

Doorwerking

W.J.M. van Tongeren*

72 Als het gaat om doorwerking van een regeling in de individuele arbeidsovereenkomst, is de eerste gedachte die aan een CAO. Maar wat betekent de instemming van een ondernemingsraad met een regeling voor wat betreft de – eventuele – doorwerking van die regeling in de individuele arbeidsovereenkomst? Daarop ga ik hierna nader in.

— Inleiding

In een tweetal recente uitspraken van kantonrechters kwam de betekenis van de instemming van een ondernemingsraad met een wijziging van een regeling voor een individuele arbeidsovereenkomst aan de orde. De kantonrechter te Utrecht heeft op 4 december 1996 (JAR 1997/29) vonnis gewezen in een zaak waarin een aantal werknemers betaling vorderden van een *stand-by and call-out* vergoeding conform de regeling secundaire voorwaarden en bedrijfsregels.

De kantonrechter te Enschede heeft op 23 januari 1997 (Prg 1997, nr. 4738) vonnis gewezen in een zaak waarin een werknemer bezwaar maakte tegen het éénmaal per 4 weken werken op zaterdag.

De werkgever verweerde zich met de stelling dat met instemming van de ondernemingsraad de (cerder bestaande) regeling was gewijzigd. De kantonrechter te Utrecht geeft de werknemers gelijk, de kantonrechter te Enschede de werkgever.

— CAO

Een CAO werkt door in de individuele arbeidsovereenkomst van de gebonden werkgever en de gebonden (en de niet-gebonden) werknemer. Een CAO zal niet onverkort doorwerken ingeval van een verslechtering van de CAO of ingeval na een overgang van een onderneming een andere CAO gaat gelden en het gaat om een niet-gebonden werknemer. In dat geval zou die werknemer een beroep kunnen doen op de nawerking van de 'oude' CAO. Een afspraak met een vakvereniging, die niet als een CAO (bijvoorbeeld een Sociaal Plan) kwalificeert, werkt niet door, ook als het gaat om leden van een vakvereniging. (zie Rb. Amsterdam 31 mei 1995, JAR 1995/163).

— Overeengekomen doorwerking

Met de werknemer kan (individueel) worden over-

eengekomen dat een bepaalde (een CAO of een andere) regeling geldt zoals die luidt of – in de toekomst – zal luiden. En a fortiori dat een bepaalde regeling na wijziging met instemming of goedkeuring van de ondernemingsraad geldt zoals die thans luidt of in de toekomst zal luiden.

De vraag is, als de CAO van toepassing is verklaard – en niet als zodanig geldt – of een niet-gebonden werknemer is gebonden aan een (wettelijke) regeling waarvan slechts bij CAO mag worden afgeweken. (zie M.M.H. Kraamwinkel, SR september 1997, blz. 262.)

— De beide zaken

In de hierboven genoemde Utrechtse zaak – het ging hier over een wijziging in de hoogte van de beloning – besliste de kantonrechter dat de instemming van de ondernemingsraad niet doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. De kantonrechter had weinig woorden nodig: een instemming werkt niet door. In de Enschedese zaak – het ging om een wijziging van een werktijdenregeling – besliste de kantonrechter dat de instemming van de ondernemingsraad (materieel) wel doorwerkte. De Enschedese kantonrechter putte zich uit in een flink aantal (op zichzelf relevante) argumenten: de ondernemingsraad heeft zowel een overlegfunctie alsook een vertegenwoordigende functie (aangenomen moet worden in feitelijke/representerende zin en niet in de zin van het hebben van een volmacht of een last); de ondernemingsraad is het orgaan bij uitstek om de wensen van het personeel te coördineren en tot uiting te brengen. Nu de ondernemingsraad zijn instemming heeft betuigd moeten persoonlijke bezwaren van een individuele werknemer wijken; de ondernemingsraad had na uitvoerig overleg eerst zijn instemming moeten betuigen en had aldus het zorgvuldigheidsbeginsel vervat in art. 7A:1638z BW (oud) naar behoren in acht moeten nemen.

De Enschedese kantonrechter gaat niet zo ver dat hij oordeelt dat de instemming van de ondernemingsraad met (de wijziging van) de regeling betekent dat de wijziging in de regeling rechtstreeks – en van rechtswege – doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. Maar, hij komt er dichtbij.

— Verschillen

Een belangrijk verschil tussen de Utrechtse en de Enschedese zaak is dat het in de Utrechtse zaak niet ging om een aangelegenheid als genoemd in art. 27, lid 1 WOR en in de Enschedese zaak wel.

In de praktijk wordt de instemming in verband met een in art. 27, lid 1 WOR genoemde aangelegenheid vaak vereenzelvigd met een afspraak of een overeen-

* Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks . Star Busmann . Hanotiau te Utrecht.

komst met de ondernemingsraad over een andere dan een in art. 27, lid 1 WOR genoemde aangelegenheid. Weliswaar kan de bevoegdheid van een ondernemingsraad worden uitgebreid buiten de in art. 27, lid 1 WOR genoemde aangelegenheden, maar dat betekent niet dat de betekenis van een instemming als het gaat om een niet in art. 27, lid 1 WOR genoemde aangelegenheid, dezelfde is. In art. 27, lid 1 WOR gaat het om aangelegenheden van bedrijfsorganisatorische en bedrijfssociale aard. Instemming van de ondernemingsraad met een (wijziging van een) dergelijke regeling behoort zwaar te wegen. Goed verdedigbaar is dat ingeval van de instemming van de ondernemingsraad een (wijziging van die) regeling doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. Een instemming van een ondernemingsraad – die feitelijk een blokkaderecht heeft – is een voldoende basis voor een doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst. Dit ligt anders als het gaat om een aangelegenheid die niet is genoemd in art. 27, lid 1 WOR, om afspraken met de ondernemingsraad die betrekking hebben op meer substantiële (primaire en/of secundaire) arbeidsvoorwaarden, en al helemaal als de afspraken met de ondernemingsraad een algemene regeling betreffen die individuele afspraken met werknemers raken. Instemming van de ondernemingsraad met een wijziging van een regeling waarin bonussen voor alle werknemers op één maandsalaris worden gesteld, terwijl er afspraken met diverse individuele werknemers zijn die aanspraak geven op een bonus van 2 of meer maandsalarissen, zal de werkgever niet baten (zie hiervoor genoemd vonnis van de Rechtbank te Amsterdam). Voor doorwerking van een regeling die met instemming van de ondernemingsraad is gewijzigd is meer te zeggen als de regeling collectief geldt en collectief wordt gewijzigd.

— Grafimedia-CAO

Een interessante ontwikkeling dient zich aan in de Grafimedia-CAO. In die CAO wordt de mogelijkheid gecreëerd van decentrale afspraken op ondernemingsniveau. Als er een ondernemingsraad is dan komt de bevoegdheid om afspraken te maken toe aan die ondernemingsraad. In art. 1.4.4 wordt in lid 6 over decentrale afspraken bepaald: 'Decentrale afspraken zijn bindend voor werkgever en werknemer indien zij tot stand zijn gekomen op de voorgeschreven wijze.'

Kennelijk wordt directe doorwerking beoogd van een met een ondernemingsraad gemaakte afspraak. De juridische grondslag is niet helemaal duidelijk. Is er sprake van delegatie of van een mandaat? Verdedigbaar is dat de afspraak met de ondernemingsraad in het verlengde van de CAO, op basis van een door

CAO-partijen aan de werkgever en de ondernemingsraad gemandateerde bevoegdheid, ook het karakter van een CAO heeft. Zie P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, *Kroniek van het sociaal recht*, NJB 1997, blz. 1432.

— Materiële doorwerking

Het is overigens niet zo dat de instemming van de ondernemingsraad als het gaat om een andere aangelegenheid dan die genoemd in art. 27, lid 1 WOR geen enkele betekenis heeft. De betekenis zal afhangen van de aard van de regeling over welke de werkgever met de ondernemingsraad een afspraak heeft gemaakt. Naar mate die regeling verder verwijderd is van met name de primaire en de secundaire arbeidsvoorwaarden zal een werknemer niet (of minder) licht bezwaar kunnen maken tegen feitelijke doorwerking van de met instemming van de ondernemingsraad gewijzigde regeling in de individuele arbeidsovereenkomst. Vgl. HR 7 oktober 1988 (NJ 1989, 335, IBM-arrest) en HR 11 oktober 1996 (NJ 1997, 202, waarin de regel van het IBM-arrest wordt bevestigd). In het IBM-arrest ging het om een bevoegdheid van een werkgever om éézijdig een wijziging te brengen in een regeling en de veronderstelde instemming daarmee van de ondernemingsraad.

Intussen moet in de visie van de wetgever de vrijheid van de werkgever als het gaat om het uitoefenen van zijn bevoegdheid om éézijdig wijziging te brengen in arbeidsvoorwaarden worden beperkt – ontwerp art. 7:613 BW. De werkgever mag van die bevoegdheid gebruikmaken als er sprake is van zwaarwegende omstandigheden. In een overigens reeds vervallen tekst werd bepaald dat die zwaarwegende omstandigheden er zijn als de werkgever instemming van de ondernemingsraad met de voorgenomen wijziging had verkregen. De wetgever vond een uitdrukkelijke wettelijke bepaling niet langer nodig omdat die regel vanzelf spreekt.

Het meest voor de hand zou wellicht liggen de bepaling om aan van een werkgever niet toe te staan om eenzijdige wijziging te brengen in een regeling of in een arbeidsovereenkomst tenzij met instemming van de ondernemingsraad.

— Slotopmerking

Er zijn goede gronden om over de betekenis van afspraken met de ondernemingsraad voor de individuele arbeidsovereenkomst goed na te denken. Er is veel voor te zeggen om de betekenis van de instemming van resp. een afspraak met de ondernemingsraad voor de individuele arbeidsovereenkomst te vergroten, ook in de zin van doorwerking van die instemming/afspraken in de individuele arbeidsovereenkomst. In het

kader van het debat over de wijziging van de WOR heeft de regering zich niet erg enthousiast getoond over een grotere rol van de ondernemingsraad als het gaat om het maken van afspraken over (primaire en secundaire) arbeidsvoorwaarden. Dat is een gemiste kans. Met A.M. Luttmmer-Kat (SR 1996, blz. 63, Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden) regelingen) ben ik het eens dat de tijd rijp is voor een grotere rol van de ondernemingsraad. En als de ondernemingsraad die rol krijgt, kan worden verwacht dat een ondernemingsraad – zich bewust van die rol – die rol goed zal aankunnen.
