

## Bedrijfscommissie doet opmerkelijke uitspraak

# Kan OR nog wel over arbeidsvoorwaarden onderhandelen?

Vaak zijn CAO's niet meer dichtgetimmerd, maar krijgen de ondernemer en de OR de bevoegdheid om samen afspraken maken die goed bij het bedrijf passen. Naar aanleiding van een conflict tussen een OR en de raad van bestuur van een ziekenhuis, heeft de Bedrijfscommissie een opmerkelijke uitspraak gedaan. Werknemers zijn niet gebonden aan afspraken die met de OR zijn gemaakt, ook al betreft het de uitwerking van een CAO-afspraken. Bovendien moeten sociale partners oppassen met de terminologie die zij in de CAO gebruiken. Elke verwijzing naar instemming van de OR betekent volgens de Bedrijfscommissie instemmingsrecht. Daarmee zijn OR en raad van bestuur geen gelijkwaardige partijen meer, vinden *Hans van den Hurk* en *Steven Jellinghaus*.

Omstreeks het midden van de jaren '90 van de vorige eeuw raakten werkgevers in de ban van decentralisering. Zij wilden graag meer vrijheid om eigen beleid te maken dan de (bedrijfstak-)CAO toestond. De decentralisering die in de jaren daarna plaatsgreep, kende diverse vormen. In een sporadisch geval brak de bedrijfstak-CAO in stukken, zoals bij de banken. In een eveneens beperkt aantal bedrijfstakken en concerns kwamen werkgever en vakbonden een geplande, systematische en geregisseerde wijze van decentralisatie overeen. Zo ontstond de etage-CAO, waarbij op iedere etage een andere actor (vakbond, OR) namens de werknemers kon optreden. Een dergelijke wijze van decentralisatie kunnen we 'intelligent design' noemen. Bekende voorbeelden waren de CAO's van Grafimedia en Unilever. Veel breder toegepast werd een ongeplande en onsystematische vorm van decentraliseren, die we 'obstakelgestuurd' kunnen noemen. Die vorm van decentralisatie ontstond vooral wanneer de CAO-onderhandelingen op een bepaald onderwerp stokten, waarna werkgevers en vakbonden afspraken dat de individuele werkgever en de OR het onderwerp verder moesten afhandelen.

De decentralisatie vergde een nieuw type CAO-afspraken. Tot dan toe kenden we twee typen: de standaardbepaling

en de minimumbepaling. Om decentralisatie mogelijk te maken werd een ander type afspraak gemaakt. Dit type is verwant aan wat in het recht 'aanvullend recht' of 'regelend recht' heet, en zullen we een dispensatiebepaling noemen. De meest gebruikte redactie daarvan is: de reguliere bepaling is bindend, tenzij in de onderneming een alternatieve bepaling wordt gemaakt. Het grootste verschil met de minimumbepaling is dat de alternatieve bepaling, vanuit werknemersoogpunt, slechter kan zijn dan de reguliere.

### Twee vraagstukken

Bij een dispensatiebepaling in de CAO treden twee vraagstukken op. Deze zijn:

*De binding van de werknemers.* Stel dat de werkgever met de OR een alternatieve regeling afsprekt. Zijn werknemers dan gebonden aan die alternatieve afspraak, ook als die voor hen slechter uitpakt? En zo ja, op grond van wat? Deze kwestie raakt het hart van de decentralisatie. Immers, als iedere individuele werknemer de toepassing van de reguliere CAO-bepaling kan verlangen, valt de bodem uit de decentrale afspraken. Dat vergt dat de doorwerking van de oorspronkelijke CAO-bepaling overgaat op de alternatieve bepaling.

*De stem van de werknemers.* Als een CAO-afspraken, gemaakt door vakbonden en werkgevers, vervangen kan worden door een alternatieve afspraak, hoe is dan de werknemersinvloed geregeld? In CAO's treffen we geregeld de formulering aan dat een alternatieve bepaling 'in overleg' of 'in overeenstemming' met de OR tot stand moet komen. Deze formuleringen geven aan dat beide partijen zich in een overlegresultaat moeten kunnen vinden, dat zij in het overleg en in de besluitvorming gelijkwaardig zijn. Zulks in tegenstelling tot de instemmingsprocedure op grond van de WOR. Daar zijn beide partijen gelijkwaardig in de discussie, maar niet in de besluitvorming. Elk besluit is een ondernemersbesluit.

### Ziekenhuis-CAO

De CAO-ziekenhuizen schrijft de zogenaamde jaaruren-systematiek voor. Van alle kalenderdagen die een jaar heeft (365), worden twee dagen per week afgetrokken ter compensatie voor de weekenden. Ook de vakantie-dagen worden er afgetrokken, evenals de feestdagen. De dagen die overblijven, moet de werknemer werken. En aangezien de werkweek op grond van de CAO 36 uur is, moet de werknemer het aantal te werken dagen per jaar maal 7,2 uur werken. De feestdagen vormen in

de jaaruren-systematiek altijd een specifiek probleem, omdat het aantal feestdagen dat niet samenvalt met een weekenddag, van jaar tot jaar verschilt. De ziekenhuis-CAO merkt daarover op dat voor de berekening van het aantal te werken uren, voor iedere feestdag die niet op een zaterdag of zondag valt, 7,2 uur van het aantal te werken uren moet worden afgetrokken. Maar, staat daar direct onder: 'De werkgever kan in overleg met de ondernemingsraad een afwijkende regeling treffen. Deze regeling treedt in de plaats van het bepaalde in dit artikel. Indien geen overeenstemming is bereikt, blijft het bepaalde in dit artikel van toepassing' (art. 6.4.5).

Onder het kopje 'karakter CAO' van de ziekenhuis-CAO staat: 'De bepalingen in deze CAO hebben een standaard karakter. Dat wil zeggen dat voor zover daarin niet anders is bepaald, het de werkgever niet is toegestaan af te wijken van de bepalingen in deze CAO of met de werknemer arbeidsvoorwaarden overeen te komen die in deze CAO niet zijn geregeld.' Voorbeelden van bepalingen die gekarakteriseerd kunnen worden als een minimumbepaling of een dispensatiebepaling, vinden we door de CAO heen gestrooid.

### Vreemde tegenspraak

Een voorbeeld is de hierboven genoemde regeling over de compensatie van de feestdagen. Deze is krachtens de formulering een dispensatiebepaling. Opmerkelijk in deze bepaling is dat de positie van de OR op twee verschillende manieren staat omschreven, namelijk zowel met de aanduiding 'in overleg' als met de aanduiding 'in overeenstemming'. Beide uitdrukkingen betekenen niet (helemaal) hetzelfde, maar in ieder geval wel dat beide partijen gelijkwaardig zijn. Maar in een vreemde tegenspraak daarmee staat in de definitiebepalingen (hoofdstuk 1) 'onder in overleg wordt verstaan: instemming

**Op grond van de WOR zijn beide partijen gelijkwaardig in de discussie maar niet in de besluitvorming**





Als OR en bestuur geen gelijkwaardige partijen zijn, heeft onderhandelen geen zin.

(van de ondernemingsraad/personeelsvertegenwoordiging/werknemer) vereist.' Het is onduidelijk of in de betreffende CAO-tekst daarmee op de instemmingsprocedure krachtens de WOR wordt gedoeld.

### Casus: feestdagencompensatie

De OR van een groot ziekenhuis heeft enige jaren geleden met de raad van bestuur gebruik gemaakt van het hierboven genoemde artikel 6.4.5. In samenspraak hebben RVB en OR vastgelegd dat voor de berekening van het aantal te werken uren, voor iedere feestdag die niet op een zaterdag of zondag valt, 8 uur worden afgetrokken. Dat was dus een voor werknemers gunstiger regeling dan de reguliere bepaling, die slechts 7,2 uur voorschreef. Recent is dit ziekenhuis gaan fuseren met een ziekenhuis dat de reguliere CAO-bepaling toepaste.

De RVB wilde een heel pakket secundaire arbeidsvoorwaarden harmoniseren en wendde zich tot de OR. Besloten werd dat een gezamenlijke werkgroep van OR en P&O een voorstel zou doen. De werkgroep kwam met een voorstel, waarin de feestdagencompensatie van acht uur behouden bleef. De RVB nam dit pakket over, behoudens

de feestdagencompensatie. Die zette hij op 7,2 uur. Dit aldus geamputeerde pakket legde hij de OR ter instemming voor.

De OR had een aantal bezwaren tegen deze gang van zaken, inhoudelijke en formele. Het formele bezwaar betrof dat een arbeidsvoorwaarde, die onderdeel was geworden van de CAO, en daardoor in de individuele arbeidsovereenkomsten doorwerking had gekregen, die tevens in overeenstemming met de OR tot stand was gekomen, niet zomaar in een eenvoudige instemmingsprocedure kon worden gewijzigd. Beide partijen kwamen niet tot elkaar, en besloten hun geschil gezamenlijk voor te leggen aan de Bedrijfscommissie Markt 2.

Bedrijfscommissie Markt 2 kwam in haar uitspraak tot de conclusie dat in dit opzicht de werkgever gelijk had: 'Gezien de definitiebepalingen in hoofdstuk 1 van de CAO wordt naar de mening van de commissie met de termen 'in overleg' en 'overeenstemming' het 'instemmingsrecht' uit artikel 27 WOR bedoeld.' Tevens stelde de commissie in haar mondelinge toelichting dat er geen sprake was van doorwerking van de alternatieve bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst.

### Grote gevolgen

De uitspraak van de Bedrijfscommissie kan, mocht haar uitspraak algemene ingang vinden, grote gevolgen hebben voor de door vele wenselijk geachte decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming. Deze uitspraak impliceert immers dat een alternatieve bepaling kracht van CAO kan krijgen als daar in een eenvoudige instemmingsprocedure door de werkgever toe wordt besloten. Ook als in de CAO-tekst staat dat zulks 'in overeenstemming' dient te gebeuren. Maar, en dat is de opmerkelijke inconsistentie van de uitspraak, dat opname van de alternatieve uitspraak in de

**Het zou zeer gewenst zijn als in de CAO geen verwijzingen naar WOR-bevoegdheden worden opgenomen**

CAO niet impliceert dat deze doorwerking heeft. Hoe de consequenties van de uitspraak te voorkomen?

Zodra werkgevers of de vakorganisaties menen dat een grotere beleidsvrijheid voor de onderneming gewenst is, en de OR op grond van de CAO de bevoegdheid krijgt om namens de werknemers op te treden bij het maken van een alternatieve CAO-bepaling, doen de CAO-onderhandelaars er verstandig aan om formuleringen als 'in overeenstemming' te gebruiken om die bevoegdheid van de OR aan te duiden. Het zou zeer gewenst zijn als in de CAO geen verwijzingen naar de WOR-bevoegdheden worden opgenomen, en dus termen als instemming te vermijden. Sterker, het zou verstandig zijn als duidelijk wordt gemaakt dat gebruikmaken van de WOR-procedures juist niet gewenst is. De Wet op de ondernemingsraden maakt immers duidelijk dat een ondernemersbesluit altijd een ondernemersbesluit blijft, ook als die op grond van art. 27.1 met instemming van de OR genomen wordt. Het wordt nooit een gezamenlijk besluit, in gelijkwaardigheid genomen. Naar ons inzicht hoort een door de werkgever genomen besluit niet in de CAO thuis, ook niet als de OR daar zijn instemming aan heeft gehecht.

### Doorwerking

Voorts lijkt het ons verstandig dat eenduidige jurisprudentie ontstaat over wat nu de arbeidsrechtelijke consequenties van een alternatieve CAO-bepaling zijn voor de individuele werknemer. Als de Bedrijfscommissie gelijk heeft in haar oordeel dat de alternatieve bepaling geen doorwerking heeft in de individuele arbeidsovereenkomst, zou dat impliceren dat een werknemer in principe niet gehouden is om een verslechtering van arbeidsvoorwaarden, in vergelijking met de reguliere CAO-bepaling, te accepteren. Maar daarmee valt het verschil met een minimumbepaling weg, en daarmee de mogelijkheid om, binnen de kaders van de CAO, eigen beleid in de onderneming vorm te geven.

Hans van den Hurk is adviseur op het gebied van arbeidsverhoudingen en medezeggenschap ([www.dialoogamsterdam.nl](http://www.dialoogamsterdam.nl)). Steven Jellinghaus is advocaat bij De Voort Advocaten en universitair docent sociaal recht en sociale politiek aan de UvT.