



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ter visie - Faciliteer de arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en ondernemingsraad

Zwemmer, J.P.H.; Zaal, I.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., & Zaal, I. (2018). Ter visie - Faciliteer de arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en ondernemingsraad. *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, 7(2), 51-53. <https://denhollander.info/artikel/15041>

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

Ter visie - Faciliteer de arbeidsvoorwaardenregeling tussen werkgever en ondernemingsraad¹

dr. J.P.H. Zwemmer en dr. I. Zaal²

Steeds vaker passeren werkgevers de vakbonden bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en sluiten zij een arbeidsvoorwaardenregeling (avr) met de ondernemingsraad (OR). Recent gebeurde dit bij Gall & Gall en eerder bij Jumbo en Action. Uit een enquête van werkgeversvereniging AWWN volgt dat bijna 60% van de werkgevers de voorkeur geeft aan onderhandelen met de OR. Slechts ongeveer 20% van de respondenten wil nog afspraken maken met de vakbonden. Daarvoor bestaan verschillende redenen. In sommige sectoren is al jarenlang geen nieuwe cao gesloten. De laatste Cao voor de Slijterijen liep bijvoorbeeld af in 2013. Een andere reden is dat bedrijfstak-cao's voor werkgevers onvoldoende mogelijkheden tot maatwerk bieden. Sectoren vervagen en – vooral de secundaire en tertiaire – arbeidsvoorwaarden uit cao's sluiten niet altijd meer aan bij de specifieke wensen van werkgevers en de betrokken werknemers. Een laatste reden is dat de representativiteit van vakbonden afneemt en zij vooral de oudere werknemers vertegenwoordigen. De OR is gekozen door alle werknemers en is daarom democratisch gelegitimeerd. Om deze redenen is de met de OR gesloten avr, ondanks de hierna genoemde problemen bij de binding van werknemers aan een avr, een aantrekkelijk alternatief voor cao's gesloten met vakbonden.

Het is op grond van het huidige recht mogelijk een avr met de OR overeen te komen, ook indien deze primaire arbeidsvoorwaarden betreft. Uit wetsgeschiedenis³ en jurisprudentie⁴ volgt dat dergelijke overeenkomsten rechtsgeldig zijn. Zij hebben de status van een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 lid 2 WOR.⁵ Alleen indien de werkgever gebonden is aan een cao, zijn afspraken met de OR nietig

(art. 32 lid 3 WOR). Aan de avr is echter wel een aantal praktische en juridische complicaties verbonden. Hieronder stippen wij er een aantal aan.

In de eerste plaats is de avr – in tegenstelling tot de cao – niet automatisch van toepassing op individuele werknemers. Met andere woorden: de avr heeft geen normatieve werking, nu deze niet onder de reikwijdte van art. 1 Wet Cao valt. Dit betekent dat in beginsel iedere werknemer moet instemmen met de toepassing van de avr. Eenzijdige toepassing van de avr op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers zou kunnen worden opgehangen aan een in de arbeidsovereenkomsten opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding, maar dan moet aan de kant van de werkgever wel sprake zijn van een zwaarwichtig belang (art. 7:613 BW) bij toepassing van de avr. Ondanks overeenstemming met de OR over de wijziging van een arbeidsvoorwaarde, wordt in de rechtspraak niet snel aangenomen dat daarmee een dergelijk zwaarwichtig belang aanwezig is.⁶ De avr zou naar onze mening wel zonder instemming van de werknemer van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst wanneer deze in de individuele arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd op grond van een incorporatiebeding. Vaak is in de arbeidsovereenkomst van de werknemers een dergelijk beding opgenomen, maar dit verwijst dan doorgaans naar de geldende cao. Alleen indien het incorporatiebeding in zeer algemene bewoordingen is geformuleerd en bijvoorbeeld verwijst naar 'de collectieve regeling die op de werkgever van toepassing is', zou kunnen worden gesteld dat een avr onder de reikwijdte van dit beding valt. In dat geval kan een individuele werknemer zich echter op het standpunt stellen dat hij redelijkerwijze niet kon verwachten dat een met de OR gesloten avr op grond van dit beding zou worden geïncorporeerd in zijn arbeidsovereenkomst.⁷ Incorporatie van de door de werkgever met de OR overeengekomen avr zal derhalve expliciet moeten worden overeenge-

1. Een verkorte versie van dit artikel is op 23 maart 2018 als opinie gepubliceerd in het *FD*.
2. Johan Zwemmer is Universitair Docent aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe. Ilse Zaal is Universitair Hoofddocent aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.
3. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26.
4. President Rechtbank 's-Gravenhage 19 mei 1992, *JAR* 1992/22 (*Grabowsky*).
5. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012, *JAR* 2012/226 (*Mercedes Benz*).

6. Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:685*.
7. Vgl. Kantonrechter Haarlem 5 april 2017, *JAR* 2017/126 (*Transavia*).

komen met de werknemer.⁸ Daarbij achten wij het mogelijk dit af te spreken in de vorm van een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding op basis waarvan telkens de meest recente versie van de door de werkgever met de OR overeengekomen avr automatisch van toepassing wordt op de arbeidsovereenkomst.⁹ Wij menen dat bij de incorporatie van deze toekomstige wijzigingen niet telkens door de werkgever hoeft te worden aangetoond dat hij een zwaarwichtig belang heeft bij incorporatie van toekomstige versies van de avr. Eenzijdige wijziging en incorporatie zijn twee verschillende methoden van binding en de toets van art. 7:613 BW geldt alleen bij de wijziging van een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde.¹⁰ Wij constateren dat de maatstaf dat sprake moet zijn van een zwaarwichtig belang in de wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie niet wordt erkend als een zelfstandige toets bij incorporatie van de cao (ook niet als deze is gesloten met een niet-representatieve bond) en zien geen reden hierover anders te oordelen in de situatie waarin sprake is van een met een OR gesloten avr. Wel kunnen individuele werknemers zich – bij een wijziging in negatieve zin van de in hun arbeidsovereenkomsten geïncorporeerde nieuwe avr – beroepen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Om te voorkomen dat individuele werknemers met succes opkomen tegen automatische toepassing van de gewijzigde avr is het van belang dat de OR zich in de onderhandelingen met de werkgever over een nieuwe avr laat bijstaan door een (onafhankelijke) deskundige. Dat kan een specialistisch bureau zijn op het gebied van arbeidsvoorwaardenvorming in de betrokken sector, maar ook een vakbond. Een tweede probleem betreft de algemeenverbindendverklaring van de bedrijfstak-cao. De werking van een avr kan teniet gedaan worden als de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bedrijfstak-cao algemeen verbindend verklaart (AVV). In dat geval zijn immers alle werknemers in de bedrijfstak gebonden aan de AVV-cao; afwijking daarvan is nietig (art. 3 Wet AVV). Werkgevers met een eigen ondernemings-cao kunnen bij de minister om dispensatie verzoeken van de voor hen geldende bedrijfstak-cao. Werkgevers met een avr krijgen deze dispensatie niet. Tot slot rijzen vragen over de duur, uitleg, naleving en nawerking van de avr. Anders dan bij de cao ont-

breekt hier een wettelijke regeling. Een cao heeft bijvoorbeeld een maximale duur van vijf jaar, terwijl een overeenkomst tussen OR en werkgever in beginsel voor onbepaalde tijd is. Ook een nieuwe OR is gebonden aan deze overeenkomst, maar deze kan proberen de geldigheid daarvan te betwisten. Bij Gall & Gall werden bij nieuwe verkiezingen bijvoorbeeld vakbondsleden als OR-lid verkozen die vervolgens de afspraken met de vorige OR van tafel probeerden te krijgen. Het is van belang dat werkgever en OR hierover duidelijke afspraken maken. Aan het onderhandelen met de OR kleven dus risico's voor de werkgever (en OR). Wij verwachten niet dat werkgevers zich zullen laten weerhouden van het sluiten van een avr met de OR en dat het in de toekomst juist veel vaker gaat voorkomen dat afspraken over arbeidsvoorwaarden met de OR worden gemaakt. Dat zou naar onze mening aanleiding moeten zijn voor een aanpassing van de bestaande regelgeving in die zin dat wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de werknemer automatisch is gebonden aan de door de werkgever met de OR overeengekomen avr en de toepassing van de avr niet wordt doorkruist door het van kracht worden van een AVV-cao in de betrokken bedrijfstak. Gedacht kan worden aan de volgende maatregelen die niet alleen het gebruik van de avr faciliteren, maar ook waarborgen bieden.

(1) Regel in de wet dat een met de OR gesloten avr van toepassing is op alle werknemers indien een meerderheid van 2/3 van de werknemers schriftelijk heeft ingestemd met incorporatie van de avr in de arbeidsovereenkomst. In dat geval is de avr slechts dan niet van toepassing wanneer dit gelet op de individuele situatie van de werknemer in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Toekomstige wijzigingen van de avr die in overleg tussen de werkgever en de OR tot stand zijn gekomen worden vervolgens automatisch van toepassing op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers indien de OR zich in de onderhandelingen met de werkgever over de nieuwe avr heeft laten bijstaan door een (onafhankelijke) deskundige.

(2) Grote werkgevers die een avr afsluiten met hun OR kunnen bij de minister om dispensatie verzoeken van de bedrijfstak-cao. Ter voorkoming van een te ver gaande 'versnippering' van arbeidsvoorwaardenregelingen, kan daarbij de voorwaarde worden gesteld dat slechts dispensatie wordt verleend indien de avr van toepassing wordt op meer dan 500 werknemers. Werkgevers met een dergelijke omvang krijgen op basis van de huidige regelgeving in het algemeen ook dispensatie van een bedrijfstak-cao indien zij een ondernemings-cao hebben gesloten. De minister zou nadere voorwaarden kunnen stellen aan dispensatie. Ook hier kan worden gedacht aan het stellen van het vereiste dat de OR zich in de onderhandelingen met de werkgever over de nieuwe avr heeft laten bijstaan door een (onafhankelijke) deskundige. Op deze manier wordt voorkomen dat de OR te makkelijk akkoord gaat of uitgaat van onvolledige of onjuiste informatie bij het akkoord gaan met een avr.

8. De werkgever kan natuurlijk besluiten de avr eenzijdig te gaan toepassen zonder dat deze expliciet is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, maar dan blijft het risico bestaan dat de werknemer zich hier op enig moment tegen gaat verzetten. De kans dat de werkgever dan wint met een beroep op stilzwijgende aanvaarding van toepassing van de avr door de werknemer zal niet groot zijn, zeker niet als in de arbeidsovereenkomst van de werknemer een incorporatiebeding is opgenomen dat verwijst naar een bepaalde cao.

9. Hoge Raad 22 mei 1992, JAR 1992/33.

10. Kantonrechter Roermond 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12159.

(3) De avr kan slechts worden aangegaan voor een periode van vijf jaar. Daarna kan deze stilzwijgend worden verlengd. Naleving kan worden gevraagd door de OR, ook namens de individuele werknemers.

Met deze maatregelen wordt een kader gecreëerd waarbinnen werkgever en OR afdwingbare afspraken kunnen maken over de arbeidsvoorwaarden van de in de onderneming werkzame werknemers. Bovendien worden hiermee waarborgen ingebouwd ter bescherming van de positie van werknemers en OR-leden. In dit verband merken wij op dat het feit dat de OR met de werkgever onderhandelt over de avr niet onvereenigbaar is met de medezeggenschapsrechtelijke verhouding die tussen de OR en de werkgever (onderneming) bestaat op grond van de WOR en waarbij het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen vooropstaat.¹¹ Nu het door de OR met de werkgever onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden niet voortvloeit uit de WOR, is hij hier niet gebonden aan deze doelstellingen. De OR (of een hiervoor door de OR ingestelde commissie) kan dus volledig met het oog op de belangen van de werknemers onderhandelen over de avr. Het feit dat de leden van de OR in dienst zijn van de werkgever maakt hun positie niet per definitie afhankelijker dan die van de vakbond. De vakbonden worden immers ook gefinancierd door de werkgever(s) bij de totstandkoming van de cao. Wanneer werkgever en OR op enig moment niet tot overeenstemming zouden komen over een nieuwe avr, staat het de werknemers vrij gebruik te maken van hun stakingsrecht. De OR zou hier dan de organiserende rol van de vakbond op zich moeten (kunnen) nemen. Hierover en over andere door de werkgever en de OR tegenover elkaar in acht te nemen (spel)regels bij het onderhandelen over de avr, kunnen afspraken worden gemaakt in een convenant of regeling tussen werkgever en OR.

11. Zie ook Kantonrechter Utrecht 12 februari 2016, ECLI: NL:RBMNE:2016:717.