingsraad overleg te voeren en overeenstemming te bereiken. Immers, overeenstemming met de ondernemingsraad betekende in het wetsvoorstel een wettelijk vermoeden van zwaarwichtig belang. In de memorie van toelichting wordt nog eens duidelijk aangegeven dat de overeenstemming met de ondernemingsraad niet het karakter heeft van een cao en dus niet automatisch en dwingend doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst.<sup>42</sup> Ook werd gesteld dat een akkoord in een cao zwaarder weegt in de vaststelling van wat redelijk en billijk is dan een akkoord met een ondernemingsraad. Met andere woorden, een werknemer zal zich sneller kunnen onttrekken aan het beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding indien er een akkoord is met de vakbond.<sup>43</sup>

De bepaling uit het tweede lid riep veel discussie op. Het commentaar liep uiteen. Zo was de PvdA van mening dat bonden en ondernemingsraden geen gelijkwaardige grootheden waren. De VVD daarentegen stelde dat een overeenkomst met de ondernemingsraad nu juist dezelfde status zou moeten krijgen als een cao. Het tweede lid is, zoals bekend, vervallen. Als reden hiervoor is destijds aangegeven: “Over het tweede lid merken wij op dat inderdaad ook zonder die bepaling aan de overeenstemming met werknemersorganisaties en ondernemingsraden een belangrijke

41 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 22.

42 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 23.

43 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 23 en 24.

betekenis toekomt bij de vraag of wijziging van een arbeidsvoorwaardenregeling redelijk is. Nu in de praktijk bij de beoordeling van de vraag of in redelijkheid en billijkheid een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever mag worden aangebracht, al wordt gekeken of de ondernemer collectief overleg heeft gevoerd over de betreffende regeling zijn wij van mening dat het tweede lid van artikel 613 BW kan vervallen.<sup>44</sup>

In Nederland geschiedt de binding dus niet automatisch, maar via incorporatie en eenzijdige wijziging, waarbij het belang van de instemming van de ondernemingsraad niet wettelijk is geregeld, maar in de rechtspraak wel vaak tot uitdrukking wordt gebracht.<sup>45</sup>

Een uitstapje naar het buitenland kan wellicht wat helpen. In Duitsland kent men een regeling voor de binding aan de decentrale afspraken met de ondernemingsraad: § 77 van de Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Als de werkgever en de *Betriebsrat* (ondernemingsraad) een zogenoemde *Betriebsvereinbarung* (ondernemingsovereenkomst) overeenkomen dan heeft deze overeenkomst normatieve werking, op grond van § 77, vierde lid, van de BetrVG. Dit betekent dat de overeenkomst onmiddellijk en dwingend doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst van werknemers. Op grond van lid 3 van ditzelfde artikel kunnen echter niet alle arbeidsvoorwaarden onderwerp zijn van dergelijke overeenkomsten. Loon, arbeidstijden en alle andere arbeidsvoorwaarden die ‘doorgaans’ onderwerp zijn van een *Tarifvertrag* (cao) kunnen geen onderdeel zijn van een ondernemingsovereenkomst.<sup>46</sup> (In de verhouding Tarifvertrag en Betriebsvereinbarung is overigens het gunstigheidsbeginsel niet van belang.) Het primaat van de cao blijft hierbij dus gelden: in de cao geregelde onderwerpen kunnen geen onderwerp van de arbeidsvoorwaardenregeling met de ondernemingsraad zijn, tenzij de cao daartoe uitdrukkelijk de ruimte laat.

Het ontbreken van automatische doorwerking van de afspraken met de ondernemingsraad in de individuele arbeidsovereenkomsten

44 *Kamerstukken I 1997/98*, 24 615, nr. 9, p. 32.

45 Zie voor overzichten van de rechtspraak over eenzijdige wijziging: N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

46 E. Koot-van der Putte geeft in haar proefschrift een overzicht van de Duitse wetgeving op dit punt: E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (Monografieën Sociaal Recht, deel 42), Deventer: Kluwer 2007, p. 316-323.

beschermt werknemers goed tegen afspraken die gemaakt zijn met een niet-representatieve, afhankelijke of ondeskundige OR. Toch blijkt uit de voorbeelden uit de cao-praktijk bij decentralisatie behoefte te bestaan aan (meer) duidelijkheid omtrent de binding aan de decentrale afspraken. Wij merken ten aanzien van dit vraagstuk op dat de praktijk niet gebaat is bij ingewikkelde theoretische opvattingen over rechtsgeldige, eenzijdige wijziging en de rol van de ondernemingsraad daarbij. De cao-praktijk is gebaat bij duidelijkheid én zoals gezegd bij bescherming tegen de bedreiging van optreden van een ondernemingsraad die niet-representatief, niet-onafhankelijk of niet-deskundig is. De behoefte aan duidelijkheid over de binding, de wijdverspreide incorporatiepraktijk, de Nederlandse discussie en de regeling in Duitsland kunnen daarom toch aanleiding zijn een automatische binding aan de decentrale afspraken ook in Nederland te heroverwegen. Die automatische binding zou dan tot stand kunnen komen wanneer de ondernemingsraad, binnen de kaders van de cao, heeft ingestemd met de decentraal overeengekomen (aanvullende) arbeidsvoorwaarden. Dat kan zoals nu via incorporatie, maar wellicht in de toekomst ook door een bepaling in de WOR of de Wet CAO op te nemen die ertoe leidt dat een met de ondernemingsraad gesloten arbeidsvoorwaardenregeling rechtstreeks en dwingend doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten, indien deze afspraak is gemaakt binnen de kaders van een cao. Daarbij zou de automatische binding kunnen worden geclausuleerd om te voorkomen dat binding aan decentrale afspraken ontstaat, terwijl de ondernemingsraad niet onafhankelijk of deskundig was en de afspraken een voor de werknemers ongunstig onderhandelingsresultaat betreffen. Deze clausulering zou langs verschillende wegen kunnen geschieden: via het gunstighedsprincipe: alleen decentrale afspraken die boven het niveau van de arbeidsvoorwaarden in de cao liggen werken automatisch door, of clausulering via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

## 2.6 De handhaving van decentrale afspraken en de cao

Ten slotte bespreken we nog een kans voor het cao-systeem bij versterkte coördinatie van de arbeidsvoorwaardenvorming. Dit betreft de mogelijkheid van de ondernemingsraad tot handhaving van de gemaakte decentrale afspraken, of zelfs van de gehele cao.



Wanneer een afspraak met de ondernemingsraad op basis van een gedelegeerde bevoegdheid in de cao is op te vatten als een ondernemingsovereenkomst (artikel 32, eerste lid, van de WOR, zie hiervoor), en dus niet de status van cao heeft, dan geschiedt handhaving van die overeenkomst conform de mogelijkheden die de WOR daartoe biedt. Meer precies regelt artikel 32, vierde lid, van de WOR dat indien in de ondernemingsovereenkomst een extra advies- of instemmingsrecht is gegeven aan de ondernemingsraad, de artikelen 26 en 27, vierde tot en met zesde lid, van overeenkomstige toepassing zijn. Voor overige bevoegdheden op grond van de ondernemingsovereenkomst kan nakoming worden gevraagd via de procedure van artikel 36 van de WOR. Om te bepalen welke soort procedure gevolgd dient te worden om nakoming van de gedelegeerde arbeidsvoorwaarden te eisen, is dus de vraag welke soort bevoegdheden in de cao aan de ondernemingsraad worden gedelegeerd. Veelal wordt in de cao hierbij de terminologie gebezigd van een vereiste van 'instemming van de ondernemingsraad' of 'overeenstemming met de ondernemingsraad'. De decentrale afspraak over de arbeidsvoorwaarden ex artikel 32, eerste lid (of tweede lid), van de WOR kan worden gehandhaafd door de ondernemingsraad. Dit kan door een beroep te doen op de algemene geschillenregeling van artikel 36 van de WOR (artikel 36, tweede lid, van de WOR). Voor ontvankelijkheid bij de kantonrechter voor een verzoek tot naleving van de ondernemingsovereenkomst, is (nog)<sup>47</sup> vereist dat tevoren bemiddeling van de bedrijfscommissie is gevraagd (artikel 36, derde lid, van de WOR).

Het niet-naleven van de decentrale overeenkomst waarin een extra instemmingsrecht is opgenomen kan overigens ook worden gehandhaafd via de procedure van het in artikel 27 geregelde instemmingsrecht (artikel 32, vierde lid, van de WOR). Als de werkgever nagelaten heeft instemming te vragen over de wijziging van de regeling, kan de ondernemingsraad op grond van artikel 27, vijfde lid, van de WOR een beroep doen op de nietigheid van het besluit tot wijziging van de regeling door de werkgever. Het beroep op de nietigheid dient de ondernemingsraad te doen binnen een maand nadat hem het gewijzigde besluit door de werkgever is medegedeeld of hem door uitvoering bekend is geworden. De ondernemingsraad kan de kantonrechter verzoeken de ondernemer zich te onthouden

47 In het *Kabinetstandpunt medezeggenschap 2009*, december 2009, wordt voorgesteld de in art. 36 lid 3 WOR verplicht gestelde bemiddeling door de bedrijfscommissie af te schaffen.

van handelingen die strekken ten uitvoering van het nietige besluit (artikel 27, zesde lid, van de WOR).

Vink en Van het Kaar stellen dat het mogelijk is in de cao extra instemmings- (of advies- of andere) rechten aan de ondernemingsraad toe te kennen, maar daarbij de beroepsmogelijkheden ex artikel (26 en) 27 van de WOR uit te sluiten.<sup>48</sup> Zij sluiten hiermee kennelijk aan bij de opvatting van Bloemarts, die stelt dat artikel 32, vierde lid, van de WOR geen dwingend recht bevat, omdat partijen vrij zijn zelf te bepalen of een geschillenregeling wordt overeengekomen en zo ja, welke.<sup>49</sup> Het is echter de vraag of uitsluiting van artikel 32, vierde lid, van de WOR wel mogelijk is. Artikel 32, eerste lid, van de WOR bepaalt dat bij cao aan de ondernemingsraad *verdere* bevoegdheden kunnen worden toegekend. Artikel 32, tweede lid bepaalt dat aan de ondernemingsraad bij overeenkomst door de ondernemer *meer* bevoegdheden kunnen worden toegekend. Aangezien volgens artikel 32, vierde lid, van de WOR aan de uitbreiding van het advies- en instemmingsrecht dezelfde rechtsgevolgen zijn verbonden als aan de in de artikelen 25 respectievelijk 27 neergelegde advies- of instemmingsrechten, menen wij dat de inhoud van het, ons inziens dwingend wettelijke, artikel 32, vierde lid, van de WOR niet rechtsgeldig kan worden uitgesloten.<sup>50</sup> Bij cao of overeenkomst kunnen in beginsel geen wettelijke bevoegdheden (waaronder beroepsrechten) worden afgenomen. Niettemin menen wij dat het wel mogelijk moet zijn dat in de cao bij het toekennen van het instemmingsrecht rechtsgeldig de toepasselijkheid van artikel 27, vierde lid, van de WOR wordt uitgesloten. Dat zou mogelijk zijn wanneer artikel 32, vierde lid, van de WOR van driekwart dwingend recht zou worden. Dit om te voorkomen dat de kantonrechter inhoudelijk wordt betrokken bij de totstandkoming van decentrale arbeidsvoorwaarden.

De OR is dus wettelijk geëquipeerd de decentrale afspraken te handhaven. Zeer wel verdedigbaar zou zijn de OR te laten versterken door haar een bevoegdheid toe te kennen de gehele cao in rechte te

48 F.W.H. Vink, R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad: een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 239. Zie ook: 'Toelichting op artikel 32 lid 4 WOR' in: *Ondernemingsraad*, Kluwer oktober 2008, supplement 94, p. 32-13 (losbl.).

49 J.C.M.G. Bloemarts, 'De ondernemingsovereenkomst; vlag en lading', *TVVS* 1997-12, p. 357-358.

50 Ook uit de opmerkingen in de memorie van toelichting over art. 32 lid 4 WOR vinden wij geen aanknopingspunten voor het standpunt dat de beroepsrechten bij cao kunnen worden uitgesloten. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 165, nr. 3, p. 25-27 en 44-45 (MvT).

handhaven.<sup>51</sup> De handhavingsbevoegdheid door de ondernemingsraad in de wet kan de ondernemingsraad als vertegenwoordigend orgaan van de werknemers sterker maken en de cao zal wellicht door de inzet van de ondernemingsraad beter worden nageleefd. Dit vormt geen bedreiging voor het cao-systeem, maar eerder een versterking ervan. De ondernemingsraad zou in aansluiting op zijn bevorderende taak op grond van artikel 28 van de WOR in de WOR extra handhavingsbevoegdheden ten aanzien van de cao kunnen krijgen. Dit zou op verschillende manieren kunnen. Een daarvan is door hem met een klacht over de naleving van de cao te indienen bij de bedrijfscommissie.<sup>52</sup> Daarnaast kan overwogen worden om in de Wet CAO een bepaling op te nemen op grond waarvan de ondernemingsraad bevoegd is naleving van de cao te vorderen op de voorwaarde dat de vakbonden daarmee instemmen. Een versterking van de handhavingsmogelijkheden van de cao door de OR is beslist een nadere discussie waard.

## 2.7 Conclusie

In deze bijdrage is de rol van de ondernemingsraad in het kader van decentralisatiebepalingen in de cao onderzocht. Vormt de decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming een bedreiging of kans voor het cao-systeem? Geconstateerd is dat kansen liggen in de mogelijkheid maatwerk in de arbeidsvoorwaarden te realiseren, mogelijk ook de betrokkenheid van werknemers bij de decentrale afspraken en de cao te vergroten. Anderzijds bestaat de bedreiging dat de vakbond als sterkste collectieve werknemersvertegenwoordiger terrein verliest aan de ondernemingsraad, die niet altijd representatief, onafhankelijk en deskundig is. Wat de mogelijke bedreiging betreft dat de vakbond terrein verliest, laat de cao-praktijk zien dat van een daadwerkelijke bedreiging geen sprake is. Primaire arbeidsvoorwaarden worden niet gedecentraliseerd en in de cao worden aan de ondernemingsraad weinig meer bevoegdheden toegekend dan hetgeen hem op grond

51 In de literatuur wordt hiervoor ook gepleit door: R.M. Beltzer, *JAR-Verklaard 24 februari 2006*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006; L.C.J. Sprengers, noot bij: Ktr. Utrecht 22 december 2005, *SR* 2006-5, p. 165-167 (de mogelijkheden van de ondernemingsraad om naleving te vorderen op grond van de WOR, andere wetgeving en cao); M. van Leeuwen-Scheltema, a.w. en C. Nekeman, S.J. Schijf, '(Proces)bevoegdheden van de ondernemingsraad', *AR* 2010-1, p. 24-30.

52 Zie de reeds bestaande bevoegdheid van de ondernemingsraad om zich te wenden tot de Commissie gelijke behandeling op grond van art. 12 lid 2 onder d AWGB.

van de WOR al toekomt. Daarbij zijn de decentralisatiebepaling doorgaans zo vormgegeven dat de cao een stevig kader vormt, waarbinnen de afspraken worden gemaakt. Het verdient aanbeveling de cao-decentralisatiebepaling zo vorm te geven dat bemoeienis van de kantonrechter met de decentrale arbeidsvoorwaardenvorming via de procedure van de vervangende toestemming wordt binnengehaald (via artikel 32, vierde lid en artikel 27, vierde lid, van de WOR).

Bij de totstandkoming en de binding aan de decentrale afspraken met de ondernemingsraad kan ook rekening worden gehouden met die bedreiging. Dit door bij decentralisatiebepalingen in de cao voorschriften op te nemen omtrent de wijze van raadpleging van de achterban in de onderneming. Controle van de decentrale afspraken door de cao-partijen achteraf kan voorts een extra middel zijn om deugdelijke decentrale afspraken op grond van extra OR-bevoegdheden te waarborgen. Ten aanzien van de binding aan de decentrale afspraken blijkt in de cao-praktijk dat onduidelijkheid bestaat. De zienswijze dat de ondernemingsovereenkomst geen kracht van cao heeft, tenzij uit de cao een optie is gekozen, komt het meest tegemoet aan de bedreiging door beperkte legitimiteit, onafhankelijkheid en deskundigheid van de ondernemingsraad. De cao-praktijk is wel gebaat bij duidelijkheid met betrekking tot de binding. Deze behoefte aan duidelijkheid over de binding, de Nederlandse discussie daarover en de regeling in Duitsland kunnen aanleiding zijn een automatische binding aan de decentrale afspraken ook in Nederland te heroverwegen. Een dergelijke automatische binding dient wel te worden geclausuleerd om te voorkomen dat binding aan decentrale afspraken ontstaat, terwijl de ondernemingsraad niet-representatief, -onafhankelijk of -deskundig was en de afspraken een voor de werknemers ongunstig onderhandelingsresultaat betreffen. Deze clausulering zou gestalte kunnen worden gegeven via het gunstighedsprincipe (alleen decentrale afspraken die boven het niveau van de arbeidsvoorwaarden in de cao liggen, werken automatisch door) of via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ten slotte: handhaving van de decentrale afspraken is mogelijk op grond van de algemene geschillenregeling in de WOR. Om het cao-systeem te versterken zou een discussie kunnen worden gevoerd of de ondernemingsraad een wettelijke bevoegdheid behoort te krijgen de cao in zijn geheel te handhaven. Al met al concluderen wij dat de huidige wetgeving en cao-praktijk van decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming beperkte kansen bieden op maatwerk, waarvan op zichzelf geen bedreiging van het cao-systeem is te verwachten.

## 3 Dispensatie

*J.A. Bruins en A.T.J.M. Jacobs*

### 3.1 Een economische beschouwing

De collectieve arbeidsovereenkomst (cao), die in Nederland in vele bedrijfstakken door de minister algemeen verbindend pleegt te worden verklaard (avv), wordt meestal hoog gewaardeerd. De cao bevat een minimumpakket van arbeidsvoorwaarden voor een bepaalde bedrijfstak. En het is de functie van de avv om dat pakket ook op te leggen aan niet-gebonden werkgevers en werknemers in die bedrijfstak. Zo wordt voorkomen dat die niet-gebonden door onderbieding kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden.

Velen zien de avv-cao als een goed instrument om rust en stabiliteit te behouden op een arbeidsmarkt,<sup>1</sup> waar wél concurrentie op de lonen mag plaatsvinden boven het minimum-cao-niveau, maar niet daarbeneden. De avv-cao voorkomt een *race to the bottom* op de Nederlandse arbeidsmarkt.

Vanuit bepaalde kringen hoort men echter ook nog wel eens beweren, dat de cao een te knellend kleed is voor moderne verhoudingen op de arbeidsmarkt. Voor sommigen betekent dit, dat de cao op de lange termijn geen toekomst meer zou hebben. Voor anderen, dat ze alleen nog maar een toekomst heeft, wanneer de cao zo flexibel wordt dat ze goed kan meeademen met snel veranderde en veranderende

<sup>1</sup> M.F.P. Royer, *De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's*, SZW-werkdocument, nr. 271, december 2002, p. 2.

arbeidsverhoudingen.<sup>2</sup> Van Fase is de uitspraak dat een cao meer bestand is tegen de tand des tijds naarmate er meer flexibel mee wordt omgegaan.

In vele landen, zoals in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië, is het cao-systeem niet zo knellend. Werkgevers zijn daar formeel vrij om wel of niet een cao toe te passen. Materieel worden ze er vaak, maar lang niet altijd, toe gedwongen door de concurrentie op de arbeidsmarkt of door een krachtige vakbeweging.

In het cao-systeem van Nederland en een aantal andere landen (België, Frankrijk, Duitsland) is de ondernemer vaak zelfs formeel niet vrij om zich aan een cao te onttrekken, doordat men daar het systeem van algemeenverbindendverklaring kent. Als er in een bedrijfstak een algemeen verbindend verklaarde cao is, moet die worden nageleefd, ook door ondernemers die het daar niet mee eens zijn.

De avv geeft een cao-systeem dus nog eens een extra stukje hardheid.

Dat botst met het toenemende gevoel dat er ruimte moet zijn voor maatwerk en flexibiliteit en voor de individuele contractsvrijheid.<sup>3</sup> De avv is een keurslijf, dat vaak als te strak wordt ervaren.<sup>4</sup>

Economen zijn nogal eens van mening, dat de avv-cao een belemmering vormt voor een zo vrij mogelijke werking van de arbeidsmarkt. Daarvan zou een opwaarts effect op de loonvorming uitgaan.<sup>5</sup> Er zijn echter ook wel economen, die de avv-cao positief waarderen. Ze wijzen erop, dat werkgevers best geprikkeld mogen worden om niet de weg van instandhouding van productieprocessen met lage lonen in te slaan, maar de weg van steeds verdere efficiency en technologisering. In het perspectief van een steeds beter opgeleide en niet meer toenemende beroepsbevolking is dat ook voor Nederland de enige juiste weg. En het kan geen kwaad dat de hardheid, die de avv aan de cao geeft, daar haar steentje aan bijdraagt.

2 Zie in dit verband de winnende essays in de Battle of Concepts ([www.battleof-concepts.nl](http://www.battleof-concepts.nl)) die het Nederlandse Centrum voor sociale Innovatie in 2010 lanceerde. Al die essays zien slechts een toekomst voor cao's, die ruimte bieden aan flexibiliteit!

3 A.Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss.), Deventer: Kluwer 2004.

4 H.L.A. Ko, 'Het (te) strakke keurslijf van de algemeen verbindend verklaarde CAO', *AR2004*, p. 27-28.

5 Rapport *Deregulering en arbeidsmarkt* d.d. 25 mei 1984, *Kamerstukken II* 17 931, nr. 34, p. 13.

Kortom, de cao, die door de avv juridisch hard is gemaakt, is niet per se strijdig met economische rationaliteit. Geen wonder, dat de politiek-economische pleidooien voor afschaffing van de avv, die sinds 1990 in Nederland zo nu en dan naar voren zijn gebracht (door Zalm bijv.),<sup>6</sup> toch nimmer veel bijval hebben gekregen. Zelfs de meeste werkgevers in Nederlands zweren bij de avv-cao.

### **Maar is zij toekomstbestendig?**

Alleen al het feit, dat avv slechts een nationale werkingssfeer kan hebben, maakt het instrument kwetsbaar in een wereld, waarin de markten steeds meer opengaan. We zien dat in de sfeer van de industriële massaproductie – speelgoed, souvenirs, textiel, eenvoudige elektrotechnische apparatuur, enz. – de importen onze markt beheersen, omdat het peil van de arbeidskosten in Nederland te hoog is geworden. Dit soort producties is zeker niet in de laatste plaats uit Nederland verdwenen vanwege het enorme verschil in loonniveaus tussen Nederland en veel derdewereldlanden.

Tegelijkertijd zien we echter ook, dat daar allerlei nieuwe bedrijvigheid voor in de plaats gekomen is die op dit moment nog wel degelijk bestand is tegen de internationale concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Het gaat dan om hoogwaardige producten waar een hoog niveau van specialisme voor nodig is, of om diensten, die onvermijdelijk ter plekke in Nederland moeten worden verleend. Nederland is blijkbaar een aantrekkelijke plaats om voldoende werkgelegenheid te houden ook al heerst hier een hoog niveau van arbeidsvoorwaarden.

Het bestaan van de avv mag dus wel bevorderd hebben, dat bepaalde bedrijvigheid is weggetrokken, maar het heeft er niet toe geleid, dat er geen emplot meer is voor de Nederlandse beroepsbevolking op door avv-cao beveiligde hoge niveaus van arbeidsvoorwaarden.<sup>7</sup>

Is het te verwachten, dat deze trend zich nog tientallen jaren zal voortzetten? Aan de ene kant zijn er zeker tekenen, die erop wijzen,

6 G. Zalm, *ESB* 1990, p. 512-517; G. Zalm, *ESB* 1992, p. 61-62.

7 Zie *Kamerstukken* 2009/10, 32 123 XIII, nr. 55. Daarin wordt gesteld, dat in Nederland tussen 2004 en 2008 minstens 41.000 banen verloren zijn gegaan door verplaatsing naar het buitenland. Hoeveel banen door het aantal inkomende investeringen in die periode zijn gecreëerd, wist de minister niet, maar zou ze laten onderzoeken!

dat er nog telkens weer andere bedrijvigheid uit Nederland zal wegtrekken vanwege de loonverschillen.<sup>8</sup> Maar als dat net zoals de afgelopen vijftig jaar gebeurt in een zodanig tempo, dat daar in gelijke mate nieuwe bedrijvigheid voor in de plaats komt, die (nog) bestand is tegen internationale concurrentie op lage lonen, dan is er geen zorg. En dan kan ook de algemeen verbindend verklaarde cao haar nuttige rol blijven vervullen.

Tegen die genuanceerde achtergrond kan men dus rustig de avv-cao nog een langere tijd als toekomstbestendig blijven beschouwen.

Dat verklaart ook dat er in Nederland niet zo'n grote aandrang bestaat, om die hoge juridische hardheid van de cao aan te tasten.

In andere Europese landen, waar de cao een grote mate van juridische hardheid heeft, is die aandrang er wel. In Duitsland bijvoorbeeld wordt al sinds het begin van deze eeuw aan de juridische hardheid van de cao geknaagd in het kader van een politiek, die *Bündnis für Arbeit* wordt genoemd: in ruil voor werkgeversgaranties dat de werkgelegenheid in stand zal blijven, gaan vakbonden en ondernemingsraden akkoord met neerwaartse afwijkingen van de cao.<sup>9</sup> In Italië heeft Fiat in januari 2011 een dergelijke strategie toegepast.

Dat die trend nog niet naar Nederland is overgewaaid komt wellicht, omdat in Nederland de zogenoemde maakindustrie, die het meest kwetsbaar is voor de globale loonkostenverschillen, al een veel minder belangrijke plaats inneemt dan in Duitsland en Italië.

Maar helemaal ongevoelig voor deze trend is Nederland nu ook weer niet, omdat in onze overheersend op dienstverlening ingestelde economie lagelonenarbeid geïmporteerd zou kunnen worden, als men het cao-niveau daarmee kan ontduiken. Juridisch-technisch is dat mogelijk, omdat enerzijds het vrij verkeer van werknemers binnen de EU Nederland verplicht om werknemers uit EU-lidstaten

8 Recente voorbeelden (2010) zijn de sluiting van Kennametal (92 banen in Arnhem/Hardenberg) wegens verplaatsing naar Duitsland en 95 banen bij Unilever Oss wegens verplaatsing van de soep-in-zakproductie naar Polen. Ook in Oss staan momenteel 2.000 banen op de tocht bij Organon. Volgens een enquête onder de achterban van FME-CWM heeft een op de drie bedrijven in de technologische sector plannen om op korte termijn afdelingen naar het buitenland te verplaatsen omdat zij de loonkosten in Nederland te hoog vinden (BD 11 november 2010).

9 T.Blanke en E. Rose, 'Erosion or renewal, 'The crisis of collective wage formation in Germany', in: T. Blanke en E. Rose, *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, The Hague 2005, p. 5-28.



toe te laten. Anderzijds omdat ditzelfde EU-recht de lidstaten toelaat om een aantal sociale voorwaarden aan die buitenlandse werknemers dwingend op te leggen, maar niet alle.<sup>10</sup> Langs die weg is dus toch het onderbieden van het minimum-cao-niveau mogelijk.

En daarmee hebben we in Nederland al wel ervaring opgedaan, vooral in de sfeer van de uitzendbranche. En bij ons spitst die problematiek zich dan in het juridische vlak toe op de dispensatie.

In Nederland kan dispensatie langs twee wegen verleend worden:

- a) door de minister, doordat hij gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om bij zijn besluit tot het algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten bepaalde ondernemingen uit te zonderen;
- b) door de partijen, die een cao hebben gesloten, doordat zij een onderneming ontheffing verlenen van een of meer bepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomst.

### 3.2 Ministeriële dispensatie

De dispensatie die de minister kan verlenen van de algemeen verbindend verklaarde cao was tot ver in de tachtiger jaren een tamelijk duister gebeuren maar vermoedelijk ook niet erg omstreden.<sup>11</sup> In de jaren tachtig begonnen al de eerste twijfels te rijzen<sup>12</sup> en in de jaren negentig raakte ze meer omstreden, de roep om transparantie nam toe, maar ook de roep om een overheid meer op afstand. Al die factoren

10 Met name door te laten werken via in het buitenland gevestigde bedrijven kan men met buitenlandse krachten aanzienlijk onder het Nederlandse loonkostenpeil duiken. De Nederlandse wettelijke sociale zekerheid is dan een tijd lang zeker niet van toepassing; soms ook niet alle in Nederland geldende arbeidsvoorwaarden.

11 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer 2006, p. 186; M. Houwerzijl, 'De golfbeweging in het dispensatiebeleid op grond van de Wet avv (1992-2007)', in: A.T.J.M. Jacobs en F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen 2007, p. 135-152; J. van Drongelen, *Collectief Arbeidsrecht 2*, Zutphen 2009, p. 94-100.

12 C.J. Hagen, 'De ondernemingsvakbond, de ondernemings-CAO en ontheffing van de AVV', in: *De Maris-bundel. Opstellen aangeboden aan Mr. A.G. Maris*, Deventer 1989, p. 29-32; M. Olbers, *SMA* 1987, p. 124; M. Olbers, *SMA* 1989, p. 143-148; Fase en Van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 192-193 en p. 225-226.

leidden ertoe, dat deze dispensatie geleidelijk meer transparant werd (Toetsingskader), maar tezelfdertijd ook steeds ruimhartiger.<sup>13</sup>

De nadelige gevolgen van die nieuwe beleidslijn zijn snel aan de oppervlakte gekomen. In deze nieuwe situatie werd het mogelijk, dat de werkgevers, die een eigen ondernemings-cao/subsector-cao nastreefden met een lager niveau van arbeidsvoorwaarden, met puur dat oogmerk de oprichting van een eigen bedrijfsvakbond gingen bevorderen of hun heil zochten bij exotische bonden. Bepaalde ondernemers gingen zaken doen met dergelijke zwakke bonden om aldus onder de avv uit te komen.<sup>14</sup>

Rond 2003 werd de minister zich van die situatie bewust en tussen 2003 en 2007 is het ruimhartige dispensatiebeleid stapsgewijs omgezet in een zeer eng dispensatiebeleid. Er wordt nu alleen nog maar dispensatie verleend als daar ‘zwaarwegende argumenten’ voor zijn.<sup>15</sup>

Het onderzoeksbureau Ecorys heeft, in december 2009, een in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid opgesteld rapport laten verschijnen, waarin de praktijk en de resultaten van het nieuwe avv-beleid zijn doorgelicht.<sup>16</sup> Sinds 2007 is twee derde van de afgehandelde dispensatieverzoeken afgewezen, driekwart van de toewijzingen vond plaats in de uitzendbranche. Ecorys kwam tot de conclusie dat de huidige normering in het Toetsingskader geen inhoudelijke aanpassing nodig heeft.

13 A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss.), 's-Gravenhage 2000, p. 55-56; A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss.), Deventer 2004, p. 266.

14 W.J.P.M. Fase, ‘De schone CAO-schijn’, *SMA* 2004, p. 56-57; W.J.P.M. Fase, ‘Recente CAO-perikelen’, *SMA* 2006, p. 232; F.B.J. Grapperhaus, ‘Toetsingskader algemeenverbindendverklarde CAO’s: voortaan inhoudelijke toetsing van “kleine” CAO’s’, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 556; A.Ph.C.M. Jaspers, ‘Gele bonden in Nederland’, *SR* 2004, p. 3-5; T. Van Peijpe, ‘Via Philadelphia’, *SMA* 2006, p. 45.

15 Wijziging Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklarde CAO-bepalingen, *Stcrt.* 2006, 232; gebaseerd op een adviesaanvraag aan de Stichting van de Arbeid van de Minister van SZW, 29 maart 2006, en op het daarop door de STAR uitgebrachte advies van 11 september 2006; E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Amsterdam 2007, p. 180-181; W.G.M. Plessen, ‘CAO-perikelen’, *SMA* 2007, p. 352-253; M.E.L. Vallenduuk, *Bevordering of belemmering? Toetsingskader AVV anno 2007*, Amsterdam: UvA 2007.

16 Ecorys, *Evaluatie wijziging dispensatieregels Toetsingskader AVV*, Rotterdam 6 november 2009. Toegezonden door de Minister van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 21 december 2009, kenmerk AV/SDA/2009/28422.

### 3.3 Dispensatie door de cao-partijen

Behalve van de minister kan een onderneming ook dispensatie krijgen van de toepassing van de hele cao of van de cao-bepalingen van de kant van de cao-partijen zelf. Sinds jaar en dag kent menige bedrijfstak-cao een clause, die het mogelijk maakt, dat bepaalde werkgevers dispensatie wordt verleend van de plicht tot naleving van de hele cao of van enkele cao-bepalingen. De bevoegdheid daartoe wordt vaak gelegd in handen van organen die de cao-partijen daartoe speciaal in het leven hebben geroepen.

Dergelijke cao-bepalingen plegen algemeen verbindend te worden verklaard al was het alleen maar omdat ze ook de minister ontlasten in zijn avv-beleid.

Het eigen beleid in de bedrijfstakken ten aanzien van dispensatie heeft jarenlang weinig belangstelling opgeroepen. Die belangstelling kwam er pas toen de avv als instrument ter discussie kwam te staan, begin jaren negentig. De sociale partners hebben daarop binnen de Stichting van de Arbeid in 1994<sup>17</sup> de eerste aanbevelingen gedaan. Onderzoek door de arbeidsinspectie in 1995<sup>18</sup> wees uit, dat er in ruim een derde van de bedrijfstak-cao's geen dispensatiebepaling was opgenomen en dat er weinig werd gedaan met de mogelijkheden om bij de cao-partijen dispensatie te vragen. Dit mede omdat de dispensatiemogelijkheden in cao's vaak stonden omschreven en dat het lang duurde eer er beslissingen genomen werden op verzoeken om dispensatie.<sup>19</sup>

De sociale partners hebben daarop binnen de Stichting van de Arbeid nogmaals in 1996<sup>20</sup> aanbevelingen opgesteld ten behoeve van de cao-partijen in de bedrijfstakken.

Meer recentelijk werd de praktijk van dispensatiebepalingen in bedrijfstak-cao's nog weer eens onder de loep genomen in een onderzoek van het bureau Basis & Beleid in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken (!) in 2007.<sup>21</sup>

17 Vgl. enkele aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid in relatie tot het avv-beleid van cao-partijen, publicatienummer 02/94. Zie ook M.A.C. de Wit, *Aanbevelen Arbeidsrecht*, 's-Gravenhage 1995, p. 5; zie over de realisatie ISZW-rapport *Cao-afspraken 1996*.

18 Ministerie van SZW, *Cao-afspraken 1995*, Den Haag 1995.

19 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer 2007, p. 191.

20 Stichting van de Arbeid, *Dispensatieverlening van bepalingen in cao's*, 26 november 1996, publicatienummer 6/96.

21 R. Colard en E. Smit (red.), *Dispensatiebepalingen in bedrijfstak-CAO's*, Utrecht: Basis & Beleid Organisatieadviseurs BV 2007.

De conclusie was dat er nauwelijks sprake was van een dispensatiepraktijk. In de meeste cao's zijn wel dispensatieartikelen opgenomen, maar heeft de verzoeker geen duidelijkheid over de dispensatieprocedure. Een quickscan uitgevoerd door de studenten van de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek van de UvT in 2009/2010 heeft deze conclusies bevestigd.

### 3.4 Enkele politieke beschouwingen

Moet men een stringent of een soepel dispensatiebeleid op de avv-cao willen? Moet het dispensatiebeleid het eenvoudig mogelijk maken voor ondernemers om door een creatieve opzet van hun bedrijfsorganisatie het zó te regelen, dat men belangrijke kostenposten van een bedrijfstak-cao kan omzeilen? Zelfs met de mogelijkheid, dat – bijvoorbeeld door een bepaalde selectie van werknemers of van werkzaamheden toe te passen – de betrokken werknemers daar – zeker in hun directe beloning – nog niet eens slechter van worden en dus best bereid kunnen zijn om met een eigen vereniging als contractpartner voor zo'n ondernemings-cao op te treden?

Het klassieke voorbeeld is de havensleepvaart in Rotterdam, waar de cao een bemanning van vier per sleepboot aangaf. Kooren wilde met drie man varen, bespaarde daarmee eenvierde van de personeelskosten, gaf de helft daarvan als hoger loon door aan zijn werknemers (die bereid waren dit via hun vereniging in een ondernemings-cao overeen te komen), de rest aan klanten in de vorm van lagere prijzen, en snoepte zodoende markt weg bij de concurrenten.<sup>22</sup>

Men kan een dergelijke gang van zaken verdedigen met het argument, dat op die manier creatief ondernemen in de hand wordt gewerkt en verstarde typen van bedrijfsvoering kunnen worden voorkomen. Maar daar staat tegenover dat bepaalde sociale evenwichten, die de sociale partners op bedrijfstakniveau willen dienen, dan uitgehold worden.

Moet het dispensatiebeleid dat nu mogelijk maken of dwarsbomen?

22 Vgl. Rb. Rotterdam (pres.) 14 december 1988, *KG* 1989, 31; M.M. Olbers, *SMA* 1989, p. 143; C.J. Hagen, 'De ondernemingsvakbond, de ondernemings-cao en ontheffing van de avv', in: A.G. Maris en J. van Schellen (red.), *De Maris-bundel*, Deventer 1989, p. 29.

Is er niet veel voor te zeggen om het beleid van de sociale partners op bedrijfstakniveau toch in bescherming te nemen via het dispensatiebeleid. Het is immers niet per se altijd het beste, wanneer men door uitkleding van het sociale beleid van een onderneming kosten bespaart. Zoiets kan best op lange termijn of in macroverband ongunstig zijn. We hebben die mechanismen nu ook weer in de recente bankcrisis gezien.

Het zou onzes inziens deel moeten zijn van het Europese Sociale Model,<sup>23</sup> dat het kapitalistische systeem hier niet tot in het extreme kan worden doorgevoerd, maar gebonden is aan grenzen. Een van die grenzen moet en kan heel bewust zijn: het laten prevaleren van sociale doelstellingen voor een bedrijfstak boven micro-egoïsme op ondernemingsniveau.

Tegen het argument, dat de avv dan ook best economische ontwikkelingen zou kunnen blokkeren kunnen twee argumenten worden ingebracht.

In de eerste plaats kan dat niet, wanneer een ondernemer veel van zijn concurrenten weet te overtuigen, dat een anders ingerichte cao wenselijk is. Want dan is er geen meerderheid van de bedrijfstak meer die de cao nog naleeft en kan er niet algemeen verbindend worden verklaard. Men mag ervan uitgaan, dat wanneer er goede economische argumenten tegen een bepaalde cao-opzet zijn, men andere ondernemers daarvan moet kunnen overtuigen.

In de tweede plaats zou een cao, die voor een subsector geheel economisch onaanvaardbaar is, aanleiding kunnen zijn voor ondernemers en economen om dit onder de aandacht te brengen van de minister en hem te vragen om de cao niet voor die subsector algemeen verbindend te verklaren wegens strijd met het algemeen belang.

Kortom: de vraag naar een stringent of ruimhartig dispensatiebeleid is een vraag die alles te maken heeft met de politieke economie. Wil men de deur openzetten voor scherp kapitalistisch gedrag (*shareholders' value*) of wil men het ondernemersgedrag inbedden in maatschappelijk verantwoorde bedrijfsvoering (*stakeholders' value/social corporate governance*).<sup>24</sup>

23 R. Blanpain e.a. (red.), *The European Social Model*, Antwerpen 2006.

24 A.G. Veldman e.a. (red.), *Social responsibility in labour relations: European and comparative perspectives*, Alphen aan de Rijn 2008.

### 3.5 Juridische beschouwingen

Vooropgesteld zij, dat er geen juridische redenen zijn, waarom het instrument van de avv zou moeten worden afgeschaft. In de rechtspraak van de EU<sup>25</sup> en in de quasirechtspraak van de ILO wordt het instrument erkend.

Wél heeft de vraag naar een stringent of ruimhartig dispensatiebeleid een bepaald grondrechtenaspect: de wetgever mag het proces van collectief onderhandelen wel ondersteunen – moet dat eigenlijk ook<sup>26</sup> – maar hij mag dat proces niet schaden. Welnu, door dispensatie te weigeren ondersteunt de overheid het collectief onderhandelen tussen de traditionele partijen, maar zij frustreert het collectief onderhandelen met nieuwkomende partijen. Het was dan ook met een referte aan de ILO-Verdragen 87 en 98 met betrekking tot de vrijheid van collectief onderhandelen, dat er tussen 1998 en 2007 een ruim dispensatiebeleid werd gevoerd. Men vond zelfs dat een beperkt dispensatiebeleid, in de zin dat de ondernemings-cao inhoudelijk zou worden getoetst, in strijd zou zijn met de grondrechten.<sup>27</sup>

Een en ander doet de vraag rijzen of het wel verstandig is om het probleem van de huisbonden en de zwakke bonden aan te pakken via juridische middelen, en of men niet beter kan denken langs de lijnen van *power relations*, welke altijd een grote rol hebben gespeeld in het collectieve arbeidsrecht. Wanneer in Nederland het recht van staking en met name ook van solidariteitsacties voldoende royaal erkend wordt, hoeven wetgever en rechter het probleem van de 'nep-cao's niet te regelen. De grote bonden kunnen ondernemers, die dit soort cao's aangaan, met collectieve acties in het gareel dwingen.

Dat dit in Nederland niet gebeurt heeft een bundel van oorzaken. In de eerste plaats zijn de grote bonden vaak toch maar klein in bepaalde ondernemingen en kunnen ze niet voldoende personeel achter acties krijgen. Een goed voorbeeld daarvan was een paar jaar geleden de Horeca-cao, waar de FNV buitenspel was gezet. De bonden slaagden er niet in de werknemers voldoende in beweging te krijgen om door acties een betere cao af te dwingen.

25 HvJ EG 21 september 1999, *NJ* 2000, 233 (*Albany*); HvJ EG 3 april 2008, nr. C-346/06 (*Rüffert*).

26 Zie ILO-Verdrag 154.

27 W.J.P.M. Fase en J. Van Drongelen, *CAO-recht. Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 212.

Een tweede probleem kan gelegen zijn in de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot solidariteitsacties. Kan de vakbond er zeker van zijn dat bijvoorbeeld de werknemers van Heineken rechtmatig zouden kunnen weigeren om een café van drank te voorzien, dat zich heeft gebonden aan een 'nep-cao'? In Zweden behoort zo'n aanpak tot de kern van het systeem van collectieve arbeidsverhoudingen, maar het is de vraag of het Nederlandse actierecht op dit punt wel zo ruimhartig zou kunnen zijn<sup>28</sup> en of ook de werknemers er wel zo veel voor voelen.

Het meest belangrijke obstakel is waarschijnlijk de Nederlandse cultuur, die niet zo van collectieve acties houdt. Zaken worden liever aan onderhandelingstafels of in rechtszalen opgelost.

Het nadeel van die cultuur kan echter best zijn, dat de vakbonden daardoor te weinig strijdbaar worden en hun appel verliezen. Het ledenbestand is in Nederland al niet zo florissant.

Anderzijds zijn we er ons van bewust, dat men in Nederland waarschijnlijk vooralsnog toch blijft opteren voor het poldermodel, waarin onnodige conflicten toch zo veel mogelijk worden voorkomen.

Maar hoe dan ook: ook hier doemt dus weer een keuze op: de vraag naar een stringent of ruimhartig dispensatiebeleid is een vraag die ook alles te maken heeft met de sociaal-politieke cultuur. Wil men allerhande vakbonden, die de traditionele bonden voor de voeten lopen, dit toestaan onder het motto, dat die traditionele bonden dan maar hun kracht moeten bewijzen en de nep-cao's moeten uitschakelen met acties, of wil men dit soort acties voorkomen door juridische constructies, die het allerlei bonden buiten de traditionele bonden onmogelijk maakt om met nep-cao's de algemeen verbindend verklaarde cao te doorbreken?

Aangezien men in Nederland doorgaans de neiging heeft om op het sociaal-politieke vlak een gulden middenweg te bewandelen lijkt het ons voor de hand te liggen, dat het ministeriële dispensatiebeleid wel een beetje opening wil bieden voor creatief ondernemershandelen en voor een dynamische ontwikkeling in de bedrijfstak. De minister moet niet uitgaan van een statisch begrip van een bedrijfstak. Wanneer zich daarbinnen diverse belangen aftekenen, dan moet hij opdeling toelaten in subbedrijfstakken, waarvoor eigen

28 Vgl. Rb. Amsterdam (pres.) 26 augustus 1998, *KG* 1998, 257; A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor*, Deventer 2004, p. 59-60.

cao's kunnen gelden. Van de andere kant moet het avv-beleid wel een halt toeroepen aan excessief *shareholders-driven* ondernemersgedrag, dat de sociale evenwichten, die op bedrijfstakniveau worden bereikt, uitholt. Het ministeriële dispensatiebeleid moet de onderhandelingsvrijheid voor de niet-traditionele bonden niet geheel verstikken, maar moet anderzijds de deur ook niet te veel openzetten voor het optreden van niet-traditionele bonden, die de sociale evenwichten, die op bedrijfstakniveau worden bereikt, uithollen. Power relations zijn belangrijk, maar daarnaast moeten ook juridische middelen worden benut om dit in goede banen te leiden.

### 3.6 Het huidige ministeriële dispensatiebeleid en het ezelsbruggetje daarheen

Als we van deze premissen mogen uitgaan, dan rijst vervolgens de vraag of het huidige ministeriële dispensatiebeleid handhaving verdient. Is het functioneel? Voldoet het aan eisen van rechtsstatelijkheid? Enzovoort. Het mag duidelijk zijn dat het dit bestek van een compacte bijdrage te buiten gaat, om dat uitvoerig te toetsen.<sup>29</sup> In dit type bijdrage, dat vooral tot doel heeft om het debat te stimuleren over de houdbaarheid van het cao-systeem, willen we de focus richten op de essentie van het huidige beleid en zijn mogelijke alternatieven.

Sinds 2007 verleent de minister alleen nog maar dispensatie wanneer “vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de bedrijfstakcao door middel van avv redelijkerwijze niet kan worden gevegd”.<sup>30</sup> Dit beleid schijnt bewust te willen teruggrijpen op de wetsgeschiedenis. In de MvT heette het indertijd (1935), dat de bevoegdheid voor de minister om uitzonderingen te maken op de algemeenverbindendverklaring gegeven is “om te voorkomen, dat arbeidsovereenkomsten onder verschillende verbindend verklaarde regelingen zouden vallen of onder een collectief contract en een verbindend verklaarde regeling, die niet in overeenstemming met elkaar zijn. Eindelijk dient rekening gehouden te worden met de mogelijkheid, dat verbindendverklaring in het algemeen wel gemotiveerd is, doch

29 Hierover is een proefschrift in voorbereiding.

30 Toetsingskader algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen (avv), laatstelijk herzien in circulaire van 20 november 2006, *Stret.* 2006, 232, onder 7.



voor bepaalde ondernemingen op gegronde bezwaren zou stuiten, omdat de toestanden daarin geheel verschillen van die in de ondernemingen, welke onder de collectieve arbeidsvoorwaarden vallen”.<sup>31</sup>

Dit rechtshistorische uitgangspunt wordt nu door de minister benut om zijn dispensatiebeleid enkel in te zetten, wanneer daarvoor zwaarwegende argumenten zijn. Maar wat zijn die dan? De minister noemt weliswaar in het Toetsingskader één reden: “(...) met name als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv-cao gerekend kunnen worden.” Daar kan men zich wel iets bij voorstellen, maar helemaal helder is het niet. De minister heeft echter al snel een instrument gevonden om deze toetsing te verrichten. Als hij kan vaststellen, dat ook de werkgeverspartijen van de bedrijfstak-cao veel ondernemingen onder hun leden hebben, die vergelijkbaar zijn met de ondernemingen die gedispenseerd willen worden, dan laat hij zich niet overtuigen door het argument van specifieke bedrijfskenmerken. Dat bleek al in zijn besluit om geen dispensatie te verlenen van de Cao voor de Groothandel in Levensmiddelen ten behoeve van de Cao voor de Groothandel in Horecaproducten, afgesloten met de LBV en uit de NVUB-casus bleek, dat de Raad van State die redenering volgt.<sup>32</sup> Inmiddels heeft ook het Committee on Freedom of Association van de IAO in een klachtprocedure dit huidige Nederlandse beleid goedgekeurd.<sup>33</sup>

Zou een zeer terughoudend dispensatiebeleid van de minister niet op zijn plaats zijn? De avv-cao moet het minimum blijven voor alle ondernemingen, die tot een bepaalde markt willen toetreden.

Het is echter wel voorstelbaar, dat ondernemingen die structureel een wat eigenaardig karakter hebben iets royaler worden uitgezonderd dan nu gebeurt, mits bij een pakketvergelijking blijkt, dat hun arbeidsvoorwaardenpakket voor de werknemers niet slechter uitpakt dan dat van de avv-cao.

Wij geven twee praktijkvoorbeelden: in een recent verleden verwierp de minister een uitzondering voor een onderneming in het huisartsenvervoer. In deze bijzondere niche van het taxivervoer, waarin alleen

31 Bijlage bij *Handelingen II* 1936/37, 274, nr. 3.

32 ARRVs 18 november 2009, *JAR* 2009, 304.

33 18 november 2008, *JAR* 2008, 296; zie C. Boonstra, *TRA* 2009, p. 27-29.

avond- en nachtritten worden gemaakt, had de betreffende onderneming een eigen cao afgesloten, waarin de vaste beloning hoger lag dan die van de Taxi-cao, omdat daar de toeslagen voor avond- en nachtwerk al in verwerkt waren. Doordat de minister avv-dispensatie weigerde werd deze onderneming opgescheept met de lasten van de Taxi-cao met haar toeslagen, die dan nog zouden komen boven op de hogere beloning uit de eigen cao, die door incorporatiebepalingen ook bindend bleef. Zo zouden de loonkosten voor dit bedrijf veel hoger uitkomen dan voor bedrijven onder de Taxi-cao.

Een vergelijkbare situatie heeft zich enkele jaren geleden ook voorgedaan rondom de natuursteenrenovatie.

In het huidige beleid wil de minister niet wegen: “Weging van de afzonderlijke arbeidsvoorwaardenpakketten vindt in het kader van een dispensatieverzoek niet plaats.”<sup>34</sup> Wij bepleiten om dat wel te doen,<sup>35</sup> wanneer de onderneming zelf via verklaringen van loon-deskundigen helder en transparant kan aantonen, dat ze niet onder de cao uit wil om goedkoper uit te zijn, maar omdat de bedrijfsvoering behoefte heeft aan meer maatwerk.

### 3.7 Dispensatie door de cao-partijen

De ministeriële dispensatie is per definitie een log beleidsinstrument. De minister staat ver af van de praktijk, de procedures van avv zijn onvermijdelijk traag; het oordeel over uitzondering valt zwart-wit uit. Wie even te laat is met het aanvragen van een dispensatie kan het vaak pas weer na een of twee jaar opnieuw proberen.

Daarom is het goed, dat er een meer soepele vorm van dispensatie is, te weten, die door de cao-partijen. Die zitten dicht bij het vuur, men kan er iedere dag bij aankloppen, ze kunnen snel beslissen en ook partiële, tijdelijke en voorwaardelijke ontheffingen geven. Kortom, in theorie is de mogelijkheid van dispensatie door de cao-partijen een mooie, kleinschalige, wendbare aanvulling op het logge instrument van de ministeriële dispensatie.

34 Zie Toetsingskader, onder 7.

35 Bepleit door A.T.J.M. Jacobs, ‘Herijking van de algemeen verbindend verklaring van cao’s’, in: R. Duk e.a., *CAO-Recht in beweging*, Den Haag 2005, p. 21-59; ook verdedigd in M.F.P. Royer/C.M.T. van der Veldt, *Dispensatie onder de loep*, op [www.arbac.nl/artikel\\_12.php](http://www.arbac.nl/artikel_12.php).

Helaas toont de schamele praktijk van de dispensatie door de cao-partijen dit allerm minst aan. We zeiden hierboven al, dat er van deze mogelijkheid weinig gebruik wordt gemaakt.

Een eerste oorzaak daarvoor lijkt te zijn de onbekendheid met deze mogelijkheid en de onvoldoende duidelijkheid over de procedures.

Deze procedurele onvolkomenheden geven geen pas. De procedure van de dispensatie door cao-partijen en de criteria die voor deze dispensatie worden gehanteerd, moeten van tevoren bekend zijn bijvoorbeeld via publicatie op het internet. In de procedure moet worden voorzien in een versnelde procedure en in een instantie, die niet te dicht bij de partijen van de bedrijfstak-cao staat, bijvoorbeeld door daarin een zwaarwegende stem te geven aan een buitenstaander-voorzitter. Dit al door de Stichting van de Arbeid bepleitte aspect<sup>36</sup> is zeker ook nodig om ondernemers het gevoel te geven dat ze bij het aanvragen van deze dispensatie niet 'bij de duivel te biecht zijn'. Plessen<sup>37</sup> stelde, dat een ruimhartig dispensatiebeleid vraagt om cao-partijen, die wat durven, die uit hun eigen schaduw kunnen springen, maar hij voegde er meteen aan toe: "Juist CAO-partijen zitten vaak volledig 'gebakken' aan het resultaat dat ze na doorgaans langdurig bakkeleien hebben bereikt." Daarom is het wenselijk, dat beweeglijkheid wordt gebracht in de dispensatie door cao-partijen, bijvoorbeeld via een onafhankelijk voorzitter van een dispensatiecommissie.

Heel deze ontwikkeling kan de minister bevorderen door geen av meer te verlenen op cao's, waarvan de dispensatieclausules niet aan deze eisen beantwoorden.

Een belangrijke juridische hobbel voor het dispensatiebeleid van de cao-partijen zou wel eens kunnen zijn dat het niet zeker is, dat de dispensatie die zij verlenen van bepaalde cao-artikelen rechtstreeks en onmiddellijk doorwerkt in alle individuele arbeidscontracten. En als dat niet zo is, dan is dispensatie door de cao-partijen een bot instrument, dat dan begrijpelijkerwijze niet gebruikt zal worden.

Het verdient daarom aanbeveling om in een duidelijke wetsbepaling vast te leggen, dat afwijkingen van de cao, die door de cao-partijen worden gefiatteerd voor alle werknemers van het bedrijf rechtstreeks en onmiddellijk doorwerken, ook als dat afwijkingen in peius zijn.

36 Stichting van de Arbeid, *Dispensatieverlening van bepalingen in cao's*, 26 november 1996, publicatienummer 6/96, p. 10-11.

37 W.G.A. Plessen, *SMA* 2004, p. 485-487.

Als deze procedurele onvolkomenheden uit de weg zijn geruimd, rijst natuurlijk wel de vraag of de cao-partijen inhoudelijk hetzelfde beleid moeten voeren in hun dispensatiebeleid als de minister doet in zijn dispensatiebeleid?

Grapperhaus<sup>38</sup> stelde, dat er bij de beoordeling van algemeenverbindendverklaring en de beoordeling van dispensatie met dezelfde maat moet worden gemeten. Dat schijnt ook al in verregaande mate te gebeuren. Degenen die sinds 2009 om dispensatie van de cao-partijen vroegen geven aan, dat dit beleid net zo terughoudend is geworden als het dispensatiebeleid van de minister.<sup>39</sup>

Er is, zo denken wij, zeker wel reden om toch wel met verschillende maten te meten.

De ministeriële dispensatie is er om ondernemingen te bedienen, waarin de toestanden geheel verschillen van die van ondernemingen welke onder de cao vallen. Dat laatste ziet toch op een structureel anders-zijn van ondernemingen, die een meer duurzame en/of algehele uitzondering van de toepasselijkheid van een cao nodig maakt.

De dispensatie door cao-partijen zou gevallen moeten bedienen van een structureel anders-zijn van een onderneming, die slechts tijdelijk en/of op onderdelen een uitzondering van de cao nodig maakt. Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan ondernemingen, die vanuit het buitenland op de Nederlandse arbeidsmarkt opereren en geholpen kunnen worden door ze van specifieke onhandige aspecten van de Nederlandse cao ontheffing te verlenen. Of aan ondernemingen met een bepaalde ideologische identiteit.

Daarnaast moet de vraag gesteld worden of niet met name de dispensatie door cao-partijen ook tot functie moet hebben om afwijkingen van een cao mogelijk te maken voor ondernemingen, die niet structureel anders zijn dan de ondernemingen die onder de cao vallen, maar die tijdelijk anders zijn.

Er wordt wel betoogd, dat juist in de dispensatie door cao-partijen wat meer ruimte geboden kan worden voor het maatwerk, waarom de economie of de bedrijfsorganisatie vraagt – de minister kan dat minder doen via zijn dispensatiemogelijkheid.

En dan komen alle economische thema's aan de orde.

38 F.B.J. Grapperhaus, 'Dispensatie van algemeenverbindendverklaring', *SMA* 2005-5.

39 Ecorys, *Evaluatie wijziging dispensatieregels Toetsingskader AVV*, Rotterdam 6 november 2009, p. 38, 41.

Moet er meer ruimte worden gegeven aan startende ondernemers? Moeten zij een tijdje vrijgesteld worden van de toepassing van een cao? De Stichting van de Arbeid heeft dit in 1996 afgewezen,<sup>40</sup> maar moet dat zo blijven?

Men kan ook denken aan bedrijven die in grote economische moeilijkheden verkeren. Plessen<sup>41</sup> gaf als voorbeeld de *SMEAD-casus*<sup>42</sup> en meent dat cao-partijen voor dit soort gevallen een 'ruim dispensatiebeleid' moeten voeren. "Het gaat niet aan, dat een onderneming eerst moet omvallen vooraleer CAO-partijen zelf pas ingrijpen. Dispensatie zou bijv. ook verleend moeten kunnen worden als daarmee juist verdere (arbeidsplaatsen!?) groei kan worden bereikt."

En voor al omgevallen ondernemingen kan gedacht worden aan doorstartoperaties.

Het is zeer de vraag of het in zijn algemeenheid wel zo goed is om startende ondernemers of ondernemers, die in economische moeilijkheden verkeren, van de verplichtingen van de cao vrij te stellen. Maar het is zeer goed voor te stellen, dat wanneer dergelijke ondernemers in gevallen die door hun eigen werknemers worden goedgekeurd, en waarover ook de vakbondsbestuurders gehoord zijn, even een tijdje vrijgesteld kunnen worden van bepaalde cao-verplichtingen, dit geen kwaad kan voor de dynamiek en de gemeenschapszin in onze samenleving.

De dispensatie door cao-partijen en niet de ministeriële dispensatie lijkt daarvoor de meest aangewezen weg, omdat de dispensatie door de cao-partijen veel sneller en minder bureaucratisch moet kunnen plaatsvinden dan de dispensatie door de minister.

De praktijk in Duitsland rondom de Bündnisse für Arbeit bewijst dat dit kan als men het wil.

Maar moet men dit willen? Dat is de vraag. Moet niet eerst hierover in Nederland maar eens een goed debat worden gehouden over wat alle voor- en nadelen daarvan (kunnen) zijn.

40 Stichting van de Arbeid, *Dispensatieverlening van bepalingen in cao's*, 26 november 1996, publicatienummer 6/96, p. 15.

41 W.G.A. Plessen, *SMA* 2004, p. 485-487.

42 Rb. Groningen (vzr.) 6 augustus 2004, *JAR* 2004, 198. Deze zaak ging over een ondernemer die de moeilijke bedrijfseconomische situatie van toen probeerde door te komen door met zijn werknemers af te spreken dat ze voor hetzelfde loon 40 in plaats van 36 uur zouden werken.

### 3.8 Conclusie

De avv-cao kenmerkt zich door een flinke inflexibiliteit. Maar inflexibiliteit is niet per se verkeerd – zie onze antirampenregels! Voor de gevallen dat ze niet heilzaam is kan het dispensatie-instrument uitkomst bieden. Het ministeriële dispensatiebeleid is terecht weer vrij restrictief geworden. Het zou echter meer bevredigend uitpakken, als het werd aangevuld met een inhoudelijke pakketvergelijking: andere arbeidsvoorwaarden moeten kunnen; geen goedkopere. Het dispensatiebeleid van de cao-partijen mag wel wat ruimer zijn en moet soelaas bieden aan anders geaarde ondernemingen alsook aan ondernemingen, die slechts tijdelijk het cao-niveau niet kunnen halen. Om die royaliteit te bereiken moet het ook procedureel gezond worden gemaakt.

Met die verbeteringen lijkt de avv-cao nog wel redelijk toekomstbestendig te zijn.

## 4 Zzp'ers en de cao: mogelijk en wenselijk?

*E. Koot-van der Putte*

### 4.1 Inleiding

De arbeidsovereenkomst is het vertrouwde instrument om de arbeidsvoorwaarden mee vorm te geven. De arbeidsovereenkomst fungeert ook als 'toegangkaartje' tot de sociale zekerheid en de cao. De Wet CAO is namelijk van toepassing op die personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Tegelijkertijd maakt die wet het mogelijk dat de cao ook aanneming van werk en overeenkomsten van opdracht betreft: artikel 1, derde lid, van de Wet CAO: "Zij kan ook betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht." In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat deze gelijkstelling beoogt te voorkomen dat met een andere werkvorm dan de arbeidsovereenkomst beoogd wordt te kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden. Fase schrijft hierover dat zo ook uitzendkrachten onder de cao kunnen worden gebracht, naast freelancers en andere flexibele arbeidsrelaties, die geen arbeidsovereenkomst als basis hebben.<sup>1</sup>

Hoewel de tekst van de wet het mogelijk maakt om ook 'arbeidsvoorwaarden' voor opdrachtnemers vast te leggen in een cao, bestaan er verschillende opvattingen over de vraag of zelfstandigen onder de werking van de cao zouden kunnen en/of moeten worden gebracht en of dergelijke cao-bepalingen in aanmerking komen voor algemeenverbindendverklaring. In deze bijdrage wordt onderzocht of het onderbrengen van zelfstandigen in een cao juridisch mogelijk is en zo ja of dat ook vanuit sociaal-politiek oogpunt wenselijk is. Deze

<sup>1</sup> W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 46.

vraag speelt nog sterker als het erom gaat of zelfstandigen ook onder een algemeen verbindend verklaarde cao gebracht kunnen en moeten worden.

Als eerste komt aan bod de vraag óf en waarom het wenselijk zou zijn dat het Nederlandse cao-recht mede voor zelfstandigen geldt. Daarbij wordt ingegaan op de discussie over schijnzelfstandigen en over de problematiek van het verschil tussen *insiders*-werknemers en *outsiders*-zelfstandigen zonder personeel. Een andere vraag is in hoeverre het Nederlandse cao-recht al voldoende ruimte biedt om voor zelfstandigen te gelden zo dat wenselijk wordt geacht. Vervolgens wordt de vraag opgeworpen of het brengen van de zelfstandigen onder het cao-recht wel verenigbaar is met het mededingingsrecht, Europees en nationaal.<sup>2</sup> Die vraag dient zich aan omdat prijsafspraken – tarieven van zelfstandigen zijn wellicht moeilijk anders te kwalificeren – op gespannen voet staan met het kartelverbod. Als dat zo zou zijn dan lijkt een bestaande wenselijkheid van het onderbrengen van zzp'ers onder een cao juridisch niet te realiseren.

#### 4.2 Is het sociaal-politiek wenselijk dat het Nederlandse cao-recht ook voor zzp'ers geldt?

Begin 2010 is de discussie over de minimumtarieven voor zzp'ers weer eens opgelaaid. De FNV stelde bij monde van haar voorzitter, Agnes Jongerius, dat in sectoren waar de macht van de opdrachtgevers ertoe leidt dat de arbeidsvoorwaarden van zzp'ers te zwaar onder druk komen te staan, de FNV in de cao's afspraken wil maken over minimumvoorwaarden voor zelfstandigen. De FNV stelt dat zoals er een minimumloon voor werknemers bestaat, er ook minimumtarieven kunnen gelden voor zzp'ers. Ook de SER<sup>3</sup> sprak zich in 2010 uit voor de wenselijkheid van minimumtarieven voor zelfstandigen.<sup>4</sup>

2 De vraag van mogelijke strijd tussen het cao-recht en het mededingingsrecht komt ook nog aan de orde in hoofdstuk 9 van dit boek.

3 SER, *Advies zzp'ers in beeld: een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag april 2010, p. 11-13.

4 Er waren wel verschillende opvattingen verbonden aan de sectoren. Vanuit de bond FNV Kiem komen signalen dat de tarieven onder druk staan in de sector kunsten, informatie-industrie en media. Vanuit deze sector is er een roep om minimumtarieven.



Op dit standpunt is echter een heftige reactie gekomen van het Platform Zelfstandige Ondernemers (PZO). PZO stelt dat een meerderheid van de zzp'ers niets wil weten van minimumtarieven. Uit een zogeheten mini-enquête van dit platform blijkt:

“Voor 69 procent van de zzp'ers zijn minimumtarieven voor zelfstandigen onbespreekbaar. Zo'n negentien procent wil er wel over nadenken, maar denkt dat een CAO daar niet het geëigende middel voor is. Slechts elf procent vindt minimumtarieven een noodzaak (...). Van de beroepsgroepen die geënquêteerd zijn over dit onderwerp, zijn alleen de zelfstandige tolken en vertalers met een kleine meerderheid voorstander van tariefafspraken. Maar ook hier is slechts 25 procent voor afspraken in een CAO. Als de inkoopmacht in een sector onevenredig groot is, dan voelen zzp'ers meer voor tariefafspraken, blijkt uit de peiling. Zo staan de tarieven van tolken- en vertalers onder druk door onder meer enkele recente aanbestedingen van de overheid.”<sup>5</sup>

Uit een onderzoek van PZO is naar voren gekomen dat de zzp'ers die hun tarieven te laag achten en dat wijten aan de onevenredige inkoopmacht van opdrachtgevers, het meest voelen voor een vorm van minimumtarieven. De cao is evenwel volgens PZO niet populair (30%). Voor PZO staat voorop dat de onderhandelingsvrijheid van zzp'ers niet ingeperkt moet worden. Deze organisatie is er met name huiverig voor dat eventuele minimumtarieven tevens tot gevolg hebben dat hierdoor tevens direct het maximumtarief is bepaald. “Traditionele werknemersinstrumenten zoals de CAO passen de zzp'er niet, ondernemerskracht moet alle ruimte krijgen,” aldus PZO-voorzitter Esther Raats-Coster.<sup>6</sup>

Niet alleen de belangenverenigingen mengen zich in de discussie, maar ook de politieke partijen hebben hun opvattingen over de vraag of de zzp'er de bescherming van de cao nodig heeft. Zo heeft het Kamerlid Vos namens de PvdA de aandacht gevraagd voor zzp'ers. Zij wilde dat de bepalingen van de Wet CAO prevaleren boven die van het mededingingsrecht, zodat groepen zelfstandigen wel minimumtarieven mogen afspreken. Ook vakbonden zouden in sectoren waar naast werknemers veel zelfstandigen werken, in de cao de minimumtarieven voor freelancers moeten kunnen afspreken. Het

5 [www.pzo.nl/nieuws/31-05-2010/15368323/Zelfstandigen-zien-niets-in-minimum-tarieven](http://www.pzo.nl/nieuws/31-05-2010/15368323/Zelfstandigen-zien-niets-in-minimum-tarieven).

6 [www.pzo.nl](http://www.pzo.nl).

lijkt echter nog maar de vraag of dat zich wel verdraagt met het mededingingsrecht. Zou dat moeten wijken voor een cao?

Vos vindt dat het tijd is voor een andere kijk op het mededingingsrecht, omdat de structuur van de economie en de arbeidsmarkt nogal is veranderd de afgelopen jaren. Steeds meer mensen werken als zzp'er of freelancer. Dat geeft zowel de zzp'er als de opdrachtgever flexibiliteit. Veel opdrachtgevers werken graag met freelancers omdat ze flexibel inzetbaar zijn. Maar die flexibiliteit hoeft er volgens Vos niet toe te leiden "dat zzp-ers tegen elkaar worden uitgespeeld over tarieven".

De VVD stelde bij monde van Kamerlid Elias echter dat "links de zzp'er weer tot loonslaaf" maakt: "Het merkwaardigst van alles was het PvdA-voorstel (...) om zzp'ers vaste tarieven op te leggen. Het zoveelste bewijs dat zo'n partij werkelijk geen vermoeden van zucht heeft op de wat een ondernemer drijft. Wie in het huidige economische tij willens en wetens besluit om hoog aan de wind te zeilen en met messcherpe prijzen juist nu marktterrein te veroveren, moet niet door socialistische betweterij worden beknot in het ondernemerschap. De zzp'er moet een vrije keuze hebben."<sup>7</sup>

Die laatste zinsnede lijkt cruciaal voor deze discussie. Zolang we namelijk te maken hebben met een zzp'er die daadwerkelijk een eigen keuze heeft dan wel een zekere onderhandelingspositie zal niemand op de gedachte komen om deze persoon te willen beschermen middels minimumtarieven in een cao. De eventuele bescherming zal vooral wenselijk zijn voor die groepen die geen eigen keuzevrijheid hebben en die eigenlijk in alle opzichten op een werknemer lijken, de zogeheten schijnzelfstandigen.

Het gaat dus vooral om de groep van schijnzelfstandigen. Te denken valt dan aan de zzp'er/opdrachtnemer die de toets van artikel 7:610 van het BW (loon, arbeid, gezag) glansrijk doorstaat maar tegelijkertijd de fiscale toets van de VAR-WUO niet kan doorstaan. Voor deze groep is het de moeite waard om te onderzoeken in hoeverre het op grond van het Nederlandse cao-recht mogelijk is hun arbeidsvoorwaarden onder de werking van de cao te brengen en als dat wordt gedaan hoe dit zich verhoudt tot het (Europese) mededingingsrecht.

<sup>7</sup> Ton Elias, 'Links maakt zzp'er weer tot loonslaaf', *Financiële Dagblad* 8 juni 2010.

#### 4.2.1 *Schijnzelfstandigen*

Bij schijnzelfstandigen speelt een aantal zaken een rol. Gaat het om zelfgekozen zzp'ers? Of was het de enige resterende mogelijkheid om een arbeidsplaats te behouden of (opnieuw) te verwerven? Werkte de zzp'er eerder in dezelfde functie in de hoedanigheid van werknemer? Is de zzp'er op basis van het individuele arbeidsovereenkomstenrecht aan te merken als werknemer, omdat hij onder de definitie van artikel 7:610 van het BW valt? Heeft de zzp'er minimaal drie opdrachtgevers en komt hij in aanmerking voor een VAR-WUO? Of werkt de zzp'er altijd voor dezelfde opdrachtgever?

Indien sprake is van een schijnzelfstandige is het maar de vraag in hoeverre het schadelijk zou zijn voor de vrije markt en daarmee ook voor consumenten als er minimumtarieven voor deze zzp'ers worden afgesproken. Het is duidelijk dat dergelijke afspraken tot gevolg hebben dat er minder ruimte is voor zzp'ers om te concurreren, maar dat is dan niet problematisch. Zeker bij zzp'ers die zeer weinig verdienen zou het belang om een voldoende inkomen te verwerven zwaarder kunnen wegen dan het belang van de opdrachtgever om zo goedkoop mogelijke arbeidskrachten te kunnen vinden.

Als voorbeeld hiervan zou men kunnen denken aan de postbezorging, waar het concurrentiebelang min of meer een farce genoemd kan worden, omdat het immers niet zozeer ondernemers betreft die hun eigen bedrijfje runnen met een daadwerkelijk ondernemersrisico, als wel schijnzelfstandigen. In de discussie dient dus te worden gedifferentieerd tussen enerzijds zzp'ers die werken op het bodemtarief (te denken valt aan het minimumloon) en anderzijds zzp'ers die hogere tarieven kunnen vragen. In het laatste geval kan men spreken van een zzp'er met een daadwerkelijk zelfstandige positie die de bescherming van de cao niet nodig heeft. Het vastleggen van tarieven – in arbeidsrecht termen: beloning – in een cao en al helemaal het algemeen verbindend verklaren van een dergelijke cao zou de concurrentie inderdaad vervalsen. Aan de andere kant zou het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen die zien op bodemtarieven van schijnzelfstandigen, in het voordeel kunnen werken van zowel werknemers als zzp'ers in de branche. Hier wordt op klassieke wijze voorkomen dat werkgevers elkaar op basis van arbeidsvoorwaarden concurrentie aandoen. De cao wordt hiermee beschermd. Tot nog toe is dit wel de ratio achter bestaande wetgeving. Het uitgangspunt om de cao te beschermen door middel van avv staat voornamelijk niet ter discussie. Daaraan zou een argument

kunnen worden ontleend om de werkenden (zowel werknemers als zzp'ers) in de onderste loonschalen te beschermen tegen concurrentie op arbeidsvoorwaarden.

Van belang is vast te kunnen stellen wanneer we nu te maken hebben met een schijnzelfstandige en wanneer met een daadwerkelijk zelfstandig ondernemer met bijbehorend ondernemersrisico. Immers, verdedigd kan worden dat de schijnzelfstandige doorgaans niet minder (arbeidsrechtelijke) bescherming verdient dan de werknemer.

Een gelijkstellingsregeling treft men bijvoorbeeld aan in de Cao voor de Vleessector 2005-2007. Artikel 1b, vijfde lid, onderdeel b, bepaalt: "Met de werknemer als bedoeld onder 5a) wordt gelijk gesteld de zelfstandige zonder personeel in de zin van lid 7 van dit artikel indien en voor zover deze in de regel werkzaam is voor één opdrachtgever (onderneming, inleenbedrijf of uitzendbedrijf) in de sector."

Volgens lid 7 moet "onder zelfstandige zonder personeel in de sector (ZZP) worden verstaan: de natuurlijke persoon die persoonlijk arbeid verricht tegen beloning ten behoeve van een onderneming, inleenbedrijf of uitzendbedrijf in de sector in de zin van de leden 1, 2 en 3 van dit artikel indien en voor zover voldaan is aan de volgende cumulatieve voorwaarden: – het betreft werkzaamheden zoals bedoeld in lid 1 en/of lid 2c van dit artikel en – hij/zij heeft zelf geen personeel in dienst en – hij/zij verricht de arbeid niet onder leiding en gezag van een werkgever in de sector, d.w.z. is niet werkzaam onder leiding en gezag van een onderneming in de vleessector, een inleenbedrijf in de sector of een uitzendbedrijf in de sector, noch van enige andere werkgever in of buiten de sector, – hij/zij werkt voor eigen rekening en risico, –hij/zij werkt in de regel voor meer dan één opdrachtgever." Als aan het laatste criterium niet is voldaan (dat wil zeggen als de zzp'er doorgaans voor dezelfde opdrachtgever werkt) dan volgt gelijkstelling met de werknemers die onder de werkings-sfeer vallen. Economisch afhankelijke zzp'ers genieten zo toch de bescherming van de cao en er wordt geen schijnzelfstandigheid in stand gelaten op grond van een enkel verschil in aanduiding van de overeenkomst.

Deze bepaling lijkt volstrekt in overeenstemming met de ratio van de Wet CAO. Immers, ook voor 1907 waren de meeste arbeiders werkzaam op basis van hetzij overeenkomst van opdracht dan wel aanneming. De beschermingsgedachte en met name de notie van ongelijkheidscompensatie heeft ertoe geleid dat het arbeidsrecht van

toepassing werd op diegenen die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. In het arbeidsrecht zijn de drie elementen loon, arbeid en gezag bepalend voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. In de sociale zekerheid is dit nog wat meer uitgebreid, juist ook met het oog om de kring van verzekerden niet kunstmatig klein te houden. Immers, hoe meer zielen, hoe meer vreugd en hoe beter de collectieve voorzieningen zijn te handhaven.

De werkingssfeer van verschillende werknemersverzekeringen is ook niet beperkt tot de klassieke werknemers. Zo vallen zelfstandigen die, niet werkzaam in uitoefening van beroep of bedrijf, tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten en waarvan de arbeidsverhouding maatschappelijk kan worden gelijkgesteld met een dienstbetrekking, onder de reikwijdte van de Ziektewet, de WAO, de WIA en de WW. Het is goed te verdedigen om de werkingssfeerbepalingen van cao's ten aanzien van economisch afhankelijke zelfstandigen aan te laten sluiten bij de toepasselijkheid van de socialeverzekeringswetten. Olbers bepleitte dit standpunt reeds in 1981!<sup>8</sup>

#### 4.2.2 *Het insiders/outsideers vraagstuk*

Een volgende vraag is, zoals in de inleiding al aangeduid, óf, wanneer verschil wordt gemaakt tussen soorten zelfstandigen, niet een onderscheid tussen insiders en outsiders wordt geïntroduceerd en of dat te handhaven is. Wanneer het gaat om bescherming – en met name bescherming via een cao tegen *leveling down* praktijken – wordt er steeds gedacht en gesproken over 'werknemers'. Dit is opvallend, omdat er in de praktijk steeds meer mensen werkzaam zijn op basis van opdrachtovereenkomst. Het aantal zzp'ers is volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek de afgelopen twaalf jaar sterk toegenomen, het sterkst in de dienstverlenende sectoren, waaronder ook in de IT-sector en de bouw. In 1996 waren er minder dan 400.000 zelfstandigen zonder personeel. Twaalf jaar later, in 2008, was dit opgelopen tot ruim 640.000. Ten opzichte van de werkzame beroepsbevolking groeide het aantal zzp'ers van 6% tot 9% in 2008.<sup>9</sup>

8 M.M. Olbers, 'De werkingssfeer van de CAO', *SMA* 1981, p. 359-360.

9 [www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/arbeid-sociale-zekerheid/publicaties/artikelen/archief/2009/2009-2885-wm.htm](http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/arbeid-sociale-zekerheid/publicaties/artikelen/archief/2009/2009-2885-wm.htm).

Over het verschil tussen ‘werkenden’ (de *insiders/outsidere*-discussie) voelde het Tweede Kamerlid Vos de Minister van Economische Zaken aan de tand:

“Deelt u de mening, dat het vreemd is, dat collectieven van zelfstandigen geen minimumtarieven mogen stellen om concurrentie op tarieven te voorkomen, maar collectieven van werknemers wel concurrentie op loon mogen voorkomen middels CAO’s?”

De minister antwoordde hierop:

“Nee. Er zijn verschillen tussen de regels voor werknemers en de regels voor zelfstandigen, niet alleen op het gebied van onderhandeling over loon maar op veel meer gebieden. Zelfstandigen zijn ondernemingen. Werknemers maken deel uit van een onderneming. Werknemers concurreren niet met elkaar om de gunst van de consument, ondernemingen wel. Collectieve tariefafspraken tussen zelfstandigen raken hun onderlinge prijsconcurrentie en zijn op grond van de Mededingingswet niet toegestaan. Een groep zelfstandigen mag ervoor kiezen om een onderneming op te richten waarbinnen zij hun diensten tegen gelijke tarieven aanbieden. Zo staan ze sterker tegenover opdrachtgevers, maar in dat geval zijn ze individueel geen zelfstandigen meer.”

Is dit antwoord bevredigend? Fase en Van Drongelen stellen dat de gelijkstelling in artikel 1 van de Wet CAO bedoeld is om te voorkomen dat met een andere soort werkvorm (anders dan arbeidsovereenkomst) beoogd wordt te kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden; *race to the bottom*.<sup>10</sup> Dit is een sociale doelstelling eerder dan een economische. Tot nu toe ziet het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ op de voorwaarden waaronder een werknemer zijn arbeid in het kader van een arbeidsovereenkomst verricht. In het geval van opdrachtnemers wordt eerder gesproken van ‘tarieven’. Hoewel het in de praktijk natuurlijk ook kan worden aangeduid als ‘beloning’ of ‘loon’.

Dat er door de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt zelfs sprake is van een tendens waarbij naast werknemers ook opdrachtnemers werkzaamheden verrichten, is in het licht van het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden onwenselijk. In sommige sectoren is de overeenkomst van opdracht die gesloten wordt nauwelijks te onderscheiden

<sup>10</sup> W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 46.

van een arbeidsovereenkomst. In dat licht bezien is heel moeilijk vol te houden dat een zelfstandige minder bescherming zou toekomen dan een 'gewone' werknemer, zeker wanneer deze 'zelfstandige' na allerlei opdrachten minder overhoudt dan hem of haar op grond van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag zou toekomen.

Nagelkerke, Plessen en Wilthagen<sup>11</sup> poneren 'bewust gewaagd', "dat het huis van het arbeidsrecht steeds minder bewoners kent en leegloopt en hetzelfde geldt voor de cao en andere collectieve of sectorale regelingen". Indien deze ontwikkeling zich doorzet – en die kans is niet denkbeeldig – dan kan dit tot gevolg hebben dat er steeds meer individuele overeenkomsten overblijven. De overeenkomsten om te werken zullen meer marktelementen bevatten, meer flexibel zijn en van relatief beperkte duur. Voor de overblijvende werknemers blijft organisatie en cao-vorming nog wel mogelijk, maar hun positie ten opzichte van de werkgever is waarschijnlijk wel verzwakt. Deze ontwikkeling kan er volgens Nagelkerke c.s. toe leiden dat de vakbond zijn belangrijkste functie, namelijk de loonvormingsfunctie, dreigt te verliezen. Daarbij kan ook een geringer ledental leiden tot een verlies van organisatiemacht tegenover de werkgever, wat collectieve onderhandelingen en het uitvechten van eventuele collectieve conflicten bemoeilijkt. Deze ontwikkelingen zullen denkkelijk niet ten voordele strekken van zowel de werknemers die onder de cao 'achterblijven', als van de economisch afhankelijke zzp'ers. Wordt dit in verband gebracht met de vraag of er een gerechtvaardigd onderscheid bestaat tussen werknemers en de economisch afhankelijke zelfstandigen waar het gaat om de toepassing van het kartelverbod, dan is er voldoende aanleiding om opnieuw te overdenken of de immuniteit van het kartelverbod niet verder zou moeten strekken dan de klassieke kring van bescherming behoevende werknemers.<sup>12</sup>

Dit alles overziend lijkt het helder dat het in de context van vrije concurrentie (ook een belangrijke Europese peiler) niet wenselijk is om alle zelfstandigen onder de cao te brengen. Wel lijkt het de moeite waard om te differentiëren naar type zzp'er teneinde vast te stellen in hoeverre deze zzp'er eenzelfde soort bescherming toekomt als zijn

11 A.G. Nagelkerke, W.G.M. Plessen en A.C.J.M. Wilthagen, 'Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling?', *SMA* 2008-11/12, p. 435-445.

12 Zie voor een uitvoerig onderzoek over onder meer de vraag of zowel werknemers als zelfstandigen onder de werking van het arbeidsrecht kunnen worden gebracht: M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

collega die wél een arbeidsovereenkomst heeft getekend. Als tussen deze beiden de facto geen verschil bestaat en er sprake is van schijnzelfstandigheid, dan lijkt het wenselijk voor deze schijnzelfstandige ook in de cao een voorziening te treffen, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in het hierboven gegeven voorbeeld van de Cao voor de Vleessector. De gedachte hierachter is het beschermen van de cao als zodanig, het voorkomen van een race to the bottom en concurrentie op arbeidsvoorwaarden in de laagste loonschalen, waarbij ‘echte’ werknemers en ‘schijnzelfstandigen’ tegen elkaar worden uitgespeeld. Deze situatie doet zich met name voor in die branches waar de inkoopmacht van de opdrachtgever onevenredig groot is.

### 4.3 In hoeverre biedt het Nederlandse cao-recht de gewenste ruimte om zelfstandigen onder de cao te brengen?

Om de vraag te kunnen beantwoorden óf en zo ja, hoe de (schijn) zelfstandigen/zzp'ers de bescherming kunnen krijgen die zij nodig zouden kunnen hebben, wordt eerst de vraag onderzocht of het cao-recht zelf die ruimte geeft. Vervolgens zal het probleem worden aangeroerd of dat verenigbaar is met het mededingingsrecht.

#### 4.3.1 *Het cao-recht*

Artikel 1, tweede lid, van de Wet CAO maakt het mogelijk dat de cao ook aanneming van werk en overeenkomsten van opdracht betreft. Hetgeen in de wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, vindt dan overeenkomstige toepassing. In de memorie van toelichting geeft de minister aan dat bij aanneming van werk gedacht kan worden aan zogeheten ‘thuiswerkers’.<sup>13</sup> Artikel 2, vierde lid, van de Wet AVV bevat een gelijkstellingsregeling: “Indien de verbindend verklaarde bepalingen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht betreffen, vindt hetgeen in deze wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, overeenkomstige toepassing.”<sup>14</sup> Ook voor deze groepen werkenden kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

13 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, nr. 3, p. 4 (MvT).

14 Art. 2 jo. 4 Wet AVV; par. 5.1 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen, *Stert.* 2006, 232, 24.



een cao algemeen verbindend verklaren, indien één of meer partijen bij de cao daarom verzoeken.

De hierboven genoemde 'thuiswerkers' van toen (het klassieke voorbeeld van de garnalenpellers) zijn heel wel te vergelijken met de tegenwoordige 'postverspreiders', (in dienst van de 'nieuwe' postbedrijven – Sandd en Selektmail<sup>15</sup>) die tegenwoordig op een moment dat hen zint een hoeveelheid post in de eigen buurt ronddelen. Deze postverspreiders vormen in zekere zin een uitgekledde variant van het vertrouwde beroep 'postbode'. De post hoeft niet zelf gesorteerd te worden, maar deze wordt aan huis afgeleverd en de postverspreider bepaalt zelf op welk moment hij/zij deze verspreidt. Sandd stelt dan ook in zijn wervingsfolder: "Een goede balans tussen vrije tijd en verdiensten – Op dinsdag en vrijdag enkele uren bezorgen in uw eigen buurt – Lekker buiten bezig zijn en uw eigen tijd indelen – De te bezorgen post wordt thuis afgeleverd (Ideale bijverdienste voor studenten, huisvrouwen en senioren)".

In de praktijk komen cao's die zich louter op opdrachtnemers richten niet voor. Wel boden sommige cao's de mogelijkheid om de werkingssfeer van de cao uit te breiden tot andere groepen dan werknemers die op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn.<sup>16</sup> Dit lijkt echter niet meer te gebeuren als gevolg van een reactie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) waarin de NMa stelling nam tegen het opnemen van bodentarieven voor zelfstandigen in een cao wat volgens de NMa in strijd is met het Europese mededingingsrecht.<sup>17</sup>

15 In april 2011 heeft Sandd groen licht gekregen om Select mail over te nemen. Ook is in maart 2011 een cao gesloten waarbij Sandd (en Select mail) verplicht is om eind 2013 80% van de postbezorgers in vaste dienst te hebben. De hierboven geschilderde problematiek zal dus anders/minder worden.

16 F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht*, p. 271.

17 Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet, Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Den Haag december 2007; [www.nmanet.nl/Images/Visiedocument%20zelfstandigen%20-%20DEFINITIEF\\_tcm16-109264.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/Visiedocument%20zelfstandigen%20-%20DEFINITIEF_tcm16-109264.pdf). Mede aanleiding was de Cao Remplaçanten Nederlandse Orkesten 2006-2007. In een bijlage bij die cao was bepaald dat aan zelfstandige remplaçanten, niet zijnde werknemers, het in de cao genoemde repetitie- en concerttarief wordt betaald plus een opslag van 16%. Het repetitietarief bedroeg per 1 mei 2007; zie hierover M.S.A. Vegter, 'Ter Visie, de NMa en de kleine zelfstandige', *SR* 2008, 8.

De stellingname van de NMa verdient nadere bespreking vanwege haar mogelijk vergaande betekenis. Vóór 2007 had de NMa niet openlijk een duidelijk standpunt laten horen. Uit het antwoord van de Minister van Economische Zaken op de Kamervragen van het lid Vos<sup>18</sup> blijkt wel dat de NMa zich hierover al wel had gebogen. Daar heette het:

“Overigens had de NMa partijen wel informeel laten weten dat modelcontracten op zich niet verboden zijn, maar dat het collectief afspreken van tarieven onder de Mededingingswet niet toegestaan is”.

In het eerdergenoemde Visiedocument van 2007 stelde de NMa dat het opnemen van vaste dan wel minimumtarieven in een cao ontoelaatbaar is vanuit mededingingsrechtelijk perspectief. De aanleiding voor het presenteren van het Visiedocument was de Cao Remplaçanten 2006-2007 die door FNV Kiem was afgesloten. In de betreffende cao is een bepaling opgenomen op grond waarvan aan de zelfstandige remplaçant (dat wil zeggen een remplaçant die werkt op basis van een opdrachtovereenkomst en niet op basis van een arbeidsovereenkomst) minimaal het repetitie- en concerttarief moet worden betaald zoals dat ook aan de werknemer wordt betaald, vermeerderd met 16%. Deze toelage is ervoor bedoeld om de extra kosten van de zelfstandige te compenseren, waarbij gedacht kan worden aan de bijdrage in een pensioenverzekering.

Een belangrijk onderdeel van de gedachtengang van de NMa is het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip.<sup>19</sup> Volgens de NMa ziet dat enkel op:

“(...) subjecten die metterdaad als zelfstandige deelnemers aan het economisch verkeer goederen of diensten aanbieden op een bepaalde markt. Personen die alleen op papier als zelfstandigen zijn aangemerkt, kunnen hier niet toe worden gerekend. Als werknemers kunnen in ieder geval worden beschouwd personen

18 Deze vragen hebben betrekking op het verbod van de NMa dat geldt voor freelancevertalers die afspraken maken over het te hanteren tarief. Zie verder onder punt 7. Kamervragen II van het lid Vos aan de Staatssecretaris van Economische Zaken over het verbod van de NMa op prijsafspraken door vertalers (ingezonden 5 april 2007, nr. 2060711590). (Bijlage 4 en 5).

19 Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet, Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Den Haag december 2007, p. 28.

die werken op basis van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht of die vallen onder de huidige werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.”

Voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een daadwerkelijke overeenkomst van opdracht, verwijst de NMa naar de criteria die daarvoor in de fiscaliteit zijn ontwikkeld:

“Personen die op basis van een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk economische activiteiten verrichten en de daarmee verbonden financiële risico's dragen, zijn ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Bij bezit van een VAR-winst uit onderneming [ook wel WUO genoemd, red.] is er geen twijfel over het bestaan van een overeenkomst van opdracht, aanneming van werk of een daarmee gelijk te stellen overeenkomst.”

Daarmee is de positie van de NMa in grote lijnen bepaald. Zzp'ers die aan bovenstaande beschrijving voldoen zijn geen werknemers en daarmee is de cao uitgesloten want strijdig met de mededingingswet. Toch kan men in deze benadering van de NMa nog wel ruimte zien voor een betoog dat wanneer sprake is van schijnzelfstandigen en niet van daadwerkelijke zelfstandigen wellicht toch een gelijkstelling met werknemers in de cao mededingingsrechtelijk mogelijk zou kunnen zijn. Daarvoor pleit de volgende passage:

“De NMa gaat ervan uit dat een werknemer in de zin van artikel 7:610, eerste lid, BW tevens als werknemer in de zin van artikel 39 EG kan worden aangemerkt en derhalve geen onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormt. Immers, voor de kwalificatie als werknemer in de zin van zowel artikel 7:610, eerste lid, BW als artikel 39 EG gaat het erom of de betrokken natuurlijke persoon in ruil voor loon werkzaamheden verricht ten behoeve van een ander die gezag over hem uitoefent.

Een opdrachtnemer of een aannemer die op basis van een overeenkomst van opdracht, respectievelijk een aanneming van werk werkzaamheden voor een ander verricht, ontbeert daarentegen een met de werknemer vergelijkbare ondergeschikte rol ten opzichte van zijn opdrachtgever.

Bij een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk staat de werkverrichtende partij, anders dan een werknemer in het kader van een arbeidsovereenkomst, met betrekking tot de

overeengekomen arbeid in een veelal zelfstandige en in economisch opzicht minder afhankelijke positie ten opzichte van de opdrachtgever. De NMa gaat er daarom vanuit dat een natuurlijke persoon die op basis van een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk economische activiteiten verricht en de daarmee verbonden financiële risico's draagt, als onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden aangemerkt.<sup>20</sup>

In zekere zin geeft de NMa dus aan dat het kartelverbod bedoeld is om te voorkomen dat 'echte' zelfstandige ondernemers prijsafspraken met elkaar maken. Ook geeft de NMa aan dat tot de zelfstandigen niet worden gerekend: "Personen die alleen op papier als zelfstandigen zijn aangemerkt." Zit hierin niet een belangrijk aanknopingspunt om te kunnen stellen dat schijnzelfstandigen wellicht toch de bescherming van de cao verdienen?

Verdedigbaar is dat er een zekere wenselijkheid bestaat de zzp'er de bescherming van de cao te bieden. Duidelijk is dat dit mogelijk is op grond van de tekst van de Wet CAO en de Wet AVV. Ook blijkt het Visiedocument van de NMa daar wellicht enige ruimte voor te bieden.

#### 4.3.2 *Het mededingingsrecht*

Als er een zekere wenselijkheid bestaat om groepen van (schijn) zelfstandigen onder de werking van de cao te brengen, is het de vraag in hoeverre het (Europese) mededingingsrecht hieraan in de weg staat. Er wordt vaak al snel geschermd met het kartelverbod, maar te onderzoeken valt nu in hoeverre er wellicht nog ruimte bestaat in het mededingingsrecht om genoemde problemen aan te pakken.

In haar studie is Wirtz<sup>21</sup> uitgebreid ingegaan op de vraag of cao's in strijd zouden kunnen komen met het kartelverbod, zoals dat in het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht is neergelegd. Artikel 101, eerste lid, van het VWEU (voorheen artikel 81 van het EG) bepaalt:

20 Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Caotariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet, Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Den Haag, december 2007 p. 9-10.

21 M.S. Wirtz, *Collissie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 206-209.

“Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die (...).”

De tekst van het Nederlandse artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) sluit nauw aan bij de verbodsbepaling die in artikel 101, eerste lid, van het VWEU is vastgelegd. In de memorie van toelichting behorende bij deze wet staat dat artikel 6 van de Mw niet van toepassing is op (collectieve) afspraken tussen werkgevers en werknemers respectievelijk werkgevers- en werknemersorganisaties voor zover het betreft lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de zin van de Wet CAO.<sup>22</sup> In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot verzelfstandiging van de NMa wordt nog eens beklemtoond dat het Nederlandse mededingingsrecht in de Mw niet strenger en niet soepeler is dan de EG-mededingingsregels.<sup>23</sup> Het Europese recht is hier leidinggevend. Het Nederlandse recht, dus ook de rechtspraak en de Nma, volgen de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Het Hof heeft in een reeks van arresten tussen 1999 en 2001 een helder standpunt geformuleerd over de verhouding tussen het mededingingsrecht en collectieve overeenkomsten en het cao-recht.

In de zaken C-67/96 (*Albany*), C-115-117/96 (*Brentjens*) en C-219/97 (*Drijvende Bokken*), besliste het Hof dat cao's – onder voorwaarden – niet onder het kartelverbod vallen. Cao's kregen immuniteit voor het kartelverbod. Hoewel het die zaken niet ging om afspraken die in een cao waren vastgelegd, hadden deze zaken een groot belang voor het cao-recht. In die zaken ging het ook om collectieve afspraken die sociale partners maakten maar dan over bedrijfspensioenfondsen.

Het Hof stelt voorop dat moet worden beoordeeld, of het besluit van de sociale partners in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak een bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling en de overheid te verzoeken de deelneming in dit

22 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 12.

23 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 639, nr. 3, p. 3.

fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, in strijd is met artikel 85 van het verdrag. In dit artikel wordt bepaald dat verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.<sup>24</sup> In een drietal overwegingen verwoordde het Hof de kern van de redenering:

“Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de **werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden** te verbeteren, zich aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag moesten houden.

Uit een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband, volgt derhalve, dat overeenkomsten die, met dergelijke doelstellingen, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens **hun aard en hun doel** moeten worden geacht niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag te vallen.

Derhalve moet worden onderzocht, of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt.”

Van immuniteit is dus sprake indien is voldaan aan het *aard- en doelveerste*. Het aardvereiste houdt in dat het gaat om overeenkomsten die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten. Het doelveerste houdt in dat deze overeenkomsten tot doel hebben: het verbeteren van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Het doelveerste is door het Hof niet verder uitgewerkt; het is er ook tot nu toe niet om gevraagd. Wat onder *verbeteren van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden* precies

24 A. Stege, ‘Het recht op collectief onderhandelen en het mededingingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2001-13, p. 391.

moet worden verstaan, is niet helemaal duidelijk. De opvattingen daarover kunnen heel verschillend zijn en zijn dat ook.<sup>25</sup>

In het *Van der Woude*-arrest<sup>26</sup> welke zaak uitdrukkelijk over cao-bepalingen ging, volgde het Hof de lijn die hij in de reeks van *Albany* had uitgezet. Het ging hier om cao-bepalingen die voor een bepaalde sector ziektekostenregelingen in het leven riepen en het resultaat waren van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. Daarmee dragen deze regelingen bij aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers. Om deze reden vielen ook deze cao-bepalingen volgens het Hof van Justitie niet onder het kartelverbod.

Het *Pavlov*-arrest<sup>27</sup> dat in dezelfde periode werd uitgesproken is voor het onderhavige onderwerp interessant omdat het daar ging om collectieve regelingen die zijn vastgesteld door de overheid op verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep. In casu was – wederom – aan de orde de verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds. In r.o. 67 memoreert het Hof dat in het *Albany*-arrest is vastgesteld dat de in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners gesloten overeenkomsten, bedoeld ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel moeten worden geacht buiten de werkingssfeer van artikel 85, eerste lid, van het verdrag te vallen. Vervolgens stelt het Hof dat deze uitsluiting van de werkingssfeer niet kan worden uitgebreid tot een overeenkomst die, zoals de onderhavige, weliswaar beoogt alle leden van een beroepsgroep een bepaald pensioenniveau te garanderen, en dus een van de arbeidsvoorwaarden van die leden te verbeteren, namelijk hun beloning, *maar niet is gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners*. De immuniteit van het kartelverbod loopt mis op het tweede vereiste, namelijk het ontbreken van een rol van sociale partners in dit geheel. Het eerste gedeelte van de beschrijving van de regeling zorgt dus niet voor problemen, met andere woorden: als het gaat om een regeling die beoogt alle leden van een beroepsgroep een bepaald pensioenniveau te garanderen (wat leidt tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden – i.c. beloning – van die leden), dan is dat niet het probleem. Als deze zelfde regeling wel in het kader van

25 M.S. Wirtz, *Collissie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 206-209.

26 HvJ EG 21 september 2000, nr. C-222/98, NJ 2001, 151 (*Van der Woude*).

27 HvJ EG 12 september 2000, nr. C-180/98, NJ 2001, 92 (*Pavlov*).

collectieve onderhandelingen tussen sociale partners overeengekomen zou zijn, dan is verdedigbaar dat deze niet zou vallen onder het Europese kartelverbod.

Uit deze analyse zou zeer wel afgeleid kunnen worden dat collectieve regelingen voor de beloning van een groep van beoefenaren van een (vrij) beroep, bedoeld ter verbetering van de voorwaarden waaronder zij hun werk verrichten, hun arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel geacht kunnen worden buiten de werkingssfeer van artikel 85, eerste lid, van het verdrag te vallen, mits deze het resultaat vormen van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties.

#### 4.4 Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht of het wenselijk en mogelijk is het Nederlandse cao-recht mede van toepassing te laten zijn op zzp'ers. Geconcludeerd is dat het in de context van vrije concurrentie niet wenselijk is om alle zelfstandigen onder de cao te brengen. Wel lijkt het de moeite waard om te differentiëren naar type zzp'er teneinde vast te stellen in hoeverre deze zzp'er eenzelfde soort bescherming toekomt als zijn collega die op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. Als tussen deze beiden de facto geen verschil bestaat en sprake is van schijnzelfstandigheid, dan lijkt het wenselijk voor deze schijnzelfstandige ook in de cao een voorziening te treffen, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de Cao voor de Vleessector. De gedachte hierachter is tweeledig. Enerzijds dient het tot het beschermen van de cao als zodanig, het voorkomen van een *race to the bottom* en concurrentie op arbeidsvoorwaarden in de laagste loonschalen, waarbij 'echte' werknemers en 'schijnzelfstandigen' tegen elkaar worden uitgespeeld. Deze situatie doet zich met name voor in die branches waar de inkoopmacht van de opdrachtgever onevenredig groot is. Aan de andere kant wordt de zzp'er bescherming geboden die vergelijkbaar is met de werknemer omdat de eerste in nagenoeg gelijke of gelijkwaardige positie verkeert.

In dit verband is ingegaan op de discussie over schijnzelfstandigen en de *insiders/outsidere*-problematiek, waarbij in overweging is gegeven dat de veranderende arbeidsverhoudingen ertoe uitnodigen om op een andere manier te kijken naar de kring van werkenden die de bescherming van het (collectieve) arbeidsrecht behoeven. Naar



mate het aantal klassieke werknemers (*insiders*) afneemt, neemt het aantal anderswerkenden (*outsiders*) toe. Tegelijkertijd dienen wel de sociale voorzieningen op peil te blijven en is het onwenselijk om concurrentie op loonkosten door de *outsiders* ten koste van de *insiders* te laten plaatsvinden.

Vervolgens is besproken in hoeverre het Nederlandse cao-recht al voldoende ruimte biedt om voor zzp'ers te gelden. Duidelijk is dat dit mogelijk is op grond van de tekst van de Wet CAO en de Wet AVV. Hoewel de NMa in zijn Visiedocument van 2007 een regeling langs die kant in strijd acht met het mededingingsrecht, lijkt het toch niet uitgesloten dat er enige ruimte bestaat voor deze benadering. Gezien de wenselijkheid die bestaat om zzp'ers (schijnzelfstandigen) de bescherming van de cao te doen toekomen is ten slotte vastgesteld dat het Nederlandse en Europese mededingingsrecht het brengen van de zzp'ers onder de cao niet onmogelijk maken. Uit deze analyse volgt dat collectieve regelingen voor de beloning van zzp'ers, bedoeld ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel moeten worden geacht buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 van het VWEU te vallen. Omdat het over arbeidsvoorwaarden gaat en omdat en voor zover de regeling in een cao het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, voldoet de regeling bij cao aan de voorwaarden die het Hof van Justitie van de EU in zijn jurisprudentie heeft vastgelegd.



## 5 De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?

*M.F. Baltussen*<sup>1</sup>

### 5.1 Inleiding

De laatste jaren is er flink gediscussieerd over de vraag of aanspraken van gewezen werknemers jegens ex-werkgevers, aanspraken die stammen uit een voormalige, reeds beëindigde, dienstbetrekking, gebaseerd kunnen zijn op een cao. De eerste golf van jurisprudentie ontstond toen pensioenfondsen als gevolg van de beurscrisis eind jaren negentig massaal overgingen tot drastische verlagingen van pensioenindexaties. Een tweede ‘golf’ in de jurisprudentie was een reactie op de wijziging van het ziektekostenstelsel. Het waren de werkgevers die de vergoeding van de ziektekostenpremies, die in een cao was vastgelegd, ter discussie stelden in de gevallen dat de werknemers niet meer in dienst waren. In deze jurisprudentie staat onder andere de vraag centraal of wijzigingen van dergelijke aanspraken collectief kunnen plaatsvinden door deze wijziging bij cao vast te leggen. Daarover wordt in de rechtspraak en in de literatuur heel verschillend geoordeeld. In sommige uitspraken wordt de mogelijkheid om aanspraken van ex-werknemers bij cao te wijzigen van de hand gewezen met de overweging dat ons cao-systeem niet openstaat voor regulering van aanspraken van ex-werknemers, met name niet omdat er in die gevallen geen sprake meer is van een bestaande arbeidsrelatie. Een cao leent zich daar niet voor. Daartegenover staan ook meningen waarin wordt bepleit dat de cao wel degelijk kan worden gebruikt voor regulering van aanspraken van gewezen werknemers.

<sup>1</sup> Met dank aan T. Jaspers voor zijn nuttige opmerkingen.

Deze kwestie heeft aan belang gewonnen omdat met de toenemende vergrijzing en de daarmee verband houdende vraagstukken zoals bijvoorbeeld de houdbaarheid van het huidige pensioenstelsel, het de vraag is of ons cao-systeem nu wel of niet de flexibiliteit zou moeten hebben om ook aanspraken van gewezen werknemers te kunnen reguleren, nu de cao op dit vlak – nog steeds – een belangrijke rol speelt. Daarbij gaat het met name om regulering van pensioenaanspraken, hoewel jurisprudentie over de wijziging van de hoogte van de compensatie van ziektekostenpremies bij cao, ook voor ex-werknemers, laat zien dat het vraagstuk breder is. Men kan het vraagstuk uitbreiden naar alle aanspraken van ex-werknemers op voordelen die de cao aan werknemers biedt, zoals aanspraken op (aanvullende) uitkeringen wegens werkloosheid en de arbeidsongeschiktheidsvraag. De vraag is of het cao-stelsel regulatie van dergelijke aanspraken wel toelaat, of het wel geschikt en in staat is om dit zo te regelen. Eerst zal worden stilgestaan bij de vraag in hoeverre ons huidige cao-systeem de mogelijkheid tot regulatie van deze aanspraken biedt. Vervolgens zal ook nog bekeken worden of het ook wenselijk is.

## 5.2 Het eigen karakter van regeling bij cao

Cao's worden beschouwd als regelingen die uit hun aard een tijdelijk karakter hebben. Dat wil niet zeggen dat ze ook altijd en allemaal kortdurend werken. Een aantal cao-bepalingen is dat wel van nature, zoals lonen die immers tijd en conjunctuur afhankelijk zijn, maar er zijn ook cao-bepalingen een lange looptijd (kunnen) hebben. Ten aanzien van die laatste geldt niet dat zij ook inhoudelijk onveranderlijk zijn. Omdat de cao arbeidsvoorwaarden regelt, en dat is toch het veruit belangrijkste deel en doel van een cao, moeten zij nu juist aangepast kunnen worden aan de ontwikkelingen, de schommelingen op de markt, zowel de markt van (de productie van) goederen en diensten als de arbeidsmarkt. Onderwerpen komen en – sommige – gaan. Cao's zijn het resultaat van onderhandelingen tussen de twee belangengroeperingen: werkgevers en werknemers. De onderwerpen die hier ter discussie staan: aanspraken van ex-werknemers uit de cao die voor hen gold, vormen gewoonlijk onderdeel van de cao. Dat levert, gewoonlijk, geen probleem op wanneer de economische tijden goed zijn. Maar zoals sinds het uitbreken van de recente crisis, samen met het ontstaan van de vergrijzingsproblematiek, de tijden en vooruitzichten veranderd zijn, rijst de vraag of aanpassingen naar beneden, dus verslechtering van de aanspraken, voor ex-werknemers

in een cao wel mogelijk zijn. De aanspraken waarover het hier gaat, kunnen zeker en zijn ook gewoonlijk opgenomen in de cao en worden beschouwd als arbeidsvoorwaarden.<sup>2</sup>

Het in de tijd aanpassen van primaire arbeidsvoorwaarden wordt als volstrekt normaal gezien, ook als dat een verlaging van het niveau inhoudt. Zij bewegen mee op de golven van economische ontwikkelingen en de sociale politiek. Als men pensioenen beschouwt als onderdeel van arbeidsvoorwaarden dan zou een ‘meebewegen’ van de pensioenen niets bijzonders zijn.<sup>3</sup> Zij vormen immers onderdeel van het systeem van arbeidsvoorwaarden en worden in die sfeer ook vastgelegd. Men zou ze ook kunnen zien als gekenmerkt door elementen van het solidariteitsprincipe.<sup>4</sup>

Tegelijkertijd kunnen wel aanmerkelijke verschillen worden geconstateerd tussen de ‘gewone’ aanspraken uit de cao en aanspraken van ex-werknemers die niet meer in dienst zijn van de aan de cao gebonden werkgever. Een paar van de belangrijkste zullen we hier noemen.

In de eerste plaats rijst de vraag of de regulering van deze aanspraken wel verenigbaar is met de doelstellingen van de cao. Traditionele doelstellingen van de cao zijn het verlenen van ongelijkheidscompensatie aan werknemers en het bevorderen van arbeidsrust. Daarnaast wordt aan de cao een ordenende functie toegeschreven. Als men stelt dat het streven naar ongelijkheidscompensatie en het bewaren van arbeidsrust alleen aan de orde zijn in rechtsverhoudingen tussen werkgevers en zittende werknemers, een positie die Stege inneemt,<sup>5</sup> dan staat het regelingsbereik van sociale partners ten aanzien van aanspraken van gewezen werknemers en werkgevers ter discussie. Maar wordt dan het streven naar ongelijkheidscompensatie niet erg beperkt geïnterpreteerd? De individuele ex-werknemer verkeert ook ten opzichte van zijn gewezen werkgever qua kennis en macht in een achterstandspositie, ook na afloop van de arbeidsovereenkomst. Ook

2 Pensioenen werden en worden als ‘uitgesteld loon’ gezien en passen daarom prima in het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin als waarin de Wet CAO ze ziet.

3 Dat geldt evenzeer voor de andere in karakter vergelijkbare aanspraken, zoals hiervoor aangeduid.

4 Een pensioen wordt eigenlijk nooit of zelden alleen maar door bijdragen van de werknemer opgebouwd en gevormd. Het is geen spaarregeling van de werknemers afzonderlijk.

5 A.Stege, *De CAO en het regelingsbereik van sociale partners* (Monografieën Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 146.

gewezen werknemers zullen daarom belang kunnen hebben bij een collectieve regulering, ook indien en voor zover ontwikkelingen na de verbreking van hun arbeidsrelatie noodzaken tot aanpassing van deze aanspraken. Zo staan op dit moment als gevolg van de deplorabele financiële situatie van pensioenfondsen indexeringsafspraken onder druk en worden zelfs kortingen op ingegane pensioenen aangekondigd. Juist in dergelijke situaties kunnen ex-werknemers gebaat zijn bij een collectieve belangenbehartiging door vakbonden/cao-partij ten aanzien van voorgestelde wijziging van hun uitkeringsrechten.

Een ander aspect dat onder ogen moet worden gezien, is de structuur van het proces van arbeidsvoorwaardenvorming. Collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden worden gekenmerkt door een proces van ‘geven en nemen’, van ‘dealen en wheelen’. De cao wordt aangeduid als een *package deal*. Het gaat er bij aanspraken van ex-werknemers wel om of er ten aanzien van hun aanspraken uit de cao nog wel iets uit te ruilen, te dealen en wheelen valt. Als ex-werknemers hebben zij geen wisselgeld.

Vervolgens moet worden opgemerkt dat het in deze situatie van de ex-werknemers nog wel de vraag is of zij hun – specifieke – belangen wel vertegenwoordigd en behartigd zien door de vakbonden die voor de werknemers onderhandelen. Men zou kunnen zeggen dat werknemers multidimensionale belangen hebben, terwijl de belangen van de ex-werknemers, zeker de gepensioneerden meer eendimensionaal zijn: het behoud van het niveau van het pensioen.

Ten slotte moet men bedenken dat als de arbeidsvoorwaarden van de ‘zittende’ werknemers in één *package* worden ondergebracht met de aanspraken op de – verworven en ‘bevroren’ – aanspraken van de ex-werknemers, het zeer wel kan voorkomen dat zonder speciale bescherming van de aanspraken van de laatsten de belangen van hen worden ‘uitgeruild’ tegen arbeidsvoorwaarden van de – zittende – werknemers, waarvoor de eersten niets ‘terugkrijgen’, omdat zij geen reële uitruilmogelijkheden hebben.

Op grond van deze aspecten kan de vraag rijzen of de aanspraken van ex-werknemers wel passen in het hele stelsel van de cao. Voor we aan deze zaken toekomen, zal eerst een aantal juridische aspecten van de cao worden bekeken.

### 5.3 Regelingsbereik van de Wet CAO

De eerste vraag die opkomt is óf de Wet CAO toestaat dat aanspraken van gewezen werknemers onder het bereik van de cao vallen?

Artikel 1, eerste lid, van de Wet CAO geeft een definitie van de cao: “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.”

De Hoge Raad geeft een ruime uitleg aan het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 1 van de Wet CAO. In een arrest van 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936, heeft de Raad een regeling, inhoudende de oprichting van de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor het Loodgietersbedrijf, met de vaststelling van een voor werkgevers geldende bijdrageregeling aangemerkt als een collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van de Wet CAO, ook al vormden deze fondsen bijdrageregeling het enige onderwerp van deze collectieve arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad bepleitte een ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden in artikel 1 van de Wet CAO en deze ook toepasbaar te achten buiten het terrein van de eigenlijke arbeidsvoorwaarden, met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis waaruit valt af te leiden dat beoogd is ruimte te laten voor verdere ontwikkelingen van die collectieve arbeidsovereenkomst.<sup>6</sup>

In de literatuur wordt deze ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden grotendeels onderschreven. Bepalend voor de vraag of een regeling als collectieve arbeidsovereenkomst de zin van artikel 1, eerste lid, van de Wet CAO is aan te merken is blijkens een aantal schrijvers niet zozeer meer de vraag of deze is aan te merken als een regeling van arbeidsvoorwaarden maar of het gaat om een onderwerp dat ligt op het terrein waarop werkgevers- en werknemersorganisaties in het kader van hun belangenbehartigende taak met elkaar plegen te overleggen en afspraken te maken.<sup>7</sup> Gelet hierop is het zeer goed

6 HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936, r.o. 3.2.

7 In deze zin: W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 48; G. Hekkelman, noot bij: HR 19 maart 1976, *AAe* XXVII 1978, p. 292-304. M.M. Olbers, aant. 4 bij art. 1 Wet CAO en de daar genoemde literatuur, in: *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer (losbl.). Duk wijst er echter op dat de Hoge Raad zich enkel heeft uitgelaten over de zogenaamde fondsenbepalingen, zonder daarbij een algemeen criterium te formuleren waaraan arbeidsvoorwaarden kunnen worden getoetst. Zie R.A.A. Duk, ‘De Hoge Raad en fondsenbepalingen’, *SMA* 1988, p. 205.

verdedigbaar dat ook regelingen waarbij aan werknemers toekomstige aanspraken in het vooruitzicht worden gesteld, ook al kunnen deze aanspraken eerst na beëindiging van de dienstbetrekking worden geëffectueerd, zeker bij collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van de Wet CAO moeten kunnen worden geregeld. Deze onderwerpen plegen immers bij voortdurende onderwerp van overleg te zijn tussen verenigingen van werknemers en werkgevers, hetgeen blijkt uit het feit dat dergelijke regelingen onderdeel uitmaken van de meeste collectieve arbeidsovereenkomsten.

Een andere vraag is vervolgens of ook een wijziging van deze aanspraken, op een moment dat de betrokken werknemers niet meer in dienst zijn, in de vorm van een collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1 van de Wet CAO kan worden vastgelegd, nu artikel 1 uitdrukkelijk spreekt van arbeidsvoorwaarden, bij *arbeidsovereenkomsten* in acht te nemen. In de literatuur wordt wisselend gedacht over de mogelijkheid om door middel van een cao wijziging te brengen in bestaande, al geëffectueerde aanspraken van ex-werknemers jegens hun ex-werkgevers.<sup>8</sup> Enerzijds wordt verdedigd dat het toepassingsbereik van de cao is beperkt tot relaties met zittende werknemers omdat artikel 1 van de Wet CAO het begrip collectieve arbeidsovereenkomst beperkt tot overeenkomsten waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen, worden geregeld.<sup>9</sup> Voorstanders van deze zienswijze stellen daarbij dat er na het beëindigen van de arbeidsrelatie ook geen rechtsbetrekking meer tussen partijen bestaat welke door de cao kan worden gereguleerd zoals onder andere door toepassing van de artikelen 12 en 13 van de Wet CAO. Daarnaast wordt bepleit dat gewezen werknemers ook niet krachtens artikel 9 van de Wet CAO aan de cao kunnen worden gebonden omdat zij als ex-werknemers niet als 'betrokken' bij de cao in de zin van dit artikel kunnen worden beschouwd. Tot slot is ook

8 Zie voor een uitgebreide weergave van de standpunten M.F. Baltussen, 'Gepensioneerden aller bedrijven verenigt u', *SMA* 2008, p. 82 e.v.

9 Zie o.a. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van sociale partners* (diss.), Deventer: Kluwer 2004; C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in: F.B.J. Grapperhaus e.a., *Afvloeiingsregelingen* (Vademecum Ondernemingsrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 225-237.



gewezen op het internationale systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zoals vastgelegd in ILO-Verdragen en het ESH, met name de daarin opgenomen beginselen van vakverenigingsvrijheid en het recht op collectieve onderhandelingen en collectieve actie, welke zich uitsluitend zouden richten op werknemers en werkgevers.<sup>10</sup>

Daarentegen wordt ook een ruimere toepassing bepleit van artikel 1 van de Wet CAO met een beroep op het 'voornamelijkheids criterium' in artikel 1 van de Wet CAO, dat ruimte biedt voor toepassing buiten bestaande arbeidsverhoudingen.<sup>11</sup> Daarbij wordt ook hier gewezen op het feit dat blijkens de parlementaire geschiedenis is beoogd aan artikel 1 van de Wet CAO een evoluerende werking toe te kennen, in die zin dat de reikwijdte van het begrip zou kunnen worden bepaald door ontwikkelingen in het overleg met sociale partners. In die opvatting zou leidinggevend moeten zijn het feit dat sociale partners tegenwoordig ook plegen te onderhandelen over aanspraken van gewezen werknemers ten opzichte van hun ex-werkgevers. Voorstanders van deze opvatting stellen bovendien dat er na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst ook wel degelijk sprake is van een rechtsverhouding tussen partijen welke kan worden gemodelleerd door de cao.<sup>12</sup> Zij menen ook dat gewezen werknemers als betrokken in de zin van artikel 9 van de Wet CAO kunnen worden beschouwd.<sup>13</sup>

De Hoge Raad heeft zich tot nu toe nog niet uitgesproken over de vraag of de cao rechtsverhoudingen tussen ex-werknemers en ex-werkgevers kan reguleren. De lagere jurisprudentie laat een wisselend beeld zien. In vaak weinig gemotiveerde vonnissen wordt in de meeste gevallen niet meer overwogen dan dat de Wet CAO al dan

10 Het gaat om ILO-Verdrag 87 van 1948 (vrijheid van vakverenigingen en bescherming van het vakverenigingsrecht; ILO-Verdrag 98 van 1949 (recht van organiseren en collectief onderhandelen). Art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest; art. 28 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In de literatuur wordt een interpretatie van deze internationale bronnen bepleit; zie bijvoorbeeld K. Boonstra, *The ILO and the Netherlands: different views concerning government influence on the relationship between workers and employers*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1996 en A. Stege, a.w., p. 145-146.

11 Zie o.a. E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij CAO', *SR* (53) 2004, p. 260.

12 E. Lutjens, a.w., p. 260.

13 E. Lutjens, a.w. p. 263; W.P.J.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 48; M.M. Olbers, aant. 1 bij art. Wet CAO, in: *Arbeidsovereenkomst* Deventer: Kluwer (losbl.).

niet van toepassing is op relaties van gewezen werknemers.<sup>14</sup> Vermeldenswaard is in dit verband dat de hoogste Duitse arbeidsrechter, het Bundesarbeitsgericht (BAG), wel een duidelijk standpunt heeft ingenomen. In constante jurisprudentie neem het BAG aan dat een wijziging van aanspraken van ex-werknemers wel bij *Tarifvertrag* (cao) kan worden gerealiseerd, daarbij wijzend op de vrijheid van vakvereniging, welke vrijheid volgens het Bundesarbeitsgericht ook de keuze van de te regelen onderwerpen omvat.<sup>15</sup> Het zwaartepunt binnen die redenering ligt niet zozeer op de normadressaat van dit grondrecht, zoals in de Nederlandse literatuur aan de orde kwam (de vraag of dit grondrecht uitsluitend ziet op de rechten en vrijheden van werknemers en werkgevers) maar op het materiële regelingsbereik van sociale partners. Gelet op de (relatief) grote gelijkheid van het Nederlandse en het Duitse systeem zouden aan deze Duitse rechtspraak sterke argumenten kunnen worden ontleend.<sup>16</sup>

Nu niet kan worden gezegd dat hierover een eensluidende opvatting bestaat, geschraagd door de rechtspraak, moet de conclusie wel luiden dat het op zijn minst discutabel of zelfs twijfelachtig is of regulering van gewezen werknemers bij cao kan geschieden, tenminste waar het gaat om wijziging van deze aanspraken op een moment dat de arbeidsrelatie niet meer bestaat.

#### 5.4 Regelingsbereik Wet AVV

Een tweede aspect dat in deze van belang is, betreft de vraag óf, aangenomen dat aanspraken van gewezen werknemers onder het bereik van de Wet CAO vallen, en bij een bevestigend antwoord, in hoeverre aan deze aanspraken algemene werking kan worden verleend langs de weg van algemeenverbindendverklaring (avv). Dat kan bij de beoordeling van de aanspraken door ex-werknemers van belang zijn, omdat indien dat zou kunnen, de reikwijdte van deze

14 Deze vraag wordt ontkennend beantwoord in de uitspraken Rb. Middelburg 5 november 2003, *JAR* 2003, 291 en Rb. Arnhem (pres.) 16 april 2004, *LJN* AO7711; Ktr. Meppel 27 januari 2005, *JAR* 2005, 260. In andere uitspraken wordt deze binding wel aanvaard, zoals in Ktr. Terneuzen 22 augustus 2001, *PJ* 2002, 28 en Ktr. Terneuzen 12 december 2001, *JAR* 2002, 29; Ktr. Amsterdam 18 december 2007, *PJ* 2007, 17; Ktr. Utrecht 21 november 2007, *JAR* 2008, 5; Ktr. Amsterdam 2 augustus 1995, *PJ* 1995, 59; Rb. Alkmaar 8 september 2008, *LJN* BF9735.

15 Zie o.a. BAG 27 februari 2007, 3 AZR 734/05.

16 Een verschil is overigens wel dat deze (grond)rechten in de Duitse grondwet zijn vastgelegd.

cao-regelingen nog verder worden uitgebreid. Dat zou inhouden dat ook ex-werknemers, die niet onder een cao vallen en vielen, omdat zij tot de kring van niet-gebonden vielen omdat hun werkgever niet gebonden was, aan de cao-afspraken op dit punt gebonden zouden zijn, dus ook aan een wijziging ‘in pejus’. Aan dit aspect is niet tot nauwelijks aandacht geschonken, noch in literatuur, noch in jurisprudentie.

Artikel 2, eerste lid, van de Wet AVV geeft aan dat ten gevolge van het besluit van de minister tot algemeenverbindendverklaring deze bepalingen verbindend zijn voor “(...) alle werkgevers en werknemers ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, die naar de aard van de arbeid, waarop zij betrekking hebben onder de cao vallen”. Hier wordt dus expliciet gesproken van ‘werkgevers’, ‘werknemers’ en ‘arbeidsovereenkomsten’,<sup>17</sup> hetgeen erop duidt dat de reikwijdte van de algemeenverbindendverklaring beperkt is tot werknemers en geen toepassing kan vinden ten aanzien van gewezen werkgevers en werknemers. Dit zou je kunnen beschouwen als de personele werkingssfeer van de algemeenverbindendverklaring.

Wat de aard van de voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komende bepalingen betreft zijn er in de wet zelf geen criteria opgenomen, met uitzondering van artikel 2, vijfde lid, waarin een aantal bepalingen zijn opgenomen die niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen. Aanspraken van gewezen werknemers zijn niet onder de daar genoemde categorieën te scharen. Het Toetsingskader avv biedt meer aanknopingspunten. Na de constatering in paragraaf 4.2 dat in de Wet CAO het begrip arbeidsvoorwaarden een brede strekking heeft, volgt een opsomming van mogelijke toepassingsgebieden, zoals arbeidsvoorziening, werkgelegenheid, arbeidsmarkt, arbeidsverhoudingen, arbeidsomstandigheden, scholing en toepassing van de cao. Het volgens het Toetsingskader gehanteerde criterium is dat de arbeidsvoorwaarden ‘verband houden met de arbeid’. Waar dat nog enige twijfel zou kunnen oproepen wat betreft aanspraken van werknemers die de periode betreffen na beëindiging van hun arbeidsrelatie, bepaalt het Toetsingskader in paragraaf 4.3, onder 4 expliciet dat pensioenen en afspraken over aanvullende sociale zekerheid die het karakter hebben van een pensioenuitkering (invaliditeitspensioen en nabestaandenpensioen), niet voor avv in aanmerking komen. Als reden stelt het Toetsingskader dat het pensioenvoorzieningen zijn op lange termijn met de daarbij behorende eisen ten

17 Krachtens art. 2 lid 4 Wet AVV kunnen de verbindend verklaarde bepalingen ook overeenkomsten van opdracht of aanneming van werk betreffen, maar verder gaat de uitbreiding niet.

aanzien van opbouw en financiering. Dit strookt kennelijk niet met het tijdelijke karakter van de algemeenverbindendverklaring die slechts voor maximaal twee jaar dan wel vijf jaar (voor fondsen) kan worden verleend. Afspraken over vervroegd uittreden komen blijkens het Toetsingskader wel voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking. Dat is niet helemaal onlogisch omdat het hier toch om wezenlijk andere zaken gaat, al is het maar dat VUT-afspraken en -aanspraken uiteraard heel tijdelijk zijn. Ook is er geen sprake van een echt opbouwsysteem.

Hieruit zou men gevoeglijk kunnen afleiden dat de uitsluiting kennelijk geldt voor uitkeringsrechten met een opbouw karakter. Dat is op zichzelf logisch, omdat door de beperkte gelding van de algemeenverbindendverklaring en door het ontbreken van nawerking<sup>18</sup> onduidelijke en onwerkbare hiaten ontstaan in de (pensioen)opbouw. Onduidelijk is of bepalingen omtrent uitkeringen zonder opbouw karakter, bijvoorbeeld een recht op een tegemoetkoming in de ziektekostenpremie, dan wel een recht op wachtgeld dat niet is gerelateerd aan de duur van het dienstverband, voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen. Wel kan gelet op de beperkte personele werkingssfeer van de Wet AVV, een algemeenverbindendverklaring zich zeker niet uitstrekken tot bestaande aanspraken van gewezen werknemers. Als men dat al zou willen zou de Wet AVV op dat punt moeten worden aangepast.

Concluderend kan worden gesteld dat algemeenverbindendverklaring van afspraken in cao's over de hoogte van pensioenen, weinig of eerder niet waarschijnlijk is. In elk geval zal de wet hiervoor moeten worden aangepast als men dat wil gaan toelaten. Op de vraag of dat wenselijk is, wordt nog teruggekomen.

## 5.5 Wenselijkheid van regulering bij cao: de balans opmaken

Hierboven hebben we gezien dat de Wet CAO niet uitsluit dat aanspraken van gewezen werknemers, inclusief een aanpassing ervan naar beneden, bij cao geregeld worden. Beschouwt men deze aanspraken als onderdeel van het pakket van arbeidsvoorwaarden dan is het niet onlogisch ze in een cao in te sluiten. Ze horen tot de package deal. Van een cao profiteert men in goede tijden en dan is het niet (wezens)vreemd dat in slechte tijden men, dus ook de gepensioneerden,

<sup>18</sup> Zie over de kwestie van nawerking van avv-bepalingen hoofdstuk 7 in dit boek.

meebeweegt op de golven van de economie. Maar ook vanuit het beginsel van ongelijkheidscompensatie is er wat voor te zeggen. Hierboven wezen we op de positie van achterstand van de ex-werknemer ten opzichte van zijn gewezen werkgever, ook na afloop van de arbeidsovereenkomst. Zij kunnen daarom belang hebben bij een collectieve regulering. Daartegenover staat dan dat zij in dat geval ook verslechtingen zullen moeten accepteren. Op deze kant van de medaille komen we nog terug.

Men zou zelfs kunnen stellen dat een algemeenverbindendverklaring van dergelijke aanspraken daarin zou passen, ook al is dat onder de huidige regelgeving moeilijk of niet realiseerbaar. Algemeenverbindendverklaring heeft immers ten doel te voorkomen dat de cao wordt uitgehold doordat niet-aangesloten werkgevers kunnen concurreren met een lager niveau aan arbeidsvoorwaarden. Ten tweede bevordert de verbindendverklaring geordende verhoudingen binnen de bedrijfstak. Ten derde kan het instrument van algemeenverbindendverklaring leiden tot een vermindering van regelgeving door de centrale overheid. De eerste doelstelling heeft slechts ten dele betekenis voor verhoudingen tussen ex-werknemers en ex-werkgevers. Onderbieding vormt een reële bedreiging op het moment dat werkgevers in het totaalpakket aan arbeidsvoorwaarden een dusdanige besparing kunnen realiseren dat dit de concurrentiepositie substantieel beïnvloedt. Daarvan kan ook sprake zijn in geval van regulering van aanspraken van gewezen werknemers. Ook de beide andere doelstellingen kunnen relevant zijn in geval van regulering van aanspraken van gewezen werknemers. Te denken valt aan ingrijpende wijzigingen in ons pensioenstelsel welke noodzakelijkerwijs ook zullen moeten leiden tot een aanpassing van aanvullende pensioenregelingen. Het zou toch vreemd en inconsistent zijn wanneer ex-werknemers die niet door de cao-regeling gebonden zijn beter af zijn dan gewezen werknemers die zonder avo wel gebonden zijn.

Daarmee is niet gezegd dat alle ex-werknemers gebonden zouden moeten worden of zijn aan de afspraken in de cao en dus ook aan een verlaging van hun aanspraken. We zullen hier eerst een aantal bezwaren noemen welke verband houden met het karakter van deze aanspraken. Het bijzondere daarvan is immers dat deze zijn toegekend bij einde dienstverband en dat de arbeidsrelatie waaruit ze voortvloeien niet meer bestaat. Je zou deze aanspraken om die reden kunnen beschouwen als verworven rechten die na toekenning in beginsel niet meer kunnen worden gewijzigd. De vraag is of je dergelijke aanspraken überhaupt nog wel bij cao kunt wijzigen, indien en voor zover die wijzigingsbevoegdheid niet op voorhand

in de aanspraak is opgenomen. Daarnaast dient bij regulering rekening te worden gehouden met het feit dat na beëindiging van de arbeidsrelatie de invloed van de gewezen werknemer op de totstandkoming van wijzigingen van de regeling waaraan deze zijn aanspraken ontleent beperkt is. Deze bezwaren worden hierna toegelicht.

### **5.5.1 *Verworven rechten: pensioenen***

Hierboven werd al gewezen op het tijdelijk karakter van de cao. Omdat de cao dus in beginsel voor een beperkte periode wordt afgesloten, is zij bij uitstek een instrument van sociaal beleid. Sociale partners zijn zo in staat de arbeidsvoorwaarden te laten meebewegen met de ontwikkelingen in 's lands economie, met een veranderende (arbeids)markt. Dat kan in voor werknemers positieve zin, maar ook 'in pejus'. Nieuwe ontwikkelingen kunnen leiden tot de invoering van nieuwe arbeidsvoorwaarden en/of tot vervanging van gedateerde, niet meer bruikbare arbeidsvoorwaardelijke regelingen. Maar als men deze aanspraken beschouwt als verworven rechten, dan rijst de vraag of dat karakter van de aanspraken van gewezen werknemers zich er niet tegen verzet dat hij bij cao kan worden veranderd. Verworven rechten, zo kan men betogen, zijn naar hun aard niet, dan wel bij hoge uitzondering te wijzigen en lenen zich niet voor tijdelijke regulering.

### **5.5.2 *Wenselijkheid regulering bij cao: aantasting van verworven rechten?***

De cao is het middel bij uitstek tot regulering van arbeidsvoorwaarden. Omdat de cao voor een beperkte periode wordt afgesloten en dus een tijdelijk karakter heeft, kan deze ook worden gebruikt als instrument van sociale politiek. Sociale partners zijn immers zo in staat de arbeidsvoorwaarden te laten meebewegen met een veranderende (arbeids)markt, en deze waar nodig te wijzigen. Nieuwe ontwikkelingen kunnen zo leiden tot de invoering van nieuwe arbeidsvoorwaarden, en/of tot vervanging van gedateerde, niet meer bruikbare arbeidsvoorwaardelijke regelingen. De vraag is echter of het karakter van de aanspraken van gewezen werknemers zich niet verzet tegen regulering bij cao, indien men deze aanspraken beschouwt als zogenaamde verworven rechten. Verworven rechten, zo kan men betogen, zijn naar hun aard niet, dan wel bij hoge uitzondering te wijzigen en lenen zich dan ook niet voor tijdelijke regulering. In die optiek passen zij daarom niet in een cao. Redenen genoeg om eens stil te staan bij het concept van verworven rechten.

In de pensioenliteratuur speelt dit vraagstuk een belangrijke rol. De vraag of pensioenrechten voor zover het gaat om verkregen, opgebouwde pensioenrechten, dat wil zeggen pensioenrechten welke zijn gebaseerd op premiebetaling, nog kunnen worden gewijzigd is door Lutjens uitgebreid behandeld.<sup>19</sup> Hij baseert zijn conclusie dat het niet kan op het algemeen rechtsbeginsel op grond waarvan verkregen, opgebouwde rechten niet mogen worden aangetast, behoudens wanneer er een genoegzame compensatie wordt geboden. Wijziging van reeds toegekende pensioenen zou een onaanvaardbare inbreuk opleveren op de leer van de verkregen rechten. Bovendien zou het niet juist zijn in te grijpen in een niet meer bestaande rechtsverhouding. Vervolgens zou een wijziging van opgebouwde aanspraken in strijd zijn met algemene rechtsbeginselen met name het equivalentie- en het rechtszekerheidsbeginsel. Als men pensioen-aanspraken ziet als subjectieve vermogensrechten en het verzekeringskarakter ervan benadrukt, dan vormen die een extra argument tegen de mogelijkheid van aantasting ervan door ze bij cao te wijzigen. Tot slot stelt Lutjens dat een opgebouwd recht kan worden aangemerkt als een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP EVRM). Ook om die reden moet het pensioen als opgebouwd recht bescherming verdienen tegen een wijziging van die aanspraken.<sup>20</sup>

Deze opvatting van Lutjens wordt in de pensioenliteratuur vrij algemeen aanvaard. De discussie spitst zich toe op de vraag of verworven rechten in het geheel niet, dan wel in uitzonderingsgevallen met toepassing van de artikelen 6:248 en 6:258 van het BW kunnen worden aangetast. Er zijn schrijvers die verdedigen dat verkregen rechten nooit kunnen worden aangetast.<sup>21</sup> Daartegenover staat het merendeel van de schrijvers die menen dat in bijzondere gevallen ook verkregen, opgebouwde aanspraken met toepassing van artikel 6:248 of 6:258 van het BW kunnen worden gewijzigd. Voor

19 E.Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, par. 24.4.

20 E. Lutjens, a.w., p. 464, en in de daar opgenomen voetnoten 51-55 weergegeven literatuur.

21 O.a. H.P. Breuker e.a., 'De juridische aspecten van het wijzigen van de pensioenregeling', *TVP* 1999, p. 98 en 105; T. Dimmendaal, 'Wijziging van een pensioenregeling', in: *De Nieuwe pensioenwet, Voorbeschuwingen*, Amersfoort: SDU 2004.

een wijziging van verkregen rechten moet wel een zware toets gelden, zwaarder als het BW voorschrijft voor wijziging van toekomstige rechten.<sup>22</sup> Voor wat betreft opgebouwde pensioenen die vallen onder de Pensioenwet (PW) heeft de Pensioenwet de onaantastbaarheid van wijziging in de wet vastgelegd: artikel 20 van de PW verbiedt een aantasting van opgebouwde pensioenaanspraken. Voor onvoorwaardelijke pensioenaanspraken die onder de Pensioenwet vallen is de vraag naar de onaantastbaarheid van opgebouwde pensioenaanspraken niet meer relevant. De Pensioenwet geeft slechts een uitzondering voor het geval de financiële toestand van het fonds een aantasting van opgebouwde pensioenrechten noodzakelijk maakt. Dit betekent dat een aantasting van opgebouwd pensioen, behoudens de in de Pensioenwet genoemde uitzonderingsgevallen, ook niet bij cao kan worden geregeld.

### 5.5.3 *Verworven rechten: elke aanspraak die stamt uit een voormalige dienstbetrekking?*

Kan dit concept van verworven rechten nu worden doorgetrokken naar elke aanspraak die stamt uit een voormalige dienstbetrekking, dat wil zeggen elk onvoorwaardelijk recht dat stamt uit een beëindigde arbeidsovereenkomst? Men kan dan denken aan een recht op vergoeding van premies ziektekosten of een recht op (aanvullend) wachtgeld bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. Behalve dat ook deze rechten verworven rechten uit een reeds beëindigde rechtsbetrekking zijn geldt ten aanzien van hen ook dat aantasting van deze aanspraken in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en mogelijk met het in artikel 1 van het EP EVRM opgenomen eigendomsrecht. Dit wordt ondersteund door een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, waar het gaat om inbreuken op krachtens wettelijke regeling toegekende uitkeringsaanspraken. Het is vaste jurisprudentie van de CRvB dat zowel de intrekking als vermindering van dergelijke aanspraken een inbreuk vormt op het in artikel 1 van het EP EVRM neergelegde eigendomsrecht. Niet relevant is of de uitkeringsaanspraken een vermogenswaarde vertegenwoordigen. De CRvB beperkt deze zienswijze niet tot uitkeringen die zijn gerelateerd aan een opgebouwd vermogen. Hij laat ook aanspraken op

22 In deze zin E. Lutjens, 'Het wijzigen van een pensioenregeling', *TPV* 2005-6, p. 169; E. Schop en E. Lutjens, *Wijzigen van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder pensioen* (Pensioen Monografieën, deel 10), Deventer: Kluwer 2007.



uitkeringen als de WIA en de AOW onder het bereik van artikel 1 van het EP EVRM vallen.<sup>23</sup>

In de lagere rechtspraak wordt het concept van verworven rechten ook aanvaard als het gaat om andere uitkeringsaanspraken dan die welke hun grondslag vinden in opgebouwd vermogen. Het gaat dan echter om uitkeringsrechten die gelden krachtens individuele afspraken. In het geval dat de aanspraak wordt ontleend aan een cao, wordt daaraan veeleer een notie van tijdelijkheid toegekend. De gedachte is dan dat, nu de cao naar haar aard tijdelijk is, de gewezen werknemer ook kan verwachten dat deze aan toekomstige wijzigingen onderhevig kan zijn. Deze zienswijze treft men aan in de rechtspraak die in verband staat met de wijziging van het ziektekostenstelsel per 1 januari 2006, toen met de invoering van de Zorgverzekeringswet het onderscheid tussen particuliere en ziekenfondsverzekeringen kwam te vervallen. Als gevolg van deze wijziging kwamen regelingen voor werknemers waarin een aanspraak op vergoeding van de premie ziektekosten was vastgelegd onder druk te staan. In de nieuwe regeling werden werkgevers geconfronteerd met een wijziging van een wettelijk verplichte bijdrage in de ziektekostenpremies. Omdat dit ook gevolgen had voor gewezen werknemers, leidde dat tot gerechtelijke procedures waarin zij de volledige vergoeding van de premies door de werkgever eisten conform de eerder vastgelegde regeling in de ('oude') cao.

In zes van de negen gevallen was de aanspraak vastgelegd in een cao en eindigde deze als gevolg van een opvolgende cao. In vijf van die zes zaken oordeelde de rechter dat de gewezen werknemers de wijziging moesten dulden nu sprake was van een gewijzigde cao.<sup>24</sup>

23 Zie onder andere CRvB 22 december 1999, *LJN* AA4300. Conform vaste jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) acht de CRvB een inbreuk op het eigendomsrecht slechts gerechtvaardigd als met de inbreuk een legitiem doel wordt gediend, er voorts sprake is van een evenwichtige belangenafweging tussen de met de inbreuk gemoeide gemeenschapsbelangen en de vereisten die voortvloeien uit het eigendomsrecht en tot slot of er een redelijke proportionaliteitsrelatie bestaat tussen het gekozen middel en het beoogde doel.

24 Zie de analyse van deze rechtspraak door T. Huijg, '(Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven', *TRA* 2010-6, p. 11 e.v. Vgl. Ktr. Deventer 8 maart 2007, *JAR* 2007, 99, r.o. 5 (*Rentré Wonen*); Ktr. Den Haag 1 mei 2007, *GJ* 2007, 126, r.o. 9 (*Aegon I*); Ktr. Den Haag 5 december 2007, *JAR* 2008, 1, r.o. 20-22 (*Aegon II*); Ktr. Rotterdam 6 december 2007, nr. 814554 CV EXPL 07-19317, r.o. 4.4 (*Marsh*); Ktr. Amsterdam 6 maart 2009, *JAR* 2009, 79, r.o. 12 (*ING*) en Ktr. Utrecht 3 juni 2009, nr. 572218 UC EXPL 08-6094, *LJN* BI8512, r.o. 4.11 (*FNV*).

De wijziging werd verder niet getoetst aan inhoudelijke normen. Zo oordeelde de Kantonrechter Amsterdam in een uitspraak van 6 maart 2009<sup>25</sup> over een bijdrageregeling ziektekosten voor gepensioneerden die was opgenomen in een bedrijfs-cao die geldig was krachtens een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding. De kantonrechter overwoog dat werknemers dienden te veronderstellen dat de bijdrageregeling aan de cao gekoppeld bleef en dat dus een wijziging van die cao ook de rechtspositie van gewezen werknemers bepaalde. Op vergelijkbare wijze oordeelden de Kantonrechters Utrecht, Amsterdam, Arnhem en het Hof Arnhem.<sup>26</sup> Het uitgangspunt van deze uitspraken is dat bij cao vastgelegde aanspraken in beginsel een tijdelijk karakter hebben en dat rechthebbenden ervan behoren uit te gaan dat een wijziging van de cao kan leiden tot een wijziging van hun aanspraak, tenzij partijen natuurlijk een andere bedoeling hebben gehad.

In de negen andere zaken werd een door de werkgever geïnitieerde wijziging van de aanspraken van gewezen werknemers niet gerechtvaardigd geacht. In al deze zaken ging het om aanspraken die waren vastgelegd in individuele (arbeids)overeenkomsten. De kantonrechters toetsten daarbij expliciet aan de artikelen 6:248, 6:258, 7:611 en/of 7:613 van het BW, welke toets steeds in het voordeel uitviel van de betrokken gewezen werknemers. In een aantal zaken werd expliciet door de betreffende Kantonrechters Utrecht en Arnhem en het Hof Arnhem in ongeveer gelijklopende overwegingen gesteld dat betrokkenen in beginsel recht konden doen gelden op een levenslange aanspraak op tegemoetkoming in de premie ziektekosten, zodat betrokkenen niet behoefden te verwachten dat deze aanspraak zich zou wijzigen.<sup>27</sup> In de toetsing of ongewijzigde voortzetting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, werd expliciet meegewogen dat hier sprake was van een ‘bevroren rechtsverhouding’.

Hansma<sup>28</sup> neemt een vergelijkbaar standpunt in. Hij stelt dat de cao naar haar aard een tijdelijk karakter heeft en dat diegenen die

25 Ktr. Amsterdam 6 maart 2009, *JAR* 2009, 79.

26 Ktr. Utrecht 21 november 2007, *JAR* 2008, 5; Ktr. Amsterdam 23 mei 2008, *JAR* 2009, 60; Ktr. Arnhem 9 juli 2007, *LJN* BA9532; Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *JAR* 2009, 282.

27 Ktr. Utrecht 28 januari 2009, *JAR* 2009, 86; Ktr. Utrecht 3 juni 2009, *JAR* 2009, 243; Hof Arnhem 26 juni 2007, *LJN* BA9573.

28 R.Hansma, ‘Een geïncorporeerde CAO zomaar veranderen’, *SMA* 2006, p. 507 e.v.

aanspraken aan de cao ontlenuen ook ervan moeten uitgaan dat zij een tijdelijk karakter heeft. Werknemers moeten daarom op voorhand hebben aanvaard dat een toekomstige wijziging tot de mogelijkheden behoorde. Er kan dan ook geen sprake zijn van een aantasting van verworven rechten door een opvolgende cao, nu het recht zelf als tijdelijk dient te worden gekarakteriseerd. De wijzigingsbevoegdheid is als het ware in de aanspraak verdisconteerd.

Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de rechtspraak ervan uitgaat dat wanneer de aanspraak in een nieuwe cao wordt aangepast, uiteraard speelt met name de situatie van verlaging, de gewezen werknemers die wijziging hebben te accepteren. Dat dat niet zonder meer ook geldt wanneer de aanspraken voor ex-werknemers in een individuele afspraak – in de arbeidsovereenkomst – zijn vastgelegd, laat de redenering van gebondenheid aan de cao onverlet.

#### 5.5.4 *Algemeenverbindendverklaring en verworven rechten*

Van de hierboven beschreven situatie moet worden onderscheiden het geval dat de ex-werknemer door algemeenverbindendverklaring aan een gewijzigde cao – op het punt van pensioenaanspraken – wordt gebonden. Is het zo dat in geval de aanspraak geldt krachtens lidmaatschap van de contractspartij en/of incorporatiebeding, de gebondenheid aan de cao blijft bestaan mede op grond van de leer van de nawerking van de cao, in de situatie van avv ligt dat anders. In de eerst twee gevallen zal de aanspraak – ook in de opvatting dat daaraan de notie van tijdelijkheid toekomt – dankzij de regel van nawerking blijven gelden na afloop van de cao totdat er een nieuwe cao tot stand komt. In geval van algemeenverbindendverklaring is er in het algemeen geen sprake van nawerking.<sup>29</sup> Een tweetal uitspraken van de Hoge Raad zou evenwel nog tot een andere uitslag kunnen leiden. In die arresten kende de Hoge Raad aan uitkeringsaanspraken van gewezen werknemers een zekere nawerking toe. In de zaken *Beenen/Vanduho* en *Luitjens/Groothandel vlees*, nam de Hoge Raad aan dat uitkeringsrechten van arbeidsongeschikten gebaseerd blijven op de bepalingen die golden bij het ontstaan van die rechten.<sup>30</sup> De Hoge Raad overweegt dat: “Indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden, krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris, of

29 HR10 januari 2003, *JAR* 2003, 38 (*Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*).

30 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420, en HR 7 juni 2002, *NJ* 2003, 175.

aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen over een in die bepalingen omschreven tijdvak, wordt het aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.” Het is de vraag of deze zienswijze kan worden doorgetrokken naar elke uitkeringsaanspraak van gewezen werknemers. In de literatuur wordt het standpunt verdedigd dat die uitspraken overruled zijn door de latere rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>31</sup> Opgemerkt moet wel worden dat het in deze twee uitspraken ging om aanspraken uit de toen geldende cao, die een tijdelijk karakter hadden. Het is de vraag of dat ook kan worden volgehouden wanneer het gaat om een aanspraak voor onbepaalde tijd.

#### 5.5.5 *Voorlopige conclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat er in ieder geval discussie is over de vraag of aanspraken van gewezen werknemers al dan niet als verworven rechten moeten worden beschouwd en daarom niet door wijziging van de cao kunnen worden aangetast. Geconstateerd is dat er in de literatuur en de jurisprudentie een zekere neiging bestaat om onderscheid te maken naar gelang de aanspraak individueel is gemaakt dan wel collectief bij cao is vastgelegd. Niet eerder lijkt een dergelijk onderscheid te zijn gemaakt in ‘hardheid’ van afspraken tussen individuele en collectieve aanspraken. Een dergelijke ontwikkeling nodigt uit om verder na te denken over het vermogensrechtelijk karakter van aanspraken die stammen uit een cao, en meer in het bijzonder over aanspraken van gewezen werknemers. In de literatuur is daaraan – vreemd genoeg – tot dusverre nauwelijks aandacht besteed.<sup>32</sup> Als aanspraken van gewezen werknemers als verworven rechten moeten worden beschouwd, betekent dit dat er grenzen zijn aan de regulering van deze aanspraken bij cao? Een nadere theoretische verkenning zou daarom wenselijk zijn. Een dergelijke verkenning gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

31 HR 10 januari 2003, JAR 2003, 38 (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet). Zie ook de bijdrage over dit onderwerp in dit boek; hoofdstuk 7, p. 136-137.

32 J. van Slooten heeft wel een eerste beschouwing gewijd aan het vermogensrechtelijk karakter van aanspraken van gepensioneerde werknemers in zijn bijdrage ‘Is de rechtsverhouding met de gepensioneerde werknemer bevroren? Een verkenning’ in: *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing* (liber amicorum voor prof. dr. A.T.J.M. Jacobs), Zutphen: Paris 2011, hoofdstuk 28.

## 5.6 Regulering bij cao mogelijk? Bijzondere positie gewezen werknemers

Ook al wordt uitgegaan van het tijdelijk karakter van aanspraken van gewezen werknemers, dan is er nog een aantal kanttekeningen te plaatsen bij regulering van deze aanspraken bij cao. Deze kanttekeningen vloeien voort uit de afwijkende positie van gewezen werknemers in het cao-systeem.

### 5.6.1 *Het element van uitruil en de ongelijke positie*

Als eerste kan worden gewezen op de zogenaamde uitruilfunctie van de cao. In de regel zal de cao voor zittende werknemers een breed pakket aan arbeidsvoorwaarden bevatten. Verslechtering van een bepaalde regeling zullen in het kader van de onderhandelingen worden gecompenseerd door verbeteringen op een ander vlak. De cao zal als algemeen pakket van arbeidsvoorwaarden voor zittende werknemers in de regel dan ook een verbetering geven ten opzichte van het pakket zoals opgenomen in de oude cao. Voor gewezen werknemers bestaat er na einde dienstverband daarentegen in de meeste gevallen slechts een enkele regeling. Een wijziging van die regeling nadat de uitkeringsaanspraken zijn toegekend, zal dan altijd leiden tot een verslechtering van de aanspraken. Hoewel de cao ook voor de zittende werknemers regelingen kan bevatten die leiden tot een verslechtering van hun rechtspositie, is er een groot verschil met de situatie van de gewezen werknemer. Voor de gewezen werknemers zal er in de regel niets tegenover staan: er valt immers niets uit te ruilen. Het is dan discutabel om de cao te gebruiken als instrument om de rechtspositie van gewezen werknemers te verslechteren zonder dat daarmee enig belang aan werknemerszijde wordt gediend. Dit bezwaar heeft nog een andere dimensie in het geval de gewijzigde aanspraken van gewezen werknemers zijn opgenomen in een algemene cao waarin ook de aanspraken van de zittende werknemers worden gereguleerd. Het gevaar bestaat dan dat de belangen van de gewezen werknemers aan de belangen van de zittende werknemers ondergeschikt worden gemaakt. Dit gevaar is niet ondenkbeeldig, zeker niet nu gewezen werknemers in veel gevallen een significant kleinere groep zullen vormen van het totale ledenbestand van een vakorganisatie. Bij stemmingen over een cao waarin sprake is van conflicterende belangen van zittende en gewezen werknemers, zal deze laatste groep dan ook makkelijk het onderspit kunnen delven. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat zowel de hoogte van pensioenpremies onder druk staat als de indexering van bestaande

pensioenen. Het kan dan gebeuren dat de pensioenpremies voor het zittende personeel ongemoeid worden gelaten, waar tegenover de vakbond bereid is de indexeringsaanspraken te wijzigen. In dat opzicht verschilt de positie van gewezen werknemers wezenlijk van die van het zittend personeel.

Deze ongelijkheid is ook gesignaleerd in lagere rechtspraak waarin is geoordeeld over de aantastbaarheid van individuele aanspraken van gewezen werknemers op vergoeding van premies ziektekosten. Zou uit deze rechtspraak niet een argument geput kunnen worden om het verschil in positie tussen de gewezen werknemer en de zittende werknemer te erkennen ook als het gaat om aanspraken en de wijziging daarvan in collectieve regelingen? De Kantonrechters Utrecht en het Hof Arnhem hebben in ongeveer gelijklopende bewoordingen gesteld dat betrokkenen in beginsel recht konden doen gelden op een levenslange aanspraak op tegemoetkoming in de premie ziektekosten, waarvan betrokkenen in beginsel niet behoefden te verwachten dat deze aanspraak zou wijzigen.<sup>33</sup> In de toetsing of ongewijzigde voortzetting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, werd expliciet meegewogen dat hier sprake was van een bevroren rechtsverhouding en dat aldus “de betrokken ex-werknemers, anders dan de nog actieve werknemers, ten opzichte van hun voormalig werkgever geen onderhandelingspositie meer hadden om een verslechtering van deze arbeidsvoorwaarden te compenseren door middel van een verbetering van andere arbeidsvoorwaarden”. Gaat deze redenering niet ook op voor gewezen werknemers wier pensioenaanspraken worden gewijzigd door een collectieve regeling? Daarbij moet bedacht worden dat gewezen werknemers ook niet beschikken over enig effectief collectief actie-recht. Anders dan zittende werknemers kunnen gewezen werknemers daarom nimmer enige druk uitoefenen om een hun onwelgevallige regeling van tafel te krijgen.

Een tegenwerping zou kunnen zijn dat de zaken – vanuit het cao-recht – anders liggen wanneer een – gewezen – werknemer gebonden is aan de cao krachtens lidmaatschap van de vakbond die partij is bij de cao. Redeneert men langs die kant dan vormt het lidmaatschap van de betrokken leden de legitimatie van de binding aan het nadelige cao-resultaat. Daarmee hebben die leden immers hun onderhandelingsvrijheid willens en wetens aan hun vakorganisaties overgedragen. Deze leden kunnen zich dan wel aan de werking van

33 Zie Ktr. Utrecht 28 januari 2009, *JAR* 2009, 86 en Hof Arnhem 26 juni 2007, *PJ* 2008, 36.

de cao onttrekken door hun lidmaatschap op te zeggen, als er een cao tot stand dreigt te komen met een voor gewezen werknemers nadelig resultaat. Maar dat eist wel een bijzonder adequate en snelle handelwijze van de betrokken ex-werknemers, omdat opzegging van het lidmaatschap zal moeten plaatsvinden vóórdat het cao-akkoord als cao is aangemeld. Latere melding zal geen effect hebben omdat men tijdens de loop van de cao gebonden blijft.

Het is toch ook misschien merkwaardig dat het enkele lidmaatschap van de cao-partij de positie van de gewezen werknemer wezenlijk doet verschillen van de 'ongebonden' gewezen werknemer, wanneer we ervan uitgaan dat de cao geen wijziging zou kunnen brengen in de 'verworven rechten'.

### **5.6.2 Binding via een incorporatiebeding?**

De binding van gewezen werknemers aan een cao zal echter, gelet op de beperkte organisatiegraad onder gewezen werknemers, in het merendeel van de gevallen niet zozeer tot stand komen langs de weg van het lidmaatschap maar door toepassing van een incorporatiebeding.<sup>34</sup> In de praktijk zien we dat deze incorporatie juist wat betreft aanspraken van gewezen werknemers, een veelheid aan vormen kent. Ten eerste kun je denken aan een algemeen incorporatiebeding waarbij in de individuele arbeidsovereenkomst een cao van toepassing is verklaard waarin ook aanspraken van gewezen werknemers zijn opgenomen. Daarnaast kun je denken aan incorporatiebedingen die zijn opgenomen in een specifieke regeling en die wat betreft de inhoud van de aanspraak verwijzen naar een cao. Zo komt het veelvuldig voor dat in pensioenreglementen wordt verwezen naar een bepaling in een cao waarin de aanspraak wordt gespecificeerd. Indien we uitgaan van een binding aan de cao krachtens incorporatiebeding, dan lijken betrokkenen zich in beginsel niet meer te kunnen onttrekken aan de werking van de cao. De legitimatie voor de binding aan de verslechterde cao zou dan enkel kunnen worden gevonden in de vooraf veronderstelde instemming met het incorporatiebeding, ervan uitgaande dat dit beding zich ook uitstrekt tot cao's die tot stand zijn gekomen na einde dienstverband, c.q. nadat het uitkeringsrecht tot uitbetaling is gekomen. Deze binding is een

34 Zie over de betekenis en functie van het incorporatiebeding in het cao-recht hoofdstuk 6 in dit boek.

kwestie van uitleg van het betreffende beding. Ervan uitgaande dat het beding inderdaad ziet op wijziging van lopende uitkeringsaanspraken, kan de vraag worden gesteld of dit incorporatiebeding voldoende legitimatie vormt in het geval de belangen van de gewezen werknemer bij de totstandkoming van de cao zijn veronachtzaamd. In de hiervoor besproken rechtspraak waarbij sprake was van collectieve wijziging van aanspraken van gewezen werknemers door middel van incorporatie van een cao, oordeelden de rechters in bijna alle gevallen dat betrokkenen zonder meer aan de gewijzigde cao waren gebonden, zonder op enigerlei wijze te toetsen of de belangen van de gewezen werknemers niet waren veronachtzaamd.<sup>35</sup> Enkel de Kantonrechter Arnhem toetste analoog aan de eisen van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 van het BW. Was bij de totstandkoming van de cao wel voldoende rekening gehouden met de belangen van gewezen werknemers?<sup>36</sup> Na de overweging dat artikel 7:611 van het BW in de verhouding tussen werkgever en gewezen werknemer een zekere nawerking heeft, stelde de kantonrechter dat “[i]ndien een regeling waaraan ook post-actieve rechten kunnen ontleen wordt gewijzigd of afgeschaft en die post-actieven zijn niet zelf bij de besluitvorming daarover betrokken of vertegenwoordigd, dan houden normen van goed werkgeverschap mede in dat met de belangen van die post-actieven rekening wordt gehouden en dat daarvan, voor zover mogelijk, ook blijkt wordt gegeven”.

De vraag is of deze toetsing voldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat uitkeringsrechten van gewezen werknemers worden verslechterd zonder dat op enigerlei wijze met hun belangen rekening is gehouden en/of zonder dat zij bij de totstandkoming van de cao deugdelijk zijn vertegenwoordigd. Ten eerste is deze rechterlijke toetsing facultatief en wordt zij kennelijk niet op grote schaal door rechters toegepast. Daarnaast biedt een analoge toetsing aan artikel 7:611 van het BW niet altijd soelaas, met name niet als de uitbetaling van de aanspraken is ondergebracht bij een derde partij die niet zelf betrokken is bij de totstandkoming van de cao, zoals een pensioenfonds of ander

35 De incorporatie geschiedde in deze uitspraken doordat in de aanspraak zelf een verwijzing naar de cao was opgenomen, zoals bijvoorbeeld een verwijzing in een bedrijfsreglement dat de uitkeringsaanspraak wordt verleend overeenkomstig de cao. De kanttekeningen die in deze bijdrage worden geplaatst bij de legitimatie van een door een cao gerealiseerde wijziging van aanspraken door middel van een incorporatiebeding, gelden natuurlijk evenzeer indien de cao wordt geïncorporeerd door middel van een in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen algemeen incorporatiebeding.

36 Ktr. Arnhem 9 juli 2007, *PJ* 2008, 72.



fonds dat de uitkeringsrechten beheert. In die gevallen zou enkel een toetsing aan artikel 6:248 van het BW uitkomst kunnen bieden.

Deze weg overziende kan men zich afvragen of binding door een incorporatiebeding aan een cao waarin de aanspraken voor de gewezen werknemers in pejus worden gewijzigd wel dat gevolg zou moeten hebben. Zoals gezegd hangt het niet alleen af van de formulering van een dergelijk beding en de interpretatie daarvan achteraf door de rechter, maar ook nog van de vraag óf de gewezen werknemer wel heeft beseft of heeft kunnen en moeten beseffen dat hij zich ook gebonden had aan een verslechtering van zijn afspraken. Rechtspraak over de reikwijdte van incorporatiebedingen laat op z'n minst zien dat er enige twijfel is aan de consequenties van gebondenheid aan deze bedingen.

### **5.6.3 Binding door algemeenverbindendverklaring**

Tot slot moeten we ons afvragen in hoeverre een binding aan een verslechterde cao kan worden gelegitimeerd door een algemeenverbindendverklaring. De huidige Wet AVV voorziet niet in algemeenverbindendverklaring van bepalingen waarin de rechten van gewezen werknemers worden gereguleerd. Indien ervoor wordt gekozen de algemeenverbindendverklaring in de toekomst wel voor deze bepalingen open te stellen, dan dient eerst nog te worden gezien óf en zo ja in hoeverre de hierboven geformuleerde bezwaren zich niet verzetten tegen algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen waarbij rechten van gewezen werknemers worden gereguleerd. De binding aan de cao berust immers niet op een vrije keuze, noch vooraf noch op een later tijdstip. Evenmin kunnen de ex-werknemers zich onttrekken aan de werking van de cao door opzegging van het lidmaatschap van de vakorganisatie.

De legitimatie voor de binding aan een algemeenverbindendverklaring wordt gewoonlijk gezocht en gevonden in de representativiteitstoets die artikel 2 van de Wet AVV stelt: slechts cao-bepalingen die al gelden voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijf (stak) werkzame personen kan algemeen verbindend worden verklaard. De gedachte daarachter is dat het gelegitimeerd is de werkingssfeer uit te breiden naar alle in de bedrijfstak werkzame werknemers omdat de regelingen tot stand zijn gebracht door onafhankelijke vakorganisaties. Aangenomen wordt dan dat de belangen van de werknemers naar behoren zijn behartigd. Men moet overigens wel beseffen dat het representativiteitsvereiste beperkt is tot werknemers die werkzaam zijn en niet ziet op gewezen

werknemers. Zij kunnen als gevolg van algemeenverbindendverklaring van de cao hoewel die maar voor een beperkt aantal gewezen werknemers geldt, wel aan die cao gebonden worden. Het hierboven vermelde bezwaar, namelijk dat cao-partijen de belangen van zittende werknemers hebben laten prevaleren boven die van de gewezen werknemers, doet zich ook hier reëel voor. Van enige vertegenwoordiging van hun belangen is dan eveneens geen sprake. Nu kan de minister ingevolge paragraaf 6.2 van het Toetsingskader avv algemeenverbindendverklaring van bepalingen die een te grote benadeling opleveren van de rechtmatige belangen van derden, weigeren maar verplicht is de minister daartoe niet. Het is dus nog maar de vraag of daarmee de belangen van de gewezen werknemers voldoende zijn veiliggesteld.

## 5.7 Conclusie

Uit het bovenstaande blijkt dat er nogal wat bezwaren zijn tegen regulering van aanspraken van gewezen werknemers bij cao, met name als het gaat om een wijziging, dat wil zeggen een verlaging van de aanspraken. Daartegenover kan worden gesteld dat de praktijk wel behoefte lijkt te hebben aan een collectieve regulering van dergelijke aanspraken. Ook als men ervan uitgaat dat de aanspraken van gewezen werknemers als verworven rechten moeten worden beschouwd en derhalve in beginsel als niet te wijzigen hebben te gelden, dan kunnen er toch situaties denkbaar zijn dat een ongewijzigde instandhouding van de uitkeringsrechten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Als de mogelijkheid de (noodzakelijke) wijziging bij cao vast te leggen niet bestaat, kan die wijziging enkel worden gerealiseerd met toepassing van algemene bepalingen van het BW: de artikelen 6:248 en 6:258 van het BW. Gewezen werknemers kunnen echter belang hebben bij een collectieve regulering van hun aanspraken, zelfs als het om wijziging gaat, omdat de vakorganisaties dankzij de macht van het getal beter in staat zullen zijn hun belangen in de gewijzigde regelingen te laten doorklinken.

Betekent dit nu dat we de cao moeten openstellen als reguleringsinstrument voor de wijziging van aanspraken van gewezen werknemers? Hiervoor is met name gewezen op het bezwaar dat er een groot risico bestaat dat bij de totstandkoming van de cao de belangen van de gewezen werknemers onvoldoende worden behartigd en zelfs worden veronachtzaamd. Hoewel daartegenover staat dat de gewezen

werknemer die lid is van de vakbond de mogelijkheid heeft zich al dan niet aan het cao-resultaat te conformeren, moet toch worden toegegeven dat die keuzevrijheid meer theoretisch is en in de praktijk niet zo eenvoudig is te maken. Dat geldt ook indien de cao van toepassing is krachtens een incorporatiebeding, met name als niet ondubbelzinnig uit de formulering van het beding blijkt dat dit beding ook betrekking heeft op cao's die tot stand komen nadat de aanspraak al is geëffectueerd. Men kan dan betwijfelen of betrokkenen met het ondertekenen van een dergelijk beding daadwerkelijk en in vrijheid de mogelijkheid hebben aanvaard dat in de toekomst door een opvolgende cao inbreuk wordt gemaakt op reeds toegekende aanspraken.

Hoewel er dus een aantal bezwaren tegen regulering bij cao bestaat, moet wel worden vastgesteld dat in de praktijk vakbonden en werkgevers, dan wel werkgeversverenigingen, al veelvuldig plegen te onderhandelen over aanspraken van gewezen werknemers. Deze ontwikkeling lijkt niet meer terug te draaien. Als we uitgaan van deze realiteit en regulering van aanspraken van gewezen werknemers bij cao dus toestaan, dan is het aan te bevelen de Wet CAO aan te passen, nu deze, zoals uit het voorgaande blijkt, in de huidige vorm onvoldoende duidelijkheid biedt over de binding van werknemers aan de cao. In de artikelen 1 en 9 van de Wet CAO zal dan duidelijk moeten worden vastgelegd dat de binding aan de cao ook geldt voor aanspraken van gewezen werknemers.<sup>37</sup> Zoals hiervoor betoogd is het daarbij wel aan te bevelen aan die wijziging een fundamentele discussie te laten voorafgaan omtrent het (vermogensrechtelijke) karakter van aanspraken uit de cao. Moeten deze aanspraken als verworven rechten worden beschouwd of zijn zij in beginsel naar hun aard als tijdelijk te beschouwen? In het eerste geval zou het raadzaam zijn om in de wet het in beginsel onaantastbare karakter van deze aanspraken vast te leggen, met daarbij een voorziening voor die uitzonderingsgevallen waarin wijziging desondanks mogelijk moet worden geacht. Gedacht zou kunnen worden aan een bepaling analoog aan artikel 20 van de PW, waarin expliciet is vastgelegd dat opgebouwde pensioenaanspraken behoudens een aantal genoemde uitzonderingsgevallen, niet kunnen worden gewijzigd.

37 Daarnaast zullen ook de art. 12 en 13 Wet CAO moeten worden aangepast, tenminste als we ook voor gewezen werknemers een automatische doorwerking van de cao in de individuele rechtsbetrekking met de ex-werkgever willen bewerkstelligen.

Als wordt gekozen voor regulering bij cao dan zullen voorts ook waarborgen in de wet moeten worden opgenomen, die tegemoetkomen aan de hiervoor geformuleerde bezwaren tegen regulering. Een mogelijkheid zou zijn om in de Wet CAO vast te leggen dat uit de onderhandelingen over (een aanpassing van) de cao wanneer die (negatieve) gevolgen hebben voor de aanspraken van de gewezen werknemers, duidelijk moet blijken dat alle belangen, dus ook die van de ex-werknemers, zijn meegenomen. Mocht dat niet het geval zijn of blijken dan zou dat een belemmering moeten zijn om hen aan de wijziging in pejus te binden. Hoewel een dergelijke toetsing ook mogelijk is in de toepassing van de artikelen 6:248 en 6:258 van het BW, laat de hiervoor besproken jurisprudentie zien dat slechts weinig rechters een dergelijke toetsing uitvoeren, hetgeen pleit voor wettelijke regulering. Deze wettelijke voorziening zou ook moeten gelden voor gewezen werknemers die krachtens incorporatiebeding aan een wijziging van hun aanspraken bij cao worden gebonden.

Als laatste vraag kwam hiervoor aan de orde of het wenselijk is het algemeenverbindendverklareninstrument open te stellen voor regulering van aanspraken van gewezen werknemers. De huidige Wet AVV biedt op dit moment geen ruimte om cao-bepalingen waarbij rechten van gewezen werknemers worden gewijzigd, algemeen verbindend te verklaren. Ook hier kan de vraag worden gesteld of er geen aanleiding is de Wet AVV op dit punt aan te passen en in artikel 2 van de Wet AVV expliciet vast te leggen dat de algemeenverbindendverklaring zich ook kan uitstrekken tot gewezen werknemers. Vóór een aanpassing van de wet zou kunnen pleiten dat het toch merkwaardig en ongerechtvaardigd is om 'georganiseerde' werknemers, ook als zij ex-werknemers zijn, anders, slechter te behandelen dan (ex-)werknemers die door het ontbreken van lidmaatschap niet aan een cao gebonden zijn. Daartegenover staan echter grote bezwaren. Waar binding aan een verslechtering van aanspraken in geval van lidmaatschap en incorporatie nog gelegitimeerd kan worden door een zekere keuzevrijheid van de gewezen werknemers, is dat bij binding door middel van algemeenverbindendverklaring niet aan de orde. Daarnaast bestaat er bij algemeenverbindendverklaring nog een groter risico dat de belangen van gewezen werknemers worden veronachtzaamd, nu de Wet AVV geen eisen stelt aan de mate waarin gewezen werknemers zijn vertegenwoordigd. Mocht men desondanks willen kiezen voor regulering door middel van algemeenverbindendverklaring, dan zal ook hier op zijn minst een (wettelijke) voorziening moeten worden getroffen welke waarborgt dat de belangen van de gewezen werknemers voldoende worden behartigd. Daartoe zou bijvoorbeeld in het Toetsingskader

kunnen worden vastgelegd dat de minister alleen dan overgaat tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen die betrekking hebben op gewezen werknemers, als duidelijk is dat de belangen van die gewezen werknemers bij de totstandkoming van de regeling naar behoren zijn behartigd en meegewogen.

Concluderend kunnen we in ieder geval vaststellen dat de huidige Wet CAO en de Wet AVV onvoldoende zijn toegerust voor regulering van aanspraken van gewezen werknemers. Juist in deze tijd waarin ons pensioenstelsel onder druk staat en er grote wijzigingen van pensioenregelingen op komst zijn, heeft de praktijk behoefte aan duidelijkheid omtrent de mogelijkheden die wijzigingen bij cao vast te leggen. Het is daarom aan de politiek en sociale partners om zich daar serieus over te beraden. Deze bijdrage kan een aanzet tot een discussie daarover zijn.



## **MATERIËLE ASPEKTEN**





## 6 Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst

*R.M. Beltzer*

### 6.1 Inleiding

Een belangrijk doel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is het vaststellen van arbeidsvoorwaarden die, als uitgangspunt, voor alle werknemers binnen een bepaalde bedrijfstak of onderneming, in gelijke situaties gelijkkluidend zullen zijn. Door gelijkschakeling van arbeidsvoorwaarden wordt arbeidsonrust voorkomen. Het collectieve arbeidsrecht biedt de juridische middelen om aan die wens invulling te geven. Werkgevers kunnen een ondernemings-cao sluiten of toetreden tot een werkgeversvereniging die mede namens hen een cao voor de sector sluit. Een andere weg voor de werkgever is het overeenkomen van collectieve regelingen met de ondernemingsraad (waarvoor hij al dan niet hun instemming ex artikel 27 en 32 zou behoeven). Is er geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, dan kan de werkgever ook op eigen houtje collectieve regelingen in het leven roepen.

De te kiezen weg heeft gevolgen voor de mogelijkheid werknemers als collectief aan (wijzigingen van) arbeidsvoorwaarden te binden. Een werkgever die geen gebruik maakt van de weg die de cao biedt, zal in principe van elke werknemer afzonderlijk instemming moeten vragen voor wat in feite een wijziging van de arbeidsovereenkomst is.<sup>1</sup> Maakt de werkgever gebruik van een cao om binding

<sup>1</sup> Wel zal het feit dat een ondernemingsraad inmiddels met de voorgestelde wijziging akkoord is een belangrijke aanwijzing vormen voor de redelijkheid ervan. De wetgever stelt zware eisen aan het gebruikmaken van bedingen die de werkgever in feite de bevoegdheid geven de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen: zie art. 7:613 BW.

aan collectieve arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen, dan heeft hij het gemakkelijker: nog afgezien van de mogelijkheid van algemeen-verbindendverklaring van cao-bepalingen zoals geregeld in de Wet AVV, zijn werknemers die lid zijn van de vakbond die de cao hebben afgesloten via de werking van artikel 9 jo. 12 van de Wet CAO rechtstreeks aan deze cao gebonden. Deze relatief eenvoudige binding van werknemers aan cao-bepalingen vindt haar rechtvaardiging in de kracht van de vakbonden en het belang dat de wetgever hecht aan collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

In Nederland ligt het percentage werknemers dat lid is van een vakbond al jaren zo rond de 20 tot 25%. Niettemin is een substantieel groter deel van de werknemers gebonden aan een cao. Dat is mede het gevolg van de toepassing van artikel 14 van de Wet CAO. Om de brede toepassing van de cao veilig te stellen wordt gebruikgemaakt van een contractuele tussenfiguur – de binding aan een cao door middel van een zogenoemd incorporatiebeding. Het incorporatiebeding kent geen wettelijke regeling in het arbeidsrecht; het wordt gereguleerd door het vermogens- en verbintenissenrecht uit de Boeken 3 en 6 van het BW.

Dergelijke bedingen zien veelal ook op toekomstige versies van de cao (of zelfs op andere cao's). De werkgever kiest voor deze bedingen om twee redenen: ten eerste weet hij niet wie wel en geen lid zijn van de cao-sluitende vakbond en wie daarmee wel en wie niet door lidmaatschap van de vakbond gebonden zijn. Zoals gezegd: het overgrote deel van de werknemers is niet (of anders) georganiseerd. Door een incorporatiebeding in alle arbeidsovereenkomsten op te nemen, weet de werkgever dus zeker dat iedereen onder de cao valt. Ten tweede voldoet de werkgever zo aan zijn wettelijke plicht van artikel 14 van de Wet CAO, dat bepaalt dat de werkgever ook de ongebonden werknemers conform de cao dient te behandelen – dit om onderbieding te voorkomen.<sup>2</sup> Veel artikel 14-werknemers stemmen overigens zonder meer met de geldende of nieuwe cao in, omdat de meeste cao's een stijgende lijn vertonen: elk jaar komt er weer een paar procent loonsverhoging bij. Juridisch interessant wordt het uiteraard pas indien een cao een wijziging ten nadele van de werknemer ondergaat. De werkgever beoogt ook dergelijke wijzigingen door middel van het incorporatiebeding te ondervangen. Omdat het

2 Hier wordt niet ingegaan op de vraag of art. 14 Wet CAO alleen geldt voor arbeidsovereenkomst die worden aangegaan – zoals de wettekst suggereert – of dat het bereik ervan ruimer is, in die zin dat het artikel ziet op alle arbeidsovereenkomsten, oud of nieuw.

incorporatiebeding in rechtspraak een ruim bereik kent, slaagt hij daar meestal in.<sup>3</sup>

De kracht van het huidige cao-systeem berust hiermee in feite op zijn zwakte: een gering deel van de werknemers is lid van een vakbond – het scharnier van de Wet CAO dat binding aan de cao mogelijk maakt – maar niettemin is het grootste deel van de werknemers aan een cao gebonden doordat zij met behulp van een incorporatiebeding instemmen met de toepasselijkheid van de cao. Er is dan, zo zou men kunnen menen, reden deze laatste binding vooral contractueel te benaderen. Een andere benadering is immers juridisch problematisch, omdat men dan een rechtvaardigingsgrond zal moeten hanteren voor andere overwegingen, zoals het orderingsbelang van de werkgever en het belang van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in het algemeen, welke belangen een inbreuk zouden kunnen maken op een strikt contractuele benadering.

Het is evenwel de vraag of van een zuiver contractuele benadering van het incorporatiebeding wel sprake is. De reikwijdte van een dergelijk beding is in dat verband van groot belang. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen een temporeel aspect (hoe ver in tijd reikt het beding?), een materieel aspect (welke bepalingen kan men incorporeren?) en een soortbepalingsaspect (is afwijking van drievierde dwingend recht te incorporeren?). Ook de relatie met het wijzigingsbeding, opgenomen in artikel 7:613 van het BW, zal daarbij worden bekeken (6.5). In de conclusie worden de gevolgen van de behandelde reikwijdtes nader beschouwd. Daarbij zal de juridische status-quo worden afgezet tegen ontwikkelingen op het terrein van representativiteit, dat als ijkpunt zal fungeren voor de vraag of het incorporatiebeding in ongewijzigde vorm in de toekomst kan blijven functioneren. Komt het incorporatiebeding onder druk te staan, dan zal, bij een gelijkblijvende of lager wordende organisatiegraad, het cao-systeem als zodanig immers evenzeer onder druk komen te staan.

## 6.2 De temporele reikwijdte

Idealiter, gezien vanuit de positie van de werkgever, ziet een incorporatiebeding niet alleen op de op het moment van aangaan van de arbeidsovereenkomst geldende cao, maar evenzeer op de opvolgende

3 Men dient hier echter rekening te houden met nawerking van de oude, betere regeling. Zie HR 18 maart 2011, *LJN* B09570.

versies daarvan, alsmede op eventuele andere cao's die niet als de opvolger van de vorige kunnen worden beschouwd – denk aan de situatie dat de werkgever uit een bedrijfstak-cao stapt en vervolgens een ondernemings-cao sluit. Wil men discussie over de reikwijdte van het beding voorkomen, dan lijkt het zaak de formulering zorgvuldig te kiezen: een werkgever zal er daarom niet snel voor kiezen in een arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding op te nemen dat 'cao X 2011-2012' deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst: is de opvolgende versie op sommige punten minder gunstig voor de werknemer, dan zou deze zich op de tekst van het beding kunnen beroepen en daar de bedoeling van partijen uit laten afleiden dat het beding slechts op die ene cao zag.

Heeft de werknemer een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan, luidende dat op zijn arbeidsovereenkomst 'de binnen het bedrijf geldende cao' van toepassing is (ongeacht welke dat precies is, nu of in de toekomst), dan kan hieraan het argument worden ontleend dat de werknemer telkens gebonden blijft aan de cao waaraan de werkgever gebonden zal worden. In dat geval kent men aan incorporatiebedingen een dynamisch karakter toe. De formulering van het beding zou de werknemer ook bij het accepteren ervan al moeten hebben doordrongen dat hij tekent voor arbeidsvoorwaarden waarvan hij nu niet weet of kan weten hoe deze eruit zullen komen te zien. Buiten het arbeidsrecht is een dergelijke dynamische benadering niet problematisch: men is immers vrij te contracteren met wie men wil en waarover men wil. In het arbeidsrecht zal men, door de ongelijkheid van partijen waardoor de arbeidsovereenkomst vaak een adhesiecontract is, anders kunnen oordelen.

De formulering van een incorporatiebeding in een arbeidsovereenkomst luistert echter niet zo nauw, zo blijkt uit rechtspraak. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in 2003 dat toen een werknemer instemde met een cao, hij geacht werd met toekomstige versies van die cao te hebben ingestemd.<sup>4</sup> Het hof wees daarbij op de bedoeling van partijen, die overigens uit niet veel meer bleek dan dat werknemer door het ondertekenen van haar arbeidsovereenkomst tevens akkoord ging met de passage "[o]p de met u bestaande arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Bankbedrijf van toepassing. Een exemplaar daarvan treft u aan in de 'Personeelsgids'". Verder ging het Hof Den Haag in 2006 akkoord met de opvatting dat de naam van de cao in het incorporatiebeding niet doorslaggevend is

<sup>4</sup> Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004, 12.

voor toepasselijkheid van een andere, later in de onderneming geldende cao.<sup>5</sup> In deze casus was op de arbeidsovereenkomst van de werknemer eerst een viertal bedrijfs-cao's van toepassing. Het incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst van de werknemer verwees zeer specifiek naar de binnen 'Bornkamp' (het taxibedrijf in kwestie) geldende ondernemings-cao waarvan in de titel ook de naam van het bedrijf was opgenomen. Op een zeker moment viel Bornkamp onder Cao Taxivervoer waarvan bepalingen algemeen verbindend verklaard waren. Hij was tevens aangesloten bij de betreffende werkgeversvereniging en dus 'dubbel gebonden'. De werknemer, geen lid van een cao-sluitende vakbond, betwistte de toepasselijkheid van deze cao op zijn arbeidsovereenkomst, nu zijn incorporatiebeding niet zo zou mogen worden gelezen dat ook deze cao zou kunnen gelden. Voorts betwistte de werknemer dat hij onder de werkingssfeer van de Taxi-cao viel (anders had zijn eerste verweer immers geen zin). Het hof volgde de werknemer niet in zijn stellingen: niet alleen viel de werknemer volgens het hof wel degelijk onder de werkingssfeer, partijen bij de arbeidsovereenkomst hadden volgens het hof voorts "nooit bedoeld de toepasselijkheid van een cao afhankelijk te maken van de exacte naam. Beslissend was uiteraard of bonden en werkgevers beoogd hadden in de betreffende cao mede de rechtspositie van het personeel van het zittend ziekenvervoer van Bornkamp te regelen."

Volgt men deze redenering van het hof, dan zou men kunnen beargumenteren dat het incorporatiebeding ook ziet op cao's die met terugwerkende kracht in werking treden op een datum die ligt vóór de datum dat de werknemer het incorporatiebeding accepteerde. Men kan zich bij deze redenering afvragen of de individuele contractsvrijheid zo gemakkelijk kan worden opgeofferd voor een ander, collectief belang. Men had immers evengoed de vraag kunnen stellen of de werknemer bij acceptatie van het incorporatiebeding had mogen verwachten dat dit beding evenzeer zou zien op andere cao's. In feite betekent dit toepassing van het Haviltex-criterium. Het gevolg van 's hofs arrest is dat de werknemer contractueel in feite minder wordt beschermd dan een contractspartij die buiten het arbeidsovereenkomstenrecht opereert. Hiertegen kan men uiteraard inbrengen dat de werknemer wordt vertegenwoordigd door vakbonden, maar daarbij dient men niet uit het oog te verliezen dat deze vakbonden niet per se de belangen van *deze* werknemer optimaal zullen dienen. Zeker indien de nieuwe cao is afgesloten met minder

5 Hof 's-Gravenhage 31 maart 2006, *JAR* 2006, 136.

representatieve vakbonden, knelt bovenstaande redenering. De soep behoeft overigens dan niet zo heet te worden gegeten. In een uitspraak van 2008 besliste de Kantonrechter Amsterdam dat toen de nieuwe cao bij modeketen Hennes & Mauritz, anders dan voorheen, met niet-representatieve bonden was gesloten, de werknemers niet behoefden te begrijpen dat hun incorporatiebeding ook op deze cao zou zien.<sup>6</sup>

Voorts verhoudt de oplossing in de *Bornkamp*-zaak zich matig tot de wens van de wetgever werknemers niet op voorhand zich te laten vastleggen op arbeidsvoorwaarden waarvan zij aard en omvang nog niet kunnen kennen. Artikel 7:613 van het BW is juist in het leven geroepen om deze praktijk in betere banen te leiden.<sup>7</sup> Wat hier van zij – aan het eind van deze bijdrage wordt hierop nog teruggekomen – de praktijk behoeft zich blijkbaar niet al te zeer te bekommeren om de formulering van een incorporatiebeding, mits men zich er maar steeds rekenschap van geeft of met een betreffende cao is bedoeld de rechtspositie van een zekere groep werknemers te regelen. De vraag is of die situatie zal voortduren indien de organisatiegraad van werknemers verder afneemt en werkgevers vaker cao's zullen afsluiten met niet-representatieve vakbonden.

De vraag wordt pregnanter in geval van overgang van onderneming. Hier treffen wij een – door het Hof van Justitie van de EU gecreëerd – verschil aan met de hiervoor behandelde normalsituatie. Artikel 14a van de Wet CAO bepaalt dat in geval van overgang van onderneming de cao waaraan de vervreemdende werkgever gebonden was, overgaat naar de verkrijgende werkgever en wel in die zin, dat de laatste gehouden is deze cao na te leven tot deze afloopt of tot de verkrijger aan een nieuwe cao wordt gebonden.<sup>8</sup> Ook incorporatiebedingen zijn voor overgang vatbaar. Zij zouden in theorie de tijdsduur kunnen verlengen waarbinnen de verkrijger gehouden is de cao waaraan de vervreemder gebonden is toe te passen. Heeft de overgenomen werknemer immers een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan, luidende dat op zijn arbeidsovereenkomst de cao van de vervreemder van toepassing is (ongeacht welke dat precies is, nu of in de toekomst), dan zou men hieraan het argument kunnen ontleen dat de verkrijger telkens gebonden blijft aan de cao waaraan de vervreemder – ook na de overgang van onderneming – gebonden is.

6 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, *JAR* 2008, 191.

7 Zie o.a. E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele vrijheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer, p. 254, alsmede de daar opgenomen verwijzing naar de wetsgeschiedenis. Zie ook 6.6.

8 In art. 2a Wet AVV is een vergelijkbare regeling opgenomen ten aanzien van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

In dat geval kent men aan incorporatiebedingen hetzelfde dynamische karakter toe als in de normaalsituatie.

In het *Werhof*-arrest<sup>9</sup> heeft het Hof van Justitie bepaald dat die verplichte gebondenheid in ieder geval eindigt indien zich een van de eindigingsgronden, genoemd in artikel 3, derde lid (in Nederland: het tweede lid van respectievelijk artikel 14a van de Wet CAO en artikel 2a van de Wet AVV) voordoet. Hoe incorporatiebedingen ook mogen zijn geformuleerd: zij kunnen slechts zien op de op het moment van overgang voor de vervreemder geldende cao, niet op toekomstige versies daarvan of op andere cao's waaraan de vervreemder na overgang gebonden wordt.<sup>10</sup> Van belang is hetgeen het Hof in r.o. 28 stelt: "Voor de uitlegging van artikel 3, lid 1, van de richtlijn kan een clause die verwijst naar een collectieve overeenkomst niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst. Bijgevolg moet rekening worden gehouden met artikel 3, lid 2, van de richtlijn, dat beperkingen aanbrengt op het beginsel dat de collectieve overeenkomst waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst toepasselijk is." Naar deze beperkingen had de commissie reeds verwezen. Het Hof leidt uit het eerdergenoemde beginsel, in combinatie met het bestaan van daarop in de richtlijn opgenomen beperkingen, af dat het geenszins de bedoeling van de communautaire wetgever is geweest de verkrijger te binden aan "andere collectieve overeenkomsten dan die welke van kracht was op het tijdstip van de overgang en hem bijgevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door middel van toepassing van een nieuwe, na de overgang gesloten overeenkomst".<sup>11</sup>

Ter ondersteuning van zijn stelling wijst het Hof in r.o. 31-33 op de belangen van de verkrijger "die de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt" (r.o. 31). De opvatting van Werhof zou een inbreuk opleveren op de vrijheid van vereniging, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen. Daarbij wijst het Hof niet alleen op enkele EHRM-uitspraken<sup>12</sup> en op artikel 11 van het EVRM, maar ook op

9 HvJ EG 9 maart 2006, nr. C-499/04, *JAR* 2006, 83.

10 In de bijdrage 'Samenloop: op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen?', hoofdstuk 8 van dit boek wordt op deze problematiek ook nog nader ingegaan.

11 R.o. 29. Lees: een overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is geweest.

12 De arresten *Sigurjónsson/LJsland* van 30 juni 1993, série A, nr. 264, § 35, en *Gustafsson/Zweden* van 25 april 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, p. 637, § 45.

het feit dat het genoemde recht een van de grondrechten is die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde bescherming genieten. Daarbij verwijst hij naar, onder andere, het veelbesproken *Bosman*-arrest.<sup>13</sup> Zou aan de contractuele verwijzingsclausule het door Werhof beoogde dynamische karakter moeten worden toegekend, dan zou het fundamentele recht van FTS – de verkrijger – zich niet te verenigen kunnen worden aangetast. In de woorden van A-G Colomer: “(...) the referral cannot continue *sine die*.”<sup>14</sup>

Een min of meer omgekeerde situatie betreft de vraag of een algemeen geformuleerd incorporatiebeding voor overgang vatbaar is in die zin, dat de verkrijger met een beroep op dit beding de bepaling van de cao waaraan hij zelf gebonden is kan toepassen op het overgekomen personeel. Het Hof 's-Gravenhage beantwoordde deze vraag in 2009 ontkennend.<sup>15</sup> Met verwijzing naar het *Haviltex*-criterium<sup>16</sup> oordeelde het hof dat, nu het ging om een beding in een individuele arbeidsovereenkomst, het incorporatiebeding naar haar aard niet bestemd is anderen dan contractanten te binden. De werknemers in kwestie hadden niet hoeven begrijpen dat het beding evenzeer zou zien op de cao van eventuele opvolgende werkgevers. Dat lijkt, gezien vanuit een contractuele benadering van het incorporatiebeding, een juiste conclusie. Ook hier zou men de overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de negatieve contractsvrijheid kunnen toepassen: de werknemer heeft de vrijheid zich niet te binden aan een cao. De automatische overgang van het incorporatiebeding naar de verkrijger zou een te grote inbreuk op dit beginsel maken indien deze overgang zou meebrengen dat de overgegangene werknemer automatisch gebonden zou worden aan een cao waarvan hij het bestaan niet kon vermoeden en met de inhoud waarvan hij zich op voorhand wellicht nooit zou hebben willen verenigen.

Met het arrest van het Hof 's-Gravenhage is nog niet de vraag beantwoord hoe zou moeten worden geoordeeld over een incorporatiebeding dat zodanig is geformuleerd, dat het wel ziet op toekomstige cao's bij toekomstige werkgevers. Een dergelijke formulering kan van belang zijn binnen grote concerns waarbinnen met werknemers wordt geschoven en die onder verschillende cao's (kunnen) vallen. Een dergelijk geformuleerd beding lijkt in strijd met zowel de

13 HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93, *Jur.* p. I-4921; *JAR* 1996, 80.

14 R.o. 47 van de conclusie bij het arrest.

15 Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, *JAR* 2009, 72.

16 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.



negatieve vakverenigingsvrijheid van de werknemer als met de gedachte achter artikel 7:613 van het BW: een werknemer moet zich niet op voorhand kunnen binden aan arbeidsvoorwaarden waarvan hij het bestaan noch kent, noch kan vermoeden. De contractuele benadering van het incorporatiebeding dient hier de overhand te hebben.

### 6.3 De materiële reikwijdte

Een andere vraag is of een incorporatiebeding kan zien op alle mogelijke (normatieve) bepalingen in een cao. Er lijkt geen reden op dit punt anders te oordelen dan ten aanzien van de normale cao-binding op grond van de Wet CAO. Ook sociale plannen kunnen onder de reikwijdte van een incorporatiebeding vallen: men zal steeds, aan de hand van de in de vorige paragraaf behandelde rechtspraak, moeten bezien of daarvan sprake is. De incorporatie is echter niet beperkt tot arbeidsvoorwaarden en daarmee kan zij verdergaan dan artikel 14 van de Wet CAO. Zo oordeelde de Hoge Raad in een arrest uit 2003 dat een in een cao opgenomen arbitraal beding evenzeer onder de reikwijdte van het overeengekomen incorporatiebeding viel.<sup>17</sup>

In vergelijking tot binding op grond van de Wet CAO is het eenvoudiger af te wijken van de cao indien binding louter door incorporatie is bewerkstelligd: artikel 12 van de Wet CAO geldt dan immers niet in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Men kan dus zeer goed overeenkomen dat, bijvoorbeeld, de bepalingen uit een cao op het gebied van overwerk en scholing niet van toepassing zullen zijn. Hierbij dient men overigens wel een juridische onderscheiding aan te brengen tussen de werkgever die zelf wel aan de cao als zodanig gebonden is – hij sloot de cao zelf af of werd vertegenwoordigd door een werkgeversvereniging – en de werkgever die zelf niet gebonden is, maar de cao niettemin wenst toe te passen op zijn personeel. De eerste verzaakt zijn plicht uit artikel 14 van de Wet CAO indien hij afwijkt van die cao, de laatste niet. De niet-gebonden werkgever valt immers niet onder de Wet CAO. In een arrest uit 2010 oordeelde het Hof Amsterdam dat een vordering tot nakoming van een in een arbeidsovereenkomst geïncorporeerde cao zich niet leent voor een collectieve actie, “omdat van geval tot geval

<sup>17</sup> HR 17 januari 2003, *JAR* 2003, 40.

bekeken zal moeten worden of inderdaad toepasselijkheid van een cao is overeengekomen en zo ja, welke”. De vordering van de ABVAKABO tot nakoming van Cao Kinderopvang kon op die grond niet slagen.<sup>18</sup>

De conclusie kan kort zijn: het staat de werkgever en de werknemer vrij alle mogelijk bepalingen van een cao – of zelfs van meer cao’s – te incorporeren in de arbeidsovereenkomst. De artikelen 9 en 12 van de Wet CAO zijn niet van toepassing. Een specifieke vraag betreft die naar de mogelijkheid in de arbeidsovereenkomst af te wijken van driekwart dwingend recht.

#### 6.4 Afwijking van driekwart dwingend recht mogelijk?

De wet opent op meerdere plaatsen de mogelijkheid bij cao af te wijken van het gegeven voorschrift: het zogenoemde driekwart dwingend recht. Voorbeelden hiervan zijn opgenomen in artikel 7:664, eerste lid, onder c, van het BW, artikel 7:668a, vijfde lid en artikel 7:691, zevende lid, van het BW. In feite vormt de mogelijkheid tot afwijken een (werkgevers)premie op het collectieve onderhandelen.<sup>19</sup>

De vraag of door middel van een incorporatiebeding ook kan worden afgeweken van driekwart dwingend recht, lijkt inmiddels te zijn beantwoord. In een conflict tussen werknemer Bollemeijer en zijn werkgever TNT Post, betrof de vraag of TNT Bollemeijer kon binden aan cao-bepalingen waaraan TNT wel, maar Bollemeijer niet op grond van het cao-recht gebonden was. De Hoge Raad oordeelde:

“Het gaat hier om een geval dat afwijking van een bepaling van dwingend recht (slechts) bij CAO mogelijk is, terwijl een CAO die niet rechtstreeks van toepassing is, een zodanige afwijking inhoudt. Aangenomen moet dan worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn

18 De overwegingen van het Hof zijn kenbaar uit de conclusie van A-G Spier bij HR 8 april 2011, *LJN* BP0580.

19 Afwijkingen van driekwart dwingend recht baten de werknemer nimmer, althans, de mogelijkheid tot afwijking betreft steeds een inbreuk op een de werknemer beschermende regel. Door goedkeuring van de vakbonden is een dergelijke afwijking niettemin te billijken.

geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeids-overeenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een CAO, ook ingeval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.”<sup>20</sup>

Strikt genomen was in deze zaak geen sprake van een incorporatiebeding: Bollemeijer had zich echter – hoewel ‘onder protest’ – door ondertekening van een brief waarin een verlenging van de betreffende cao werd aangekondigd akkoord verklaard met “het gebruik maken van de afspraken met de vakbonden met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd”, waarmee werd bedoeld op afwijking van de hoofdregels van artikel 7:668a van het BW.<sup>21</sup>

Het arrest is in de juridische literatuur kritisch ontvangen en heeft veel vragen opgeroepen.<sup>22</sup> De kernvraag is of het nu mogelijk is een willekeurige cao toe te passen op de arbeidsovereenkomst, inclusief afwijkingen van de wettelijke regeling. Een letterlijke lezing van het citaat wijst die kant op. Zou dat zo zijn, dan staat de deur open voor het toepassen van voor de werkgever zeer gunstige cao-bepalingen (zoals loonuitsluiting in de Uitzend-cao en de ketenregeling in de Horeca-cao). Een dergelijke lezing lijkt onnodig en onwenselijk. Onnodig, omdat in deze zaak de werkgever zelf wel gebonden was en de incorporatie van geheel andere cao's dan de binnen de onderneming gebruikelijke niet voor de hand ligt; onwenselijk, omdat sociale partners bij de introductie van de mogelijkheid tot afwijking van de wettelijke regeling bij cao het oog hadden op de specifieke behoeften in de betreffende branche/onderneming. Het gaat, om een voorbeeld te noemen, niet aan de Uitzend-cao van toepassing te verklaren in een arbeidsovereenkomst die wordt gesloten in de vleesverwerkende industrie.

Een andere vraag is of afwijking van driekwart dwingend recht ook mogelijk is zonder de gehele cao toe te passen. Met Heerma van Voss ben ik van mening dat het toelaten van een partiële toepassing van de cao met afwijking van driekwart dwingend recht onwenselijk is.<sup>23</sup> Ongetwijfeld zal de werkgever iets hebben moeten toegeven aan de vakbonden om de afwijking van driekwart dwingend recht

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

21 Een dergelijk protest heeft mijns inziens weinig juridische waarde: men gaat akkoord, of men gaat het niet.

22 Ik noem hier, ter illustratie, D.J.B. de Wolff, ‘De binding van de ongebonden werknemer aan een cao’, *SMA* 2003, p. 168-171.

23 G.J.J. Heerma van Voss, ‘Driekwart dwingend recht’, in: *Cao-recht in beweging*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2005, p. 132-133.

mogelijk te maken. De balans wordt verstoord indien de werkgever de krenten uit de pap van een cao zou mogen halen. Deze situatie zou dus anders moeten worden beoordeeld dan de situatie waarin geen afwijkingen van driekwart dwingend recht aan de orde zijn: het staat de werkgever en de werknemer dan geheel vrij die zaken uit een cao of zelfs meerdere cao's te halen die hun goeddunken.

Meer in het algemeen is van belang of het arrest meebrengt dat het enkele feit dat vakorganisaties zijn betrokken, voldoende is om (ongebonden) werknemers te binden. De Hoge Raad lijkt dit te suggereren. Een vertrouwen *tout court* in de onafhankelijkheid van de vakbonden lijkt problematisch: onafhankelijkheid zegt immers niets over de vraag welke belangen de vakbonden zouden moeten dienen. Daarbij is de vraag naar de onafhankelijkheid *per se* een terechte. De Wet CAO stelt zelf op dit punt geen enkele eis aan de vakbonden die de cao sluiten – een met een zogenoemde *yellow union*<sup>24</sup> afgesloten cao heeft ingevolge de Wet CAO net zo veel juridische waarde als een met een grote, onafhankelijke vakbond afgesloten cao.

In de lagere rechtspraak zijn wel voorbeelden te vinden van situaties waarin de rechter meent dat het rechtsgevoel 'een handje moet worden geholpen' omdat een strikte toepassing van het systeem van het cao-recht tot ongewenste gevolgen zou leiden. Opmerkelijk is een uitspraak van de Voorzieningenrechter Hilversum uit 2006.<sup>25</sup> De voorzieningenrechter oordeelde dat de werknemer in kwestie niet aan de cao gebonden kon worden, ook al had hij een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan. Daartoe eiste de rechter dat op zijn minst sprake was van een cao (het ging om de Horeca-cao) waarbij een grote vakbond betrokken was geweest. Het opmerken waard is dat de werknemer in casu lid was van een (grote) vakbond die de cao expliciet had afgewezen en dat het geschil tussen de werknemer en zijn werkgever was ontstaan door de vraag naar de toepasselijkheid van een cao-bepaling die afweek van driekwart dwingend recht. Het shoppen door werkgevers om zo een zo gunstig mogelijke cao te sluiten betekent dus niet dat daarmee werknemers automatisch gebonden worden, ook al zijn zij akkoord gegaan met een incorporatiebeding dat op de betreffende cao ziet.

Een andere situatie deed zich voor bij de Kantonrechter Utrecht in zijn uitspraak van 12 december 2007.<sup>26</sup> In casu was bij (in de

24 Een kleine bond die geen of slechts enkele werknemers in de betreffende onderneming of bedrijfstak als lid heeft en in het algemeen niet onafhankelijk is.

25 Rb. Hilversum (vzr.) 1 februari 2006, *JAR* 2006, 57.

26 Ktr. Utrecht 12 december 2007, *JAR* 2008, 30.

arbeidsovereenkomst van de werknemer geïncorporeerde) cao afge-  
weken van de ketenregeling van artikel 7:668a van het BW en de  
werkgever beriep zich op deze cao-bepaling ter ondersteuning van  
zijn stelling dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was  
afgelopen. Naar het oordeel van de kantonrechter was een beroep  
op de betreffende cao naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid  
onaanvaardbaar, onder andere omdat aan de werknemer geen duidelijke  
mededelingen waren gedaan omtrent de (verslechterde) inhoud  
van deze cao, die nog niet gold op het moment dat de werknemer in  
dienst trad en het incorporatiebeding aanvaardde. Ook ontbraken  
verklaringen van partijen ter accordering en bevestiging van deze  
afwijkende, nieuwe afspraken in de cao. Een vergelijkbare redenering  
volgde Kantonrechter Utrecht anderhalf jaar eerder: weliswaar  
was afwijking van artikel 7:628 van het BW overeengekomen in de  
cao en was de werkneemster aan die afwijking gebonden door een  
incorporatiebeding, maar dat nam niet weg dat in casu van de  
werkgever had mogen worden verwacht dat hij deze afwijking in  
de arbeidsovereenkomst had opgenomen. Nu dat niet was gebeurd,  
was een beroep op de cao-bepaling naar maatstaven van redelijkheid  
en billijkheid onaanvaardbaar.<sup>27</sup>

Deze laatste zaken laten zien dat de lagere rechtspraak bereid is de  
scherpe kanten van de grote reikwijdte van het incorporatiebeding af  
te halen. Men zou bij de genoemde zaken aansluiting kunnen zoeken  
bij artikel 7:655 van het BW, dat de werkgever verplicht een aantal –  
in belang variërende – zaken in de arbeidsovereenkomst op te  
nemen.<sup>28</sup> Het zou aanbeveling verdienen de A-G in de *Bollemeijer/TPG*-zaak te volgen in zijn eis dat de werkgever bij het aangaan  
van de arbeidsovereenkomst de werknemer uitdrukkelijk heeft ge-  
wezen op de gebondenheid aan deze van de wet afwijkende bepaling  
in de cao en dat de werknemer door middel van een uitdrukkelijke  
wilsverklaring een dergelijke afwijking accepteert. In het hiervoor  
genoemde arrest inzake de incorporatie van een arbitragebeding  
accepteerde de Hoge Raad die eis niet. Artikel 9 van de Wet CAO  
stelt die eis immers ook niet.<sup>29</sup>

27 Ktr. Utrecht 25 juli 2006, *JAR* 2007, 81.

28 Overigens kan vermelding van een aantal zaken achterwege blijven indien deze  
zijn geregeld in een cao: verwijzing naar die cao volstaat dan (zie art. 7:655 lid 2  
BW). Het is de vraag of deze regel ook geldt indien de werknemer slechts door  
incorporatie gebonden is.

29 HR 17 januari 2003, *JAR* 2003, 40.

## 6.5 De relatie met artikel 7:613 van het BW

De vorige paragrafen schetsen het beeld van een relatief gemakkelijke binding van de werknemer aan de cao die de werkgever wenst toe te passen op de arbeidsovereenkomsten van zijn werknemers. Datzelfde gemak lijkt te gelden ten aanzien van toekomstige cao's (zie 6.2). De vraag is of het vrijwel ontbreken van enige toets in overeenstemming is met het systeem ten aanzien van aanpassing van arbeidsvoorwaarden. Zoals bekend brengt artikel 7:613 van het BW beperkingen aan ten aanzien van de mogelijkheid de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Heeft de werkgever een schriftelijk wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen, dan kan hij slechts daarop een beroep doen 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. Het artikel is in het leven geroepen naar aanleiding van wijzigingen van de WOR en luidde de afschaffing van het reglement in, dat vooral door rechtpraak van de Hoge Raad zijn langste tijd had gehad.<sup>30</sup>

Eerder<sup>31</sup> verdedigde ik de stelling dat de werkgever die een uit een cao voortvloeiende wijziging wil doorvoeren in de arbeidsovereenkomsten van werknemers die geen lid zijn van een cao-sluitende vakbond, maar wel contractueel door middel van een incorporatiebeding aan die cao (en eventuele toekomstige cao's) gebonden zijn, evenzeer met artikel 7:613 van het BW rekening dient te houden als in het geval hij met de ondernemingsraad overeengekomen of eenzijdig opgelegde collectieve regelingen wil wijzigen. Kortom: artikel 7:613 van het BW ziet op elke wijziging van arbeidsvoorwaarden ten aanzien waarvan de ongeorganiseerde werknemer geen inspraak heeft gehad. Er zijn geen overtuigende gronden de werknemer zonder enige toets – anders dan in geval van de hiervoor genoemde, krasse gevallen waarin de kantonrechter artikel 6:248,

30 Voor de geschiedenis van de mogelijkheid eenzijdig wijzigingen door te voeren verwijs ik naar J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, par. 2.3.3. Zie hierover ook uitgebreid N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?* (diss.), Deventer: Kluwer 2009.

31 R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', gevolgd door R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, p. 308-313 met reactie van A.F. Bungener en E. Koot-van der Putte in *SMA* 2006, p. 512-515, alsmede R. Hansma, 'Een geïncorporeerde cao zomaar veranderen?', *SMA* 2006, p. 507-511.

tweede lid, van het BW toepaste – gebonden te achten aan toekomstige cao-wijzigingen waarvan hij aard noch inhoud kan kennen op het moment van tekenen van de arbeidsovereenkomst. Problematisch behoeft die opvatting overigens niet te zijn. Dat hangt samen met een visie op de belangenafweging van artikel 7:613 van het BW, een visie die ontleend wordt aan het bijzondere belang van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming door sociale partners, welk belang een inbreuk kan rechtvaardigen op het contractuele karakter van de arbeidsovereenkomst. Ongeorganiseerde werknemers die een cao-wijziging ten aanzien van hun arbeidsovereenkomst willen tegenhouden, moeten van goeden huize komen om de toets van artikel 7:613 van het BW in hun voordeel te laten uitvallen. Daarmee is artikel 7:613 van het BW echter niet buitenspel gezet. Het artikel blijft ruimte bieden voor de situatie dat een bepaalde wijziging ten aanzien van een (groep van) werknemer(s) dermate onredelijk uitpakt, dat de wijziging te hunnen aanzien niet geldt.

## 6.6 Conclusie: een blik vooruit

Het incorporatiebeding neemt een bijzondere plaats in het cao-recht in.<sup>32</sup> geen enkele regeling is in de praktijk zo belangrijk als juist dit beding. Het is toch paradoxaal dat het incorporatiebeding op geen enkele wijze wettelijk is geregeld in het cao-recht. Dit is te verklaren door het feit dat de Wet CAO voor het leeuwendeel van de daar opgenomen bepalingen uitgaat van de binding van zowel de werkgever als de werknemer aan de cao (dus: zonder dat een incorporatiebeding nodig is): de bijzondere vorm van binding die de cao voor de werknemer in het leven roept, alsmede de bijzondere positie van de vakbonden als partij bij de cao, vormen een belangrijke bestaansgrond voor de regelingen in de Wet CAO. Het incorporatiebeding dient vooral een praktisch belang: de graad van vakbondslicidmaatschap was nimmer zo hoog dat men zonder het beding kon. In de praktijk behandelt men gebonden en ongebonden werknemer hetzelfde: de werkgever weet immers veelal niet wie lid is en wie niet. Van de cao afwijkende afspraken komen bij mijn weten weinig voor in ondernemingen waar de werkgever de cao toepast.

32 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006, 44; zie ook T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *ArA* 2008-1, p. 29 e.v.

Toch is er reden voor alertheid. Het huidige cao-stelsel is een contractueel stelsel met sterk institutionele trekken. Artikel 14 van de Wet CAO is daarvan het duidelijkste voorbeeld. De werkgever dient de ongebonden werknemer conform de cao te behandelen (institutioneel), doch de laatste behoeft deze aanbieding niet te aanvaarden; evenmin kan de ongebonden werknemer rechten ontlenuen aan de cao (contractueel). In de rechtspraak ten aanzien van het incorporatiebeding zien we hetzelfde resultaat: een contractuele benadering met institutionele trekken. Het Haviltex-criterium lijkt een ondergeschikt belang te spelen bij het antwoord op de vraag of een incorporatiebeding mede ziet op toekomstige, andere cao's. In de hiervoor behandelde *Bornkamp*-zaak werd immers van doorslaggevend belang geacht of het de bedoeling van *sociale partners* was geweest ook deze werknemer aan de cao te binden. Past men het Haviltex-criterium toe, dan zal men zich ook moeten bezighouden met de vraag wat de *werknemer* had mogen verwachten. Een ander voorbeeld biedt de zaak *Bollemeijer/TPG*. De werknemer was gebonden aan de voor TPG geldende cao, ook al ging het om afwijking van driekwart dwingend recht – een afwijking waarvan men zich kan afvragen of deze ook schriftelijk (tussen werkgever en werknemer) kan worden overeengekomen. De onafhankelijkheid van de vakbond werd hier als legitimatie voor binding gehanteerd.

In de lagere rechtspraak is men zo af en toe geneigd de niet-gebonden werknemer tegemoet te treden. Is de cao afgesloten met een niet-representatieve of niet-onafhankelijke vakbond, dan zijn rechters soms bereid het incorporatiebeding buiten werking te stellen, zo bleek uit enkele behandelde uitspraken.

Biedt het voorgaande voldoende balans voor de toekomst van het incorporatiebeding als steunpilaar voor de cao? In de praktijk lijkt het incorporatiebeding vrij goed te functioneren. Het zijn enkele maatschappelijke veranderingen die de vraag opwerpen of wij eenzelfde gemak mogen verwachten in de komende jaren. Het zijn ook deze veranderingen die hebben geleid tot voornoemde, lagere rechtspraak, die in feite barsten veroorzaken in het huidige stelsel. Gedoeld wordt hier op zaken als decentralisering van arbeidsvoorwaardenoverleg, individualisering en flexibilisering op het terrein van de vormgeving van de arbeid.<sup>33</sup> De positie van de vakbonden en hun legitimatie vanuit representatief oogpunt alle werkenden te vertegenwoordigen en te

33 Zie over deze wijzigingen – bij mijn weten: voor het eerst uitgebreid – het preadvies van P.F. van der Heijden en F.M. Noordam voor de Nederlandse Juristen-Vereniging: *De waarde(n) van het sociaal recht*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2001.



binden is in dit licht onderwerp van discussie. Die legitimatie is wellicht in de toekomst niet meer zo vanzelfsprekend en dit zet het institutionele element van het cao-recht onder druk. De logische vervolgstap is dan dat het incorporatiebeding steeds meer zuiver contractueel zal worden benaderd. Dat zet de bijl aan de wortel van het systeem van binding aan de cao, dat immers afhankelijk is van een niet-zuiver contractuele benadering van het incorporatiebeding. Wenst men dit gevolg niet, dan ligt aanpassing van het cao-recht – bijvoorbeeld naar een stelsel met meer institutionele kenmerken – voor de hand.<sup>34</sup>

34 Zie voor een overzicht van de argumenten voor en tegen een dergelijk stelsel W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, par. 5.3.



## 7 Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in de 21<sup>e</sup> eeuw: iets, niets, of geheel?<sup>1</sup>

*R.M. Beltzer en R. de Bock*

### 7.1 Inleiding

Het aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toegekende instrument van algemeenverbindendverklaring is sinds 1937 opgenomen in de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: Wet AVV).<sup>2</sup> Het doel van deze wet was en is ondergraving van een cao door concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan. Algemeenverbindendverklaring ordent hierbij op twee wijzen: zij ordent de concurrentie op de afzetmarkt en zij brengt ordening op de arbeidsmarkt teweeg.<sup>3</sup> Deze ordening is feitelijk beperkt tot het Nederlandse grondgebied. Het effect van algemeenverbindendverklaring is dat alle werkgevers binnen de betreffende bedrijfstak en alle bij hen in dienst zijnde werknemers die betrokken zijn bij de cao wier bepalingen algemeen verbindend worden verklaard, aan hetzelfde rechtsregime onderworpen zijn. Afwijkende afspraken zijn nietig ingevolge het bepaalde in artikel 3 van de Wet AVV.

1 Dit is een bewerkte versie van een bijdrage van de hand van de schrijver in *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing* (liber amicorum voor prof. mr. A.T.J.M. Jacobs), Zutphen: Paris 2011.

2 Wet van 25 mei 1937, *Stb.* 801. Laatstelijk gewijzigd bij wet van 1 december 2005, *Stb.* 626.

3 W.J.P.M. Fase, *Cao-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1982, p. 95.

De binding aan arbeidsvoorwaarden door algemeenverbindendverklaring is juridisch slechts van belang voor hen die niet reeds contractueel<sup>4</sup> aan de betreffende cao-bepalingen gebonden zijn. De ‘dubbele binding’ die ontstaat door contractuele gebondenheid én binding aan de algemeenverbindendverklaring heeft in de praktijk voor contractspartijen geen effect: er ontstaat geen wezenlijk andere binding dan de contractuele.<sup>5</sup> Volgens de voorjaarsrapportage cao-afspraken 2009 waren ruim 5,5 miljoen werknemers gebonden aan de voor de bedrijfstak geldende cao. Van hen waren ruim 4,7 miljoen werknemers contractueel gebonden. De rest, gemiddeld 15% van de werknemers die vallen onder bedrijfstak-cao's, is werkzaam in bedrijven die geen partij zijn in de cao-onderhandelingen. Deze werknemers vallen derhalve alleen onder de cao als gevolg van het algemeen verbindend verklaren.

*Overzicht van werknemers onder cao en avv voor de reguliere bedrijfstak-cao's uitgesplitst naar economische sector<sup>6</sup>*

	werknemers			totaal
	aantal	cao	avv	
landbouw en visserij	9	88.000	38.000	126.000
industrie	36	547.000	109.000	656.000
bouwnijverheid	9	264.500	104.500	369.000
handel en horeca	47	963.000	340.000	1.303.000
vervoer en communicatie	12	196.000	32.000	228.500
zakelijke dienstverlening	26	547.000	153.000	700.000
overige dienstverlening	51	2.093.500	79.500	2.173.000
	<b>190</b>	<b>4.699.500</b>	<b>855.500</b>	<b>5.555.000</b>

Dit cijfer van 15% is de laatste jaren vrij constant gebleken – en wij hebben geen redenen om aan te nemen dat dit veel anders zal worden.

- 4 Hieronder vallen in het navolgende zij die door lidmaatschap van de werkgevers- of werknemersvertegenwoordiging direct gebonden zijn aan de normatieve bepalingen van de cao (op grond van art. 9 jo. 12 Wet CAO), alsmede zij die door middel van een incorporatiebeding de inhoud van de cao op hun arbeids-overeenkomst van toepassing hebben verklaard.
- 5 Wel wordt het, na algemeenverbindendverklaring, lastiger onder de contractuele afspraken uit te komen: de enkele overeenstemming tussen contractspartijen dat de cao zal worden gewijzigd is niet voldoende om onder de inmiddels algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit te komen.
- 6 Door het afronden van de werknemersaantallen kunnen de totalen afwijken van de som van de delen. Bron: *Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2009*, te vinden via [www.minszw.nl](http://www.minszw.nl) (algemeen toegankelijk).

In 2008 was het cijfer 13%, in 2007: 15%, in 2006: 11%, in 2005: 14%, in 2004: 13%, in 2003: 14% en in 2002: 14%. Algemeenverbindendverklaring bindt dus circa een op de zeven werknemers in de bedrijfstak die anders niet gebonden zouden zijn geweest. Daarmee is het kwantitatieve belang van het instrument gegeven.<sup>7</sup>

Algemeenverbindendverklaring is een ministeriële verordening en heeft daarmee een ander karakter dan de contractuele gebondenheid aan een cao die zich voordoet indien de werkgever en de werknemer door hun lidmaatschap of instemming aan de cao zelf gebonden zijn. Het is dit karakterverschil (materiële wetgeving versus contractsvrijheid) dat ertoe leidt dat bij de vraag naar contractuele gebondenheid aan de cao enerzijds en gebondenheid door algemeenverbindendverklaring anderzijds, verschillende overwegingen een rol spelen.<sup>8</sup> Een aspect hiervan betreft de vraag of de gebondenheid aan de cao-bepalingen voortduurt na afloop van de termijn waarvoor de cao was gesloten dan wel de algemeenverbindendverklaring was uitgesproken. Het is dit laatste aspect, bekend onder de term nawerking, dat in deze bijdrage tegen het licht zal worden gehouden. In zijn jurisprudentie heeft de Hoge Raad op het punt van nawerking verschil aangebracht tussen cao-bepalingen die wel, en cao-bepalingen die niet algemeen verbindend zijn verklaard. De laatste zouden niet nawerken, de eerste wel. Deze jurisprudentie heeft in de literatuur heel verschillende reacties opgeroepen die variëren van acceptatie van volledige nawerking van avv cao-bepalingen tot afwijzing ervan.<sup>9</sup> Dat maakt duidelijk dat we aan het stelsel zelf raken.

Onderzocht zal worden of er (juridisch) steekhoudende argumenten zijn om dat verschil in nawerking in stand te laten. Het antwoord op deze vraag zou wel eens niet zonder gevolgen kunnen zijn voor het huidige stelsel. Het accent ligt op een analyse van de juridische discussie. Niettemin kan in dit verband niet voorbijgegaan worden aan de praktische kanten van de nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden. Daarom zal in deze bijdrage – zij het beperkt – een aantal praktische vraagstukken aan de orde worden gesteld. Daarmee

7 Over de (kwalitatieve) merites van algemeenverbindendverklaring kan men van mening verschillen. Wij zullen daar in deze bijdrage niet op ingaan. Zie hiervoor, bijvoorbeeld, G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen verbindendverklaring', *ESB* 1992-3842. Het meest volledige overzicht geeft A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 6.2.8.

8 Ondanks het feit dat bepalingen uit de Wet CAO en de Wet AVV soms gelijk luiden: vgl. art. 12 Wet CAO en art. 3 Wet AVV.

9 Hieronder zullen deze verschillende opvattingen uitgebreid aan de orde komen.

samenhangend komt tot slot nog de vraag naar voren of er reden is naderwerking van cao-bepalingen wettelijk te regelen.

## 7.2 Nawerking

De term nawerking is algemeen aanvaard om de situatie aan te duiden waarin cao-bepalingen hun invloed blijven doen gelden na afloop van de termijn waarvoor de cao zelf geldt. In het geval de werkgever en de werknemer contractueel gebonden zijn aan de cao, is de term nawerking juridisch onscherp: in die situatie werken cao-bepalingen niet na, maar lopen de inmiddels in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde arbeidsvoorwaardelijke cao-bepalingen ‘gewoon’ door: slechts de contractsvrijheid herleeft.<sup>10</sup> In het geval gebondenheid aan cao-bepalingen louter voortvloeit uit de algemeenverbindendverklaring ervan, is de term nawerking wel passend in de discussie omtrent wat rechtens is op het moment dat de termijn afloopt waarvoor de algemeenverbindendverklaring geldt. Er is hier immers geen sprake van doorwerking van de arbeidsvoorwaardelijke bepalingen in de arbeidsovereenkomst, doch slechts van een tijdelijke vormgeving: de algemeen verbindend verklaarde bepalingen worden voor de duur van de algemeenverbindendverklaring als het ware over de arbeidsovereenkomst gelegd, zonder de onderliggende rechtsverhouding te veranderen – de onderliggende, van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen afwijkende bepalingen uit de arbeidsovereenkomst leiden in feite voor de duur van de algemeenverbindendverklaring een slapend bestaan.<sup>11</sup> Zou men wensen dat na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring de betreffende cao-bepalingen voortduren, dan zal men, inderdaad, moeten spreken van nawerking: de bepalingen waren in principe niet langer geldend, maar werken na.<sup>12</sup>

10 Dit geldt alleen ten aanzien van hen die door lidmaatschap of het zijn van contractpartij bij de cao tijdens de looptijd ervan hun contractsvrijheid door de werking van art. 12 Wet CAO beperkt zagen: de zogenoemde artikel 14-werknemer kon altijd onderhandelen over zijn arbeidsvoorwaarden zonder de wet te breken.

11 Bij deze redenering zal men moeten accepteren dat zij niet strijdt met de bewoordingen van art. 3 Wet AVV dat van de nietigheid van elk andersluidend beding spreekt. Zie hierover 7.3.

12 Waar in het vervolg gesproken zal worden van nawerking van algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen, wordt niet per se op alleen deze situatie gedoeld. Ook indien men meent dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen direct zouden moeten doorwerken in het contract – net als bij contractuele gebondenheid aan cao-bepalingen dus – zal deze term worden gebezigd.

In het verleden is er regelmatig voor gepleit aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen nawerking te verlenen, op dezelfde wijze als dat voor cao-bepalingen geldt waaraan partijen contractueel gebonden zijn<sup>13</sup> – in welk geval, zonder twijfel, sprake is van een definitieve wijziging van de arbeidsovereenkomst door de cao-bepalingen. Er zouden onvoldoende argumenten zijn de twee situaties juridisch zo verschillend te behandelen; voorts zou een gebrek aan nawerking leiden tot allerlei praktische bezwaren. Anderen waren hier principieel op tegen. De Wet AVV zwijgt.<sup>14</sup> Op de over en weer naar voren gebrachte argumenten in deze discussie zal na de behandeling van de stand van zaken in de rechtspraak over dit onderwerp worden ingaan, waarbij een weging van deze argumenten zal plaatsvinden.

### 7.3 Rechtspraak

Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wordt door de rechtspraak als beginsel niet aanvaard. Op de stelling dat hetgeen krachtens de algemeenverbindendverklaring is gaan gelden, de plaats van daarmee strijdige bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst heeft ingenomen en dat, indien partijen geen nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wensen, zij zulks uitdrukkelijk moeten overeenkomen, oordeelde de Centrale Raad van Beroep in 1978. Een citaat van de gehele uitspraak, betreffende rechtsoverweging is hier op haar plaats, daar deze overweging nog steeds een duidelijke legitimatie is nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen af te wijzen:

“De Raad kan het zojuist weergegeven betoog niet als juist aanvaarden. Hij acht het in strijd met de vrijheid al dan niet tot een organisatie van werkgevers of werknemers toe te treden en zich dan via zulk een lidmaatschap vrijwillig aan door zulk een organisatie afgesloten collectieve arbeidsovereenkomsten te binden, alsook met het systeem en de bepalingen van de Wet op de

13 Zo bijvoorbeeld M.M. Olbers, ‘De nawerking van bepalingen der c.a.o.’, *SMA 1979*; M.G. Rood, ‘Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen’, *TVVS 1994*; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005; A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2003 en E. Verhulp, ‘Nawerking: het volle pond graag!’, *ArbeidsRecht 2002*, 52, p. 12.

14 Net als de Wet CAO.

verbindend-verklaring, waarbij de verbindend-verklaring – inhoudende een zonder, en wellicht tegen hun wil, binden van niet bij een contracterende organisatie betrokken werkgevers en werknemers – uitdrukkelijk aan een door het bevoegde gezag vastgestelde tijdsduur is gebonden. Het zou te ver gaan, van zulke werkgevers en werknemers te verlangen, dat zij dan maar na het verstrijken der verbindend-verklaring de oorspronkelijk tussen hen geldende rechtsverhouding moeten herstellen door die uitdrukkelijk overeen te komen. In het kader van een rechtssysteem als het Nederlandse, dat contractvrijheid veronderstelt, alsook van het systeem en de bepalingen van de Wet op de verbindend-verklaring, ligt het juist veeleer voor de hand, het afwijkende beding – voorzover overigens niet in strijd met een dwingende wettelijke bepaling – slechts nietig te achten voor de duur de tijdsduur van de verbindend-verklaring.”<sup>15</sup>

De argumentatie van de Centrale Raad van Beroep is duidelijk gebaseerd op de contractsvrijheid, een belangrijk, zelfs doorslaggevend element in de discussie (zie hierna). In 1980 kwam de Hoge Raad tot hetzelfde resultaat in het arrest *Hop/Hom*.<sup>16</sup> In deze zaak was de vraag aan de orde of de werknemer, na het aflopen van de termijn waarvoor de algemeenverbindendverklaring was uitgesproken, aanspraak kon maken op een eindejaarsuitkering. Rechtbank Utrecht had overwogen, dat het aannemen van nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen voortvloeit uit een redelijke en billijke wetstoepassing: het afwijzen van nawerking zou er immers toe leiden dat na het einde van de periode van algemeenverbindendverklaring weer zou gaan gelden wat partijen, wellicht vele jaren her, zelf waren overeengekomen, als zij al een eigen regeling hadden getroffen en dit niet hadden nagelaten omdat toen al een cao gold. Van partijen verlangen dat zij in de individuele arbeidsovereenkomst een voorziening treffen over wat zal gelden buiten de periode waarvoor een cao<sup>17</sup> geldt, zou niet alleen in strijd zijn met het wettelijke systeem, maar ook leiden tot onaanvaardbare consequenties, aldus de rechtbank. De Hoge Raad casseerde deze uitspraak, oordelende dat de wederzijdse rechten en verplichtingen van de werkgever en de werknemer na de periode van algemeenverbindendverklaring afhangen van wat zij waren overeengekomen of

15 CRvB 27 juli 1978, *RSV* 1978, 338.

16 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 438 (m.nt. P.A.S.).

17 De rechtbank bedoelt hier: algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.



alsnog zullen overeenkomen. De Hoge Raad verwees voor zijn oordeel naar de werking van artikel 3 van de Wet Avv en overwoog:

“Het gevolg van het eindigen van de werking der verbindendverklaring is, dat voor wat betreft de periode daarna de inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer geen invloed ondergaat van art. 3 der Wet.

Met deze regeling strookt niet de opvatting van de Rb., neergelegd in haar door onderdeel a van het middel terecht bestreden vijfde r.o., welke opvatting hierop neerkomt dat de werkgever en de werknemer na het eindigen van de werking der verbindendverklaring zonder meer aan de verbindend verklaarde bepalingen gebonden blijven. Welke de wederzijdse rechten en verplichtingen van de werknemer zijn na het eindigen van de werking der verbindendverklaring, hangt – afgezien van de mogelijkheid van een nieuwe verbindendverklaring krachtens de Wet en van de mogelijke invloed van andere wettelijke bepalingen – af van wat zij waren overeengekomen of alsnog overeenkomen.”

Het niet-nawerken van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen betekent niet dat deze bepalingen na het aflopen van de termijn van algemeenverbindendverklaring in het geheel niet meer hun invloed kunnen doen gelden op de arbeidsovereenkomst. Die invloed kan zich op verschillende manieren manifesteren, al hebben deze manieren niets met nawerking in voornoemde zin van doen. Zo kan het voorkomen, dat partijen zich in de perioden die liggen tussen twee of meer algemeenverbindendverklaringen blijven gedragen alsof de voorheen en nadien algemeen verbindend verklaarde bepalingen onafgebroken gelden. Op enig moment zal men dan kunnen concluderen dat bij beide partijen de partijwil is ontstaan de betreffende bepaling te blijven toepassen en dat zij daardoor deel is gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De te hanteren toets in deze is het Haviltex-criterium,<sup>18</sup> de toets die de Hoge Raad hanteerde in de zaak *Bongers/KSB* van 2 april 1993: voor het antwoord op de vraag of de werknemer ook buiten de periode dat een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling ter zake van overwerkvergoedingen recht kon doen gelden op betaling van overwerk, kwam het aan op wat partijen op dit punt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hadden afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs hadden mogen afleiden, mede in het licht van wat zij

18 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten. In casu bevatte de arbeidsovereenkomst zelf geen regeling met betrekking tot overwerk, maar had de werknemer wel regelmatig weekstaten bij zijn werkgever ingeleverd waarop overwerk was weergegeven, zonder dat zijn werkgever daartegen bezwaar had gemaakt, noch betaling van deze uren had geweigerd. A-G Koopmans wees op de voor deze casus specifieke situatie dat in vier jaar tijd viermaal een algemeen-verbindendverklaring had plaatsgevonden voor een periode van telkens ongeveer een kwartaal: dan moet men zijns inziens aannemen dat de individuele arbeidsovereenkomsten gekleurd gaan worden door de inhoud van de cao: “(...) een andere opvatting zou ertoe leiden dat nu weer wel dan weer niet vergoeding voor overwerk verschuldigd zou zijn, misschien over langere tijd, hetgeen redelijke contractspartijen niet van elkaar mogen verwachten.” De A-G wees er expliciet op dat deze zaak om deze reden niet geschikt is om de Hoge Raad te laten terugkomen op het arrest *Hop/Hom* – iets waarvan hij zelf een voorstander was.<sup>19</sup>

Een tweede relativering van het gebrek aan nawerking is de volgende. Cao's kunnen bepalingen bevatten die, indien zij van toepassing worden, voor een langere duur een recht in het leven roepen. Men kan hierbij denken aan het recht gedurende zekere tijd een scholing te volgen of aan het recht op doorbetaling van het volledige loon gedurende arbeidsongeschiktheid. Met betrekking tot dit laatste voorbeeld heeft de Hoge Raad zich in twee arresten uitgelaten over het antwoord op de vraag of, en zo ja, in hoeverre een dergelijke bepaling haar invloed kan doen gelden buiten de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring is uitgesproken. In de eerste zaak, *Beenen/Vanduho*,<sup>20</sup> betrof het geschil tussen de werkgever en de werknemer het antwoord op de vraag of de werknemer recht had op loonsuppletie gedurende zijn arbeidsongeschiktheid, niet alleen in de periode dat een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling gold die in een dergelijke suppletie voorzag, maar evenzeer in de periode dat deze bepaling niet gold. De cao-bepaling in kwestie garandeerde loonbetaling dan wel -aanvulling tijdens arbeidsongeschiktheid gedurende 24 maanden. De werknemer, Beenen, was gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring arbeidsongeschikt geworden, welke arbeidsongeschiktheid voortduurde nadat de periode van algemeenverbindendverklaring was verstreken. De Rechtbank Arnhem had geoordeeld dat Beenen geen recht had op aanvulling van zijn

<sup>19</sup> Zie de conclusie onder punt 6.

<sup>20</sup> HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 20 (m.nt. P.A.S.).

ziekengeld tot het volle overeengekomen loon vanaf het moment dat de algemeenverbindendverklaring afliep: het is immers, aldus de rechtbank, vaste rechtspraak dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet nawerken. Het hiertegen ingestelde cassatiemiddel slaagde. De Hoge Raad oordeelde:

“Indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden krachtens algemeen verbindend verklaarde artikelen van de CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris – of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen – over een in die bepalingen omschreven tijdvak, wordt het aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.”

A-G Koopmans had ook in deze zaak geconcludeerd. Hij stelde voor de casus zo te benaderen, dat de nadruk wordt gelegd op verkregen rechten, een term die hierna ingang zou vinden om de leer van de Hoge Raad in dit arrest te duiden.<sup>21</sup> Door deze nadruk, aldus Koopmans, verkrijgt degene die arbeidsongeschikt wordt tijdens de periode van algemeenverbindendverklaring de suppletie en behoudt deze ook na afloop van de termijn waarvoor de betreffende cao-bepaling algemeen verbindend is verklaard. Degene die buiten het tijdvak van algemeenverbindendverklaring arbeidsongeschikt wordt, verkrijgt het recht op suppletie pas wanneer de nieuwe algemeenverbindendverklaring plaatsvindt; hij behoudt dat recht dan tot 24 maanden na de dag waarop hij ziek werd.

Precies dit voorbeeld was aan de orde in de zaak van werknemster Luitjens tegen haar werkgever J.B. Groothandel in Vlees B.V.<sup>22</sup> De rechtbank had Luitjens haar vordering tot loonsuppletie tijdens haar arbeidsongeschiktheid na de periode van algemeenverbindendverklaring ontzegd, omdat zich niet de situatie voordeed als in het arrest *Beenen/Vanduhö*: Luitjens was immers, anders dan Beenen, reeds arbeidsongeschikt op het moment dat de algemeenverbindendverklaring van de betreffende cao-bepaling werd uitgesproken. Op die situatie zou het arrest niet hebben gezien. De Hoge Raad casseerde en volgde de door A-G Koopmans in zijn conclusie bij *Beenen/*

21 De leer van de verkregen rechten is uiteraard al veel ouder: zie de opmerkingen van Stein in zijn noot onder het arrest.

22 HR 7 juni 2002, *NJ* 2003, 75 (m.nt. G.J.J. Heerma van Voss).

*Vanduhó* voorgestelde redenering: ook indien de arbeidsongeschiktheid is ingegaan vóór de algemeenverbindendverklaring is uitgesproken, heeft de werknemer recht op suppletie vanaf het moment van algemeenverbindendverklaring tot het moment dat de in de cao-bepaling genoemde suppletieperiode is verstreken (ook in deze zaak: 24 maanden). Luitjens had dus alleen gedurende de periode van haar arbeidsongeschiktheid tot het moment van de eerste algemeenverbindendverklaring geen recht op suppletie.

De twijfel over het antwoord op de vraag of de Hoge Raad met deze drie arresten (gedeeltelijk) was teruggekomen op zijn standpunt uit 1980 is definitief weggenomen in het arrest *Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*.<sup>23</sup> In deze zaak was de werknemer op grond van de artikelen 7:662 e.v. van het BW overgekomen van Hoogovens en werd hij bij zijn nieuwe werkgever, het Rode Kruis Ziekenhuis, geconfronteerd met de slechtere Cao voor het Ziekenhuiswezen die op enig moment door algemeenverbindendverklaring op hem van toepassing werd en een standaardkarakter droeg, zodat hij zich niet langer kon blijven beroepen op zijn afwijkende, betere arbeidsvoorwaarden uit de Hoogovens-cao.<sup>24</sup> Na afloop van de algemeenverbindendverklaring beriep Te Riet zich weer op deze arbeidsvoorwaarden. Geheel in lijn met de *Hop/Hom*-leer oordeelde de Rechtbank Haarlem in een fraai gemotiveerd vonnis dat slechts gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring de bepalingen van de Cao voor het Ziekenhuiswezen van toepassing waren op de arbeidsovereenkomst van Te Riet met het ziekenhuis: de van zijn individuele arbeidsovereenkomst deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens-cao waren voor de duur van de algemeenverbindendverklaring opzijgezet voor zover zij met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de Cao voor het Ziekenhuiswezen onverenigbaar waren. Na het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring herleefde echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het ziekenhuis.

Het arrest van de Hoge Raad vormt, door zijn uitvoerige motivering, een duidelijk contrast met de voorafgaande arresten. Ten aanzien van de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen overwoog hij:

23 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003, 38.

24 Deze arbeidsvoorwaarden vloeiden voort uit de Hoogovens-cao, die inmiddels was verlopen, maar waarvan de bepalingen nawerkten – Te Riet was lid van de vakbond die de Hoogovens-cao had afgesloten.

“De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat, wanneer zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 9 lid 1 Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, de bepalingen daarvan omtrent arbeidsvoorwaarden deel gaan uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, vindt zijn grond in het systeem van de Wet CAO, in het bijzonder de artikelen 1, 9, 12, 13 en 14. De gebondenheid aan de CAO wordt door de wet gebaseerd op de hoedanigheid van partij bij de CAO onderscheidenlijk het lidmaatschap van een vereniging die partij bij de CAO is, en het naar de inhoud van de CAO bij die CAO betrokken zijn. Het strookt hiermee om te aanvaarden dat de doorwerking van de CAO-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de CAO gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de CAO is aangegaan (vgl. HR 19 juni 1987, nr. 6995, (*Hop/Hom*) NJ 1988, 70).

De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend (art. 2 lid 3) en gelden – behoudens een beperkte uitzondering – voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (art. 2 lid 2; zie ook art. 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold.

In de toelichting op het onderdeel wordt voorts gewezen op praktische problemen die voor werkgevers kunnen ontstaan, wanneer na het einde van de periode waarvoor de betreffende CAO-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, weer andere arbeidsvoorwaarden gaan gelden. Het gaat daarbij kennelijk om werknemers die niet voldoen aan de vereisten van art. 9 e.v. Wet CAO en die niet wensen in te stemmen met van toepassing verklaren van de betreffende CAO-bepalingen op hun arbeidsovereenkomst. De Wet AVV geeft evenwel geen ruimte voor een doorbreking van het erin vervatte stelsel op grond van de door dit betoog gewenste belangenafweging.”

Dat lijkt klare taal. De Hoge Raad lijkt met deze uitspraak zijn standpunt uit 1980 te bevestigen. Met de gevolgde argumentatie lijkt hij tegelijk een aantal discussiepunten die in de literatuur naar voren

zijn gebracht, te hebben beslecht. Het lijkt geen twijfel meer dat de Hoge Raad, aan het begin van de eenentwintigste eeuw, van oordeel is dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet nawerken, en dat zulke bepalingen (vooralnog) slechts na de periode van algemeen-verbindendverklaring hun invloed kunnen doen gelden in de individuele arbeidsovereenkomst door toepassing van het Haviltex-criterium of de leer van de verkregen rechten.<sup>25</sup> Aan contractsvrijheid wordt een groter belang gehecht dan aan het ordeningsbelang van de werkgever.

De vraag is of de Hoge Raad met dit standpunt recht doet aan de juridische argumenten van hen, die zich vóór nawerking van algemeenverbindendverklaring hebben uitgesproken. Deze – en andere – standpunten komen in de nu volgende paragraaf aan de orde.

#### 7.4 Standpunten

In de literatuur zijn pleidooien gehouden voor een gelijkstelling met de nawerking van niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De argumenten zijn zowel van dogmatische als van praktische aard. De meest genoemde zullen hieronder worden besproken.

##### *A. De gelijkkluidendheid van artikel 3 van de Wet AVV en artikel 12 van de Wet CAO*

In zijn pleidooi voor nawerking van cao-bepalingen – dus niet alleen de algemeen verbindend verklaarde – wees Olbers er (in 1979<sup>26</sup>) op dat, nu artikel 3 van de Wet AVV en artikel 12 van de Wet CAO hetzelfde bepalen omtrent de dwingende werking van de cao-bepalingen, er geen reden is cao-bepalingen wat hun nawerking betreft verschillend te behandelen al naar gelang zij wel of niet algemeen verbindend zijn verklaard. Ook Rood<sup>27</sup> noemt dit argument, evenals

25 De lagere rechtspraak lijkt de Hoge Raad hierin te volgen. Zie o.a. Hof Arnhem 3 november 2004, *JAR* 2004, 284 (toepassing Haviltex-criterium); Ktr. Zwolle 7 februari 2005, *JAR* 2006, 129 (idem, al wordt de bewijslast dat geen nawerking plaatsheeft ten onrechte op de werkgever gelegd); Hof Amsterdam 18 november 2004, *JAR* 2005, 95 (geen nawerking); Ktr. 's-Gravenhage 19 oktober 2006, *JAR* 2006, 272 (geen nawerking loonsverhoging); Ktr. Apeldoorn 5 april 2006, *JAR* 2006, 105 (geen nawerking, ook niet voor zeer korte periode).

26 M.M. Olbers, 'De nawerking van bepalingen der c.a.o.', *SMA* 1979, p. 491.

27 M.G. Rood, 'Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen', *TVVS* 1994, p. 132-134.

Fase en Van Drongelen.<sup>28</sup> Verhulp citeert in zijn bijdrage uit 2002 uit de wetsgeschiedenis:

“De gevolgen van de verbindend verklaarde bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst voor de individuele arbeidsovereenkomst zijn, blijkens het eerste en het derde lid van artikel 3 geheel gelijk aan die, welke, volgens de artikelen 12, eerste lid en 13 der Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, deze overeenkomst voor de individuele arbeidsovereenkomst heeft en de partijen bij de laatstbedoelde overeenkomst zullen ter handhaving harer rechten de gewone uit de overeenkomst voortvloeiende acties hebben.”<sup>29</sup>

Het argument lijkt wat beperkt in zijn reikwijdte en daarmee in zijn belang; het gaat geheel voorbij aan de verschillende oorsprong van contractuele gebondenheid enerzijds, en gebondenheid door een overheidsbesluit (wellicht tegen de partijwil in) anderzijds. Daarbij dient men te bedenken dat artikel 3 van de Wet AVV en artikel 12 van de Wet CAO ook precies dat doen waarvoor de artikelen geschreven zijn: zij bedreigen elk beding dat van een geldende (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepaling afwijkt met nietigheid, maar pretenderen niet over hun graf te regeren. Zodra de looptijd van de (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen is verstreken, houdt de werking van zowel artikel 3 van de Wet AVV als artikel 12 van de Wet CAO op. Aan deze artikelen, of aan hun wetsgeschiedenis, lijkt dus geen enkel argument voor (of tegen) nawerking te kunnen worden ontleend.

#### *B. Wat absoluut nietig is, kan niet later toch geldig zijn*

Stege redeneert in zijn dissertatie als volgt: uit artikel 3 van de Wet AVV volgt dat de algemeen verbindend verklaarde strijdige bedingen van rechtswege nietig zijn. Deze bepalingen worden vervangen door de algemeen verbindend verklaarde bepalingen. Nietigheid is absoluut: hoe kan een bepaling in een arbeidsovereenkomst die met nietigheid is getroffen na de periode van algemeenverbindendverklaring weer tot leven komen? Stege meent daarom dat de oplossing van de Hoge Raad niet in het systeem van nietigheden past. Ter herinnering: uit het in 7.2 opgenomen citaat uit het arrest *Rode Kruis*

28 Zij stellen op p. 165 van hun uitgave *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, dat het “vanuit juridisch-dogmatisch standpunt gezien consequent” zou zijn.

29 *Kamerstukken II 1936/37*, 168, nr. 3, p. 10, opgenomen in E. Verhulp, ‘Nawerking: het volle pond graag!’, *ArbeidsRecht* 2002, 52, p. 12.

*Ziekenhuis/Te Riet* is direct af te leiden dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen *deel uitmaken* van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold. Stege meent dat juist nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen uit het wettelijke systeem zou volgen.<sup>30</sup>

Op zichzelf spreekt de conclusie van Stege dat de tekst van artikel 3 van de Wet AVV en het systeem van nietigheden zich matig tot elkaar verhouden wel aan. Steges dogmatische redenering brengt mee, dat alle bedingen die op het moment van algemeenverbindendverklaring bestonden en die strijden met algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, van rechtswege ophouden te bestaan (nietig zijn). Wat niet meer is, kan niet meer als bij toverslag terugkeren.

Op zijn redenering is echter wel wat af te dingen. Men zou kunnen menen dat de nietigheid ziet op rechtshandelingen die strijden met de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen: het overeenkomen van bedingen die ermee strijdig zijn en het uitvoering geven aan reeds bestaande arbeidsvoorwaarden die strijden met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen (zoals het betalen van een te laag loon). Deze bepalingen zijn voor de periode van algemeenverbindendverklaring ongeldig. Levenbach merkte in 1927 reeds op dat de term ‘rechtshandeling’ meer dan het woord ‘beding’ recht doet aan de bedoeling van de wetgever.<sup>31</sup> De keuze voor de absolute nietigheid is te verklaren door het feit dat de nadruk ligt op de maatschappelijk onwenselijke mogelijkheid gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring afwijkende afspraken te maken en/of daaraan uitvoering te geven.<sup>32</sup> Tegelijkertijd vindt door de aard van de cao-bepaling relativering plaats van deze *absolute* nietigheid, alsook door individuele afwegingen van werkgever en werknemer. Algemeenverbindendverklaring is altijd bedoeld als een tijdelijke maatregel; het past daarom ook niet de partijafpraak elk bestaansrecht te ontzeggen nadat de periode van algemeenverbindendverklaring ten einde is gekomen. In die zin is de vreemde eend in de bijt van nietigheden wel verklaarbaar.

Voorts biedt Steges argument geen grond voor de stelling dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen zouden moeten nawerken, omdat de eerder afgesproken arbeidsvoorwaardelijke bepalingen

30 A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2003, p. 287 e.v.

31 M.J. Levenbach, ‘Het wetsontwerp tot nadere regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst’, *NJB* 1927, p. 86.

32 Hier is ook van belang goed voor ogen te houden wat de aard van een cao-bepaling is: een minimum- of standaardregeling.



niet meer zouden gelden. Nu is die conclusie wellicht wel de meest praktische, maar er ligt geen principiële argumentatie achter. Artikel 3 van de Wet AVV, waar Stege zich op beroept, nodigt niet uit tot die conclusie, zoals hierboven onder A al is gesteld.

Een laatste argument tegen Steges stellingname is dat de absolute nietigheidssanctie zich maar matig verhoudt tot de figuur van intrekking van de algemeenverbindendverklaring (artikel 6 van de Wet AVV). Het doel van intrekking is een correctie van het arbeidsvoorwaardenniveau in verband met gewijzigde omstandigheden.<sup>33</sup> De minister kan daartoe te allen tijde besluiten. Zouden hierdoor de arbeidsvoorwaarden niet wijzigen (de oude bestaan immers door artikel 3 van de Wet AVV niet meer, aldus de voorstanders van de lezing van Stege), dan zou de intrekking een slag in de lucht zijn.<sup>34</sup> De correctie zou erop neerkomen dat de voorheen geldende, in vrij overleg overeengekomen arbeidsvoorwaarden herleven. Dit pleit ervoor de nietigheidssanctie van artikel 3 van de Wet AVV een tijdelijk karakter te geven, hoezeer de letterlijke tekst minstens zo goed wijst op een absolute nietigheid.

*C. Geen nawerking betekent een (grote) terugval in arbeidsvoorwaarden of tot een arbeidsvoorwaardelijk vacuüm*

Aan ons cao-systeem zijn perioden waarin geen algemeenverbindendverklaring geldt inherent: de zogenoemde avv'loze tijdperken. Doordat algemeenverbindendverklaring niet kan terugwerken (zie artikel 2, derde lid, van de Wet AVV), ontstaat na afloop van de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring gold wederom het regime dat daarvóór de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer bepaalde. Rood beschreef dit fenomeen als het 'jojo-effect'.<sup>35</sup> Bij het gebruik van deze term is het uitgangspunt dat de werknemer na afloop van de algemeenverbindendverklaring terugvalt op oudere, slechtere arbeidsvoorwaarden, waarna, in geval van een nieuwe algemeenverbindendverklaring, de werknemer (wederom) een beroep kan doen op de betere arbeidsvoorwaarden uit de betreffende cao. Rood stelde dat de juridische vrijheid waar de Hoge Raad op heeft gehamerd in feite economische onvrijheid betekent (slechtere arbeidsvoorwaarden): "Dat kan in gemoede de

33 *Kamerstukken II 1936/37*, 168, nr. 3, p. 8.

34 W.J.P.M. Fase, *C.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1982, p. 118.

35 M.G. Rood, 'Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen', *TVVS* 1994, p. 134.

bedoeling van de rechtspraak niet zijn.” Die laatste vaststelling lijkt juist, maar hoeft nog niet te leiden tot het door Rood gewenste gevolg (nawerking), nu het causale verband tussen juridische vrijheid en economische onvrijheid hier wat al te snel door Rood wordt aangenomen.

Op het effect van verslechtering is, uiteraard, al eerder gewezen.<sup>36</sup> Hier passen een paar belangrijke relativeringen bij. De eerste is, dat terugval in arbeidsvoorwaarden niet aan de orde hoeft te zijn. Zo kan men zich de situatie voorstellen waarin het bij de werkgever vóór algemeen verbindend verklaarde geldende arbeidsvoorwaardenpakket niet (significant) slechter was voor de werknemer dan het tijdens algemeen verbindend verklaarde geldende pakket. Van een terugval is dan (amper) sprake. Het oude pakket kan zelfs beter zijn. Denk aan de situatie in het arrest *Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*: de (overgegangene) bepalingen uit de ondernemings-cao van Hoogovens waren voor Te Riet veel beter dan de algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao-bepalingen die voor het ziekenhuis golden. Die situatie is bepaald niet uitzonderlijk en er is geen reden aan te nemen dat de continue verbetering die nieuwe cao-bepalingen in het algemeen hebben meegebracht een standaard heeft gezet voor de rest van deze eeuw.

De tweede relativering is, dat de terugval in arbeidsvoorwaarden niet zozeer moet worden gezien als een terugval, maar als een herstel van de contractuele relatie tussen werkgever en werknemer: het gaat om een herstel van de arbeidsvoorwaarden die de werkgever en de werknemer zélf waren overeengekomen. Waren de algemeen verbindend verklaarde bepalingen voor de werknemer gunstiger, dan dient men dat te beschouwen als een *windfall*: na afloop van de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring gold, ontgaat de werknemer in feite alleen een voordeel. Van benadeling of ‘economische onvrijheid’ hoeft dus helemaal geen sprake te zijn. Uiteraard kan het wel zo zijn, dat de vóór algemeenverbindendverklaring geldende arbeidsvoorwaarden inmiddels wat gedateerd zijn en niet langer als marktconform kunnen worden beschouwd. Dat kan in de praktijk meevallen: de maximale termijn voor algemeenverbindendverklaring is twee jaar (artikel 2, tweede lid, van de Wet AVV), maar deze termijn zal vaker niet dan wel worden gehaald. Niettemin bestaat hier een potentieel bezwaar. Onder het huidige recht bestaan er geen andere mogelijkheden dan op basis van goed werkgeverschap en goed werknemerschap (artikel 7:611 van de BW) tot een aanpassing van de

<sup>36</sup> Zie Fase in zijn uitgave *C.a.o.-recht* uit 1982, p. 123.

arbeidsvoorwaarden te komen. Zo zou men, bijvoorbeeld, wat de loonhoogte betreft na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring kunnen aansluiten bij de gemiddelde loonstijging in de sector gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring.<sup>37</sup> Dit zal in de meeste gevallen gelijkstaan aan de loonsverhoging die gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring was doorgevoerd. Is de niet-contractueel gebonden werknemer dan nog niet tevreden en wenst hij dat zijn werkgever aansluiting zoekt bij de bedrijfstak-cao, dan staat hem – en zijn gelijkgezinde collega's – het collectieveactierecht ter beschikking. Zo werkt ons systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

Soms is er niets om op terug te vallen. De werknemer die ten tijde van de algemeenverbindendverklaring in dienst trad, heeft bij deze werkgever nooit andere arbeidsvoorwaarden gekend. In de praktijk zullen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst afspraken zijn gemaakt over de arbeidsvoorwaarden. Het zal dan in het algemeen gaan om de door algemeenverbindendverklaring geldende arbeidsvoorwaarden, tenzij werkgever en werknemer uitdrukkelijk iets anders overeenkomen (dat niet strijdt met artikel 3 van de Wet AVV). Het is dan een vraag van uitlegkunde of werkgever en werknemer in feite deze arbeidsvoorwaarden door contractuele overeenstemming in de arbeidsovereenkomst hebben geïncorporeerd (en de bepalingen dus toch blijven gelden na expiratie van de periode van algemeenverbindendverklaring) of dat zij hebben bedoeld deze arbeidsvoorwaarden slechts voor de duur van de algemeenverbindendverklaring te laten gelden.<sup>38</sup> In het laatste geval – dat zeer zelden zal voorkomen – zou men verwachten, dat partijen expliciet andere arbeidsvoorwaarden zijn overeengekomen. Is dat niet het geval – de arbeidsovereenkomst bevat slechts een aanstellingsbrief met de mededeling dat voor een zekere tijd de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van toepassing zijn – dan dient men inderdaad na afloop van die periode alsnog een pakket arbeidsvoorwaarden overeen te komen. De gewoonte kan een rol spelen bij het antwoord op de vraag welk pakket dat zou moeten zijn.<sup>39</sup> In veel gevallen zullen partijen de arbeidsovereenkomst op

37 Dit is uiteraard een voorbeeld. Men kan ook aansluiten bij de gemiddelde loonhoogte in de sector op het moment dat de periode van algemeenverbindendverklaring afloopt.

38 Hier zou het Haviltex-criterium (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635) uitsluitel kunnen geven.

39 Wat de hoogte van het loon betreft kan aansluiting worden gezocht bij art. 7:618 BW.

dezelfde voet voortzetten als tijdens de periode van algemeenverbindendverklaring.

Ten slotte is denkbaar dat partijen vrijwillig één of meer bepalingen blijven naleven. Het naleven van één bepaling betekent nog niet naleving van alle bepalingen: zeker in situaties dat bepaalde arbeidsvoorwaarden zich niet duidelijk per relatief korte tijdseenheid manifesteren – zoals een eindejaarsuitkering of een storting aan een fonds – mag niet te snel worden aangenomen dat wilsovereenstemming bestaat ten aanzien van naleving van alle voorheen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

*D. De leer van de verkregen rechten is onduidelijk: waarom de deur slechts op een kier gezet?*

De door de Hoge Raad geformuleerde ‘uitzondering’ in de arresten *Beenen/Vanduho* en *Luitjens/J.B. Groothandel in Vlees B.V.* is in de literatuur aangegrepen om nawerking *tout court* te accepteren.<sup>40</sup> Stein oordeelde in zijn noot bij het eerste arrest dat het niet eenvoudig is aan te geven wat onder een verkregen recht valt. Lonen, werktijden en vakantie-uitkeringen zullen er volgens hem niet onder vallen, maar in andere gevallen ontaardt het begrip spoedig “tot een toverformule die gebruikt wordt al naar gelang de onmiddellijke werking van de nieuwe regel wel of niet wenselijk wordt geacht.” Bij dergelijke, andere gevallen kan men denken aan vakantiedagen. Wat te doen indien de periode van algemeenverbindendverklaring van 1 januari tot en met 30 juni loopt, en een der bepalingen voorzag in een recht op dertig vakantiedagen per kalenderjaar? Heeft de werknemer dan op 1 juli vijftien dagen opgebouwd en valt hij voor de tweede helft van het jaar terug op de wettelijke regeling, zodat hij per saldo op 25 dagen uitkomt? Of gaat het hier ook om een verkregen recht? Hoe te handelen indien de werknemer zijn dertig dagen al heeft opgenomen? Moet hij er dan aan het eind van het jaar vijf terugbetalen? Dient men hetzelfde te oordelen indien er een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling was die de werknemer per kalenderjaar recht gaf op tien atv-dagen, of is de uitkomst hier anders omdat deze dagen, in tegenstelling tot vakantiedagen, geen opbouwkarakter hebben? In hoeverre is dat opbouwkarakter beslissend?

Andersoortige problemen ontstaan in het geval bepaalde, algemeen verbindend verklaarde, arbeidsvoorwaarden wat hun aard en

<sup>40</sup> Zoals door C.G. Boot, ‘Hoge Raad *Beenen/Vanduho*: nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?’, *SR* 1994, p. 199-203 en E. Verhulp, ‘Nawerking: het volle pond graag!’, *ArbeidsRecht* 2002, 52.

omvang betreft aansluiten bij andere, tevens algemeen verbindend verklaarde arbeidsvoorwaarden. Verhulp heeft gewezen op het beslist niet denkbeeldige geval dat de werkgever en de werknemer vóór algemeenverbindendverklaring een loon waren overeengekomen dat lager was dan het loon dat gedurende algemeenverbindendverklaring geldt. Een van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen betreft 100% loondoorbetaling gedurende arbeidsongeschiktheid. De leer van de verkregen rechten houdt in elk geval in, dat deze laatste bepaling kan blijven gelden na afloop van de periode der algemeenverbindendverklaring. De vraag die dan ontstaat is: 100% van *welk* loon dient de werkgever tijdens arbeidsongeschiktheid te voldoen: het loon dat tijdens algemeenverbindendverklaring gold, of het contractuele, lagere loon? Aanvaardt men de eerste oplossing, dan aanvaardt men evenzeer dat de niet langer algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling over de loonhoogte evenzeer een verkregen recht is, althans in de situatie dat er arbeidsongeschiktheid bij komt kijken. Dit lijkt systematisch-dogmatisch niet fraai. Bij dit laatste voorbeeld dient men te bedenken dat de leer van de verkregen rechten ertoe kan leiden dat na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring de zieke werknemer meer loon zou ontvangen dan zijn niet-zieke collega, als men tenminste aanvaardt dat de zieke werknemer 100% zou krijgen doorbetaald van het loon dat gedurende de algemeenverbindendverklaring gold. In feite leidt ‘een beetje nawerking’ tot een ongelijke behandeling tussen werknemers die beiden niet gebonden zijn aan de cao zelf, maar louter door algemeenverbindendverklaring. Dit bezwaar vloeit, anders dan de hierna te behandelen vorm van ongelijke behandeling, voort uit het feit dat de reikwijdte van de leer van de verkregen rechten onduidelijk is.

#### *E. Geen nawerking leidt tot ongelijke behandeling*

Van een andere orde dan het laatste, onder D. genoemde voorbeeld is het feit dat het gebrek aan nawerking leidt tot een ongelijke behandeling tussen hen die alleen door algemeenverbindendverklaring gebonden zijn en hen die contractueel gebonden zijn. Verhulp heeft als voorbeeld gewezen op de situatie dat een cao-bepaling zo is geformuleerd dat contractueel gebonden werknemers steeds in december van enig jaar recht hebben op een eindejaarsuitkering, terwijl slechts door algemeenverbindendverklaring gebonden werknemers, door een gebrek aan nawerking (en terugwerkende kracht), steeds achter het net vissen: “Dat kan jaren zo voortgaan. Het niet aanvaarden van nawerking leidt er dan toe dan de ongebonden werknemer wezenlijk anders behandeld wordt dan de gebonden werknemer. Mij

ontgaat de redelijkheid van deze uitkomst, zeker nu aangenomen moet worden dat CAO-partijen dit – zoals blijkt uit hun wens de CAO algemeen verbindend te verklaren – niet hebben gewild.”<sup>41</sup>

Ongelijke behandeling is inherent aan ons cao-systeem. Hetgeen hiervoor onder C. is gesteld ten aanzien van het collectieveactierecht geldt ook hier. Het voorbeeld van Verhulp is niet wezenlijk anders indien geen algemeenverbindendverklaring had plaatsgevonden. Zoals gezegd: de werknemers die geen dertiende maand ontvangen, ontgaat een voordeel dat zij zonder algemeenverbindendverklaring evenmin zouden hebben ontvangen. De ongelijke behandeling zou overigens – indien men dat al zou willen – kunnen worden opgelost indien de verzoekende partijen – cao-partijen – wat handiger zouden opereren en de periode van algemeenverbindendverklaring niet zó zouden (laten) kiezen dat de bepaling over de eindejaarsuitkering buiten de periode van algemeenverbindendverklaring valt. Algemeenverbindendverklaring van deze bepaling dient anders inderdaad geen enkel doel.

#### *F. Volg de praktijk: men laat al nawerken*

Dat men in de praktijk veelal algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen laat nawerken, is een niet-inhoudelijk argument dat zijn autoriteit ontleent aan de empirie. Mok oordeelde reeds in 1939: “Deze oplossing is m.i. in overeenstemming met wat men in het bedrijfsleven als reëel zal beschouwen.” Jacobs vraagt zich af: “Waarom dat dan niet in het recht te bevestigen?”<sup>42</sup> Ook hij stelt dat in de praktijk nawerking veelal toch wordt toegepast omdat werkgevers en werknemers dat als logisch ervaren. Jacobs gaat er dan aan voorbij dat partijen dit vrijwillig doen en dat nawerking van rechtswege inbreuk maakt op de contractsvrijheid van partijen door anders te (kunnen) willen.

Jacobs noemt als optie een nawerking voor de duur van één jaar zodat een cao-loze periode tussen twee algemeenverbindendverklaringen – die immers geen terugwerkende kracht hebben – naadloos wordt overbrugd. Ter verzachting van het leed voor ongebonden werkgevers die wellicht met een zucht van verlichting vaststellen dat de algemeenverbindendverklaring ten einde is gekomen, stelt hij dat de door hem voorgestelde nawerking nog geen imperatieve binding inhoudt, nu partijen op dit punt contractsvrijheid bezitten.

41 E. Verhulp, ‘Nawerking: het volle pond graag!’, *ArbeidsRecht* 2002, 52.

42 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 195.

Het argument dat men in de wet moet vastleggen wat al praktijk is, heeft het voordeel dat het sympathiek lijkt: de enkelen die weigeren deze praktijk te volgen, vertonen in feite deviant gedrag en dienen tot de orde te worden geroepen door de wetgever. De praktijk leidt, de wetgever volgt.

Uiteraard kan men dit argument slechts gebruiken, indien er *communis opinio* bestaat dat het in de praktijk gevolgde gedrag (de stelling van Jacobs wordt overigens niet ondersteund door cijfers) wenselijk is voor allen. Men kan oordelen dat dat niet het geval is, getuige de opvatting van de Hoge Raad<sup>43</sup> en de procedures die worden gevoerd om onder algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen uit te komen.<sup>44</sup> Er zijn, getuige het hiervoor beschrevene, goede juridische argumenten juist geen nawerking te verlenen aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Met de oplossing dat een werkgever gedurende een jaar aan nawerking vastzit en dat hij met de werknemer contractueel kan afwijken van deze nawerking door na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring met de werknemer te onderhandelen, wordt niet alleen onvoldoende onderkend dat het voor de ongebonden werkgever (en werknemer: zie het arrest *Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*) van groot belang kan zijn geweest zich niet (op een bepaalde manier) te organiseren – let wel: dit is een fundamenteel recht – evenmin wordt voldoende onderkend dat het wijzigen van arbeidsvoorwaarden een moeizame aangelegenheid kan zijn.<sup>45</sup> Hiervoor moeten goede, niet-juridische argumenten naar voren worden gebracht. Het enkele feit dat men reeds in de praktijk nawerking toepast, is daartoe onvoldoende.

#### *G. Wettelijk regelen van nawerking avv cao?*

De problematiek van de nawerking speelt alleen een rol, indien de algemeenverbindendverklaring is afgelopen en sprake is van een ongebonden werknemer en een gebonden of ook ongebonden werkgever – voor zover er niet sprake is van een incorporatiebeding. In het geval van een gebonden werkgever en werknemer is de inhoud van de arbeidsovereenkomst van rechtswege gemodelleerd naar de

43 Die bij zijn oordeel toch steeds, ingevolge art. 3:12 BW, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen zal moeten betrekken.

44 Zoals in het beroepsgoederenvervoer, zie o.a. Hof 's-Gravenhage 12 januari 2007, *JAR* 2007, 47; HR 19 december 2008, *JAR* 2009, 19 en Ktr. Amsterdam 11 mei 2009, *JAR* 2009, 151.

45 Zie HR 11 juli 2008, *JAR* 2008, 204 (*Stoof/Mammoet Transport BV*).

laatste stand van zaken. Zoals reeds opgemerkt speelt de algemeenverbindendverklaring daarbij geen rol.

Hiervoor is betoogd dat aan een ongebonden werknemer geen voordeel wordt ontnomen door afloop van de algemeenverbindendverklaring van de cao, want dat voordeel hebben zij voor de algemeenverbindendverklaring nimmer gehad. Evenmin lijkt de rechtszekerheid van deze werknemer in het geding. Hij wist of had immers kunnen weten dat zijn 'voordeel' van tijdelijke aard was. De Hoge Raad heeft op dit punt de leer van de verkregen rechten ontwikkeld, wat niet inhoudt dat daarmee ook de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen is aanvaard. Het systeem van de algemeenverbindendverklaring (tijdelijkheid) verzet zich daartegen, net als de contractsvrijheid van partijen.

Duidelijk is dat men in de juridische literatuur verdeeld is over het vraagstuk van nawerking en (dus over) het codificeren daarvan. In een brief van 28 oktober 2008 aan de Tweede Kamer concludeerde de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat er onvoldoende aanleiding is de situatie rondom de avv'loze periode te wijzigen<sup>46</sup> onder verwijzing naar het (verdeelde) SER-advies *Algemeen verbindendverklaring* uit 1992. Ook de Stichting van de Arbeid ziet vooralsnog geen aanleiding voor een nieuw SER-advies. Dit laatste gegeven is mede aanleiding geweest twee leden, werkgevers en een werknemerslid, van de Werkgroep Toetsingskader AVV van de Stichting van de Arbeid te interviewen. Uit deze interviews komt het beeld naar voren dat sociale partners geen behoefte hebben aan een wettelijke regeling voor de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Zij ervaren een avv'loze periode wel als zorgpunt, maar willen niet zover gaan de mogelijkheid te hebben van terugwerkende kracht van een algemeenverbindendverklaring, omdat dit onder meer het (onderhandelingsproces en) evenwicht tussen sociale partners zou kunnen verstoren. Sociale partners hebben daarnaast de eigen regie over de tijdigheid van aanvragen van algemeenverbindendverklaring van de cao, zodat een avv'loze periode niet bestaat dan wel beperkt is. Overigens zien zij wel voordelen van terugwerkende kracht bij avv-verlening, zoals het voorkomen van oneigenlijke (buitenlandse) concurrentie op arbeidsvoorwaarden in een avv'loze periode en het gemak voor de individuele werkgever en werknemer. Naast de praktische voordelen zien zij ook nadelen. De cao is een totaalpakket en niet alle bepalingen komen voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking. Dat zou

<sup>46</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 29 544, nr. 177.*



kunnen leiden – naast politieke en beleidsoverwegingen – tot selectief winkelen in de cao, waardoor er afbreuk wordt gedaan aan het instrument. De huidige jurisprudentie en de praktijk geven voor sociale partners voldoende houvast en oplossingen.

Vanuit juridisch oogpunt is de reikwijdte van de leer van de verkregen rechten onduidelijk, omdat beperkte nawerking in feite kan leiden tot ongelijke behandeling tussen werknemers die beiden louter gebonden zijn aan de cao vanwege de algemeenverbindendverklaring. Dat de praktijk daar in de toekomst nog mee uit de voeten zal kunnen valt daarom te bezien. Een wettelijke regeling lijkt vanuit juridisch oogpunt voor de hand te liggen.

## 7.5 Conclusie

De voorstanders van de stelling dat algemeen verbindend verklaarde bepalingen dienen na te werken, kennen een groter gewicht toe aan het specifieke argument dat (of de combinatie van argumenten die) zij aandragen dan aan het door de Hoge Raad in het arrest *Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet* genoemde argument dat het instrument van algemeenverbindendverklaring toch een duidelijk begin- en eindpunt kent. De algemeenverbindendverklaring vindt plaats voor een ‘welomschreven periode’, en dit stelsel laat niet toe door middel van een extensieve interpretatie *de facto* de looptijd te verlengen. De Hoge Raad legt hiermee een formele toets aan, al kiest hij niet zo duidelijk als de Centrale Raad van Beroep dat in 1978 deed voor het argument dat de contractsvrijheid zich verzet tegen nawerking. Daarin schuilt de crux van de discussie: de ongebonden werkgever dient zich voor een bepaalde periode een arbeidsvoorwaardenregime te laten welgevallen dat een inbreuk maakt op zijn contractsvrijheid. Deze inbreuk dient, gezien het fundamentele karakter van de contractsvrijheid, beperkt te worden geïnterpreteerd. Zou dat zijn wat de Hoge Raad in het achterhoofd had? Om voornoemde redenen lijkt daarom geen van de in de literatuur aangehaalde argumenten voor nawerking voldoende gewicht in de schaal leggen.

De juridische vormgeving geeft de politiek, noch de rechtspraak voldoende reden tot ingrijpen. Is er dan wel voldoende grond in te grijpen in het systeem? De door de Hoge Raad gehanteerde reden nawerking aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen te ontzeggen spreekt wel aan. De door de Hoge Raad ontwikkelde systematiek doet recht aan de uitgangspunten van ons cao-stelsel of is er in elk geval niet strijdig mee.

Uiteraard is denkbaar dat de Nederlandse arbeidsverhoudingen belangrijke veranderingen kunnen ondergaan, waardoor het instrument van algemeenverbindendverklaring zélf onder vuur zou komen te liggen. De representativiteit van vakbonden of liever de afnemende representativiteit is een punt van aandacht en zorg, heden ten dage meer dan vroeger. Als zich dat doorzet, en dat is niet helemaal denkbeeldig, dan zou dat echter eerder een argument kunnen zijn de Hoge Raad in zijn afwijzing van nawerking te volgen dan in een andere regeling te voorzien. Het ordeningsbelang dat werkgevers bij handhaving van het bestaande avv-stelsel hebben, zou dan wel eens aan gewicht kunnen inboeten indien de ‘belangrijke meerderheid’ als bedoeld in artikel 2 van de Wet AVV meer en meer zou gaan bestaan uit niet- of anders georganiseerde werknemers.

## 8 Samenloop: op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen?

*E.N. Franx-Schaap, L.I. Hofstee, P.Th. Sick en L.C.J. Sprengers<sup>1</sup>*

### 8.1 Inleiding

De kaders van het (formele) cao-recht worden bepaald door de Wet CAO en de Wet AVV. De inhoud van het (materiële) cao-recht wordt door cao-partijen zelf bepaald in de af te sluiten cao's. De contractuele vrijheid is in hoge mate bepalend voor de vraag voor welke werkgever welke cao geldt of cao's gelden. Daarbij kunnen zich uiteenlopende problemen voordoen die wel worden aangeduid met het begrip 'samenloop'. Geïnspireerd door het denkwerk van Jaspers<sup>2</sup> over dit thema hebben we ons gebogen over de vraag of bekeken vanuit de samenloopproblematiek het cao-recht voldoende toekomstbestendig is. Of is er toch een taak voor de wetgever weggelegd om problemen die zich met samenloop voor (kunnen) doen in wetgeving (meer) te ondervangen. Of is het zo dat problemen die zich voordoen binnen de kaders van het huidige cao-recht voldoende opgevangen kunnen worden, met name indien sociale partners bij het afsluiten van de cao's mogelijke samenloopproblemen goed onderkennen.

Achtereenvolgens behandelen we de volgende deelgebieden:

- samenloop op grond van de werkingssfeer van de cao (8.2);
- samenloop van bedrijfstak –en ondernemings-cao (8.3);
- samenloop van bedrijfstak-cao en decentrale afspraken (8.4);
- samenloop en overgang van onderneming (8.5);
- samenloop en nawerking (8.6).

<sup>1</sup> Allen werkzaam als advocaat te Amsterdam respectievelijk Utrecht. Sprengers is tevens hoogleraar aan de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> A.Ph.C.M. Jaspers, 'De Gordiaanse knoop van de samenlopende cao's', *SR* 2005, 71.

Tot slot zullen we in de conclusie ingaan op de centrale vraag van deze bijdrage: samenloop op zijn beloop laten of de knoop ontrafelen (8.7).

De tekst van deze bijdrage is gebaseerd op de uitkomsten van de onderlinge discussie van de auteurs over de bovengenoemde deelvragen. Een discussie die gericht was op de toekomstbestendigheid van het cao-recht en meer specifiek de vraag of de geschetste problemen via een wetwijziging opgelost zouden moeten worden. Onderstaande is een beknopte weergave van de uitkomsten van deze discussie. Meer dan het in kaart brengen van hetgeen over deze problematiek reeds door velen is beschreven, hebben we ons gericht op het nadenken over de noodzaak van aanpassingen in het cao-recht.

## 8.2 Samenloop op grond van de werkingssfeer van de cao

### 8.2.1 *Inleiding*

Er zijn twee vormen van samenloop op grond van werkingssfeer te onderscheiden.

1. De vorm waarbij twee cao's van toepassing zijn, doordat de werkingssfeer van deze cao's elkaar (deels) overlappen. Een bekend voorbeeld hiervan is samenloop tussen de ABU-cao (Uitzend-cao) en cao's van inleners, die onder haar werkingssfeer ook werkgevers betreft die als activiteit hebben het ter beschikking stellen van werknemers in de werkingssfeer van de desbetreffende inleen-cao.<sup>3</sup> Een ander voorbeeld is de situatie in de metaalsector, waar sommige ondernemingen naar de aard van de werkzaamheden die daarin worden uitgeoefend zowel kunnen behoren tot de metaalnijverheid (kleinmetaal) als tot de metaalindustrie (grootmetaal).<sup>4</sup>
2. De vorm waarbij binnen één bedrijf verschillende cao's van toepassing zijn doordat het bedrijf is samengesteld uit meerdere afzonderlijke bedrijfsonderdelen die onder de werkingssfeer van verschillende cao's vallen of doordat de onderneming, hoewel optredend als eenheid, een combinatie van meerdere bedrijfsactiviteiten telt.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld HR 21 december 2001, *JAR* 2002, 20 (*Nacap/SFB*).

<sup>4</sup> A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. Amsterdam VU), Deventer 2004, p. 261.

<sup>5</sup> Olbers noemt dit de geparalleliseerde onderneming, waartoe warenhuizen behoren, M.M. Olbers, 'De toepasselijke cao in de samengestelde en geparalleliseerde onderneming', *SMA* 1985, p. 659.

In de onder 1 beschreven situatie kan er rechtsonzekerheid bestaan over de vraag welke cao in het concrete geval moet worden toegepast. In de tweede situatie zal dat niet zozeer het probleem zijn, omdat de werkgever in dat geval in beginsel de cao moet toepassen op de werknemers die werkzaam zijn binnen de afdelingen waarin de in de cao beschreven activiteiten worden verricht.<sup>6</sup> Wel geldt wat deze vorm van samenloop betreft dat werkgevers het veelal ongewenst vinden in hun onderneming geconfronteerd te worden met een lappendeken van arbeidsvoorwaarden.

### 8.2.2 *Bestaande oplossingen*

In de praktijk worden verschillende methoden gehanteerd om de eerstgenoemde vorm van samenloop op grond van werkingssfeer te voorkomen. Deze methoden zijn gericht op het treffen van voorzieningen in de cao zelf. Te denken valt aan:

- een terugtredebepaling in de cao: een cao is slechts van toepassing voor zover niet een andere cao van toepassing is;
- een bepaling in een bedrijfstak-cao dat deze niet geldt voor ondernemingen waarop een ondernemings-cao van toepassing is;
- een bepaling waarin uitdrukkelijk bepaalde met name genoemde ondernemingen of bedrijfstakken worden uitgesloten; en
- de in veel cao's voorkomende bepaling dat dispensatie kan worden verzocht van de verplichting tot naleving van de cao aan partijen bij de cao of een door hen daartoe ingesteld orgaan.<sup>7</sup>

Wat de cao's betreft waarvoor een algemeenverbindendverklaring (avv) is of wordt verzocht geeft het Toetsingskader avv van 1 januari 2007 duidelijke voorschriften ter voorkoming van samenloop.<sup>8</sup> Cao's die overlapping met een of meer andere cao's teweegbrengen worden niet algemeen verbindend verklaard. Bij het verstrijken van de werkingsduur van het avv-besluit betreffende de cao waarmee overlap is ontstaan zal ook deze niet meer voor avv in aanmerking komen tot het afbakeningsprobleem is opgelost.

Indien zich in weerwil van voornoemde voorzieningen samenloop op grond van werkingssfeerbepalingen voordoet, kan deze worden opgelost via een rechterlijk oordeel over de interpretatie van de

6 HR 6 januari 1995, NJ 1995, 549 (*Islemar*).

7 Olbers 1985, p. 653 en 654.

8 Toetsingskader avv 1 januari 2010, par. 6.2, onder 1.

werkingsfeerbepalingen via de Haviltex-leer dan wel de objectief tekstuele methode al naar gelang de werkgever wel of niet bij de totstandkoming van de cao-bepaling betrokken is geweest.<sup>9</sup>

Voor de hiervoor genoemde tweede vorm van samenloop op grond van werkingssfeer bieden voornoemde oplossingen geen of te weinig soelaas. Het afsluiten van een ondernemings-cao kan een oplossing bieden, maar dat is afhankelijk van de wijze waarop in de verschillende cao's die op een werkgever van toepassing zijn, de oplossing van samenloopproblemen is ondervangen.

### **8.2.3 Mogelijke aanpassing van wetgeving**

We constateren dat samenloopproblemen op grond van de werkingssfeer niet vaak tot procedures leiden. De hoeveelheid jurisprudentie hierover is beperkt. Dit duidt erop dat het huidige cao-recht deze samenloopproblematiek voldoende opvangt en dat duidt erop dat er geen noodzaak is tot aanpassing van de wetgeving.

In het geval van een onoplosbaar samenloopgeval, dat wil zeggen: een geval waarin op grond van de werkingssfeerbepaling onmiskenbaar twee cao's toepasselijk zijn die conflicteren (elkaar uitsluitende standaard-cao's of een standaard-cao en een minimum-cao met betere arbeidsvoorwaarden), zou overwogen kunnen worden tot het invoeren van een wettelijke voorrangsregel. Gedacht zou dan kunnen worden aan het vragenlijstje van Fase en Van Drongelen:<sup>10</sup>

- Welke cao geldt op grond van artikel 12 en 13 van de Wet CAO voor het merendeel van de werknemers?
- Welke cao geldt op grond van artikel 12, 13 en 14 van de Wet CAO voor het merendeel van de werknemers?
- Welke cao is voor het eerst op grond van artikel 14 van de Wet CAO op de werknemer toegepast dan wel aan welke cao raakte de werknemer het eerst gebonden?
- Welke cao creëerde voor de werkgever voor het eerst verplichtingen op grond van artikel 14 van de Wet CAO?

Indien er geen resultaat is, kiezen werkgever en werknemer in onderling overleg. In dat geval zouden artikel 12 en 14 van de Wet

<sup>9</sup> W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer, 2004, par. 2.11.

<sup>10</sup> W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 104 en 105.

CAO moeten worden aangepast in de zin dat handelen in strijd met die bepalingen is toegestaan ten aanzien van de cao waarop de keuze niet gevallen is na afwerking van het lijstje. Wij achten de nadelen die een dergelijke ingewikkelde wettelijke regeling meebrengt groter dan de voordelen. Nadeel van deze oplossing is in elk geval dat het wel een heel ingewikkeld uitzoekwerk wordt met meer interpretatievragen. Dergelijke wetgeving zal dus niet per definitie meer duidelijkheid of rechtszekerheid bieden.

Een andere oplossing voor de eerste vorm van samenloop op grond van werkingssfeer zou kunnen zijn alle cao's te laten aanmelden bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en op dezelfde voet als de cao's waarvoor avv wordt aangevraagd inhoudelijk op samenloop van werkingssfeer te laten toetsen. De minister dient zich hier dan over uit te laten. Dit zal ook veel research vergen, onder meer tot opvraag van gegevens bij partijen en daarmee leiden tot langere procedures voordat er zekerheid is over (de rechtsgeldigheid van) de toe te passen cao.

Wat de hierboven genoemde tweede vorm van samenloop op grond van werkingssfeer betreft zou een eventuele oplossing kunnen zijn een wettelijke mogelijkheid in het leven te roepen een ondernemingscao af te sluiten, die voorrang heeft boven bedrijfstak-cao's. Zie hierna 8.3.3.

Gezien de beperkte jurisprudentie en de nieuwe problemen die aanpassing van de wetgeving met zich zou brengen om deze samenloopproblemen te ondervangen, concluderen wij dat op dit punt het huidige cao-recht ook in de toekomst voldoende mogelijkheden biedt om problemen die zich voordoen naar een oplossing toe te geleiden.

## 8.3 Samenloop van bedrijfstak- en ondernemings-cao

### 8.3.1 *Inleiding*

In een situatie waarin zowel een bedrijfstak-cao als een ondernemings-cao van toepassing is, bestaat naar Nederlands recht geen (duidelijke) voorrangsregel.

Betoogd wordt wel dat een bedrijfstak-cao voorrang zou moeten hebben, onder andere op grond van de gedachte dat de algemene regeling die bedoeld is om het behalen van concurrentievoordelen op

arbeidsvoorwaarden te voorkomen (de bedrijfstak-cao), niet zou mogen worden gefrustreerd door een ondernemings-cao.

Jaspers geeft aan dat in België het uitgangspunt gehanteerd wordt dat bij samenloop van een bedrijfstak-cao en een ondernemings-cao de bedrijfstak-cao voorrang heeft.<sup>11</sup> Ook in andere ons omringende landen wordt volgens Jaspers dat hiërarchische principe gehanteerd.

Ook in Nederland lijkt de heersende leer te zijn dat bedrijfstak-cao's voorgaan boven ondernemings-cao's, zij het dat afwijkingen ten gunste van die cao in een ondernemings-cao mogelijk zijn – dat laatste vanzelfsprekend alleen als de bedrijfstak-cao een minimumkarakter heeft. Daarbij verdient opmerking dat naar Nederlands recht uitgangspunt is dat het niet is toegestaan de beide cao's als totaalpakket met elkaar te vergelijken. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad moet op ieder onderdeel worden beoordeeld of de ondernemings-cao gunstiger is dan de bedrijfstak-cao.<sup>12</sup>

Als de bedrijfstak-cao een standaardkarakter heeft, gaat die eenvoudigweg altijd voor, ook als de ondernemings-cao gunstiger is.

Achtergrond van deze benadering is, zo signaleert Jaspers, dat aan de ordeningsfunctie van een cao (het ordenen, creëren en waarborgen van faire concurrentieverhoudingen binnen de bedrijfstak) meer belang wordt gehecht dan aan het andere doel van een cao, te weten de bescherming van werknemers.

### **8.3.2 Problemen met het prevaleren van een bedrijfstak-cao**

In theorie zou zich hierbij een aantal problemen kunnen voordoen:

Ten eerste dat deze heersende leer op gespannen voet kan komen te staan met het beginsel van contractsvrijheid en het juridische principe van 'lex specialis derogat lex generalis'. Daarnaast speelt de ontwikkeling die in algemene zin te zien valt van decentralisatie van collectieve onderhandelingen en de over het algemeen op ondernemingsniveau gevoelde behoefte aan 'maatwerk'. Deze uitgangspunten zouden kunnen leiden tot de behoefte tot het toekennen van voorrang aan de ondernemings-cao boven de bedrijfstak-cao. Die behoefte kan groter worden indien de organisatiegraad op ondernemingsniveau aanmerkelijk hoger is dan op bedrijfstakniveau, waardoor de vakorganisaties op ondernemingsniveau meer gelegitimeerd

<sup>11</sup> Jaspers 2005, voetnoot 29.

<sup>12</sup> HR 14 januari 2000/43 (*Boonen/Quicken*); HR 24 april 2009, *NJ* 2009, 105 (*Teunissen/Welters Scheepvaart*).



zijn om als vertegenwoordiger van het personeel op te treden. De vraag is of dit niet een probleem is met een hoog theoretisch gehalte. De werkgever kan immers besluiten zijn lidmaatschap van de werkgeversorganisatie die de cao afsluit op bedrijfstakniveau op te zeggen. Daarmee komt er een einde aan de samenloopproblematiek. De werkgever is dan (na een korte tijd) niet meer aan de bedrijfstakcao gebonden. De situatie zou kunnen optreden dat een werkgever toch bepaalde belangen heeft om lid van de werkgeversorganisatie te blijven, bijvoorbeeld omdat hij betrokken wil blijven bij het door de werkgeversorganisatie te voeren beleid binnen de Nederlandse arbeidsverhoudingen of binnen de bedrijfstak, maar qua arbeidsvoorwaardenregeling behoefte heeft aan maatwerk.

Indien opzegging van het lidmaatschap van de werkgeversorganisatie geen optie is, kan hij ook in overleg treden met de vakbonden die partij zijn bij de bedrijfstakcao om na te gaan of maatwerkafspraken op ondernemingsniveau mogelijk zijn. Vaak kent een bedrijfstakcao daar ook wel mogelijkheden toe, via delegatiebepalingen binnen het raamwerkarakter van de bedrijfstakcao (zie hierna 8.4) of door het vragen van dispensatie (zie daarover hfdst. 3).

Samenloopproblemen zullen zich met name kunnen voordoen in de situatie waarin de werkgever (uitsluitend) door een algemeenverbindendverklaring aan een cao wordt gebonden (en niet door lidmaatschap van de cao-sluitende partij die de bedrijfstakcao als het ware zelf 'gewild' heeft).

### 8.3.3 *Mogelijke aanpassing van wetgeving*

Jaspers bespreekt als oplossingsrichting voor het probleem van een botsende bedrijfstak- en ondernemingscao de mogelijkheid dat de bedrijfstakcao er uitdrukkelijk in voorziet dat op ondernemingsniveau – bij cao – van de bedrijfstakcao wordt afgeweken. De cao regelt dan zelf haar rangorde. In zo'n geval komt – het principe van 'lex specialis derogat lex generalis' volgend – de 'lagere' ondernemingscao in plaats van de 'hogere' bedrijfstakcao – tenzij de cao dat nadrukkelijk verbiedt. In dit kader speelt ook de problematiek van de *yellow unions*, waar dan ook aandacht aan moet worden besteed.

Een mogelijk probleem hierbij is dat de reikwijdte van de cao wordt bepaald door de cao-partijen die de bedrijfstakcao sluiten. Als zij niet bereid zouden zijn hun 'terrein' op te geven door in de bedrijfstakcao uitdrukkelijk de mogelijkheid van afwijking ervan op ondernemingscao-niveau toe te staan, komt deze oplossing niet dichterbij.

Een andere oplossing zou kunnen zijn de rechtsregel in te voeren dat een ondernemings-cao altijd boven een bedrijfstak-cao gaat (dus ook als die ongunstiger is dan een bedrijfstak-cao), mits voldaan is aan een aantal voorwaarden. Die voorwaarden kunnen dan bijvoorbeeld gevonden worden in de onafhankelijkheid van de cao-partij(en) waarmee de ondernemings-cao is gesloten. Daarbij kan worden gedacht aan een systeem waarbij de ondernemings-cao niet alleen moet worden aangemeld (als bedoeld in artikel 4 van de WML) maar ook geregistreerd bij de minister of een door hem in te stellen instantie, waarop juist op dit punt inhoudelijk wordt getoetst.

Een bijkomende voorwaarde zou kunnen zijn dat de werknemer met deze voorrang heeft ingestemd (een soort uitgebreid ‘incorporatiebeding’ dus, waarin uitdrukkelijk is overeengekomen dat partijen afspreken dat niet de bedrijfstak-cao, maar de ondernemings-cao van toepassing is), of – en Jaspers noemt die optie onder verwijzing naar een vergelijkbare ontwikkeling in Duitsland en Frankrijk<sup>13</sup> – wanneer een (gekwalficeerde) meerderheid van de werknemers instemt met toepassing van de ondernemings-cao in plaats van de bedrijfstak-cao. Dergelijke instemming zou dan telkens voor de duur van de looptijd van de ondernemings-cao opnieuw moeten worden verkregen, dan wel eenmalig met betrekking tot de ondernemings-cao ‘zoals die van tijd tot tijd zal luiden’.

Gezien hetgeen in 8.3.2 reeds is opgemerkt, zijn we van mening dat hier niet sprake is van een dusdanig (groot) probleem in het huidige cao-recht dat met het oog op de toekomstbestendigheid van het cao-stelsel een dergelijke wettelijke aanpassing nodig is. De werkgever geeft de mogelijkheid door beëindiging van het lidmaatschap van de werkgeversorganisatie een ongewenste samenloop van de bedrijfstak-cao met de ondernemings-cao op te heffen. Het bestaande stelsel bevat hiervoor voldoende mogelijkheden.

Dit kan anders zijn in het geval van samenloop tussen bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao en de ondernemings-cao, in het geval de werkgever niet via lidmaatschap van de werkgeversorganisatie aan de bedrijfstak-cao wordt gebonden, maar louter door de algemeenverbindendverklaring. Dan kunnen zich samenloopproblemen voordoen, die in beginsel door het aanvragen van dispensatie bij de minister of bij een door cao-partijen daartoe in het leven geroepen orgaan opgelost kunnen worden (zie daarover hfdst. 3).

13 Jaspers 2005, voetnoot 31.

## 8.4 Samenloop van bedrijfstak-cao en decentrale afspraken

### 8.4.1 *Inleiding*

Veel bedrijfstak-cao's kennen mogelijkheden om op ondernemingsniveau over verschillende onderwerpen afspraken te maken. Door middel van delegatiebepalingen in de bedrijfstak-cao wordt de bevoegdheid om dit maatwerk af te spreken op ondernemingsniveau geregeld. Deze bevoegdheid kan worden toegekend aan een werkgever en de bij de cao betrokken vakbonden op ondernemingsniveau. Maar steeds vaker wordt deze bevoegdheid ook toegekend aan de ondernemingsraad (zie hierover hfdst. 2). Gezien het feit dat in een apart hoofdstuk apart wordt ingegaan op de cao en de (gedelegeerde) rol van de OR, gaan wij hier alleen in op de vraag welke problemen zich voor kunnen doen op het gebied van samenloop.

### 8.4.2 *Problemen met samenloop bedrijfstak-cao en decentrale afspraken*

De problemen die met samenloop te maken hebben zijn veelal te herleiden tot een samenloop omdat de materiële regelingen die gelden elkaar overlappen zonder dat er een duidelijke voorrangregeling is bepaald. Meestal gaat het om een (bedrijfstak-)cao die bepalingen bevat waarin de bevoegdheid tot overleg gedelegeerd is. Problemen die zich daarbij kunnen openbaren zijn goed te illustreren aan de hand van de Cao Bouwbedrijf, waarover de nodige procedures zijn gevoerd. We achten deze rechtspraak illustratief voor samenloopproblemen die zich op dit vlak kunnen voordoen.

De Cao Bouwbedrijf bevat een uitgewerkte regeling over reisen. Daarin staat dat in een onderneming met een ondernemingsraad van deze bepaling kan worden afgeweken, mits de werkgever en de ondernemingsraad hierover overeenstemming hebben bereikt. "Deze afwijkende regeling dient per saldo minimaal gelijkwaardig te zijn aan de regeling" van de reisen in de cao. In artikel 40a staat verder een algemene bepaling waaraan moet zijn voldaan in geval van een regeling die in overeenstemming met de ondernemingsraad tot stand is gekomen. Naast een vergelijkbare bepaling over gelijkwaardigheid, wordt aangegeven dat de duur van de regeling met de ondernemingsraad maximaal gelijk is aan de looptijd van de cao. Voorts moet de ondernemingsraad vroegtijdig over het voorgenomen besluit de in de onderneming werkzame personen raadplegen.

Het eerste geschil had betrekking op een vordering van de vakbond die van mening was dat de met de ondernemingsraad vastgestelde regeling niet voldeed aan de randvoorwaarden van de cao en dat daarom de cao-regeling moest worden toegepast. Een vorm van samenloop waarbij wegens strijdigheid van de decentrale regeling met de voorschriften van de bedrijfstak-cao de laatste zou moeten gelden. De Kantonrechter 's-Gravenhage deelt de opvatting van de vakbond niet (geheel).<sup>14</sup> Het cao-voorschrift dat draagvlak moet worden getoetst bij de in de onderneming werkzame personen, betekent niet dat de meerderheid van de betrokken werknemers moet hebben ingestemd. Het voorschrift van een minimaal gelijkwaardige regeling, betekent niet dat ieder element gelijkwaardig moet zijn, maar dat de regeling per saldo minimaal gelijkwaardig moet zijn. De kantonrechter toetst de decentrale afspraak aan de hand van in de cao opgenomen normen die worden gesteld bij de delegatiebepalingen.

De Kantonrechter Helmond gaat bij de toetsing nog een stap verder. Hij toetst niet louter aan de delegatiebepalingen, maar toetst de delegatiebepalingen zelf ook als zodanig. Hij vindt de maximering van de looptijd van de decentrale regeling gekoppeld aan de looptijd van de cao, een merkwaardige en onpraktische bepaling. Waar het om gaat, aldus de kantonrechter, is dat in het belang van de werknemer tussen ondernemingsraad en werkgever een regeling wordt getroffen, die per saldo minimaal gelijk is aan de cao. Een redelijke uitleg van de cao brengt mee dat, ongeacht in welk stadium de cao-onderhandelingen zich bevinden, een tussen werkgever en ondernemingsraad tot stand gekomen regeling aanvaardbaar is indien deze regeling voldoet aan de vereiste dat hij minimaal gelijk is aan de cao.<sup>15</sup>

Het Gerechtshof Arnhem verklaarde een decentrale afspraak met een PVT strijdig met de cao, nu daarin uitdrukkelijk alleen gesproken wordt over afspraken met een ondernemingsraad.<sup>16</sup> In lijn hiermee stelde Kantonrechter Utrecht vast dat bij een werkgever waar geen ondernemingsraad was ingesteld, niet een van de cao afwijkende decentrale regeling mag worden gehanteerd. Deze regeling moet wijken voor de bedrijfstak-cao.<sup>17</sup>

Uit de rechtspraak valt af te leiden dat bij de delegatiebepalingen procedurele en materiële voorschriften kunnen spelen, waaraan de

14 Ktr. 's Gravenhage 24 oktober 2002, *JAR* 2003, 36.

15 Ktr. Helmond 8 januari 2003, *JAR* 2003, 27.

16 Hof Arnhem 23 december 2003, *JAR* 2004, 30.

17 Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008, 83.

decentrale afspraken getoetst kunnen worden. Procedurele bepalingen hebben betrekking op de onderwerpen waarover decentrale afspraken kunnen worden gemaakt en de wijze van totstandkoming van deze afspraken, zoals de partij waarmee een afspraak kan worden gemaakt (vakbonden, OR, PVT, personeelsraadpleging), de aard van de bevoegdheid (overeenstemming, instemming, in overleg, na overleg) de wijze van overleg met achterban (draagvlak, meerderheid, referendum). Uit de hier aangehaalde rechtspraak blijkt dat dergelijke procedurele bepalingen vaak niet alle situaties overzien. Zeker indien een gepubliceerde toelichting op de cao-afspraken ontbreekt is het de taak van de rechter om de cao-bepalingen te gaan interpreteren. Indien bijvoorbeeld de tekst noch toelichting een aanwijzing biedt voor de stelling dat het gebruik van de term ‘ondernemingsraad’ een pars pro toto voor een vertegenwoordiging van het personeel is, dan is afwijking alleen mogelijk als er sprake is van overeenstemming met een ondernemingsraad. In die gevallen waar de bedrijfstak-cao zelf een inhoudelijke regeling bevat is dat begrijpelijk. Indien het echter gaat om een onderwerp waarover de cao alleen algemene kaders bevat, die op ondernemingsniveau nog uitwerking vergen, zal het minder vanzelfsprekend zijn dat dit alleen met een ondernemingsraad zou kunnen, indien de cao-tekst dat zou aangeven.

Materiële voorschriften kunnen betrekking hebben op minimumeisen waaraan de decentrale regeling moet voldoen. Indien de bedrijfstak-cao over een onderwerp een raamregeling bevat, betekent dit dat de decentrale regeling binnen de kaders van de raamregeling moet blijven. Indien de cao-regeling al een uitgewerkte regeling bevat, zoals in het voorbeeld van de Cao Bouwbedrijf, kan de eis zijn dat de decentrale regeling ten minste gelijk moet zijn aan de cao-regeling. Dit perkt enerzijds de ruimte voor het maken van decentrale afspraken in en anderzijds verplicht het de rechter bij geschillen om de decentrale regeling af te wegen tegen de inhoud van de cao-regeling. Cao-partijen dienen zich te realiseren bij het maken van dergelijke delegatiebepalingen dat bij het ontbreken van duidelijke handvatten waaraan bij samenloopgeschillen getoetst kan worden, de rechter terug zal vallen op de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij een ruimere of andere uitleg van de cao-bepalingen niet is uitgesloten. Zeker indien de cao-bepalingen op zichzelf of in onderling verband niet consistent zijn of niet goed onderbouwen waarom bepaalde beperkingen opgelegd worden aan de decentrale regeling. Zoals bijvoorbeeld de bepaling dat de decentrale regeling eindigt bij looptijd van de cao. Indien niet is geregeld wat daarna zal gelden, is het aan de rechter om bij geschillen daarover de knoop door te hakken.

### **8.4.3 Mogelijke aanpassing van wetgeving**

Het cao-recht behoeft wat betreft de samenloop van een bedrijfstak-cao en decentrale regelingen geen aanpassing. Dat wil niet zeggen dat zich op dit gebied geen problemen voordoen. Maar deze problemen vergen geen aanpassing van de wettelijke regeling. De problemen die zich voor kunnen doen hebben te maken met onduidelijke, onvoldoende uitgewerkte, niet toegelichte en soms tegenstrijdige cao-bepalingen. Het is de taak van cao-partijen, indien zij delegatiebepalingen opnemen in een cao om decentrale afspraken mogelijk te maken, om deze zo duidelijk mogelijk te formuleren. Dit is van belang voor het overleg op ondernemingsniveau maar ook met het oog op een rechterlijke toetsing. Bij geschillen kan de rechter terugvallen op de algemene rechtspraak over het overeenkomstenrecht voor wat betreft de uitleg van overeenkomsten en de in dat kader specifiek ontwikkelde rechtspraak over de interpretatie van cao-afspraken. Afspraken die als kenmerk hebben dat zij niet alleen de rechten en verplichtingen van de cao-partijen zelf betreffen maar ook van derden.<sup>18</sup> Dit brengt met zich mee dat de betekenis van de partijbedoeling, zeker indien die niet publiek is gemaakt door middel van een toelichting, minder zwaarwegend zal zijn.

## **8.5 Samenloop en overgang van onderneming**

### **8.5.1 Inleiding**

De rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang van onderneming voortvloeien uit de cao waaraan de vervreemder is gebonden, gaan van rechtswege mee over op de verkrijger.<sup>19</sup> Dit kan ertoe leiden dat de verkrijger op de overgenomen werknemers een andere cao moet toepassen dan op zijn 'eigen' werknemers, met mogelijk grote verschillen in arbeidsvoorwaarden tot gevolg. Deze verplichting om na de overgang van onderneming verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten toe te passen, kan in de praktijk langdurig blijven bestaan. Dit wordt door velen als onwenselijk ervaren.

<sup>18</sup> W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, par. 2.11.

<sup>19</sup> Zie art. 7:662 e.v. BW.

### 8.5.2 *Juridisch kader*

Artikel 3, derde lid, van de Richtlijn 2001/23/EG van 21 maart 2001<sup>20</sup> (hierna: ‘de richtlijn’) bepaalt dat de verkrijger de in de cao van de vervreemder vastgelegde arbeidsvoorwaarden moet handhaven voor de overgenomen werknemers. De wetgever heeft dit artikel uitgewerkt in artikel 14a van de Wet CAO en artikel 2a van de Wet AVV. Op grond van artikel 14a van de Wet CAO gaan de rechten en verplichtingen uit hoofde van de cao waaraan de vervreemder is gebonden, van rechtswege over op de verkrijger en eindigt de gebondenheid aan die rechten en verplichtingen op het tijdstip:

- (i) waarop de verkrijger gebonden wordt aan een na de overgang tot stand gekomen cao;
- (ii) waarop de verkrijger verplicht wordt een algemeen verbindend verklaarde cao na te komen;
- (iii) waarop de lopende geldingsduur van de cao die overgaat verstrijkt.

De verkrijger wordt als gevolg van genoemde artikelen niet ‘gebonden’ in de zin van artikel 9 van de Wet CAO, maar moet de rechten en plichten die uit de overgegangene cao voortvloeien ‘handhaven’. Blijkens de wetsgeschiedenis sluit deze handhavingsplicht uit dat de verkrijger met de overgenomen werknemer een wijziging van de arbeidsvoorwaarden overeenkomt. Artikel 14a van de Wet CAO is dus van dwingend recht, waar niet van kan worden afgeweken.<sup>21</sup> De handhavingsplicht ziet op de rechten en verplichtingen zoals die op de dag van de overgang van onderneming voor de overgenomen werknemers uit de cao voortvloeien en niet op latere wijzigingen in die cao.<sup>22</sup> De cao-bepalingen gaan dus statisch over.

De handhavingsplicht eindigt indien een van de bovengenoemde drie omstandigheden zich voordoet. Dit betekent echter niet dat er vanaf dat moment geen rechten en verplichtingen meer uit de ‘vervreemder-cao’ blijven bestaan. Dit heeft te maken met het leerstuk van de nawerking. Cao-bepalingen werken ook na een overgang van onderneming na. Voor de overgegangene werknemers die niet gebonden raken aan een nieuwe cao van de verkrijger (omdat ze geen lid zijn van de betrokken vakbond), blijven als gevolg van de nawerking in beginsel

20 *PbEG* 2001, L 82/16.

21 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 940, nr. 3-5, p.11-12.

22 HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006, 83 (*Werhof/Freeway*).

de bepalingen van de overgegane cao van toepassing. Deze nawerking eindigt als de verkrijger en de overgenomen werknemer andere arbeidsvoorwaarden overeenkomen en geldt niet in perioden waarin de cao van de verkrijger (na de overgang) algemeen verbindend is verklaard. Verwezen wordt naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*.<sup>23</sup>

Het moeten toepassen van meerdere arbeidsvoorwaardenpakketten is dus niet alleen een gevolg van de handhavingsplicht, maar ook van de nawerking. Daarbij hanteert de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 14a van de Wet CAO nog het volgende uitgangspunt: bepalingen uit de cao waar de verkrijger na de cao aan gebonden raakt, prevaleren slechts boven de bepalingen van de ‘vervreemder-cao’ als deze gunstiger zijn.<sup>24</sup> Op die manier kan de verkrijger er dus toe gehouden zijn bepalingen van de cao van de vervreemder nog langdurig te moeten toepassen op overgenomen werknemers.

### 8.5.3 *Mogelijke aanpassing van wetgeving*

Ook hier is weer de vraag of in verband met de toekomstbestendigheid van het cao-recht een wettelijk ingrijpen nodig is. De wetgever zou kunnen overwegen gebruik te maken van de mogelijkheid de handhavingsplicht te beperken tot de duur van een jaar.<sup>25</sup> De richtlijn biedt deze mogelijkheid in artikel 3, derde lid.<sup>26</sup> De Nederlandse wetgever heeft hiervan – in tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk – geen gebruikgemaakt.<sup>27</sup> Van Straalen stelt in zijn proefschrift voor artikel 14a, eerste lid, van de Wet CAO als volgt te wijzigen:<sup>28</sup>

“In geval van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW is de verkrijger een jaar lang verplicht de rechten en plichten die voortvloeien uit de in een cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate te handhaven als de vervreemder moest doen.”

23 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003, 38.

24 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 940, nr. 3-5, p. 12.

25 R.M. Beltzer, ‘Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen’, *SMA* 2007-2, p. 68.

26 *PbEG* 2001, L 82/16.

27 Van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 1999, p. 200-201.

28 Van Straalen 1999, p. 196-197.



Met een dergelijke wijziging van artikel 14a van de Wet CAO zouden de mogelijkheden tot harmonisatie verruimd worden in die zin dat de verkrijger en overgenomen werknemer in ieder geval na een jaar de vrijheid krijgen van de ‘vervreemder-cao’ afwijkende afspraken te maken. Het nawerkingsprobleem is daarmee echter niet volledig opgelost.<sup>29</sup> Immers, als een overgegene werknemer niet bereid is afwijkende afspraken te maken, gelden voor hem nog steeds de gunstigere voorwaarden uit de overgegene cao.

Voorts zou gedacht kunnen worden aan een wetswijziging die inhoudt dat de nieuwe cao van de verkrijger de uit de cao van de vervreemder voortvloeiende rechten en plichten opzijzet (ook als deze gunstiger zijn).<sup>30</sup> De richtlijn biedt de ruimte een dergelijke bepaling in de nationale wetgeving op te nemen. Dit zou het harmoniseren van de arbeidsvoorwaarden voor de verkrijger aanzienlijk vergemakkelijken. Daarmee zou het leerstuk van de nawerking worden doorbroken in geval van overgang van onderneming. Het is echter zeer de vraag of het wenselijk is werknemers die als gevolg van overgang van onderneming overgaan naar een nieuwe werkgever in die zin in een ongunstigere positie te laten verkeren dan werknemers die buiten een geval van overgang van onderneming profijt hebben van nawerking (zie verder hierna 8.6).

Om te voorkomen dat de overgegene werknemers aanspraak kunnen maken op én de nieuwe cao van de verkrijger én de gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de cao van de vervreemder, heeft Beltzer de mogelijkheid geopperd om de overgegene werknemer (na afloop van de handhavingsplicht) een keuze te laten maken: of hij behoudt zijn arbeidsvoorwaarden uit de cao van de vervreemder, of hij kiest voor het pakket van de verkrijger, waarmee hij dus afstand doet van zijn arbeidsvoorwaarden uit de cao van de vervreemder (ook de gunstigere).<sup>31</sup> Hiermee wordt het probleem van *cherry picking* ondervangen, maar niet van het mogelijk moeten toepassen van twee verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten naast elkaar.

29 Jaspers 2005, p. 372.

30 Van Straalen 1999, p. 201.

31 Beltzer 2007, p. 68.

## 8.6 Samenloop en nawerking

### 8.6.1 *Inleiding*

Door nawerking van cao-bepalingen wordt het samenloopprobleem vergroot en versterkt. Maar ook indien er geen nawerking zou zijn kunnen zich samenloopproblemen voor blijven doen,<sup>32</sup> met name door samenloop op grond van werkingsfeerbepalingen, al dan niet tussen bedrijfstak- en ondernemings-cao en door overgang van cao-rechten bij overgang van onderneming.

### 8.6.2 *Nawerking*

De nawerking van de horizontale cao-bepalingen die betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden is (vrijwel) algemeen aanvaard, zo constateren Fase en Van Drongelen.<sup>33</sup> Nawerking vloeit voort uit de wilsovereenstemming die er bestaan heeft om de cao-arbeidsvoorwaarden onderdeel te laten uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Dit gaat op voor de aan de cao-gebonden partijen: de gebonden werkgever en werknemer. Voor de niet-gebonden werknemer geldt dat deze wilsovereenstemming niet in alle gevallen expliciet aanwezig hoeft te zijn geweest. Maar in veel gevallen wel, doordat in de arbeidsovereenkomst staat opgenomen dat de cao daarop van toepassing is, waardoor de oude cao-afspraken onderdeel van de arbeidsovereenkomst zijn gaan uitmaken en blijven doorwerken.<sup>34</sup>

Van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wordt niet uitgegaan. De Hoge Raad heeft dit in 2003 uitdrukkelijk aangegeven, nadat door eerdere arresten het erop leek dat de Hoge Raad de deur voor nawerking enigszins had opengezet.<sup>35</sup> De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring

32 Jaspers 2005, p. 371.

33 W.J.P.M. Fase en J. Van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 107, met in voetnoot 295 verwijzing naar de literatuur.

34 Dit zogenaamde incorporatiebeding komt nog uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 6 van dit boek.

35 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 438 (*Hop/Hom*; m.nt. P.A.S.); HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 20 (*Beenen/Vanduho*; m.nt. P.A.S.); HR 7 juni 2002, *NJ* 2003, 75 (*Luitjens/Groothandel in Vlees*; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss); HR 10 januari 2003, *JAR* 2003, 38. (*Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*).

geen terugwerkende kracht worden toegekend (artikel 2, derde lid) en gelden – behoudens een beperkte uitzondering – voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (artikel 2, tweede lid; zie ook artikel 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende cao-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold, aldus de Hoge Raad in 2003. Hieruit blijkt het gewicht dat wordt toegekend aan de contractuele gebondenheid om nawerking aan te nemen. Dit sluit aan bij de visie op de arbeidsovereenkomst en het cao-systeem dat is te kenmerken als een contractueel stelsel.<sup>36</sup>

De vraag is echter of het cao-systeem niet meer ingebed zou moeten worden in een institutioneel stelsel.<sup>37</sup> In een institutioneel stelsel geldt de cao op dezelfde wijze voor gebonden en niet-gebonden werknemers. De cao heeft voor alle werknemers dwingende vervangende en aanvullende werking. Aan de ordenende functie van de cao wordt dan meer gewicht toegekend dan in het contractuele stelsel.

### 8.6.3 *Vergelijking met overheidssector*

Een vergelijking met de overheidssector is hier wel boeiend. Daar doet zich het probleem van gebonden en niet-gebonden werknemer niet voor. Dit heeft zijn oorzaak in de eenzijdige rechtsrelatie die de overheidswerkgever heeft met de ambtenaren. Een ‘cao’ bij de overheid heeft geen directe bindende werking. Een cao is daar een afspraak tussen de overheidswerkgever en de vakorganisaties om op een bepaalde wijze de rechtspositieregeling te wijzigen, waarna deze rechtskracht krijgt voor alle ambtenaren ongeacht of zij vakbondslid zijn of niet. In de afspraken over het overlegstelsel bij de overheid zijn twee kenmerkende elementen: ten eerste het overeenstemmingsvereiste als pendant van de overeenkomst met bindende kracht in het civiele cao-recht. Ten tweede het meerderheidsvereiste: er is overeenstemming wanneer de meerderheid van de vakorganisaties voor is. Het verschilt per overheidssector of de omvang van de vakorganisatie daarbij relevant is of niet. Wanneer het fiftyfifty is, is het aan de

36 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

37 F. Koning 1987, p. 128-149; E. Verhulp 2003, p. 19; F.B.J. Grapperhaus, ‘De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao’, *SR* 2002, p. 184-190, W.J.P.M. Fase en J. Van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 216 e.v.

werkgever om te beslissen of hij dat voldoende (draagvlak) vindt om tot overeenstemming te concluderen.

Terecht kan gesteld worden dat de situatie bij de overheid nogal verschilt van die van de marktsector, al was het maar vanwege de eenzijdige aanstelling versus de arbeidsovereenkomst. Maar de verschillen zijn feitelijk minder groot dan ze lijken. Gesteld kan worden dat in de overheidssector een institutioneel cao-systeem functioneert, waarbij het probleem van gebonden en ongebonden werknemers niet speelt.<sup>38</sup>

Het probleem van nawerking kent het overheidsstelsel niet in de vorm als het cao-stelsel dat kent. Er worden in de overheidssector sectorgewijs cao's afgesloten met een looptijd voor een bepaalde tijd. Na het verstrijken van die bepaalde tijd wordt er opnieuw onderhandeld. Het cao-akkoord krijgt pas rechtskracht door aanpassing van de rechtspositieregeling, die voor onbepaalde tijd van kracht is, tot aan een volgende wijziging. Dit leidt ertoe dat ook na afloop van de cao de rechtspositie van kracht blijft totdat deze op enig moment wordt gewijzigd, na het bereiken van een nieuw cao-akkoord. Dit is min of meer vergelijkbaar met de positie van nawerking bij partijen die aan de cao gebonden zijn in de marktsector.

#### **8.6.4 Mogelijke aanpassing van wetgeving**

De vraag is of samenloop en nawerking dusdanige problemen opleveren dat met het oog op de toekomstbestendigheid van het cao-recht aanpassing van de regelgeving vereist is.

In de literatuur wordt het meest gewezen op het probleem van het kunnen gaan gelden van verschillende arbeidsvoorwaarden voor verschillende groepen werknemers bij een werkgever. Een bijzonder aspect daarbij doet zich voor na overgang van onderneming, zoals in 8.5 reeds aangestipt.

In de Wet CAO wordt een verschillende juridische positie toegekend aan de vakbondsleden, de gebonden werknemers en de niet-gebonden werknemers, die indirect via artikel 14 van de Wet CAO aan de inhoud van de cao worden gebonden. Het heeft onmiskenbaar aantrekkelijke kanten de verschillen die zich kunnen voordoen in de positie van vakbondsleden en niet-vakbondsleden aan te pakken. Aspecten als *cherry picking* en *free riders* hollen het wezen van het

<sup>38</sup> L.C.J. Sprengers, 'Cao bij de overheid: is er nog wel reden voor een apart overlegstelsel bij de overheid?', in: *SR* 2005-10, p. 325-334.

cao-stelsel uit. Naarmate het stelsel in de hand werkt dat zonder (lidmaatschaps)kosten toch geprofiteerd kan worden van positieve cao-aanpassingen en bij negatieve cao-aanpassingen het makkelijk is zich te beroepen op het ontbreken van wilsovereenstemming, zal het cao-systeem zwaar onder druk komen te staan. Het is nu al zo dat het cao-systeem veeleer in stand blijft op grond van het belang dat werkgevers erbij hebben en veel minder door de organisatiegraad van de vakbonden.<sup>39</sup>

Grapperhaus is in 2002 gekomen met het voorstel een nieuw artikel 14 van de Wet CAO te introduceren, luidend:

- “1. Voor het afsluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst die onder de werking van de wet cao valt, is vereist dat de werknemersorganisatie(s), die daarbij partij is of zijn, ten minste een vertegenwoordigingsgraad heeft/hebben, die gelijk is aan een bij Koninklijk Besluit vast te stellen minimumpercentage van de werknemers, die beoogd zijn onder de werkingssfeer van de betreffende cao te vallen.
2. Indien is voldaan aan het onder 1 geformuleerde vereiste zijn de bepalingen uit de cao gelijkelijk van toepassing op alle werknemers die alsdan onder de werkingssfeer van de cao vallen.
3. In geval van toepasselijkheid van de cao gelden de bepalingen uit de Wet cao gelijkelijk voor al werknemers, ongeacht of zij lid zijn of waren van een van de cao-sluitende partijen.”

Vervolgens doet hij nog een voorzet dat ook niet-leden een bijdrage dienen te betalen aan de vakbonden.<sup>40</sup>

Het voorstel van Grapperhaus heeft als voordeel dat het onderscheid van rechtspositie tussen gebonden en ongebonden werknemers verdwijnt. Probleem met dat voorstel is dat er potentieel een nieuw probleem wordt gecreëerd, namelijk een onderscheid tussen een cao waarop de Wet CAO van toepassing is en die geldt voor alle werknemers en een cao die alleen geldt als ledencontract voor de vakbondsleden, in die gevallen waar niet wordt voldaan aan de representativiteitseisen. Of hier veel sprake van zal zijn, hangt af van

39 Jacobs 2005, p. 214.

40 Grapperhaus 2002, p. 189.

de hoogte van de representativiteitseisen. Maar dit is toch een nadeel aan zijn voorstel. Een systeem met verkiezingen vooraf van de vakbond(en) die gaan onderhandelen of stemming achteraf onder leden en niet-leden over het onderhandelingsresultaat zou ook overwogen kunnen worden. In dat geval ontstaan er geen twee soorten cao's. Indien het cao-akkoord niet wordt aanvaard is er immers geen cao.<sup>41</sup>

## 8.7 Conclusies

We komen tot de conclusie dat met het oog op de toekomstbestendigheid van het cao-recht bekeken vanuit vragen die bij samenloop kunnen spelen het niet nodig is om veel wijzigingen aan te brengen in het cao-recht. Het merendeel van de problemen met samenloop is vooral op te lossen door het formuleren van heldere afspraken door cao-partijen.

Het probleem van samenloop van de werkingssfeer van de cao dient vooral een aandachtspunt te zijn voor de contracterende cao-partijen, meer dan voor de wetgever. Cao-partijen dienen aandacht te besteden aan een zorgvuldige en duidelijke formulering van de werkingssfeerbepaling. Dit kan veel problemen in de praktijk voorkomen. Er zijn echter praktische aspecten die dit soms toch zullen doen voorkomen, zoals verschil in kosten van twee cao's dat van invloed is op de gewenste uitkomst, de wens van (een deel van de) cao-partijen om de werkingssfeerbepaling op een bepaalde wijze ingevuld te hebben mede in verband met de positie van concurrentie en het aanwezig zijn van verschillende vakbonden bij botsende cao's. Het is goed dat sociale partners zich voldoende bewust zijn van de problemen die zij kunnen oproepen met de formulering van (onduidelijke) werkingssfeerbepalingen. Voor die gevallen waar de problemen niet in de praktijk in onderling overleg op te lossen zijn, kan de rechter de knoop doorhakken.

De samenloopproblematiek tussen bedrijfstak- en ondernemings-cao vereist evenmin ingrijpen van de wetgever. Om te waarborgen dat het cao-stelsel de nodige flexibiliteit blijft behouden en ook tegemoetkomt aan de (groeierende) wens naar maatwerk op ondernemingsniveau, zou

41 Zie voor vragen rondom representativiteit van de vakorganisaties en de oplossingen om dit te ondervangen, hoofdstuk 11 van dit boek.

de positionering van de ondernemings-cao meer aandacht kunnen krijgen. Met het oog op de toekomstbestendigheid van de cao is het van belang dat er een evenwicht gezocht wordt tussen enerzijds het belang dat een bedrijfstak-cao niet te eenvoudig terzijde kan worden geschoven en anderzijds het belang dat de mogelijkheid van maatwerk op ondernemingsniveau ook daadwerkelijk een reële mogelijkheid wordt. Dit is een aandachtspunt voor cao-partijen om er voldoende oog voor te hebben. Een werkgever die van mening is dat de bedrijfstak-cao de mogelijkheden voor maatwerk op ondernemingsniveau te zeer inperkt, kan trachten binnen de flexibiliteit die de cao vaak biedt om tot maatwerk te komen. Mocht dat onvoldoende lukken dan bestaat altijd nog de (uiterste) mogelijkheid van opzegging van het lidmaatschap van de werkgeversvereniging die de bedrijfstak-cao afsluit. Daarmee zit in het cao-recht zelf al een mechanisme voor die gevallen waar de bedrijfstak-cao een te dwingend keurslijf oplegt in de optiek van de werkgever die een eigen ondernemings-cao heeft afgesloten. Als het gaat om een algemeen verbindend verklaarde cao kan dit anders liggen. Dan gaat het om de mogelijkheden om dispensatie te krijgen, waar in hoofdstuk 3 op in wordt gegaan.

Ook de problemen die zich voor kunnen doen bij samenloop tussen bedrijfstak-cao en decentrale afspraken, die gemaakt worden op grond van delegatiebepalingen in de bedrijfstak-cao, vereisen geen wettelijke aanpassing. Ook hier geldt dat cao-partijen ervoor dienen te waken dat zij heldere afspraken maken. Wanneer in een cao ruimte wordt gelaten voor maatwerk op ondernemingsniveau binnen bepaalde in de bedrijfstak-cao opgenomen kaders, is het van belang dat deze kaders zo concreet worden geformuleerd dat zij op zichzelf niet een zelfstandige bron van interpretatiegeschillen gaan vormen. Juist omdat de uiteindelijke tekst van een bedrijfstak-cao het resultaat is van een overbrugging van tegengestelde belangen tussen cao-partijen, is de tekst vaak niet altijd even kraakhelder. Het is echter van belang dat cao-partijen ervoor waken dat problemen, die zij aan de tafel waar onderhandeld wordt over de bedrijfstak-cao niet opgelost krijgen, niet doorgeschoven worden via delegatiebepalingen naar het ondernemingsniveau.

Ten aanzien van het probleem van samenloop en nawerking zijn we van mening dat het wenselijk kan zijn het cao-recht meer in een institutioneel stelsel in te bedden, ten nadele van de individuele contractsvrijheid. In het verlengde van het aangehaalde voorstel van Grapperhaus zou via een aanpassing van artikel 14 van de Wet CAO geregeld kunnen worden onder welke omstandigheden een cao van

toepassing is voor alle werknemers die onder de werkingssfeer van een cao vallen. Wij zijn van mening dat het de moeite waard is om toe te werken naar een stelsel waarbij door middel van een stemming een cao-voorstel aan alle betrokken werknemers wordt voorgelegd.<sup>42</sup> Wanneer een meerderheid van de werknemers ervoor is, is deze cao van toepassing op alle werknemers. Daarmee wordt het probleem van de nawerking voor een groot deel ondervangen. Individuele afspraken, de individuele contractuele vrijheid, blijft (slechts) betekenis houden voor die afspraken die niet in strijd zijn met de inhoud van de cao.

Indien het probleem van de samenloop en nawerking is ondervangen door aanpassing van artikel 14 van de Wet CAO op boven voorgestelde wijze, hoeft er verder geen specifieke wettelijke regeling meer te komen voor problemen met betrekking tot samenloop bij overgang van onderneming. Het probleem van de 'ongebonden' werknemer, dat nu een belangrijke rol speelt bij de problemen na overgang van onderneming, is dan immers voor een groot deel opgelost.

We zijn van mening dat op een onderdeel overheidsingrijpen te overwegen is om het cao-stelsel ook voor de toekomst vitaal te houden. De problemen met betrekking tot samenloop moeten niet, althans niet allemaal, op hun beloop worden gelaten. De wetgever, maar zeker ook cao-partijen zelf bij de uitoefening van hun bevoegdheden, moeten zich op de gordiaanse knoop van Jaspers storten, zodat deze van een onontwarbare knoop verwordt tot een overzichtelijke strik, die het waardevolle dat het cao-stelsel kenmerkt ook voor de toekomst samenbindt.

<sup>42</sup> In hoofdstuk 11 van dit boek wordt hierop uitgebreider ingegaan.



## **INTERNATIONALE ASPEKTEN**



## 9 Uitdagingen voor het Nederlandse cao-stelsel vanuit Europees perspectief bezien

*T.M.J. Smits en M.S. Wirtz*

### 9.1 Inleiding

In de afgelopen decennia heeft het Europese Hof van Justitie tal van uitspraken gewezen die betekenis hebben voor het stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en die het proces van onderhandelingen door sociale partners zouden kunnen beïnvloeden.

In dit hoofdstuk bespreken we drie onderwerpen uit de reeks van uitspraken: het mededingingsrecht (9.2), de doorwerking van de vier EU-vrijheden en fundamentele sociale grondrechten bij grensoverschrijdende arbeidssituaties (9.3) en de status en de reikwijdte van het collectieve actierecht (9.4). Uit de bespreking volgt dat de rechtspraak op deze terreinen nog verre van uitgekristalliseerd is en dat er tal van vragen kunnen worden opgeworpen in relatie tot het Nederlandse cao-recht.<sup>1</sup>

1 Er is veel geschreven over deze en daaraan gerelateerde onderwerpen. Zie bijvoorbeeld F. Hendrix, “Arbeidsrecht en vrij dienstenverkeer” een stand van zaken na de Dienstenrichtlijn’, *ArA* 2007-2; A.Ph.C.M. Jaspers, ‘De permanente vraagstukken in het cao-recht’, *SR* 2008, 69; Van den Eeckhout, ‘Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden’, *TRA* 2009, 32; A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, ‘Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten’, *NTER* 2008-7/8, ‘Deel 2: De arresten Laval, Rüffert en Commissie/Luxemburg, interpretatie van de Detacheringsrichtlijn’, *NTER* 2008-12; T. van Peijpe, ‘De arresten Laval en Viking en hun gevolgen’, *SMA* 2008-4; P. Dorssemont, ‘De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (van het werkland) en de gedetacheerde werknemer na Rüffert en de Commissie versus Luxemburg’, *ArA* 2008-3; E.J.A. Franssen en C. van Lent, ‘De Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden’, *ArA* 2008-2.

Wij geven daar een aantal voorbeelden van als bijdrage aan de discussie over de vraag of de ontwikkelingen in Europa nopen tot veranderingen in het huidige Nederlands cao-stelsel, of dat het stelsel voldoet aan de eisen die we daaraan in Nederland en Europa (willen) stellen c.q. behoren te stellen.

## 9.2 Mededingingsrecht

Het Europese mededingingsrecht verbiedt het maken van mededingingsbeperkende afspraken (artikel 101 van het VWEU: het kartelverbod) en/of het misbruiken van een machtspositie op een bepaalde markt van goederen en diensten (artikel 102 van het VWEU: het verbod op misbruik van machtspositie). Dit is in de Nederlandse Mededingingswet (Mw) neergelegd in artikel 6 en 24 van de Mw. Een handeling kan zowel een overtreding van het kartelverbod als een overtreding van het verbod op misbruik van machtspositie zijn. Daarom kan er als er geen sprake is van een overtreding van het kartelverbod nog wel sprake zijn van misbruik van machtspositie en visa versa. We zullen daarom beide aspecten moeten bekijken.

### 9.2.1 *Het kartelverbod*

De cao zou als een vorm van prijsafspraken tussen werkgevers (organisaties) en werknemersverenigingen beschouwd kunnen worden. Het gaat immers om de prijs van arbeid en het kartelverbod zou hierbij in het geweer kunnen komen. In een reeks van arresten heeft het Hof van Justitie van de EU (Hof) zich gebogen over de vraag of een collectieve regeling met betrekking tot arbeidsvoorwaarden in strijd komt met het kartelverbod.<sup>2</sup> Het Hof besliste dat, hoewel een cao beschouwd moet worden als een inherente beperking op het mededingingsrecht “overeenkomsten die met doelstellingen van sociale politiek zoals verbetering van de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, *wegens hun aard en hun doel*

<sup>2</sup> Zie hierover uitgebreid M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

moeten worden geacht niet onder artikel 85 lid 1 [nu: artikel 101 van het VWEU, red.], van het Verdrag te vallen”.<sup>3</sup>

Nu ook in de Nederlandse wetgeving deze lijn van het Hof is gevolgd – in artikel 16 van de Mw wordt de cao in de zin van de Wet CAO uitgezonderd van de werking van het kartelverbod – wordt wel vastgesteld dat Nederlandse cao-partners niets te vrezen hebben. Voorwaarde is wel dat zij een wettelijke cao moeten afsluiten om uitgezonderd te kunnen worden van het kartelverbod. Daarbij kan ook gesteld worden dat het moet gaan om afspraken tussen werkgevers(organisaties) en vakbonden over werkgelegenheidsvoorwaarden en arbeidsvoorwaarden die wegens hun *aard en doel* geacht moeten worden niet onder het kartelverbod te vallen. In de memorie van toelichting van de Mededingingswet wordt immers uitdrukkelijk het Europese mededingingsrecht als uitgangspunt genomen, de jurisprudentie inclusief.

Op grond van de jurisprudentie van het Hof vallen cao's slechts buiten de werkingssfeer van artikel 101 van het VWEU als voldaan is aan de twee voorwaarden: de overeenkomst moet (1) in het kader van collectieve onderhandelingen, en (2) met het oog op verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden zijn gesloten.<sup>4</sup> De vraag kan zich dan voordoen hoe afspraken in cao's in dit licht beoordeeld moeten worden. Wanneer is er sprake van verbetering van arbeidsvoorwaarden van werknemers? Het Hof heeft daarvan geen definitie gegeven. In de praktijk worden arbeidsvoorwaarden afgesproken door compromissen te sluiten en voorwaarden uit te ruilen. Of sprake is van een verbetering van arbeidsvoorwaarden is daarom moeilijk te zeggen. Zo zou de conclusie getrokken kunnen worden dat alles wat door cao-partijen afgesproken wordt, beschouwd dient te worden als een verbetering van arbeidsvoorwaarden. Een andere beoordeling zou de onderhandelingsvrijheid van cao-partners onherroepelijk schenden. Verbetering van arbeidsvoorwaarden kan immers op verschillende niveaus verschillende gevolgen hebben. Dat betekent niet dat er voor de partijen algehele

3 Cursivering schrs. HvJ EU 21 september 1999, nr. C-67/96 (*Albany International BV*); HvJ EU 21 september 1999, nr. C-115/97-117/97 (*Brentjes*); HvJ EU 21 september 1999, nr. C-219/97 (*Drijvende Bokken*); HvJ EU 12 september 2000, nr. C-180/98-184/98 (*Pavlov*) en HvJ EU 21 september 2000, nr. C-222/98 (*Van der Woude*).

4 In haar conclusie bij *Commissie/Duitsland* heeft A-G Trstenjak deze lijn nog eens bevestigd. HvJ EU 15 juli 2010, nr. C-271/08 (*Commissie/Duitsland*).

vrijheid zou bestaan. Men kan zich voorstellen dat er een marginale proportionaliteitstoets wordt gehanteerd.<sup>5</sup> In een conclusie stelde A-G Trstenjak voor om per situatie na te gaan of er sprake is van verbetering van arbeidsvoorwaarden, al zal de beoordelende instantie terughoudend moeten zijn met betrekking tot de inhoud. Alleen wanneer de uit de cao voortvloeiende mededingingsbeperkingen verdergaan dan is vereist voor het nastreven van de doelstelling ervan zou volgens haar betoogd kunnen worden dat met de cao geen echte sociale doelstelling wordt nagestreefd.

### **9.2.2 *Het verbod op misbruik van machtspositie***

Het verbod op misbruik van machtspositie (artikel 102 van de VWEU) is in de Nederlandse Mededingingswet opgenomen in artikel 24. Omdat bepaalde handelingen zowel een overtreding van het kartelverbod als misbruik van machtspositie kunnen opleveren, is van belang vast te stellen of een cao ook immuun is voor wat betreft de toepassing van artikel 102 van het VWEU.

In *Albany* e.a. heeft het Hof geen uitspraak gedaan over mogelijke immuniteit van cao's voor het verbod op misbruik van machtspositie. De cao is niet gevrijwaard van het verbod op misbruik van machtspositie. De vraag rijst of er wellicht ook hier immuniteit zou moeten gelden om via die weg een mogelijke uitholling van de immuniteit voor het kartelverbod te voorkomen.<sup>6</sup> A-G Trstenjak verwijst in *Commissie/Duitsland* naar *Albany*, *Brentjes* en *Drijvende Bokken*, met de mededeling dat het aanbeveling had verdiend als in deze arresten dieper was ingegaan op de betrokken bepalingen van de cao om de verdenking uit de weg te ruimen dat de cao-partners misbruik hebben gemaakt van de hun toegekende speelruimte op mededingingsrechtelijk gebied.<sup>7</sup>

Van misbruik van machtspositie is sprake als een gedraging op grond van een machtspositie van een of meerdere ondernemingen op een bepaalde markt als misbruik valt aan te merken. Het moet daarbij gaan om de goederen- en/of dienstenmarkt (dus niet de arbeidsmarkt). Werkgevers en vakbonden kunnen apart of gezamenlijk een

<sup>5</sup> Zie Wirtz, hoofdstuk 5.

<sup>6</sup> Zie Wirtz, hoofdstuk 5.

<sup>7</sup> Zie conclusie A-G Trstenjak, r.o. 52 e.v. met verwijzing naar *Albany*, *Brentjes* (nr. C-117/97) en *Drijvende Bokken* (nr. C-219/97).

machtspositie hebben op een specifieke markt.<sup>8</sup> Dan zal het gaan om uitbuiting of uitsluiting van andere partijen. Denk aan het opleggen van onbillijke prijzen of het afsluiten van de markt, of een combinatie hiervan. Het uitsluiten van ondernemingen en andere bonden van onderhandelingen kan mededingingsrechtelijk gezien overigens niet aangemerkt worden als uitsluitend gedrag omdat het dan niet gaat om het weren van een concurrent van de goederen- en dienstenmarkt. Een dergelijke situatie kan hooguit een aanwijzing zijn dat er een uitsluitende of uitbuitende afspraak gemaakt wordt.

Het algemeen verbindend verklaren van een cao kan een essentiële voorwaarde zijn om te concluderen dat er sprake is van misbruik van machtspositie omdat dan de markt ‘afgesloten’ zou kunnen worden.

Dit kan worden gedemonstreerd aan de hand van gedrag van Deutsche Post bij het opengaan van de Duitse postmarkt in 2008 toen door de (ex-)monopolisten maatregelen genomen werden om hun positie op de markt te handhaven. De Deutsche Post (DP) heeft een werkgeversorganisatie opgericht (AGV Postdienste) en met de vakbond voor postpersoneel (behorend tot de vakorganisatie Ver.di) een cao afgesloten. Toegang tot de werkgeversvereniging AGV Postdienste of tot de onderhandelingen was niet mogelijk voor andere werkgevers. De cao is vervolgens door de Duitse regering algemeen verbindend verklaard waardoor de lonen op de markt zo hoog werden dat toetreding op de markt voor nieuwkomers onmogelijk werd gemaakt. De cao gold overigens niet voor DP zelf omdat DP een eigen cao heeft, waarin de lonen nog hoger lagen dan in de cao afgesloten met Ver.di. Dat DP zelf niet aan de hoge loonkosten ten onder ging (de eerdergenoemde correctie van de markt) kwam omdat DP als oud-monopolist over aanzienlijke schaalvoordelen beschikte die de nieuwkomers niet konden verkrijgen.

Een dergelijke situatie is bepaald niet ondenkbaar, ook niet in ons land. Of er sprake zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie op grond van artikel 102 van het VWEU moet worden beslist aan de hand van drie criteria: is er sprake van 1) een onderneming met 2) een machtspositie op een bepaalde markt die daarvan 3) misbruik maakt.

8 Hierbij gaan wij voorbij aan de discussie of vakbonden aangemerkt kunnen worden als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Zie hiervoor Wirtz, par. 4.3.3.

Ook een vakbond zou kunnen worden aangemerkt als een onderneming als hij economische activiteiten ontplooit. Als een cao wordt afgesloten om de verbetering van arbeidsvoorwaarden van werknemers wordt, dat niet gezien als een economische activiteit. Bijzonder detail in voornoemde situatie is echter dat het ging om een cao die afgesloten werd met als doel deze te laten gelden voor andere werknemers dan de leden van de vakbond die de cao afsloot. Door een algemeenverbindendverklaring gaat de cao gelden voor – nota bene – de werknemers van werkgevers die de markt niet kunnen betreden. Als een vakbond vervolgens in een bepaald soort markt en onder bepaalde omstandigheden, waarbij de lonen een direct verband hebben met de kosten, het toetreders via een cao onmogelijk maakt om onder die cao te kunnen duiken zou er sprake kunnen zijn van een machtspositie.<sup>9</sup>

Zou het afsluiten van een dergelijke cao dan *an sich* aangemerkt kunnen worden als misbruik? En maakt het verschil of er sprake is van een algemeen verbindend verklaarde cao, waarin de lidstaat zelf een rol speelt? Kan het algemeen verbindend verklaren van een mededingingsbeperkende cao ertoe leiden dat een lidstaat handelt in strijd met de gemeenschapstrouw, en zo ja wat betekent dat?<sup>10</sup> Deze vragen spelen ook in Nederland. De zaak in de Nederlandse postsector is hiervan een voorbeeld.<sup>11</sup>

9 J. Haucap, U. Pauly en C. Wey, 'Collective Wage Setting When Wages are Generally Binding. An Antitrust Perspective', *International Review of Law and Economics* 2001, p. 287-307.

10 Volgens Mortelmans is dat alleen zo als er sprake is van een formele band tussen een wettelijke maatregel en de mededingingsbeperkende gedraging. Dat wil zeggen dat de beperkende overeenkomst bijvoorbeeld al moet bestaan voordat er sprake is van een versterking van de overeenkomst. Als de beperking pas mogelijk gemaakt wordt door de algemeenverbindendverklaring, is er geen sprake van schending van de gemeenschapstrouw. Zie OHRA, Meng en Sodemare K.J.M. Mortelmans, 'Vloeken in de kerk: de nieuwe economische Mededingingswet, toepasbaar op overeenkomsten op de arbeidsmarkt', *SR* 1998, p. 248-259. Anders: Von Wallwitz die zich baseert op *BNIC/Clair* en *BNIC/Aubert* en Van den Gronden en Loozen die menen dat er sprake is van uitoefening van regelgevende bevoegdheden op sociaal gebied dat aan de lidstaten zelf is.

11 NB Dat er geen sprake is van misbruik van positie met behulp van een cao wil niet zeggen dat de handelswijze van de Nederlandse regering met betrekking tot de Postwet 2009 en de AMvB niet in strijd is met het mededingingsrecht; zie ook Rb. Den Haag (vzr.) 31 december 2009, *JAR* 2010, 33. Deze zaak is inmiddels in een nieuwe cao geregeld waarin is vastgelegd dat tegen eind 2013 80% van de werknemers van deze nieuwe postbedrijven (o.a. Sandd) op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam moeten zijn onder de voorwaarden door de cao gesteld.



### 9.2.3 ‘Zweedse en Finse toestanden’: Positie vakbond?

De *Viking*- en de *Laval*-zaken hebben een ander aspect naar boven gebracht. Naar aanleiding van de arresten in die zaken kan men zich afvragen of er sprake is van misbruik als een vakbond (buitenlandse) nieuwkomers/concurrenten op de markt door middel van acties dwingt een dergelijke cao te volgen dan wel te sluiten waarbij bepaalde arbeidsvoorwaarden worden gehanteerd en bepaalde kosten worden hooggehouden?<sup>12</sup> Dat was in zowel de Zweedse *Laval*-zaak als de Finse *Viking*-zaak het geval. Een algemeenverbindendverklaring van de cao is dan niet eens noodzakelijk. Zo hoeft de cao zelf niet een mededingingsbeperkend instrument te zijn, maar zijn de acties van de bonden misschien wel aan te merken als misbruik van machtspositie als bijvoorbeeld de nieuwkomer de markt niet kan betreden zonder met te hoge arbeidskosten geconfronteerd te worden. Of kunnen die (buitenlandse) concurrenten met een beroep op vrij verkeer van diensten weigeren deel te nemen aan de cao en de collectieve acties verboden krijgen? Vaststaat dat vakbonden in ieder geval geen rechtstreeks beroep kunnen doen op de immuniteit van *Albany*. Het Hof stelde in de *Viking*-zaak dat immuniteit voor het mededingingsrecht, het kartelverbod, niet betekent dat er ook immuniteit voor de vier vrijheden bestaat. Het Hof liet zich in de *Albany*-zaak echter niet uit over een mogelijke immuniteit voor misbruik van machtspositie. Het zou logisch en consistent zijn dat nu er immuniteit van de cao bestaat voor het kartelverbod, zo'n uitzondering ook zou worden gemaakt voor het verbod op misbruik van machtspositie. Doet men dat niet dan kan de eerstgenoemde immuniteit immers uitgehold worden.

De geschetste Duitse situatie roept bij ons de vraag op of een vakbond aan grenzen gebonden is c.q. hoort te zijn waar het de vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft. Heeft een vakbond een ongelimiteerde vrijheid van handelen ook als bijvoorbeeld het vertegenwoordigen van de belangen van de leden bijzaak is? Of zou er voor een cao een (marginale) proportionaliteitstoets horen te gelden die inhoudt dat afspraken geschikt en noodzakelijk behoren te zijn om de belangen van werknemers te behartigen?

12 HvJ EU 11 december 2007, nr. C-438/05 (*Viking*) en HvJ EU 18 december 2007, nr. C-341/05 (*Laval*).

Hoewel buiten het bereik van het mededingingsrecht verdient in dit kader wellicht ook het onderwerp ‘representativiteit’ aandacht. Wordt de sociale doelstelling voldoende en op juiste wijze gediend (het verbeteren van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden) wanneer er geen sprake is van voldoende representativiteit? Welk belang wordt er gediend c.q. welk belang dient te prevaleren? En kijken we dan naar het niveau van de onderneming, de branche, het land of zelfs naar alle werknemers in Europa? Een lastig te beantwoorden vraag, zeker nu ook werknemers onderling tegengestelde belangen kunnen hebben. Waar ziet de onderlinge solidariteitsgedachte op? Als de solidariteit bepaald wordt door het belang van de meerderheid van de werknemers zou (het gebrek aan voldoende) representativiteit kunnen opspelen. Vergelijk in deze context de situatie waarin de Detacheringsrichtlijn van toepassing is. De conclusie lijkt in die situatie gerechtvaardigd dat niet zonder meer kan worden volstaan met toepassing van het in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat het ontbreken van representativiteit de rechtsgeldigheid van een cao onverlet laat.

### 9.3 Verhouding van EU-vrijheden en fundamentele sociale grondrechten

Eén van de hoofddoelstellingen van de Europese Unie is de vorming en instandhouding van een gemeenschappelijke markt. Het hierboven aangehaalde Europese mededingingsrecht is in het leven geroepen om als specifiek instrument te dienen voor het bereiken van de met het oog daarop gestelde doelstelling (artikel 2 van het VWEU): “(...) de Gemeenschap [heeft] onder meer tot taak te bevorderen: ‘(...) een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit’ (...), en (...) een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming (...)”.

Het EU-Verdrag bevat een aantal vrijheden die dat streven mede vormgeven. Zij worden gezien als de pijlers onder de gemeenschappelijke markt. Sociale doelstellingen die in de Europese Unie een steeds grotere plaats hebben gekregen, zeker sinds het Verdrag van Lissabon van 1 december 2009, zijn ervoor verantwoordelijk dat verschillende bepalingen van sociaal recht invloed doen gelden op de EU-vrijheden. Daarnaast bevat artikel 3, derde lid, van het VWEU een verklaring dat de interne markt wordt verwezenlijkt door middel van beleid gebaseerd op een “sociale markteconomie met een groot

concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang”. Dit sociale mandaat komt tot uitdrukking in artikel 31 van het Handvest van de fundamentele rechten van de EU dat thans onderdeel is van het primaire Unierecht. Dat artikel luidt: “Iedere werknemer heeft recht op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden.” Het Handvest is in artikel 6 van het VWEU rechtens bindend verklaard. Door deze algemene verwijzing naar het handvest is het in artikel 28 daarvan geformuleerde recht op collectief onderhandelen, een internationaal fundamenteel sociaal recht, uitdrukkelijk opgenomen in het primaire Unierecht. De kanttekening die daarbij gemaakt moet worden is dat het handvest geen horizontale werking aan grondrechten toekent. Dat neemt niet weg dat het Hof door het Handvest meer ruimte heeft gekregen om rechten te borgen.

Het Hof had in het verleden al een weg gevonden om het gemis van horizontale werking van een richtlijn te omzeilen door een algemeen beginsel dat valt onder het primaire gemeenschapsrecht te verheffen tot een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde zonder tussenkomst van een richtlijn, zoals in het *Mangold*-arrest geschiedde met het non-discriminatiebeginsel. Mangold beriep zich op de ongeldigheid van een bepaling van nationaal recht die in het leven was geroepen ter implementatie van een EU-richtlijn waardoor de bepaling binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht was gebracht.<sup>13</sup>

Door de inwerkingtreding van het Handvest kon het Hof voor zijn beslissing in de latere *Kücükdeveci*-zaak naast een verwijzing naar de *Mangold*-uitspraak ook een rechtstreeks beroep doen op het betreffend artikel 6 van het VWEU om te bepalen dat de diensttijd die een werkneemster voor haar 25<sup>e</sup> had gewerkt, diende mee te tellen voor de berekening van de opzegtermijn.<sup>14</sup>

Kijkend naar de reikwijdte van het Handvest, zoals hierboven kort aangehaald, is te voorzien dat zich ook andere kwesties kunnen aandienen die buiten het terrein van de mensenrechtelijke beginselen liggen, zoals de gelijke behandeling. Een interessante ontwikkeling.

13 HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04 (*Mangold*); zie hierover ook P.C. Vas Nunes, ‘Kücükdeveci: een wake-up call’, *TAP* 2010-4, p. 147-151.

14 HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07 (*Kücükdeveci/Swedex*).

Een vraag die velen in dit kader bezighoudt, is of er een hiërarchie bestaat tussen Europese vrijheden en internationale fundamentele sociale grondrechten (zoals het recht op collectieve actie). Het antwoord op deze vraag is van betekenis voor de toepassing van betreffende vrijheden in relatie tot die grondrechten in situaties waarin zij met elkaar in aanraking komen en waarin beslist moet worden hoe daar mee omgegaan dient te worden, zoals bijvoorbeeld in de *Viking-/Laval*-jurisprudentie naar voren komt.

### 9.3.1 *Hiërarchie?*

Het Hof van Justitie van de EU heeft zich (nog) niet over dit onderwerp uitgelaten. De uitspraken die er tot nu toe geweest zijn, lijken geen hiërarchie op voorhand aan te brengen, maar stellen een evenredigheidsbeginsel centraal. Het Hof heeft geoordeeld dat de Europese vrijheden slechts beperkt mogen worden, indien de beperking een met de Unie verenigbaar legitiem doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het daarmee beoogde doel en mag niet verdergaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.

De Europese rechtspraak tot nu toe laat zien dat het Unierecht zelf de maatstaf levert voor een toetsing van de verhouding tussen fundamentele vrijheden van de EU en fundamentele rechten. Dat kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof.<sup>15</sup> A-G Trstenjak was van mening dat dit ook uit de *Luxemburg*-uitspraak kon worden afgeleid waar het Hof van Justitie van de EU nationale materiële maatregelen inzake verplichtingen voor het verrichten van diensten toetste aan artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn en controle- en toezichtsbepalingen aan het verdrag.<sup>16</sup>

In de zaak *Commissie/Duitsland* stelde A-G Trstenjak dat er geen sprake is van een hiërarchie, maar dat er sprake is van convergentie wat zowel structuur als inhoud betreft.<sup>17</sup> Zij stelde dat voor de juiste afbakening bijzonder belang toekomt aan het evenredigheidsbeginsel of de proportionaliteitstoets. De beperking van een vrijheid (in casu van dienstverlening) dient gerechtvaardigd te worden geacht wanneer

15 Zie o.a. HvJ EU 12 juni 2003, nr. C-112/00 (*Schmidberger*) en HvJ EU 19 juni 2008, nr. C-319/06 (*Commissie/Luxemburg*).

16 A-G Trstenjak in haar conclusie in de zaak *Commissie/Luxemburg*.

17 Zie conclusie A-G *Commissie/Duitsland*, r.o. 186 e.v.

deze beperking plaatsvindt in de uitoefening van een grondrecht van de Unie en ter verwezenlijking van de door dit grondrecht beschermde belangen geschikt, noodzakelijk en evenredig is. Omgekeerd dient ook een beperking van een grondrecht gerechtvaardigd te worden geacht wanneer deze beperking plaatsvindt in de uitoefening van een vrijheid en ter verwezenlijking van de door deze vrijheid beschermde belangen geschikt, noodzakelijk en evenredig is.

### 9.3.2 *Verhouding EU-Verdrag en richtlijnen*

In deze discussie dient los van het bovenstaande ook rekening te worden gehouden met de hiërarchie tussen het EU-Verdrag en richtlijnen. Hoewel het verdrag voorrang heeft boven de richtlijnen, geldt dat er zowel in het VWEU als in de richtlijnen normen zijn neergelegd die de mogelijkheid bieden tot het aanbrengen van beperkingen aan het vrije verkeer van diensten. Zo kent het personen- en dienstenverkeer in het VWEU zelf een aantal geschreven mogelijkheden om uitzonderingen te maken op het vrij verkeer (rechtvaardigingsgronden). Ook de preambule van de Dienstenrichtlijn bevat een niet-limitatieve opsomming van erkende dwingende redenen van algemeen belang (zoals de openbare orde, voorkoming van oneerlijke concurrentie en doelstellingen van sociaal beleid). Deze problematiek komt bijvoorbeeld in de zaken van *Laval*, *Rüffert* en *Luxemburg* aan bod met betrekking tot de reikwijdte van de Detacheringsrichtlijn.

In *Laval* (vrij verkeer van diensten) hadden de Zweedse vakbonden in de bouwsector een blokkade van het bouwterrein van de Letse onderneming Laval in Zweden georganiseerd om af te dwingen dat Laval zich aansloot bij de bouw-cao om een bepaald minimumloon voor de werknemers vast te stellen. Laval weigerde. Daarop zijn alle bouwterreinen van Laval in Zweden geboycot, waarna de Zweedse dochter van Laval failliet ging. Het Hof oordeelde onder toepassing van Richtlijn 96/71/EG inzake het vrij verrichten van diensten dat men met collectieve acties geen andere, hogere, loonniveaus mag afdwingen en dat men een buitenlandse werkgever niet mag dwingen om over dergelijke loonniveaus te onderhandelen.

In *Rüffert* (vrij verkeer van diensten) stond een Duitse deelstaatwet ter discussie die bepaalt dat een overheidsopdracht alleen geplaatst mag worden bij ondernemingen die zich ertoe verbinden hun werknemers voor de uitvoering van het werk minstens het loon te betalen

dat is vastgesteld in de cao die geldt op de plaats waar het werk wordt verricht. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat het opleggen van een hoger loon op deze manier waardoor het vrij verkeer belemmerd wordt, niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op het recht van collectieve onderhandelingen. *Rüffert* is voor Nederland voorts nog interessant omdat daarin een wettelijke doorverwijzing naar een niet algemeen verbindend verklaarde cao werd geblokkeerd. De vraag is of deze beslissing betekenis heeft voor ons nationale systeem van drievierde dwingendrechtelijke bepalingen waarbij bijvoorbeeld arbeidsvoorwaarden gedelegeerd kunnen worden vastgesteld door cao-partijen? Daarvoor is immers geen algemeenverbindendverklaring vereist, alle gewone cao's (bijvoorbeeld ook met buitenlandse vakbonden gesloten) kunnen voldoen. Het gaat dan om de vraag naar de legitimiteit van delegatie van wettelijke bevoegdheden en of dit gelet op *Rüffert* wel of niet is toegestaan. Kan het Nederlandse stelsel van drievierde dwingendrechtelijke bepalingen de toets van de Detacheringsrichtlijn doorstaan of moeten we uit *Rüffert* concluderen dat dit een ongeoorloofde wijze van handelen zou kunnen zijn? Denk in dit kader ook aan de paradoxale situatie die zich zou kunnen voordoen als een buitenlandse werkgever zich niet kan beroepen op de uitzonderingen wetgeving omdat de cao die afwijkt van de wet niet algemeen verbindend is verklaard.

Doordenkend over *Rüffert*, kun je je overigens ook afvragen of een Duitse onderneming aan wie een Duitse overheidsopdracht wordt gegund, zich zou kunnen beroepen op het vrij verkeer van diensten ook als deze Duitse ondernemer op geen enkele wijze participeert aan een vorm van grensoverschrijdend vrij verkeer van diensten?

In de kwestie *Luxemburg* (eveneens een zaak over detachering) werd nationale wetgeving getoetst die onder meer een automatische aanpassing van de reële lonen aan de toename van de kosten voor het levensonderhoud als een bepaling van openbare orde aanmerkte.<sup>18</sup> Daarnaast bepaalde de wetgeving dat ook alle voorschriften die voortvloeien uit algemeen verbindend verklaarde cao's als bepalingen van openbare orde te kwalificeren zijn. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat Luxemburg de Richtlijn 96/71/EG inzake het vrij verrichten van diensten niet correct had geïmplementeerd. Er was geen sprake van onderwerpen van 'openbare orde' en evenmin van een correcte toepassing van de 'openbareorde-exceptie',

18 HvJ EU 19 juni 2008, nr. C-319/06 (*Luxemburg*).

welke exceptie strikt wordt opgevat en waarvan de draagwijdte niet eenzijdig door een lidstaat kan worden bepaald.

Bovengenoemde problematiek kan naar Nederland vertaald worden. Denk bijvoorbeeld aan de inschakeling van buitenlandse werknemers door een in Nederland gevestigde onderneming waarvoor geen algemeen verbindend verklaarde cao geldt, al dan niet via detachering dan wel via vestiging van een onderneming in Nederland. Een vakbond die een collectieve actie wil organiseren om voor alle werknemers gelijk loon af te dwingen, zal zich rekenschap moeten geven van wat het Hof in de zaken *Viking* en *Laval* heeft overwogen, zoals hierboven is besproken.

Of neem als voorbeeld de situatie waarin een Duitse transportonderneming de export van Duitse producten naar Engeland verzorgt via de Rotterdamse haven. Stel er breekt een staking in de haven uit omdat Nederlandse vakbonden een betere cao voor hun leden in de haven willen bewerkstelligen. Als gevolg van de staking blijven de producten in de haven steken. Is dit een gelegitimeerde beperking van het vrij verkeer van diensten? En als dit niet zo is, dan rijst de vraag óf en zo ja, welke impact dit heeft op het Nederlandse systeem van collectieve onderhandelingen waarvan de cao's het resultaat zijn. Op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, met name in de zaak *Viking*, rijst de vraag of hier de proportionaliteits-toets dient te worden aangelegd. Het is afwachten hoe die dan uitvalt. Als de nationale rechter het Hof van Justitie van de EU volgt dan zou dat voor de actievoerende vakbond(en) wel eens weinig positief kunnen uitvallen.<sup>19</sup>

#### 9.4 De status en de reikwijdte van het collectieve actierecht

De hiervoor besproken onderwerpen zijn ook van belang voor de beoordeling van het recht op collectieve actie dat wordt aangewend ter effectuering van het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg. De Europese rechtspraak van de afgelopen jaren laat alom erkenning van dat recht zien, maar de vraag die nog openstaat is of het een

<sup>19</sup> Van een op het spel staan dan wel ernstig in gevaar komen van arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden is er wellicht niet gauw sprake. Zie daarover o.a. A.Ph.C.M. Jaspers in *SR* 2008, 12.

ongelimiteerd recht is, of dat het naar gelang de situatie ook ondergeschikt kan zijn aan andere rechten.

Het Hof erkent in de zaken *Viking* en *Laval* het recht om collectieve actie te voeren als een grondrecht dat integraal deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht waarvan het de eerbiediging verzekert,<sup>20</sup> doch het Hof geeft tegelijkertijd aan dat dit niet wegneemt dat de uitoefening daarvan aan beperkingen kan worden onderworpen wanneer het conflicteert met één van de fundamentele vrijheden van de EU.<sup>21</sup> Het Hof wijst zowel in *Viking* als in *Laval* in dit kader op artikel 28 van het ESH dat aangeeft dat het stakingsrecht beschermd wordt overeenkomstig het gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken (ultimum remedium):

“Een beperking van dit sociale grondrecht mag slechts indien de beperking een met het EG-Verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het daarmee beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.”

In *Viking* (vrijheid van vestiging) wilde de Finse vakbond (FSU) en de internationale vakbond (ITF) in het zeevervoer staken ter bescherming van Finse arbeidsplaatsen in verband met de omvlagging van het schip van Viking, de Rosella. In deze zaak ging het om het afdwingen van cao-onderhandelingen en het toepassen van een gesloten (Finse) cao. De voorgenomen staking werd door het Hof van Justitie van de EU aangemerkt als een beperking van het recht op vrije vestiging. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde onder toepassing van de Dienstenrichtlijn 2004/18/EG dat het voeren van een collectieve actie die de bescherming van werknemers tot doel heeft, een legitiem belang vormt dat een beperking van het recht op vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen. Dit legitieme belang kan echter alleen de inbreuk op het recht van vrije vestiging rechtvaardigen, mits zich de situatie voordoet dat arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel staan of ernstig in gevaar zijn. De beperking moet geschikt zijn en niet verder gaan dan noodzakelijk. Volgens het Hof werd aan deze eis niet voldaan omdat de acties

20 HvJ EU 18 december 2007, nr. C-341/05, r.o. 91 (*Laval*).

21 Zie HvJ EU 11 december 2007, nr. C-438/05, r.o. 75 (*Viking*).



verdergingen dan nodig was om de legitieme doelstelling te behalen. Aan de orde komt een situatie waarin het recht op collectief onderhandelen en het sluiten van cao's en het afdwingen van cao's zou kunnen worden beperkt op grond van het vrijvestigingsrecht.

Noch uit *Viking* noch uit *Laval* blijkt dat er vanuit het Hof van Justitie van de EU op voorhand beperkingen worden gesteld aan de toelaatbaarheid van bepaalde actievormen. Dat mag niet verbazen omdat het Hof van Justitie van de EU gelet op artikel 153 van het VWEU ook geen ruimte heeft om gedetailleerde regels op te leggen met betrekking tot de voorwaarden waaronder een collectieve actie mag plaatsvinden.

In *Viking* heeft het HvJ EU ten aanzien van het recht op een collectieve actie geoordeeld dat het niet zodanig fundamenteel is dat het niet getoetst zou hoeven te worden aan artikel 49 van het VWEU (artikel 43 van het EG). Het Hof van Justitie van de EU geeft aan dat het recht om een collectieve actie te voeren die de bescherming van werknemers tot doel heeft, een legitiem belang vormt dat in beginsel een beperking van het recht op vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen. Het Hof is vervolgens nogal streng met betrekking tot wat als rechtvaardiging van de inperking van vrije vestiging kan gelden. Het moet volgens het Hof gaan om een situatie dat arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel staan of ernstig in gevaar zijn. Verder dient de collectieve actie geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en dient deze niet verder te gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het is aan de nationale rechter om een en ander te beoordelen.

Volgens Van Peijpe zal *Viking* het Nederlandse collectieve actierecht niet inperken.<sup>22</sup> Dat is, gelet op de door het Hof van Justitie van de EU gekozen formulering, naar onze mening echter de vraag. Volgens het Nederlandse stakingsrecht is het in principe niet aan de rechter om het uitoefenen van het recht op collectieve actie inhoudelijk te toetsen. Tot op heden gaat de nationale rechter hier voorzichtige mee om. Het feit dat er sprake is van een collectieve actie die betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden is voldoende. Als eerst moet worden afgewogen óf er 'arbeidsvoorwaarden of arbeidsplaatsen op het spel

22 Zie T. van Peijpe, 'De arresten Laval en Viking en hun gevolgen', *SMA* 2008-4. A. Jaspers is minder gerust, zie zijn bijdrage in *SR* 2008, 12. Positiever zijn E.J.A. Franssen en C. van Lent, 'De Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden', *ArA* 2008-2, p. 61.

staan' of 'ernstig in gevaar' zijn, betekent dit dan dat eerst een inhoudelijke weging zou moeten worden gemaakt? Althans dat het stakingsrecht moet worden afgewogen tegen het recht op vrije vestiging? Helemaal helder is dit niet.

Het Hof van Justitie van de EU heeft in *Laval* vergelijkbaar aan *Viking* geoordeeld ten aanzien van artikel 56 van het VWEU (voorheen artikel 49 van het EG).<sup>23</sup> Een collectieve actie valt onder het doel van bescherming van werknemers, maar in *Laval* werd een dergelijke doelstelling niet als gerechtvaardigd gezien omdat het collectieve acties betrof die loononderhandelingen beoogden af te dwingen van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming in een nationale context die gekenmerkt wordt door het ontbreken van bepalingen, van welke aard ook, die voldoende nauwkeurig en toegankelijk zijn, zodat het voor een onderneming in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk is te weten welke verplichtingen zij moet nakomen op het gebied van het minimumloon.<sup>24</sup>

Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat: "(...) artikel 49 EG en richtlijn 96/71/EG (...) zich ertegen verzetten dat in een lidstaat waar de arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden met betrekking tot de in artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub a tot en met g, van deze richtlijn bedoelde aangelegenheid, met uitzondering van het minimumloon, zijn geregeld in wettelijke bepalingen, een vakbondsorganisatie via een collectieve actie in de vorm van een blokkade van bouwterreinen (...) kan trachten een in een andere lidstaat gevestigde dienst verrichter ertoe te dwingen met haar te onderhandelen over de aan de ter beschikking gestelde werknemers te betalen lonen en zich aan te sluiten bij een collectieve arbeidsovereenkomst waarvan de bedingen van voornoemde aangelegenheden gunstiger voorwaarden behelzen dan die welke voortvloeien uit de relevante wettelijke bepalingen, terwijl andere bedingen betrekking hebben op aangelegenheden die niet in artikel 3 van deze richtlijn worden genoemd."<sup>25</sup>

Uit *Laval* zou kunnen worden afgeleid dat op het moment dat met collectieve acties een hogere bescherming wordt nagestreefd dan de bescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, deze acties in strijd zullen zijn met de door die richtlijn te beschermen Europese vrijheid van het verrichten van diensten. Het Hof van Justitie van de EU

23 Zie *Laval*, r.o. 48-52.

24 Zie *Laval*, r.o. 107, 108 en 110.

25 Zie *Laval*, r.o. 111.

oordeelde dat de bonden de exceptie van openbare orde niet konden toepassen ter rechtvaardiging van collectieve acties; slechts de lidstaten kunnen zich op de exceptie beroepen. Het Hof van Justitie van de EU verwijst in *Luxemburg* naar de definitie van openbare orde in het arrest *Arblade* (1996):

“(...) nationale bepalingen aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking.(...)”

De vraag die in deze context opkomt, is wanneer de exceptie van openbare orde kan worden ingeroepen?<sup>26</sup> Zou een lidstaat zich op de openbare orde kunnen beroepen om een cao algemeen verbindend te verklaren?<sup>27</sup> Denk hier aan het eerder gegeven voorbeeld met betrekking tot de postmarkt.

In de zaak *Commissie/Luxemburg* is geoordeeld dat “(...) de exceptie van openbare orde in gemeenschapsrechtelijke context en in het bijzonder als rechtvaardiging van een afwijking van de fundamentele vrijheid van dienstverrichting strikt dient te worden opgevat, zodat de draagwijdte ervan niet zonder controle van de instellingen van de Europese Gemeenschap door de onderscheiden lidstaten eenzijdig kan worden bepaald (...)”. De Hof van Justitie van de EU geeft voorts aan dat “(...) bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken en die gelet op hun aard en doel voldoen aan de dwingende eisen van algemeen belang” tot de bepalingen van de openbare orde moeten worden gerekend (...).<sup>28</sup>

Het Hof van Justitie van de EU verstaat onder het begrip ‘openbare orde’ tevens ‘dwingende redenen van openbaar belang’. De lidstaat die hier een beroep op doet dient samen met de rechtvaardigingsgronden voor een afwijking van het beginsel van het vrij verrichten van diensten, te bewijzen dat de door die staat genomen beperkende

26 HvJ EU, nr. C-369/96 en C-376/96, r.o. 30 (*Arblade*).

27 Volgens F. Dorssemont wel, zie ‘De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (van het werkland) en de gedetacheerde werknemer na Rüffert en Commissie versus Luxemburg’, *ArA* 2008-3, p. 83.

28 Zie *Luxemburg*, r.o. 32 en conclusie A-G, par. 43-45.

maatregel geschikt en evenredig is en dat deze nauwkeurige gegevens bevat die zijn argumenten kunnen onderbouwen.<sup>29</sup>

Een van de door het Hof van Justitie van de EU erkende dwingende redenen van openbaar belang is de bescherming van de werknemers. Hoe beperkt of ruim deze dwingende reden van openbaar belang moet worden opgevat, valt (nog) niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU te destilleren. Volgens de Commissie kan hieronder in de communautaire context alleen regelgeving worden begrepen die qua vormgeving en doel zodanig met het algemene (lands)belang verbonden is dat afwijking ervan tegen de rechtsnormen van de lidstaat ingaat. Regelingen van openbare orde worden beschouwd als de meest vergaande vorm van dwingend recht. Voor het arbeidsrecht gaat het dan om zaken als het niet-discriminatie principe, de vrijheid van vereniging en collectief onderhandelen. Het moet daarbij gaan om internationaal erkende fundamentele rechten.

In de *Laval*-zaak betoogden de vakbonden dat de betrokken beperkingen (in casu een blokkade) gerechtvaardigd waren, omdat zij noodzakelijk zijn ter waarborging van de bescherming van een in het gemeenschapsrecht erkend grondrecht en omdat zij de bescherming van werknemers tot doel hebben, hetgeen een dwingende reden van algemeen belang is. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde ter zake dat: “(...) dienaangaande moet worden opgemerkt dat het recht om collectieve actie te voeren met het oog op de bescherming van werknemers in de staat van ontvangst tegen eventuele praktijken van sociale dumping, een dwingende reden van openbaar belang in de zin van de rechtspraak van het Hof kan vormen, welke in beginsel een beperking van een van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen.(...)”<sup>30</sup>

Kan daaruit worden opgemaakt dat het recht op een collectieve actie niet per definitie voorgaat, ook niet als voldaan is aan de daaraan gestelde nationale criteria voor rechtmatigheid? Als dat het geval is, hoe liggen op dit terrein dan de verhoudingen en wat mag er wel of niet?

Met andere woorden, past het Hof van Justitie van de EU in de zaken *Viking* en *Laval* een zelfstandige proportionaliteitstoets toe, los van

<sup>29</sup> Zie *Luxemburg*, r.o. 50 en 51.

<sup>30</sup> Zie *Laval*, r.o. 103.

de toets die de nationale rechter toepast, die maakt dat zelfs als er volgens Nederlands recht sprake is van een rechtmatige staking, dat nog niet betekent dat ook aan de eisen van het Europese recht is voldaan? Het Hof van Justitie van de EU oordeelt dat eerst afgewogen moet worden of er “arbeidsvoorwaarden of arbeidsplaatsen op het spel staan of ernstig in gevaar zijn”. Dient deze inhoudelijke afweging te worden gezien als een extra te nemen hobbel waar de Nederlandse rechter voortaan rekening mee zal moeten houden?<sup>31</sup> Als dat het geval zou zijn, zijn de ontwikkelingen in het Europees recht niet zonder gevolgen voor ons systeem van collectieve onderhandelingen, waarvan het recht op collectieve acties een elementair onderdeel is.

## 9.5 Conclusies

Het bovenstaande maakt duidelijk dat ons cao-stelsel en het arbeidsvoorwaardenoverleg geen statisch gegeven vormen dat we nog uitsluitend in een nationale context kunnen bezien. Europa is het speelveld geworden en dat speelveld is volop in beweging. Er is een Europese maat die het (internationale) verkeer richting geeft, maar de omvang en de inhoud daarvan is nog niet uitgekristalliseerd.

De vraag is in hoeverre deze maat zal doorwerken in de dagelijkse praktijk van de onderhandelingen over de inhoud van de cao. Naar onze mening vormen het Europese mededingingsrecht en het Europese recht van de fundamentele vrijheden en de ontwikkelingen daarin tot op heden geen directe bedreiging voor het huidige Nederlandse stelsel van collectief onderhandelen. De cao als instrument van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming heeft niet aan waarde of kracht ingeboet. Dat neemt niet weg dat de sociale partners rekening moeten (gaan) houden met de beschreven ontwikkelingen omdat er in toenemende mate Europees recht met hun afspraken gemoed kan zijn.

Een van die ontwikkelingen is dat het Hof in het arrest *Viking* het argument van de vakbonden dat *Albany mutatis mutandi* zou moeten worden toegepast, heeft afgewezen.<sup>32</sup> Hoe ver de toepassing van dat

31 Zie hierover T. van Peijpe, ‘De arresten Laval en Viking en hun gevolgen’, *SMA* 2008-4; A. Jaspers, *SR* 2008, 12; E.J.A. Franssen en C. van Lent, ‘De Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden’, *ArA* 2008-2, p. 61.

32 HvJ EU 11 december 2007, nr. C-438/05, r.o. 51 e.v. (*Viking*) en HvJ EU 18 december 2007, nr. C-341/05 (*Laval*).

arrest precies moet gaan, is nog niet duidelijk. De jurisprudentie lijkt te wijzen in de richting van de toepassing van een proportionaliteits-toets ter zake het kartelverbod. Dit zou een houvast kunnen geven aan sociale partners om hun onderhandelingen uit te voeren zonder belemmerd te worden door het kartelverbod. Er is echter geen ongelimiteerde ruimte om te handelen. Dit geldt temeer nu in het licht van het mededingingsrecht ook het verbod op misbruik van machtspositie om de hoek kan komen kijken.

Vooropstaat dat sociale partners worden geacht de sociale doelstellingen van het EU-Verdrag na te streven met cao's die de verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers behelzen en niet bijvoorbeeld het uitsluiten van (buitenlandse) concurrenten. Dit impliceert dat er ook een (voldoende) achterban dient te zijn die vertegenwoordigd wordt en in dat kader kan naar onze mening ook de representativiteit van de sociale partners in beeld komen. In hoeverre de sociale partners in Nederland wellicht ook hierdoor geraakt kunnen gaan worden in hun arbeidsvoorwaarden-overleg en hun collectieve acties, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Inmiddels is in ieder geval wel duidelijk dat sociale partners zich dienen te realiseren dat hoewel het collectieve actierecht alom erkenning geniet, dat geen ongelimiteerd uit te oefenen recht is. Naar gelang de specifieke situatie kan uitoefening van dat recht strijd opleveren met Europese vrijheden. Een beperking van een Europese vrijheid wordt door het Hof van Justitie van de EU slechts gehonoreerd als daarmee een gelegitimeerd doel wordt nagestreefd en als de beperking geschikt is ter bereiking van dat doel. Een beperking mag niet verdergaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.

Maar niet alleen sociale partners lopen tegen grenzen en beperkingen aan, ook lidstaten. Een lidstaat kan handelen in strijd met gemeenschapstrouw. Een lidstaat kan ook niet zomaar alle bepalingen uit algemeen verbindend verklaarde cao's van toepassing verklaren op buitenlandse werkgevers met een beroep op de 'openbare orde'. Daarmee worden fundamentele vrijheden opzij gezet terwijl niet aan voornoemd toetsingskader is voldaan. Dat betekent dat ook een wettelijke delegatie van bevoegdheden naar een cao aan Europese regels onderhevig is, waarmee het Nederlandse stelsel van driekwart dwingendrechtelijke bepalingen ineens in een ander daglicht zou kunnen komen te staan.

Kortom, het is geen uitgemaakte zaak hoe vrij of onvrij de lidstaten zijn in het vormgeven van het juridische kader voor het arbeidsvoorwaardenoverleg en hoe vrij of onvrij de sociale partners precies zijn in hun collectieve onderhandelingen ter verbetering van de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden van de werknemer en wanneer en hoe zij op gelegitimeerde wijze gebruik kunnen maken van het recht op collectieve acties.





## 10 Doorwerking van transnationale collectieve overeenkomsten in het Nederlandse cao-recht

*I. Schraffordt, J.J.M. Lamers, J.H. Even en D.F. Berkhout*

### 10.1 Inleiding

De globalisering van ondernemingen gepaard gaand met een internationalisering van werknemersvertegenwoordiging heeft geleid tot het ontstaan van zogenaamde transnationale collectieve overeenkomsten. In deze bijdrage wordt onderzocht of een op ondernemingsniveau gesloten transnationale collectieve overeenkomst (TCO) kan doorwerken via het Nederlandse cao-recht en zo ja, onder welke voorwaarden. Zo nee, kan de TCO dan via een andere route doorwerken in het Nederlandse recht en de arbeidsverhoudingen? Aan de hand van het onderwerp doorwerking vragen wij ons af wat de TCO betekent voor de toekomst van het Nederlandse cao-recht. Gelet op deze probleemstelling en het beschikbare aantal pagina's, kunnen we deze vragen alleen op hoofdlijnen beantwoorden.

Het is goed om eerst te bepalen wat een TCO is. Voor het doel van deze bijdrage is het voldoende om te stellen dat het een document betreft (i) waarin afspraken worden gemaakt over onderwerpen die verband houden met de factor arbeid, dat (ii) wordt vastgesteld door werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers (iii) in een internationale context. Het is daarbij verhelderend om drie categorieën van TCO's te duiden. Dit met de kanttekening dat de scheidslijnen in de praktijk niet altijd even duidelijk zijn:

1. de Internationale Raamwerkovereenkomst ('IRO'), afgesloten tussen multinationals en internationale vakorganisaties;
2. de Europese Raamwerkovereenkomst ('ERO'), afgesloten tussen multinationals en op zijn minst ondertekend door de EOR en soms mede ondertekend door een of meer nationale vakorganisaties

- en/of een of meer nationale ondernemingsraden (meestal is tevens een Europese of internationale vakorganisatie een partij);
3. de TCO gesloten naar het recht van een bepaald land (een nationale cao), maar met een werking die de reikwijdte van dat land overschrijdt.

Deze bijdrage beperkt zich tot het analyseren van de eerste twee soorten TCO's: de nationale cao met grensoverschrijdende werking valt buiten het bestek van deze bijdrage. De reden hiervoor is dat een bespreking van deze cao-vorm telkens een analyse vereist van het toepasselijke recht waaronder de TCO is overeengekomen. Wij richten ons op de Nederlandse cao-wetgeving en abstraheren van de wetgeving van andere landen. Deze keuze strookt met het doel van de Cao werkgroep. Ook buiten deze bijdrage vallen de overeenkomsten gesloten in het kader van de geïnstitutionaliseerde Europese Sociale Dialoog (onder de huidige artikelen 152 e.v. van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Hiervoor geldt namelijk een bijzonder juridisch kader. De sociale dialoog is reeds onderwerp geweest van uitgebreide analyse.<sup>1</sup>

In 10.2 beschrijven wij de oorsprong en aard van de IRO en de ERO. In 10.3 toetsen we vervolgens of de TCO voldoet aan de voorwaarden van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) en in welke mate de TCO een direct of een indirect bindend effect kan hebben buiten de Wet CAO. Vervolgens richten we de aandacht in 10.4 op de uitdagingen die de TCO opwerpt ten aanzien van de legitimiteit en representativiteit, de samenloop met nationale cao's en de internationaal privaatrechtelijke problematiek. In 10.5 concluderen wij dat de TCO een aanvulling kan bieden op het Nederlandse cao-recht met de aantekening dat er voorlopig nog significante bezwaren en praktische problemen aan verbonden zijn.

<sup>1</sup> Zie E.J.A. Franssen, *Legal aspects of the European social dialogue* (diss.), Intersentia Uitgevers 2002.

## 10.2 De IRO en ERO

### 10.2.1 *De voorontwikkeling van de TCO: internationale gedragsnormen voor multinationals*

De TCO is te beschouwen als een product van de economische globalisering. Het is een instrument dat is geïnspireerd door de toenemende zorg voor sociale rechten en het besef dat in een mondiale wereld ook mondiale afspraken nodig zijn. De in de jaren zeventig door de werkgevers eenzijdig opgestelde gedragscodes (*codes of conduct*), die gericht waren op het vaststellen van gedragsnormen binnen de internationale onderneming, kunnen gezien worden als voorlopers van de TCO. In 1976 adopteerde de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) de OESO-Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen (OESO-Richtlijnen).<sup>2</sup> Dit zijn niet-bindende aanbevelingen van 42 regeringen aan het internationale bedrijfsleven.<sup>3</sup> Deze internationale *corporate governance code* bevat onder meer specifieke aanbevelingen over werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen (hoofdstuk V van de OESO-Richtlijnen). Multinationals behoren volgens de OESO-Richtlijnen het sociaal beleid en de arbeidsverhoudingen te respecteren in de verschillende gastlanden. Verder dienen multinationals concrete en relevante informatie te verstrekken aan (alle) werknemers en hen tijdig te informeren en te raadplegen bij belangrijke veranderingen. Ook dienen zij de werknemers de vrijheid te geven zich te organiseren en het recht zich te laten vertegenwoordigen door vakbonden. Aansluitend hebben de werknemers een recht op collectieve onderhandelingen en het recht van toegang tot het werkelijke besluitvormingsniveau in het concern.

2 Multinationale ondernemingen worden vaak afgekort als multinationals. De definitie volgens de OESO: "These usually comprise companies or other entities whose ownership is private, state or mixed, established in different countries and so linked that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the activities of others, (...)." "Het wezenlijke aspect zit in de woorden 'to exercise a significant influence' dat verwijst naar centrale controle en gecentraliseerde besluitvorming bij een multinationale onderneming," aldus R. Blanpain: *The OECD Guidelines for Multinationals*, Deventer: Kluwer 1979, p. 55-59. Op 25 mei 2011 zijn verscherpte OESO-Richtlijnen vastgesteld: *OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011)*. Zie [www.oecd.org](http://www.oecd.org) en [www.oesorichtlijnen.nl](http://www.oesorichtlijnen.nl).

3 De OESO-Richtlijnen zijn in 1976 opgesteld en worden nu onderschreven door 42 landen. De Europese Commissie participeert in alle OESO-organen.

De aanbeveling van de OESO dat een multinational lokaal sociaal beleid en arbeidsverhoudingen respecteert, werd in 1977 overgenomen door de Internationale Arbeidsorganisatie (hierna afgekort als ILO, naar haar internationale naam) bij haar aanbeveling over de *Beginselen en Sociaal Beleid voor multinationale ondernemingen*.<sup>4</sup> De ILO adopteerde in 1998 vijf fundamentele arbeidsnormen.<sup>5</sup> Een jaar later stelde de ILO de *Decent Work Agenda* vast waarin de fundamentele arbeidsnormen werden geïntegreerd in de strategische doelen. Uit het commentaar bij de OESO-Richtlijnen blijkt dat de bepalingen over werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen kunnen worden gelezen en begrepen in het licht van de ILO-aanbevelingen en -conventies.<sup>6</sup>

In overeenstemming met het uitgangspunt van zelfregulering van de OESO-Richtlijnen stelden (en stellen) multinationals uit OESO-landen zoals Nederland in toenemende mate gedragscodes op. Deze gedragscodes zijn eenzijdig door de werkgever opgestelde regels. De OESO-Richtlijnen en -aanbevelingen bevatten geen juridisch mechanisme om de naleving van dergelijke gedragscodes af te dwingen.<sup>7</sup>

### 10.2.2 De IRO

Het eenzijdige en nauwelijks gecontroleerd karakter van de gedragscodes werd door de (internationale) vakbondsfederaties gezien als een tekortkoming.<sup>8</sup> Dat werd een belangrijke reden voor de

4 *Cross Border Rapport*, p. 51, zie geraadpleegde literatuur.

5 Dat zijn recht op vakbondsvrijheid, recht op collectief onderhandelen, verbod van discriminatie, kinderarbeid en gedwongen arbeid. Deze vijf arbeidsnormen dienen door alle ILO-leden te worden erkend en gerespecteerd.

6 *OECD-Guidelines for Multinational Enterprises (2011)*, p. 35-38.

7 Sinds 2000 zijn de OESO-landen verplicht om een Nationaal Contact Punt voor Multinationale Ondernemingen (NCP) in te stellen. Het NCP onderzoekt klachten over schending en kan daarover (niet-bindende) verklaringen opstellen. Het Nederlandse contactpunt is: [www.oesorichtlijnen.nl](http://www.oesorichtlijnen.nl). Zie voorts de toetsing van de OESO-Richtlijnen in de *BATCO*-zaak in 10.3.2. onder 'indirect effect', onder 1.

8 *Cross Border Rapport*, preface: "(...) Indeed, the private initiatives (corporate codes of conduct) often lack the kinds of monitoring mechanisms needed to ensure that social provisions are implemented in practice. Moreover, these codes are primarily a management tool, and are not negotiated with workers." We gebruiken de term 'overeengekomen' zonder er een juridische kwalificatie aan te willen geven.

vakbondsfederaties om zich in te zetten voor het afsluiten van IRO's met multinationals. Zij wilden zodoende de eenzijdige gedragscodes terughalen van de *corporate social responsibility* tafel en inbrengen in een nieuw in te stellen sociale dialoog. In die dialoog wilden de vakbonden als wederpartij erkend worden en fundamentele arbeidsnormen, vooral die over vakbondsrechten, afstemmen met de top van multinationals. Bovendien wilden ze waarborgen verkrijgen over werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen in het concern.<sup>9</sup> De vakbondsfederaties zijn redelijk geslaagd in het afsluiten van TCO's met multinationale ondernemingen. In december 2007 bestonden er 62 IRO's die samen betrekking hadden op 5,3 miljoen werknemers.<sup>10</sup> Anno 2010 zijn er 70 IRO's door de Global Union Federations afgesloten.<sup>11</sup>

Werkgevers kunnen er belang bij hebben niet louter eenzijdige *codes of conduct* op te stellen. Door juist IRO's (of, wat dat betreft, ERO's overigens) af te sluiten weet de werkgever zich verzekerd van de steun van werknemersvertegenwoordigers. Op zijn minst weet de multinationale onderneming daarmee tegenwerking te voorkomen of bijzondere directe of indirecte effecten te verkrijgen. In 10.3.2 wordt hierop verder ingegaan.

#### *Partijen die de IRO afsluiten*

Zoals omschreven in de inleiding gaat het hier over IRO's die zijn overeengekomen tussen multinationale ondernemingen en internationale vakbondsfederaties. De IRO wordt afgesloten voor een specifieke multinationale onderneming inclusief een groot deel van of voor zijn hele keten, en betreft, ondanks dat bedrijfstakgeoriënteerde vakorganisaties betrokken zijn bij de IRO, geen afspraken voor een gehele bedrijfssector. De meest actieve internationale vakbondsfederatie, de International Metalworkers' Federation, is betrokken bij niet minder dan 17 IRO's. Van werkgeverszijde zijn bij de IRO meestal betrokken het centrale management van het hoofdkantoor van de multinational, soms vergezeld door de Group Director Human Resources.

9 Papadakis 2008, preface: "IFA's [lees: IRO's, red.] also aim at promoting compliance with ILO core labour standards."

10 *Cross Border Report*. Het is mogelijk dat men door een andere definiëring tot andere cijfers komt: er is immers geen harde juridische definitie van 'de TCO' of 'de IRO'.

11 Stevis, ILO 2010, p. 2.

Met het afsluiten van een IRO erkent de multinational zijn mede-contractant, de internationale vakorganisatie, als wereldwijde vertegenwoordiger van werknemers. De IRO's zijn thans op te vatten als de enige instrumenten voor wereldwijde onderhandelingen tussen de vakbeweging en het management van multinationals. Het feit dat er geen wetgeving bestaat voor collectief overleg op wereldwijd niveau, bemoeilijkt de binding van lokale of nationale partijen aan concrete afspraken in de TCO. Daarom voorzien sommige IRO's in het afsluiten van aanvullende nationale overeenkomsten, zoals nationale cao's. De eerste Nederlandse IRO is in 2002 afgesloten door Ballast Nedam.<sup>12</sup> Andere Nederlandse IRO's zijn de IRO voor Brunel,<sup>13</sup> VolkerWessels,<sup>14</sup> Euradius,<sup>15</sup> EADS<sup>16</sup> en Royal BAM.<sup>17</sup>

#### *Inhoud van de IRO*

Inhoudelijk bevatten de IRO's vooral afspraken over de toepassing van de ILO-arbeidsnormen en met name over de vrijheid van vakvereniging en recht op collectieve onderhandelingen.<sup>18</sup> Voor de vakbeweging is het doel van de IRO's om voortdurend te blijven werken aan de verbetering van de arbeidsnormen en te voorkomen dat obstakels in sommige landen leiden tot een neerwaartse spiraal. In recente IRO's worden ook vaak afspraken gemaakt over de wijze van implementatie, over toezicht op naleving van de afspraken en over interne geschillenprocedures.

- 12 Afgesloten 18 maart 2002 tussen Ballast Nedam en the International Federation of Building and Wood Workers (IFBWW) met als onderhandelende partij de Nederlandse vakorganisatie FNV Bouw: over fundamentele rechten en *sub-contracting*.
- 13 Afgesloten 12 april 2007 tussen Brunel en the Automotive, Food, Metals, Engineering, Printing and Kindred Industries Union (AMWU) en the International Metalworkers Federation: over fundamentele rechten en arbeidsomstandigheden.
- 14 Afgesloten in 2007 tussen Volkers Wessels Stevin NV en the Building and Woodworkers International (BWI): over fundamentele rechten.
- 15 Afgesloten in 2006 tussen (aan werkgeverszijde) Euradius BV en Euradius International BV en (werknemerszijde) FNV Kiem en UNI.
- 16 Afgesloten in 2005 tussen EADS NV, IMF en de EOR over *Corporate Social Responsibility* en humanresourcesbeleid.
- 17 Afgesloten in 2006 tussen Royal BAM Group NV en Building and Woodworkers International (BWI), en FNV en CNV over fundamentele rechten.
- 18 Zie *Cross Border Report*, preface en p. 5: "The purpose of IFA's is to stimulate global social dialogue between the multinational and the representatives of workers and promoting compliance with the International Labour Organization core labour standards." Zie ook Stevens, p. 8.

### 10.2.3 De ERO

De Europese Commissie concludeerde in juli 2008 dat er wereldwijd 147 TCO's bestaan die samen betrekking hebben op 7,5 miljoen werknemers werkzaam in 89 multinationals. Bij de meerderheid is de focus alleen op Europa gericht, dat betreft 76 Europese Raamwerkovereenkomsten (ERO's).<sup>19</sup> Uit hetzelfde onderzoek komt naar voren dat de meeste multinationals die een TCO afsluiten (84%) hun hoofdkantoor hebben in de Europese Economische Ruimte.<sup>20</sup> Ontwikkeling van TCO's blijkt daarmee vooral een Europees gestuurd proces te zijn.<sup>21</sup> Iets minder dan de helft (62 TCO's ofwel 40%) heeft een *global* focus en is gericht op de omzetting van de fundamentele ILO-arbeidsnormen, de IRO's. Slechts een kleine minderheid (8%) heeft een gemengd karakter van wereldwijde en Europese onderwerpen.<sup>22</sup>

#### *Partijen die de ERO afsluiten*

Naar aanleiding van de EOR-richtlijn werden er in de jaren negentig van de vorige eeuw Europese ondernemingsraden (EOR) opgericht op basis van een overeenkomst tussen het centrale management en een Europese vertegenwoordiging van werknemers.<sup>23</sup> Waar de vakbeweging de belangrijkste partij is bij de IRO's, is de EOR dat bij de ERO. De EOR blijkt bij ERO's die zich voornamelijk op Europa richten bovendien in bijna de helft van de gevallen de enige ondertekenaar aan werknemerszijde.

19 Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 3-4.

20 Van de 89 multinationals die een TCO afsluiten, hebben er 75 hun hoofdkantoor in Europa; Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 4.

21 Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 5.

22 Franse bedrijven (41) scoren het hoogst met in totaal 41 TCO's waarvan er 33 betrekking hebben op Europa. De TCO's (23) van Duitse bedrijven (20) hebben juist merendeels een *global* focus, maar zes van hen hebben betrekking op Europa. Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 3-4.

23 Richtlijn 94/45/EG (*PbEG* 1994, L 254/64), de EOR-richtlijn. Dit is de 'oude' EOR-richtlijn, die in Nederland op 5 februari 1997 in werking is getreden via de Wet op de Europese ondernemingsraden. Op 5 juni 2010 is de oude EOR-richtlijn herzien met de Richtlijn 2009/38/EG van 6 mei 2009 (*PbEU* 2009, L 122) Voor de omzetting heeft de wetgever een voorstel ingediend tot wijziging van de Wet op de Europese ondernemingsraden: *Kamerstukken II*, 32 705.

De meeste ERO's die zijn afgesloten zijn raamwerkovereenkomsten die actie en uitvoering of omzetting vereisen op een lager, nationaal of lokaal niveau.<sup>24</sup> Om bovendien op nationaal niveau zo veel mogelijk bindingskracht te verkrijgen tekenen de Europese en/of nationale vakbonden soms mee. Met de ondertekening van de nationale bonden wordt in bepaalde landen, zoals Frankrijk, voldaan aan de vereisten voor een nationale collectieve overeenkomst.<sup>25</sup> Het centrale management ofwel het hoofdbestuur (van de moedermaatschappij) is veelal de onderhandelende partij aan werkgeverskant. Ook worden corporate HR en/of de landen of businessunitdirecteuren of andere managers soms door het centrale management gemandateerd.

#### *Inhoud van de ERO*

Waar de toepassing van arbeidsnormen en met name vakbondsrechten de belangrijkste karakteristiek is voor de ERO, ligt een kerndoel van de ERO in het anticiperen op herstructurering.<sup>26</sup> Zo gaan 24 ERO's uitsluitend over het anticiperen en managen van veranderingen (competenties, employability enz.). Tien ERO's bieden een kader voor dat partnerschap tussen EOR en management. Andere ERO's zijn specifiek gericht op het ontwikkelen van anticiperende maatregelen en het bevorderen van vaardigheden, training en mobiliteit. Zo biedt de Thalesovereenkomst uit 2009 een Europees raamwerk voor de toekenning van een individueel recht op opleiding, op een persoonlijk ontwikkelingsplan, mobiliteit, gelijke behandeling, ouderschapsverlof en loopbaanbegeleiding voor alle 56.600 werknemers in Europa. Het raamwerk van de Thales-ERO is uitgewerkt in nationale overeenkomsten in alle dertien landen van Europa waar Thales werknemers in dienst heeft. De EOR is actief partner in het employabilityproject, houdt toezicht op de nakoming van afspraken en evalueert de resultaten.<sup>27</sup> In andere ERO's wordt getracht om gemeenschappelijke normen te ontwikkelen voor Europees beleid voor bijvoorbeeld gezondheid en veiligheid, gelijke kansen, gegevens bescherming en financiële participatie van werknemers. Zo hebben Air France KLM (in 2005) en Suez (2007) ERO's

24 Zie onderzoek Carley 2001 op basis van de 22-25 ERO's.

25 Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 9-10.

26 Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 14.

27 J. Lamers, *Collectieve overeenkomst van Thales. Recht op ontwikkeling voor elke werknemer* (OR Informatie 6), Kluwer juni 2010.



afgesloten over de financiële participatie van werknemers. Dit zijn ‘echte’ collectieve overeenkomsten onder Franse wetgeving waarbij de reikwijdte is uitgebreid naar andere Europese landen.<sup>28</sup> De Suezakkoorden bevatten ook nog afspraken over het recht op winstdeling, scholing en loopbaanmanagement, gelijke behandeling en diversiteit.

### 10.3 (In)directe werking van de TCO in Nederland

De TCO blijkt in verschillende vormen te bestaan, verschillende doelen te dienen en wordt door verschillende partijen afgesloten. Deze veelzijdigheid is ook terug te vinden in de manieren waarop een TCO effect kan hebben in de Nederlandse rechtsorde. Wij besteden achtereenvolgens aandacht aan: (10.3.1) de vraag of een TCO een cao kan zijn in de zin van de Wet CAO en (10.3.2) de verschillende manieren waarop de TCO juridisch effect kan hebben in Nederland zonder dat de TCO een cao is.

#### 10.3.1 De TCO en de Wet CAO

Bij een TCO is de eerste, voor de hand liggende, vraag of het document een ‘cao’ kan zijn als in de Wet CAO. Een bevestigend antwoord op deze vraag heeft immers belangrijke juridische consequenties. In het bijzonder gelden dan de dwingend normatieve vervangende werking (artikel 12 van de Wet CAO) en de dwingend normatieve aanvullende werking (artikel 13 van de Wet CAO). Artikel 14 van de Wet CAO verdient ook vermelding: indien de TCO een cao is, dan zal de werkgever die eraan is gebonden gehouden zijn de cao toe te passen op de zogenoemde artikel 14-werknemer.<sup>29</sup> Van een cao als in de Wet CAO is slechts sprake indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. er moet een overeenkomst zijn, aangegaan bij authentieke of onderhandse akte (artikel 1 en 3 van de Wet CAO);
- b. de overeenkomst moet afgesloten zijn tussen een of meer werkgevers (of werkgeversorganisaties met volledige rechtsbevoegdheid) en een of meer werknemersverenigingen met volledige rechtsbevoegdheid;

28 Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2 juli 2008, p. 18.

29 Zie voor algemene informatie over de werking van de Wet CAO: W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004.

- c. de statuten van de verenigingen van werknemers en werkgevers moeten bepalen dat de verenigingen bevoegd zijn om cao's af te sluiten;
- d. artikel 4, eerste lid, van de Wet op de loonvorming vereist aanmelding van de overeenkomst. Dit is een constitutieve voorwaarde: voordien is, aldus de Hoge Raad, geen sprake van een cao;<sup>30</sup>
- e. "de overeenkomst regelt voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden" (artikel 1 van de Wet CAO).

Deze voorwaarden in overweging nemende, maakt dat de TCO in de praktijk meestal géén cao is. Dat volgt reeds uit het gegeven dat de contracterende partijen in de praktijk de TCO niet conform artikel 4, eerste lid, van de Wet op de loonvorming aanmelden.

De vraag is echter of partijen van de TCO een cao kunnen maken indien zij dit wensen. Hier geldt dat de voorwaarden a. en d. geen problemen zullen opleveren, omdat het alleen feitelijke handelingen vereist voor het normaal vastleggen en aanmelden van de TCO. Voorwaarde c. hoeft tevens geen probleem te vormen, aangezien het een kleine moeite zal zijn om in statuten een bevoegdheid tot het sluiten van een cao vast te stellen. Een meer fundamentele discussie is daarentegen mogelijk over voorwaarden b. en e. Niet alle TCO's zullen worden afgesloten door een werknemersvereniging met volledige rechtsbevoegdheid en tevens bevatten niet alle TCO's 'arbeidsvoorwaarden'. Deze twee voorwaarden verdienen daarom nadere bespreking.

#### *De aard van de contractant*

Voorwaarde b. stelt dat alleen bepaalde partijen cao's kunnen afsluiten. Met name de aard van de contractant aan werknemerszijde blijkt beperkt: het moet gaan om een werknemersvereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Deze verwijzing naar een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid houdt in dat sprake moet zijn van een vereniging die is opgericht bij notariële akte (artikel 2:27, derde lid jo. artikel 2:30 van het BW).

Met deze voorwaarde is het voor de EOR onmogelijk geworden om een cao af te sluiten als enige contractant aan werknemerszijde. Dat is een relevante constatering, aangezien in 10.2.3 is gebleken dat

<sup>30</sup> Zie o.a. HR 13 april 2001, *JAR* 2001, 82.

ongeveer de helft van de op Europa gerichte ERO's aan werknemerszijde alleen door een EOR wordt overeengekomen. Zoals daar is opgemerkt kunnen partijen dit probleem oplossen door ook een werknemersvereniging met volledige rechtsbevoegdheid mee te laten tekenen. De vraag is dan echter of dit een *Nederlandse* vereniging met volledige rechtsbevoegdheid dient te zijn. De eis dat *per se* sprake moet zijn van een Nederlandse rechtspersoon is niet expliciet in de tekst van artikel 1 van de Wet CAO te lezen. Bovendien lijkt ons een dergelijke voorwaarde op gespannen voet te staan met de fundamentele rechten van vrij verkeer. Het lijkt mogelijk dat ook een buitenlandse rechtspersoon in staat zou moeten zijn om een cao af te sluiten, zolang deze rechtspersoon een gelijke juridische aard heeft als de Nederlandse vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Voorbeelden uit de rechtspraak, waarin de zojuist beschreven problematiek wordt behandeld, zijn ons nog niet bekend. Wij vermoeden dat dit komt doordat vooralsnog ERO's (en IRO's) niet direct tot cao worden gemaakt door partijen.

In ieder geval komen wij daarmee tot de conclusie dat voorwaarde b. een formeel-dogmatisch probleem is voor ERO's, maar dat dit probleem omzeild kan worden door een andere contractant van werknemerszijde bij de onderhandelingen (althans de ondertekening) te betrekken. Het blijft aldus nog mogelijk om van de TCO een cao te maken.

#### *Arbeidsvoorwaarden*

Is voorwaarde e., de eis dat de TCO arbeidsvoorwaarden bevat, een struikelblok? Deze voorwaarde lijkt op het eerste gezicht in het bijzonder voor bepaalde IRO's een probleem op te leveren. De IRO's willen namelijk nog wel eens geen werkelijke 'arbeidsvoorwaarden' bevatten.<sup>31</sup> Ditzelfde probleem doet zich minder, maar ook wel, bij ERO's voor.

Uiteindelijk is ook deze voorwaarde geen werkelijk probleem, want deze voorwaarde uit de Wet CAO geldt in de praktijk evenmin voor Nederlandse cao's. Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie is de eis dat in een cao sprake moet zijn van arbeidsvoorwaarden in de loop van de jaren behoorlijk afgekalfd.<sup>32</sup> De

31 In verschillende gevallen lijkt een IRO slechts intentieverklaringen te bevatten die hooguit natuurlijke verbintenissen ex art. 6:3 BW zijn.

32 HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936, r.o. 3; HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147; HR 19 maart 1976, *NJ* 1976, 407; Hekkelman, *Ars Aequi* XXXVII 1979, p. 292-304.

Hoge Raad heeft zelfs geaccepteerd dat een overeenkomst zonder enige arbeidsvoorwaarde een cao kan zijn in de zin van de Wet CAO. Deze conclusie heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk vastgesteld, mede vanuit de gedachte dat de cao-praktijk zich nu eenmaal in de loop van de tijd ontwikkelt:

*“Er is onvoldoende grond om te oordelen dat art. 1 eerste lid Wet CAO die ruimte niet laat voor een fonds- en bijdrageregeling die het enige onderwerp van een CAO uitmaakt. Vooropgesteld moet worden dat de redactie van de bepaling klaarblijkelijk is afgestemd op de toenmalige praktijk van het collectieve overleg over arbeidsvoorwaarden. Die praktijk heeft sedertdien een ontwikkeling te zien gegeven in die zin, dat meer dan destijds bij CAO's onderwerpen werden en worden geregeld die met arbeidsvoorwaarden verband houden zonder zelf tot de eigenlijke arbeidsvoorwaarden te behoren, (...).”<sup>33</sup>*

De gedachte hierachter is dat de cao een flexibel instrument is en ook moet zijn. De rechtspraak mag deze flexibiliteit inderdaad creëren, want de wetgever heeft uitdrukkelijk ten tijde van de invoering van de Wet CAO aan sociale partners de ruimte willen geven om het instrument verder te ontwikkelen. In de woorden van de wetgever:

*“De wet mag geen beletsel vormen voor eene verdere ontwikkeling der c.a. De omschrijving passe zich aan bij hetgeen waaraan praktijk behoefte aan heeft.”<sup>34</sup>*

Binnen deze ruime ontwikkeling past de gedachte dat een TCO een cao kan zijn, ook indien in de TCO geen ‘arbeidsvoorwaarden’ in enge zin staan.

Wij concluderen dat het technisch mogelijk lijkt om de TCO tot cao te maken. Dat laat nog wel de meer normatieve vraag open of dat nu wel zou moeten kunnen, omdat er eventueel meer inhoudelijke bezwaren zijn. Deze eventuele bezwaren komen aan de orde in 10.4.

### **10.3.2 Binding aan de TCO buiten de Wet CAO**

Wij constateren dat de TCO ook effect kan hebben in de Nederlandse rechtsorde als het niet als een cao kan worden aangemerkt. In dat

<sup>33</sup> HR 30 januari 1987, NJ 1987, 936, r.o. 3.1.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 4.

verband is het zinnig om een onderscheid te maken tussen: (i) direct effect; (ii) indirect effect en (iii) effecten vanwege de implementatie. Dit onderscheid zal in de praktijk niet keihard zijn: de verschillende vormen van doorwerking lopen in een soort van glijdende schaal in elkaar over.

*(i) Direct effect*

Naast gebruikmaking van de dwingend normatieve (vervangende en aanvullende) werking van de Wet CAO kunnen TCO-partijen op de volgende manieren IRO en ERO direct effect geven in individuele arbeidsverhoudingen.<sup>35</sup> De partijen kunnen bijvoorbeeld:

1. Een derdenbeding opnemen in de TCO (artikel 6:253 van het BW), bijvoorbeeld een beding waarbij aan werknemers wordt verstrekt: (a) een recht op deelname aan een bonussysteem, (b) een recht op een bepaald aantal uren pauze of vakantie of (c) het recht om tijdens werktijd tevens persoonlijke e-mails te sturen. Individuele Nederlandse werknemers kunnen het beding aanvaarden en er vervolgens een beroep op doen. Een toezegging in een TCO kan overigens gericht zijn tot een specifieke groep werknemers, maar ook in algemene zin zijn gedaan. Een TCO kan bijvoorbeeld in algemene termen bepalen dat het concern instaat voor een baangarantie voor een bepaalde tijd, bijvoorbeeld in de context van een overname. Deze bepaling richt zich mogelijk niet direct tot individuele Nederlandse werknemers, maar deze werknemers kunnen wel een beroep doen op de TCO (al dan niet in samenwerking met artikel 3:35 dan wel 3:36 van het BW).

In de rechtspraak zijn zelfs voorbeelden te vinden van *eenzijdige* toezeggingen van andere rechtspersonen dan de werkgever (zelfs buiten de groep van de werkgever) die doorwerken in de individuele Nederlandse arbeidsverhoudingen. Een voorbeeld is de toezegging van het consortium dat ABN AMRO overnam medio 2007 om bestaand beleid ten aanzien van boventalligheid twee jaar voort te zetten. Het Gerechtshof Amsterdam heeft geoordeeld dat individuele werknemers een beroep konden doen op deze toezegging, ook al was deze toezegging ongericht

35 Wij abstraheren hier voor de overzichtelijkheid van onze bijdrage van de eventuele internationale privaatrechtelijke vragen die op kunnen komen.

gedaan en louter geuit tegen de centrale ondernemingsraad.<sup>36</sup> Indien overnemende partijen ongerichte toezeggingen kunnen doen die uiteindelijk, na een overname, doorwerken in de individuele arbeidsverhouding, dan zou dit ook mogelijk moeten zijn voor meerzijdige toezeggingen in een TCO, die gedaan zijn door de werkgever.<sup>37</sup>

2. Expliciet verplichtingen vastleggen voor een zich in Nederland bevindende werkgever, die ook partij is bij de TCO. Deze werkgever zal gebonden zijn de TCO ten uitvoer te brengen in de Nederlandse rechtssfeer, anders is sprake van wanprestatie jegens de andere contractanten.
3. Gebruikmaken van een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomsten van werknemers. Een dergelijk beding kan toestaan dat bepaalde bedrijfsreglementen – mogelijk vormgegeven door middel van een ERO of IRO – doorwerken (in combinatie met artikel 7:613 van het BW) in de individuele arbeidsovereenkomsten.<sup>38</sup>
4. Naast directe binding van werknemers en werkgevers kunnen ook andere partijen in de Nederlandse rechtsorde ‘direct’ gebonden worden door de TCO. Een ondernemingsraad of een Nederlandse werknemersvereniging die (mee)tekent kan geconfronteerd worden met specifieke verplichtingen die moeten worden bewerkstelligd in de Nederlandse rechtsorde. Zo is bijvoorbeeld denkbaar dat een werknemersvereniging die meetekent met de werkgever afsprekt dat er geen actie gevoerd wordt tegen een bepaald beleid van een onderneming.

*(ii) Indirect effect*

Van indirecte werking is sprake indien de IRO of ERO niet direct rechten en/of plichten tot stand brengt voor een partij, maar dat deze indirect doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Voorbeelden van indirecte werking zijn:

- 36 Hof Amsterdam 28 september 2010, *LJN* BN8830. Volgens ons is hier geen sprake geweest van een ERO, aangezien geen ‘overeenkomst’ is gesloten tussen EOR en het consortium met daarin de toezegging van het consortium, maar louter een eenzijdige uiting.
- 37 Anders dan het hof meent een aantal schrijvers van deze bijdrage dat een ongerichte eenzijdige toezegging door een andere rechtspersoon de werkgever niet direct en al te snel behoort (en kan) te kunnen binden. Indien sprake is van een ongerichte, eenzijdige rechtshandeling zal art. 3:36 BW van toepassing dienen te zijn in plaats van 3:35 BW.
- 38 Overigens zou men dit ook juist als een indirect effect kunnen classificeren, omdat de TCO slechts werking heeft via de (Nederlandse) arbeidsovereenkomst.

1. De TCO kan bepalingen bevatten die individuele werknemers of werkgevers niet binden, maar die *de facto* een grote invloed krijgen binnen de arbeidsrelatie. Om een voorbeeld te geven: in een ERO wordt op Europees niveau een integriteitbeleid vastgesteld dat binnen een groep moet worden ingevoerd. Dit beleid wordt vervolgens in ieder betrokken land aangepast aan de nationale juridische nuances en vervolgens ingevoerd. De Nederlandse dochtermaatschappij, de formele werkgever, zal opdracht krijgen van de moedermaatschappij om het beleid vervolgens ook te effectueren naar nationaal recht.<sup>39</sup> Indirect krijgt de werknemer zodoende tevens op grond van artikel 7:660 van het BW (het instructierecht) te maken met de TCO. Op deze manier voeren vele multinationale ondernemingen hun *codes of conduct* in.<sup>40</sup> Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan ‘centraal beleid’ over hoe om te gaan met e-mail en andere (sociale) media.

Overigens kan bij een *code of conduct* in sommige gevallen mogelijk ook sprake zijn van directe werking in plaats van indirecte werking. Het beleid kan dan worden gelezen als een toezegging van de werkgever die doorwerkt in de individuele arbeidsverhouding. Een goed voorbeeld van directe doorwerking van een *code of conduct* vormt de zogenoemde *BATCO*-zaak. In deze zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat sprake was van wanbeleid wegens strijd met elementaire beginselen van behoorlijk werkgeverschap bij een Nederlandse werkgever, omdat deze werkgever de OESO-Richtlijnen verwaarloosde die door de moedermaatschappij waren onderschreven. Deze richtlijnen waren overigens (nog) niet vastgelegd in een TCO.<sup>41</sup> Indien een werkgever echter gehouden kan worden aan een (enkele) uitspraak dat hij zich zal houden aan niet-bindende aanbevelingen van overheden, dan kan een werkgever mogelijk ook wanbeleid plegen als hij richtlijnen verwaarloost die hij in een meerzijdige

39 Wij laten hier de problematiek over de manier waarop (en de mate waarin) een aandeelhouder aanwijzingen kan geven aan het bestuur van de Nederlandse entiteit terzijde.

40 Op nationaal niveau lijkt de *code of conduct* een eenzijdig instrument: op multinationaal niveau is echter een TCO afgesloten. Van een werkelijk eenzijdig document is aldus geen sprake.

41 Hof Amsterdam 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71; J.J.M. Lamers: *Medezeggenschap in concerns. Effectiviteit van de nationale wetgeving en de Europese richtlijn*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1995, p. 36; A.G. Castermans, ‘Corporations for Human Rights’, *European Company Law* (7, nr. 5) 2010, p. 218.

rechtshandeling met werknemersvertegenwoordigers heeft afgesproken.

2. Ook indien een TCO elke vorm van formele status ontbeert, kan het nog indirect effect krijgen. Via de open maatstaf van artikel 7:611 van het BW kan een werknemer mogelijk verwachten dat een Nederlandse werkgever zich 'als goed werkgever' houdt aan standaarden die door de moedermaatschappij worden onderschreven, ook al worden deze standaarden niet expliciet geïmplementeerd. Waarom zou een Nederlandse werkgever bijvoorbeeld niet kunnen worden gewezen op een TCO die een reorganisatiebeleid vastlegt voor bepaalde landen van de moedermaatschappij, als deze reorganisatie Nederland net zo zeer treft? De mate waarin gewicht wordt gehecht aan de TCO zal ons inziens wel afhangen van de precieze afspraken die worden vastgelegd in het document, en het materiële effect van toepassing van de TCO.

*(iii) Effecten via implementatie*

Een specifieke vorm van indirect effect die afzonderlijke vermelding verdient is het effect door de implementatie of invoering in nationaal recht. Indien nationale werknemersverenigingen of ondernemingsraden partij zijn bij de TCO, dan kan de TCO de verplichting bevatten om op nationaal niveau soortgelijke afspraken of reglementen tot stand te brengen die de afspraken uit de TCO nader uitwerken. Bij wijze van voorbeeld:

1. De nationale werknemersvereniging is partij bij een TCO. In de TCO zijn afspraken vastgelegd over werkgelegenheid en over de aanpak van een aankomende reorganisatie. Om de afspraken door te laten werken in de verschillende nationale lidstaten worden overal cao's naar nationaal recht overeengekomen. Zodoende worden werknemers alsnog geconfronteerd met een cao die hen bindt. Deze cao zorgt indirect voor doorwerking van de TCO-regelingen.
2. De nationale OR kan op soortgelijke manier worden gebonden aan een ERO: indien de OR mee heeft kunnen kijken/onderhandelen en de ERO mede ondertekend heeft, dan zal dat meespelen in de adviesfase ex artikel 25 van de WOR. Indien de OR centraal akkoord is gegaan met de contouren van een redelijke afvloeiingsprocedure, dan kan de OR in beginsel niet meer redelijkerwijs stellen dat deze procedure in zijn algemeenheid ongeschikt is op het nationale niveau. Wel kan de OR



adviseren over de specifieke uitwerking in de lokale onderneming.

Het is aldus duidelijk dat ook zonder cao-status de TCO verstrekkende effecten kan hebben in de Nederlandse rechtsorde. In 10.4 gaan wij verder in op de normatieve problemen die kunnen spelen bij doorwerking van de TCO.

## 10.4 TCO-problematiek

De normatieve problematiek verbonden aan TCO's is reeds vanuit Europees perspectief onderwerp geweest van verschillende onderzoeken. Zo heeft een commissie onder voorzitterschap van Ales (de commissie-Ales) onderzoek gedaan en de problematiek uiteengezet in een working paper.<sup>42</sup> De problemen die in de twee onderzoeken (en overigens ook in andere rapporten) naar voren komen zijn ook waar te nemen vanuit Nederlands perspectief. Wij bespreken achtereenvolgens vier kenmerkende problemen: (10.4.1) het legitimiteitsprobleem, (10.4.2) het representativiteitsprobleem, (10.4.3) het samenloopp probleem, (10.4.4) en IPR-problemen.

### 10.4.1 *Legitimiteitsprobleem*

Een belangrijk algemeen probleem van TCO's ziet op legitimiteit. Kunnen de bij een TCO betrokken partijen de onderneming(en) en werknemers wel binden? Wat is de rechtsbasis om een dergelijke overeenkomst af te sluiten? Deze vraag doet zich vooral voor indien de TCO verplichtingen creëert voor Nederlandse werknemers, zoals een verplichting om op bepaalde tijden te werken. Het is goed om bij het legitimiteitsprobleem een onderscheid te maken tussen werkgeverszijde en werknemerszijde.

#### *Werkgeverszijde*

Als een Nederlandse werkgever met (internationale) vakbonden een TCO sluit, zal er – zeker bekeken vanuit het perspectief van het Nederlands collectief arbeidsrecht – aan de zijde van de werkgever geen legitimiteitsprobleem ontstaan. De werkgever is immers

42 E. Ales e.a., 2006; Commission Staff Working Document, 'The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration', *SEC* (2008) 2155.

bevoegd zichzelf te binden aan een collectieve overeenkomst gesloten met vakbonden. Hij is juist de geëigende partij om dat te doen.

Het wordt echter ingewikkelder als de TCO niet direct door de in Nederland actieve vennootschap (of andere juridische entiteit) wordt afgesloten, maar door een andere entiteit op een hoger niveau in de internationale groep. Een buitenlandse holdingvennootschap is niet de werkgever van alle werknemers behorende tot de groep en evenmin is zij, behoudens mandaat, zonder meer gerechtigd de bij de groep betrokken rechtspersonen te binden aan een grensoverschrijdende cao.<sup>43</sup> Als een buitenlandse moedervernootschap een TCO heeft gesloten waaronder ook de Nederlandse dochtervennootschap moet vallen, terwijl deze Nederlandse dochtervennootschap geen mandaat heeft gegeven aan de moedervernootschap, is het de vraag of laatstgenoemde zonder meer gelegitimeerd was deze overeenkomst te sluiten. Een buitenlandse moedervernootschap bindt derhalve zonder mandaat niet zonder meer een Nederlandse dochtervennootschap.

In de praktijk zal dit probleem vaak kunnen worden opgelost, bijvoorbeeld doordat de Nederlandse dochtermaatschappij bereid is de TCO te implementeren (al dan niet na een formele instructie van de aandeelhouder, ofwel van de vennootschap die boven de Nederlandse vennootschap hangt). Een zekere mate van coöperatie mag ook worden geleverd in groepsverband, tenzij natuurlijk het toepassen van de cao de bestuurder in strijd zal brengen met zijn statutaire verplichtingen. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal dat het geval zijn. Een werkelijk legitimitietsprobleem doet zich daarom nauwelijks voor aan werkgeverszijde.

#### *Werknemerszijde*

Aan werknemerszijde speelt echter wel een legitimitietsprobleem, vooral bij ERO's die uitsluitend met een EOR zijn gesloten. Wat geeft immers de EOR het recht om met de werkgever een TCO overeen te komen, zeker als de ERO effecten heeft voor Nederlandse werknemers? Een EOR kan mogelijk zichzelf, maar niet zonder meer individuele werknemers binden. Hiervoor is al vastgesteld dat in ieder geval geen sprake kan zijn van een cao, indien louter de EOR partij is aan werknemerszijde.

<sup>43</sup> Ales-rapport, p. 22.

Een meer fundamentele vraag rijst op grond van welke *rechtsbasis* de EOR een eventuele TCO afsluit. Anders gezegd: het is de vraag of de EOR het sluiten van een TCO op grond van de EOR-richtlijn en de Wet EOR wel tot zijn takenpakket mag rekenen. Hoewel de EOR-richtlijn de mogelijkheid biedt voor grensoverschrijdende onderhandelingen tussen de communautaire werkgever of het communautaire concern enerzijds en de werknemersvertegenwoordigers (voor het doel van de onderhandelingen verenigd in de bijzondere onderhandelingsgroep) anderzijds, is het doel van die onderhandelingen om te komen tot het instellen van een EOR of een transnationale informatieverstrekking- en raadpleegprocedure<sup>44</sup>. De EOR-richtlijn biedt strikt genomen geen ruimte voor rechten die verdergaan dan informatie en consultatie, zoals het recht op collectief onderhandelen.<sup>45</sup>

Omdat de EOR geen natuurlijk persoon of rechtspersoon is, maar een zeer specifiek instituut dat krachtens de Wet op de Europese ondernemingsraden (Wet EOR) kan worden ingesteld rijst naast het bovenstaande de vraag of en in hoeverre de EOR überhaupt rechten en plichten kan dragen en overeenkomsten kan afsluiten met de werkgever. Anders dan de WOR (artikel 32) biedt de Wet EOR niet de wettelijke mogelijkheid aan de EOR om een ondernemingsovereenkomst af te sluiten. Mogelijk ontbreekt aldus niet alleen een rechtsbasis, maar ook voldoende rechtspersoonlijkheid.

Wij concluderen dat het de ERO ontbreekt aan legitimiteit omdat een rechtsbasis ontbreekt voor het optreden van de EOR. De EOR blijkt echter in de praktijk wél ERO's af te sluiten die op andere manieren kunnen doorwerken in individuele arbeidsrelaties (via de wegen beschreven in 10.3.2).<sup>46</sup>

44 Richtlijn 94/45/EG inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (*PbEU* 1994, L 254, p. 64-72) en de gelijknamige opvolger daarvan Richtlijn 2009/38/EG (*PbEU* 2009, L 122, p. 28-44).

45 Europese Commissie, *SEC* (2008) 2155, p. 7. In de daarna in 2009 uitgekomen EOR-herschikingsrichtlijn 2009/38/EG kent art. 10 lid 1 de EOR de competentie toe om de belangen van de werknemers collectief te vertegenwoordigen.

46 Waarbij overigens geldt dat de doorwerking en 'binding' bij gelegenheid onproblematisch zal zijn. Zo zal een derdenbeding eerst moet worden aanvaard door de derde tot wie het beding strekt. Omdat de derde eerst moet aanvaarden is de doorwerking van de TCO legitiem (in ieder geval gezien vanuit het standpunt van de derde die aanvaardt).

Ook de IRO's dreigen aan werknemerszijde legitimiteit te ontberen.<sup>47</sup> Ten aanzien van de vakbonden kan – anders dan bij de (E)OR – worden aangevoerd dat legitimiteit kan worden geput uit de beginselen c.q. rechten vakbondsvrijheid en de vrijheid tot collectief onderhandelen.<sup>48</sup> Dat geldt in Nederland en in verreweg de meeste andere EU-lidstaten.<sup>49</sup> De relevante vraag bij de IRO is veeleer: welke vakbonden moeten worden betrokken in de onderhandelingen? Hier verdringen de Europese (sectorale en interprofessionele) vakbonden en de diverse nationale vakbonden zich als mogelijke kandidaten om de TCO af te sluiten.<sup>50</sup> 's Lands wijs, 's lands eer'; de onderlinge relaties en bevoegdheden verschillen per land. De meest voor de hand liggende maatstaf is misschien wel de representativiteit.

#### **10.4.2 Representativiteit**

Bij collectief onderhandelen wordt 'representativiteit' vaak in een adem genoemd met legitimiteit. Ten onrechte, want deze twee termen vallen niet met elkaar samen. Bij het legitimiteitsvraagstuk gaat het er namelijk om of de partijen wettelijk gezien de werkgever of werknemers kunnen binden aan de TCO. Een *voorwaarde* daarvoor zou kunnen zijn dat deze partijen voldoende representatief dienen te zijn. Representativiteit ziet op de vraag of de desbetreffende partij wel een voldoende achterban vertegenwoordigt. Door middel van het lidmaatschap bij een vakorganisatie geeft de werknemer toestemming om over zijn arbeidsvoorwaarden te onderhandelen. Als de vakbond veel leden onder de werknemers van een bepaalde onderneming heeft, zou hij in die onderneming voldoende representatief zijn.

In Nederland gelden geen formele representativiteitseisen voor het afsluiten van een cao, hoewel een representatieve werknemersvereniging bijvoorbeeld wel eerder een plaats aan de onderhandelingstafel kan afdwingen.<sup>51</sup> Verder is representativiteit natuurlijk van groot belang indien de partijen bij een cao de overeenkomst algemeen

47 Europese Commissie, *SEC* (2008) 2155, p. 7.

48 Zie 10.2.1; dit zijn door de ILO erkende fundamentele arbeidsnormen.

49 Schulten 2005, p. 6 en 7, met name tabel 2.

50 Zie Ales-rapport, p. 22-27. Overigens wordt dit probleem groter als (E)OR partij is bij de TCO.

51 Zie HR 8 juni 2007, *JAR* 2007, 162.

verbindend willen verklaren.<sup>52</sup> Ook kunnen rechters op grond van de redelijkheid en billijkheid de representativiteit van de partijen die de cao hebben afgesloten, van belang achten voor de al dan niet bindende kracht van deze cao.<sup>53</sup> Die uitspraken vormen echter de uitzonderingen op de hoofdregel dat geen representativiteitseisen gelden.

Juist doordat representativiteit geen eis is voor het afsluiten van een cao, kan een groot representativiteitsprobleem ontstaan bij TCO's. Het is immers mogelijk dat een TCO wordt afgesloten door een partij die inderdaad in het geheel niet representatief is voor de Nederlandse werknemers. Dit tekort bestaat bijvoorbeeld indien louter buitenlandse werknemersverenigingen de TCO afsluiten. Ook kan men kritisch kijken naar de representativiteit van de gemiddelde OR of EOR met het oog op de vraag of zij een evenwichtige afspiegeling vormen van de werknemers die zij representeren. Bij de EOR bestaat het mogelijke representativiteitsprobleem naast het legitimiteitsprobleem.

De representativiteitseis kan naar Nederlands recht niet zonder meer worden gebruikt om TCO's afgesloten met louter buitenlandse partijen buiten de deur te houden. Op grond van de redelijkheid en billijkheid zou echter, in navolging van de uitspraken naar aanleiding van de cao's met kleine werknemersverenigingen, de representativiteit van de partijen toch nog enige rol kunnen spelen bij het al dan niet bindend achten van een TCO. Ons is echter geen rechtspraak bekend waaruit volgt dat een Nederlandse rechter weigert een cao toe te staan, omdat deze met een niet-representatieve niet-Nederlandse vakbond is afgesloten.

Het verder behandelen van het representativiteitsprobleem gaat het bestek van onze bijdrage te buiten. Hoofdstukken 11 en 12 van dit boek gaat in meer detail in op representativiteit, daar verwijzen wij de lezer graag naar. Hier volstaat het te constateren dat er mogelijk sprake is van een representativiteitsprobleem bij sommige TCO's. Op grond van het huidige Nederlandse recht levert dit (mogelijk ten

52 Dat in verband met de eis dat een cao alleen algemeen verbindend kan worden verklaard als deze cao een belangrijke meerderheid in een sector werkzame personen bindt. Zie art. 2 lid 1 Wet AVV.

53 Zie bijvoorbeeld Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006, 57; Rb. Rotterdam (pres.) 14 december 1988, *KG* 1989, 31 (*Kooren*); Ktr. Utrecht 3 november 1994, *JAR* 1994, 39 (*Gaggenau*).

onrechte) geen bezwaren op. De opkomst van de TCO zou een argument kunnen zijn om meer representativiteitseisen te verlangen in het Nederlandse cao-recht.

### **10.4.3 Samenloopprobleem**

Hiervoor is al gewezen op het probleem van mogelijk meerdere partijen aan werknemers- en/of werkgeverszijde. Een ander probleem is dat er meerdere overeenkomsten (cao's en TCO's) kunnen zijn, die allen aanspraak maken op doorwerking in de Nederlandse rechtsorde.

Omdat de meeste Nederlandse cao's minimumovereenkomsten zijn, zal een toepasselijke TCO relatief veilig een Nederlandse cao kunnen aanvullen. Desondanks kunnen zich samenloopproblemen voordoen. De TCO is immers geschreven voor meerdere jurisdicties en dus meerdere rechtsstelsels. Het kan daardoor zijn dat een TCO (bijvoorbeeld op grond van Frans recht) juist een bepaalde regel als standaard moet voorschrijven. Het is tegelijk goed mogelijk dat de Nederlandse cao juist een ander, voor de werknemer gunstiger voorschrift geeft. In een dergelijk geval zal de TCO op dit punt niet te implementeren zijn in de Nederlandse rechtsorde: de dwingend vervangende werking van artikel 12 van de Wet CAO zorgt er immers voor dat de contractsvrijheid van TCO-contractanten wordt beperkt. De dwingende werking van een algemeenverbindende verklaring zal uiteraard ook de TCO opzij dwingen.

Indien een van de geldende overeenkomsten (de Nederlandse cao of de TCO) of beide overeenkomsten geheel uit standaardbepalingen bestaan, dan is het samenloopprobleem natuurlijk zelfs aanzienlijk groter, met dien verstande dat telkens op grond van de dwingend normatieve werking van de Wet CAO de Nederlandse cao zal voorgaan. De werking van een TCO kan gezien het bovenstaande door een afwijkende Nederlandse cao in grote mate door de Nederlandse werkgever en vakbonden worden beperkt. De Nederlandse vakbonden zouden een dergelijke (TCO-beperkende) cao bij de Nederlandse werkgever mogelijk zelfs door middel van staking kunnen afdwingen.<sup>54</sup>

54 Een interessante vraag wordt dan of een dergelijke staking een beperking kan worden geacht van een van de vrijheden en in strijd met Europees recht: de staking ziet er immers op om andere vakbonden te dwarsbomen.

Door een standaard-TCO overeen te komen en deze te implementeren en/of uit te werken in een (Nederlandse) cao wordt voorkomen dat onderdelen van de TCO rechtskracht ontberen vanwege de vervangende werking van de cao.

#### 10.4.4 IPR-problemen

De commissie-Ales heeft reeds gewezen op een naar onze mening interessant probleem dat zich voordoet bij het bepalen van de bindende kracht van de grensoverschrijdende collectieve overeenkomsten. Thans bestaat er immers nog geen (internationale) regeling voor TCO's die het toepasselijke rechtstelsel vaststelt. Om die reden merkte de commissie-Ales op dat er, juridisch beschouwd, eigenlijk niet zoiets is als een 'grensoverschrijdende collectieve overeenkomst'.<sup>55</sup> De bindende kracht van een TCO moet volgens de commissie uiteindelijk worden vastgesteld aan de hand van de regels van internationaal privaatrecht.<sup>56</sup> Dit kan een technische exercitie zijn, waarbij het denkbaar is dat dwingendrechtelijke regels uit verschillende lidstaten om toepassing vragen. Op basis van onderzoek hierover raden Van Hoek en Hendrickx de Europese wetgever aan om een speciaal subonderdeel toe te voegen aan artikel 4 van de Rome I Regulation, zodat het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de zeggenschapsuitoefenende onderneming tevens het recht is dat van toepassing is op de TCO.<sup>57</sup> Hoewel er nog geen internationale regeling bestaat voor TCO's wil dit naar onze mening niet zeggen dat er geen grensoverschrijdend effect wordt gegeven aan een collectieve overeenkomst.

Een belangrijke beperking in de (internationale) effectiviteit van de TCO wordt veroorzaakt door het gegeven dat arbeidsrechtelijke voorwaarden vaak bestaan uit dwingend recht, en dat het nationale, dwingende recht de arbeidsrelatie in principe beheerst. De TCO tracht te harmoniseren, maar ziet zich vervolgens geconfronteerd met het gegeven dat het in allerlei verschillende rechtstelsels op verschillende manieren wordt gelezen. De TCO krijgt de landskleuren toegemeten van elk land. Omdat de wettelijke vereisten inzake

55 Ales-rapport, p. 34.

56 Ales-rapport, p. 21-27, en ook p. 34-36.

57 A. van Hoek en F. Hendrickx, *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements, Study undertaken on behalf of the European Commission* (final report 20 Oktober 2009, Executive Summary).

vertegenwoordiging van werknemers en erkenning van de TCO als een collectieve overeenkomst per lidstaat verschillen, betekent dit dat elk bindend effect van de TCO op de lokale werkgever en werknemers de nationale regels dient te respecteren die deze lokale arbeidsverhouding definiëren. De consequentie voor het Nederlandse cao-recht is dat de TCO misschien in Nederland een andere, meer of minder verstrekkend effect wordt gegeven dan in een ander land. Vanuit zowel werknemers- als werkgeversperspectief is het de vraag of dit wenselijk is. Bepaalde werknemers zullen meer gelijk zijn dan andere werknemers.

## 10.5 Conclusie

TCO's worden steeds vaker afgesloten door multinationale ondernemingen. Zeker vanuit Nederlands perspectief is dat niet onbegrijpelijk, nu blijkt dat de multinationale ondernemer de TCO op verschillende manieren kan laten doorwerken in de Nederlandse rechtsorde en waarschijnlijk zelfs van de TCO een cao als in de Wet CAO kan maken.

Bij het analyseren van een aantal kernproblemen is duidelijk geworden dat er een zeer relevant onderscheid te maken is tussen de overeenkomst waarbij werknemersverenigingen participeren (al dan niet naast de EOR) en ERO's waarbij uitsluitend de EOR partij is aan werknemerszijde. Met name de laatste TCO-vorm blijkt toch een aantal ernstige tekortkomingen te hebben: er zijn significante legitimiteits- en representativiteitsproblemen en het is simpelweg onmogelijk om van deze ERO's (zonder medeondertekening van de vakorganisaties) een cao te maken als in de Wet CAO. TCO's die (mede) worden afgesloten met (al dan niet internationale) werknemersverenigingen met volledige rechtsbevoegdheid blijken minder snel legitimiteitsproblemen te hebben omdat het naar Nederlands recht de vakorganisaties in beginsel, anders dan de EOR, wel is toegestaan overeenkomsten met de werkgever aan te gaan die de werknemers kunnen binden. De vraag is echter of dit ook geldt voor de internationale en/of Europese vakorganisaties die *geen Nederlandse* werknemers vertegenwoordigen. Omdat representativiteit naar Nederlands recht geen voorwaarde is voor het bestaan van een cao zou het in beginsel mogelijk zijn om een cao te maken van TCO's afgesloten door een internationale of Europese vakorganisatie, ook indien deze geen Nederlandse werknemers vertegenwoordigt. In navolging van uitspraken met betrekking tot kleine, niet-representatieve werknemersorganisaties, zou



een dergelijke TCO, op grond van het Nederlandse redelijkheid- en billijkheidsbeginsel, onder omstandigheden toch niet-bindend kunnen worden geacht.

De invloed van de TCO's blijkt verder kennelijk beperkt door het 'samenloopprobleem' en de dwingend vervangende werking. Uiteindelijk kunnen Nederlandse vakbonden altijd de invloed van de TCO beperken door zelf actief een rol te spelen bij onderhandelingen en desnoods afwijkende cao's af te dwingen.

De conclusie moet daarom zijn dat de TCO geen vervanging of bedreiging is voor de 'Nederlandse' cao, maar eerder een nuttige aanvulling. De aanvulling heeft misschien nog normatieve en praktische mankementen, maar de TCO kan een waardevolle aanvulling zijn. Het alternatief is terugkeren naar louter de eenzijdige *code of conduct* en lappendeken arbeidsvoorwaardenvorming per land.

Uiteindelijk zal de praktijk leren of in de toekomst contracterende partijen (meer) gebruik zullen maken van de contractvrijheid die openligt. De evidente voordelen die verbonden zijn aan het tot cao maken van de TCO, zoals de dwingend vervangende werking, zorgen ervoor dat wij niet verrast zouden zijn bij een verdergaande ontwikkeling op dit front.

Ter afsluiting wijzen wij nog op het advies van de commissie-Ales aan de Europese Commissie. De commissie verzocht om een optioneel kader te ontwerpen voor EU transnationale collectieve onderhandelingen waarin juridisch bindende TCO's afgesloten kunnen worden. Zoals eerder gezegd kan op dit moment alleen een TCO die de handtekening draagt van nationale sociale partners c.q. van een vakbond, conform het nationale recht van zijn land, het predicaat van een cao dragen. De Commissie stelt voor om op Europees niveau aan te sluiten bij de nationale ondernemingsovereenkomsten. Zij wil bij het reguleren van een Europese ondernemingsovereenkomst niet in de bevoegdheden treden van de sociale partners. De sociale partners zullen echter niet snel hun bestaande rechten willen opgeven. Gezien het huidige verschil in juridische bevoegdheden van de vakorganisaties en ondernemingsraden in de landen binnen de EU zal het nog lastig zo niet onmogelijk blijken om tot één alle landen overkoepelende regeling te komen. Wij kijken daarom met grote belangstelling uit naar de resultaten van de expertgroep die in opdracht van de Europese Commissie onderzoekt of het in alle lidstaten mogelijk is om een direct bindend effect te geven aan een Europese ondernemingsovereenkomst.

**Geraadpleegde literatuur:**

E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sobczak, A. Valdes Dal-Re, *Transnational Collective Bargaining: Past and Present. Final Report*. Brussel: European Commission 2006, SEC (2008) 2155. (Ales-rapport)

M. Carley, *Bargaining at European level? Joint texts negotiated by European Works Councils*, Dublin: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions 2001.

M. Carley, *Transnational company agreements. Dialogue, rights, anticipating corporate restructuring, actors. A new perspective* (Report of the French EU Presidency Conference), Lyon 13-14 November 2008.

Europese Commissie, *Promoting Decent Work for all – the EU contribution to the implementation of the Decent Work Agenda in the World*, Brussel 2006, SEC (2006) 643.

Europese Commissie, *Transnational agreements – Complementary Study. First findings*, Working Document nr 3, Brussel 27 November 2006.

Europese Commissie, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, Brussel 2008.

Europese Commissie, *The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration*, Commission Staff Working Document, Brussel 2 juli 2008, COM (2008) 419 final.

K. Papadakis, *Cross Border Social Dialogue and Agreements: An emerging global industrial relations framework*, Geneve: International Institute for Labour Studies/ILO 2008 (*Cross Border Report*)

D. Stevis, *International Framework agreements and global social dialogue: Parameters and Prospects*, Employment Working Paper nr. 47, Geneve: ILO, Employment Sector 2010.

## **REPRESENTATIVITEIT**



## 11 Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel

*I. Blekman, S. Geelkerken, W. Hafkamp-van der Zwaard, J.L.A. Helmer, W. Plessen, N.W. Ruiters, A.F.A.M. Schellart, B.A. Schmahl, N.C. Six, H.W.M.A. Staal*

### 11.1 Inleiding: een terreinverkenning

Collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) worden verondersteld belangrijke meerwaarde en aanvullende betekenis te hebben ten opzichte van individuele arbeidsovereenkomsten, ook wanneer zij afgezet worden tegen wettelijke regelingen. Zij hebben daarom sinds 1927 regeling in de wet gevonden en hun werking is in 1937 sterk verbreed doordat algemeenverbindendverklaring (avv) van bepalingen van cao's wettelijk mogelijk gemaakt is. Het avv-instrument is zowel bekritiseerd als – door voorstanders – onmisbaar verklaard. De critici benadrukken meestal het centralistische karakter, dat niet zou sporen met tendensen tot individualisering en flexibilisering. Ook veronderstellen zij een marktversturend effect, dat extra pijnlijk is in het licht van een te wensen overlatende representativiteit van vakbonden.<sup>1</sup> Zonder avv wordt het aangaan van een cao op het niveau van bedrijfstak of sector echter een riskant waagstuk. Zelfs bij een hoge organisatiegraad aan werkgeverskant zou het cao-instrument op dat niveau dan wel eens veel

<sup>1</sup> Het regeerakkoord-Rutte van VVD en CDA, *Vrijheid en Verantwoordelijkheid* (Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15), geeft hiervoor op p. 43 een zijdelingse indicatie: cao's zouden alleen nog algemeen verbindend verklaard moeten/mogen worden als zij voldoende aandacht besteden aan leeftijdbewust personeelsbeleid en duurzame inzetbaarheid (scholing). Eerder zijn in de Tweede Kamer vragen gesteld over de wenselijkheid van toelating van het Alternatief voor Vakbond als tegenwicht voor te weinig representatief geachte traditionele bonden. R. Beltzer heeft het in *NJB* 2010-35, p. 2275-2278 over 'eroderen' van de 'juridische legitimatie' van vakbonden en van de collectieve 'arbeidsvoorwaardenvorming' in totaliteit.

minder toepassing kunnen gaan krijgen of op den duur obsolete worden. Het risico van ondermijning door buitenstaanders verkleint immers de draagkracht of houdbaarheid van de cao als resultaat van onderhandelingen van organisaties van werkgevers en werknemers. Wat legitimeert nu partijen aan werkgevers- en werknemerskant om via een cao regeland en ordenend op te treden? Zowel op het niveau van een onderneming als op dat van een bedrijfstak of sector (versterkt door avv zelfs over de volle breedte). En soms – als in die mogelijkheid voorzien is, zoals in België het geval is – zelfs in afspraken met een landelijk bereik. Het woord ‘legitimeren’ wordt hier gebruikt in de ruimste betekenis van het woord. Dat wil zeggen dat zowel aan de formele bevoegdheid tot zulk optreden voldaan wordt, als aan allerlei daartoe wenselijke materiële (maatschappelijke) kwalificaties. En dan niet alleen voor het regelen van traditionele arbeidsvoorwaarden, maar ook om te interveniëren op de terreinen van arbeidsverhoudingen en arbeidsmarkt in bredere zin.

Die vraag naar de legitimiteit of legitimering van partijen, waar cao en avv in een innige omstrengeling hun bestaansrecht aan ontlenu, gaat vooraf aan vragen van representativiteit, doelmatigheid, rechtvaardigheid, proportionaliteit en bescherming van contractsvrijheid, hoewel die natuurlijk ook relevant zijn voor nut en noodzaak van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Beeldbepalend is dat de cao een hoek vormt in de driehoek van instrumenten tot regeling van arbeidsvoorwaarden en tot sturing van arbeidsverhoudingen. Aan de andere uiteinden van de driehoek bevinden zich de wet en het individuele contract. Anders dan wel eens gedacht wordt, heeft daarom niet alleen de traditionele arbeidsrechtelijke doctrine, maar ook een in gewicht toenemende categorie rechtseconomen oog voor de instrumentele waarde van collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden met en door vakbonden. Tegenover de vanouds bestaande kritiek van economen op ongewenste kartelvorming plaatsen deze rechtseconomen het inzicht dat doelmatigheid en rechtvaardigheid met collectief onderhandelen gediend zijn.<sup>2</sup>

“C.a.o.’s”, schrijft W.J.P.M. Fase in de oorspronkelijke editie van zijn *C.a.o.-recht* (Samsom 1982) “kunnen alleen gedijen, indien er een behoorlijk ontwikkeld verenigingswezen bestaat. Zeker aan werknemerskant geldt

2 O.a. K.G. Dau-Schmidt en A.R. Traynor, ‘Regulating unions and collective bargaining’, in: *Labor and Employment Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing Ltd 2009.

dit”.<sup>3</sup> Fase stipuleert dat vakbonden in hun streven om voor werknemers optimale arbeidsvoorwaarden te bedingen voor de kracht van hun onderhandelingspositie afhankelijk zijn van ofwel “de kwantitatieve organisatiegraad, dus de macht van het getal”, ofwel de “organisatiekwaliteit dat wil zeggen de mate waarin bonden erin slagen werknemers op sleutelposities te organiseren”. Idealiter is de cao het resultaat van een onderhandelingsproces tussen gelijkwaardige partijen. De cao is in zijn opvatting uit de werkstaking ‘geboren’, maar draagt evenzeer door het wordingsproces van onderhandelen een ‘verzoenend element’ in zich. In een ontwikkeling van decennia heeft dit proces geleid tot wat Fase aanduidt als “vergaande collectivisering [= collectivisering, red.] van arbeidsvoorwaardenvorming”, waar zowel werkgevers als werknemers bij gebaat zijn. Hoewel hij de terminologie ‘legitimeren’ zelf niet hanteert, zijn een dergelijk oogmerk en misschien nog meer het resultaat een krachtig argument om zowel het voorafgaande proces als de rol van de onderhandelingspartijen te legitimeren: een als gunstig ervaren zowel beoogd als gerealiseerd nut verschaft onderhandelaars met terugwerkende kracht legitimatie. De basis daarvan ligt in het verenigingsrecht, de vrije beslissing van individuen om zich voor een ervaren gezamenlijk belang of doel aaneen te sluiten. Cao-onderhandelingen beginnen bij de opdracht van leden aan hun vertegenwoordigers om te onderhandelen en binnen bepaalde marges naar resultaat te streven. Daarna wordt de voorlopige uitkomst van onderhandelingen intern voorgelegd om ten slotte, na goedkeuring, geldend ‘recht’ te worden via doorwerking in individuele contracten van de leden. Verder doordenerend berust de ontstane gewoonte om naast en boven het individuele niveau onderwerpen van gemeenschappelijk belang op collectieve wijze vorm te geven, op het besef dat een door overheid en werkgever te respecteren vrijheid van (vak)vereniging haar complement vindt in een van overheidswege te bevorderen vrijheid van collectief onderhandelen. Algemeen aanvaard is al geruime tijd dat het recht van werknemers tot het voeren van collectieve actie als evenwichtbevorderend instrument onverbreekelijk deel uitmaakt van de rechten van vakvereniging en vrij onderhandelen. De hier bedoelde fundamentele vrijheden en sociale rechten hebben een stevige basis in verdragen als het Europees Sociaal Handvest en conventies van de ILO en hebben een spilfunctie in de moderne arbeidsverhoudingen.

3 Naast Fase (niet alleen in het aangehaalde handboek, maar bijvoorbeeld ook in zijn proefschrift) kan voor vergelijkbare visies op de cao verwezen worden naar publicaties van de hand van A. Jaspers, A. Jacobs, T. van Peijpe en M. Rood.

Zonder dat iedereen zich dit steeds realiseert, heeft een ontwikkeling vanaf 1894 (de eerste door Fase in het aangehaalde werk beschreven arbeidsregeling van bouwbedrijven in Amsterdam), vanaf 1903 (de eerste lokale cao in het grafische bedrijf te Roermond) of vanaf 1914 (de oudste bekende landelijke cao, eveneens in het grafische bedrijf) ertoe geleid dat een eeuw later nog slechts incidenteel in twijfel getrokken wordt dat vakbonden gelegitimeerd zijn tot het voeren van collectief overleg. Om bijzondere redenen kan wel discussie ontstaan over de legitimiteit van een bepaalde onderhandelingspartij of van een bepaald cao-resultaat. Die wordt in zo'n geval meestal gekoppeld aan de mate van representativiteit van de bond(en) in kwestie. Opmerkelijk genoeg worden zulke vragen zelden of nooit gesteld bij het optreden van de betrokken werkgeverspartij in relatie tot het belang van de betrokken onderneming of bedrijfstak, laat staan tot het bredere maatschappelijke belang. Op het collectieve niveau is dit in zoverre verklaarbaar, dat werkgevers landelijk en sectoraal een hoge organisatiegraad kennen. Veel hoger althans dan de in Nederland gangbaar geworden percentages georganiseerde werknemers. In een bepaalde sector of bedrijfstak dan wel in een concrete onderneming kan de organisatiegraad aan werknemerskant zelfs zo laag zijn, dat men zich in gemoede af gaat vragen welk draagvlak de met een of meer van zulke 'kleine' bonden afgesloten cao heeft.

Het gegeven dat in algemene zin het aantal leden van vakbonden over een langere periode procentueel gestaag gedaald is (in Nederland van omstreeks 40% einde jaren veertig van de twintigste eeuw tot ongeveer 22% in 2010, een trend die zich ook in andere delen van Europa aftekent<sup>4</sup>), kan op den duur een terugslag hebben op de legitimiteit van cao-overleg als zodanig. Er wordt een kritische grens overschreden als de samenleving op enig moment de gevolgtrekking maakt dat bonden eigenlijk niemand meer vertegenwoordigen. Zover is het nog lang niet, zeker zolang resultaten van cao-overleg ook niet-leden (blijven) aanspreken. Opmerkelijk in dit verband is niet alleen die hoge mate van instemming van de werknemerspopulatie, maar ook het feit dat steeds weer blijkt hoe tevreden de meeste werkgevers over de cao-praktijk zijn. Toch kan een verder verminderend en qua samenstelling veranderend (verouderend!) ledenbestand van bonden op den duur het draagvlak voor de cao als instrument van sturing van arbeidsverhoudingen of de legitimiteit van onderhandelende partijen

4 Aldus bijvoorbeeld A.T.J.M. Jacobs in: B. Hepple (red.), *The making of labour law*, p. 204. Zie ook bijlage 1 bij landenoverzicht, infra hoofdstuk 12, p. 269.



uithollen. Daarnaast kan de mate van representativiteit van traditionele vakbonden (of van minder reguliere werknemersclubs) in een concrete onderhandelingsituatie een bijzonder probleem opleveren. Dit doet zich in het bijzonder voor als een (zeer) kleine organisatie een cao afsluit voor een veel grotere werknemersgeleding en de niet-vertegenwoordigde overgrote meerderheid zich hierin niet kan vinden. Die meerderheid kan bestaan uit in het geheel niet-georganiseerde werknemers, maar ook uit personen die anders georganiseerd zijn en wier bond buiten de onderhandelingen bleef, althans het resultaat niet gefiatteerd heeft. De acceptatie van een met geringe werknemersinbreng gerealiseerde cao-uitkomst wordt nog meer op de proef gesteld als de partij aan werknemerskant akkoord gegaan is met afwijking van wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht. Een voorbeeld van iets minder recente datum is de cao voor het horecabedrijf die door Koninklijke Horeca Nederland exclusief afgesloten was met de vakbond De Unie, zonder enige betrokkenheid van de traditionele werknemersbonden in de horecasector. In 2006 hebben achtereenvolgens de rechter in kort geding in Hilversum en de kantonrechter in Utrecht zich hierover moeten uitspreken. Zij probeerden voor ongebonden werknemers de gevolgen van een in die cao getroffen regeling tot ontzegging van loon bij afwezigheid van beschikbaar werk weg te masseren met gebruikmaking van de open norm van redelijkheid en billijkheid.<sup>5</sup>

Het bovenstaande roept de vraag op of het wenselijk en zinvol is mogelijkheden te onderzoeken om het cao-instrument meer body te geven. Gegeven het voor de werkgroep boven iedere twijfel verheven potentiële nut van het instrument als zodanig (zie zowel hiervoor als hierna), moet het immers een zorg zijn dat daaraan incidenteel geknaagd wordt. Het instrument ligt onder vuur als vakbonden tegenover werknemers die geen lid zijn, tegenover wantrouwende werkgevers en/of tegenover de samenleving niet of moeilijk kunnen uitleggen welk belang zij in de cao-strijd vertegenwoordigen. In het bijzonder speelt dit als een werkgever of een conglomeraat van werkgevers wel een cao wil sluiten, maar de voorwaarde stelt dat die breed gedragen wordt. Het verkennen van de eventuele ruimte tot verandering impliceert een exercitie naar mogelijkheden tot vergroting van de legitimiteit van onderhandelaars, onderhandelingen en onderhandelingsresultaten. In de marge

5 Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006, 57; Ktr. Utrecht 27 juli 2006, *JAR* 2007, 81.

van de hierna te beschrijven verkenning kan ook aan de orde komen of het lonend en acceptabel is belemmeringen op te werpen voor collectiviteiten die met oneigenlijke doelstellingen of vanuit een te beperkt belang (zelfs zonder aanwijsbaar draagvlak) misbruik van het instrument maken.

## 11.2 Legitimering nader beschouwd en (toch) vragen om meer

Het heeft er de schijn van dat veel weerstand tegen de cao en in het bijzonder tegen avv ideologisch van aard is en op zijn minst voor een deel samenhangt met onvoldoende kennis van en inzicht in het systeem en de werking. Daarom is het nuttig voorop te stellen aan welke praktische behoeften en maatschappelijke eisen het cao-systeem tegemoetkomt en waaraan (deswege) het bestaansrecht ontleend wordt. Anders geformuleerd: waarom loont het de moeite na te gaan of en hoe de condities verbeterd zouden kunnen worden?

### *Vier wezenlijke maatschappelijke functies van cao en van algemeen-verbindendverklaring*

Dat de cao en in het verlengde daarvan de avv de mogelijkheid bieden om flexibeler, sneller en gericht te reageren op ontwikkelingen dan de wetgever dit vermag, wordt vaak te gemakkelijk over het hoofd gezien. Tegelijkertijd vormt in tal van arbeidsvoorwaardelijke kwesties een collectief kader het noodzakelijke complement van individuele arrangementen. Nadere beschouwing van diverse reguleringsvragen roept dan ook bijna als vanzelf de behoefte op aan deze tussenvorm van sturing van arbeidsverhoudingen. We duiden dit aan als een combinatie van flexibiliteit en minimalisering van transactiekosten. Het is van evident belang alert te kunnen reageren op de economie van wereld, land en bedrijfstak of op specifieke omstandigheden die zich extern of in de eigen onderneming voordoen, zonder daarover per individu te hoeven onderhandelen. De cao bespaart tijd en energie, stelt een norm en schept een houvast biedende traditie. Omdat de organisaties waarmee afspraken gemaakt worden, in beginsel op geen enkele wijze afhankelijk zijn van de ondernemer of van de organisatie aan werkgeverskant, hoeft de gestelde norm geen wantrouwen of discussie uit te lokken; er zal een zeker vertrouwen zijn dat dit de juiste uitkomst van evenwichtig onderhandelen is.

Het systeem van cao en avv (inclusief het middel van collectieve actie als het slot op de deur) draagt in aanzienlijke mate bij aan de noodzaak van (of behoefte aan) ongelijkheidscompensatie. Door hun belang gezamenlijk te (laten) behartigen bewerkstelligen werknemers meer tegenwicht ten opzichte van de onderhandelingskracht van de werkgever of diens organisatie. Zelfs in een tijd dat sommige werknemers heel goed voor zichzelf opkomen (althans dit menen te kunnen en te blijven kunnen), is het stellen van gezamenlijke beschermingskaders allerm minst overbodig. Soms als globale basis voor individueel te treffen aanvullende arrangementen. In andere gevallen op gedetailleerdere wijze en in sterker collectief uitgewerkte gedaante. Dit laatste doet zich bijvoorbeeld voor bij koppeling van een afspraak tot afwijking van een wettelijke regel van driekwart dwingend recht aan een voor werknemers binnengehaald opmerkelijk voordeel (of door het 'wegcontracteren' van wettelijke bescherming aan zeer strikte voorwaarden te binden). De bedoeling zal meestal zijn een nieuw evenwicht te creëren tussen flexibiliteit en zekerheid. Een verschuiving op de arbeidsmarkt in de richting van een toenemend beroep op zzp'ers lijkt in dit verband te vragen om een aan de cao verwante methodiek van collectieve belangenbehartiging voor deze groep of delen daarvan.

Met het bestaande systeem wordt in belangrijke mate tegemoetgekomen aan de behoefte aan arbeidsvrede. Voor de duur van gelding van een bepaalde cao mag de werkgever in de regel het uitblijven van collectieve arbeidsconflicten verwachten en verlangen. De cao vervult onmiskenbaar een vredesfunctie. Stakingen en andere vormen van collectieve actie voltrekken zich doorgaans niet tijdens de looptijd, doch alleen bij conflicten in de aanloop naar nieuwe afspraken (of bij weigering om tot zulke afspraken te komen). Overigens ligt het aantal jaarlijkse stakingsdagen in Nederland in vergelijking met de rest van Europa traditioneel (zeer) laag. Het kwam bijvoorbeeld in de jaren negentig van de vorige eeuw op een jaargemiddelde van 19,3 dagen per 1.000 werknemers uit.<sup>6</sup>

De wettelijke systematiek en de praktijk van onderhandelen samen verzekeren voor cao's in Nederland een dekkingsgraad onder de werkende bevolking van omstreeks 82%.<sup>7</sup> De betrekkelijk lage organisatiegraad aan werknemerskant wordt gecompenseerd door het feit dat gebonden werkgevers er weinig moeite mee hebben de niet of anders georganiseerde (ongebonden) werknemers te overtuigen van

6 A.T.J.M. Jacobs, a.w. p. 207. In Italië was dat cijfer over dezelfde periode (1950 tot 2000) 110,6 en in Denemarken 151,5.

7 O.c., p. 205.

het nut van acceptatie van het cao-resultaat. Toepassing van artikel 14 van de Wet CAO – of anders wel het instrument van incorporatie – verzekert dat de cao ook voor ongebonden werknemers uiteindelijk gaat gelden. Als al niet sprake is van expliciete individuele instemming, gaat dit vaak langs de weg van stilzwijgende acceptatie. Soms is zelfs door onbekendheid met de juridische finesses aan beide kanten sprake van min of meer automatische doorvertaling van het cao-resultaat in een individueel contract. Bijkomend argument voor de daarmee geïmpliceerde draagkracht van het stelsel is gelegen in de uit onderzoek onder georganiseerde werknemers gebleken hoge tevredenheid over de ‘eigen’ cao.<sup>8</sup> Spiegelbeeldig, zoals eerder opgemerkt, geldt dit ook voor de steun die deze vorm van regulering in werkgeverskringen geniet.<sup>9</sup>

Deze functies in aanmerking nemend, bestaat er in potentie een arsenaal aan legitimerende argumenten voor het vigerende systeem. Toch meent de werkgroep daar niet halt te kunnen houden. Het besef dat in een veranderende maatschappelijke context nagedacht moet blijven worden over mogelijke aanpassingen en verbeteringen, is te sterk om dit te negeren.

### 11.3 Versterking van de legitimiteit en de rol van de ondernemingsraad

Vertrekpunt van de exercitie is de huidige Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO), die slechts in zeer beperkte zin en omvang eisen stelt aan de totstandkoming van een Nederlandse cao: 1. een cao kan aan werknemerskant alleen gesloten worden door een of meer vereniging(en) van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid mits zij tevens in haar statuten de bevoegdheid tot het aangaan van cao's opgenomen heeft/hebben (artikelen 1 en 2); 2. aan werkgeverskant kan een afzonderlijke werkgever of een vereniging optreden; gaat het om een vereniging, dan gelden voor haar dezelfde eisen als ten aanzien van een werknemersvereniging; en 3. voor een cao is de schriftelijke vorm uitdrukkelijk voorgeschreven.

<sup>8</sup> L. Hartveld en C. Jansen, 'CAO-analyse: wat werknemers van de CAO vinden', *Zeggenschap* 2007-18.

<sup>9</sup> Regioplan, 'Ervaringen van werkgevers met de CAO en AVV', Amsterdam juni 2007.

### 11.3.1 Ondernemingsraad in beeld

Naast het vigerende stelsel van cao-overleg is in cao'loze ondernemingen het gebruik op gang gekomen om met ondernemingsraden 'afspraken' over arbeidsvoorwaarden te maken, althans de OR een rol toe te delen ten aanzien van door de ondernemer vast te stellen collectieve arbeidsvoorwaarden. Als alternatief voor niet-legitieme of niet-vertegenwoordigende vakbonden, in ondernemingen of sectoren waar de organisatiegraad laag is, of volgens sommigen in veel meer gevallen. In het bijzonder L. Sprengers betoont zich een warm voorstander van een vitale rol van de OR in situaties waar de vakorganisatie om welke reden dan ook haar taak als onderhandelaar niet kan of wil vervullen.<sup>10</sup> Daarvan te onderscheiden is een vorm van betrokkenheid van de OR als uitvloeisel van cao-afspraken. Dan gaat het om gevallen waarin de cao-partijen het nuttig oordelen dat globale afspraken nadere uitwerking op het niveau van de onderneming krijgen in de vorm van arrangementen tussen ondernemer en OR. Anders dan in Duitsland het geval is (op basis van de Betriebsverfassungsgesetz, met het voorbehoud dat de Vereinbarung niet strijdig mag zijn met een cao-afpraak<sup>11</sup>), werken afspraken met de Nederlandse OR in beginsel op ondernemingsniveau niet door in individuele rechtsverhoudingen. Deze wettelijke rem op zelfstandig onderhandelen over arbeidsvoorwaarden met ondernemingsraden is naar het oordeel van de werkgroep gerechtvaardigd, omdat de raden de volgens ILO-Verdragen 87 en 98 vereiste onafhankelijkheid ontberen. De positie als orgaan van de onderneming, ook al treedt dit in het bijzonder op als behartiger van het werknemersbelang, maakt een volledig zelfstandige rol van de OR in de arbeidsvoorwaardenvorming minder gewenst. Juist wel acceptabel is het om die reden dat de mate van betrokkenheid van de OR afhankelijk gesteld wordt van de ruimte die cao-partijen willen laten. Een dergelijke aanvullende rol kan immers goed gecombineerd worden met een functie die de OR heeft als informatieverschaffer of met deelname van OR-leden aan de onderhandelingsdelegatie aan werknemerskant. Betrokkenheid van insiders kan in alle opzichten van groot nut zijn voor het onderhandelingsproces. Overigens is de status van de in het vervolgtraject van de cao met instemming van de OR gerealiseerde besluiten allerminst duidelijk. Te verdedigen valt, althans als de cao de uitwerking duidelijk inkadert, dat

10 Zie de bijdrage van L.C.J. Sprengers in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 59-102.

11 Betriebsverfassungsgesetz § 77, Abs. 3 en 4, S 1.

zulke arrangementen tussen ondernemer en OR de status van cao-afpraak krijgen met dezelfde doorwerking op het individuele niveau (artikel 14 van de Wet cao en mogelijkheid tot incorporatie bijvoorbeeld). De ruimte die ILO-Verdragen 135 en 154 bieden voor een vorm van betrokkenheid van ondernemingsraden, wordt naar het oordeel van de werkgroep binnen de Nederlandse arbeidsverhoudingen aldus op voldoende wijze ingevuld. De latente behoefte aan meer of anders is nooit manifest geworden. Van relevant verzet uit werknemerskring tegen een te dominante rol van de (traditionele) vakverenigingen op het vlak van vooral primaire arbeidsvoorwaarden is bijvoorbeeld niet gebleken. Als er kanttekeningen geplaatst zijn, gebeurde dit meestal vanuit de theorie. Maar theorie en wetenschap lossen het dilemma niet op dat sterke betrokkenheid van een werknemersorgaan binnen de onderneming weliswaar vormen van comanagement mogelijk maakt, maar geen garanties biedt voor onafhankelijkheid in het harde onderhandelingsproces over (primaire en/of secundaire) arbeidsvoorwaarden. In het aantal door de werkgroep onderzochte buitenlandse voorbeelden (zie hierna) komt dit het duidelijkst tot uiting in de Duitse praktijk van Betriebsvereinbarung en Bündis für Arbeit, waarvan vooral de laatste grote legitimatievragen oproept. Onder druk van een slechte bedrijfssituatie blijken Betriebsräte wel eens makkelijker te bezwijken voor de ‘verleiding’ rechten van werknemers op te offeren aan (tijdelijk) behoud van werkperspectief, al dan niet met rugdekking van vakbonden. Zover gaat de Nederlandse praktijk van samenwerking of wisselwerking van ondernemingsraden en vakbonden niet. Tot dusver bekende en/of onderzochte gevallen van bij cao aan OR’s gedelegeerde of overgelaten taken leiden niet tot onbetwiste gevolgtrekkingen over succes of falen van dit middel tot aanvulling of uitwerking van cao-afspraken op het niveau van de onderneming. Punt van aandacht moet, naast de eerder vermelde kwestie van binding (al dan niet als een cao), de handhaving zijn van hetgeen decentraal afgesproken wordt. Ook de mate waarin OR’s in die uitwerking hun eigen achterban betrekken, varieert nu nog te veel om daaraan nu al conclusies te verbinden. Vooralsnog biedt dit zich ontwikkelende speelveld naar het oordeel van de werkgroep voldoende waarborgen voor solide arbeidsverhoudingen en voor op de bijzondere omstandigheden van een onderneming toegespitste arbeidsvoorwaarden. Daarvoor is in de regel geen zelfstandig of geïsoleerd over primaire arbeidsvoorwaarden onderhandelende OR nodig. In uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld in sectoren of ondernemingen waar vakbonden (nog) geen positie verworven hebben, kan de OR in een overgangsfase een pioniersfunctie vervullen. Nuttig als leerproces. Het is echter zeer de vraag of een dergelijke rol (in alle gevallen) bestendig en tegen alle stormen opgewassen zal blijken te zijn.

Sterker nog: juist waar de organisatiegraad laag is, blijkt de OR als ‘onderhandelaar’ vaak (ook) niet de ideale belangenbehartiger te zijn, noch de pasklare oplossing te kunnen bieden voor een gebrekkig collectief bewustzijn.

### **11.3.2 Voorlopige conclusies**

De voorgaande bevinding is een van de conclusies die de werkgroep verbindt aan beschouwingen over de systemen van arbeidsverhoudingen waarvoor een aantal Nederland omringende landen in Europa gekozen heeft. Wij oriënteerden ons daarnaast op de tamelijk schaarse literatuur over vormen van delegatie aan de OR via mantel-cao's in Nederland. Het resultaat van een en ander (voor zover kenbaar) stemt tot voorzichtigheid en laat slechts tentatieve conclusies of denkrichtingen toe, naast een enkele voorzichtige aanbeveling. Het vergelijkingsmateriaal bracht ons al met al niet tot uitdagende nieuwe inzichten. Wel is in het bijzonder het Franse systeem inspiratiebron geweest voor een keuze tot aanvulling van de Nederlandse cao-praktijk met een nouveauté: het referendum. De afweging die ons tot dit niet-revolutionaire, maar wel uitdagende voorstel bracht, is – inclusief een globale beschrijving van de landenvoorbeelden – in een volgende paragraaf verwerkt.

Die paragraaf wordt gevolgd door een korte samenvattende discussiebijdrage, die ook gelezen kan worden als een beperkt aantal aanbevelingen. In een afzonderlijke bijlage wordt tot slot iets meer gezegd over de systemen van de onderzochte vier landen, die ons geïnspireerd hebben of juist tot inkeer brachten.

Het valt al met al naar onze opvatting mee met het afbrokkelen, de uitholling en/of het misbruik van het cao-systeem door veranderingen in ledenaantallen of verschuivingen binnen het ledenbestand van vakorganisaties, door maatschappelijke weerstand tegen (over)regulering of door het opkomen van aasgieren in het onderhandelingscircuit. Bij dat laatste verschijnsel doelen we op min of meer irreguliere, incidenteel opduikende deelnemers aan het overleg die het vooral te doen lijkt om werkgeversbijdragen binnen te halen als tegenprestatie voor het aangaan van een uitgekleden cao met een minimaal draagvlak. ‘Namens’ werknemers bieden *yellow unions* zich nu en dan aan om mee te werken aan de totstandkoming van een

door een kortzichtige werkgever ‘gekochte’ cao. Het voorbeeld Kooren in de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft allerminst massaal navolging gekregen of heeft zelfs een afschrikkend effect gehad. De bestendigheid van het resultaat van zulke inbraakpogingen lijkt beperkt, net als de voorbeeldwaarde. Een variant van iets andere aard is de ‘makke huisbond’ (personeelsvereniging met algemeen lidmaatschap), zoals die bij IKEA in de jaren zeventig van de vorige eeuw over arbeidsvoorwaarden ‘onderhandelde’. Van recentere datum zijn de ervaringen met de LBV, die in een aantal sectoren de traditionele bonden probeert uit te spelen. In de praktijk vallen het belang en de impact van het laatste type cao met een uiterst smal draagvlak mee, afgezet tegen de Nederlandse arbeidsverhoudingen in totaliteit. Onderzoekgegevens wijzen uit dat er niet veel meer dan 40.000 werknemers met cao’s van dit type te maken krijgen en daaraan gebonden worden.<sup>12</sup> Het is dus zaak de mate waarin de arbeidsverhoudingen en het cao-systeem door dit verschijnsel bedreigd worden, niet te overdrijven. Het systeem zelf zal er een antwoord op moeten vinden en vindt dat in de regel ook.

Toch vergt de unieke waarde van het reguleringsmiddel dat de cao is, onderhoud, in ieder geval om het politieke en maatschappelijke draagvlak te behouden. Optimale kwaliteit van het resultaat van onderhandelen en evenwichtige arbeidsverhoudingen zijn daarmee ook gediend: die kwaliteit en dat evenwicht zijn mede afhankelijk van sterke posities aan twee kanten van de onderhandelingstafel en van een optimale benutting van kennis, expertise en brede kijk op het terrein van de arbeidsverhoudingen en de arbeidsmarkt.

### ***11.3.3 Vakbonden en overheid***

Onderzoek naar vormen van nuttig of noodzakelijk te achten onderhoud bracht de werkgroep uiteindelijk slechts op een beperkt aantal voorstellen en/of suggesties die aan zulk onderhoud kunnen bijdragen. Zij worden in 11.4 uitgewerkt en beargumenteerd. Het lijkt inconsequent om enerzijds te constateren dat versterking van legitimiteit niet strikt noodzakelijk is en anderzijds (ook al is het voorzichtig) te sleutelen aan het systeem om het ‘representatiever’ te maken. Er worden natuurlijk wel eens cao’s afgesloten met een ‘vertegenwoordiging’ van werknemers die op het niveau van de onderneming of bedrijfstak slechts ‘steunt’ op een minimale organisatiegraad. Dat is in

12 M. Wilkens en P. Donker van Heel, *Evaluatie wijziging dispensatieregels Toetsingskader avv*, Rotterdam: Ecorys november 2009, p. 23.



potentie slecht voor het draagvlak van arbeidsvoorwaardenvorming op collectief niveau. Zelfs als de praktijk tot dusver minder verontrustend is, want de *Umwelt* conformeert zich veelal aan het resultaat door het zekere voor het onzekere te nemen en zich in individuele contracten vrijwillig bij een (niet op andere wijze bindende) cao aan te sluiten. Als effectiefste middel om desondanks verdere discussie over de eigen representativiteit in de kiem te smoren, zouden vakbonden vanzelfsprekend hun organisatiegraad fors moeten opvoeren. En bovendien zouden zij moeten zorgen dat leeftijdscategorieën, geslachten en etnische bevolkingsgroepen in het ledenbestand proportioneel vertegenwoordigd zijn. Daar ligt echter allereerst een opdracht voor de bonden zelf. Complementair kan de overheid of de wetgever wel een bijdrage leveren. In het kader van haar fundamentele opdracht tot bevordering van de uitoefening van collectieve werknemersrechten valt er veel voor te zeggen dat de overheid de exclusieve functie van vakbonden faciliteert met fiscale middelen of andere maatregelen. De werkgroep kiest niet voor overheidsbeleid als in België of delen van Scandinavië, waar vakbonden direct betrokken zijn bij de uitvoering van sociale zekerheid of bij scholing (waar de veel hogere organisatiegraad in die landen wellicht iets mee te maken heeft). De wetgever in Nederland zou heel goed andere voorstellen in beraad kunnen nemen waarmee het sociale overleg op een directere wijze gefaciliteerd of versterkt wordt. Tot dusver kent Nederland alleen een fiscale faciliteit voor betaling van vakbondscontributie (netto voor bruto). Er is natuurlijk niets op tegen dat bijvoorbeeld in een komend voorjaars- of najaarsoverleg van kabinet en centrale organisaties van werkgevers en werknemers de verbreding van dit type steun een plaats op de agenda krijgt. Vakbonden staat ook nog het middel ten dienste van het bedingen van voordelen voor eigen leden in de cao en in een sociaal plan, zelfs als men weet dat een beding met die strekking nooit tot avk kan leiden. De rechtspraak bejegt zulke ‘voordeeltjes’ voor contributie betalende leden waarmee *free riders* de loef afgestoken wordt, betrekkelijk welwillend, zij het dat de rechtvaardiging steeds toereikend moet zijn. Maar er is meer. Nauwelijks voor discussie vatbaar is dat versterking van maatschappelijke acceptatie van het werk van vakbonden (zoals dat zich in het bijzonder uit in onderhandelen over en het aangaan van cao's) gediend is bij een grotere betrokkenheid van de totale werknemersgroepering. Gedoeld wordt dan op de gehele betrokken populatie werknemers en niet alleen op degenen die zich al bij vakbonden aangesloten hebben. Zoals het voorbeeld van de recente cao bij Heineken aantoont, zijn bonden zich daar bewust van: zij beginnen ongeorganiseerde werknemers bij het overleg te betrekken en

dit zou wel eens een trend kunnen worden. Zonder te treden in de autonomie van bonden op het vlak van de eigen organisatie, kan een systeemverbetering vanuit zo'n bredere invalshoek benaderd worden.

#### **11.3.4 De (internationale) omgeving**

Het Britse systeem van certificering van vakbonden heeft op het eerste gezicht een zekere charme. Ook België kent een vorm van (wettelijke) erkenning van reguliere, op nationale schaal opererende vakorganisaties en in Duitsland worden eisen aan cao-onderhandelaars gesteld. Onmiskenbaar voordeel van een toetsing vooraf, maar dan min of meer als nevenproduct, is dat marginaal opererende 'pretbonden' (let wel: dat is iets anders dan categorale organisaties) uit het systeem geweerd kunnen worden. Nadelen als een overmaat aan bureaucratie, die vooral verbonden zijn aan de Britse certificatiemethodiek, lijken tegen de beperkte voordelen echter nauwelijks op te wegen. Een significante impact op de organisatiegraad is vooralsnog niet gebleken. Direct effect op de kwaliteit van onderhandelen is niet of moeilijk vast te stellen (hoogstens speculatief). Tegenover de rust die het systeem schept, staat het nadeel dat nieuwe organisaties, ook als zij alleszins bonafide zijn, grote toetredingsproblemen ondervinden. Het aan het slot van 11.1 geschetste mogelijke misbruik van het cao-middel is hiervoor bij de korte beschrijving van het verschijnsel *yellow unions* al enigszins gerelativeerd. Een dergelijke uitwas kan ook op andere manieren dan met certificering en/of een sterk opgetuigde toetsing vooraf bestreden worden. De werkgroep opteert dan ook op dit moment niet voor het overnemen van enige methode van erkenning of certificering van bonden voor toetreding tot het cao-circuit. Om de legitimiteit van het Nederlandse cao-model te versterken behoeft echter niet alleen gedacht te worden aan het stellen van (aanvullende) eisen voor het optreden van een bond als cao-onderhandelaar. Ook een systeem van 'verkiezingen', waarmee recentelijk in Frankrijk ervaring opgedaan is (het 'Franse' model), kan tot voorbeeld dienen. Waar dit Franse model gekenmerkt wordt door verkiezingen onder alle betrokken werknemers voorafgaand aan cao-overleg, heeft de werkgroep na ampel beraad een voorkeur ontwikkeld voor een alternatief model van betrokkenheid van werknemers. Daarnaast zijn ook de stelsels van collectief onderhandelen en de modellen van arbeidsverhoudingen in drie andere Europese landen binnen de EU globaal onderzocht op mogelijkheden tot verbetering van de Nederlandse praktijk. Dit heeft tot de in de volgende paragraaf beschreven inzichten geleid,

waarbij voor nadere adstructie tevens verwezen wordt naar de afzonderlijke bijlagen over het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en België.

## 11.4 De blik over de grenzen en wat leert die ons?<sup>13</sup>

### 11.4.1 *Vergelijkend overzicht*

*Het Verenigd Koninkrijk* kent sinds 1992 een certificatie van als cao-onderhandelaar erkende vakbonden, wier onafhankelijkheid in het cao-overleg aldus boven discussie verheven is. De toetsing door een *certification officer* vindt plaats op basis van wettelijke criteria, maar in een privaat systeem. Een *certificate of independence* doet verder niet af aan de autonomie van partijen om elkaar wel of niet tot onderhandelingen toe te laten. Hoewel certificering aantrekkelijk lijkt, levert zij naar het oordeel van de werkgroep geen bijdrage aan versterking van de legitimatie van een bond als zodanig. De organisatiegraad wordt er niet aanwijsbaar door beïnvloed, noch heeft het middel effect op de dekking van cao-afspraken. Hoogstens liggen in een onderzoek van de basis van het lidmaatschap, een van de toetsingscriteria, aanknopingspunten voor de kracht van een bond, naast het feit dat de onafhankelijkheid met het certificaat gewaarborgd is. Ook de registratie van gecertificeerde bonden draagt als zodanig niet bij aan legitimatie. Evenmin is het een automatisme dat er een impuls van uitgaat tot grotere aantrekkelijkheid van erkende bonden voor (potentiële) leden.

*Frankrijk* heeft met de wet van 20 augustus 2008 een systeem gecreëerd dat op het eerste gezicht wel aantrekkelijk oogt en navolging lijkt te verdienen door de nadruk die op versterking van de representativiteit van onderhandelende bonden gelegd wordt. Het Franse stelsel steunde altijd al sterk op de veronderstelde representativiteit van bonden van de vijf grote vakcentrales, waarbij andere bonden hun representatie van geval tot geval moesten verdienen. Landelijk waren echter wel zo'n 25 centrale organisaties actief. Voor het verwerven van een representatie door andere organisaties dan de grote vijf vergrootte de wetswijziging het speelveld, terwijl de

13 De landenvoorbeelden komen uitvoeriger aan bod in het landenoverzicht; infra. hoofdstuk 12 van dit boek.

traditionele bonden verplicht werden tot inspanningen die hun draagvlak zichtbaar maken. De wet van 2008 legde allereerst zeven cumulatief geldende criteria vast. Aanvullende criteria voor het niveau dat de onderneming overstijgt, worden pas in 2014 effectief. Tot de thans geldende criteria behoort – vooralsnog alleen voor onderhandelen op ondernemingsniveau – dat een bond bij verkiezingen bewijst de steun van een minimale hoeveelheid werknemers in de onderneming te hebben. Verkiezingen vinden plaats in het kader van periodieke verkiezingen voor het gehele bedrijfsleven. Wordt de kiesdrempel van 10% niet gehaald, dan is deelname aan cao-onderhandelingen uitgesloten. A fortiori geldt dit voor het afsluiten van een cao. Per saldo werken een dergelijk onderhandelingsrecht en de onderlinge verhouding in representativiteit van bonden (in stemmen-aantallen) ook door in het resultaat: een vakbond die een meerderheid van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigt, kan de geldigheid van een met andere bonden bereikt akkoord blokkeren. Zelfs als de vraag naar verenigbaarheid van dit systeem met internationale verdragen en grondrechten volledig positief beantwoord kan worden, moet het – mede in het licht van de nog zeer voorlopige en onzekere uitkomsten voor de Franse situatie – twijfelachtig worden geacht of Nederland het voorbeeld zou moeten volgen. Het idee van verkiezing als legitimatie om te onderhandelen oogt schitterend. Toch kleven er vooralsnog te veel onzekerheid en risico's van mislukking aan. De werkgroep kiest er in ieder geval op dit moment niet voor. We geven de voorkeur aan een vergelijkbaar middel om werknemers bij het onderhandelen te betrekken als (aanvullend) middel ter versterking van representativiteit en legitimatie. Die keuze wordt hierna uiteengezet en beargumenteerd.

*De Bondsrepubliek Duitsland* kent een cao-systeem dat voor de vragen die de werkgroep onderzocht, op zichzelf geen opvallende gezichtspunten oplevert. Wel biedt het als bijzonderheid de in aanleg sterkere betrokkenheid van de Betriebsrat bij het proces van cao-onderhandelingen, hoewel in Duitsland net als in Nederland onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden primair een zaak van vakbonden is. In de Betriebsverfassungsgesetz is de mogelijkheid voor bonden geformaliseerd om – via een zogeheten Öffnungsklausel – de Betriebsrat of Personalrat via de sectorale cao ruimte te bieden tot afwijking (in gunstiger zin) van een of meer bedongen primaire arbeidsvoorwaarden. Het effect van een afwijking wordt mede bepaald door de directe doorwerking van een Betriebsvereinbarung in individuele contracten (anders dan het geval is bij afspraken met

de Nederlandse ondernemingsraad). Per saldo is het macro-effect daarvan niet enorm groot, opvallenderwijs mede door onbekendheid van het middel. Tevens blijkt – en in dat opzicht verschilt Duitsland weer niet van Nederland – her en der (bij werknemers) huiver te bestaan voor een al te sterke decentralisatie en/of delegatie van totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden. Opmerking verdienen een tendens bij werkgevers om zich aan de werking van een Tarifvertrag te onttrekken door geen lid meer te worden van de werkgeverspartij bij het Vertrag en het verschijnsel van de zogeheten Bündnisse für Arbeit. Met dit laatste wordt bedoeld op afspraken van vooral grote ondernemingen of concerns met de Betriebsrat waarin een gunstigere regeling bij Tarifvertrag – in strijd met de wet – opzijgezet wordt. Het gaat dan om uitruil van voor- en nadelen in de zin dat (primaire) arbeidsvoorwaarden geofferd worden voor behoud van werk(gelegenheid). Het is moeilijk voorstelbaar dat zoiets lukt als het draagvlak, ook bij bonden en werknemers, ontbreekt. Die kennelijk hoge acceptatiegraad van zulke met de wet strijdige arrangementen valt onder meer te verklaren door de uitzonderlijke omstandigheden. Van belang is echter steeds ook het met de schaal van de onderneming samenhangende uitzonderlijke belang dat ermee gemoeid is. Uit berichten van elders blijkt dat ook in Italië met een vergelijkbaar middel geëxperimenteerd wordt. Onduidelijk is of na het verstrijken van de geldingsduur van de bewuste ondernemingsafpraak oude rechten als vanzelf herleven. Een vooralsnog onopgehelderde vraag is de mate waarin bonden zich op eerdere afspraken (blijven) beroepen of individuen hun verworven rechten bij de rechter opeisen (en vervolgens: met welk resultaat).

In combinatie met het resultaat van recent sociaalwetenschappelijk onderzoek in Duitsland en met bevindingen van de Nederlandse juriste E. Koot-van der Putte stemmen deze tendensen tot nadenken over de grenzen van hetgeen overleg op ondernemingsniveau met gekozen werknemersvertegenwoordigers vermag. Op enig moment wordt ook de grens van legitimatie van de Betriebsrat bereikt als deze keer op keer instemt met het inruilen van gunstige arbeidsvoorwaarden voor behoud van werk. Nog daargelaten dat die legitimiteit wringt met de volgens ILO-Verdragen 87 en 98 (voor vrij onderhandelen) noodzakelijke onafhankelijkheid van de werkgever/ondernemer. Vooralsnog lijkt de in Nederland geprefereerde weg een

betere. De OR wordt enigszins uit de vuurlinie gehouden en krijgt vooral aanvullende en informatieve functies toebedeeld op het vlak van (primaire) arbeidsvoorwaarden (zie 11.3).

*België* wijkt in het rijtje op diverse punten nogal af. Betrekkelijk machtige bonden, een hoge organisatiegraad en vooralsnog weinig discussie over representativiteitstekorten op een breder sociaaleconomisch terrein. Drie vakcentrales domineren het veld als vertegenwoordigers van werknemers op zowel ondernemings- en bedrijfsstakniveau als nationaal. Zij zijn ook belast met de uitvoering van de sociale zekerheid voor de meerderheid van de werknemers. Cao's worden aangegaan door paritaire comités waarin de zetels bezet worden door alleen de centrale organisaties die ook op landelijk niveau vertegenwoordigd zijn. Voor een vertegenwoordiging in de Nationale Arbeidsraad (NAR) moet een 'interprofessionele' organisatie van werknemers voldoen aan objectieve wettelijke criteria van representativiteit, die een selectie impliceren op de hoogste graad van representatie ('meest representatief'). Op dat niveau kan een cao met nationale werking tot stand komen. Daarnaast kent België een zogeheten interprofessioneel akkoord. Een dergelijk akkoord gaat in werking en dwingendheid verder dan een sociaal akkoord dat kabinet en sociale partners in Nederland kunnen sluiten in het kader van een najaars- of voorjaarsoverleg. Toch is niet gebleken dat aan deze Belgische figuur hier te lande dringend behoefte bestaat of dat we een essentieel middel tot sturing van de Nederlandse arbeidsverhoudingen missen. Net zo min kiest de werkgroep voor de (zware) selectiemethodiek die de Belgen hanteren voor niet in de NAR vertegenwoordigde bonden/centrales. Die selectie bestaat erin dat toelating tot onderhandelingen op landsniveau (NAR) plaatsvindt en dat het resultaat daarvan vervolgens bepaalt of op lager niveau over cao's meeonderhandeld mag worden. Volgens de werkgroep verdient ook het Belgische voorbeeld van bemoeienis van bonden met de uitvoering van de sociale zekerheid uit het oogpunt van representativiteit in Nederland geen navolging. De moeizame ontvlechting van bedrijfsleven en uitvoeringsorganisatie in Nederland die aan het einde van de twintigste eeuw begonnen is, nodigt niet uit om op dit punt in te grijpen (terug te gaan naar het verleden). Het debat over centrale of decentrale uitvoering van de sociale zekerheid, gekoppeld aan de arbeidsmarkt, voltrekt zich immers grotendeels in de sfeer van het ene of het andere type (semi)overheid: UWV en/of gemeenten. Bij alle kritiek die er is op daarin gemaakte keuzen of institutionele blunders, ontbreekt een sterk draagvlak voor herstel of zelfs versterking van de rol van het georganiseerde bedrijfsleven in de uitvoering zelf. Voorstanders

van een directe participatie van vakbonden op dit terrein melden zich daarin niet of nauwelijks. Daarom kan ook worden afgezien van beantwoording van de vraag of en hoe een dergelijke bemoeienis zich zou verdragen met het zo veel mogelijk veiligstellen/waarborgen van gelijke rechten op uitkering en inkomen.

#### **11.4.2 Waar brengt dit ons? Enkele tussenstappen**

Zoals aan het slot van 11.3 is opgemerkt, is het Franse verkiezingsmodel inspiratiebron voor intensief debat binnen de werkgroep geweest. Het is ook – min of meer marginaal – getoetst op internationaalrechtelijke aanvaardbaarheid. Om te beginnen daarover een aantal opmerkingen. Uitgangspunt is dat fundamentele rechten zoals deze in het ESH en in ILO-Verdragen gewaarborgd worden, vrijelijk door werkgevers en werknemers uitgeoefend moeten kunnen worden. Het gaat dan vooral om de vrijheid van (vak)vereniging en het recht op collectief onderhandelen (met connexe rechten). Voor de handhaving relevant zijn uitspraken van the European Committee of Social Rights respectievelijk the Committee of Freedom of Association (beide zijn commissies van deskundigen), waarin tot dusver gevallen van ervaren beperking van rechten getoetst zijn. Het is alleszins denkbaar dat verkiezingen die leiden tot selectie van bonden als kandidaat-onderhandelaar onder omstandigheden strijdigheid met verdragen opleveren. Dat hangt bijvoorbeeld af van de mate van objectiviteit en onpartijdigheid van de gevolgde procedure, waarbij relevant is of het resultaat aan het oordeel van de rechter onderworpen kan worden. Als vakbonden langs de weg van verkiezing het recht onthouden wordt om als *most representative* deel te nemen aan onderhandelingen of overleg, moet dit gebeuren “by reference to objective, pre-established and precise criteria” om voldoende recht te doen aan de vrijheid van vakvereniging en het recht op onderhandelen. Uitsluiting van een of meer bonden ten gunste van de positieve vakbondsvrijheid van leden van een andere bond moet volgens het comité van deskundigen van de ILO voldoen aan de

volgende eis: “This distinction should not have the effect of depriving those trade unions that are not recognized as being amongst the most representative of the essential means for defending the occupational interests of their members.”<sup>14</sup> Een weigering van de werkgeverspartij om met een aldus ‘aangewezen’ bond of met meer verkozen bonden te onderhandelen, strijdt op haar beurt met de vrijheid van vakvereniging. In ESH-verband dienen zich vergelijkbare vragen aan en worden evenzeer eisen gesteld in deze trant: voorschrijf bij wet, objectieve en redelijke criteria en mogelijkheid van onderwerping van het resultaat aan het oordeel van de rechter. Daar komt dan nog bij dat vakbonden niet zo vergaand in hun mogelijkheden beperkt mogen worden, dat zij niet meer in staat zijn effectief over cao’s te onderhandelen.

Al met al lijkt een systeem van verkiezingen, mits goed uitgewerkt, niet principieel te botsen met verdragen op het vlak van collectieve werknemersrechten. Toch kan geconcludeerd worden dat verkiezingen vragen op internationaalrechtelijk vlak opwerpen die niet met een druk op de knop opgelost zijn en die van geval tot geval tot conflicten (bij de rechter) aanleiding kunnen geven.

Minder problematisch lijkt het middel van een referendum waarbij niet een voorafgaande selectie van onderhandelende bonden het oogmerk is, doch die selectie aan het gebruikelijke krachtenveld overgelaten wordt. Ook om andere redenen gaat de voorkeur van de werkgroep uit naar een bijzondere vorm van referendum. Daarbij speelt, zoals al eerder opgemerkt is, ook een rol dat de ervaringen met het Franse verkiezingssysteem pril en onduidelijk zijn. Onmiskenbaar riskant is bijvoorbeeld dat – tegenover de kans dat bij verkiezingen af en toe een traditionele bond aan de onderhandelings-tafel zal moeten wijken voor een categorale nieuwkomer – het systeem geen oplossing biedt voor een te lage opkomst. Als de animo van kiezers te laag blijkt te zijn – en zelfs als de noodzakelijke wettelijke regeling daarvoor geen drempel bevat – zou de legitimiteit van de onderhandelaars juist ondermijnd in plaats van opgevijseld worden. Een verwant nadeel kleeft aan een referendum met als inzet dat de kiezende werknemersgroepering zich voorafgaand aan onderhandelingen mag uitspreken over partijen en/of de te plegen inzet of programmapunten. Vergelijking met ervaringen bij politieke referenda of bij verkiezingen van ondernemingsraden is riskant door onderlinge

14 Comité van deskundigen ILO, *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey. Report III (Part 4B)*, 1994, par. 97.



fundamentele verschillen, maar een daar te signaleren vrijwel constant lage opkomst versterkt de scepsis op dit punt. Niet direct voor de hand ligt het om te veronderstellen dat kiezers zich bij cao-referenda opvallend anders zullen gedragen. Het perspectief zou mogelijk anders zijn als de werknemers het resultaat van de onderhandelingen zouden mogen 'wegstemmen'. Als op die manier echter (bindend) besloten kan worden dat een bond geen cao mag aangaan op basis van een gerealiseerd onderhandelingspakket, zou dit zich evident niet verdragen met de vakbondsvrijheid. Een dergelijke beslissing is aan de bond en zijn leden voorbehouden. De werkgroep zou ook zonder die strijdigheid met een fundamenteel recht een zo vergaande inperking van de contractsvrijheid van vakbonden niet acceptabel vinden en propageert dat instrument dus niet.

Zij concludeert dat verkiezingen voorafgaand aan cao-onderhandelingen voor de samenstelling van de delegatie die aan werknemerszijde (met uitsluiting van anderen) mag gaan onderhandelen, niet bijdraagt aan versterking van legitimiteit en representativiteit. Hetzelfde geldt in versterkte mate voor een inhoudelijk beslissend referendum vooraf. Om andere redenen acht de werkgroep eveneens verkiezingen over het onderhandelingsresultaat onder de gehele populatie van betrokken werknemers *als voorwaarde* om dit resultaat de status van cao te geven, onwenselijk. Dit laatste betekent echter niet dat we een brede kiezersuitspraak na cao-onderhandelingen überhaupt willen uitsluiten. De inzet mag alleen niet de vraag zijn of een bond dan wel een aantal bonden gerechtigd is op die basis te contracteren. Voor die stap tot het aangaan van een cao zijn slechts de kaders bepalend die de betreffende bond in zijn statuten en reglementen voorzien heeft en die ertoe kunnen leiden dat vervolgens de vakbondsleden aan het resultaat gebonden worden. Daaraan wensen wij niet te tornen. Onze keuze is er wel een voor een referendum over het onderhandelingsresultaat, maar de uitwerking is genuanceerd anders. Die optie wordt hierna uitgewerkt.

#### ***11.4.3 Het resultaat: een voorstel***

Het eindresultaat zou in onze visie de navolgende gedaante kunnen hebben. De weg daar naartoe zal aansluitend in stappen beschreven worden, omdat bij een eerste toetsing in verenigingsverband (Vereniging voor Arbeidsrecht) gebleken is dat de praktijk tijd nodig heeft

om te ontdekken of dit idee tot verbetering kan leiden en wat daarvoor nodig is. In de eindfase zoals wij die in gedachten hebben, wordt na afsluiting van cao-overleg het onderhandelingsakkoord voorgelegd aan alle (betrokken) werknemers. Een meerderheid<sup>15</sup> van de werknemers in de onderneming of in de bedrijfstak/sector<sup>16</sup> bepaalt dan of en hoe de cao (ook) van toepassing kan worden op arbeidsovereenkomsten met ongebonden (niet of anders georganiseerde) werknemers. Voor georganiseerde werknemers blijft, ongeacht de uitslag van het referendum, gelden dat de artikelen 10 en 12 van de Wet CAO zorgen dat de afspraken bindend doorwerken in hun arbeidsovereenkomsten. Dat verandert slechts als hun bond in de uitslag aanleiding vindt om een handtekening aan het onderhandelingsresultaat te onthouden en dus geen cao-partij te worden. Ook blijft de verplichting van artikel 14 van de Wet CAO in stand dat de gebonden werkgever – zelfs bij een afwijzing door de kiezers in het referendum – het cao-resultaat aan de ongebonden werknemers ter fiatting aanbiedt (al gebiedt de eerlijkheid te verwachten dat die dit dan in meerderheid niet zullen accepteren). Ook de mogelijkheid van incorporatie ondergaat geen wijziging. Wel is denkbaar dat in het arbeidscontract de doorwerking van toekomstige cao-afspraken afhankelijk gesteld gaat worden van een positief uitvallend referendum. Dat zou die kiezersuitspraak het meest recht doen. Anders dan thans het geval is, vinden wij dat aan een positieve uitkomst van het referendum het rechtsgevolg verbonden kan worden dat ook de ‘ongebonden’ werknemer gebonden wordt. Ook ten aanzien van een ondernemings-cao ontstaat aldus een vorm van algemene gelding, terwijl ten aanzien van bedrijfstak-cao’s de mogelijkheid van avv afhankelijk gesteld wordt van een referendumspraak (zonder ‘ja’ geen avv). Iedere werknemer wordt in een dergelijk geval in beginsel de mogelijkheid ontnomen zich te onttrekken aan onwettelijke bedingen die onderdeel van de positief beoordeelde cao uitmaken. Net als de direct gebonden werknemer wordt een niet of

15 Daarvoor wordt gedacht aan een meerderheid van de uitgebrachte stemmen en niet aan een meerderheid van de kiesgerechtigde werknemers. Wie bij verkiezingen thuisblijft, telt niet mee.

16 Hoewel een gedetailleerde uitwerking achterwege blijft, denkt de werkgroep aan een meerderheid van alle werknemers werkzaam bij de tot de bedrijfstak of sector behorende categorie georganiseerde werkgevers. Wij zien immers niet goed hoe een referendum kan plaatsvinden in ondernemingen die zich aan organisatie onttrekken. Vooral voor georganiseerde werknemers in dienst van ongeorganiseerde werkgevers doet zich dan wel een praktisch of zelfs principieel probleem voor hoe zij hun stem kunnen laten horen (wellicht via de eigen bond?).

anders georganiseerde werknemer gebonden aan het resultaat en rest hem slechts de gang naar de rechter als hij meent dat cao-partijen in regelingsdrift bepaalde grenzen overschreden hebben. Per saldo impliceert dit voorstel dat er onder omstandigheden gesproken kan worden van een ‘algemeen verbindend verklaarde ondernemingscao’. De inzet van een referendum over het onderhandelingsresultaat in een bedrijfstak of sector wordt dan het behalen van de noodzakelijke meerderheid om avv mogelijk te maken. Niet in de zin dat die meerderheid dwingend tot avv leidt, omdat vanzelfsprekend ook aan andere criteria van het Toetsingskader voldaan zal moeten zijn, maar wel als onmisbare aanvullende voorwaarde. Een bescheiden toevoeging aan het Toetsingskader avv kan binding van een ongeorganiseerde werknemer voorkomen aan afspraken waardoor deze in de uitoefening van fundamentele rechten beknod wordt.<sup>17</sup> Naast een directe betrokkenheid van grotere groepen werknemers bij hun ‘eigen’ cao, zal de aldus te verlenen zeggenschap aan meer werknemers het draagvlak van het systeem als zodanig kunnen versterken. Een door vakbonden en vakbondsleden te maken tegenwerping zou kunnen zijn dat niet-leden zo wel heel goedkoop een stem in het kapittel krijgen. Daar staat echter tegenover dat het lidmaatschap ook andere voordelen kent, waaronder een betrokkenheid in de voorfase van onderhandelen of bij het stellen van de cao-eisen. Dat ons voorstel de aantrekkingskracht van bonden zou verminderen, is niet erg waarschijnlijk. De vraag of dergelijke referenda in een onderneming of bedrijfstak aan de legitimiteit en representativiteit kunnen bijdragen, beantwoordt de werkgroep dan ook voorzichtig positief. Voorzichtig, omdat we ons realiseren dat een ‘oplossing’ bedacht wordt voor een ‘probleem’ dat zich (nog) niet in alle opzichten of voor iedereen zichtbaar dan wel op grote schaal voorgedaan heeft. Juist daarom is het ook aangewezen dat de eventuele introductie van een aldus geamendeerd overlegstelsel al experimenterend en stapsgewijs verloopt. Daarbij komt dat er ook nagedacht moet worden over aspecten van praktische uitwerking (organisatie, methoden, selectie van de populatie, weging van stemmen

17 De werkgroep realiseert zich dat dit extra overheidsbemoeienis met ondernemingscao's met zich brengt, al moet dit niet overdreven worden. Potentieel bezwaarden zullen behoren tot de groep niet- of anders georganiseerde werknemers en cao-partijen zullen het Toetsingskader bij voorbaat in de gaten houden. Per saldo hoeft er niet van aanmerkelijk meer werk sprake te zijn dan nu al gemoeid is met aanmelding van de cao en afgifte van een kennisgeving van ontvangst. Om het beeld te bepalen: Nederland kent naast omstreeks 250 bedrijfstak-cao's achthonderd à negenhonderd ondernemingscao's.

e.d.). De voorbereiding, die ook een experimenteel onderzoek naar de haalbaarheid genoemd kan worden, zou naar ons idee aldus kunnen verlopen. De eerste stap, heel dicht aansluitend bij ervaringen die bonden van vooral de FNV recentelijk opdeden, behelst het organiseren van brede werknemersfora naast of tegelijk met het eigen achterbanberaad van vakbonden (fase I). De consultatie zal toegespitst zijn op een aantal in de onderhandelingen centraal gestaan hebbende onderwerpen en keuzen. De bond kan daarvoor samenwerken met de ondernemer, die er omwille van het draagvlak van afspraken ook belang bij heeft dat zo veel mogelijk werknemers (uit alle geledingen van de onderneming) zich uitspreken. In die eerste fase worden geen (juridische) gevolgen verbonden aan de uitspraak van de kiezers, die overigens alleszins richtinggevend kan zijn. De intentie is om ervaringen in uiteenlopende ondernemingen te verzamelen en knelpunten en oplossingsmogelijkheden te inventariseren. Intussen worden voorbereidingen getroffen voor het wetgevingsproces dat essentieel is voor fase II. Pas als gebleken is van een adequaat mobiliserend effect, worden volgende stappen in werking gezet. In die volgende fase zet de werkgever op ondernemingsniveau in overleg met de bonden de organisatie op van een algemene werknemersraadpleging over het resultaat van het cao-overleg. De inzet hiervan is dat de uitslag bepaalt of de afspraken in alle individuele contracten door zullen werken. Als de wet daarin gaat voorzien, zorgt een positieve kiezersuitspraak, na een (summiere) ministeriële toetsing, voor die algemene binding. De directe doorwerking is vanaf dat moment niet meer afhankelijk van de vraag of de cao deugdelijk geïncorporeerd is in alle afzonderlijke contracten. De afrondende fase III wordt benut om het idee tot uitvoering te brengen op het niveau van bedrijfstakken. In de voorbereiding zullen problemen opgelost moeten worden als de registratie van de tot een bepaalde sector behorende ongeorganiseerde werknemers en de middelen om informatie en meningsvorming op die schaal succesvol te laten zijn.

Al met al zijn, het is eerder gezegd, onze bevindingen tamelijk geruststellend, ook al nodigt de systeemis dat de uiterst kwetsbare legitimiteit/representativiteit op langere termijn behouden blijft, ertoe uit om te blijven nadenken over ondersteunende instrumenten. Revolutionair of niet, het voorlopig enige middel buiten zaken die in de directe invloedssfeer van vakbonden en uitvoerende overheid liggen, lijkt het referendum in de hiervoor uiteengezette vorm te zijn. Al het andere dat, elders of in Nederland, aan alternatieven

gepraktiseerd is of geopperd wordt, hebben we om uiteenlopende redenen verworpen, althans voor dit moment.

### 11.5 Conclusie: bijdrage aan discussie en suggesties

Om de werkelijkheid kan niemand heen: 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. Om daaraan het hoofd te bieden heeft de werkgroep voor een aantal vragen van representativiteit en legitimiteit de volgende conclusies getrokken en/of aanbevelingen geformuleerd.

Vooralsnog is geen zelfstandige onderhandelingsrol weggelegd voor de OR op het terrein van (vooral) primaire arbeidsvoorwaarden. Vooral de laatste tien jaar stemmen cao-partijen hun afspraken en het eigen regelingsbereik beter af op de medezeggenschapspraktijk en ontwikkelen zich vormen van samenwerking, onderlinge afstemming en delegatie die een verdere geleidelijke groei doen verwachten. Op dit moment vergt dit geen drastische wettelijke ingrepen en is het vooral aan de praktijk om de kwaliteit en effectiviteit (inclusief vragen van handhaving) op een hoger niveau te brengen. Als daar later wettelijke voorzieningen voor nodig blijken, kan het bedrijfsleven daar zelf voorzitten toe doen. Waar nodig kan onderzoek daaraan bijdragen en kunnen cao-partijen en medezeggenschapsorganen zich doen coachen of deskundig doen voorlichten.

Een vorm van certificering van vakbonden als voorwaarde voor toelating tot cao-onderhandelingen of het aangaan van een cao zal zeker voordelen hebben en kan het optreden van min of meer 'wilde' bonden tegengaan, maar heeft per saldo te veel (vooral bureau-cratische) nadelen om daarvoor te kiezen. Het is de werkgroep niet gebleken dat landen die wel met een vorm van selectie van bonden of cao-onderhandelaars werken, problemen van representativiteit, legitimiteit en lage organisatiegraad effectiever te lijf gaan, laat staan dat zij deze oplossen.

In Nederland blijft het optreden van 'wilde' dan wel niet of weinig onafhankelijke bonden beperkt, vormt de uitstraling van de met hun 'hulp' tot stand gekomen cao-afspraken tot dusver geen overwegend probleem en weet de praktijk het probleem adequaat te tackelen.

Vakbonden zelf zouden betere en effectievere middelen kunnen en moeten aanwenden om hun eigen aantrekkelijkheid en daarmee de

organisatiegraad te verhogen, niet in het minst door zich ook te richten op groepen die nu in het ledenbestand ondervertegenwoordigd zijn. Ook het middel van het bedingen van voordelen voor eigen leden in cao's hoeft daarvoor niet geschuwd te worden.

De werkgroep acht zich weliswaar niet geroepen daartoe aan bonden concrete voorstellen te doen, maar maakt – min of meer in het verlengde hiervan – één uitzondering: de Nederlandse overheid zou in het kader van haar verplichting tot bevordering van sociale cohesie, sociaal overleg en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming samen met sociale partners nieuwe of andere vormen van facilitering van collectief overleg kunnen/moeten onderzoeken.

De werkgroep doet het voorstel in Nederland de wettelijk ondersteunde mogelijkheid te openen om voorlopige cao-resultaten aan een referendum onder alle betrokken werknemers te onderwerpen als (noodzakelijke maar niet voldoende) voorwaarde om te geraken tot algemeenverbindendverklaring. Een *positieve* uitslag leidt ertoe dat niet-gebonden werknemers (zogenoeten artikel 14-werknemers) van rechtswege door de aldus 'goedgekeurde' cao gebonden worden, met het bijkomende voordeel van een zichtbaarder arbeidsvoorwaardelijke eenheid. Voor bedrijfstak-cao's zou in onze opvatting een *negatieve* kiezersuitspraak tot consequentie hebben dat geen avv van de cao-bepalingen mogelijk is. In beide situaties zal een referendum de totale populatie (bij de cao belanghebbende) werknemers intensiever bij het cao-proces en het optreden van de cao-partijen kunnen betrekken. Met als mogelijk resultaat een transparanter en democratischer cao-proces en een versterkt draagvlak.

## 12 Overzicht representativiteit vakbonden in EU-landen

*J.L.A. Helmer*

### 12.1 Inleiding

De werkgroep heeft onderzoek gedaan naar een aantal stelsels van arbeidsverhoudingen in omliggende landen, te weten België, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Deze landen zijn om verschillende redenen onderzocht. Voor België is gekeken naar de wijze waarop de wetgever met het begrip representativiteit omspringt. Tevens is er aandacht geweest voor de uitvoering van het stelsel van sociale zekerheid door de vakorganisaties. In het geval van Duitsland stond de rol van de ondernemingsraad bij het afsluiten van overeenkomsten op het terrein van (primaire) arbeidsvoorwaarden centraal. Frankrijk heeft de aandacht gehad vanwege de invoering van *élections professionnelles* om de representativiteit van vakorganisaties te toetsen. Tot slot vormde in het Verenigd Koninkrijk het stelsel van erkenning en certificering van vakorganisaties ons studieonderwerp.

Een dergelijke vrij selectieve blik op buitenlandse stelsels van totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden is – mede gelet op de opzet van deze werkgroep – noodzakelijkerwijs beperkt. De werkgroep pretendeert niet een alomvattend beeld te schetsen van de stelsels in de verschillende landen. De vraag stond voorop of een of meer specifieke onderde(e)l(en) van een stelsel van een of meer van de vier landen functioneel kan/kunnen zijn voor het versterken van de legitimiteit en/of de feitelijke representativiteit van vakorganisaties in Nederland. Niet omdat het probleem van legitimiteit zich zou beperken tot louter feitelijke representativiteit. Wel omdat de werkgroep van mening is dat voor het uitoefenen van vakbondsmacht en

voor het effectief compenseren van de machtsongelijkheid van werknemer en werkgever feitelijke representativiteit wezenlijk is. Een vakbond met een (zeer) lage feitelijke representativiteit in een onderneming of een bedrijfstak zal op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming steeds minder een vuist kunnen maken.<sup>1</sup> Een indicatie voor gebrek aan vakbondsmacht kan de omvang of frequentie zijn waarin bij cao van driekwart dwingend recht wordt afgeweken. Goede voorbeelden bieden de uitbreiding van de ketenregeling in de cao voor de horeca van Koninklijke Horeca Nederland en de maximale uitzendtermijn in de cao van de ABU.<sup>2</sup>

De werkgroep vindt het van belang de feitelijke representativiteit te versterken mede vanwege de tendens van een dalende organisatiegraad van de vakbonden over de volle linie, een vergrijzing van het ledenbestand van de bonden en het feit dat relatief weinig jongeren lid zijn van een vakbond. In 2004 was “de organisatiegraad van 15-24 jarigen 10 procent”, terwijl “de organisatiegraad van 45-plussers (...) drieëneenhalf keer zo groot [was]”.<sup>3</sup> Overigens geven onderzoekers Van Cruchten en Kuijpers als mogelijke verklaringen voor die lage organisatiegraad bij jongeren de omstandigheid dat ze later toetreden tot de arbeidsmarkt en/of dat de eerste baan als een startbaan wordt gezien die tijdelijk is en weinig affiniteit scheidt met de bedrijfstak of het beroep. Een lidmaatschap van een vakbond wordt dan nog niet als noodzakelijk of wenselijk ervaren.<sup>4</sup>

Na deze inleidende opmerkingen komt de werkgroep nu toe aan een behandeling van stelselonderdelen van de vier geselecteerde landen. Het onderhavige document is een bijlage bij de bijdrage van Staal et. al in deze bundel (hoofdstuk 11). In het onderhavige stuk wordt per land een beschrijving gegeven van een selectief aantal stelselonderdelen waarbij steeds wordt afgesloten met de bevindingen van de werkgroep.

1 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. 108.

2 Art. 5 lid 4 Cao Horeca 2010-2012 en art. 13 Cao voor uitzendkrachten van de ABU.

3 J. van Cruchten en R. Kuijpers, ‘Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers’, *Socialeconomische trends* 1<sup>e</sup> kwartaal 2007, p. 11.

4 Van Cruchten en Kuijpers 2007, p. 11.



## 12.2 België

Het stelsel van collectieve onderhandelingen speelt zich in België af op drie niveaus. Op centraal niveau vindt overleg plaats tussen werkgevers- en werknemersorganisaties in de Nationale Arbeidsraad, terwijl dit op sectoraal niveau in paritaire (sub)comités gebeurt en op ondernemingsniveau met de vakbondsafvaardiging, de ondernemingsraad en (eventueel) het Comité voor Preventie en Bescherming op het werk. Collectieve arbeidsovereenkomsten in de zin van de wet kunnen op al deze niveaus afgesloten worden, doch niet met een ondernemingsraad en het Comité voor Preventie en Bescherming op het werk.<sup>5</sup>

Dit levert het volgende schema op:

Centraal	Nationale Arbeidsraad
Sectoraal	Paritaire (sub)comités <sup>6</sup>
Ondernemingsniveau	Vakbondsafvaardiging Ondernemingsraad Comité voor Preventie en Bescherming op het werk

Data van onder andere de Europese Commissie laten zien dat op deze drie niveaus een fikse aantal cao's gesloten wordt. Zo zijn er sinds de totstandkoming van de Wet CAO in 1968 door de Nationale Arbeidsraad 101 cao's gesloten, waarbij het aantal cao's per jaar varieert van twee tot twintig.<sup>7</sup> Op sectoraal niveau zijn in het jaar 2005 999 cao's in de paritaire (sub)comités tot stand gekomen en op ondernemingsniveau is het aantal cao's significant toegenomen van 38 in 1970 naar 4.517 in 2005.<sup>8</sup> Deze laatste cao's komen vooral tot stand

5 In hoeverre een ondernemer met een vakbondsafvaardiging een cao kan afsluiten is volgens Blanpain afhankelijk van de verhouding tussen de vakorganisatie en de vakbondsafvaardiging; R. Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn: Maku 2004, p. 321. Zie ook art. 11 Cao nr. 5 betreffende het Statuut van de Syndicale Afvaardiging van het Personeel der Ondernemingen.

6 Op regionaal niveau zijn er nog de volgende overleg- en adviesorganen voor sociale partners: i) de Sociaal-Economische Raad Vlaanderen, ii) de Sociaal-Economische Raad van het Waals Gewest en iii) de Economische en Sociale Raad voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

7 Europese Commissie (et al.), *Employee representatives in an enlarged Europe: volume 1*, Luxemburg: EG 2008, p. 93.

8 Europese Commissie, a.w., p. 93.

in de voedingsindustrie, de chemische industrie, de metallurgische (Vlaamse benaming van die sector, red.) sector en sectoren waarin geen sectorale cao voorhanden is.<sup>9</sup>

Behalve cao's sluiten representatieve organisaties van werkgevers (ondernemers) en werknemers ook interprofessionele akkoorden. Indien dit akkoord door de achterban aanvaard is, zal de regering de inhoud voor de invulling van haar arbeidsmarktpolitiek niet licht naast zich neerleggen.<sup>10</sup> Deze interprofessionele akkoorden hebben niet de status van een cao, maar desgewenst zal binnen de Nationale Arbeidsraad worden geprobeerd om de punten waarover de sociale partners een akkoord hebben bereikt, om te zetten in een cao.<sup>11</sup>

Het Belgische stelsel wordt aldus in sterke mate gekenmerkt door de regel dat alleen de vakorganisaties die wettelijk het meest representatief zijn, bevoegd zijn om namens de werknemersgroepering een collectieve arbeidsovereenkomst te sluiten. Een niet-representatieve vakorganisatie heeft die bevoegdheid niet en kan dus slechts afspraken maken die niet de status van cao verwerven.

Het criterium van representativiteit heeft in België lange tijd ter discussie gestaan. Voorafgaand aan een wetswijziging van 30 december 2009 was een werknemersorganisatie representatief indien zij i) een interprofessionele organisatie van werknemers was, die ii) voor het gehele land opgericht was en die iii) in de Centrale Raad voor het bedrijfsleven en in de Nationale Arbeidsraad vertegenwoordigd was. Voorts diende de vakorganisatie iv) over ten minste 50.000 leden te beschikken. Vakorganisaties die deel uitmaakten van of aangesloten waren bij zo'n interprofessionele organisatie, werden ook als representatief aangemerkt.<sup>12</sup> Of een vakorganisatie representatief was, werd in essentie bepaald door de vraag of de organisatie in de Centrale Raad voor het bedrijfsleven en in de Nationale Arbeidsraad vertegenwoordigd was. Die vertegenwoordiging werd bepaald door de Koning. Hij benoemde namelijk de 'meest representatieve organisaties en de

9 Europese Commissie, a.w., p. 93.

10 Ten tijde van de afronding van dit stuk (februari 2011) was de ontslagnemende regering-Leterme met de sociale partners in conclaaf over een aangepast voorstel van een interprofessioneel akkoord nadat het eerdere en moeizaam bereikte akkoord door de achterban van het ABVV en ACLVB verworpen was.

11 P. Humblet en M. Rigaux, *Belgian Industrial Relations Law*, Antwerpen-Oxford Intersentia 2005, p. 336.

12 Art. 3 Wet CAO zoals die gold voor 1 januari 2010.

meest representatieve werknemersorganisaties'.<sup>13</sup> Waarom en onder welke condities een vakorganisatie als 'meest representatief' gekwalificeerd werd, was niet duidelijk. Vanuit de wetenschap en de ILO werd daarom kritiek geuit op dat criterium.<sup>14</sup> Na de wet van 30 december 2009 zijn alsnog objectieve representativiteitscriteria ontwikkeld waaraan de meest representatieve werknemersorganisaties dienen te voldoen, willen zij zitting hebben in de Nationale Arbeidsraad. Daarmee is invulling gegeven aan het criterium 'meest representatief' zoals dat voorkomt in de wet van 29 mei 1952 tot inrichting van de Nationale Arbeidsraad. In artikel 2 van die wet is nu bepaald dat de meest representatieve werknemersorganisaties aan de volgende cumulatieve voorwaarden moeten voldoen:

“Worden als meest representatieve werknemersorganisaties beschouwd de organisaties die beantwoorden aan elk van de volgende criteria:

- 1° voor het gehele land opgericht zijn en een interprofessionele werking hebben;
- 2° de absolute meerderheid van sectoren en personeelscategorieën vertegenwoordigen in de private en de publieke sector voor zover tevens de meerderheid van de werknemers vertegenwoordigd is;
- 3° gedurende de periode van vier jaar voorafgaand aan de benoemingen voorzien in artikel 5, gemiddeld ten minste 125 000 betalende leden tellen, met inbegrip van de leden van de bij haar aangesloten of geassocieerde organisaties;
- 4° de belangenverdediging van de werknemers als statutair doel hebben.”<sup>15</sup>

Met het formuleren van deze voorwaarden heeft de wetgever willen aansluiten bij de eis van de ILO dat criteria van representativiteit objectief, duidelijk en vooraf vastgesteld dienen te zijn.<sup>16</sup> Het effect van de criteria is dat de huidige vakorganisaties als meest representatief te boek blijven staan omdat zij aan alle vereisten voldoen. Voor kleinere, niet-aangesloten vakorganisaties lijkt juist de drempel hoger

13 Art. 2 lid 1 wet van 29 mei 1952 tot inrichting van de Nationale Arbeidsraad.

14 Zie onder meer hierover R. Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn: Maku 2004, p. 306 en Humblet en Rigaux 2005, p. 19 en 322.

15 Art. 91 wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *BS*. 31 december 2009.

16 Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers 4 december 2009, Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, 2009-2010, DOC 52/2299, 001, p. 67.

te zijn geworden nu er een dubbel (absoluut) meerderheids criterium en een hoger ledenaantal (125.000 in plaats van 50.000) vereist worden.

In zoverre is het ook de vraag in hoeverre de beperkte begrenzing van de bevoegdheid van de Koning om deelnemers van de Nationale Arbeidsraad aan te stellen, leidt tot het toelaten van andere dan de drie vakorganisaties/vakcentrales tot die raad. Bij een hernieuwing van mandaten kan de Koning deze mandaten wijzigen indien de ministerraad daartoe besluit na advies van de Nationale Arbeidsraad. De Koning kan van die bevoegdheid echter uitsluitend gebruikmaken indien onomstotelijk vaststaat dat de mandatenverdeling op een voortdurende en significante wijze niet langer op basis van objectieve representativiteitsindicatoren te verantwoorden valt.<sup>17</sup> Hierbij kan hij rekening houden “met objectieve indicatoren zoals de bruto toegevoegde waarde van de economische sectoren, de resultaten bij de sociale verkiezingen, het aantal betalende leden”.<sup>18</sup> Indien het bij de Nationale Arbeidsraad ingewonnen advies echter unaniem is, kan de Koning daarvan alleen afwijken mits hij een uitdrukkelijke en bijzondere motivering geeft.<sup>19</sup>

### Bevindingen werkgroep

De werkgroep constateert dat met de nadere criteria van de Belgische wetgever duidelijker gekozen wordt voor een feitelijke representativiteit van de vakorganisaties. Nu was dat op zichzelf voor de grote vakorganisaties/vakcentrales in België geen probleem omdat deze kunnen bogen op een grote aanhang, maar daarmee is nog niets gezegd over de representativiteit van de vakorganisatie op een lager – bijvoorbeeld – ondernemingsniveau. Daar kan de vraag naar feitelijke representativiteit van een vakbond wel opkomen.

De werkgroep heeft voorts nagedacht over mogelijke versterking van de representativiteit van bonden door een deel van de uitvoering van de sociale zekerheid (opnieuw) aan hen toe te vertrouwen. De conclusie was dat aan de gemaakte politieke keuzen van recente

17 Art. 91 wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *BS*. 31 december 2009.

18 Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers 4 december 2009, Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, 2009-2010, DOC 52/2299, 001, p. 70.

19 Art. 91 wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *BS*. 31 december 2009.

jaren niet getornd moet worden. De toedeling van de uitvoering in Nederland aan een centraal zelfstandig bestuursorgaan (UWV) dan wel decentrale overheidsinstanties (de gemeenten), verdraagt zich niet met vormen van uitvoering in de privaatrechtelijke sfeer, waar een uitvoeringsrol van bonden op zou neerkomen. Bovendien kan de uniformiteit van uitkeringsrechten en uitkeringsvoorwaarden in de knel komen bij een opsplitsing van de uitvoering van de sociale zekerheid over verschillende vakbonden.

### 12.3 Duitsland

Door de werkgroep is stilgestaan bij de vraag of en hoe ondernemingsraden in plaats van of in aanvulling op vakorganisaties, een rol kunnen vervullen in de totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden. Onder anderen Sprengers pleit voor een dominantere rol van de OR, zeker voor de gevallen dat in de onderneming geen cao geldt.<sup>20</sup>

De werkgroep heeft voor een onderzoek naar de rol van de ondernemingsraad bij de totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden, gekeken naar het buurland Duitsland. De Betriebsrat (ondernemingsraad) heeft in beginsel geen bevoegdheden op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden.<sup>21</sup> Alleen indien de partijen bij het Tarifvertrag (cao) dit uitdrukkelijk toestaan, heeft de Betriebsrat de bevoegdheid om ook over primaire arbeidsvoorwaarden een overeenkomst met de werkgever te sluiten. Een dergelijke clausule heet een Öffnungsklausel en partijen spreken dan de bandbreedte af waarbinnen op decentraal niveau afgeweken kan worden van de betreffende bepaling in het Tarifvertrag. Ook voor een Öffnungsklausel geldt het Günstigkeitsprinzip, hetgeen inhoudt dat alleen afwijking van het Tarifvertrag toegestaan is indien en voor zover de afwijking gunstiger is dan de regeling in het Tarifvertrag. Bij de toetsing aan dit criterium is relevant wie het Tarifvertrag beoogt te beschermen: de werknemer, het personeel in totaliteit of de werkgever.<sup>22</sup>

20 L.C.J. Sprengers, 'Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende of concurrerende vaten?', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

21 Met een beroep op art. 77 lid 3 Betriebsverfassungsgesetz: E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (Monografieën Sociaal Recht, deel 42), Deventer: Kluwer 2007, p. 297.

22 Zie over deze alinea, Koot-van der Putte 2007, p. 291.

Omdat een Betriebsvereinbarung, anders dan een afspraak met de Nederlandse ondernemingsraad, normatieve werking heeft, is het interessant om te bekijken of het afspreken van primaire arbeidsvoorwaarden op het niveau van de onderneming nu wel of niet vaak voorkomt. Uit onderzoek dat Garloff en Gürtzgen in 2008 deden naar het bestaan en de aanwending van de Öffnungsklausel en het effect daarvan op het loonniveau en de Lohnreagibilität,<sup>23</sup> komt naar voren dat slechts een klein deel van de aan een Tarifvertrag gebonden ondernemingen op de hoogte is van de Öffnungsklausel (hoogstens 12%) en slechts 50% daarvan maakt van die clause daadwerkelijk gebruik.<sup>24</sup> De meerderheid van de gebruikte Öffnungsklausel (70%) betreft het aanpassen van de arbeidstijd. Daarnaast komen vermindering van te betalen vergoedingen (loon en andere vormen van vergoeding; 32% van de gevallen) en het volledig buiten werking stellen van de regelingen van het Tarifvertrag (20% van de gevallen) voor. Voor de industriector gelden percentages van respectievelijk 78, 28 en 17. Uit een door Koot-Van der Putte aangehaald onderzoek van de Hans Böckler Stiftung (DGB) onder Betriebsräte en Personalräte (de ondernemingsraden bij de overheid) blijkt dat 51% van de aan het Tarifvertrag gebonden ondernemingen gebruikmaakt van een Öffnungsklausel op het gebied van variabele arbeidstijd. Daarnaast wordt in 26% van de gevallen de Öffnungsklausel benut voor het onderwerp arbeidsduurverlening en in 19% van de gevallen voor het onderwerp startsalarij. Het percentage van alle bedrijven die gebruikmaken van een Öffnungsklausel is op diezelfde onderwerpen respectievelijk 68, 35 en 25.<sup>25</sup>

De onderzoekers Garloff en Gürtzgen<sup>26</sup> merken op dat bij veel ondernemingen het bestaan van de Öffnungsklausel nog niet bekend is en dat zij verwachten dat het gebruik daarvan zal toenemen indien de bekendheid van de clause toeneemt. Die conclusie verhoudt zich niet zo goed met het hiervoor vermelde onderzoek van de Hans Böckler Stiftung waaraan Koot-Van der Putte refereert. Zij merkt op dat de Vertrieblischung en de decentralisatie van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming door de Betriebsräte zelf met wantrouwen tegemoet

23 A. Garloff en N. Gürtzgen, 'Öffnungsklauseln und Löhne', Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung 28 augustus 2008, [www.iab.de](http://www.iab.de) (zoek op 'Garloff').

24 Garloff en Gürtzgen 2008, p. 15.

25 Koot-Van der Putte 2007, p. 285 en R. Bispinck, 'Betriebsräte, Arbeitsbedingungen und Tarifpolitik', *WSI Mitteilungen* 2006-6, p. 301-307.

26 Garloff en Gürtzgen 2008, p. 15.

getreden worden.<sup>27</sup> “Slechts 12% van de Betriebsräte juicht de ontwikkeling toe. Ruim 30% ziet de ontwikkeling als dubieus en 53% beoordeelt de ontwikkeling als voornamelijk problematisch.”<sup>28</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat de Öffnungsklausel bij veel ondernemingen nog niet bekend is. Als de clause wel bekend is, wordt daar in de helft van de ondernemingen gebruik van gemaakt, waarbij (ook) op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden een wijziging ten opzichte van het Tarifvertrag plaatsvindt. Het lijkt erop dat de Betriebsräte zelf niet onverdeeld gelukkig zijn met deze ontwikkeling.

Koot-Van der Putte signaleert in haar proefschrift dat steeds meer werkgevers besluiten om geen lid meer te worden van een werkgeversvereniging en dat werkgevers een lidmaatschap aangaan waaruit geen gebondenheid aan het Tarifvertrag voortvloeit.<sup>29</sup> Voorts merkt ze op dat ondernemingen veelvuldig in afwijking van het Tarifvertrag, Bündnisse für Arbeit afsluiten. Ook bonden zouden in toenemende mate bereid zijn tot het sluiten van zo'n Bündnis, zij het dat in hun geval die afspraak de juridische status van een aanvullend Tarifvertrag zal hebben.<sup>30</sup> De hier gesignaleerde ontwikkeling is in algemene zin terug te vinden in het onderzoek van Ellguth en Kohaut van het IAB. Zij hebben voor het jaar 2008 onderzocht in welke mate ondernemingen gebonden zijn aan een cao voor de bedrijfstak of de eigen onderneming. Uit dat onderzoek<sup>31</sup> blijkt dat steeds minder ondernemingen gebonden zijn aan een Tarifvertrag, waarbij de onderzoekers zich de vraag stellen of in 'Oost-Duitsland' inmiddels de grens bereikt is en of in 'West-Duitsland' een verdergaande daling zal plaatsvinden van het aantal ondernemingen dat aan een Branchentarifvertrag gebonden is. Ellguth en Kohaut merken daarnaast op dat het aantal Betriebsräte sinds 1996 rond de 10% fluctueert en dat 45% van de werknemers in 'West-Duitsland' en 37% van de werknemers in 'Oost-Duitsland' door een Betriebsrat vertegenwoordigd worden. Een volgens de onderzoekers opvallende neerwaartse trend.

Uit het voorgaande volgt dat er sprake is van een duidelijke decentralisering van arbeidsvoorwaardenvorming in Duitsland. Op het niveau

27 Koot-Van der Putte 2007, p. 285.

28 Koot-Van der Putte 2007, p. 285.

29 Koot-Van der Putte 2007, p. 286.

30 Koot-Van der Putte 2007, p. 286-287.

31 P. Ellguth en S. Kohaut, 'Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung in Ost und West. Schwund unterm sicheren Dach', *IAB-Forum* 2009-2, p. 68-74.

van de Betriebsrat worden wel Betriebsvereinbarungen gesloten, maar het aantal is beperkt. Wel is het zo dat in zo'n overeenkomst van bedongen primaire arbeidsvoorwaarden afgeweken kan worden, zij het onder de beperking van het Günstigkeitsprinzip.

Interessant is de ontwikkeling van de, hiervoor reeds aangestipte, Bündnis für Arbeit (Bündnis). Dit is een overeenkomst tussen werknemers (de Betriebsrat) en werkgever waarin afspraken worden gemaakt in afwijking van het Tarifvertrag. Er vindt een uitruil van arbeidsvoorwaarden plaats: het personeel levert bijvoorbeeld loon of een eindejaarstoeslag in, in ruil voor een tegenprestatie van de werkgever zoals het niet-verplaatsen van de bedrijfsactiviteiten naar elders gedurende een aantal jaren.<sup>32</sup> Uit een studie van Massa-Wirth en Seifert blijkt dat het fenomeen van de Bündnis wijdverspreid is in Duitsland. Hoewel een overeenkomst van die strekking met een Betriebsrat of een Personalrat formeel verboden is, omdat de werknemersvertegenwoordiging geen partij was bij het Tarifvertrag, lag het percentage Duitse ondernemingen dat hiervan toch gebruikmaakt in 2003 in de bandbreedte van 20 tot 30. Bijna de helft van de grote Duitse ondernemingen past het middel toe, terwijl dit bij kleine ondernemingen vrijwel nooit gebeurt.<sup>33</sup> Uit het onderzoek van Massa-Wirth en Heifeld blijkt verder dat in een Bündnis maatregelen op het vlak van arbeidstijden de kroon spannen (76%), gevolgd door maatregelen op het terrein van organisatieveranderingen (65%) en inkomen (42%). Zo worden in 38% van de gevallen bepalingen opgenomen over vrije tijd in ruil voor overwerk, in 46% van de gevallen over het stimuleren van mobiliteit en in 20% van de gevallen over het verminderen van incidentele vergoedingen.

Rheder merkt op dat men vaak zijn toevlucht neemt tot Bündnisse om het faillissement of de insolventie van een onderneming te voorkomen. Als voorbeelden noemt ze onder meer Deutsche Lufthansa AG en Holzman AG. Voorts wijst ze erop dat andere ondernemingen de Bündnis duurzaam en systematisch inzetten, als onderdeel van strategisch management, vooral bij multinationals.<sup>34</sup>

32 Koot-Van der Putte 2007, p. 299.

33 H. Massa-Wirth en H. Seifert, 'Betriebliche Bündnisse für Arbeit nur mit begrenzter Reichweite?', *WSI-Mitteilungen* 2004-57, p. 246-254.

34 B. Rheder, 'Legitimitätsdefizite des Co-managements, Betriebliche Bündnisse für Arbeit als Konfliktfeld zwischen Arbeitnehmern und betrieblicher Interessenvertretung', *Zeitschrift für Soziologie* 2006-3, p. 229.



Betriebsrat en ondernemer sleutelen dan samen aan het beleid van de onderneming. Rheder noemt dit comanagement.<sup>35</sup>

Rheder bekritiseert de legitimiteit van deze Bündnisse allereerst op het niveau van de Betriebsrat en daarna op het niveau van de Bündnis zelf. Zij constateert vanuit een sociaalwetenschappelijke invalshoek een probleem van representativiteit bij de Betriebsräte. Zo merkt ze onder meer op dat een Betriebsrat enerzijds voor de eigen legitimatie aangewezen is op zijn heterogeniteit, maar dat anderzijds democratische processen om die heterogeniteit tot uitdrukking te brengen (of tot stand te laten komen), zo veel mogelijk vermeden worden. Dit laatste gebeurt enerzijds uit een oogpunt van efficiënte belangenvertegenwoordiging en anderzijds om de Verpflichtungsfähigkeit ten opzichte van de werkgever te verhogen. Alleen een Betriebsrat met veel invloed op de beslissingen van de ondernemer is volgens haar machtig.<sup>36</sup> Het standpunt van Rheder vanuit een juridische invalshoek beschouwend, lijkt het erop dat zij bedoelt te zeggen dat de onafhankelijkheid van de Betriebsrat bij een Bündnis niet gegarandeerd is.

Ten aanzien van de Bündnisse die op systematische wijze ingezet worden, merkt Rheder op dat twee factoren tot legitimiteitsproblemen leiden: het uitgeput raken van de zogeheten outputlegitimiteit en een toenemend ondermijnen van het vermogen tot mobiliseren van werknemers. Met de eerste factor bedoelt Rheder dat er een moment komt waarop werknemers niet meer inzien dat (nogmaals) een ruil van voorwaarden kan plaatsvinden. Een Betriebsrat legitimeert zich door de uitkomst van de onderhandeling met de werkgever. Er zal uiteindelijk een moment komen dat werknemers niet meer begrijpen waarom opnieuw een concessie aan de werkgever gedaan zou moeten worden. Als altijd maar weer de baan van een werknemer ter discussie wordt gesteld, wordt verder praten op een gegeven moment zinloos. De tweede factor houdt in dat wanneer de concessies pijnlijker worden en het onderhandelingsproces moeilijker wordt, een legitimiteitsconflict optreedt: “Sie schalten selbst – zumindest rhetorisch und kurzfristig – auf die Deutung der Auseinandersetzung als Nullsummenkonflikt um.” De Betriebsrat zal dan volgens Rheder zeer veel moeite hebben om nog werknemers te mobiliseren.<sup>37</sup> Rheder voorziet dat als gevolg van de jarenlange politiek van concessies en het vooruitzicht van blijvende betwisting

35 Rheder 2006, p. 229-230.

36 Rheder 2006, p. 231.

37 Rheder 2006, p. 233.

van arbeidsplaatsen, het concept van comanagement, waarin ondernemer en Betriebsrat participeren in strategisch beleid van de onderneming, niet zal blijven voortbestaan en dat men terugkeert naar de eerdere werknemersbelangenpolitiek.<sup>38</sup>

### Bevindingen werkgroep

De werkgroep heeft zich de vraag gesteld hoe de voorgaande ontwikkeling zich verhoudt tot de onafhankelijkheid waarover een werknemersvertegenwoordiging dient te beschikken. De werkgroep is ervan overtuigd dat ondernemingsraden te weinig onafhankelijk zijn in de zin van Verdragen 87 en 98 van de ILO en is om die reden geen voorstander van een zelfstandige rol van de ondernemingsraad in de arbeidsvoorwaardenvorming op de wijze van onze oosterburen. Dit sluit echter niet uit dat de Nederlandse ondernemingsraad een aanvullende/informatieve rol vervult ten opzichte van de onderhandelende vakorganisatie(s), profiterend van een goede kennis van de ondernemings situatie.<sup>39</sup>

## 12.4 Frankrijk

De vakorganisaties in Frankrijk hebben niet alleen te kampen met een lage organisatiegraad,<sup>40</sup> maar worden ook geconfronteerd met een legitimiteitsprobleem in een economisch en financieel veranderende wereld.<sup>41</sup> In zijn rapport aan de eerste minister van Frankrijk somt Hadas-Lebel een aantal oorzaken van dit probleem op, te weten i) het verdwijnen van traditionele industriële ondernemingen (in textiel en scheepsbouw bijvoorbeeld) waarin werknemers sterk vertegenwoordigd waren en vakbonden een hoge organisatiegraad kenden, ii) de opkomst van dienstverlenende ondernemingen, iii) nieuwe methoden van management en communicatie in ondernemingen gepaard aan afname van het aantal (echte) arbeiders, iv) de tendens tot individualisering in arbeidsverhoudingen, hetgeen heeft bijgedragen aan een afname van collectieve acties en v) de weinig succesvolle voorstellen

38 Rheder 2006, p. 240.

39 Voor een toelichting op dit standpunt verwijs ik naar hoofdstuk 11.1.3 in deze bundel.

40 Van 30% in 1950 naar 8% in 2006.

41 R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* (rapport au Premier ministre), 2006, p. 17.

om de werkloosheid aan te pakken, waardoor het vertrouwen in de werking van *grandes utopies collectives* afgenomen is.<sup>42</sup>

Volgens Hadas-Lebel hebben vakorganisaties moeite om zich aan die veranderende omstandigheden aan te passen, terwijl de groep werknemers die deze organisaties (willen) vertegenwoordigen, steeds heterogener (qua samenstelling en belangen) wordt. Het voorgaande laat onverlet dat werknemers nog wel overwegend betrokken zijn bij ‘hun’ bedrijf. De deelname aan sociale verkiezingen in de onderneming is constant groot en de vakorganisatie heeft meer steunbetuigers of sympathisanten dan enige politieke partij in Frankrijk.<sup>43</sup>

In die veranderende maatschappelijke omgeving zijn nieuwe vakorganisaties ontstaan die niet verbonden waren met de vijf meest representatieve vakorganisaties. Deze nieuwkomers waren soms zelfs representatiever dan de wettelijk meest representatief geachte vakorganisaties, waardoor een discrepantie begon te ontstaan tussen wettelijk representatieve organisaties en feitelijk representatieve organisaties.<sup>44</sup> Omdat sommige vakorganisaties representatiever waren dan de wettelijk representatief geachte en omdat die organisaties rechtsgeldig een cao wilden kunnen afsluiten, werd steeds vaker een gang naar de rechter gemaakt om (wettelijke) representativiteit af te dwingen.<sup>45</sup>

Onder meer de voorgaande ontwikkelingen waren aanleiding om het stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te moderniseren. Een eerste stap werd gezet met de wet van 4 mei 2004.<sup>46</sup> In die wet werd het meerderheidsbeginsel als criterium voor de rechtsgeldigheid van cao's vastgelegd. Dit was een duidelijke koerswijziging omdat voordien een ondernemingsovereenkomst of cao kon worden aangegaan met een vakorganisatie die – afhankelijk van het niveau waarop de cao tot stand kwam – slechts een minderheid van de werknemers

42 R. Hadas-Lebel rept zelf over *desenchantement* ofwel ontgoocheling. Hadas-Lebel 2006, p. 17-18.

43 Hadas-Lebel 2006, p. 18.

44 Hadas-Lebel, 2006, p. 18.

45 In Frankrijk kunnen alleen representatieve vakorganisaties cao's afsluiten. Op nationaal en brancheniveau kunnen afgevaardigden van een representatieve vakorganisatie cao's sluiten en op ondernemingsniveau een ondernemingsovereenkomst. Alleen op brancheniveau vinden collectieve onderhandelingen over loon plaats.

46 Wet van 4 mei 2004, nr. 2004-391, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (1).

in de onderneming, de branche of het land vertegenwoordigde. De wetswijziging bracht het beginsel tot uitdrukking dat de meerderheid een rechtsgeldige cao kan sluiten, maar dit ook kan tegenhouden (*droit d'opposition*).<sup>47</sup> Een tweede stap, die duidelijker de kern raakt van het representativiteitsvraagstuk, was de wet van 20 mei 2008.

Met die wet heeft de Franse wetgever een andere invulling gegeven aan de regeling van representativiteit. Onveranderd bleef dat een vakbond die representatief is in de zin van de wet, (onder meer) de bevoegdheid tot collectief onderhandelen heeft en dus een cao kan afsluiten.<sup>48</sup>

De ingrijpendste verandering is dat het wettelijk geregelde onweerlegbare vermoeden van representativiteit niet meer geldt. Sinds het besluit van 31 maart 1966 werd aan vijf vakorganisaties/vakcentrales die op nationaal niveau actief waren (CGT, FO, CFDT, CFTC en CFE-CGC) een onweerlegbaar vermoeden van representativiteit toegekend. Dit vermoeden gold ook voor vakorganisaties die deel uitmaakten van of gelieerd waren aan deze vijf centrales.<sup>49</sup> Andere vakorganisaties konden van geval tot geval als representatief worden aangemerkt. Dit laatste werd beoordeeld aan de hand van de volgende niet-cumulatieve criteria: i) effectiviteit, ii) onafhankelijkheid, iii) het innen van lidmaatschapsgelden, iv) ervaring en anciënniteit van de vakorganisatie en v) de patriottistische houding tijdens de bezetting.<sup>50</sup> In de rechtspraak zijn daarnaast de criteria vi) *audience* en vii) *activité* ontwikkeld.<sup>51</sup>

Na inwerkingtreding van de wet van 20 augustus 2008 wordt de representativiteit van een vakorganisatie beoordeeld aan de hand van de volgende, *wel* cumulatieve criteria: i) respect voor de waarden van de republiek, ii) onafhankelijkheid, iii) transparante financiering, iv) anciënniteit van de vakorganisatie van minimaal twee jaar, v) *audience*, vi) invloed en vii) effectiviteit.<sup>52</sup>

47 Later wordt hier nog verder op ingegaan.

48 A.Ph.C.M. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2008-1, p. 17.

49 Wet van 11 februari 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail en het besluit van 31 maart 1966. Zie ter illustratie ook: Cour de Cassation, Chambre Social (Frankrijk) 7 juli 1983, nr. 83-60025, 83-60026, 83-60028, 83-60029.

50 Art. 133-2 jo. 133-1 Code du Travail (zoals die gold op 31 juni 2008).

51 Hadas-Lebel 2006, p. 29.

52 Art. L2121 Code du Travail.

Naast de precisering van het criterium ‘anciënniteit’ (minimaal twee jaar bestaan) is de belangrijkste wijziging de wettelijke invulling van het criterium *audience*. Dit criterium wordt ingevuld op landelijk, branche-, groeps- en ondernemingsniveau. Voor al deze niveaus geldt dat de vakorganisatie een percentueel aantal stemmen dient te verwerven wil zij als representatief worden aangemerkt. Dat percentage verschilt per niveau. Op landelijk, interprofessioneel en brancheniveau is 8% van de uitgebrachte stemmen vereist, op groeps- en ondernemingsniveau 10%.<sup>53</sup> Het bepalen van het percentage stemmen gebeurt aan de hand van de uitkomst van de *élections professionnelles* zoals die nu plaatsvinden en worden geïnventariseerd door de Haut Conseil du Dialogue Social.<sup>54</sup> De inventarisatie van de uitkomst van de verkiezingen wordt verwerkt in een lijst van representatieve vakorganisaties, die elke vier jaar zal worden vernieuwd.

Indien na de sociale verkiezingen blijkt dat een vakorganisatie de kiesdrempel niet haalt, betekent dit dat deze niet mag onderhandelen met de werkgever en dat zij geen rechtsgeldige cao('s) kan afsluiten binnen de onderneming of sector waarin zij niet representatief is. De gevolgen van representativiteit werken ook door op het niveau van de status van een cao. Een cao is pas geldig indien op ondernemingsniveau een of meer vakbonden ten minste 30% van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigt/vertegenwoordigen.<sup>55</sup> Op sectoraal en interprofessioneel niveau geldt – vanaf 2014 effectief – dat een cao geldig is indien een of meer vakorganisaties ten minste 30% van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigt/vertegenwoordigen. Op al deze niveaus geldt dat een vakbond die de meerderheid van uitgebrachte stemmen vertegenwoordigt, de geldigheid van de cao kan beletten (*droit d'opposition*). De wetgever heeft met het voorgaande enige wijziging gebracht in het bij wet van 4 mei 2004 neergelegde meerderheidsbeginsel, omdat het stelsel op de drie verschillende niveaus te diffuus werd.<sup>56</sup> Op de verschillende niveaus

53 Art. L2122-1-L2122-10 Code du Travail. Voor een onderneming met minder dan elf werknemers gelden afwijkende regels. Zie hiervoor art. L2122-10-1-L2122-10-11 Code du Travail.

54 Art. L2122-11 Code du Travail.

55 Boek 2, titel 3, hoofdstuk 2 Code du Travail. In zijn algemeenheid was voor de wetswijziging het geval dat de handtekening van één bond voldoende, zolang er geen tegenstand was van andere meerderheidsbonden.

56 In deze raad zetelen vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers, aangevuld met deskundigen.

konden sociale partners namelijk de invulling van en de methode waarop dit meerderheidsbeginsel werd vastgesteld, regelen.<sup>57</sup>

### Bevindingen werkgroep

De werkgroep heeft aandacht besteed aan de vraag of dit model van verkiezingen niet in strijd komt met internationaal en Europees gewaarborgde normen. Volgens de Chambre Sociale van het Franse Cour de Cassation, voldoet de nieuwe wet aan Europese en internationale normen: artikel 4 van ILO-Verdrag 98 en artikel 5 van ILO-Verdrag 135, artikel 11 van het EVRM, artikel 5, 6 en 28 van het Europees Sociaal Handvest.<sup>58</sup>

Ook is bezien of de gewenste versterking van de representativiteit in Frankrijk effect heeft gehad. De werkgroep stuitte op het praktische probleem dat de wet van 20 augustus 2008 nog van te recente datum is om de praktische toepassing te toetsen en daaraan conclusies te verbinden. Nog daargelaten dat gegevens uit Frankrijk slechts in zeer beperkte mate beschikbaar zijn.<sup>59</sup> Sinds de wet van 20 augustus 2008 is binnen elke onderneming hoogstens één keer een sociale verkiezing gehouden.

Wel kan opgemerkt worden dat de kiesdrempel ertoe leidt dat sommige vakorganisaties niet (meer) representatief zijn op het niveau van de verkiezingen. Uit de resultaten van de verkiezingen bij de Franse spoorwegmaatschappij SNCF van 26 maart 2009 blijkt dat de centrales FO en CFE-CGC die een lijstverbinding waren aangegaan, en CFTC bij de spoorwegen niet meer representatief zijn.<sup>60</sup>

57 Wat betreft de neerlegging van het meerderheidsbeginsel en de nadere precisering daarvan, kan een parallel getrokken worden met het proces van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming bij de Nederlandse overheid. Zo geldt op rijksniveau in beginsel het overeenstemmingsvereiste. Dit houdt in dat een meerderheid (drie van de vier in de algemene maatregel van bestuur neergelegde vakorganisaties) akkoord moet zijn met het voorstel. Zie als voorbeeld art. 105 lid 3 Algemeen Rijksambtenarenreglement.

58 Cour de Cassation, Chambre Social (Frankrijk) 14 april 2010, nr. 889. Op internet is slechts summier het arrest te vinden op de pagina van de Cour de Cassation: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

59 Op de pas in juni 2010 opengestelde website van de overheid, is slechts mondjesmaat en nog zeer beperkt informatie beschikbaar over de uitkomsten van de verkiezingen: [www.elections-professionnelles.travail.gouv.fr](http://www.elections-professionnelles.travail.gouv.fr).

60 'Élections test à la SNCF', *Le Monde* 26 maart 2009, [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) (zoek op titel).

Het Franse model biedt naar onze mening gedeeltelijk aanknopingspunten als het gaat om het verkrijgen van een grotere mate van legitimiteit van werknemersverenigingen in het cao-circuit. Op zijn minst interessant is de optie dat een werknemersvereniging door middel van verkiezingen een bepaalde mate van representativiteit dient te verwerven om een cao met werkgever(s) te kunnen sluiten.

## 12.5 Verenigd Koninkrijk

De vakbeweging is in het Verenigd Koninkrijk – net als in vele Europese landen – op drie niveaus georganiseerd: nationaal, regionaal en op ondernemingsniveau. Hoewel de vakbeweging zich ook op deze drie niveaus organiseert, vinden onderhandelingen over een cao alleen plaats op het laatste niveau, dat van de onderneming. Een cao heeft de status van een *gentlemen's agreement*, zodat (de bepalingen van) het akkoord niet in rechte kunnen worden afgedwongen.<sup>61</sup> Cao's worden (dus) nageleefd op basis van overeenstemming tussen partijen dan wel op basis van de macht die een vakbond kan organiseren. Voorts geldt dat naleving en doorwerking van cao's niet in de wet vastgelegd zijn en dat het Verenigd Koninkrijk geen equivalent van de Nederlandse algemeenverbindendverklaring kent.

Een vakbond die erkend wil worden als onderhandelingspartner en rechtsgeldig cao's wil kunnen afsluiten, dient over een certificaat van onafhankelijkheid te beschikken. Dit certificaat wordt na registratie en op verzoek van de vakbond verstrekt indien van overheidswege door de *Certification Officer* is vastgesteld dat de bond onafhankelijk is in de zin van de wet.<sup>62</sup> De Certification Officer toetst op basis van alle door de vakbond zelf en door derden aangedragen informatie. Tevens verricht de Certification Officer zelf onderzoek naar de onafhankelijkheid van de vakbond. De aangelegde toets betreft de vraag/vragen of de vakbond:

“(a) is not under the domination or control of an employer or group of employers or of one or more employers' associations, and

61 Wel in rechte afdwingbaar is een cao die op papier gesteld is en voor zover deze werking expliciet bepaald is. Zie hierover art. 179 Trade Union and Labour Act.

62 Voor alle duidelijkheid: als een bond niet geregistreerd is, kan deze weliswaar niet deelnemen aan het overleg, maar is hij wel een vakbond die de belangen van de leden vertegenwoordigt en als zodanig kan optreden. Zie hierover: Jaspers 2008, p. 4-42.

(b) is not liable to interference by an employer or any such group or association (arising out of the provision of financial or material support or by any other means whatsoever) tending towards such control.”<sup>63</sup>

In dit verband wordt onder *liable to interference* mede begrepen ‘*vulnerable to interference*’ en ‘*exposed to the risk of interference by the employer*’.<sup>64</sup>

Ten behoeve van die onafhankelijkheidstoets zijn zes criteria ontwikkeld: i) de geschiedenis van de bond, ii) de basis van het lidmaatschap, iii) de organisatie en structuur, iv) financiële middelen, v) de door de werkgever(s) verstrekte faciliteiten en vi) onderhandelingsresultaten.

Eén aspect van de toetsing is dus de basis van het lidmaatschap. Dit subcriterium is op zichzelf niet voldoende om tot de (on)afhankelijkheid van een vakbond te concluderen. Uiteindelijk zal de Certification Officer het geheel van omstandigheden beoordelen voor het eindoordeel over de aanwezigheid van (voldoende) onafhankelijkheid. Als een vakbond met weinig leden in een onderneming desondanks aannemelijk maakt de mogelijke druk van een werkgever te kunnen weerstaan, kan een certificaat van onafhankelijkheid worden toegekend. Dat de basis van het lidmaatschap niet zonder betekenis is, blijkt uit de beslissing van de Certification Officer op de aanvraag van de News International Staff Association (NISA).<sup>65</sup> Daar was voor de beoordeling van het verzoek om een certificaat onder meer van belang dat niet inzichtelijk was welke steun NISA in de onderneming had. Het lidmaatschap van NISA was een *benefit of employment* zijdens de werkgever, maar van een echte binding van werknemers met NISA was geen sprake. “Until NISA starts to recruit members by asking for a commitment to the organisation by the completion of a membership form and the payment of a subscription will there be any real idea of the depth of support.”<sup>66</sup>

Als een vakbond een *certificate of independence* heeft verkregen, is hij daarmee nog niet erkend als onderhandelingspartner door de

63 Deel I, hoofdstuk I, sectie 5 van de Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992.

64 Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk), *Scquibb UK Staff Association/Registration Officer* [1979] 2 All ER 452.

65 Te raadplegen op [www.certoffice.org](http://www.certoffice.org) bij publicaties.

66 Te raadplegen op [www.certoffice.org](http://www.certoffice.org) bij publicaties, onder punt 39.



werknemer(s)- en werkgeversorganisaties. Het toelaten tot de onderhandelingstafel vindt plaats op basis van partijautonomie.<sup>67</sup>

### Bevindingen werkgroep

De werkgroep is van mening dat het stelsel van het Verenigd Koninkrijk onvoldoende aanknopingspunten biedt om tot versterking van de representativiteit in Nederland te komen. De basis van het lidmaatschap is wel een factor van belang, maar uiteindelijk niet beslissend voor het verkrijgen van een certificaat van onafhankelijkheid. Een vakbond die in staat is om de mogelijke druk van een werkgever of werkgeversorganisatie te weerstaan, is in beginsel onafhankelijk. De erkenning en certificering behoeven dus niet in strikte zin een versterking van de feitelijke representativiteit op te leveren.

Met een (met het Britse) vergelijkbaar registratiesysteem verwachten wij niet de feitelijke representativiteit van Nederlandse vakbonden te kunnen versterken. Er gaat immers geen directe impuls van uit om de organisatiegraad te verhogen. Zolang de vakbond de druk van een werkgever kan weerstaan en (dus) onafhankelijk is in de zin van de Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, hoeft zelfs de organisatiegraad van een bond niet beslissend te zijn.

De werkgroep heeft enigszins in de marge de vraag onderzocht of certificering wellicht wel een instrument is om zogeheten *yellow unions* van de onderhandelingstafel te weren. Die mogelijkheid valt zeker niet uit te sluiten, maar omdat het verschijnsel *yellow union* als zodanig geen majeur probleem blijkt te zijn (geworden), zouden wij het middel niet willen aanraden.

### Bijlage 1 Organisatiegraad in Europese landen

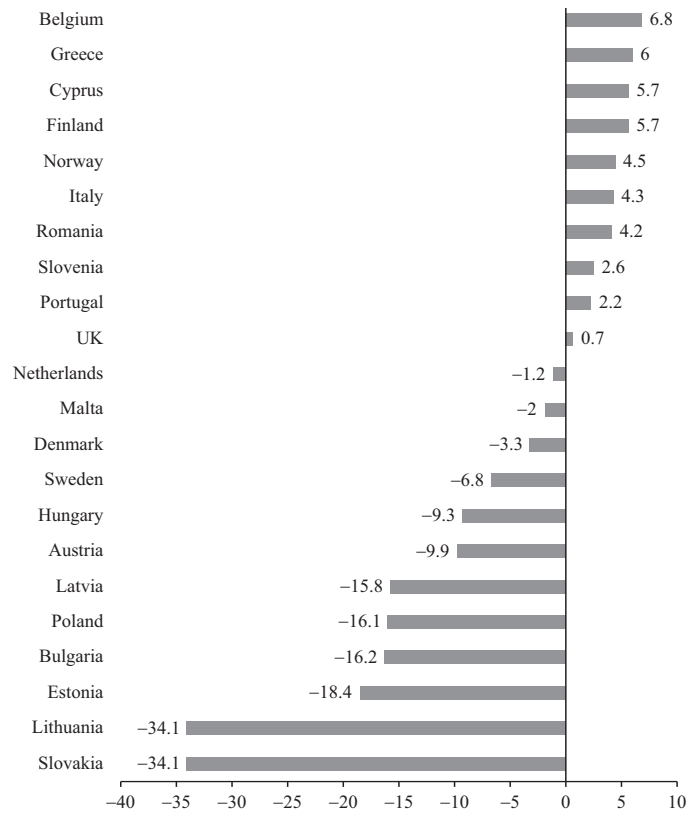
Tabel 1. Union density in EU countries 1980-2002/3 (in percent)

Year	Austria	Belgium	Sweden	Germany	France	UK	Italy	NI	EU
1980	56	54	78	35	18	50	49	35	40
1990	46	54	81	31	10	39	39	24	33
1997	40	56	82	27	8	30	36	25	29
2002/3	35	55	78	22	8	29	34	22	26

Bron: *Monthly Labor Review*, January 2006, p. 45.

<sup>67</sup> Jaspers 2008, p. 19.

Tabel 2. Change in total trade union membership, 2003-2008 (%)



Bron: *EIRO*

© *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2009

**Bijlage 2 Cao's in Nederland**

Tabel 3. Overzicht reguliere cao's in Nederland

Aantal cao's en gebonden werknemers in bedrijfstak en in onderneming

	bedrijfstakken		ondernemingen		totaal aantal	
landbouw en visserij	10	124.000	2	500	12	124.000
industrie	36	652.000	230	111.000	266	763.000
bouwnijverheid	9	334.000	4	3.500	13	338.500
handel en horeca	40	1.350.500	61	55.000	101	1.407.500
vervoer en communicatie	16	246.000	76	161.500	92	353.000
zakelijke dienstverlening	26	775.500	79	174.000	105	970.500
overige dienstverlening	48	2.115.500	51	61.000	99	2.172.000
<b>totaal</b>	<b>185</b>	<b>5.597.500</b>	<b>503</b>	<b>531.000</b>	<b>688</b>	<b>6.128.500</b>

	cao's	werknemers	cao's	werknemers	cao's	werknemers
--	-------	------------	-------	------------	-------	------------

Bron: SZW, *Voorjaarsoverzicht cao-afspraken 2011*, juni 2011

Het gaat hier om aangemelde cao's in 2011

**Bijlage 3 TNO-onderzoek: Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2007***onderzoek waardering cao's bij werknemers en werkgevers*

Tabel 4. Rapportcijfer bestaan cao (N=21.789)

	Totaal	Man	Vrouw	15-24	25-54	55-64
Hoe belangrijk vindt u het dat er cao's bestaan?	8.07	7.93	8.25	8.25	8.01	8.27

Bron: *Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2007*

*Tabel 5. Waardering cao volgens werkgevers*

	<b>2003</b>	<b>2007</b>
Direct gebonden	7,0	7,0
Door avv gebonden	6,8	6,7
Eigen cao	7,4	7,2
<b>Totaal</b>	<b>7,1</b>	<b>7,0</b>

Bron: *Ervaringen van werkgevers met cao en avv, Regioplan, 2003 en 2007*

## 13 De toekomstbestendigheid van het cao-recht: een synthese

*A.Ph.C.M. Jaspers*<sup>1</sup>

### 13.1 Inleiding

In de inleiding werden trends gesignaleerd die voor een antwoord op de vraag naar de *toekomstbestendigheid van ons cao-stelsel* van groot belang zijn. Een ontwikkeling die alom als heel cruciaal wordt aangemerkt is de afkalving van de organisatiegraad aan werknemerskant. Hoewel die ontwikkeling zich niet in alle Europese landen met een sterke vakbondstraditie voordoet – er zijn landen waar de organisatiegraad heel constant of zelfs nog stijgend is<sup>2</sup> – is die trend toch onmiskenbaar, in elk geval ook in Nederland. Representativiteit van vakbonden die aan cao-onderhandelingen deelnemen en als resultaat daarvan cao's sluiten, wordt als een hoeksteen van het cao-stelsel gezien. Gebrek aan representativiteit of wellicht zelfs een (al te) gebrekkige representativiteit zou weleens de legitimiteit van het stelsel kunnen aantasten. De toekomstbestendigheid is dan niet groot te noemen.

In de verschillende bijdragen wordt deze problematiek direct of ook indirect aangesneden. Ook voor een aantal onderwerpen die niet rechtstreeks de representativiteitsvraag raken, vormt het gebrek eraan een obstakel om problemen met sommige aspecten van het cao-recht blijvend op te lossen.

Het vraagstuk van de legitimiteit van de cao als algemeen regulerend instrument van de arbeidsvoorwaarden dat de werknemers bindt, is niet de enige uitdaging aan ons huidige cao-systeem. In

1 Met dank Marjolein Baltussen, Damiën Berkhout en Loe Sprengers voor hun waardevolle commentaar. De schrijver draagt de verantwoordelijkheid voor de tekst.

2 Zie tabellen 1 en 2 in bijlage 1 bij landenoverzicht, infra hoofdstuk 12, p. 269-270.

onze studie laten zich nog twee andere hoofdzaken die verband houden met de hoofdvraag *hoe toekomstbestendig is ons cao-stelsel* aanwijzen. Dat zijn in de eerste plaats vragen rond de reikwijdte van de werking van de cao. Het betreft dan zowel vragen met betrekking tot wat we gewoonlijk tot de personele werking van de cao rekenen alsook vragen van materiële werkingsaard. Het derde thema dat uit onze studie naar voren komt als een vraagstuk dat voor de toekomst van de cao bepaald niet zonder belang is, heeft betrekking op wat we samenvattend kunnen aanduiden als de relatie tussen de cao en de markt. Onmiskenbaar beïnvloedt de cao de markt en de markt de cao, niet alleen de arbeidsmarkt maar ook de markt van goederen en diensten. Deze problematiek is eerst goed zichtbaar geworden met de ontwikkeling van de Europese markt en het Europese recht. Deze problematiek trad voor het eerst naar buiten op het terrein van de mededinging en het Europese (mededingings)recht. Vervolgens vormde de spanning tussen aan de ene kant de fundamentele vrijheden die de pijlers zijn onder de gemeenschappelijke en de interne markt en aan de andere kant de fundamentele sociale rechten – vrijheid van vakvereniging en het daaraan gekoppelde recht op vrije collectieve onderhandelingen waaruit de cao als resultaat ontstaat, én het recht op collectieve acties in het kader van collectieve onderhandelingen – een potentieel obstakel voor de ontwikkeling van het cao-recht. Ten derde is er de ontwikkeling van de transnationale cao. Een ontwikkeling die nog pas aan het begin staat, maar die toch de vraag doet rijzen of ons nationale stelsel van cao-vorming standhoudt tegen deze ontwikkeling.

Op deze drie ontwikkelingen die direct de toekomst en de toekomstbestendigheid van de cao en het cao-recht raken, zal hierna worden ingegaan in een poging een paar algemene lijnen te trekken uit alles wat in de werkgroep en in de vier subgroepen aan de orde is geweest. Deze synthese is gebaseerd op de resultaten van de discussies die in de werkgroep en de subgroepen zijn gevoerd en die hun neerslag hebben gevonden in de voorgaande hoofdstukken.<sup>3</sup>

### 13.2 Reikwijdte van de werking van de cao

De vragen die zich opdringen met betrekking tot de werking van de cao betreffen zowel de *personele reikwijdte* van de cao als de *materiële* aspecten van de werking. Onbestreden lijkt de grote

<sup>3</sup> Ik zal verwijzen naar de verschillende bijdragen onder vermelding van de namen van degenen die voor de teksten verantwoordelijk zijn in de gedachte dat zij het resultaat zijn van interne discussies in de subgroepen.

reikwijdte van de cao. Die was en is nog steeds groot. De cijfers laten zien dat het overgrote deel van de werknemers gebonden is door en aan een cao: in 2011 vallen meer dan 6,1 miljoen werknemers onder een cao, zij het rechtstreeks als ‘direct gebonden’ werknemers, zij het als artikel 14-werknemers al dan niet versterkt met een incorporatiebeding, of als gevolg van algemeenverbindendverklaring van cao’s. Dat is meer dan 92% van het totaal aantal werknemers<sup>4</sup>. Dat percentage is al jaren, zo niet al decennia vrijwel constant hoog. Neemt men daarbij de hoge waarderingscijfers voor of anders gezegd de grote tevredenheid met de cao als reguleringsinstrument van arbeidsvoorwaarden<sup>5</sup> dan lijkt de toekomst van de cao wel verzekerd.

Deze onbezorgdheid is wellicht toch niet helemaal terecht. Niet dat die algemene werking op de tocht staat, maar een paar ontwikkelingen in cao-land zouden wel eens voor meer dan oppervlakkige rimpelingen kunnen zorgen. Ik loop er een aantal bij langs.

#### *Artikel 14 van de Wet CAO*

De oplossing van de algemene werking via artikel 14 van de Wet CAO heeft voor de praktijk haar waarde wel bewezen.<sup>6</sup> De vragen die hierbij toch telkens weer opkomen en die mede worden ingegeven door de opkomst van nieuwe, relatief kleine vakbonden met een veelal eenzijdige samenstelling wat belangen en belangengroepen betreft, geven aanleiding voor een overdenking van deze praktijk. Wanneer cao’s worden gesloten door zulke kleine, vaak categorale vakbonden met uit- of buitensluiting van de grote, breed samengestelde (traditionele) vakbonden,<sup>7</sup> rijst de vraag of de artikel 14-oplossing nog wel houdbaar is. In de literatuur is gepleit voor een algemene toepassing van de artikel 14-gedachte<sup>8</sup> zodat een cao op alle

4 Zie tabel 3 in bijlage 2 bij hoofdstuk 12 van dit boek (Landenoverzicht), infra, p. 271. 5.597.500 werknemers vallen onder een bedrijfstak-cao en 531.000 onder een ondernemings-cao.

5 Zie tabellen 4 en 5 in bijlage 3 bij hoofdstuk 12 van dit boek (Landenoverzicht), infra p. 271-272.

6 Art. 2 lid 1 Wet AVV ondersteunt deze aanpak indirect door deze groep werknemers te laten meetellen bij het vaststellen van de ‘belangrijke meerderheid’.

7 Breed wat betreft de verschillende groepen en categorieën van werknemers en dus met een breder scala van te behartigen en te verdedigen belangen; gewoonlijk aangeduid als ‘brede’ vakbeweging.

8 Zie F.B.J. Grapperhaus, ‘De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao’, *SR* 2002, p. 184-190; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 95. In die richting ook E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht*, Amsterdam: Amsterdam University press 2003, p. 19.

werknemers in dienst bij een gebonden werkgever wordt toegepast, ongeacht of de werknemer lid is van de vakbond die contractspartij is. Hoewel daarvoor wel wat te zeggen valt, zo eenvoudig is die oplossing niet. In de rechtspraak is al eens – voorzichtig – de conclusie getrokken dat in die situaties artikel 14 van de Wet CAO juist niet zo ‘klakkeloos’ moet worden toegepast. Dat geldt met name wanneer een dergelijke cao die een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt, wordt toegepast op de werknemers die georganiseerd zijn in de brede vakbonden die de onderhandelingstafel om inhoudelijke redenen hebben verlaten. Toepassing van artikel 14 van de Wet CAO is dan geen automatisme meer.<sup>9</sup> Het zal duidelijk zijn dat hier ook het vraagstuk van de representativiteit aan de orde is. Op het einde kom ik daarover nog te spreken.

*Dispensatie bij algemeenverbindendverklaring*

Vastgesteld moet worden dat de algemeenverbindendverklaring zolang die in ons land zo algemeen wordt toegepast, voor veel rust zorgt. Maar een rustig bezit is het instrument van de algemeenverbindendverklaring niet (meer). Zoals ik al in de inleiding constateerde ligt dit instrument sinds de jaren negentig van de vorige eeuw wat onder vuur, wellicht niet zozeer het middel zelf, maar wel de ‘klakkeloze’ of automatische toepassing ervan.<sup>10</sup> Bruins en Jacobs hebben gewezen op de toenemende betekenis van de dispensatie als middel om onder die algemene werking uit te komen. Nu is daar niets op tegen wanneer er op controleerbare gronden gebruik van wordt gemaakt om zo meer maatwerk, meer flexibiliteit mogelijk te maken. Het f-woord, zo typerend voor de ontwikkelingen in het Nederlandse arbeidsrecht van de laatste tijd, klinkt ook hier duidelijk. Tegenover terughoudendheid van de minister om van zijn bevoegdheid in deze gebruik te maken pleiten zij voor meer en evenwichtig gebruik van de bevoegdheid om dispensatie te verlenen door de cao-partijen. Deze zijn beter in staat tot een overwogen en afgewogen beleid, al stelt dit wel eisen aan die partijen. Hier loert wel het gevaar van een meer versnipperde vakbeweging, waarbij partijen die de cao sluiten niet altijd (meer) de grote groep van werknemers vertegenwoordigen

9 Zeker niet als het om afwijking bij cao van driekwart dwingend recht is. Zie hierover E. Verhulp, ‘Komt de ongebonden werknemer een beroep toe op afwijking van driekwart dwingend recht?’, *SMA* 2008, p. 91.

10 Als hoofdbezwaar tegen zo’n automatische algemeenverbindendverklaring wordt wel de starheid die dat oproept, ingebracht. Zie G. Zalm, ‘Betekenis en toekomst van de algemeen verbindendverklaring’, *ESB* 1992, p. 364.



of hun belangen representeren.<sup>11</sup> Het huidige systeem laat een goede mix van flexibiliteit en inflexibiliteit toe maar een goede procedurele inbedding is dan wel geboden met de minister meer op de achtergrond. Wellicht zou een commissie uit het bedrijfsleven met een onafhankelijke voorzitter die toeziet op de dispensatiepraktijk van de cao-partijen, voldoende zijn om dat doel te bereiken. Een inhoudelijke pakketvergelijking moet dan wel tot het gebruikelijke instrumentarium behoren waarbij de inzet niet is ‘goedkopere maar andere arbeidsvoorwaarden’.

*Institutioneel versus contractueel?*

Beltzer heeft waar hij het incorporatiebeding als bindingsmechanisme op de korrel neemt, gewezen op de twee benaderingen van de cao. De cao is aan de ene kant ontegenzeggelijk een contractueel fenomeen en anderzijds heeft zij een institutionele functie. Die twee kunnen wel eens met elkaar in botsing komen en dan is het de vraag of het contractuele het moet winnen van het institutionele of andersom. De institutionele benadering stoelt op de gedachte, de aanname dat vakbonden de belangen van de werknemers als groep, als collectief vertegenwoordigen en behartigen. Zij worden geacht en verondersteld in het spel van geven en nemen een verantwoorde afweging te maken. Het is af- of uitruil tussen de onderhandelende werkgevers en de vakbonden. Dat legitimeert hun rol, positie en optreden. Maar ook hier vervult de – veronderstelde – representativiteit een cruciale rol. Staat die onder druk dan kan de institutionele benadering aan het wankelen worden gebracht.

Via het incorporatiebeding wordt een lek gedicht in de algemene werking van een cao voor alle werknemers van een bedrijf waarvoor de cao geldt. Daarmee, zo zou men met Beltzer kunnen zeggen, wordt via de contractuele weg aan het institutioneel belang recht gedaan. Door de soms of wellicht vaak gebrekkige formulering van het incorporatiebeding vallen er gaten. Volgt men de institutionele benadering als de ‘hoofdweg’ dan zou men bij een interpretatie van een dergelijk beding meer gewicht kunnen of moeten toekennen aan de institutionele insteek en dus de vigerende cao als de geldende cao ook voor deze werknemers moeten aanmerken. De vraag lijkt alleszins gerechtvaardigd of hier de Haviltex-formule wel moet worden toegepast. Een negatief antwoord ligt in de rede. Of daarmee ook de consequentie wordt aanvaard dat de institutionele benadering ook

11 Voor het verschil tussen ‘vertegenwoordigen’ en ‘representeren’ heb ik eerder aandacht gevraagd. Zie T. Jaspers, ‘Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?’, *ArA* 2008-1, p. 23 e.v.

moet worden toegepast wanneer de vigerende cao een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt, is niet gezegd. Moet hier dan de 'redelijkheid en billijkheid' uitkomst (kunnen) bieden?<sup>12</sup> Wordt aan de institutionele benadering ernstig getornd met name vanwege een gebrekkige of gebrek aan representativiteit en daarmee legitimiteit van vakbonden, dan ligt een meer contractuele benadering van het incorporatiebeding voor de hand. De Haviltex-formule komt dan weer in zicht.

De strijd om voorrang tussen de institutionele en de contractuele benadering ligt nog volledig open.

Dat dilemma kan men ook voelen bij de vraag of de kring waarvoor de cao kan of moet (gaan) gelden, zou moeten worden uitgebreid met twee in omvang toenemende groepen: de gewezen of ex-werknemers en de zzp'ers. Om de laatste groep gelijkaardig te behandelen zijn er goede redenen. De in omvang toenemende groep van zelfstandigen zonder personeel verkeert in een met werknemers vergelijkbare sociaaleconomische positie van afhankelijkheid. Het bieden van bescherming door hen onder te brengen in een cao wordt daardoor gerechtvaardigd. Een andere reden is dat zij een 'gevaar' kunnen vormen voor het cao-gebouw zelf: het op 'prijs' concurreren met de cao-werknemers. Om dat af te wenden moeten zij onder een cao worden gebracht. Koot-Van der Putte meent dat het onwenselijk is om concurrentie op loonkosten door outsiders – de zzp'ers – ten koste van de insiders – de werknemers – te laten plaatsvinden. Als men daarvoor kiest dan is dat een keuze voor een meer institutionele benadering die het vrije contracteren inperkt. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is het overigens nog een vraag of het kan. De Nederlandse mededingingsautoriteit heeft ernstige twijfels maar, zo concludeert Koot-Van der Putte, de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU kan zeer wel in een andere richting wijzen.

Voor het onderbrengen in een cao van de aanspraken van de andere groep: de gewezen of ex-werknemers, zijn eveneens goede redenen, maar er kleven ook bezwaren aan. Dat het in de praktijk gebeurt bewijst dat er kennelijk behoefte aan is. Ook hier treedt het institutioneel perspectief op de voorgrond. Maar zoals Baltussen heeft laten zien, is de juridische houdbaarheid twijfelachtig. De problemen doen zich voelen wanneer na het einde van de arbeidsrelatie per cao een verslechtering van de – verworven of opgebouwde – rechten optreedt. Moet het individuele belang, het in stand laten van

12 De Laat heeft hier eerder op ingezet. J.J.M. de Laat, 'Redelijkheid en billijkheid en de collectieve arbeidsovereenkomst', *SR* 2002, p. 69, 70.

de aanspraken, wijken voor het institutionele? Baltussen geeft argumenten vóór en tegen. Enerzijds is er wel wat voor te zeggen om het institutionele minder sterk te laten spelen, omdat het verworven/opgebouwde rechten kan aantasten waarbij de gewezen werknemers niet in de positie zijn hun belangen – even zwaar – te laten meewegen bij het maken van keuzes. Aan de andere kant kan de institutionele benadering acceptabel zijn, mits de belangen van deze groep wettelijk worden veiliggesteld. Bij een institutionele insteek kunnen gewezen werknemers ook belang hebben.

#### *Nawerking*

Nawerking van een cao is – in elk geval in ons land – een algemeen erkend middel om gaten in de continuïteit van elkaar opvolgende cao's te dichten.<sup>13</sup> Dat middel voldoet, zeker in de praktijk, prima en voorstanders van afschaffing zijn niet of nauwelijks te vinden. Daarvan moet worden onderscheiden nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Over de vraag of dat zou moeten, zijn de meningen wel verdeeld. Naast vele voorstanders zijn er ook uitdrukkelijke tegenstanders. De laatsten weten zich gesteund door de Hoge Raad die in het *Rode Kruis Ziekenhuis*-arrest onomwonden besliste dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet voor nawerking in aanmerking komen. Daarvoor zijn goede redenen te noemen die nauw aansluiten bij een strikte interpretatie van de regeling van de algemeenverbindendverklaring.<sup>14</sup> De voorstanders van nawerking hebben een keur van argumenten. De politiek én de sociale partners hebben evenwel geen behoefte aan een – wettelijke – vastlegging van het standpunt van de voorstanders. Zij kunnen met de praktijk goed uit de voeten. Er gaat zonder twijfel voor de cao-partijen een stimulans van uit om tijdig algemeenverbindendverklaring aan te vragen om zodoende het gat zo klein mogelijk te houden.

Beltzer brengt deze problematiek in relatie met het onderscheid tussen het contractuele beginsel en de institutionele functie van de cao. Algemeenverbindendverklaring, in de praktijk vooral relevant voor de ongebonden werkgever, betekent een – ernstige – inbreuk op de contractsvrijheid. De ongebonden werkgever staat immers – uit eigen keuze – buiten het geïnstitutionaliseerde stelsel van cao-vorming. Voor het handhaven van de door de Hoge Raad ingeslagen weg, dat wil zeggen het beginsel van contractsvrijheid laten prevaleren boven de institutionele benadering, is des te meer reden,

13 In de praktijk wordt dit gat meestal gedicht door de opvolgende cao terugwerkende kracht te geven.

14 Zie hierover de bijdrage van R.M. Beltzer in hoofdstuk 7.4 van dit boek.

wanneer de representativiteit van vakbonden nog meer kwestieus wordt, wat niet denkbeeldig is. Veel van de argumenten van de voorstanders van algemene nawerking, dus ook bij algemeenverbindendverklaring, verliezen dan aan gewicht en de contractuele ondergrond wordt dan weer dominant. De institutionele benadering kan dan geen rechtvaardiging meer zijn voor inbreuken op het beginsel van contractsvrijheid.

De stelligheid van deze oplossing wordt wat genuanceerd wanneer men toch waarde blijft hechten aan eerdere rechtspraak van de Hoge Raad op dit onderwerp.<sup>15</sup> In arresten als *Beenen-Vanduhó*<sup>16</sup> maakte de Hoge Raad een uitzondering op het strakke hantering van het contractsbeginsel door aan ‘verworven rechten’ wel nawerking toe te kennen. De Hoge Raad koos, wellicht uitdrukkelijk, niet voor de ‘princiële’ lijn waarop de Centrale Raad van Beroep zich had beroepen:<sup>17</sup> vrijheid van organisatie in combinatie met contractsvrijheid. Voor de benadering van de Hoge Raad: geen nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen maar wel wanneer er sprake is van verworven rechten, zou men als rechtvaardiging kunnen aanvoeren dat hij waarde hecht aan de institutionele functie van de cao.

### *Samenloop*

Franx, Hofstee, Sick en Sprengers constateren dat verreweg de meeste problemen die ontstaan wanneer er sprake is van samenloop van verschillende cao's, gemakkelijk kunnen worden opgelost door de cao-partijen zelf, als zij erop bedacht zijn en het ook willen. Dat past ook beter in ons stelsel dat het initiatief en de bevoegdheid om cao's aan te gaan laat bij werkgevers en vakbonden. Dat geldt, volgens deze schrijvers, ook in geval van gebrekkige representativiteit van vakbonden die bij samenlopende cao's betrokken zijn.

Mogelijke problemen die zich voordoen bij samenloop van cao's en nawerking, vooral in geval van overgang van onderneming, zien zij het beste opgelost in een institutionele benadering op kosten van de individuele contractsvrijheid. Daarvoor zou artikel 14 van de Wet CAO moeten worden aangepast in die zin dat daarin wordt vastgelegd onder welke – procedurele – voorwaarden een cao van toepassing is voor alle werknemers die onder de werkingssfeer van die cao vallen. Anders dan Grapperhaus, die al eerder had gepleit

15 Beltzer is van mening dat deze eerdere rechtspraak overruled is door het *Rode Kruis Ziekenhuis*-arrest.

16 Later nog bevestigd en uitgebreid in het arrest van 7 juni 2002, *NJ* 2002, 75 (Luitjens/J.B. Groothandel in Vlees).

17 CRvB 27 juni 1978, *RSV* 1978, 338.

voor een aanpassing van artikel 14 van de Wet CAO met als doel alle werknemers gebonden te laten zijn door de cao,<sup>18</sup> kiezen zij voor een oplossing die steunt op het draagvlak dat voor de toe te passen cao wordt verkregen. Zij sluiten aan bij ideeën die in de subgroep representativiteit zijn geanalyseerd en uitgewerkt, welke hierna nog aan de orde komen.

### 13.3 De cao en de markt

De cao is in wezen een prijsmechanisme en is daarom direct gelieerd aan de markt, niet alleen de arbeidsmarkt maar ook de markt van goederen en diensten. Hoewel dat altijd al onderkend is, werd dat weer duidelijker door de zaken voor het Hof van Justitie van de EU waar het Hof te beslissen kreeg of de cao als zodanig in strijd komt met het mededingingsrecht.<sup>19</sup> Het Hof kende aan de cao immuniteit toe voor overtreding van het kartelverbod. Daarmee is de kous niet af, zoals Smits en Wirtz hebben laten zien. Dat is het gevolg van de structuur van de markt van collectieve onderhandelingen. Als cao-partijen, of het nu aan werkgeverskant dan wel aan werknemerskant is, de markt afsluiten, kunnen zij zich schuldig maken aan misbruik van hun machtspositie waardoor andere partijen, meestal nieuwkomers, de toegang tot de markt van cao's wordt ontzegd met als mogelijk gevolg dat zij daardoor 'het loodje leggen'. Zij zijn dan niet in staat om concurrerende afspraken over de prijs van de arbeid te maken. Daarvan zal overigens niet heel snel sprake zijn omdat aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan wat niet vaak het geval zal zijn. Het overheidsinstrument van de algemeenverbindendverklaring brengt een mogelijk misbruik wel dichterbij, zo wordt terecht gewaarschuwd. De minister zal zich daarvan in zijn beleid rekenschap moeten geven.

In de Europese context duikt misbruik van machtspositie door vakbonden ook nog eens op als er sprake is van dwang die bonden aan (buitenlandse) nieuwkomers op de markt uitoefenen wanneer zij hen dwingen een bestaande cao te volgen. In de zaken van *Laval* en *Viking* heeft het Hof van Justitie van de EU piketpaaltjes geslagen.

18 F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao', *SR* 2002, p. 184-190.

19 In de zaken HvJ EU 21 september 1999, nr. C-67/96 (*Albany International BV*); HvJ EU 21 september 1999, nr. C-115/97-117/97 (*Brentjes*); HvJ EU 21 september 1999, nr. C-219/97 (*Drijvende Bokken*); HvJ EU 12 september 2000, nr. C-180/98-184/98 (*Pavlov*) en HvJ EU 21 september 2000, nr. C-222/98 (*Van der Woude*).

Behalve dat collectieve acties die dat op het oog hebben, niet geoorloofd kunnen zijn, kan uit die uitspraken ook volgen dat buitenlandse concurrenten met een beroep op het vrij verkeer van diensten kunnen weigeren zich te schikken naar de nationale cao-afspraken en vrij zijn eigen collectieve afspraken te maken en daarmee de bestaande arrangementen te beconcurreren. Het nationale institutionele stelsel kan dan wel eens onder druk komen te staan. De beschermingsgedachte, toch een pijler van het cao-systeem, wijst niet onverbiddeijk de richting aan. Worden de werknemers die onder een concurrerende cao vallen, minder goed beschermd dan onder het nationale systeem? De Letse en Estse werknemers waren daarvan niet overtuigd en hun vakbonden ook niet omdat zij nog altijd beter af waren dan in Letland en Estland. Smits en Wirtz stellen voor dat er wellicht een toets zou kunnen (moeten) worden aangelegd waarmee beoordeeld kan worden of de cao-afspraken geschikt en noodzakelijk zijn om de belangen van werknemers te behartigen. Daarmee wordt een beoordeling van het optreden van een vakbond als belangenbehartiger geïntroduceerd. Opnieuw stelt zich hier het probleem van de representativiteit van een vakbond, waarmee het fundamentele recht van vrijheid van vakvereniging en het annex ervan, recht op vrije collectieve onderhandelingen, in het geding komen. Het aanleggen van zo'n maatstaf, hoe plausibel ook, zou wel eens kunnen sneuvelen omdat het in strijd komt met de fundamentele vakbondsrechten.

Op een ander terrein van de markt – de interne Europese markt – heeft de spanning tussen enerzijds de fundamentele vrijheden, de pijlers onder de (interne) markt, en anderzijds de fundamentele sociale rechten zich geopenbaard. Het Hof van Justitie van de EU heeft hier opnieuw de lijnen getrokken. Immunitet voor de vakbondsrechten tegenover de vrijheid van diensten of vestiging wijst het Hof af. Of het vakbondsrecht het 'wint' van een fundamentele vrijheid hangt af van de uitkomst van een beoordeling op grond van een proportionaliteitstoets. Men kan erover strijden of het Hof die gelijkelijk verdeelt over beide kanten. Moet een beperking van een vrijheid (van dienstverlening) met een beroep op een fundamenteel recht (van onderhandelen met als doel een cao dan wel van collectieve acties voeren ter bereiking van dat doel) objectief worden gerechtvaardigd overeenkomstig de bekende, vaste criteria die het Europese Hof in de loop van vele jaren heeft ontwikkeld? *Of the other way around*: moet een beperking van een fundamenteel recht met een beroep op een fundamentele vrijheid objectief gerechtvaardigd worden? Bepleit wordt dat zij beide worden aangelegd. Het gevolg is in elk geval dat het uitoefenen van het recht op vrije

collectieve onderhandelingen eventueel onder druk van (dreigen met) collectieve acties beperkt wordt door de ‘wetten van de interne markt’. De mate van beperking staat nog niet vast en zal zich verder moeten uitkristalliseren. Het behoeft geen betoog dat het nationale stelsel van onderhandelingen als onderdeel van het cao-systeem, inclusief het nationale recht op collectieve acties, zijn ongeschonden bestaan niet meer zeker is.

De Nederlandse markt van cao's wordt door nog een andere ontwikkeling op de Europese, of zelfs de internationale markt beïnvloed. Internationale en Europese (collectieve) overeenkomsten met een grensoverschrijdend karakter<sup>20</sup> hebben inmiddels hun intrede ook op de Nederlandse markt gedaan. De vraag van reële beïnvloeding van het nationale stelsel van cao's stelt zich als die – Europese of internationale – overeenkomsten directe werking krijgen in ons nationale stelsel. Die vraag is vooralsnog niet beantwoord. Berkhout, Even, Lamers en Schraffordt hebben geanalyseerd dat een dergelijke overeenkomst onder voorwaarden een cao zou kunnen worden. Dat is nog wat anders dan het ook te willen. Maar ook als die stap niet wordt gezet bestaat er invloed van de Europese collectieve overeenkomst op ons nationale stelsel. Werking van een dergelijke overeenkomst kan volgens de schrijvers op verschillende manieren: langs de weg van a. direct effect, b. indirect effect of c. implementatie. Veelal, zo wordt verwacht, zullen de verschillende vormen van doorwerking in een soort van glijdende schaal in elkaar overlopen. Vragen van doorwerking zullen zeker opkomen wanneer de transnationale cao materiële zaken voor individuele werknemers gaat inhouden die ook in nationale cao's staan, iets dat zich hier en daar al voordoet.

Een prangende vraag ook hier blijft die naar de legitimiteit van dergelijke grensoverschrijdende bindende overeenkomsten. Direct daarmee verbonden is de vraag naar de representativiteit van de partijen bij die overeenkomst. Aan werkgeverszijde lijkt dat probleem niet (zo) groot. De concerndirectie zal de bevoegdheid gewoonlijk wel hebben. Aan vakbondskant ligt het wellicht ingewikkelder. Dat is zeker

20 Het gaat hier met name om collectieve overeenkomsten op concern niveau, de zogenoemde *transnational company agreements*. Daarnaast zijn er op Europees niveau bedrijfstakovereenkomsten, met name in de metaalindustrie, en overeenkomsten waarbij de Europese vakbonden partij zijn en die de status van Europees (kunnen) krijgen. Bijvoorbeeld op het terrein van ouderschapsverlof, bepaalde-tijdcontracten en deeltijdarbeid.

het geval wanneer, zoals de praktijk laat zien, de Europese ondernemingsraad de onderhandelingspartij is.<sup>21</sup> Nog afgezien van een juridisch gebrek om voor de werknemers bindende afspraken te maken, ontbeert hij, zo is de algemene opvatting, legitimiteit én representativiteit.<sup>22</sup> Steviger wordt de binding wanneer vakbonden, nationale en Europese en/of internationale, partij zijn bij de overeenkomsten. Maar dan nog is de vraag welke bonden kunnen als – voldoende – representatief worden aangemerkt en hoe wordt beslist welke bonden ‘meedoen’.

#### 13.4 Het vraagstuk van legitimiteit en representativiteit

De toekomst van de cao als reguleringsinstrument van arbeidsvoorwaarden met een brede werking, wat een essentieel kenmerk ervan is en ook voorwaarde voor haar effectiviteit, is direct verbonden met de legitimering van het hele stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Hoewel de basis – zeker in de praktijk – sterk is, zijn er tekenen van twijfel. Al zeer lang is het bestaansrecht en het bestaan van het stelsel niet echt betwist, eerder is er sprake van het omgekeerde, wat nog eens onderstreept wordt door de tevredenheidsmonitor.<sup>23</sup> Blekman, Geelkerken, Hafkamp, Helmer, Plessen, Ruiten, Schellart, Schmah, Six en Staal hebben in hun bijdrage een viertal functies genoemd die het bestaansrecht van ons systeem schragen. Hoe overtuigend die ook zijn en aangevuld met de erkenning die het cao-stelsel in het internationale en Europese circuit krijgt,<sup>24</sup> de vraag is of dat voldoende is en blijft voor de legitimering en acceptatie ervan. Met name de ontwikkelingen in vakbondsland zorgen voor een opleving van de discussie over het bestaansrecht van dit collectieve reguleringsstelsel. Zij doen de vraag rijzen of vakbonden nog wel voldoende gelegitimeerd zijn voor het voeren van collectieve onderhandelingen resulterend in bindende arbeidsvoorwaardenregelingen. In de bijdrage wordt erop gewezen dat een verder afkalvend

21 Al dan niet gezamenlijk optredend met of ondersteund door Europese vakorganisaties.

22 Aan deskundigheid van de Europese ondernemingsraad hoeft in de regel niet getwijfeld te worden.

23 Zie tabellen 4 en 5 in bijlage 3 bij hoofdstuk 12 van dit boek (Landenoverzicht), infra p. 271-272.

24 Naast de ILO-Verdragen 87, 98 en 154 kan gewezen worden op het Europese Sociale Handvest van de Raad van Europa en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, allemaal door Nederland geratificeerd.



en qua samenstelling veranderend (verouderend en meer eenzijdig) ledenbestand op den duur het draagvlak voor de cao en mogelijk ook de legitimiteit van onderhandelende partijen zal (gaan) uithollen. Daarnaast kan wat wel de proliferatie van vakbonden wordt genoemd,<sup>25</sup> in concrete onderhandelingsituaties een bijzonder probleem opleveren. Dat geldt in het bijzonder in een situatie waarin een (zeer) kleine vakorganisatie een cao afsluit die gaat gelden voor een veel grotere werknemersgeleding. Als de niet-vertegenwoordigde overgrote meerderheid die kan bestaan uit in het geheel niet-georganiseerde werknemers, maar ook uit personen die anders georganiseerd zijn en wier bond bewust of door uitsluiting buiten de onderhandelingen bleef, zich niet kan vinden in de gesloten cao, lijken de cao en de vakbond(en) die de cao sloot (sloten) aan legitimiteit in te boeten. Dat geldt nog meer als de partij aan werknemerskant akkoord gegaan is met afwijking in pejus van wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht<sup>26</sup> of ook wel van eerdere cao's.

Moet hieruit worden afgeleid dat we op zoek moeten gaan naar mogelijkheden om de legitimiteit van het stelsel te versterken, wil het stelsel (kunnen) overleven? Het feit dat dit probleem ook in andere landen leeft en wordt bediscussieerd,<sup>27</sup> wijst erop dat het geen typisch Nederlands vraagstuk is. Rayer en Van Leeuwen-Scheltema zien wel een rol weggelegd voor de ondernemingsraad. Niet dat de ondernemingsraad een eigen, zelfstandige positie in de onderhandelingen gegeven zou moeten worden, maar de betrokkenheid van werknemers bij het maken van en vormgeven aan cao-afspraken kan worden vergroot en daarmee wordt de legitimering versterkt. Dat past prima in de ontwikkeling naar meer decentralisatie naar een lager niveau van overleg en onderhandelingen. Een verdere verschuiving naar het ondernemingsraadniveau stuit af op een gebrek aan representativiteit en onafhankelijkheid en soms ook deskundigheid van de

25 Zie T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?', *Ara* 2008-1, p. 4.

26 Zoals gebeurd is in 2006. Zie de uitspraken van de kantonrechters in Hilversum en Utrecht. Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006, 57; Ktr. Utrecht 27 juli 2006, *JAR* 2007, 81.

27 In de inleiding heb ik erop gewezen dat in sommige landen de legitimiteit niet onder druk staat omdat de organisatiegraad nog steeds (heel) hoog is. Wat overigens nog niet zegt dat een discussie überhaupt niet aan de orde is. De zaken *Laval* en *Viking* hebben in landen als Zweden en Finland met een hoge organisatiegraad het vraagstuk vooraan op de agenda gezet.

ondernemingsraad.<sup>28</sup> Het Duitse voorbeeld van Betriebsvereinbarungen laat overigens zien dat die weg niet per definitie een onbegaanbare is. Een ander voorstel dat wordt gedaan, is zeker de moeite van discussie waard als we zoeken naar middelen om de legitimiteit en het draagvlak te versterken. Door de ondernemingsraad – wettelijk – de bevoegdheid te geven om de cao te handhaven wordt de betrokkenheid van werknemers en daarmee, naar men mag verwachten, de legitimering van het stelsel, vergroot. En dat is pure winst.

Algemeen wordt aangenomen dat een hoge(re) mate van legitimiteit wordt bevorderd door, zo niet afhangt van een grote mate van representativiteit van onderhandelende en cao's afsluitende vakbonden. Het belang daarvan wordt in verschillende bijdragen benadrukt. Hoe representatiever de bonden, hoe sterker de institutionele functie wordt. Als het gaat om de werking van artikel 14 van de Wet CAO of om nawerking, ook van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, of om de toepassing van het incorporatiebeding, zonder beperkingen, in al deze gevallen maakt een hoog representativiteitsgehalte die algemene (door)werking van de cao in alle arbeidsverhoudingen aanmerkelijk acceptabeler. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat een dispensatiebeleid van de cao-partijen, met de overheid op de achtergrond, succesvoller en effectiever zal zijn als vakbonden sterk zijn; hoe representatiever hoe beter.

Behalve door de groep die zich nadrukkelijk over het representativiteitsvraagstuk heeft gebogen, wordt ook door anderen<sup>29</sup> gepleit voor een mechanisme waarmee het draagvlak van de cao kan worden vergroot. Voorgesteld wordt het draagvlak en daarmee de legitimiteit te vergroten door invoering van een systeem van verkiezingen. Dat kan in verkiezingen vooraf van de vakbond(en) die gaan onderhandelen, of door stemming achteraf onder leden en niet-leden over het onderhandelingsresultaat als een oplossing voor samenloopproblemen in geval van overgang van onderneming, simpelweg omdat er dan geen twee cao's bestaan die met elkaar concurreren.

Blekman, Geelkerken, Hafkamp, Helmer, Plessen, Ruiter, Schellart, Schmahl, Six en Staal hebben een aantal opties onderzocht die de legitimiteit van ons stelsel zouden kunnen vergroten. Daarmee is niet gezegd dat het ook per se nodig is om een dergelijke reparatie uit te voeren, maar als de representativiteit te sterk onder druk komt te

28 Heel terecht wijzen zij er ook op dat een ander groot obstakel ligt in de bevoegdheid van de kantonrechter om vervangende goedkeuring te geven (op basis van art. 32 lid 4 en art. 27 lid 4 WOR).

29 Bijvoorbeeld Franx, Hofstee, Sick en Sprengers in hoofdstuk 8 van dit boek en Beltzer in hoofdstuk 7.

staan en als gevolg daarvan de legitimiteit van het hele stelsel ernstig gevaar loopt, menen zij dat een versterking nodig is. De ‘Franse oplossing’ vinden zij om meerdere redenen niet aantrekkelijk. Zij staan daarin zeker niet alleen. Een stelsel als in België dat gekenmerkt wordt door een sterk gesloten karakter past niet in ons land. Certificering van vakbonden, iets wat in het Verenigd Koninkrijk gebruikt wordt, levert echter behalve bureaucratie evenmin het verwachte resultaat. Als naast een meer actieve opstelling van vakbonden zelf of het aantrekkelijker maken van lidmaatschap, overheidsingrijpen nodig is wordt gekozen voor de – wettelijke – introductie van het *referendum*. Een positieve uitslag van een referendum waarin de voorlopige cao-resultaten aan *alle* betrokken werknemers worden voorgelegd, vormt de voorwaarde voor een algemeenverbindendverklaring. Een ander gevolg dat aan een *positieve* uitslag zou kunnen worden verbonden is dat niet-gebonden werknemers – dat wil zeggen de artikel 14-werknemers – van rechtswege aan de aldus ‘goedgekeurde’ cao gebonden worden. Dit voorstel dat past in de trend van het aanreiken van optionele oplossingen, dat wil zeggen dat als men ervoor kiest, men ook aan die procedure gebonden is, ondersteunt, zo zou men kunnen vaststellen, de institutionele benadering van ons cao-systeem.

### 13.5 Afsluiting: robuust, maar toch!

Wat leert de exercitie zoals die door de werkgroep is ondernomen, ons nu? In de eerste plaats laat het zien dat ons stelsel robuust is en ook wel kan blijven. De dekkingsgraad en tevredenheidsgraad zijn beide groot, zowel onder de directbelanghebbenden als in de politiek en de samenleving. De conclusie ligt dan voor de hand: niks aan de hand. Er zijn wel wat – kleinere – problemen, maar die zijn binnen het stelsel wel op te lossen. De werkgroep heeft niet gepleit en hoefde ook niet te pleiten voor actief optreden van de politiek/de wetgever om het stelsel – vooralsnog – functionerend te houden. De reparaties kunnen heel goed door de sociale partners worden uitgevoerd. Op verschillende plaatsen in dit boek is deze oplossing voorgesteld. Sociale partners zullen de handschoen dan wel moeten oppakken. Omdat de cao ‘hun ding’ is, ligt dat ook voor de hand. Het zou het voordeel (kunnen) hebben dat meer maatwerk wordt geleverd, iets waartoe zij beter in staat zijn dan de wetgever/de politiek die immers in de regel meer in algemene (regelgevende) maatregelen denkt en handelt.

Deze uitkomst zou aan het exploratieve werk van de werkgroep echter geen recht doen. Zoals in de inleiding aangekondigd, de

werkgroep is ook op zoek gegaan naar meer principiële vragen rond het bestaan en voortbestaan van ons cao-stelsel. Dat heeft een drietal centrale discussiepunten naar boven gebracht. Die discussie moet worden gevoerd om het stelsel toekomstbestendig te houden, dat wil zeggen opgewassen tegen ontwikkelingen die zich aandienen. Of met een bekend gezegde: ‘een slimme meid is op de toekomst voorbereid’.

De twee belangrijkste discussiepunten betreffen 1. het vraagstuk van de representativiteit van vakbonden en 2. de invloed van Europa. Het derde onderwerp voor discussie: institutioneel of contractueel, is sterk gelieerd aan het eerste onderwerp.

Is representativiteit een noodzakelijke voorwaarde voor het in stand houden van ons cao-stelsel? Juridisch wellicht niet, maar maatschappelijk lijkt die vraag niet te ontwijken. Verliest met andere woorden het stelsel zijn legitimiteit wanneer vakbonden onvoldoende representatief zijn? Wat is ‘onvoldoende’? Is het, wanneer de representativiteit kwestieus is of wordt, een oplossing als de werknemers die door een cao gebonden worden, enige reële invloed hebben op de gelding van de gemaakte cao-afspraken?<sup>30</sup> In de werkgroep zijn een paar ideeën naar voren gebracht. Die verdienen zeker de aandacht als we in beschouwing nemen dat er een versplintering van vakbonden ontstaat en kleine(re), gebrekkig representatieve vakbonden<sup>31</sup> via het instrument van ons cao-systeem met zijn brede werking de arbeidsvoorwaarden van grote aantallen werknemers bepalen. Of vanuit werkgeversperspectief: wat als er voor allerlei deelbelangen aparte cao’s moeten worden afgesloten? Moeten werkgevers hun onderhandelingspartners gaan kiezen uit een veelheid van bonden? En hoe? En vervolgens; hoe realiseer je een samenhangend arbeidsvoorwaardenbeleid als onderdeel van een humanresourcesbeleid?

In dat verband kan de vraag meegenomen worden of we (blijven) kiezen voor een institutionele benadering die de contractuele benadering op het tweede plan houdt dan wel dat het contractuele element een sterker accent moet krijgen. Op een aantal deelonderwerpen speelt deze vraag, zoals onze exercitie heeft laten zien. Het antwoord op die vraag is van direct belang voor de keuze die we maken met betrekking tot de inrichting van het stelsel. Vastgesteld kan wel worden dat (voldoende) representativiteit van de vakbonden als

30 Zie daarover de beschouwing van schrijver dezes: T. Jaspers, ‘Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?’, *ArA* 2008-1, p. 23 e.v.

31 Gebrekkig in de zin van kleine aantallen leden, of eenzijdig samengestelde, op deelbelangen gericht.

contracts- en onderhandelingspartijen een institutionele benadering ondersteunt. Het omgekeerde is niet per se het geval. Een gebrek aan of een gebrekkige representativiteit hoeft niet per se te leiden tot een dominantie van de contractuele insteek. Het bestaan en het functioneren van een cao-stelsel als collectief reguleringssysteem kan voldoende zijn voor een institutionele benadering.

De Europese dimensie daagt uit waar het gaat om de vraag of het stelsel wordt aangetast wanneer vakbonden een machtspositie hebben en die uitbaten om hun sterke positie te verdedigen en te behouden. Het (Europese) mededingingsrecht en de rechtspraak rond de fundamentele vrijheden – de zaken *Laval*, *Viking*, *Rüffert* en *Luxemburg* – stellen het systeem van collectief onderhandelen en het sluiten van allen bindende cao's wel op de proef en zorgen ervoor dat we niet rustig achterover kunnen leunen. In combinatie met het recht op collectieve acties lijkt Europa ons stelsel niet onberoerd te laten, al is nog moeilijk vast te stellen hoe groot de aanslag erop is. De Europese cao is weliswaar in opkomst, maar vooralsnog lijkt zij de Nederlandse cao nog onberoerd te laten. Wanneer de eerste, zeker bij verdergaande economische integratie, meer aan concrete inhoud wint, zullen de consequenties van deze transnationale cao's groter worden.

Het eindoordeel van de werkgroep is dat ons systeem nog stevig genoeg is om de (naaste) toekomst van de cao met vertrouwen tegemoet te zien. Afgezien van een aantal problemen, is het stelsel toekomstbestendig, maar wij menen wel – en dat was en is ons doel – dat we ons niet in slaap moeten laten sussen. De praktijk, de politiek en de wetenschap kunnen en moeten aan de slag. We denken er een flinke aanzet toe te hebben gegeven.



# Werkgroep Cao-recht van de Vereniging voor Arbeidsrecht

*Voorzitters: M.F. Baltussen en A.Ph.C.M. Jaspers*

## **Samenstelling subgroepen**

### **1. Subgroep *Personele aspecten***

A.T.J.M. Jacobs (voorzitter)  
A.T. Chinnoe (secretaris)  
C.W.G. Rayer  
E. Koot-van der Putte  
J.A. Bruins  
M. van Leeuwen  
M.E.C. Kristen  
M.F. Baltussen

### **2. Subgroep *Materiële aspecten***

R.M. Beltzer (voorzitter)  
P.Th. Sick (secretaris)  
L.C.J. Sprengers  
E.N. Franx-Schaap  
L.I. Hofstee  
G. de Bock  
A. Zuidinga  
H. de Graaf  
M.N. Hoogendoorn  
W.A. van Zelderen  
A.P. Kruijff

### **3. Subgroep *Europese/internationale aspecten***

D.F. Berkhout (voorzitter)  
I. Schraffordt (secretaris)  
K. Boonstra  
M. Diepenbach  
J.H. Even  
A.A.H. van Hoek

M.J. Klinkert  
S. Meijer  
H. Moltmaker  
D.J. Smits  
R. van der Stege  
M.S. Wirtz

**4. Subgroep *Representativiteit***

A.F.A.M. Schellart (voorzitter)  
N.C. Six (secretaris)  
S. Geelkerken  
W. Hafkamp-van der Zwaard  
J.L.A. Helmer  
H.M. Kooymans  
W. Plessen  
N.W. Ruiter  
B. Schmahl  
H. Staal  
S. de Valk



## Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, *De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.*  
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, *Werkgelegenheid: recht of beleid?*  
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, *Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.*  
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, *Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.*  
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement.*  
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, *Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.*  
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, *Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.*  
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, *Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.*  
ISBN 90 14 03352 4

- 9 Mr. B. Madlener, *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.*  
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.*  
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, *Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.*  
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, *Het ontslagrecht op de snijtafel.*  
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, *Flexibele arbeidsrelaties.*  
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Herziening van het ontslagrecht.*  
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, *De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.*  
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, *Commentaar op SER-advies 88/12.*  
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.*  
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.*  
ISBN 90 6092 678 1
- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, *Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.*  
ISBN 90 6092 772 9

- 20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*.  
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, *Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de sociale zekerheid*.  
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, *Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk*.  
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclecticische beschouwingen*.  
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, *Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid*.  
ISBN 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), *Tewerkstelling over de grenzen*.  
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, *Medezeggenschap op Europees niveau*.  
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), *Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland*.  
ISBN 90 312 1763 8
- 28 Mr. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*.  
ISBN 90 2683 532 9
- 29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*.  
ISBN 90 2683 577 9
- 30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.), *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*.  
ISBN 90 2683 820 4

- 31 Mr. C.G. Scholtens (red.), *Ontslagrecht volgens ADO*.  
ISBN 90 2683 867 0
- 32 Dr. A.G. Nagelkerke, Dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Arbeids-  
verhoudingen in ontwikkeling*.  
ISBN 90 Y00 1586 5
- 33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een  
nieuw spoor?*  
ISBN 90 130 1659 6
- 34 Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.), *Voor De Laat: de  
Hoge Raad*.  
ISBN 90 130 2813 6
- 35 Mr. R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereen-  
komst in tienvoud*.  
*Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*  
ISBN 90 13 03273 7
- 36 Mr. J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeids-  
overeenkomst*  
ISBN 978 90 13 05430 9
- 37 Prof. mr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet (red.),  
*De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de  
wetgever*  
ISBN 978 90 13 06737 8
- 38 Prof. dr. K. Boonstra (red.), *Negentig jaar Internationale Arbeids-  
organisatie*.  
ISBN 978 90 13 08416 0
- 39 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers en mr. M.F. Baltussen, *De toekomst  
van het cao-recht*.  
ISBN 978 90 13 09843 3