

OR en collectieve arbeidsvoorwaarden

Het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden is primair een taak van de vakbonden. De laatste jaren neemt echter de rol van de OR bij de totstandkoming, wijziging of intrekking van (primaire) arbeidsvoorwaarden toe. Als reden wordt wel genoemd de afnemende rol van de vakbonden. Daarnaast wordt steeds meer waarde gehecht aan maatwerk op ondernemingsniveau. Hoewel de rol van de OR bij aanpassing van de arbeidsvoorwaarden dus toeneemt, is deze wel wezenlijk een andere dan die van de vakbonden.

De primaire arbeidsvoorwaarden worden met de individuele werknemers of met de vakbonden overeengekomen. Bij primaire arbeidsvoorwaarden gaat het bijvoorbeeld om arbeidsduur, salaris en vakantiedagen. Naast primaire arbeidsvoorwaarden kennen we ook secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden. Secundaire arbeidsvoorwaarden zijn arbeidsvoorwaarden die bovenop de primaire arbeidsvoorwaarden komen, zoals bijvoorbeeld de reiskostenvergoeding, verlofdagen of een auto van de zaak. Tertiaire arbeidsvoorwaarden, ook wel 'zachte' arbeidsvoorwaarden genoemd, zijn arbeidsvoorwaarden die 'bedrijfseigen' zijn en niet voor een hele bedrijfstak gelden. Bijvoorbeeld een goede kantoorruimte, eten in het (bedrijfs)restaurant, een eigen parkeerplaats, gratificatieregelingen, enzovoort. Dergelijke arbeidsvoorwaarden worden dan ook eerder in een reglement of personeelsgids opgenomen dan in een collectieve regeling.

In beginsel speelt het instemmingsrecht van de OR niet bij de totstandkoming en wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden maar is het beperkt tot de secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden (art. 27 lid 1 WOR). Ook is het zogenoemde 'primaat van de CAO' expliciet in de wet opgenomen (art. 27 lid 3 WOR). Dit houdt in dat als een onderwerp dat mogelijk instemmingsplichtig zou zijn, reeds inhoudelijk is geregeld in een cao, de OR over dat onderwerp geen instemmingsrecht heeft. Van een inhoudelijke regeling is sprake als de desbetreffende aangelegenheid uitputtend in de collectieve arbeidsovereenkomst is geregeld. Alleen wanneer er een vrije, zelfstandige beslissingsruimte is overgelaten aan de ondernemer, ontstaat er een instemmingsrecht voor de OR.

De ondernemingsovereenkomst

Gebleken is dat ondernemer en ondernemingsraad toch afspraken kunnen maken over primaire arbeidsvoorwaarden. In de WOR is namelijk geregeld dat aan een OR meer of andere bevoegdheden kunnen worden toegekend dan de bevoegdheden die gelden op grond van de WOR (art. 32 lid 1 WOR). Dergelijke afspraken kun-

nen vervolgens worden vastgelegd in een zogenoemde 'ondernemingsovereenkomst'. In een cao gemaakte afspraken over primaire arbeidsvoorwaarden kunnen echter niet zondermeer worden 'overruled' door afspraken in een ondernemingsovereenkomst (art. 32 lid 3 WOR). Dit is alleen mogelijk als in een cao expliciet zogenoemde 'decentralisatiebepalingen' zijn opgenomen.

Decentralisatiebepalingen in de cao

De partijen bij een cao – vakbonden en werkgeversorganisaties – kunnen met decentralisatiebepalingen in de cao hun bevoegdheden op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden delegeren aan de OR. Decentralisatiebepalingen binden de leden van de cao betrokken werkgeversorganisaties tijdens de looptijd van de cao. Als in een cao bijvoorbeeld is opgenomen dat voor een wijziging van de bovenwettelijke vakantiedagen de instemming van de OR nodig is, dan is er sprake van een uitbreiding van het wettelijke instemmingsrecht. Een dergelijke bepaling hoeft niet op ondernemingsniveau te worden uitgewerkt. Is aan de voorwaar-

Overgang naar andere cao

Over de vraag of de overgang van de ene naar een andere cao onder het instemmingsrecht van de OR valt, heeft de kantonrechter Amsterdam zich gebogen. De OR meende dat de overgang naar een andere cao een wijziging van het arbeidsvoorwaardenregime inhield, inclusief de op die arbeidsverhouding van toepassing zijnde regelingen, waaronder ook regelingen die vallen onder het instemmingsrecht van de OR (art. 27 lid 1 WOR). De kantonrechter oordeelde anders. De OR had hier geen instemmingsrecht, omdat geen sprake was van een wijziging van een reglement in de zin van de WOR omdat het niet ging om een wijziging of intrekking van niet in de eerste cao geregelde arbeidsvoorwaarden, maar juist om voorwaarden die wel in die cao zijn geregeld. In de WOR worden de wettelijke bevoegdheden van de OR op grond van het primaat van de cao dus begrensd door de bevoegdheden van de vakbonden. Maar hoe hard is die grens?

den van de bepaling voldaan, dan heeft de OR een instemmingsrecht. Op die manier kan een OR dus extra bevoegdheden toegekend krijgen, zonder zelf partij bij de onderhandelingen te zijn geweest.

Van delegatie van bevoegdheden is sprake als in de cao is opgenomen dat een ondernemer in overleg met de OR kan afwijken van de cao of op het gebied van primaire arbeidsvoorwaarden afspraken kan maken. Hier is dan sprake van een extra bevoegdheid waarvan gebruik kan worden gemaakt door partijen, het betreft dus geen verplichting. De ondernemer kan dan met de OR onderhandelen over het onderwerp waarop de regelbevoegdheid ziet. De hieruit voortvloeiende afspraken worden meestal vastgelegd in een aparte regeling in aanvulling op de cao.

De vraag is echter wat de werking van dergelijke regelingen jegens de werknemers is. De hoofdregel is immers dat de OR geen vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft en individuele werknemers niet kan binden. Door een OR met de ondernemer gemaakte afspraken werken dus niet (automatisch) door in de individuele arbeidsovereenkomsten en binden de individuele werknemers niet. Voor het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden op individueel niveau is dan toch overeenstemming van de betrokken werknemers nodig. Dit in tegenstelling tot bepalingen in een cao die rechtstreeks doorwerken in de arbeidsovereenkomst.

Doorwerking van decentralisatieafspraken

Op grond van de Wet CAO zijn de arbeidsvoorwaarden van de cao van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de gebonden werknemers (art. 12, 13 Wet CAO). Wanneer een cao algemeen verbindend is verklaard of de cao via een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst van de werknemers van toepassing is verklaard, zijn de arbeidsvoorwaarden in de cao ook van toepassing op de niet-gebonden werknemers. De manier waarop de arbeidsvoorwaarden in een cao doorwerken in de arbeidsovereenkomsten van werknemers is dus afhankelijk van het antwoord op de vraag of de werknemers gebonden zijn, dat wil zeggen of ze al dan niet lid zijn van een vakbond. Dit geldt analoog voor de in de cao opgenomen decentralisatiebepalingen en de afspraken die daaruit voortvloeien. Gebonden werknemers hebben immers de vakbond een mandaat gegeven om voor hun afspraken te maken. Onder die afspraken vallen ook de decentralisatiebepalingen uit de cao en dus ook de afspraken met ondernemingsraden die daaruit voortkomen. Werknemers die geen lid zijn van een vakbond hebben nimmer een mandaat gegeven aan een vakbond en zijn dan ook niet automatisch gebonden aan de afspraken die vakbonden met werkgevers hebben gemaakt over de (uitbreiding van de) bevoegdheden van ondernemingsraden. Als met de OR gemaakte afspraken die voortvloeien uit een decentralisatiebepaling rechtstreeks zouden doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemers, zou dit een inbreuk op de individuele contractsvrijheid betekenen. Hoe kan de ondernemer dan toch op grond van met de OR in een ondernemingsovereenkomst gemaakte af-

Binding door delegatiebepaling

Hof Amsterdam heeft in 2014 geoordeeld dat een delegatiebepaling in de cao kan leiden tot gebondenheid van werknemers aan de in dat kader gemaakte afspraken in een ondernemingsovereenkomst. De werknemers van de Telegraaf Media Groep (TMG) zijn rechtstreeks gebonden aan de afspraken die TMG – op grond van delegatiebepalingen in de cao – voor de Grafimedia had gemaakt met haar centrale ondernemingsraad (COR). Daartoe deed volgens het hof niet ter zake dat de met de COR gemaakte afspraken geen cao-bepalingen waren en (dus) niet waren aangemeld overeenkomstig artikel 4 Wet op de loonvorming (WLV). De COR was het bevoegde orgaan om met TMG te onderhandelen, nu niet in geschil is dat de financiële situatie van TMG het noodzakelijk maakt om de arbeidskosten te beperken en deze beperking van belang is voor het voortbestaan van de onderneming als geheel. Het hof deelde ook het oordeel van de kantonrechter dat het akkoord op de in de cao voorgeschreven wijze tot stand was gekomen. De achterban was geraadpleegd en dit had ook daadwerkelijk geleid tot verbetering van het akkoord. Het akkoord was ook tijdig afgesloten. Het feit dat sommige werknemers harder worden getroffen door het akkoord dan anderen leidt niet tot ongeldigheid ervan, nu de maatregelen wel concernbreed zijn doorgevoerd.

spraken collectief de arbeidsvoorwaarden wijzigen? In de literatuur is de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad bij primaire arbeidsvoorwaarden onderzocht en blijkt dat dit op een aantal manieren kan:

1. via een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst of de desbetreffende regeling;
2. door incorporatie van een ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst.

In geval van een eenzijdig wijzigingsbeding mag de ondernemer de wijziging eenzijdig doorvoeren als er sprake is van een zwaarwegend belang van de werkgever om de regeling te wijzigen. Als de decentrale regeling een nieuwe aanvullende arbeidsvoorwaarde bevat, is er geen sprake van wijziging van een gemaakte afspraak en zal de werknemer geen bezwaar hebben. Dit zal echter anders zijn als een decentrale regeling leidt tot bijvoorbeeld een verlaging van de vergoeding van woonwerkverkeer. In dat geval moet de geïncorporeerde decentralisatiebepaling worden beschouwd als een eenzijdig wijzigingsbeding, waarop de toets en belangenafweging van artikel 7:613 van BW van toepassing zijn (de ondernemer moet aantonen dat sprake is van

zwaarwichtige omstandigheden, waarvoor het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken).

In de literatuur (Zaal) is er op gewezen dat ook bij een incorporatie van de ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst bij iedere wijziging de toets van artikel 7:613 BW zal moeten worden gevolgd. Laagland meent dat afspraken die voortvloeien uit een decentralisatiebepaling op dezelfde wijze worden behandeld als een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van de wet (art. 7:613 BW). Dit betekent dat een werkgever alleen een beroep op een decentralisatiebepaling kan doen als hij daarbij een dusdanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemers dat door de wijziging van de arbeidsvoorwaarde zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Wanneer een OR instemt met een arbeidsvoorwaardenreglement of een door de werkgever gewenste wijziging van de arbeidsvoorwaarden is dat een indicatie voor een zwaarwegend belang aan de kant van de ondernemer. Het is dus niet van doorslaggevend belang!

Uitleg van decentralisatiebepalingen

Voor de uitleg van decentralisatiebepalingen is de cao-norm bepalend. Dit omdat decentralisatiebepalingen rechten voor de OR in het leven roepen, zonder dat de OR op de inhoud invloed heeft kunnen uitoefenen. Ten aanzien van de uitleg van een Sociaal Plan heeft de kantonrechter Zwolle geoordeeld dat moest worden aangesloten bij de cao-norm. "Het gaat daarbij om een uitleg naar objectieve maatstaven, dat wil zeggen dat voor die uitleg de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn" (Rechtbank Overijssel, sector kanton Zwolle, 8 mei 2013, LJN: CA0582)

Naleving van decentralisatieafspraken

Decentralisatieafspraken worden dus gemaakt tussen de vakbonden en werkgeversorganisaties dan wel de werkgever. Uitgangspunt van het cao-systeem is, dat alleen gebonden werkgevers en werknemers als derden rechten kunnen ontlenen aan de cao. Omdat de OR geen partij bij deze afspraken is, is het de vraag wat de OR kan doen als blijkt dat de aan een cao gebonden werkgever de gemaakte decentralisatieafspraken niet nakomt. Als contractspartij kan de vakbond nakoming of schadevergoeding vorderen (art. 15 Wet cao). Afhankelijk van de vraag of sprake is van een uitbreiding of delegatie van bevoegdheden staan de ondernemingsraad verschillende tools ter beschikking. Met betrekking tot decentralisatiebepalingen die zien op delegatie geldt – zoals gezegd – dat vaak geen sprake is van een verplichting maar slechts van een mogelijkheid. De OR heeft geen juridische mogelijkheden om de ondernemer te dwingen die decentralisatieafspraken ook daadwerkelijk met de ondernemingsraad te maken. Als de werkgever en de OR eenmaal afspraken hebben



gemaakt en deze hebben vastgelegd in een ondernemingsovereenkomst, dan kan de OR op grond van artikel 36 lid 2 WOR nakoming van de ondernemingsovereenkomst vorderen.

Wanneer sprake is van een uitbreiding van de bevoegdheden van de OR kan de OR zich tot de kantonrechter wenden als de werkgever deze afspraken niet nakomt (art. 36 lid 2 WOR). Artikel 36 WOR bevat de algemene geschillenregeling waarin staat dat iedere belanghebbende de kantonrechter kan verzoeken te bepalen dat de ondernemer gevolg dient te geven aan hetgeen bij of krachtens de WOR is bepaald. De redentie is dan als volgt. De formulering 'bij of krachtens de WOR' impliceert dat deze artikel 36 WOR-procedure ook zie op afspraken die zijn neergelegd in een ondernemingsovereenkomst. Nu op grond van het bovenstaande betoogd kan worden dat decentralisatiebepalingen onder een ondernemingsovereenkomst vallen, vallen deze daarmee eveneens onder het bereik van artikel 36 WOR.

Conclusie

Ondernemer en ondernemingsraad kunnen afspraken maken over primaire arbeidsvoorwaarden mits de cao daartoe delegatiebepalingen uitschrijft en ook overigens duidelijkheid bestaat over een mogelijkheid om van de cao af te wijken. Om op individueel niveau arbeidsvoorwaarden te kunnen wijzigen blijft echter wel overeenstemming van de betrokken werknemers benodigd. Afspraken gemaakt door een ondernemingsraad werken immers niet (automatisch) door in de individuele arbeidsovereenkomsten. ■

mr. M. Rodríguez Escudero en **B. van Dam-Keuken**
MA LLB, de Clercq advocaten.notarissen, www.dec-lercq.com

Wet: art. 27, 32, 36 WOR; art. 12, 13, 15 Wet cao

Jurisprudentie: Ktr. Amsterdam 5-01-1995, 5497VV94 (JAR 1995/156); Hof Amsterdam 4-03-2014, 200.101.410-01 (ECLI:NL:GHAMS:2014:646); (Rb. Overijssel 8-05-2013, C/07/194863 (ECLI:NL:RBOVE:2013:CA0582)

Bron: mr. I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', Arbeidsrecht 2014/4; mr. dr. F. Laagland, 'Decentralisatiebepalingen in cao's. De gedelegeerde rol van de ondernemingsraad bij primaire arbeidsvoorwaarden', in Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2014/204; mr. drs. J.J.L. Pepers, 'De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten', in Arbeidsrecht 2002, 19