



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Driekwart dwingend recht

Heerma van Voss, G.J.J.; Duk R.A.A., Jacobs A.T.J.M.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2005). Driekwart dwingend recht. *Cao-Recht In Beweging*, 121-133. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14841>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14841>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

CAO-recht in beweging

Auteurs:

Mr. R.A.A. Duk
Prof. dr. A.T.J.M. Jacobs
Prof. mr. L.C.J. Sprengers
Mr. F.B.J. Grapperhaus
Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss
Mr. C.W.G. Rayer

Sdu Uitgevers
Den Haag 2005

5 Driekwart dwingend recht

G.J.J. Heerma van Voss¹

5.1 Inleiding

Driekwart dwingend recht is populair. Zo is onder meer bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid in 1999 het aantal driekwart dwingende wettelijke bepalingen uitgebreid. Zij bieden de mogelijkheid om door middel van CAO's flexibiliteit in het arbeidsrecht te brengen en toch de voor het arbeidsrecht kenmerkende bescherming van werknemers te verzekeren. Het fenomeen past in een tijd van decentralisatie en differentiatie in de arbeidsverhoudingen.

Na een korte bespreking van het fenomeen driekwart dwingend recht als zodanig zal in deze lezing de aandacht worden gericht op een drietal problematische aspecten van driekwart dwingend recht: de reikwijdte, de rol van de ondernemingsraad en de binding aan afwijkingen van driekwart dwingend recht.

5.2 Wat zijn driekwart dwingende bepalingen?

Driekwart dwingend recht is in ons land geïntroduceerd in 1954 bij de herziening van het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht. Sinds de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 kenden wij in het BW twee typen van dwingendrechtelijke bepalingen:

- volledig dwingende bepalingen, waarvan in het geheel niet kan worden afgeweken;
- semi dwingende bepalingen waarvan slechts bij schriftelijke arbeidsovereenkomst (destijds ook reglement) kan worden afgeweken.

De CAO was als fenomeen voor de oorlog in diverse bedrijfstakken geïntroduceerd en na de oorlog viel – mede als gevolg van het systeem van algemeen verbindend verklaring en de centraal geleide loonpolitiek van de jaren 1950 – het overgrote deel van de werknemers onder een CAO. Dat maakte het zinvol om bij de wetswijziging van 1954 naast de twee genoemde gradaties van dwingend recht te introduceren: driekwart dwingende bepalingen waarvan slechts bij CAO (of regeling door publiekrechtelijk orgaan) mag worden afgeweken.

¹ Hoogleraar Sociaal Recht, Universiteit Leiden.

Het begrip 'regeling door een publiekrechtelijk orgaan' is tegenwoordig vervangen door 'regeling van een bevoegd bestuursorgaan'. Aanvankelijk werd hiermee bedoeld op regelingen, bindend vastgesteld door het College van Rijksbemiddelaars, aan verordeningen van de Mijnindustrieraad of van eventuele andere, toekomstige publiekrechtelijke organen van het bedrijfsleven. Ook werd bedoeld op de mogelijkheid van algemeen verbindend verklaring door het bevoegde bestuursorgaan, thans de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (artikel 2 Wet AVV). De eerstgenoemde regelingen bestaan thans in de praktijk niet meer, al zou een verordening van een PBO-orgaan wettelijk met een dergelijke afwijking mogelijk zijn (art. 93 WBO). Daarnaast kennen artikel 5 en 6 Wet op de Loonvorming de mogelijkheid dat de Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid regelingen vaststelt die dezelfde inhoud hebben als een CAO. Ook in deze regelingen kan derhalve van driekwart dwingende bepalingen worden afgeweken. Ten slotte kan worden gewezen op de mogelijkheid van ambtelijke rechtspositieregelingen waarin van driekwart dwingende bepalingen, met name buiten het BW, wordt afgeweken door het bevoegde bestuursorgaan, bijvoorbeeld van de bepalingen in de Wet arbeid en Zorg.

De term 'driekwart dwingend' danken wij aan Levenbachs commentaar op deze wet.² Hij varieerde daarmee op de term 'semi-dwingend', die voor zover mij bekend het eerst in het Algemeen Deel van Paul Scholten werd gebruikt.³ Levenbach gaf daarmee aan dat deze vorm van dwingend recht qua zwaarte moest worden gesitueerd tussen het semi-dwingende en het volledig dwingende recht. 'Qua zwaarte' omdat het allicht lastiger is om de vakbonden bereid te vinden in een CAO van de wet af te wijken dan een individuele werknemer om dat in een individuele arbeidsovereenkomst te doen. De vakbonden vormen een sterkere *countervailing power* omdat zij collectief optreden en zo nodig een staking kunnen uitroepen. Zij zijn ook niet direct van de werkgever afhankelijk voor hun werkgelegenheid. En dit gegeven maakt het mogelijk om meer bepalingen het karakter van driekwart dwingend recht te geven die men niet semi-dwingend van aard kan maken omdat een individuele werknemer te vaak zou moeten instemmen met een arbeidsovereenkomst waarin deze rechten buiten toepassing zouden worden gesteld. Het arbeidsrecht kan zo flexibeler worden en meer worden gedecentraliseerd, zonder zijn beschermende karakter uit het oog te verliezen.

Waar hebben we het over als we spreken over driekwart dwingende bepalingen?

In 1954 betrof het de volgende bepalingen:

- De regeling voor de verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (thans anders, maar nog wel driekwart dwingend geregeld in artikel 7:668a lid 5 BW);
- Het opzegverbod bij ziekte en militaire dienst (thans art. 7:670 lid 10 BW);

2 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 18.

3 Asser-Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 23.

- De verlengde opzegtermijn voor oudere werknemers (thans afgeschaft door wijziging van het systeem van opzegtermijnen);
- De onderbrekingsregeling voor de opzegtermijn (thans – mijns inziens overigens ten onrechte – niet meer geregeld).

Daarna zijn de volgende driekwart dwingende bepalingen toegevoegd:

- In 1966 de berekening van vakantie over een gedeelte van het jaar (thans art. 7:634 BW);
- In 1968 in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag omtrent de periode van afrekening (art. 11), de hoogte van de vakantiebijslag (art. 16)⁴ en het systeem van vakantiebonnen (art. 18);
- In 1991 de regeling van het ouderschapsverlof (aanvankelijk in art. 7:644 BW, thans in art. 6:8 Wet arbeid en zorg);
- In 2000 de regeling van de vermeerdering van de arbeidsduur (art. 2 lid 11 Wet aanpassing arbeidsduur);
- In 2001 de regelingen van calamiteiten en ander kort verzuimverlof (art. 4:7 Waz), kortdurend zorgverlof (art. 5:10 Waz) en loopbaanonderbreking (art. 7:9 lid 2 Waz).⁵

In 1999 heeft het driekwart dwingend recht in de Wet Flexibiliteit en zekerheid nog een belangrijke uitbreiding gekregen in het BW:

- De loondoorbetaling bij niet-werken na zes maanden (art. 7:628 lid 7 BW);
- Verlenging maximale proeftijd bij kortdurende contracten van één naar twee maanden (art. 7:652 lid 6 BW);
- De verkorting van de opzegtermijn van werkgevers en werknemers (art. 7:672 lid 5, 7 en 8 BW);
- De termijnen waarin afwijking van de wettelijke regels is toegestaan bij de uitzendovereenkomst (art. 7:691 lid 7 BW);
- In verband met de laatste bepaling bevat artikel 8 WAADI (loonverhoudingsnorm voor uitzendkrachten) in lid 2 en 3 ook elementen van driekwart dwingend recht.

Interessant is nog de stelling van Olbers dat ook van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen bij CAO kan worden afgeweken, waaruit hij concludeert: “AVV-CAO-bepalingen zijn dus in mijn optiek bepalingen van driekwart dwingend recht.” Die afwijking acht hij mogelijk ook indien daarvoor door de minister in zijn AVV-

4 M.M. Olbers, “Het regelingsbereik van de CAO”, *SMA* 1992, p. 658-669, 661, wijst ook op art. 8 van de inmiddels ingetrokken Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS) van 21 december 1988, *Stb.* 623, en art. 1 lid 1 van het destijds op art. 8 BBA steunende Besluit van 12 juni 1985, *Stcrt.* 118, welke beide bepalingen toepassing van bij CAO overeengekomen afwijkingen van de wet op niet-gebonden werknemers toestonden, zoals dat ook kan volgens art. 16 lid 6 WMM.

5 Zie nader D.J.B. de Wolff, *Wet arbeid en zorg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 59-63.

beschikking geen ruimte is geboden.⁶ Deze opvatting wordt echter door de meeste schrijvers niet gevolgd. De algemeen verbindend verklaarde CAO wordt van een hogere orde geacht dan een gewone CAO en gaat derhalve bij onderlinge strijdigheid voor.⁷

In de Arbeidstijdenwet vinden we sinds 1994 een variant op driekwart dwingend recht. Hier is sprake van een wettelijke standaardregeling. In overeenstemming met de vakorganisaties kan voor verschillende onderdelen van deze wet gekozen worden voor een overlegregeling binnen ruimere wettelijke grenzen.⁸ In het kader van flexibilisering van de Arbeidstijdenwetgeving staat deze systematiek thans overigens weer ter discussie. Op het gebied van het medezeggenschapsrecht kennen we in de Wet op de Europese ondernemingsraden het systeem van de subsidiaire bepalingen, die een regeling treffen voor het geval het niet lukt een overeenkomst te treffen met de bijzondere onderhandelingsgroep (niet een vakorganisatie, maar wel daaruit mogelijk samengesteld).⁹ In het onlangs ingediende wetsvoorstel medezeggenschap werknemers (WMW) ligt het in de bedoeling ook bij de regeling van de nationale medezeggenschap de mogelijkheid te openen met de vakbonden afspraken te maken over afwijking van de wettelijke standaardregeling voor de inrichting van de medezeggenschap in de onderneming.¹⁰ Ook is voorgesteld om delen van het ontslagbesluit het karakter te geven van driekwart dwingend recht. Op dit laatste kom ik nog terug bij mijn eerste stelling. In de adviesaanvraag voor de evaluatie van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 stelt de regering voor de eigen maatregelen van werkgevers en werknemers verder te willen stimuleren en het primaat voor het arbeidsomstandigheden nog nadrukkelijker bij werkgevers en werknemers te willen leggen. Daar waar zij afspraken maken zou primair worden vertrouwd op handhaving door werkgevers en werknemers zelf. De bescherming door de overheid zal sterk worden beperkt tot de ernstige gevaren, terwijl betrokkenen zelf aanvullende afspraken kunnen maken. Ook Europese regels zullen waar mogelijk door sociale partners worden ingevuld. Daarbij wordt ook gedacht aan een vangnetvoorziening door de overheid.¹¹ Daarnaast kan nog worden gewezen op de Aanbevelingen van de Kring van kantonrechters. Sinds 1998 bepalen deze dat de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst in beginsel wordt vastgesteld volgens een sociaal plan dat is overeengekomen met de voldoende representatieve vakorganisaties, ook al wijkt de uitkomst af van de volgens dezelfde aanbevelingen berekende vergoeding. Hierbij geldt wel een

6 M.M. Olbers, "Sleept de AVV-CAO de ondernemingsCAO?", *SMA* 1989, p. 143-154, 148.

7 Vgl. W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 192-193.

8 Zie voor deze systematiek nader A.J.C.M. Geers en G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer: Kluwer 1996, p. 15-21.

9 Wet van 23 januari 1997, *Stb.* 1997, 32 (WEOR).

10 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 2 (Wetsvoorstel Wmw).

11 Adviesaanvraag evaluatie Arboret 1998 van staatssecretaris Van Hoof aan de SER van 29 oktober 2004, nr. AVB/AIS 04 69630.

uitzondering indien blijkt dat onverkorte toepassing van het sociaal plan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer.¹² Ten slotte verdient vermelding dat de ontwikkeling van driekwart dwingend recht niet beperkt blijft tot het nationale niveau. Het stelsel van het EG-Verdrag waarin sociale partners de mogelijkheid wordt geboden wetgeving te voorkomen door zelf een akkoord te sluiten (art. 138-139 EG-Verdrag), valt niet echt te beschouwen als driekwart dwingend recht, omdat hier geen afwijking van bestaand recht, doch slechts ontwikkeling van mogelijk toekomstig recht aan de orde is. Dit systeem heeft meer een parallel met het algemene CAO-recht. Maar wel is inmiddels de eerste EG-richtlijn gesignaleerd, die afwijking bij CAO toelaat.¹³ De richtlijn betreffende de arbeidstijden van chauffeurs in het wegvervoer¹⁴ bepaalt in artikel 8 dat van de artikelen 4 (inzake de maximale wekelijkse arbeidstijd) en 7 (inzake nachtarbeid) kan worden afgeweken om objectieve of technische redenen in verband met de werkorganisatie bij collectieve overeenkomst, bij afspraak tussen de sociale partners, ofwel – indien dit niet mogelijk is – bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, op voorwaarde dat de vertegenwoordigers van de betrokken werkgevers en werknemers worden geraadpleegd en dat alle relevante vormen van sociale dialoog worden aangemoedigd.

We zien dus een geleidelijk toenemend aantal regelingen waarin met de vakorganisaties over de wettelijke regeling nader onderhandeld kan worden. Dit roept een aantal vragen op, waarbij mijns inziens de belangrijkste zijn:

- Welke regelingen lenen zich voor driekwart dwingend recht? (par. 5.3).
- Kan de ondernemingsraad hierbij ook een rol spelen? (par. 5.4).
- Wanneer kunnen werkgever en werknemer een beroep doen op een dergelijke afwijking en/of zijn zij hieraan gebonden? (par. 5.5).

5.3 Reikwijdte van de driekwart dwingende bepalingen

Wanneer we het bovenstaande tableau overzien, dan valt op dat er een tendens is om geleidelijk in toenemende mate driekwart dwingende bepalingen in te voeren. Kennelijk wordt er tegenwoordig meer behoefte gevoeld, dan wel wordt deze behoefte meer onderkend, om van de wet te kunnen afwijken. Dat zou kunnen worden verklaard door de maatschappelijke tendens tot decentralisatie en differentiatie van arbeidsverhoudingen. De vraag is dan vervolgens waarom juist *déze* bepalingen driekwart dwingend zijn geworden en of dit niet ook voor andere bepalingen zou moeten

12 De aanvulling van de Aanbevelingen van de Kring van kantonrechters van 1 juni 1998 is gepubliceerd in *NJB* 1998, p. 969-973.

13 Met dank aan mr. J.B. Vallenduuk die mij hierop wees.

14 Richtlijn 2002/15/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 betreffende de organisatie van de arbeidstijd van personen die mobiele werkzaamheden in het wegvervoer uitoefenen, *Pb. EG* 23 maart 2002, nr. L 80, p. 35.

gelden. En er lijkt mij behoefte aan een criterium om uit te maken welke bepalingen nu wel en niet een driekwart dwingend karakter zouden moeten hebben.

De regering heeft in een notitie van 1997 daartoe een poging gedaan. Hierin wordt gesteld:

“Driekwart dwingend recht biedt de mogelijkheid dat betrokkenen zelf mede inhoud geven aan het arbeidsrecht, hetgeen kan leiden tot een groter draagvlak voor de desbetreffende regeling, maatwerk voor bedrijfstakken en ondernemingen en flexibiliteit indien de noodzaak van aanpassing zich voordoet.

Voor dit type bepaling wordt gekozen indien het gaat om een belangrijke bescherming van werknemers, waarbij de mogelijkheid van afwijking wenselijk is, maar wel voldoende waarborg dient te bestaan dat de bescherming van werknemers niet te gemakkelijk opzij wordt gezet. De huidige Nederlandse arbeidsverhoudingen zijn van dien aard dat de vakorganisaties in het CAO-overleg in staat zijn op een gelijkwaardige wijze met de werkgeversorganisaties te onderhandelen.

Driekwart dwingend recht zal met name worden gehanteerd indien het zinvol is om de sociale partners de mogelijkheid te bieden de regelgeving aan te passen aan de behoeften van de bedrijfstak of onderneming. (...)

Wanneer de bepaling een minimumniveau van bescherming nastreeft zou het in strijd zijn met dit uitgangspunt om afwijking bij CAO toe te laten. Wel is het denkbaar dat bepaalde onderwerpen zich er voor lenen om de bescherming per bedrijfstak op verschillende wijzen vorm te geven (...)”¹⁵

Neemt men dit tot uitgangspunt, dan zou het wellicht de moeite waard zijn om in de eerste plaats alle bepalingen uit het arbeidsrecht langs te lopen die geheel dwingend van aard zijn met de vraag of deze niet ook driekwart dwingend zouden kunnen zijn.¹⁶ Dit zou dan bijvoorbeeld niet kunnen met de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek betreffende gelijke behandeling of overgang van onderneming, die gebaseerd zijn op Europees recht en – in het eerste geval – ook grondrechten betreffen die men ook in CAO-overleg niet moet kunnen wegcontracteren. Ook de regeling van de aansprakelijkheid bij bedrijfsongevallen lijkt zich niet goed te lenen voor afwijkende regeling in CAO's. Veel interessante mogelijkheden zie ik hier op het eerste gezicht niet en ook niet veel kwesties waar binnen het bedrijfsleven de knellendheid van het dwingend recht zo sterk wordt gevoeld dat aanpassing dringend noodzakelijk is. Dat ligt wellicht anders met de arbeidsomstandighedenwetgeving, waar men invoering van het principe zou kunnen verdedigen dat datgene wat meer bescherming biedt dan Europese richtlijnen onderhandelbaar zou kunnen worden gemaakt. Dat wordt

15 Notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 5-6.

16 Hetzelfde zou overigens kunnen gebeuren met bepalingen van semi-dwingend of zelfs aanvullend recht.

dan ook momenteel druk bediscussieerd. Het voordeel van een dergelijk systeem is dat bij concrete concurrentienadelen in bepaalde bedrijfstakken of bij gebleken mindere behoefte aldaar voor een minder hoog beschermingsniveau zou kunnen worden gekozen, waarbij de vakbonden mee zouden kunnen onderhandelen over het gewenste beschermingspeil.

Een interessante casus lijkt mij het ontslagrecht. Bij het BBA 1945 hebben we te maken met een regeling die door werkgevers veelal als onnodig bureaucratisch wordt ervaren en waar al jaren over wordt gediscussieerd. Het ADO-rapport waarin een oplossing voor dit probleem wordt geschetst, heeft tot een patstelling binnen de Stichting van de Arbeid geleid en de regering heeft hierover na drie jaar nog steeds geen standpunt bepaald.¹⁷ Tegelijkertijd klaagt de praktijk over de knellendheid van onder meer het anciënniteitsbeginsel en begint het hiermee te experimenteren. De discussie over de CAO-afspraken bij ABN AMRO voor reorganisatie vormen hiervan een mooi voorbeeld. De vakbonden konden hier instemmen met het niet uitsluitend toepassen van de anciënniteitsregels bij reorganisatie. Hierbij speelde mee dat in de banksector gezien het opleidingsniveau van medewerkers en de bestaande systemen van kwaliteitsbeoordeling ook andere methodieken voorhanden waren om tot beoordeling te komen die ook wel aanvaard worden door het personeel. Anciënniteit bleek niet langer een onbespreekbaar dogma en werd aangevuld met andere maatstaven van beoordeling, zoals beoordelingen uit het verleden en vermogen tot verdere door-groei, geflankeerd met waarborgen zoals een langdurige periode van zoeken naar passende arbeid voor overtolligen, toetsing van het gewijzigde karakter van functies door ondernemingsraden en geschillenbeslechting door een CAO-commissie waarin de vakbonden participeren.¹⁸ Wilde berichten in de kranten dat de regeling in strijd zou zijn met het Ontslagbesluit berustten niet op kennis van de feiten, met name dat ABN AMRO bij deze reorganisaties geen gebruik maakt van toestemming voor ontslag door het CWI. Maar het is wel juist dat in theorie een dergelijke regeling nog wordt gehinderd doordat wanneer het uiteindelijk tot beëindiging zou komen de kantonrechter de regeling eventueel zou kunnen verwerpen of het UWV bezwaar zou kunnen maken wanneer in een ontbindingsprocedure geen bezwaar is gemaakt tegen de selectiemethode. In de praktijk zijn er echter al enkele kantonrechters die creatieve methoden van selectie bij reorganisatie inhoudelijk hebben getoetst en aanvaard als voldoende deugdelijk.¹⁹ Het kabinet heeft op aandringen van de Kamer inmiddels bij deze ontwikkeling aangesloten door in een notitie te overwegen het anciënniteitbeginsel aan te passen (grotere rol voor afspiegelingsregel), maar het ook mogelijk te

17 Zie hierover E. Verhulp e.a., *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

18 R. Hansma, "Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd", *NJB* 2004, p. 1484-1486; A.Ph.C.M. Jaspers, *SR* 2004, p. 125-126.

19 Ktr. Roermond 31 maart 2003, *JAR* 2003/109: afwijking anciënniteitbeginsel bij sociaal plan toegelaten; Ktr. 4 december 2003, *JAR* 2004/23: 'skill-mix-methode' met instemming ondernemingsraad toegelaten.

maken bij CAO af te wijken van dit aspect van het ontslagbesluit. Momenteel wordt hierover advies afgewacht van de Stichting van de Arbeid. We zien hier een interessante nieuwe variant: een driekwart dwingende bepaling van een ministeriële regeling. De regering gaat echter nog niet zo ver, dat zij de hele regeling van het preventieve toezicht op ontslag driekwart dwingend wil maken. Overigens biedt artikel 32 BBA 1945 nog steeds de mogelijkheid dat de minister de bevoegdheid om het preventieve toezicht uit te oefenen overdraagt op organisaties uit het bedrijfsleven, een mogelijkheid waarvan vroeger gebruik werd gemaakt in de grafische sector, maar waarvan later weer is afgestapt in verband met de dalende organisatiegraad in deze bedrijfstak.

Mijns inziens zou het een goede zaak zijn voor het ontslagrecht indien zowel de toestemmingsplicht van artikel 6 BBA 1945 als het gehele Ontslagbesluit van driekwart dwingend recht zouden worden gemaakt. Dit zou immers de mogelijkheid bieden dat het bedrijfsleven kiest voor een eigen afwijkende ontslagregeling, waarbij ook het preventieve toezicht ter discussie kan komen te staan. Dit zou de mogelijkheid bieden om bijvoorbeeld bij een reorganisatie af te wijken van de normale procedures of om dit te doen bij bepaalde ontslaggronden. Het zou ook de mogelijkheid bieden om meer te experimenteren en daarmee vertrouwen te winnen voor alternatieve ontslagprocedures. Het zou bijvoorbeeld denkbaar zijn dat bepaalde ondernemingen het model van het ADO-rapport zelf invoeren, zodat kan worden gezien wat dat oplevert. Het gevaar van uitholling van de ontslagbescherming is niet groot. De vakbonden dienen met de regeling in te stemmen en de afwijking kan ook weer ongedaan worden gemaakt. De winst zou zijn dat het ontslagrecht dynamischer en flexibeler wordt en dat we uit de huidige patstelling kunnen komen. In het licht van de klachten over een te starre arbeidsmarkt die een hindernis is voor economische groei een mogelijkheid die we niet over het hoofd zouden moeten zien.

Stelling 1

Het is wenselijk dat ook het BBA 1945 en het Ontslagbesluit driekwart dwingend van aard worden.

5.4 Rol van de ondernemingsraad

Voor de ondernemingsraad geldt dat deze zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld tot een steeds belangrijker en zelfstandiger orgaan in de onderneming. Het is dan ook begrijpelijk dat regelmatig de vraag rijst of deze ook niet een rol zou moeten spelen in de uitvoering van driekwart dwingend recht. Wanneer afwijking van de wet mogelijk is in overeenstemming met de ondernemingsraad, wordt dit ook wel genoemd 'tweederde dwingend recht'²⁰ of zelfs 'vijfachtste dwingend recht'.²¹ De eerste term lijkt mij de mooiste, maar de vraag is wel wie deze breuken nog allemaal kan overzien.

20 *Kamerstukken I* 2000/01, 00033, nr. 229, p. 5.

21 *Handelingen I* 2002/02, nr. 6, p. 225-246, 235.

Uiteraard kan voor ondernemingsraad ook worden gelezen personeelsvertegenwoordiging in de ondernemingen met minder dan vijftig werknemers. Sommige regelingen spreken van medezeggenschapsorgaan, omdat deze ook van toepassing zijn op sectoren waar de WOR niet van toepassing is en andere medezeggenschapsregelingen gelden, met name Onderwijs en Defensie.

Het aantal regelingen waarin de ondernemingsraad in dit opzicht is gelijkgesteld met de vakbond is de afgelopen jaren toegenomen. Dit betreft de volgende bepalingen:

- In 1994 de Arbeidstijdenwet;
- In 2000 de regeling van de vermeerdering van de arbeidsduur (art. 2 lid 11 Wet aanpassing arbeidsduur 2000);
- De regelingen voor calamiteiten en ander kort verzuimverlof (art. 4:7 Waz), kortdurend zorgverlof (art. 5:10 Waz) en loopbaanonderbreking (art. 7:9 lid 2 Waz).

In het eerste geval was de reden hiervoor om afwijkingen ook mogelijk te maken wanneer de betrokken onderneming niet onder de werkingssfeer van een CAO valt. In het tweede geval drong de kamer hierop aan, wellicht ook om het aantal mogelijkheden voor een individuele ondernemer uit te breiden, ook als de vakbond niet zou willen meewerken. In het eerste en derde geval is er sprake van een hiërarchie, waarin de regeling met de ondernemingsraad op een of andere wijze op de tweede plaats komt na de CAO. Opvallend is dat in de Wet arbeid en zorg bij de 'kleine' verlofregelingen wel afwijking met de OR mogelijk is, maar bij het ouderschapsverlof niet. Wellicht komt dit verschil voort uit het feit dat deze laatste regeling al langer bestond en zo'n mogelijkheid niet kende.

De vraag is natuurlijk of er aanleiding is om meer systematisch in de gevallen van driekwart dwingend recht ook afwijking met de ondernemingsraad mogelijk te maken. Daarvoor zou pleiten dat dit meer maatwerk voor de onderneming mogelijk maakt, alsmede toepassing in sectoren waar geen CAO geldt. Als nadeel zou kunnen worden gezien dat de OR een grotere verantwoordelijkheid krijgt waarvan men wellicht onder druk van de ondernemer te lichtvaardig gebruik zou maken. Wat het laatste betreft moet men mijns inziens voorzichtig zijn met paternalisme: een OR kan zich verzetten tegen voorstellen van de ondernemer. Waar hij de vereiste deskundigheid ontbeert, heeft hij de mogelijkheid deskundigen (bijvoorbeeld van de vakbond) in te schakelen. Dat is niet anders dan wat een vakbond in het CAO-overleg zou doen. Verder geldt in het algemeen dat wie meer verantwoordelijkheden krijgt, zich ook verantwoordelijker gaat gedragen. Daarnaast zou nog gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid om met de ondernemingsraad (of ander medezeggenschapsorgaan of vergadering van werknemers) van een CAO af te wijken. Deze mogelijkheid wordt tegenwoordig in verschillende CAO's geopend, naast de ook wel voorkomende mogelijkheid om met de vakbonden per onderneming de CAO nader in te vullen.

Ik heb in mijn stelling op dit punt de primaire arbeidsvoorwaarden buiten beschouwing gelaten om te voorkomen dat de discussie over de stelling wordt verward met die over de bevoegdheden van ondernemingsraden. Op zichzelf ben ik het eens met stelling 2 van Sprengers, die ik zo lees dat we niet te beducht meer moeten zijn om de ondernemingsraad ook op het gebied van arbeidsvoorwaarden bevoegdheden te geven, wat mij betreft dan subsidiair ten opzichte van de CAO. In de stelling laat ik dat punt echter buiten beschouwing om ons tot het principe te beperken. Belangrijk is daarbij dan nog dat ik bepleit dat een regeling bij CAO ook hier bij onderlinge strijd voorrang heeft op een regeling met de ondernemingsraad.

Het is overigens ook mogelijk dat de CAO afwijking van de CAO of nadere regeling bij ondernemingsovereenkomst mogelijk maakt. Mijns inziens dient duidelijk in de wet te worden geregeld dat een dergelijke regeling de status van CAO heeft. Het is jammer dat het Wetsvoorstel medezeggenschap werknemers op dit punt geen steun biedt aan het decentralisatieproces. In het verleden heeft de Eerste Kamer wel een discussie geëntameerd over de vraag wanneer zelfregulering gewenst is en wat de relatie tussen wetgever, sociale partners en medezeggenschapsorganen in de arbeidsverhoudingen zou moeten zijn.²² Die discussie heeft echter geen consensus of duidelijke conclusies opgeleverd.²³

Bij mijn stelling komt ook het vraagstuk van de binding aan regelingen met de OR onvermijdelijk ter sprake, stelling 3 van Sprengers. Ook stelling 4 van Sprengers sluit hierbij aan: afwijking met de ondernemingsraad van de kantonrechttersformule zou goed mogelijk zijn. Het lijkt mij in elk geval duidelijk dat een werkgever van een onderneming waar de ondernemingsraad heeft ingestemd met de mogelijkheid van afwijking van de wettelijke bepaling, bevoegd is zulke afwijkingen met de individuele werknemer overeen te komen. Wel is mijns inziens het noodzakelijk dat ook deze individuele afspraak nog daadwerkelijk wordt gemaakt, waarin ik wellicht iets minder ver ga dan de genoemde stelling 3 van Sprengers. Rechtstreekse binding aan een besluit van de OR is dan alleen aan de orde indien een daartoe strekkend beding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen.

Stelling 2

Het is wenselijk om driekwart dwingende bepalingen die geen betrekking hebben op primaire arbeidsvoorwaarden ook vatbaar te maken voor afwijking in overeenstemming tussen ondernemer en ondernemingsraad.

²² Zie de Notitie Zelfregulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen, *Kamerstukken I* 1999/00, 00033, nr. 222a, de daarover gevraagde opinies van deskundigen (stuk nr. 9) en de daarover gevoerde discussie, *Handelingen I* 2001/02, nr. 6.

²³ Zie voor een beschouwing daarover (helaas beperkt tot de opvattingen die de auteur aanspreken) van A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, Deventer: Kluwer 2004, p. 307-319.

5.5 Binding aan afwijking

Tegelijkertijd kan men zich afvragen of naarmate de regelingen waarin bij driekwart dwingend recht kan worden afgeweken van de wet toeneemt, er niet meer aanleiding is om de representativiteit van de vakorganisaties te toetsen. Anders zou een werkgever te gemakkelijk met een niet-representatieve vakbond afwijking van het driekwart dwingende bepalingen kunnen realiseren, die daardoor ook een minder evenwichtig karakter zouden kunnen krijgen. Het is ook opvallend dat de laatste jaren in toenevende mate sprake is van discussie over de representativiteit van bonden. Dat speelde onder meer in de uitzendsector, juist een sector waarin de afwijking van driekwart dwingend recht een wezenlijke rol speelt. Het oude stelsel waarin traditiegetrouw alleen met de bekende vakbonden wordt onderhandeld die bij landelijk erkende centrales zijn aangesloten, verliest langzamerhand terrein. Er is ook niets tegen dat er meer dynamiek op de arbeidsmarkt komt en dat alternatieve vakorganisaties zich opwerpen als onderhandelingspartner.

Wel blijft een vereiste dat een CAO wordt afgesloten met representatieve organisaties. Wanneer dat niet langer vanzelfsprekend is, is er aanleiding voor een wettelijke regeling. Andere sprekers op dit congres hebben zich hier al over uitgelaten: Grapperhaus was in zijn stelling 2 en 3 voor hoge eisen, terwijl Duk in zijn stelling 2 geen representativiteitscriteria voorstond. Het betreft eigenlijk een algemene kwestie van CAO-recht, vandaar dat ik er geen aparte stelling aan heb gewijd. Zo lang een dergelijke regeling voor de representativiteit van vakbonden niet bestaat, zou ik me overigens wel kunnen voorstellen dat een rechter een afwijking van driekwart dwingend recht buiten toepassing laat indien hij van mening is dat de afwijking voorkomt in een CAO met een niet-representatieve vakorganisatie. Het zou hier uiteraard wel moeten gaan om duidelijke gevallen.

Een andere kwestie verdient nadere bespreking en dat betreft de binding van werkgever en werknemer aan afwijkingen van driekwart dwingende bepalingen. We hebben het dan over de situatie dat een CAO niet algemeen verbindend is verklaard, want als dat wel zo is, is de binding dwingend opgelegd. Ook bij een binding aan de CAO doordat beide partijen als lid van een CAO-partij aan die CAO zijn gebonden, levert als regel geen problemen op. Maar wat nu als de werkgever wel rechtstreeks gebonden is, maar de werknemer niet? We komen hiermee op het arrest Bollemeijer/TPG Post.²⁴ In deze casus was de CAO niet rechtstreeks toepasselijk op de arbeidsovereenkomst tussen TPG Post en Bollemeijer. Bij verlengingen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was echter regelmatig verwezen naar de afspraken met vakorganisaties over de afwijking van de wettelijke regeling. Volgens de Hoge Raad moet dan worden aangenomen

24 HR 20 december 2002, JAR 2003/19, NJ 2003/153 (Bollemeijer/TPG Post).

“dat in bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomst met hetgeen is neergelegd in een CAO, ook ingeval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.”

We hadden hier dus te maken met de situatie waarin een toepasselijkheid van de CAO-bepaling door middel van incorporatie in de individuele arbeidsovereenkomst was opgenomen. De CAO was toepasselijk voor de betrokken onderneming. Mijns inziens is de vorm van het incorporatiebeding wel van belang. Het dient mijns inziens te betreffen een incorporatie van de gehele CAO. Indien de bepaling slechts bevat een enkele verwijzing naar een CAO-bepaling die het afwijkende beding toelaat, dan zou dit betekenen dat de werkgever de voor hem interessante aspecten van een CAO mag selecteren, het zogenoemde *cherry-picking*. De afwijking van driekwart dwingend recht is doorgaans onderdeel van een pakket arbeidsvoorwaarden met voor- en nadelen. Tegenover de door de werkgever gewenste afwijking van driekwart dwingend recht staat een concessie op een punt dat in het belang van werknemers is. Met andere woorden: de werkgever dient dan ook de andere CAO-bepalingen toe te passen en niet alleen de voor hem gunstige. De Hoge Raad lijkt dit niet te doen, en sluit daarmee aan bij de gedachtegang bij het arrest Boonen/Quicken waarin ook afwijkingen van de CAO per beding werden beoordeeld.²⁵ Mijns inziens is dat in deze situatie echter des te minder aanvaardbaar.

Daarnaast stelt Van Slooten dat de regeling in de CAO zelf moet zijn neergelegd, en dat er niet slechts sprake mag zijn van een *afwijkingsbevoegdheid* die in de CAO is geformuleerd. Hij baseert dit op de laatste woorden van de geciteerde rechtsoverweging van de Hoge Raad.²⁶ Gelezen in samenhang met het voorgaande zou dit te verklaren zijn. Zou men mijn standpunt volgen dat de hele CAO moet zijn geïncorporeerd, dan kan men op dit punt soepeler zijn. Principieel zie ik dan geen verschil tussen beide mogelijkheden en kunnen we ook afscheid nemen van dit subtiele onderscheid.

Het is duidelijk dat deze hele discussie overbodig zou zijn als we zouden kiezen voor een systeem waarbij de CAO meteen voor de hele onderneming werkt als de werkgever gebonden is. Ik ben het daarom op dit punt eens met de stelling 2 van Grapperhaus en niet met stelling 4 van Duk, omdat in mijn visie de nadelen van ons systeem van binding van CAO's tot te veel complicaties leiden die ook niet meer zijn uit te leggen aan niet-juristen. In zijn uitvoerige annotatie van het Bollemeijer-arrest signa-

²⁵ HR 14 januari 2000, JAR 2000/43 (Boonen/Quicken).

²⁶ J.M. van Slooten, “De binding van de ongebonden werknemer aan driekwart dwingend recht”, SR 2003/2, nr. 14, p. 60-61, 61.

leert Bouwens als nadeel daarvan dat je dan op representativiteit moet gaan toetsen.²⁷ Hierboven heb ik al betoogd dat dat toch al zal moeten. Is het ook mogelijk om de CAO te incorporeren als de werkgever niet gebonden is? Mijns inziens is dit inderdaad het geval en in dat geval kan in beginsel ook gebruik worden gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid van driekwart dwingend recht.

Ten slotte nog het punt of een incorporatie in de arbeidsovereenkomst van een CAO ook de wijzigingen in en opvolgers van die CAO omvat? Mijns inziens moet men hier in beginsel van uitgaan en geldt hetzelfde als de CAO wordt vervangen door één met een andere werkingssfeer, die echter wel van toepassing blijft op de werkgever. Pas als de afwijking in die CAO van driekwart dwingend recht in een opvolgende CAO blijkt te ontbreken, dan vervalt een beroep hierop van de zijde van de werkgever. Gaat het om een overeenkomst die is gesloten, bijvoorbeeld een volgens de CAO toegestane vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan is het moment van sluiten van die overeenkomst mijns inziens bepalend voor de rechtsgeldigheid van de afwijking van de wet, dit om te grote rechtsonzekerheid te vermijden. En ten slotte geldt ook de nawerkingsdoctrine mijns inziens onverkort ten aanzien van driekwart dwingende bepalingen. Wel zou ik menen dat met het stilzwijgend of op basis van gewoonte van toepassing verklaren van CAO-bepalingen ten aanzien van driekwart dwingend recht terughoudend moet worden omgegaan.²⁸ Hetzelfde geldt voor een mondelinge afspraak dat de CAO van toepassing is, die niet is bevestigd in een overigens wel schriftelijk vastgelegde arbeidsovereenkomst. Juist indien een werknemer afstand doet van een wettelijke bepaling dient dit op de een of andere wijze bewust te gebeuren.²⁹

Stelling 3

Om als werknemer te worden gebonden aan een bij CAO overeengekomen afwijking van driekwart dwingend recht is terecht voldoende dat de CAO is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst.

²⁷ W. Bouwens, *ArA* 2003/2, p. 81.

²⁸ Vgl. de conclusie van A-G J. Spier bij het Bollemeijer-arrest.

²⁹ Anders: Bouwens, *ArA* 2003/2, p. 72, die echter wel als voorbeeld noemt dat de CAO bij aanvang van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer is overhandigd.