

ANNOTATIE

Delegatiebepaling in cao leidt tot gebondenheid werknemers aan ondernemingsovereenkomst

mr. dr. G.W. van der Voet

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 04-03-2014,
ECLI:NL:GHAMS:2014:646 (AR-2014-0319)*

1. Inleiding

Op 4 maart jl. oordeelde het Hof Amsterdam dat de werknemers van de Telegraaf Media Groep (hierna: TMG) rechtstreeks gebonden zijn aan de afspraken die TMG – op grond van delegatiebepalingen in de cao voor de Grafimedia (hierna: de cao) – had gemaakt met haar centrale ondernemingsraad. Daartoe deed volgens het hof niet ter zake dat de met de COR gemaakte afspraken geen cao-bepalingen zijn en (dus) niet waren aangemeld overeenkomstig artikel 4 Wet op de loonvorming (WLV). De vraag die rijst, is wat dan precies de grondslag voor deze binding is.

In dit commentaar zullen eerst kort de feiten uiteen worden gezet (par. 2), waarna het arrest van het hof zal worden samengevat (par. 3). Daarna zal worden ingegaan op de rechtsgrond voor de binding aan een op grond van een delegatiebepaling in een cao tot stand gekomen ondernemingsovereenkomst (par. 4). Het geheel zal ten slotte worden afgerond met een conclusie (par. 5).

2. Feiten

TMG staat aan het hoofd van een groep ondernemingen die actief zijn op het gebied van media, communicatie, entertainment en informatie. Voor de werkmaatschappijen van TMG zijn verschillende ondernemingsraden ingesteld. Voor BV Rotatiedrukkerij Voorburgwal (hierna: de RDV) en BV Drukkerij Noord Holland is daarnaast een groepsondernemingsraad (GOR) ingesteld. Ten slotte is voor het concern als geheel een centrale ondernemingsraad (COR) ingesteld.

TMG is lid van het Koninklijk Verbond van Grafische Ondernemingen, zijnde de werkgeversvereniging in de communicatie-industrie. Binnen het TMG-concern zijn circa

2800 medewerkers werkzaam. Daarvan vallen circa 1700 medewerkers onder de werking van de (mantel-)cao. De vakbonden FNV Kunsten, Informatie en Media en CNV Dienstenbond (hierna: FNV en CNV) zijn partij bij deze cao.

De cao kent een gelaagde structuur van arbeidsvoorwaardenvorming. Zo valt in de (algemeen verbindend verklaarde) cao 2007-2010 te lezen:

‘1.4.1. Gelaagde structuur van arbeidsvoorwaardenvorming

Deze CAO voorziet in een gelaagde structuur van arbeidsvoorwaardenvorming, waarbij bindende afspraken op centraal en op sectorniveau worden geregeld in deel A. en B. van deze CAO. Uitsluitend in deel A. van deze CAO worden primaire en harde secundaire arbeidsvoorwaarden opgenomen. In de vorm van decentrale afspraken, als bedoeld in de artikelen 1.4.4. en 1.4.5., worden voorwaarden en ruimte geschapen voor maatwerk en flexibiliteit op het niveau van de onderneming.

(...)

1.4.4.

Decentrale afspraken

1. Per onderneming worden tussen werkgever en werknemers nadere afspraken gemaakt over de invulling van de bepalingen van de in deze CAO daartoe aangegeven onderwerpen. Dergelijke afspraken worden in deze CAO aangeduid als decentrale afspraken.

(...)

6. Decentrale afspraken zijn bindend voor werkgever en werknemer indien zij tot stand zijn gekomen op de voorgeschreven wijze.

(...)

Bevoegdheid bij decentrale afspraken

1. De bevoegdheid om decentrale afspraken te maken vloeit rechtstreeks voort uit deze CAO en berust bij werkgever en werknemers, die onder deze CAO vallen, van een onderneming.

2. De bevoegdheid om decentrale afspraken te maken en hierover overleg te voeren berust zijdens de:

- werkgever bij de directie dan wel een door haar aangewezen functionaris;
- werknemers bij de personeelsvergadering cq. de wettelijk geregelde werknemersvertegenwoordiging.

3. Voor ondernemingen met meer dan 50 werknemers voert de Ondernemingsraad (OR), als wettelijke vertegenwoordiging namens de werknemers, het overleg krachtens lid 2 van dit

artikel. Op dit overleg zijn de bepalingen van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) overeenkomstig van toepassing.'

Naar aanleiding van de economische crisis heeft op 26 juni 2009 tussen de partijen bij de cao een overleg plaatsgevonden ('het Hoevelaken-overleg') waarbij gesproken is over de mogelijkheid van een beperking van de arbeidskosten. Het decentraal overleg – dat een wezenlijk onderdeel is van de arbeidsvoorwaardenvorming in de cao – diende volgens de cao-partners in deze tijden van economische crisis ten volle te worden benut om, binnen de kaders van de cao, afspraken met het vertegenwoordigend overleg te kunnen maken die leiden tot een besparing op arbeidskosten. De vakbonden gaven in dat kader aan dat zij decentrale afspraken, die in dit kader op ondernemingsniveau op democratische wijze zijn gemaakt en zijn gebaseerd op een breed draagvlak binnen de onderneming, zouden respecteren.

Tegen deze achtergrond heeft TMG op 29 september 2009 een voorstel aan de COR gestuurd om te komen tot decentrale afspraken met betrekking tot de bovenmatigheid van salarissen. Aanvankelijk stelde de COR zich op het standpunt dat TMG met de vakbonden moest onderhandelen, omdat bij hen de verantwoordelijkheid voor de primaire arbeidsvoorwaarden ligt. Bij e-mail van 6 november 2009 had de COR om die reden aan de vakbonden verzocht te laten weten of zij het overleg over de bovenmatigheid van salarissen binnen TMG wilden gaan voeren. De vakbonden gaven echter geen gehoor aan dit verzoek, waarop de COR alsnog besloot om de onderhandelingen dan maar zelf met TMG aan te gaan.

Op 11 december 2009 vond een overlegvergadering plaats, waarvoor ook de vakbonden een uitnodiging hadden ontvangen. Alleen de CNV accepteerde deze uitnodiging en stuurde een vertegenwoordiger. Deze vertegenwoordiger meende dat de achterban over het te bereiken akkoord diende te worden geraadpleegd en dat een meerderheid van 51 procent met het akkoord moest instemmen. TMG en de COR meenden dat een dergelijke stemming niet noodzakelijk was. Na de vergadering heeft telefonisch overleg plaatsgevonden tussen de FNV en de voorzitter van de COR. De COR heeft toen uit de reacties zijdens de CNV en FNV begrepen dat zij met het gevolgde proces akkoord waren.

Op 15 december 2009 leidde het overleg tot het 'Principe-akkoord op hoofdlijnen aanpak bovenmatigheid' tussen TMG en de COR (hierna: het akkoord). Het akkoord voorzag in een plan om boven de cao uitstijgende lonen te matigen, door loonsverhogingen gedurende een zekere tijd te verrekenen met het bovenmatige deel (wat feitelijk neerkwam op een tijdelijke bevrozing van het salaris).

Van de 1700 medewerkers die onder de werkingssfeer van de cao vielen, werden er 486 'bovenmatig' beloond. Tweehonderdveertig van hen maakten bezwaar tegen het akkoord. Vanwege de ontevredenheid van hun leden maakten vervolgens ook de vakbonden bezwaar tegen het akkoord en spanden daartegen – samen met de OR van RDG – een procedure aan. Zij wezen erop dat het akkoord niet conform de in de cao voorgeschreven procedure tot stand was gekomen. Zo was volgens hen niet de COR, maar de GOR dan wel de OR van RDV of Drukkerij Noord Holland in deze bevoegd om als onderhandelingspartner op te treden,

aangezien het akkoord in zijn gevolgen met name werknemers van deze beide laatste ondernemingen trof.

De vakbonden wezen er voorts op dat vakverenigingen hun bevoegdheid om hun leden door middel van het afsluiten van een cao te binden, niet kunnen overdragen aan een derde. Daarbij komt volgens FNV c.s. dat de COR die met TMG het akkoord heeft gesloten niet de statutaire basis en de legitimatie heeft om anderen te binden. Weliswaar kunnen partijen bij een cao op de voet van artikel 32 lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) de ondernemingsraad verdere bevoegdheden toekennen dan in de wet is toegekend, maar een uit hoofde van genoemde wetsbepaling gesloten overeenkomst zoals het akkoord kan geen cao zijn, aldus de vakbonden.

Op 14 november 2011 wees de Kantonrechter Amsterdam de vorderingen van FNV c.s. af en verklaarde voor recht dat het akkoord en de uitwerking daarvan rechtsgeldig zijn en dat deze met inachtneming van de relevante vereisten op de voorgeschreven wijze tot stand zijn gekomen (AR 2011-0958). De kantonrechter verbood de vakbonden het akkoord en de uitwerking daarvan te verhinderen dan wel te beperken op welke wijze dan ook, waaronder onder meer in het bijzonder hun leden en/of niet-leden op te roepen tot handelingen die direct of indirect tot gevolg hebben dan wel tot nalaten dat direct of indirect tot gevolg heeft dat de tenuitvoerlegging van een en ander wordt verhinderd dan wel beperkt.

FNV c.s. lieten het hier niet bij zitten en gingen tegen dit vonnis in hoger beroep.

3. Oordeel van het Hof Amsterdam

Het Hof Amsterdam oordeelt over de binding middels delegatie als volgt. Het beginsel van contractsvrijheid brengt volgens het hof mee dat partijen bij het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst een ruime bevoegdheid toekomt, te bepalen welke rechten en verplichtingen over en weer zullen gelden. Bij een collectieve arbeidsovereenkomst vindt die vrijheid haar begrenzing daarin, dat zij ingevolge het bepaalde in artikel 1 WCAO voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden tot onderwerp zal moeten hebben. Tussen partijen is niet in geschil dat de decentrale afspraken zien op arbeidsvoorwaarden. Deze afspraken kunnen op zichzelf bezien – daarover zijn partijen het eens – niet als collectieve arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd. Deze laatste omstandigheid is echter geen vereiste om in beginsel binding van de leden van FNV en CNV daaraan aan te nemen. Deze gebondenheid vloeit namelijk voort uit het feit dat FNV en CNV de bevoegdheid tot het maken van bedoelde afspraken bij de cao hebben gedelegeerd, hetgeen betekent dat wel sprake is van binding op grond van de cao en (dus) van doorwerking van die afspraken in individuele arbeidsovereenkomsten.

Het hof verwierpt de stelling van FNV c.s. dat artikel 32 lid 1 WOR in de weg staat aan de delegatie van het maken van decentrale afspraken aan de COR. Een beperking als door FNV c.s. gesteld valt volgens het hof niet in dit wetsartikel te lezen. Anders dan FNV c.s. betogen, behoeften de decentrale afspraken volgens het hof ook niet op de voet van artikel 4 WLV te worden aangemeld, aangezien deze afspraken niet als cao zijn aan te merken.

Ten aanzien van het feit dat het akkoord was gesloten met de COR in plaats van met de GOR of de OR van RDV, oordeelde het hof tot slot dat decentrale afspraken op grond van artikel 1.4.7 van de cao dienden te worden gemaakt met het hoogste orgaan van wettelijk vertegenwoordigend overleg krachtens de WOR, tenzij de afspraken in overwegende mate betrekking hadden op werknemers die werkzaam zijn in een bedrijfsonderdeel of bedrijfsonderdelen die door een lager orgaan van vertegenwoordigend overleg werden vertegenwoordigd. Niet in geschil was dat de financiële situatie waarin TMG verkeerde het noodzakelijk maakte maatregelen te treffen ter beperking van de arbeidskosten. Daarmee was de continuïteit van TMG en de overige ondernemingen waarvoor de COR is ingesteld gemoeid en dus ook de werkgelegenheid van allen die daar werkzaam zijn. Reeds daarom was de COR volgens het hof de aangewezen overlegpartner en niet GOR of de OR.

Ook op de overige door hen aangevoerde punten werden FNV c.s. in het ongelijk gesteld.

4. Verschillende visies op de binding aan een op grond van een delegatiebepaling tot stand gekomen ondernemingsovereenkomst

Bij een eerste lezing bevredigt het arrest van het hof het rechtsgevoel. Het feit de vakbonden partij zijn bij een cao die al jarenlang een delegatiebepaling bevat waarin de werkgever en de ondernemingsraad de bevoegdheid wordt toegekend om met de werknemers bindende afspraken te maken met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en het feit dat de vakbonden weigerden om zelf het decentrale arbeidsvoorwaardenoverleg te voeren, valt immers moeilijk te rijmen met het in rechte door hen naar voren gebrachte (wat opportunistisch aandoende) standpunt dat de met de COR gemaakte afspraken de werknemers niet zouden kunnen binden.

Bij een tweede lezing is echter toch enigszins teleurstellend dat het hof het oordeel dat de afspraak tussen TMG en de COR de werknemers rechtstreeks bindt, zo summier heeft gemotiveerd. Het oordeel dat deze afspraak geen cao is, staat namelijk haaks op een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 5 november 2013 in een vergelijkbare zaak (AR 2013-0887, JAR 2014/13, m.nt. De Laat), dat onlangs een vervolg kreeg op 15 april 2014 (AR 2014-0349). Ook in die zaak speelde de vraag of de werknemers in kwestie zijn gebonden aan de afspraak die de werkgever (Grafische Projecten B.V.) had gemaakt met de COR op basis van de delegatiebepaling in de Grafimedia-cao en ook in dit geval ging het om kostenbesparende (en dus voor de werknemers nadelige) afspraken (waaronder het laten vervallen van de jubileumuitkering). Anders dan het Hof Amsterdam, oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch echter dat de afspraak met de COR een aanvulling vormde op de cao en daarvan (dus) onderdeel uitmaakte, ten gevolge waarvan de werknemers aan de afspraak waren gebonden.

Over de binding van werknemers aan afspraken die met de ondernemingsraad zijn gemaakt in het kader van een gedelegeerd arbeidsvoorwaardenoverleg, zijn de meningen in de literatuur bovendien verdeeld. Zij kunnen worden gecategoriseerd als volgt:

1. de afspraken vormen onderdeel van de cao en zijn bindend op grond van de artikelen 9, 12 en 13 WCAO;

2. de afspraken vormen onderdeel van de cao, maar zijn pas bindend na aanmelding bij SZW op grond van artikel 4 WLv;
3. hoewel de afspraken zelf geen cao zijn, zijn zij wel bindend op grond van de cao;
4. de afspraken vormen geen cao, maar zijn krachtens de statuten wel bindend voor de leden van de vakbonden die partij zijn bij de cao;
5. de afspraken binden de werknemers niet rechtstreeks, maar slechts door middel van een incorporatie- of eenzijdig wijzigingsbeding.

Hieronder zullen de verschillende visies kort worden toegelicht en besproken (zie voor een uitvoerig overzicht van de visies op dit gebied voorts o.a. C.W.G. Rayer en M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 32 e.v.).

Ad 1

Verschillende auteurs, onder wie Van der Heijden (P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998/5, p. 213) en Bijlsma (A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden. Een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999/1, p. 6 en 7), menen dat de afspraken die met de ondernemingsraad tot stand komen op basis van een delegatiebepaling in de cao, deel van deze cao uitmaken. Zij worden door middel van de delegatiebepaling in combinatie met de bepaling dat de met de ondernemingsraad gemaakte afspraken individuele werkgevers en werknemers binden met andere woorden geïncorporeerd in de cao (zie ook J.J.L. Pepers, 'De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten', *ArbeidsRecht* 2002/3, p. 31 en B. van Bon, 'De lading omgevlagd', *SR* 1999/10, p. 245).

De definitie van het begrip cao in artikel 1 lid 1 WCAO, luidt echter als volgt:

'(...) de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, *waarbij* [cursief GWvdV] voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.'

Omdat het moet gaan om een overeenkomst tussen de werkgever of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers enerzijds en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid anderzijds, die op grond van artikel 2 lid 1 WCAO ook nog eens uitdrukkelijk in hun statuten moeten hebben vermeld dat zij bevoegd zijn om cao's voor hun leden af te sluiten, is naar mijn mening evident dat de ondernemingsraad geen cao kan sluiten. In de definitie van het begrip cao staat bovendien slechts 'waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden (...)' en niet 'waarbij, of op grond waarvan (...)'. Naar mijn mening mist deze opvatting dan ook grondslag in de wet.

Omdat het voorts uiteraard niet de bedoeling van cao-partijen zal zijn om de op grond van de

cao tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten voor de hele bedrijfstak te laten gelden, zullen zij – uitgaande van visie 1 – expliciet in de cao moeten vermelden dat de op grond van de cao tot stand gekomen decentrale afspraken, slechts betrekking zullen hebben op de arbeidsovereenkomsten van werknemers werkzaam binnen de onderneming(en) die door de betreffende werkgever in stand worden gehouden. Het is de vraag of dit altijd gebeurt.

Tot slot kan er in dit verband nog onderscheid worden gemaakt tussen incorporatie van reeds tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten enerzijds en op dat moment nog niet tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten anderzijds. In de eerste situatie – die zich lang niet zo vaak zal voordoen als de tweede situatie – zou nog aangenomen kunnen worden dat de cao-partijen de inhoud van de ondernemingsovereenkomsten hebben overgenomen in hun cao, maar wat de tweede situatie aangaat, wijst Stege er naar mijn mening terecht op dat dan in feite sprake is van een delegatie door de cao-partijen – zij het meestal onder strikte voorwaarden – aan de ondernemingsraden van de aan hen toekomende bevoegdheid om de werknemers direct bindende afspraken te maken (A. Stege, ‘De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst’, *SR* 1999/10, p. 252). In die zin is er dus sprake van een duidelijk raakvlak tussen visie 1 en visie 3.

Ad 2

Gaat men ervan uit dat de decentrale afspraak met de ondernemingsraad deel uitmaakt van de cao, dan ligt het voor de hand tevens aan te nemen dat deze afspraak pas in werking treedt, een dag nadat deze conform artikel 4 WLV schriftelijk is aangemeld bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. In artikel 4 lid 1 WLV staat immers:

‘Van het sluiten, wijzigen of opzeggen van een collectieve arbeidsovereenkomst, doen partijen schriftelijk mededeling aan Onze Minister. Daarbij wordt de tekst van de gesloten overeenkomst dan wel van de gewijzigde bepalingen daarvan alsmede een toelichting daarop overgelegd.’

Zowel een afwijking als een aanvulling van de cao, vormt immers een wijziging van de cao, zodat melding in beide gevallen is aangewezen (zie HR 30 november 2001, *JAR* 2002/16 (Datelnet/Schagen) en zie ook Van Bon 1999, p. 247 en 248). Een onderscheid tussen beide zou zich slecht verhouden tot de ratio achter deze meldingsplicht (t.w. monitoring van de loonontwikkeling en arbeidsvoorwaardenvorming). Dit betekent dat dit soort afspraken met ondernemingsraden – ervan uitgaande dat zij dienen te worden beschouwd als cao – niet rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten totdat ze zijn aangemeld (art. 4 lid 4 WLV). Dit wordt lang niet door alle auteurs signaleerd. Van Bon ziet in deze meldingsplicht het bijkomend voordeel dat de cao-partijen hiermee de mogelijkheid hebben om niet over te gaan tot melding indien zij niet achter de inhoud van de decentrale afspraak staan. Zo behouden zij de regie over de decentrale ‘onderdelen’ van hun cao (Van Bon 1999, p. 248). Pepers ziet daarin juist een nadeel, omdat nieuwe onderhandelingen daardoor volgens hem op de loer liggen. Bovendien vreest hij dat het ministerie van SZW hierdoor zal worden bedolven onder een gigantische hoeveelheid van dit soort decentrale afspraken. Hij pleit om

die reden dan ook voor aanpassing van artikel 4 WLV (Pepers 2002, p. 31, 32 en 35).

Ad 3

Het Hof Amsterdam lijkt in zijn arrest uit te gaan van visie 3, waarin de decentrale afspraak met de ondernemingsraad weliswaar geen cao is, maar desondanks wel bindend is op grond van de cao (het cao-recht). Lang niet altijd is precies duidelijk of auteurs nu visie 1 of visie 3 aanhangen. Zo nemen sommige van de bij visie 1 genoemde auteurs weliswaar het standpunt in dat de afspraak een (onderdeel van een) cao vormt, maar onderbouwen zij dit met een argument dat past binnen visie 3. Bijlsma stelt bijvoorbeeld dat aan de cao-partijen op grond van contractsvrijheid de bevoegdheid toekomt te bepalen dat aan de op grond van een delegatiebepaling tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten *kracht van cao toekomt* (zie o.a. Bijlsma 1999, p. 6 en 7), waarmee zij kennelijk wil aangeven dat deze afspraken de in de artikelen 12 en 13 WCAO omschreven gevolgen hebben. Dit is echter iets anders dan dat de afspraak ook een cao is.

Van der Heijden stelt dat de basis voor de gebondenheid is gelegen in 'het cao-recht' en in artikel 32 lid 1 WOR (Van der Heijden 1998, p. 213). Artikel 32 lid 1 WOR bepaalt echter slechts dat bij cao bovenwettelijke bevoegdheden aan de ondernemingsraad kunnen worden toegekend. Het toekennen van een rol aan de ondernemingsraad bij de vorming van primaire arbeidsvoorwaarden kan weliswaar worden beschouwd als het toekennen van een bovenwettelijke bevoegdheid, maar bij het toekennen van 'verdere bevoegdheden dan in deze wet genoemd', moet het uiteraard wel gaan om bevoegdheden die ter vrije beschikking staan van de cao-partijen.

Het Hof Amsterdam gaat er – zonder nadere motivering – evenals Bijlsma en andere auteurs van uit dat het op grond van de algemene contractsvrijheid mogelijk is dat cao-partijen de wettelijke bevoegdheid arbeidsvoorwaarden overeen te komen die direct doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten, delegeren aan de ondernemingsraad. Dit is echter zeer de vraag.

De mogelijkheid tot delegatie vloeit namelijk niet voort uit de wet. De letterlijke tekst van de artikelen 12 en 13 WCAO duidt eerder op het tegendeel. Daarin wordt immers slechts gesproken over 'eene collectieve arbeidsovereenkomst' en niet over 'bij of krachtens eene collectieve arbeidsovereenkomst tot stand gekomen arbeidsvoorwaarden'.

Heerma van Voss – die de bovenstaande vraag expliciet heeft gesignaleerd – zegt 'de ruime leer' aan te hangen en zoekt een legitimatie voor de mogelijkheid van delegatie in de goedkeuring van de leden en in de maatschappelijke wenselijkheid daarvan (G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1998/8, p. 268).

Zonder iets te willen afdoen aan het maatschappelijke belang van deze delegatiemogelijkheid, dat is gelegen in de toenemende behoefte aan flexibiliteit op het gebied van arbeidsvoorwaardenvorming, stel ik echter toch vast dat het hier gaat om een expliciet aan de

cao-partners toegekende wettelijke bevoegdheid die inbreuk maakt op de individuele contractsvrijheid van werkgevers en werknemers. Om die laatste reden meen ik dat delegatie van deze bevoegdheid zonder expliciete wettelijke basis daarvoor, niet mogelijk is (zie tevens o.a. Stege 1999, p. 253).

Dit geldt mijns inziens a fortiori voor de mogelijkheid werknemers rechtstreeks te binden op grond van een algemeen verbindend verklaarde delegatie- en incorporatiebepaling (art. 2 en 3 lid 1 en 4 Wet AVV), omdat daardoor een nog grotere inbreuk op de individuele contractsvrijheid wordt gemaakt. Los van het feit dat dit zich bovendien niet helemaal goed lijkt te verhouden tot het doel van de algemeenverbindendverklaring, te weten het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden door standaardisering, staat het op gespannen voet met het uitgangspunt dat de minister van SZW de bepalingen eerst aan de Wet AVV en het Toetsingskader AVV toetst, alvorens deze algemeen verbindend te verklaren (zie in min of meer gelijke zin o.a. Pepers 2002, p. 32 en 33). Wellicht dat het huidige Toetsingskader om die reden bepaalt dat niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen:

‘Cao-bepalingen die ertoe strekken dat een door de cao toegestane decentrale afspraak waarmee van een of meer cao-bepalingen wordt afgeweken, binnen de werkingssfeer ervan bindend zal zijn voor de werkgever(s) en al zijn (hun) werknemers, tenzij de cao-bepaling slechts afwijking toelaat in de vorm van in de cao zelf aangegeven alternatieven.’

Opmerkelijk genoeg zijn de betreffende delegatie- en incorporatiebepalingen uit de Grafimedia-cao wel algemeen verbindend verklaard. De Laat verklaart dit door erop te wijzen dat deze delegatiebepaling slechts ziet op ondernemingsovereenkomsten die een aanvulling op de cao vormen en geen afwijking vormen van een of meer cao-bepalingen (zie J.J.M. de Laat in zijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, *JAR* 2014/13).

Ad 4

Visie 4 wordt onder meer aangehangen door Stege. Hij stelt dat leden van de cao-partijen alleen direct gebonden kunnen worden aan een op grond van een cao tot stand gekomen decentrale afspraak met de ondernemingsraad (die zelf niet kan worden beschouwd als cao), als in de statuten van de cao-partijen expliciet is opgenomen dat hun de bevoegdheid toekomt te bepalen dat hun leden ook gebonden zullen zijn aan op grond van de door hen gesloten cao's tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten (Stege 1999, p. 253). Hieraan zal in de meeste gevallen niet zijn voldaan. Belangrijk nadeel van de statutaire gebondenheid van de leden van de cao-partijen aan de op grond van de cao tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten, is bovendien dat deze gebondenheid andersluidende afspraken in hun individuele afspraken niet automatisch opzij zet. Juist vanwege dat gebrek is de WCAO in 1927 ingevoerd (zie hierover o.a. C.J. Jansen en C.J. Loonstra, *Opstellen over de historische ontwikkeling van het arbeidsrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 31-35). Deze visie biedt voorts geen grondslag voor de binding van de overgrote meerderheid van de werknemers die geen lid is van een vakbond, of lid is van een vakbond die geen partij is bij de cao (de art. 14-werknemers).

Ad 5

De laatste visie doet mijns inziens het meeste recht aan onze huidige cao-systeem. In deze visie dient de delegatiebepaling in combinatie met de daaraan verbonden incorporatiebepaling (de bepaling dat de werknemers gebonden zijn aan afspraken met de ondernemingsraad die op grond daarvan tot stand komen), te worden beschouwd als een eenzijdig wijzigingsbeding dat bij de artikel 9/12/13-werknemers rechtstreeks doorwerkt in hun individuele arbeidsovereenkomsten. Datzelfde geldt in geval van algemeenverbindendverklaring van zo'n beding ten aanzien van artikel 14-werknemers. De op grond daarvan vervolgens tot stand gekomen decentrale afspraken met de ondernemingsraad werken slechts door in de individuele arbeidsovereenkomsten van al deze werknemers, indien zij voldoen aan de vereisten van artikel 7:613 BW.

Is geen sprake van een algemeenverbindendverklaring, dan kunnen artikel 14-werknemers slechts aan deze ondernemingsovereenkomsten worden gebonden via een incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst dat ziet op de betreffende cao. Op grond van het Haviltex-criterium kan dan redelijkerwijs worden betoogd dat dit incorporatiebeding tevens ziet op de, op grond van de cao tot stand gekomen, afspraken met de ondernemingsraad. Met de cao is met andere woorden tevens het daarin opgenomen incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst van deze werknemers geïncorporeerd. Ook in deze situatie dient het incorporatiebeding mijns inziens echter te worden beschouwd als een eenzijdig wijzigingsbeding, zodat de werknemers er alleen aan zijn gebonden indien is voldaan aan de vereisten van artikel 7:613 BW (zie overeenkomstig o.a. Pepers 2002, p. 31).

5. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat er veel onduidelijkheid bestaat over de grondslag voor de binding van werknemers aan een ondernemingsovereenkomst die op grond van een delegatiebepaling in een cao tot stand is gekomen. Rechtstreekse binding lijkt op grond van de huidige wetgeving niet mogelijk, anders dan via de band van artikel 7:613 BW. Om tegemoet te komen aan de in de maatschappij al jarenlang bestaande behoefte aan flexibiliteit binnen de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, is een wetswijziging mijns inziens aangewezen. Om inspiratie op te doen voor de wijze waarop dit het beste zou kunnen geschieden, zou de wetgever een blik over de landsgrenzen kunnen werpen. In dat verband zij onder meer verwezen naar de dissertatie van Even die binnen Europa al een verkenning op dit gebied heeft verricht (zie J.H. Even, *Transnational collective bargaining in Europe*, Den Haag: BJu 2008, p. 592 e.v.).