

De relatie CAO-ondernemingsraad en de doorwerking van afspraken in de individuele arbeidsovereenkomst: een juridische notitie

1. Inleiding

Bij de behandeling van het wetsvoorstel aanpassing arbeidsduur in de Eerste Kamer op 8 februari 2000, is in meer algemene zin gesproken over (zelf)regulering. De centrale vraag was of er de laatste tijd steeds vaker (dwingende) bemoeienis van de overheid aan de orde is. Dit heeft geleid tot de notitie “(Zelf)regulering: relatie overheid, sociale partners / medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen”, die op 4 mei 2000 naar de Eerste Kamer is gezonden.

Op 13 november 2001 heeft in de Eerste Kamer de openbare behandeling van deze notitie plaatsgevonden. Op 14 maart 2001 is in de Tweede Kamer een algemeen overleg gevoerd over de notitie (zelf)regulering.

Bij de openbare behandeling in de Eerste Kamer is een nadere notitie toegezegd over de juridisch-technische aspecten van de relatie CAO-ondernemingsraad, inclusief aandacht voor de geldigheidstermijn van afspraken met de ondernemingsraad en eventuele strijdigheid met Europese regelgeving.

Centraal in deze notitie staat de formele positie van CAO respectievelijk ondernemingsraad in de arbeidsvoorwaardenvorming. Er bestaat geen verschil van mening over het primaat: de CAO is een regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde. Dat betekent dat zodra een onderwerp inhoudelijk in de CAO is geregeld, er geen ruimte meer is voor de ondernemingsraad. Deze “bottom line” loopt als rode draad door de notitie.

De ondernemingsraad komt op het terrein van de arbeidsvoorwaarden op drie verschillende manieren in beeld. De Wet op de ondernemingsraden geeft hiertoe twee mogelijkheden. Ten eerste een uitbreiding van bevoegdheden door middel van een CAO-afpraak (art. 32 lid 1 WOR). Ten tweede - indien de CAO hiertoe de ruimte laat - een uitbreiding van bevoegdheden via een zogenoemde ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad (art. 32 lid 2 WOR). Tenslotte kunnen ook op grond van specifieke wetgeving de bevoegdheden van de ondernemingsraad worden uitgebreid.

Alvorens in te gaan op de specifieke juridische aspecten in de relatie tussen CAO-partijen en de ondernemingsraad alsmede de (on)mogelijkheden van doorwerking van gemaakte afspraken in de individuele arbeidsovereenkomst, is het van belang om de meer algemene juridische kaders waarbinnen zich deze problematiek afspeelt, te schetsen. In paragraaf 2 zal stil worden gestaan bij de verschillende partijen betrokken bij de arbeidsvoorwaardenvorming. In paragraaf 3 komt de rechtskracht van CAO-afspraken aan de orde en de wijze waarop doorwerking in individuele arbeidsovereenkomsten plaatsvindt. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad op basis van de WOR. In paragraaf 5 komt dan de mogelijkheid van uitbreiding van bevoegdheden op basis van specifieke wetgeving aan de orde. In paragraaf 6 wordt aandacht besteed aan de geldigheidsduur van overeenkomsten met de ondernemingsraad en tenslotte wordt in paragraaf 7 stilgestaan bij internationaalrechtelijke aspecten die hierbij een rol spelen.

2. Partijen bij arbeidsvoorwaardenvorming in juridisch perspectief

In deze paragraaf wordt kort ingegaan op de juridische basis van de verschillende partijen die betrokken kunnen zijn bij arbeidsvoorwaardenvorming, waarbij gevolgen voor individuele arbeidsovereenkomsten kunnen intreden. Overige arbeidsvoorwaardenregelingen, zoals een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan, blijven buiten beschouwing.

2.1. Individuele werkgever en werknemer

Voor wat betreft arbeidsvoorwaarden die neergelegd zijn of (kunnen) worden in arbeidsovereenkomsten gelden de uitgangspunten van contractsvrijheid en dat enkel de partijen die een overeenkomst zijn aangegaan aan die overeenkomst zijn gebonden. Partijen bij een arbeidsovereenkomst zijn in beginsel een individuele werkgever en een individuele werknemer. Op de arbeidsovereenkomst zijn de wettelijke bepalingen omtrent rechtshandelingen (Boek 3 BW), omtrent verbintenissen en overeenkomsten (Boek 6 BW) en de specifieke regeling van Boek 7 titel 10 BW van toepassing, voor zover de regeling van de arbeidsovereenkomst hiervan niet binnen de door de wet gestelde grenzen afwijkt.

2.2. CAO-partijen

De individuele arbeidsovereenkomsten worden veelal genormeerd door CAO's. De artikelen 1 en 2 van de Wet CAO bepalen wat onder een CAO wordt verstaan en wie partij kunnen zijn bij een CAO. CAO-partijen aan werkgeverszijde kunnen zijn: een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers. CAO-partijen aan werknemerszijde kunnen zijn: een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers. Een CAO afgesloten met een werkgever wordt aangeduid als ondernemings-CAO. Een CAO afgesloten met een of meer werkgeversverenigingen wordt aangeduid als bedrijfstak-CAO of sector-CAO.

De bevoegdheid van een CAO-partij om verplichtingen aan haar leden op te leggen en rechten aan leden toe te kennen, vindt zijn grondslag in het verenigingsrecht. Deze bevoegdheid wordt ingevolge artikel 2:34a BW bepaald door de statutaire inrichting van de vereniging. Daarnaast kan de vereniging overeenkomsten sluiten die rechtstreeks gevolgen voor de leden hebben. Het bestuur of een afzonderlijke bestuurder vertegenwoordigt de vereniging bij het sluiten van overeenkomsten. De mogelijkheid voor een vereniging om haar leden jegens derden verplichtingen op te leggen wordt expliciet genoemd in artikel 2:46 BW. In de Wet op de CAO heeft de verenigingsrechtelijke ledenbinding een specifieke uitwerking gekregen. Het sluiten van een CAO moet tot de statutaire doelstellingen van een werkgevers- of werknemersorganisatie behoren, wil zij rechtsgeldig een CAO kunnen afsluiten. Daarmee wordt aan aspirant-leden duidelijk gemaakt dat het lidmaatschap van de betreffende vereniging ertoe leidt dat zij aan een eventueel afgesloten CAO gebonden kunnen raken.

Alleen indien een bepaalde overeenkomst op grond van de bepalingen uit de Wet CAO als een collectieve arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd en deze CAO vervolgens conform artikel 4 van de Wet op de Loonvorming bij de Minister van SZW is aangemeld, kunnen de rechtsgevolgen van de Wet CAO intreden.

Uit het bovenstaande vloeit voort dat alleen aan werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties gezamenlijk de mogelijkheid toekomt verdergaande rechtsgevolgen in het leven te roepen dan op grond van het algemene verbintenissenrecht mogelijk is.

In artikel 18 van de Wet op de CAO is geregeld dat de maximale looptijd van een CAO vijf jaar bedraagt. Een langere looptijd zou -mede omdat omstandigheden op de arbeidsmarkt snel kunnen veranderen- eerder tot onrust dan tot rust leiden.

2.3. Minister

De Minister van SZW heeft de bevoegdheid om op verzoek van een CAO-partij bepalingen van een CAO verbindend te verklaren voor werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de CAO vallen, voorzover een CAO geldt voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen. De verbindendverklaring heeft een publiekrechtelijk karakter: het is een daad van materiële wetgeving.

De wijze waarop de Minister zijn bevoegdheid dient te hanteren is omlijnd in de Wet AVV en het daarop gebaseerde Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen.

2.4. De ondernemingsraad

Op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is een ondernemer die een onderneming in stand houdt waar in de regel ten minste 50 personen¹ werkzaam zijn, verplicht een ondernemingsraad in te stellen en de regels van de WOR na te leven. De ondernemer betaalt de kosten voor de ondernemingsraad. Een ondernemingsraad bestaat uit leden die door de in de onderneming werkzame personen rechtstreeks uit hun midden worden gekozen. De grootte van de ondernemingsraad is afhankelijk van het aantal in de onderneming werkzame personen. De ondernemingsraad is volgens de meeste deskundigen geen rechtspersoon.²

De mogelijkheid voor de ondernemingsraad om in rechte de naleving van de WOR af te dwingen, is in de WOR geregeld.³

Indien een ondernemingsraad participeert in arbeidsvoorwaardenvorming, zal de grondslag daarvoor veelal zijn gelegen in artikel 32 van de WOR. Artikel 32, eerste lid, van de WOR regelt dat bij CAO aan een ondernemingsraad of aan ondernemingsraden van de bij die CAO betrokken onderneming of ondernemingen verdere bevoegdheden dan genoemd in de WOR kunnen worden toegekend. Artikel 32, tweede lid, van de WOR regelt dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden dan in de WOR genoemd kunnen worden toegekend alsmede aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde kunnen worden gegeven.

3. Doorwerking van de CAO in individuele arbeidsovereenkomsten

¹ Indien in een onderneming na de instelling van een ondernemingsraad niet langer in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, houdt conform artikel 2, tweede lid, van de WOR de betrokken ondernemingsraad van rechtswege op te bestaan bij het eindigen van de lopende zittingsperiode van die raad, tenzij de ondernemer toepassing geeft aan artikel 5a, tweede lid, van de WOR.

² In de rechtsliteratuur vindt de opvatting dat de ondernemingsraad niet als een *rechtspersoon* is te beschouwen, de meeste steun. De Ondernemingskamer spreekt van 'geen volledige rechtsbevoegdheid' (OK 13-11-1980, Rechtspraak Medezeggenschapsrecht, nr.100). De WOR kent de ondernemingsraad uitsluitend binnen de onderneming bevoegdheden tegenover de ondernemer toe. De ondernemingsraad is een specifiek door de WOR in het leven geroepen orgaan. Hij heeft geen eigen vermogen, neemt niet zelfstandig deel aan het maatschappelijk verkeer en beschikt evenmin over een *algemene* procesbevoegdheid. Van der Heijden echter ziet de ondernemingsraad wel als een privaatrechtelijk rechtspersoon.

³ De ondernemingsraad komt tevens procesbevoegdheid toe teneinde een ondernemer, die aan de ondernemingsraad toezeggingen heeft gedaan, te nopen die na te komen. Het optreden in rechte moet zich richten tegen de ondernemer en de vordering strekt tot het door de ondernemer voldoen aan een op hem jegens de ondernemingsraad rustende verplichting, geregeld bij of krachtens de WOR danwel een verplichting die daarmee samenhangt.

3.1. Doorwerking op grond van de Wet CAO

Wanneer een CAO is afgesloten, vindt de normatieve werking van de zich daartoe lenende CAO-bepalingen zijn grondslag in de artikelen 12 en 13 van de Wet CAO. Dit houdt in dat de betreffende CAO-bepalingen - die vaak een minimum karakter kennen - automatisch en dwingend doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten van werkgevers en werknemers die lid zijn van de organisaties die de CAO hebben afgesloten (de zogenaamde “gebondenen”) en onder de werkingssfeer van de CAO vallen (de wet spreekt van “betrokken” bij de CAO). Artikel 12 Wet CAO bepaalt onder meer dat elk beding tussen een werkgever en een werknemer dat in strijd is met de CAO waaraan werkgever en werknemer zijn gebonden, nietig is. De CAO-bepaling neemt van rechtswege de plaats in van het nietige beding. Daaraan wordt door artikel 13 Wet CAO nog toegevoegd dat wanneer er over een bepaald onderwerp niets is geregeld in de individuele arbeidsovereenkomst, de bepalingen van de CAO in de individuele arbeidsovereenkomst automatisch zijn opgenomen.

Deze bovenstaande regels gelden voor de gebondenen. Voor wat betreft de positie van de niet-georganiseerde of anders-georganiseerde werknemers (dus de “niet-gebondenen”) in dienst van een gebonden werkgever, heeft de CAO geen automatische dwingende doorwerking. Wél heeft de wetgever willen voorkomen dat de gebonden werkgevers uit kostenoverwegingen de voorkeur zouden geven aan deze niet gebonden werknemers, die zij mindere arbeidsvoorwaarden zouden kunnen bieden dan op grond van de CAO zou moeten worden aangeboden. In artikel 14 Wet CAO wordt de gebonden werkgever daarom verplicht om de CAO-bepalingen ook aan te bieden aan de ongebonden werknemer. Indien de werknemer stilzwijgend dan wel uitdrukkelijk instemt met de aangeboden CAO-bepalingen, wordt -door deze toestemming- de individuele arbeidsovereenkomst in die zin gewijzigd. De contractsvrijheid van de ongebonden werknemers blijft bestaan: zij hoeven het aanbod niet te aanvaarden en dan blijft de ‘oude’ arbeidsovereenkomst in stand. Ongebonden werknemers kunnen zelfs rechtsgeldig anders met de werkgever overeenkomen. Artikel 14 Wet CAO is een zogenoemde diagonale bepaling. Dit betekent dat de verplichting van de werkgever zich slechts uitstrekt tot CAO-partijen. Als de werkgever deze verplichting niet nakomt kan de werknemer niet zelf rechtstreeks een beroep op naleving van de CAO doen. CAO-partijen kunnen de werkgever echter wel houden aan de verplichting van artikel 14 Wet CAO. Overigens is artikel 14 Wet CAO geen dwingend recht. CAO-partijen kunnen van deze bepaling afwijken danwel deze bepaling wegcontracteren, alhoewel dat in de praktijk zelden voorkomt.

3.2. Doorwerking op basis van de individuele arbeidsovereenkomst

Ook in de arbeidsovereenkomst zelf kan zijn overeengekomen dat de bepalingen van de CAO onderdeel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. De CAO wordt dan als het ware geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. Op deze wijze zijn de bepalingen van de CAO onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst en uit dien hoofde ook bindend voor de niet gebonden werknemers.

Ontbreekt een dergelijke ‘van toepassing verklaring’ in de individuele arbeidsovereenkomst, dan bestaat nog de mogelijkheid dat een eenzijdig wijzigingsbeding in de overeenkomst is opgenomen (artikel 7:613 BW). Dit beding moet schriftelijk zijn overeengekomen. De werkgever kan echter alleen een beroep doen op het eenzijdig wijzigingsbeding, indien hij bij een wijziging van de arbeidsovereenkomst zo’n zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer dat door die wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De (eventuele nadelige) CAO-bepalingen worden dus

niet automatisch door middel van het schriftelijke wijzigingsbeding in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen. De werkgever zal het zwaarwichtige belang alsmede het belang van de werknemer dat “overruled” wordt, moeten onderbouwen en aantonen. Redelijkheid en billijkheid kunnen onder omstandigheden met zich meebrengen dat de werknemer niet gebonden is aan het wijzigingsbeding. Dit zal de werknemer in het algemeen moeten aantonen.⁴

3.3. Doorwerking op basis van de Wet AVV

De Minister van SZW kan op verzoek van een CAO-partij een (deel van een) CAO verbindend verklaren voor werkgevers en werknemers, die naar de aard van de arbeid onder de werkingssfeer van de CAO zouden vallen, ten aanzien van gesloten of nog te sluiten arbeidsovereenkomsten, al dan niet voor een bepaald gebied. Veelal gaat het om bedrijfstak-CAO's c.q. sector-CAO's die door een algemeen verbindend verklaring gaan gelden voor de gehele bedrijfstak.

De algemeen verbindend verklaring is geregeld in artikel 2 van de Wet AVV en is een daad van materiële wetgeving; de betreffende CAO-bepalingen worden algemeen verbindende voorschriften in de zin van artikel 3:1 van de Algemene wet bestuursrecht en recht in de zin van artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie. De algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen worden gepubliceerd in de Staatscourant.

Het belangrijkste gevolg dat uit de Wet AVV voortvloeit is dat - nog buiten het effect van artikel 14 Wet CAO - de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen ook gaan gelden voor niet-georganiseerden of anders-georganiseerden. Artikel 3 van de Wet AVV regelt dat bedingen tussen een werkgever en werknemer die in strijd zijn met de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nietig zijn. De algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen gelden in plaats daarvan. Zij gelden ook als er terzake in de arbeidsovereenkomst niets was geregeld.

Een algemeen verbindend verklaring heeft terugwerkende kracht noch nawerking, en eindigt in elk geval als de CAO eindigt. De periode dat een algemeen verbindend verklaring geldt, loopt niet gelijk met de looptijd van een CAO. De algemeen verbindend verklaring zal slechts een deel van de looptijd van een CAO bestrijken.

4. Uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad op basis van de WOR en gevolgen voor de individuele arbeidsovereenkomst

In de Wet op de ondernemingsraden (WOR) heeft de wetgever vastgelegd dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad kunnen worden uitgebreid. Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de uitbreiding van de bevoegdheden door middel van een CAO (artikel 32, eerste lid, van de WOR) en de uitbreiding van de bevoegdheden door middel van een zogenoemde ondernemingsovereenkomst, een schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad (artikel 32, tweede lid van de WOR). In par. 4.1 zal nader worden ingegaan op de rechtsgevolgen van de ondernemingsovereenkomst en in par.

⁴ Als voorbeeld wordt in het wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeids-overeenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24615, nr. 3 blz. 21 aangehaald de situatie dat de werknemer gezien de omstandigheden van het geval, gebonden wordt aan een verlaging van een onkostenvergoeding of een gratificatie. Een rol speelt dan o.m. of het een permanente of tijdelijke wijziging is, of er omstandigheden van buiten zijn (zoals wetswijziging) die dwingen tot aanpassing, de financieel-economische situatie waarin de onderneming verkeert en de vraag in hoeverre de ondernemingsraad betrokken is bij de regeling.

4.2 komen de rechtsgevolgen van de uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad door middel van een CAO aan de orde.

4.1. Uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad op basis van een ondernemingsovereenkomst (artikel 32, lid 2 WOR)

In de overeenkomst die op basis van artikel 32, tweede lid, van de WOR afgesloten kan worden, kunnen aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden worden toegekend en aanvullende voorschriften worden gegeven over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde. Als een dergelijke overeenkomst wordt afgesloten, noemt men dit wel een ondernemingsovereenkomst. Er worden in de literatuur wel meer overeenkomsten als ondernemingsovereenkomsten aangeduid. Dat scheidt enige verwarring. Als ondernemingsovereenkomsten worden bijvoorbeeld ook wel gezien de overeenkomsten die betrekking hebben op de uitbreiding van de bevoegdheden van de artikelen 25 en 27 van de WOR of bijvoorbeeld de uitbreiding van de bevoegdheden van het recht van informatie die in de artikelen 31-31c van de WOR is opgenomen. In het navolgende wordt onder een ondernemingsovereenkomst alleen de overeenkomst gesloten op grond van artikel 32, tweede lid, van de WOR verstaan.

De ondernemingsraad heeft de mogelijkheid om overeenkomsten te sluiten met de ondernemer, voorzover de aangelegenheden niet al inhoudelijk bij CAO zijn geregeld of door een publiekrechtelijk orgaan zijn vastgesteld.

Het primaat ten aanzien van de primaire arbeidsvoorwaarden ligt bij de CAO-partijen. De CAO is en blijft het belangrijkste instrument met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden-vorming. Indien een onderwerp in de CAO inhoudelijk is geregeld, vervalt het instemmings-recht van de ondernemingsraad (artikel 27, derde lid, van de WOR). Bij het invoeren van de ondernemingsovereenkomst in de WOR is dan ook in de Memorie van Toelichting aangegeven dat de ondernemingsraad niet van zijn extra bevoegdheden gebruik kan maken als het om onderwerpen gaat die inhoudelijk in de CAO zijn geregeld. De CAO -als regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde- prevaleert derhalve boven hetgeen ondernemer en ondernemingsraad overeenkomen. Bij de wijziging van de WOR is dit uitdrukkelijk naar voren gebracht⁵.

Indien de ondernemer en de ondernemingsraad gebruik maken van de ruimte wanneer een en ander niet in een CAO is geregeld, rijst de vraag welk effect een dergelijke ondernemingsovereenkomst op een individuele arbeidsovereenkomst heeft. Werkt deze ondernemingsovereenkomst automatisch en dwingend door in de individuele arbeidsovereenkomst? Dat is - zoals ook uit de wetsgeschiedenis van de WOR blijkt - niet het geval. Een schriftelijke ondernemingsovereenkomst is geen CAO, omdat een dergelijke overeenkomst niet voldoet aan de definitie van de CAO zoals die in de Wet CAO is neergelegd (artikel 1, eerste lid, Wet CAO). De daaraan verbonden rechtsgevolgen zijn derhalve niet aan de ondernemingsovereenkomst verbonden. De CAO-partijen moeten aan speciale waarborgen voldoen, wil er een rechtsgeldige CAO tot stand komen waaraan de Wet CAO de speciale doorwerking verleent. Vervolgens kan een werknemer kiezen of hij lid wil worden van de bond die zijn belangen behartigt bij het afsluiten van de CAO. Bij de ondernemingsovereenkomst is hier geen sprake van. De ondernemer en de ondernemingsraad binden alleen zichzelf door middel van een ondernemingsovereenkomst.

⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24615, nr. 3 blz.23.

Op welke wijze kan de ondernemingsovereenkomst toch een doorwerking hebben in de individuele arbeidsovereenkomst? In de individuele arbeidsovereenkomst kan een *eenzijdig wijzigingsbeding* worden opgenomen. De werkgever kan -wanneer de ondernemingsovereenkomst is afgesloten met de ondernemingsraad- een beroep doen op het wijzigingsbeding. Hij kan dit wijzigingsbeding alleen toepassen als hij bij de wijziging van de individuele arbeidsovereenkomst een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daar op grond van de redelijkheid en billijkheid voor moet wijken. Een werknemer kan zich vervolgens -wanneer hij van mening is dat hij door de wijziging onevenredig in zijn belang is getroffen- tegen de wijziging verzetten. Uiteindelijk zal de rechter een redelijkheidstoetsing hanteren, waarbij het individuele belang van de werknemer en het zwaarwichtige belang van de werkgever tegen elkaar worden afgewogen.

4.2. Uitbreiding bevoegdheden van de ondernemingsraad op basis van een CAO (artikel 32, lid 1 WOR)

Steeds meer kiezen sociale partners ervoor om in bedrijfstak-CAO's een deel van de arbeidsvoorwaardenvorming te decentraliseren naar het niveau van de onderneming, om daarmee meer maatwerk te kunnen leveren. Op grond van artikel 32 lid 1 WOR kunnen bij CAO aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden worden toegekend dan in de WOR genoemd. De decentralisatie bestaat veelal uit een regelopdracht in de bedrijfstak-CAO aan het adres van de werkgever om in overleg met zijn ondernemingsraad een regeling in het leven te roepen, danwel uit een mogelijkheid om in overleg met de ondernemingsraad van een standaardregeling af te wijken.

In de Memorie van Toelichting bij de WOR wordt niet specifiek ingegaan op de rechtsgevolgen van een uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad door de CAO ten aanzien van de binding van individuele werknemers⁶. Sociale partners zullen echter beogen dat aan een decentrale regeling op basis van artikel 32 lid 1 WOR eenzelfde rechtskracht toekomt als een CAO. Daartoe worden wel eens in CAO's incorporatiebepalingen opgenomen op grond waarvan een afgesloten overeenkomst, waarmee de ondernemingsraad gevolg heeft gegeven aan een regelopdracht, geacht wordt deel uit te maken van de CAO. Ook kunnen ten aanzien van nog tot stand te komen decentrale regelingen in de CAO formuleringen gebruikt worden zoals 'hebben rechtskracht van CAO', 'zijn bindend voor de werknemers in de betreffende onderneming' en dergelijke. In de literatuur lopen de meningen uiteen in hoeverre dergelijke decentrale regelingen onderdeel worden van een CAO en/of eenzelfde rechtskracht van CAO kunnen krijgen en in hoeverre dergelijke regelingen dus doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Hierbij worden argumenten ontleend aan de verschillen in positie en taken van CAO-partijen enerzijds en ondernemingsraad anderzijds (zie bijlage 1 voor een overzicht van deze verschillen).

Van der Heijden⁷ stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst welke - conform artikel 32 lid 1 WOR - een uitwerking van een regelopdracht in een CAO is, bindend is voor de individuele werknemer. De ondernemingsraad treedt als het ware op als verlengde arm van de CAO-partijen en bindt werknemers op grond van de Wet CAO. Door het geven van een regelopdracht aan de ondernemingsraad hebben CAO-partijen de bevoegdheid overgedragen om werknemers te binden. Bijlsma⁸ leidt uit het feit dat CAO-partijen een ondernemingsraad

⁶ Tweede Kamer, 1975-1976, 13954, nr. 1-3

⁷ P.F. van der Heijden, SMA 1998, nr.5

⁸ mr. A.G.M. Bijlsma, SR 1999-1

als medepartij kwalificeren af dat de ondernemingsraad op grond van het algemene verbintenissenrecht zich als partij bij de CAO op naleving van de CAO kan beroepen.

Anderen menen dat enkel een regelopdracht in de CAO onvoldoende is om werknemers te binden (zie bijvoorbeeld Van Bon⁹). De bepalingen van de overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad kunnen - aldus Van Bon - alleen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst wanneer de overeenkomst door middel van een incorporatiebepaling onderdeel wordt van de CAO. Dit onderdeel van de CAO geldt uiteraard alleen voor de onderneming waar de overeenkomst is afgesloten. Bedoeld wordt dat voor de betreffende (gebonden) werknemers bij die onderneming de decentrale regeling op ondernemingsniveau geacht wordt deel uit te maken van de CAO. Hierbij dient bedacht te worden dat wanneer een dergelijke regeling op voorhand wordt geïncorporeerd in de CAO, partijen bij CAO geen invloed meer hebben op de exacte inhoud van deze bepalingen. De inhoud van de verplichtingen staat immers nog niet vast¹⁰.

Stege¹¹ wijst - naast een regelopdracht in de CAO en een incorporatiebepaling - op het belang dat in de statuten van de werknemersvereniging is opgenomen dat nadere afspraken die in de vorm van overeenkomsten tussen de werkgever en ondernemingsraad worden afgesloten en gebaseerd zijn op een CAO-bepaling, de leden van de vereniging zullen binden. Dit komt voort uit de gedachte dat een werknemer die lid is van de vakvereniging welke de CAO heeft afgesloten op grond van zijn lidmaatschap niet gebonden kan worden aan een overeenkomst, waarbij zijn vereniging zelf geen partij is. Alsdan weten (aspirant)leden dat lidmaatschap van de werknemersvereniging ertoe kan leiden dat zij aan een op een CAO gebaseerde overeenkomst tussen werkgever en ondernemingsraad gebonden kunnen raken. Voorts wordt er in de rechtsliteratuur wel geopperd dat CAO-partijen procedurele voorwaarden dienen te stellen omtrent de totstandkoming van een in de CAO te incorporeren overeenkomst, bijvoorbeeld dat de ondernemingsraad een concept-overeenkomst eerst dient voor te leggen aan de achterban. Of om bij een apart besluit van de vereniging de overeenkomst tussen werkgever en ondernemingsraad onderdeel te laten worden van de CAO en daarmee bindend voor de leden.

Stege gaat tevens in op de mogelijkheid van verstrekking van een volmacht (vooraf) door CAO-partijen en de mogelijkheid van bekrachtiging (achteraf) door CAO-partijen. Het kenmerk van de volmacht is de toerekening van de rechtshandeling die de gevolmachtigde heeft verricht aan de volmachtgever (artikel 3:60, eerste lid, BW). Werknemers- en werkgeversverenigingen hebben de mogelijkheid om aan een derde buiten de vereniging middels volmacht de onderhandelingen over het sluiten van een overeenkomst uit te besteden. Een formeel beletsel zou kunnen zijn dat de ondernemingsraad geen volmacht kan ontvangen omdat hij - volgens de meeste auteurs¹² - geen rechtspersoonlijkheid bezit. CAO-partijen kunnen in ieder geval aan de zittende leden van de ondernemingsraad danwel aan de voorzitter van de ondernemingsraad, die op grond van artikel 7 van de WOR de ondernemingsraad in rechte vertegenwoordigt, een volmacht verlenen. In het laatste geval wordt de voorzitter dan als natuurlijk persoon gevolmachtigd om voor de werknemersvereniging afspraken te maken. Tevens wordt naar voren gebracht dat het realiseren van de rechtskracht van de Wet CAO op decentrale afspraken zou kunnen plaatsvinden door bekrachtiging door CAO-partijen van de

⁹ mr. B. van Bon, SR 1999-10

¹⁰ In dit verband dient ook relatie met het algemeen verbindend verklaren van dergelijke bepalingen nader te worden beschouwd.

¹¹ Mr. A. Stege, SR 1999-10

¹² I.t.t. de meeste auteurs ziet Van der Heijden de ondernemingsraad wel als een privaatrechtelijk rechtspersoon

decentrale regeling. Daarmee wordt de decentrale regeling ook een afspraak tussen CAO-partijen. Bekrachtiging kan mondeling of schriftelijk gebeuren. Alsdan kan ook voldaan worden aan de in het huidige recht geldende meldingsplicht van artikel 4 van de Wet op de Loonvorming.

5. Uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad op grond van specifieke wetgeving

In het kader van deze notitie is het ook van belang in te gaan op de (relatief nieuwe) rechtsfiguur waar bij wet aan de werkgever in overeenstemming met de ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging) mogelijkheden worden geboden tot afwijking van een wettelijk voorschrift. Recente voorbeelden hiervan zijn te vinden in de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) en in de Wet arbeid en zorg (Wet A&Z). Hierbij is geregeld, dat van het recht op vermeerdering van de arbeidsduur respectievelijk van het recht op een aantal verlofvormen (te weten: kraamverlof, kortdurend zorgverlof en calamiteitenverlof) kan worden afgeweken bij CAO en - als geen CAO van toepassing is, of een eventueel wel van toepassing zijnde CAO terzake geen bepaling bevat - bij schriftelijke overeenstemming tussen werkgever en ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging). Deze mogelijkheid bestond al in de Arbeidstijdenwet (ATW), waarbij het gaat om afwijking van de wettelijke grenzen aan de arbeidstijden. In de WAA en de Wet A&Z is het mogelijk dat ook op deze wijze kan worden afgeweken van een bij wet aan de werknemer toegekend recht.

Ook hier speelt de vraag wat de status is van afspraken die worden gemaakt tussen de werkgever en de ondernemingsraad. Zoals ook al aangegeven in de memorie van antwoord bij de notitie (zelf)regulering¹³, hebben afwijkende afspraken die wettelijke rechten uitsluiten (of anderszins modificeren) invloed op de rechten die de werknemer ontleent aan de wet. Als voorbeeld is hierbij genoemd, dat als op grond van artikel 2 van de WAA met de ondernemingsraad is overeengekomen dat een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur niet kan worden ingediend, een bij die werkgever werkzame werknemer zich niet langer rechtstreeks op de wet kan beroepen bij een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur. Anders gesteld: hij heeft jegens de werkgever niet langer op grond van de wet een rechtsvordering tot naleving (of tot schadevergoeding wegens niet-naleving) van dat voorschrift. De werknemer kan in deze situatie - indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven - wel een beroep doen op het beginsel van goed werkgeverschap, dat de werkgever altijd in acht moet nemen.

6. Geldigheidsduur van afspraken met de ondernemingsraad

In het voorgaande is onderscheid gemaakt naar drie wegen waarlangs de bevoegdheden van de ondernemingsraad kunnen worden uitgebreid. In deze paragraaf wordt voor deze drie te onderscheiden situaties gekeken naar de geldigheidsduur van afspraken met de ondernemingsraad.

Geldigheidsduur afspraken gebaseerd op artikel 32, eerste lid, WOR

¹³ EK 2001-2002, nr.9, blz.10

CAO-partijen kunnen afspraken maken over de geldigheidsduur van afspraken met de ondernemingsraad. Indien dit niet gebeurt dan geldt, net als voor de ondernemingsovereenkomst (zie hierna), in principe een onbepaalde looptijd van de afspraken. Dit geldt dan zolang ook een nieuwe CAO de ruimte blijft bieden voor hetgeen is overeengekomen.

Geldigheidsduur afspraken op grond van artikel 32, tweede lid, van de WOR.

Oorspronkelijk zag de WOR de ondernemingsraad als een orgaan dat incidenteel beslissingen nam (adviseert, instemt, voorstellen doet e.d.) doch geen afspraken maakte voor een bepaalde periode tenzij op ondergeschikte punten. De praktijk is de WOR ontgroeid. Zo werden er steeds meer convenanten gesloten, zonder dat het rechtskarakter van die convenanten duidelijk was. De invoering van de ondernemingsovereenkomst in de WOR impliceerde dat een ondernemer een ondernemingsovereenkomst kan afsluiten met de ‘ondernemingsraad zelf’ als orgaan (niet alleen de leden).¹⁴ In de Memorie van Toelichting bij deze laatste wijziging van de WOR wordt aangegeven dat in principe de looptijd van de afspraken onbepaald is, tenzij anders is overeengekomen¹⁵. Dit betekent dat een nieuwe ondernemingsraad alsmede een nieuwe bestuurder in beginsel aan de afspraak is gebonden¹⁶. Mede in verband met hierna volgende zal bij de evaluatie van de WOR worden gezien of het opnemen van een geldigheidstermijn in de WOR voor afspraken als hier bedoeld in de rede ligt.

Geldigheidsduur afspraken op grond van specifieke wetgeving

De artikelen 4:7 en 5:10 van de Wet arbeid en zorg maken het mogelijk dat ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van sommige wettelijke verlofrechten, mits de cao daartoe de ruimte biedt en de werkgever daarover een regeling heeft getroffen met de ondernemingsraad of, bij het ontbreken daarvan, met de personeelsvertegenwoordiging. Bij de behandeling van het wetsvoorstel arbeid en zorg is naar aanleiding van vragen van leden van de Eerste Kamer door de regering toegezegd dat, gezien ook de regeling in de Arbeidstijdenwet, zou worden voorzien in een geldigheidsduur van dergelijke regelingen¹⁷.

Dit voornemen is uitgewerkt in een wetsvoorstel dat op korte termijn bij de Tweede Kamer zal worden ingediend. Daarin zal een geldigheidsduur van ten hoogste vijf jaar worden voorgesteld. Deze geldigheidsduur zal zowel de regelingen ingevolge de Wet arbeid en zorg betreffen als die ingevolge artikel 2, elfde lid, van de Wet aanpassing arbeidsduur.

In het wetsvoorstel zullen de voor maximaal vijf jaren overeengekomen regelingen niet voortijdig eenzijdig kunnen worden opgezegd door de werkgever of door de

¹⁴ Rood blijft ook na de laatste wijziging van de WOR van mening dat de overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad in werkelijkheid tot stand komt tussen de ondernemer en de op dat moment zittende leden van de ondernemingsraad. Zij kunnen de ondernemingsraad binden tot hun defungeren, maar bij gebreke van rechtspersoonlijkheid van de ondernemingsraad niet langer. Dientengevolge kunnen partijen naar zijn mening de overeenkomst aangaan voor de zittingsduur van de betrokken ondernemingsraad. Zie Losbladige WOR bewerkt door Rood en in TVVS 1991, nr. 91/9.

Ook mr. J.A. van Gijzen deelt deze zienswijze: zie Stichting en Vereniging 1996, blz. 112 e.v.

¹⁵ Kamerstukken II, 24615, nr.3, pg.44

¹⁶ Dit uitgangspunt wordt door Sprengers onderschreven. Door anderen wordt - ook na de laatste wijziging van de WOR - daarentegen bepleit dat een ondernemingsraad nimmer afspraken kan maken die de eigen zittingstermijn overstijgen. Tevens wordt aangegeven dat uit de aard van de WOR voortvloeit dat zij niet is ingericht op het contractmodel. De ondernemingsraad heeft voor een bepaalde periode een ‘mandaat’ en kan niet een opvolgende ondernemingsraad op voorhand binden.

¹⁷ Handelingen I, nr. 6, 13-11-2001, blz. 262

ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging. Partijen kunnen desgewenst een kortere looptijd afspreken.

7. Internationaal rechtelijke aspecten

Zoals ook in de verschillende adviezen van de door de Eerste Kamer ingeschakelde deskundigen is verwoord, past de Nederlandse arbeidsrechtelijke regelgeving binnen de internationale normen. Het staat de wetgever vrij om minimumnormen te treffen en daarmee het gebruik van de contractvrijheid te beperken. Vele internationale regelingen verplichten de wetgever zelfs om bepaalde minimumnormen te waarborgen. Slechts voorzover een verdrag respectievelijk een communautaire verordening of richtlijn zelf ruimte geeft voor de afwijking van een voorschrift bij CAO, bedrijfsregeling of individuele arbeidsovereenkomst, is het de nationale wetgevers toegestaan daartoe op hun beurt gelegenheid te bieden. Het blijft de nationale wetgevers dan vrij staan om te kiezen voor een volledige dwingende regeling.

In de rechtsliteratuur wordt door sommigen wel aangevoerd dat het toekennen van rechtstreekse contractuele doorwerking in individuele arbeidsovereenkomsten van door de ondernemer met instemming van de ondernemingsraad of bij ondernemingsovereenkomst vastgestelde regelingen, op gespannen voet staat met de vrijheid van vakvereniging en vrijheid van collectief onderhandelen van ILO-verdragen 87 en 98. Anderen zien mogelijke strijd met ILO-verdrag 135.¹⁸

Stege en Hansma¹⁹ menen dat de positie van werknemersverenigingen wordt verzwakt door doorwerking van een overeenkomst tussen werkgever en ondernemingsraad. Tevens meent Wolfs²⁰ dat doorwerking van een dergelijke overeenkomst op gespannen voet staat met internationale gedragsnormen inzake contractsvrijheid en vrijheid van vakorganisatie. Luttmer-Kat²¹ meent echter dat er niet wordt getornd aan de voorkeurspositie van vakbond en CAO. Het uitgangspunt is en blijft namelijk dat ondernemingsovereenkomsten niet in strijd mogen zijn met bestaande of toekomstige CAO-regelingen.

Voor wat betreft het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht verbieden de ILO-verdragen 87 en 98 dwingend overheidsingrijpen in het proces van totstandkoming van arbeidsvoorwaarden tussen sociale partners. Het deskundigencomité legt de bepaling van artikel 3, tweede lid, van ILO-verdrag 87 aldus uit dat de overheid niet mag inbreken in tussen sociale partners gesloten collectieve overeenkomsten, tenzij een algemeen belang daartoe aanleiding geeft. Dit is in casu niet aan de orde.

Voor wat betreft de verhouding tussen sociale partners en ondernemingsraden dienen voorts conform ILO-verdrag 135 (Convention concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking, inwerkingtreding 30 juni 1973) zonodig maatregelen worden genomen om te voorkomen dat ondernemingsraden de posities van vakorganisaties ondergraven. Artikel 5 van dit ILO-verdrag geeft de mogelijkheid dat aan (de status van) een ondernemingsovereenkomst voorwaarden worden verbonden, die ervoor zorgen dat werkgevers niet vrijelijk tussen ondernemingsraden en sociale partners kunnen wisselen. Indien zowel vakbondsleden als ondernemingsraadleden in de onderneming actief

¹⁸ Zie bijvoorbeeld mr. B. van Bon in Sociaal recht 1999-10.

¹⁹ Mr. A. Stege, Sociaal recht 1999-10 en Hansma 1998, blz. 374

²⁰ mr. D. Wolfs, Sociaal recht 1994-7/8

²¹ mr. A.M. Luttmer-Kat, Sociaal recht 1996-3, pg. 63-68

zijn, moeten zonedig passende maatregelen worden getroffen om te verzekeren dat de aanwezigheid van gekozen werknemersvertegenwoordigers "is not used to undermine the position of the trade unions", en om samenwerking tussen gekozen vertegenwoordigers en vakbonden en vakbondsvertegenwoordigers aan te moedigen. ILO-verdrag 135 bevat voorts andere regels betreffende de faciliteiten aan, en bescherming van vakbondsvertegenwoordigers en ondernemingsraadleden in de onderneming.

ILO-verdrag 154 betreft het bevorderen van collectief onderhandelen. Dat verdrag bepaalt uitdrukkelijk (art. 3, eerste lid) dat, daar waar in de onderneming gekozen werknemersvertegenwoordigers (ondernemingsraadleden) zijn, de nationale wetten en gebruiken kunnen bepalen in hoeverre dit collectief onderhandelen kan worden verricht door die werknemersvertegenwoordigers. Voorts bepaalt het tweede lid van art. 3 van ILO-verdrag 154 dat, indien er sprake zou kunnen zijn van overlappende activiteiten, zo nodig passende maatregelen moeten worden getroffen om te verzekeren dat de aanwezigheid van gekozen werknemersvertegenwoordigers "is not used to determine the position of the workers' organisations concerned". Artikel 3, eerste lid van ILO-verdrag 154 staat aan de nationale wetgever toe de bevoegdheid van de gekozen werknemersvertegenwoordigers zodanig te beperken, dat geen overlapping met de activiteiten van de vakbonden optreedt.²²

Zoals uit het hieraan voorafgaande blijkt, is zowel in het kader van de WOR, als wat betreft overeenkomsten met de ondernemingsraad op basis van specifieke wetgeving, het primaat van CAO-partijen gehandhaafd en is er derhalve geen sprake van strijdigheid met de hiervoor genoemde verdragen. Een werkgever kan immers alleen bij overeenkomst met de ondernemingsraad afspraken maken als de CAO daartoe de gelegenheid biedt (artikel 32, eerste lid, WOR), danwel op grond van artikel 32, tweede lid, WOR, zolang deze overeenkomsten niet strijdig zijn met de van toepassing zijnde CAO. Ten aanzien van overeenkomsten met de ondernemingsraad op basis van specifieke wetgeving geldt, dat afwijking van het betreffende wettelijk regime alleen mogelijk is als er geen CAO van toepassing is, of als de van toepassing zijnde CAO ter zake geen regeling kent. Het is dus aan CAO-partijen zelf om te bepalen of een werkgever van de mogelijkheid tot afwijking als hier bedoeld gebruik kan maken.

Bijlage 1: verschillen tussen CAO-partijen en ondernemingsraad

CAO-partijen

- oprichting op eigen initiatief, bepalen zelf statutaire doelstellingen en bevoegdheden
- vertegenwoordigingsfunctie; belangenbehartiging individuele leden met name met betrekking tot arbeidsvoorwaarden
- contractsvrijheid; vrijheid van onderhandelen
- gebruik stakingsrecht

Ondernemingsraad

- bij wet verplichte oprichting; wettelijk opgedragen taken en bevoegdheden
- zowel overlegfunctie alsook feitelijke vertegenwoordigingsfunctie, in het kader van medezeggenschap
- beperkte contractsvrijheid; ondernemer bepaalt hoofdzakelijk de onderhandelingsruimte binnen het kader van de WOR
- geen gebruik stakingsrecht

²² vergelijk HR 11-2-2000, NJ 2000, 274.

- kunnen door leden teruggefloten worden bij voorleggen concept-CAO; leden kunnen desgewenst hun lidmaatschap voor de totstandkoming van een CAO opzeggen om zo niet gebonden te worden aan een nieuwe CAO
- CAO-partijen treden alleen op voor hun eigen leden (contractuele ledenbinding)
- vrijwillige keuze van leden om lid te worden van een CAO-partij danwel om lidmaatschap op te zeggen; bindende 'volmacht' van leden aan CAO-partij
- door onafhankelijke positie gelijkwaardige countervailing power voor ondernemer
- drempel om zonodig geschillen voor de rechter te brengen is klein
- richten zich mede op kwalitatieve ondernemingsoverstijgende aspecten (zoals scholing, bevordering werkgelegenheid, zorg voor milieu, achterstandsgroepen)
- mogelijkheid van speciale schadevergoedingsactie ex artikelen 15 en 16 Wet CAO
- mogelijkheid van 'collectief-belang-actie' ex artikel 3:305a BW
- bij uitleg door de rechter van de CAO geeft de tekst de doorslag (grammaticale uitleg)
- zal veelal door werknemers niet teruggefloten kunnen worden
- richt zich op het belang van de onderneming in zijn geheel en van de in de onderneming werkzame personen
- geen vrijwillige keuze van werknemers voor bestaan ondernemingsraad; geen volmacht van werknemers aan ondernemingsraad
- merendeel in afhankelijke positie ten opzichte van ondernemer
- drempel om zonodig geschillen voor de rechter te brengen is groot
- bij uitstek gericht op coördinatie en uiting van wensen van personeel in de betreffende onderneming (maatwerk, flexibiliteit)
- geen vergelijkbare mogelijkheid van vorderen schadevergoeding
- geen mogelijkheid van 'collectief-belang-actie'
- bij uitleg door de rechter zullen afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer mede beoordeeld worden aan de hand van wat partijen hebben beoogd en in verband daarmee van elkaar mogen verwachten
- ondernemer kan zich voor wat betreft een hem onwelgevallige ondernemingsovereenkomst op veranderde omstandigheden beroepen
- Wet CAO biedt ondernemer geen mogelijkheid om zich -tijdens de looptijd van de CAO- op veranderende omstandigheden te beroepen