

De vakbond inruilen voor de OR, kan dat zomaar?

TRA 2019/106

Een fenomeen dat de laatste jaren weer de kop op steekt in Nederland, is de constructie van de arbeidsvoorwaardenregeling (avr)² als alternatief voor de cao. Als voorbeelden van ondernemingen die met hun avr volop in het nieuws zijn geweest noem ik Jumbo en Gall & Gall. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is in hoeverre het naar Nederlands recht mogelijk is om werknemers te binden aan primaire arbeidsvoorwaarden³ die zijn overeengekomen met de OR en in hoeverre dit in overeenstemming is met ILO-verdragen.

1. De werknemer en zijn primaire arbeidsvoorwaarden

De primaire arbeidsvoorwaarden die voor een werknemer gelden vinden hun grondslag in de arbeidsovereenkomst welke hij heeft gesloten met zijn werkgever.

Gewoonlijk is een overeenkomst gebaseerd op partijautonomie en contractsvrijheid, hetgeen de mogelijkheid van een gelijkwaardige uitruil van verbintenissen veronderstelt. Die gelijkwaardigheid ontbreekt echter in een afhankelijkheidsrelatie, zoals de arbeidsverhouding. Dat klemmt temeer omdat voor een werknemer zijn bestaanszekerheid in het geding is. Daarom biedt de wet aan werknemers waarborgen om te voorkomen dat de uiteindelijk tussen werkgevers en werknemers gemaakte afspraken op een voor de werknemer onacceptabel ongunstig niveau uitkomen.

De bedoelde wettelijke bescherming verandert op zichzelf echter niets aan de ongelijke en afhankelijke positie van de werknemer. Vooral voor werknemers die niet over dusdanige bijzondere en schaarse kennis en vaardigheden beschikken, dat zij eisen kunnen stellen, biedt het aloude adagium 'samen sta je sterker' uitkomst. Door collectief te onderhandelen, via de vakbond, ontstaat meer machtsevenwicht. Onafhankelijke vakbonden kunnen in de sfeer van de primaire arbeidsvoorwaarden meer voor hun leden uit de onderhandelingen met werkgevers (organisaties) halen dan hetgeen werknemers, met niet meer steun dan die van de wet, in afhankelijkheid zelf kunnen bereiken.⁴ (De pri-

maire) arbeidsvoorwaarden van zeer veel individuele arbeidsovereenkomsten worden in belangrijke mate bepaald door cao's.

De vrijheid van organisatie – ook verankerd in art. 8 Grondwet – heeft tezamen met de vrijheid van collectief onderhandelen erkenning gevonden in het internationale recht. Zo bepaalt art. 6 ESH dat de verdragsluitende partijen, ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen, zich verbinden om paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen en, indien nodig en nuttig, de totstandkoming te bevorderen van een procedure voor vrijwillige onderhandelingen tussen werkgevers of organisaties van werkgevers en organisaties van werknemers, met het oog op de bepaling van beloning en arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten. De ILO-verdragen nrs. 87⁵ en 98⁶ verplichten de overheid daarnaast niet alleen om de vrijheid van organisatie te ontzien en te waarborgen, maar ook om zich in beginsel van interventie in de arbeidsvoorwaardenvorming te onthouden.

Arbeidsvoorwaardenvorming door vrijwillige onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties wordt van cruciaal belang geacht voor een gezond en evenwichtig stelsel van arbeidsverhoudingen.

2. Eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden

Zoals gezegd beoogt het arbeidsovereenkomstenrecht ter bescherming van de werknemer te bereiken dat arbeidsvoorwaarden tot stand komen op basis van overleg en wils-overeenstemming tussen werkgever en werknemer, zoveel mogelijk vanuit een positie van gelijkwaardigheid.

In hoeverre het überhaupt mogelijk moet zijn voor de werkgever om eenzijdig arbeidsvoorwaarden vast te stellen, kwam principieel aan de orde bij de adviesaanvraag aan de Sociaal-Economische Raad (SER) van 16 februari 1990 over het schrappen van de wettelijke regeling van het arbeidsreglement. Deze regeling beoogde een einde te maken aan de praktijk waarin werknemers gebonden konden worden aan vaak als willekeurig, onbillijk of grievend ervaren ordevoorschriften, waar zij op geen enkel moment mee hadden ingestemd. Zij bevatte daarom strikte voorwaarden voor het kunnen binden van werknemers aan dergelijke door de werkgever eenzijdig vastgestelde ordevoorschriften en later ook arbeidsvoorwaarden. Zo werd een verklaring van een werknemer, waarbij deze zich verenigt met elk in de toe-

1 Rik van Steenbergen is beleidsadviseur kwaliteit van de arbeid en arbeidsrecht bij de FNV.

2 Onder avr versta ik een op basis van art. 32 lid 2 WOR tussen de ondernemer en de OR schriftelijk overeengekomen collectieve regeling over primaire arbeidsvoorwaarden.

3 Tot de primaire arbeidsvoorwaarden reken ik in elk geval de loonhoogte, die bij de keuze voor een avr met de OR in plaats van een cao met de vakbond vooral een rol speelt.

4 Cao-partijen kunnen in hun onderhandelingspositie geduid worden als countervailing powers: over en weer wordt door min of meer gelijkwaardige, onderling onafhankelijke en doorgaans professionele partijen onderhandeld en gecontracteerd. De vakorganisaties hebben veel kennis en onderhandelingservaring. De vakbondsonderhandelaren zijn niet loon-afhankelijk en kunnen dus moeilijker onder druk gezet worden door de werkgever. De vakbondsbestuurder kan wat nodig is en gevraagd wordt in een bedrijf, gemakkelijk spiegelen met vergelijkbare bedrijven of sectoren. Op de gemaakte cao-afspraken kan elke werknemer zich juridisch beroepen.

5 Verdrag betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht. Zie voor de tekst: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232.

6 Verdrag betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen. Zie voor de tekst: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312243:NO.

komst vast te stellen reglement of met iedere toekomstige wijziging in een bestaand reglement, nietig verklaard.

Om deze voorwaarden te omzeilen kozen werkgevers in de praktijk voor een dynamisch incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad achtte deze praktijk niet in strijd met de wet, waardoor de regeling van het arbeidsreglement haar praktische waarde verloor.⁷ De bewindslieden van SZW en Justitie merkten in bedoelde adviesaanvraag op dat, indien die regeling zonder meer zou komen te vervallen, dit zou betekenen dat binding van het personeel op bedrijfsniveau getroffen arbeidsvoorwaardenregelingen alleen zou kunnen geschieden via incorporatie van die regelingen in de individuele arbeidsovereenkomsten. Daardoor zouden de inhoud van die arbeidsvoorwaardenregelingen en ook de daarin door de werkgever aangebrachte wijzigingen automatisch doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. Dit zou dan ook gelden voor toekomstige wijzigingen die een neerwaartse bijstelling van de arbeidsvoorwaarden inhouden. Volgens de bewindslieden botst dit laatste in het bijzonder met het karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht dat, ter bescherming van de werknemer, juist beoogt te bereiken dat arbeidsvoorwaarden tot stand komen op basis van overleg en wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer, zo veel mogelijk vanuit een positie van gelijkwaardigheid. Dit maakt het volgens de bewindslieden wenselijk om in plaats van de wettelijke regeling van het arbeidsreglement te komen tot een opzet die enerzijds inspeelt op de gebleken behoefte van het bedrijfsleven aan arbeidsvoorwaardenregelingen, die alle of een groep van werknemers tegelijk binden, en anderzijds de individuele werknemer een voldoende mate aan bescherming kan bieden tegen eenzijdige handelingen van de zijde van de werkgever. In de adviesaanvraag werd voorgesteld om de artikelen betreffende het arbeidsreglement te schrappen en in plaats daarvan de bepaling op te nemen dat nietig zijn bepalingen waarbij de werknemer op voorhand instemt met door de werkgever vast te stellen arbeidsvoorwaardenregelingen alsmede wijzigingen of uitbreidingen daarvan die onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst.⁸

De ministeriële vertegenwoordiging in de SER lichtte desgevraagd toe dat daarmee uitsluitend en alleen bedoeld werd een halt toe te roepen aan de geschetste eenzijdige arbeidsvoorwaardenvorming. Het was geenszins de bedoeling enige verandering te brengen in de wijziging van arbeidsvoorwaarden in individuele arbeidsovereenkomsten als gevolg van de doorwerking (ex artikelen 9, 12 en 13 Wcao) van in het cao-overleg vastgestelde arbeidsvoorwaarden. Ook na opneming van bedoelde nietigheidsbepaling in het BW, zou de doorwerking krachtens de Wcao (en de Wavv) onverminderd dienen te blijven gelden. Hetzelfde was beoogd voor

de toepassing van cao's op de art. 14 Wcao-werknemers, die via een (wijzigings)beding in de individuele arbeidsovereenkomst gebonden worden aan de (gewijzigde) arbeidsvoorwaarden van de toepasselijke cao.⁹

In de Memorie van Toelichting op het uiteindelijke wetsvoorstel¹⁰ constateert het kabinet dat zich de laatste decennia in de praktijk een manier heeft ontwikkeld van regeling van arbeidsvoorwaarden, naast de cao, namelijk door incorporatie en eenzijdige wijzigingsbedingen, waardoor in de praktijk sprake is van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers. Het kabinet wil deze eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden terugdringen door aan werknemers een adequaat niveau van bescherming tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden te bieden. Uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaarden in beginsel niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd. Dat is slechts anders indien in de individuele arbeidsovereenkomst een beding is opgenomen dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Op een dergelijk beding kan de werkgever zich evenwel slechts beroepen, 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.

Dit is vastgelegd in art. 7:613 BW. Dit artikel had in het wetsvoorstel nog een tweede lid, dat uitging van het rechtsvermoeden, dat een zwaarwichtig belang aanwezig is indien de arbeidsvoorwaardenwijziging voortvloeit uit een in overeenstemming met de OR tot stand gekomen regeling. Dit rechtsvermoeden kwam echter dicht in de buurt van een directe doorwerking van overeenstemming tussen ondernemer en OR in de individuele rechtspositie. De werkgever heeft het immers als regel in de hand zich bij indienstneming een wijzigingsbevoegdheid voor te behouden. De bepaling ging van de onjuiste veronderstelling uit, dat het akkoord gaan van de OR de erkenning van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever in diens verhouding tot de individuele werknemer impliceert. Nu het tweede lid uit het wetsvoorstel is geschrapt schept de overeenstemming met de OR weliswaar het vermoeden dat de regeling als collectieve regeling niet onredelijk is, maar levert geen aanwijzing op omtrent de zwaarwichtigheid van het belang dat voor de werkgever verbonden is aan toepassing in een individueel geval.¹¹ De minister bevestigt dit nog eens in een wetgevingsoverleg. In een discussie over de vraag of de minister de deur open heeft gezet voor doorwerking van afspraken met de OR in de individuele arbeidsovereenkomst wordt vanuit de Kamer geponeerd dat een zwaarwichtige reden als bedoeld in art. 7:613 BW aanwezig wordt geacht als er overeenstemming is met de OR. De minister spreekt dit tegen: dit betreft het tweede lid en dat is geschrapt.¹²

7 Zie voor een uitvoerige bespreking het SER advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, Publicatie nr. 6, 20 mei 1994 (94/06), p. 39–42.

8 De adviesaanvraag d.d. 16 februari 1990 is opgenomen als bijlage 1a bij het SER advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, Publicatie nr. 6, 20 mei 1994 (94/06).

9 Brief van 1 februari 1991, opgenomen als bijlage 1b bij het SER-advies.

10 Wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek (24615, nr. 3).

11 J.C.M.G. Bloemarts, 'De ondernemingsovereenkomst; vlag en lading', TVVS 1997, nr. 97/12, p. 359.

12 Kamerstukken II 1996/97, 24615, 28, p. 34.

Eenzijdige wijziging van een of meer arbeidsvoorwaarde(n) is dus enkel en alleen mogelijk, indien in de individuele arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen en indien de werkgever bij die 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.

3. De binding van werknemers aan de avr

Een aantal werkgevers heeft bedacht dat het wellicht mogelijk is om werknemers eenzijdig (primaire) arbeidsvoorwaarden op te leggen door in individuele arbeidsovereenkomsten een incorporatiebeding op te nemen dat werknemers bindt aan een (toekomstige) in een bij ondernemingsovereenkomst¹³ vastgestelde arbeidsvoorwaardenregeling (avr) of aan iedere toekomstige wijziging daarin. De in art. 32 lid 2 WOR bedoelde overeenkomst is geen overeenkomst in civielrechtelijke zin, geen tweezijdige rechtshandeling. De OR is geen rechtspersoon en kan alleen daarom al dergelijke overeenkomsten niet sluiten. Anders dan de bestuurder, die namens de ondernemer optreedt, treedt de OR niet op namens een ander. Hij heeft geen vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de onderneming en evenmin voor de werknemers. Bovendien bedingt de OR bij de afspraak geen bevoegdheden of rechten voor hen, maar uitsluitend voor zichzelf. De zittende OR, die de afspraken maakt, is evenals de ondernemer aan die afspraken gebonden. Zolang als de ondernemer en een na verkiezingen gevormde nieuwe OR daarvan niet af willen, zullen de gemaakte afspraken in de praktijk worden gecontinueerd. Het is ook de bedoeling van de wetgever geweest, dat de looptijd van de afspraken onbepaald is, tenzij anders is overeengekomen. Het karakter van de ondernemingsraad, als door verkiezingen samengesteld vertegenwoordigend orgaan, vereist dat de OR met ingang van de nieuwe zittings termijn bevoegd is de overeenkomst met inachtneming van een redelijke termijn en onder omstandigheden met onmiddellijke ingang op te zeggen. De ondernemer kan opzeggen wegens belangrijke wijziging van omstandigheden.¹⁴

De WOR biedt de OR mogelijkheden om de ondernemer zo nodig aan de gemaakte afspraken te houden. Art. 32 lid 4 bepaalt dat, indien een advies- of instemmingsrecht is overeengekomen over andere voorgenomen besluiten dan die van art. 25 respectievelijk art. 27 WOR, dezelfde rechtsgang

openstaat als bij reguliere voorgenomen besluiten. Gaat het om andere afspraken dan een extra advies- of instemmingsrecht, dan opent art. 36 lid 2 de mogelijkheid van een gang naar de kantonrechter. Die andere afspraken kunnen ook primaire arbeidsvoorwaarden betreffen.¹⁵

Uit het voorgaande volgt, dat de met een OR afgesproken avr in arbeidsrechtelijk opzicht een eenzijdig door de werkgever vastgestelde regeling is, die formeel juridisch ook weer eenzijdig aangepast kan worden. De avr kan bovendien de individuele werknemers niet zonder meer binden.¹⁶ Wel kan de werkgever individuele werknemers voorstellen om in te stemmen met de arbeidsvoorwaarden van de avr.¹⁷ Ook kan de werkgever de individuele werknemer een arbeidsovereenkomst aanbieden waarin naar de avr verwezen wordt. In deze gevallen komt een overeenkomst tot stand. Indien in de individuele arbeidsovereenkomst een dynamisch incorporatiebeding wordt opgenomen, dat de werknemer bindt aan een in de toekomst vast te stellen avr of aan toekomstige wijzigingen in een bestaande avr, dan heeft dit de status van een eenzijdig wijzigingsbeding. Een werknemer is alleen aan die bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst nog niet bestaande arbeidsvoorwaarden gebonden, indien de werkgever daarbij op dat moment 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.¹⁸ Onjuist is dus het oordeel van de Kantonrechter Roermond in een zaak, waarin een werknemster het afschaffen van de indexatie van haar salaris als gevolg van een met de OR afgesproken wijziging van de avr aanvocht, dat zij daarmee op voorhand had ingestemd door in te stemmen met een wijzigingsbeding in de individuele arbeidsovereenkomst, dat een gebondenheid zonder de noodzaak van de toetsing van art. 7:613 BW inhield aan in de toekomst tussen de werkgever en de OR overeen te komen wijzigingen van de avr.¹⁹ Ook Zaal en Zwemmer gaan er ten onrechte van uit, dat de werkgever zowel gebruik kan maken van een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW als van een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst.²⁰ Zoals we hebben gezien verbood het arbeidsreglement een dergelijk incorporatiebeding. Toen dergelijke bedingen desondanks in de praktijk opkwamen en de rechter oordeelde dat die mogelijk waren naast het arbeidsreglement, maakte de wetgever aan de ongewenst geachte gevolgen daarvan een eind door de introductie van art. 7:613 BW.

13 Schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, zoals bedoeld in artikel 32 lid 2 van de Wet op de ondernemingsraden, waarbij aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden dan de in deze wet genoemde kunnen worden toegekend en aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde kunnen worden gegeven.

14 Mr. J.C.M.G. Bloemarts, 'De ondernemingsovereenkomst; vlag en lading', *TVVS* 1997 nr. 97/12, p. 358. Zie ook Gerechtshof Den Haag 3 november 2006, *JAR* 2007/32: De ondernemingsovereenkomst geldt als een overeenkomst voor onbepaalde tijd indien er geen nadere afspraken zijn gemaakt over de duur. Het uitgangspunt is dat een overeenkomst voor onbepaalde duur in beginsel opzegbaar is, tenzij uit de aard en inhoud van de overeenkomst anders blijkt. Voor het opzeggen van een ondernemingsovereenkomst moeten zwaarwichtige redenen aanwezig zijn en partijen dienen voorafgaand aan de opzegging te overleggen. In dat overleg dienen partijen zich redelijk jegens elkaar op te stellen.

15 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 44-45.

16 De minister heeft dit op 28 september 2018 nog eens bevestigd in antwoord op vragen van het Tweede Kamerlid Wiersma over arbeidsvoorwaardenregelingen. *Kamerstukken II* 2018/19, Aanhangel van de Handelingen, 97.

17 Bij Jumbo leidde dit ertoe dat sommige werknemers wel en andere niet gebonden waren aan de avr <https://www.ornet.nl/blog/2019/01/24/jumbo-zet-avr-voort-maar-cao-blijkt-nog-geldig>.

18 Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 9, p. 31.

19 Rechtbank Limburg 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12159.

20 I. Zaal, 'Onderhandelen met de OR over arbeidsvoorwaarden: de juridische (on)mogelijkheden', *ArbeidsRecht* 2018/11 (p. 4); I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, 'Reactie op: 'de Laat, De ondernemingsraad als stakingsleider, moeten we echt die kant op?', *ArbeidsRecht* 2019/21', *ArbeidsRecht* 2019/32, (p. 39).

4. De avr en de cao

Cao's vormen een belangrijke belemmering om op primaire arbeidsvoorwaarden, die een belangrijk deel van de loonkosten uitmaken, te besparen. De uitschakeling van loonconcurrentie tussen werknemers²¹ brengt met zich dat een werkgever in geen geval andere werknemers in dienst kan nemen tegen een lager loon dan in de collectieve overeenkomst is voorzien.

Van oudsher al zijn er werkgevers die zoeken naar manieren om onder de toepassing van een cao uit te komen. Zo liet Ikea, om onder de algemeen verbindende cao voor het meubelbedrijf uit te komen, de OR in 1992 een vakbond oprichten.²² Dit is een duidelijk voorbeeld van een gele bond, een vakbond die onder invloed staat van een enkel bedrijf of die zich bereid toont voor een reeks bedrijven cao's te sluiten als alternatief voor minder toegelijke onafhankelijke vakbonden.

De Commissie van Deskundigen voor de Toepassing van Verdragen en Aanbevelingen van de ILO (hierna: Commissie van Deskundigen) zegt in haar General Survey van 1994 dat op grond van art. 2 van ILO-verdrag nr. 98 werknemers- en werkgeversorganisaties voldoende bescherming moeten krijgen tegen inmenging in elkaars organisatie. Vervolgens merkt zij op dat wanneer tegen deze inmenging onvoldoende bescherming bestaat de betreffende lidstaten maatregelen moeten nemen, met name door middel van wetgeving, zodat de rechten uit het ILO-verdrag nr. 98 worden gerespecteerd.²³ Dit heeft er toe geleid dat de Nederlandse wetgever in het Toetsingskader AVV een beleidsregel tot stand heeft gebracht die – onder expliciete verwijzing naar ILO-verdrag nr. 98 – onafhankelijkheid vereist tussen de werknemers- en werkgeversverenigingen (of werkgever) bij de dispensatie van bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao.²⁴

Evenals gele vakbonden, ja zelfs nog sterker, zijn ondernemingsraden afhankelijk van de werkgever en kunnen ze voor werkgevers een gewild alternatief zijn voor onafhankelijke vakbonden, die zich aan de onderhandelingstafel harder opstellen²⁵ en hun eisen zo nodig met collectieve acties kracht bijzetten.

In een in 1975 uitgebracht advies²⁶ sprak de SER zijn unanieme oordeel uit dat aan de OR geen bevoegdheden zou-

den moeten worden toegekend bij de totstandkoming of wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden. Daarbij werd onder meer gewezen op het verschil in positie tussen de niet geheel onafhankelijke OR-leden en de onafhankelijke vakorganisaties. Dit standpunt werd overgenomen door de wetgever, daarbij overwegende dat het vaststellen van primaire arbeidsvoorwaarden voor de vakbond zou moeten blijven gereserveerd, die daarvoor ook beter geëquipeerd is. De Stichting van de Arbeid haalde dat standpunt in 1990 nog eens aan om zich daar vervolgens bij aan te sluiten.²⁷

Het eerste Paarse kabinet ging echter een iets liberalere koers varen, in aansluiting op de praktijk van 'overeenkomsten' tussen ondernemer en OR die mede arbeidsvoorwaarden betreffen.²⁸ Het zond de Tweede Kamer een notitie houdende het standpunt van het kabinet over een herziening van de WOR. Met behoud van het primaat van de cao zouden werkgevers op basis van de WOR ook met de OR afspraken over primaire arbeidsvoorwaarden moeten kunnen maken. De kritiek vanuit de SER dat werkgevers in cao-loze periodes snel zaken zouden kunnen doen met de OR via de ondernemingsovereenkomst, werd weggewuifd met als argument dat er 'thans geen praktische problemen' bestaan.²⁹ Vanuit de Kamer kwam hierop van diverse partijen behoorlijk wat kritiek.³⁰ Die kwam duidelijk naar voren bij een wetgevingsoverleg over een op de bedoelde notitie gebaseerd voorstel tot wijziging van de WOR en het BW.³¹ Het voorgestelde art. 32 lid 2 WOR, waarin een wettelijke basis werd gecreëerd voor ondernemingsovereenkomsten over arbeidsvoorwaarden, leidde weldegelijk tot gevaar van concurrentie tussen de vakbonden en de OR³² en de mogelijkheid voor werkgevers om de vakbonden en de OR tegen elkaar uit te spelen. Daarbij zouden werkgevers een sterke voorkeur hebben om primaire arbeidsvoorwaarden te regelen met de OR en op die manier de vakbond buiten de deur te houden.³³ Ook werd opgemerkt dat van het begrip ondernemingsovereenkomst de suggestie uitgaat dat de OR bevoegd is de individuele werknemers te binden.³⁴ Vervolgens zet de minister uiteen dat

21 Door advocaat-generaal Nils Wahl in *FNV KIEM tegen Nederland* (HvJ EU, 4 december 2014, nr. C-413/13) de *raison d'être* voor collectieve onderhandelingen genoemd.

22 Ikea mag andere bonden niet buiten de deur houden maar met de eigen WIM (Werknemersvereniging Ikea Medewerkers) is het maken van cao-afspraken betrekkelijk overzichtelijk. De bestuursleden werken bij Ikea-vestigingen. De contributie bedraagt enkele euro's per maand.

23 Committee of Experts General Survey 1994, International Labour Conference, 81st session 1994, freedom of association and collective bargaining, p. 106.

24 Observation (CEACR) – adopted 2008, published 98th ILC session (2009) – Netherlands, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2300875.

25 Resultaten enquête 2017 AWWN trends en ontwikkelingen HR 2017 (AWVN november 2017), Den Haag.

26 SER, *Advies taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden*, Den Haag 1975, publicatienr. 75/14.

27 Stichting van de Arbeid, *Overwegingen en aanbevelingen*, 3 januari 1990.

28 Dit past binnen het neoliberale beleid van de Europese Unie sinds de jaren negentig van de twintigste eeuw, waarin arbeidsvoorwaardenvorming op ondernemingsniveau werd gestimuleerd om flexibeler in te kunnen spelen op zich wijzigende economische omstandigheden. Zie hierover: *Collective bargaining in Europe: towards an endgame*, Volume III, geredigeerd door T. Müller, K. Vandaele en J. Waddington, p. 663, <https://www.etui.org/content/download/36728/368983/file/Collective+Bargaining+Vol+III+final+web+version.pdf>.

29 *Kamerstukken II* 1994/95, 24132, 1, p. 22.

30 Al bij de eerdere herziening van de WOR, eind jaren zeventig van de vorige eeuw, werd aan de bewindslieden gevraagd waarom werd afgeweken van het SER-advies en of niet het gevaar zou ontstaan dat de OR zich bij uitsluiting zou gaan bezighouden met primaire arbeidsvoorwaarden en daarmee het de functioneren van de vakbeweging zou gaan belemmeren (*Kamerstukken II* 1977/78, 13954, 109, p. 32). Het kabinet antwoordde destijds dat het niet geloofde dat het spoedig zou voorkomen dat een ondernemer aan de OR bevoegdheden zou toekennen op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden (*Kamerstukken II* 1977/78, 13954, 110, p. 29).

31 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615.

32 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 7, p. 21; *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 28, p. 26.

33 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 28, p. 5.

34 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 7, p. 26.

dit niet het geval is en dat daarin een verschil blijft bestaan met de cao. Hij voelt er ook niets voor om dat verschil weg te nemen en meer rechtsgevolgen te verbinden aan een ondernemingsovereenkomst. Die zou dan teveel op een cao gaan lijken. Daarmee zou een zeer complicerende 'scheefheid' in de arbeidsverhoudingen worden geïntroduceerd.

Nog in 2016 merkte de minister op dat in ons overlegmodel de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is neergelegd bij het overleg tussen werkgevers en vakorganisaties en dat deze structuur nog steeds actueel en zinvol is.³⁵

Kortom: over het primaat van de cao bestaat grote eensgezindheid. Als er (structureel) geen cao van toepassing is op een bedrijfstak of bedrijf, dan acht men het in het algemeen aanvaardbaar dat de OR met de werkgever afspraken kan maken over de arbeidsvoorwaarden. Een recente praktijk waarin de werkgever bewust geen cao of geen nieuwe cao wil sluiten en zelfs lopend cao-overleg afbreekt, omdat hij voor hem gunstiger arbeidsvoorwaarden kan afspreken met de OR in een avr, hadden achtereenvolgende bewindslieden niet verwacht. Dat dit inderdaad kan leiden tot 'een zeer complicerende scheefheid', bewijzen de perikelen rond Jumbo, dat al een avr overeenkwam met de (C)OR voordat de eigen ondernemings-cao was opgezegd.³⁶

5. Toets aan ILO-verdragen

De vraag die rijst is of het de werkgever vrijstaat om collectieve arbeidsvoorwaarden af te spreken met de OR, ook als er wel vakbonden zijn met wie hij een cao kan sluiten. Het gaat hier dus om een bewuste keuze van de werkgever voor een avr in plaats van een ondernemings-cao. Nu geeft een ondernemings-cao werknemers al minder bescherming dan een bedrijfstak-cao, zeker als die algemeen verbindend is verklaard. Tenzij het evenwel om een gele bond gaat, geeft een cao werknemers nog altijd meer bescherming dan een avr. Interessant is daarom het antwoord van de minister op de Kamervraag of hij de mening deelt dat het sluiten van een avr een alternatief kan zijn voor een cao afgesloten met een vakbond. De minister merkt op dat het natuurlijk mogelijk is dat cao-onderhandelingen niet leiden tot het daadwerkelijk sluiten van een overeenkomst tussen werkgever en vakbonden. Wanneer de werkgever vervolgens afspraken maakt met de OR is echter geen sprake van een cao, aangezien de OR niet voldoet aan de vereisten die de Wcao stelt voor het aangaan van een cao. Overigens kan na een periode van afspraken met de OR op enig moment opnieuw een cao worden afgesloten. In feite is dan sprake van een cao-loze periode, die in de praktijk wel vaker voorkomt.³⁷ Mijns inziens gaat de

minister met dit antwoord echter voorbij aan de kern. Weliswaar is de avr geen cao, maar wat schieten de werknemers ermee op als de avr uiterlijk en inhoudelijk niet verschilt van een cao – zij het dat de werkgever eenzijdig de arbeidsvoorwaarden bepaalt – en zij de keuze hebben tussen 'vrijwillig' instemmen met de avr of geen (zij het uiteraard geringe) salarisverhoging krijgen? Dan gebeurt precies wat Kamerleden al vreesden en bewindspersonen wegwuifden als iets dat in de praktijk niet voorkomt.

En weliswaar merkt de minister in navolging van zijn voorganger³⁸ op dat het recht op collectieve onderhandelingen door de vakbonden wordt ondersteund door internationale verdragen, waarbij hij verwijst naar ILO-verdragen 135³⁹ en 154⁴⁰, maar hij zegt niet wat werknemers en hun vakbonden hiermee opschieten. Naar Nederlands recht mag de werkgever immers kiezen of hij met de vakbonden of met de eigen OR afspraken wil maken over primaire arbeidsvoorwaarden. Hij mag zelf voor een cao-loze periode kiezen. Hij mag een verzoek van de vakbonden om cao-overleg naast zich neerleggen en hij mag lopende onderhandelingen met hen afbreken. Hij mag onder dreiging van (verdere) collectieve acties door de vakbonden aan zijn OR voorstellen een loonsverhoging en andere collectieve arbeidsvoorwaarden vast te leggen in een avr. In Nederland geldt het primaat van de cao, maar niet het primaat van het cao-overleg.

Kortom: waartoe heeft Nederland zich door ratificatie van de ILO-verdragen nrs. 87, 98, 135 en 154 eigenlijk verplicht? De Commissie van Deskundigen van de ILO heeft een aantal keren invulling gegeven aan de verplichtingen van lidstaten op grond van deze verdragen.

In Colombia kent men het verschijnsel van de 'pacto colectivo', een arbeidsvoorwaardenregeling die sterk op de Nederlandse avr lijkt. Vanuit de Colombiaanse vakbeweging werd onder meer gesteld dat deze 'pactos colectivos' gebruikt worden om de vrijheid van vereniging en van collectieve onderhandelingen te ontmoedigen en dat statistieken aantonen dat deze akkoorden een negatief effect hebben op het vakbondslidmaatschap. De Commissie van Deskundigen merkte op dat, in lijn met de verplichting om cao-overleg te bevorderen, deze akkoorden alleen mogelijk behoren te zijn bij afwezigheid van vakbonden.⁴¹ In Sri Lanka hadden werkgevers jarenlang de oprichting van ondernemingsra-

35 *Kamerstukken II* 2015/16, 29818, 41.

36 AD 1 maart 2019, Woede personeel Jumbo over arbeidsvoorwaarden neemt toe: ze nemen ons niet serieus.

37 *Kamerstukken II* 2018/19, Aanhangsel van de Handelingen, 97. Vragen van het lid Wiersma (VVD) aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over het bericht «Bom onder poldermodel leggen was geen vooropgezet plan» en «FNV vreest tweede 'Jumbo-debacle' bij marktleider Albert Heijn», en «Meer cao's zonder handtekening FNV?» (ingezonden 16 juli 2018). Antwoord van Minister Koolmees (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) (ontvangen 28 september 2018). Zie ook Aanhangsel Handelingen, *Kamerstukken II* 2017/18, 3205.

38 *Kamerstukken II* 2015/16, 29818, 41.

39 Verdrag betreffende het toekennen van bescherming en faciliteiten aan werknemersvertegenwoordigers in de onderneming. Zie voor de tekst: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312280. Artikel 5 schrijft voor dat wanneer er binnen één onderneming zowel vakbondsvertegenwoordigers als een OR bestaan, er zo nodig passende maatregelen genomen moeten worden om te voorkomen dat de OR de positie van de vakorganisatie ondergraaft.

40 Verdrag betreffende de bevordering van collectief onderhandelen. Zie voor de tekst: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312299:NO. Artikel 3 bepaalt dat, indien sprake zou kunnen zijn van overlappende activiteiten, er zo nodig passende maatregelen moeten worden getroffen om te verzekeren dat de OR niet gebruikt wordt om de positie van de betrokken vakbonden te ondermijnen.

41 Observation (CEACR) – adopted 2014, published 104th ILC session (2015). Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154) – Colombia.

den ('employees' councils') gepromoot om de oprichting van vrije en onafhankelijke vakbonden te belemmeren hun recht op collectieve onderhandelingen uit te oefenen. Deze raden hadden het recht om vakbonden te vervangen bij collectieve onderhandelingen als de vakbonden minder dan 40% van de werknemers vertegenwoordigden en de ondernemingsraden 40% of meer. De Commissie van Deskundigen oordeelt dat waar in een onderneming zowel een erkende vakbond als een OR bestaat, de werkgever de OR niet mag gebruiken om de positie van de vakbond en zijn vertegenwoordigers te ondermijnen. Volgens de Commissie geldt de bescherming van art. 5 van ILO-verdrag nr. 135 niet slechts voor vakbonden die als representatief worden beschouwd.⁴² Toetsing aan deze bepaling bracht de Commissie ertoe om Chili aan te spreken op een bepaling in de arbeidswet die toestaat dat groepen werknemers collectieve onderhandelingen voeren, zelfs als in de betreffende sector vakbonden bestaan.⁴³ Naar het oordeel van de Commissie berust het recht op het voeren van collectieve onderhandelingen bij vakbonden op elk niveau en zijn onderhandelingen tussen werkgevers(organisaties) en werknemersvertegenwoordigers anders dan van een vakbond slechts mogelijk wanneer er op het betreffende niveau geen vakbonden zijn. Toestaan dat de bedoelde werknemersvertegenwoordigers bij aanwezigheid van een vakbond collectief onderhandelen, verzwakt niet alleen de positie van de vakbonden, maar ondermijnt ook ILO-rechten en grondbeginselen met betrekking tot collectieve onderhandelingen.⁴⁴

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat Nederland zich door ratificatie van de ILO-verdragen nrs. 87, 98, 135 en 154 verplicht heeft cao-overleg (actief) te bevorderen. Daarbij kan niet worden volstaan met de leer dat een avr kan worden overeengekomen, zodra er geen geldende cao meer is. Een avr behoort evenmin overeengekomen te kunnen worden als er in de betreffende onderneming of sector vakbonden zijn. Een werkgever behoort dus niet vrij te kunnen kiezen tussen een avr en een cao, tussen een OR en een vakbond.

6. Moet de overheid ingrijpen?

Zoals we hebben gezien, wordt van de minister verwacht dat hij cao-overleg bevordert. Uit de oordelen van de Commissie van Deskundigen van de ILO komt naar voren dat een avr niet mogelijk behoort te zijn als er in de betreffende onderneming of sector vakbonden zijn.

Een werkgever moet niet kunnen kiezen tussen een cao en een avr. Hij moet cao-overleg niet kunnen afbreken om vervolgens zijn wensen, bijvoorbeeld om op de loonkosten te

besparen, te realiseren via een avr met de OR. Wat je daarvan ook mag vinden, een dergelijke praktijk verdraagt zich mijns inziens niet met de ILO-verdragen maar ondermijnt het cao-stelsel, de positie van de vakbonden en uiteindelijk de positie van de werknemers. Want zij zijn het per slot die de ILO-verdragen beogen te beschermen.

Dat pleit voor een ruime formulering van het primaat van de cao zoals in het Duitse model, volgens welk model een avr slechts is toegestaan als de cao dat toestaat. Ook is er geen ruimte voor een avr als de onderneming weliswaar formeel niet aan de cao is gebonden maar toch te rekenen valt tot de werkingssfeer van de cao, bijvoorbeeld omdat zij qua werkzaamheden geacht wordt in een bepaalde bedrijfstak te vallen. De deur voor de OR om tot een avr te komen wordt pas geopend wanneer in de betreffende bedrijfstak de loonhoogte of andere arbeidsvoorwaarden normaal ('üblicherweise') niet bij cao geregeld worden.⁴⁵ Dat is het geval wanneer in het verleden nog geen cao met betrekking tot de betreffende onderwerpen tot stand gekomen is.⁴⁶ Een voor Nederland, afgezet tegen de huidige praktijk, wellicht eerder aanvaardbare variant is dat pas een avr is toegestaan als gedurende een langere periode van (bijvoorbeeld) vijf jaar geen cao heeft gegolden en ook geen cao-onderhandelingen zijn gevoerd. Hoewel de mate van representativiteit geen rol mag spelen, zou je kunnen betogen dat een vakbond die er in een periode van vijf jaar niet in slaagt om voldoende vakbondsmacht te ontwikkelen, zijn kans gehad heeft om zijn meerwaarde voor de betreffende werknemers duidelijk te maken.⁴⁷

Als dan de OR in beeld komt, dan behoren werknemers nog steeds beschermd te worden tegen eenzijdige wijziging van hun arbeidsvoorwaarden. Aangezien een (bij ondernemingsovereenkomst afgesproken) avr voor de werknemers de status heeft van een eenzijdig door de werkgever vastgestelde regeling, kan die avr werknemers slechts binden als zij daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd. Is in de individuele arbeidsovereenkomst een beding opgenomen, dat werknemers bindt aan een nog af te spreken avr en/of aan toekomstige wijzigingen in die avr, dan heeft zo'n beding de status van eenzijdig wijzigingsbeding en kunnen werknemers zich beroepen op art. 7:613 BW.

We hebben gezien dat in de lagere rechtspraak en in de literatuur wel het standpunt wordt ingenomen dat een dynamisch incorporatiebeding van de avr in de individuele arbeidsovereenkomst werknemers aan toekomstige wijzigingen in hun (primaire) arbeidsvoorwaarden kan binden zonder de toets van art. 7:613 BW. Mijns inziens vloeit uit

42 Direct Request (CEACR) – adopted 2004, published 93rd ILC session (2005). Workers' Representatives Convention, 1971 (No. 135) – Sri Lanka.

43 Direct Request (CEACR) – adopted 2002, published 91st ILC session (2003). Workers' Representatives Convention, 1971 (No. 135) – Chili.

44 Observation (CEACR) – adopted 2017, published 107th ILC session (2018). Right to Organise and collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) – Russische Federatie. In dezelfde zin: Observation (CEACR) – adopted 2016, published 106th ILC session (2017). Right to Organise and collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) – Oezbekistan.

45 Geregeld in § 77 Betriebsverfassungsgesetz: <https://betriebsverfassungsgesetz.net/paragraph-77>. Een bespreking van dit Duitse model is opgenomen als bijlage bij de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel Wijziging Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 49-53.

46 Zie voor een nadere uitleg in de Duitse jurisprudentie: BAG, Urteil 26-8-2008 – 1 AZR 354/07, <https://lexetius.com/2008,2943>, onder [16].

47 In dit verband zij opgemerkt, dat in de zaak Grabowski geen cao bestond noch had bestaan op het moment dat vakbonden in kort geding tevergeefs vorderden dat het ingenieursbedrijf en de OR zich zouden onthouden van het toekennen van bevoegdheden aan de OR op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden. Rechtbank Den Haag 19-05-1992, JAR 1992/22.

dit gegeven nog niet de noodzaak voort voor de wetgever om in te grijpen. Dat wordt anders wanneer de Hoge Raad dit standpunt mocht overnemen. Dan immers ontstaat opnieuw de door de wetgever onwenselijk geachte situatie, die tot tweemaal toe tot een wettelijke correctie heeft geleid, eerst die van de regeling van het arbeidsreglement en later die van art. 7:613 BW.