

De Betriebsvereinbarung en aanverwante overeenkomsten: een wenselijke praktijk binnen de Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming?

G.J.M. Buijnsters LLM.

Master thesis
Afstudeerrichting Sociaal Recht en Sociale Politiek

Begeleiders: W. Plessen en A.T.J.M. Jacobs

Openbaar verdedigd op 23-03-2011.

Inhoud

Veelgebruikte afkortingen	4
Verklarende woordenlijst.....	4
1 Inleiding	5
1.1 Introductie	5
1.2 De problematiek van de cao en haar alternatieven	5
1.3 Probleemstelling en deelvragen.....	6
1.4 Plan van aanpak	7
2 De ondernemingsovereenkomst	8
2.1. De arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland.....	8
2.2. Bevoegdheden van de ondernemingsraad	8
2.2.1. Informatierecht	9
2.2.2. Adviesrecht.....	9
2.2.3. Instemmingsrecht.....	9
2.2.4. Algemene geschillenregeling.....	10
2.2.5. Het sluiten van ondernemingsovereenkomsten	10
2.3. Primaat van de cao	11
2.3.1. Primaire arbeidsvoorwaarden.....	11
2.3.2. Beperkingen op het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad.....	12
2.4. Inhoudelijke analyse van de ondernemingsovereenkomst	14
2.4.1. Karakter en grondslag.....	14
2.4.2. Inhoud van de ondernemingsovereenkomst	15
2.4.3. Doorwerking normatieve bepalingen	16
2.4.4. Beëindiging van de ondernemingsovereenkomst	17
2.4.5. Nawerking van normatieve bepalingen	18
2.5. Aanvullende afspraken	19
2.5.1. Incorporatie ondernemingsovereenkomst in individuele arbeidsovereenkomst	19
2.5.2. Incorporatie ondernemingsovereenkomst in cao	20
2.5.3. Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden via wijzigingsbeding art. 7:613 BW	21
2.5.4. Goed werkgevers/werknemerschap ex art. 7:611 en 660 BW.....	22
3 Betriebsvereinbarung	23
3.1. De arbeidsvoorwaardenvorming in Duitsland	23
3.2. Bevoegdheden van de Betriebsrat	24
3.2.1. Wettelijke bevoegdheden en instemmingsrechten	24
3.2.2. Het sluiten van Betriebsvereinbarungen	25
3.3. Primaat van de cao	26
3.3.1. Algemeen voorbehoud bij (primaire) arbeidsvoorwaarden	26
3.3.2. Specifiek voorbehoud ten aanzien van instemmingsrechten	28
3.3.3. Samenloop §77(3) en §87 BetrVG	29
3.3.4. Primaat van de cao bij vrijwillige Betriebsvereinbarungen ex §88 BetrVG.....	30
3.4. Inhoudelijke analyse van de Betriebsvereinbarung	31
3.4.1. Karakter en grondslag.....	31
3.4.2. Inhoud van de Betriebsvereinbarung	32
3.4.3. Doorwerking normatieve bepalingen	34
3.4.4. Het Günstigkeitsprinzip.....	34
3.4.5. De vervangende inspraak van de Einigungsstelle.....	35
3.4.6. Beëindiging van de Betriebsvereinbarung	36
3.4.7. Nawerking van normatieve bepalingen	37
3.5. Afwijkende overeenkomsten	38
3.5.1. Betriebliches Bündnisse für Arbeit	38
3.5.2. Betriebsabsprachen en Regelungsabreden.....	40

3.5.3.	Eenzijdig opgestelde regelingen geïncorporeerd op individueel niveau	41
4	Rechtsvergelijking en conclusie	42
4.1.	De ondernemingsraad en de Betriebsrat: verschil in bevoegdheden?	42
4.2.	Het primaat van de cao: meer vergaand in Nederland of in Duitsland?	43
4.2.1.	(Primaire) arbeidsvoorwaarden.....	43
4.2.2.	Wettelijk en aanvullend advies- en instemmingsrecht.....	44
4.3.	De ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung: kenmerkende verschillen? ..	45
4.3.1.	Karakter en inhoud	45
4.3.2.	Directe doorwerking van normatieve bepalingen	46
4.3.3.	Het Günstigkeitsprinzip.....	48
4.3.4.	Beëindiging	49
4.3.5.	Nawerking van normatieve bepalingen	50
4.3.6.	Aanvullende en afwijkende overeenkomsten.....	50
4.3.7.	Vergelijkend schema.....	51
4.4.	De Betriebsvereinbarung: een wenselijke regeling in Nederland?	51
Bibliografie		54

Veelgebruikte afkortingen

BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
WOR	Wet op de ondernemingsraden

Verklarende woordenlijst

Arbeitsvertragliche Einheitsregelung	Eenzijdige regeling
Betriebliches Bündnis für Arbeit	Bijzondere ondernemingsovereenkomst (wijkt af van cao)
Betriebsabsprache	Vormloze ondernemingsovereenkomst
Betriebsnormen	Diagonale bepalingen
Betriebsvereinbarung	Ondernemingsovereenkomst
Betriebsverfassungsgesetz	Wet op de ondernemingsraden
Betriebsrat	Ondernemingsraad
Bundesarbeitsgericht	Landelijk arbeidsgerecht
Bürgerliches Gesetzbuch	Burgerlijk Wetboek
Einigungsstelle	Bedrijfscommissie
Erzwingbare Mitbestimmungsrechte	Afdwingbare instemmingsrechten
Günstigkeitsprinzip	Gunstigheidsbeginsel
Inhaltsnormen	Normatieve bepalingen
Öffnungsklausel	Openings- en delegatieclausule in cao
Personellen Einzelmaßnahme	Individuele personeelsbeslissingen
Regelungsabrede	Vormloze ondernemingsovereenkomst
Schuldrechtlichen Abreden	Obligatoire bepalingen
Tarifvertragsgesetz	Wet cao

1 Inleiding

1.1 Introductie

De arbeidsvoorwaardenvorming geschiedt in Nederland voor een groot gedeelte door middel van onderhandelingen tussen vakbonden en werkgeversorganisaties. Individuele werknemers en werkgevers worden hierbij vertegenwoordigd bij het maken van afspraken inzake normatieve, obligatoire en diagonale bepalingen.¹

Met betrekking tot de arbeidsvoorwaardenvorming is de cao in Nederland het meest belangrijke instrument, omdat deze (wat betreft de normatieve bepalingen) direct doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten van werknemers. Geen enkele andere overeenkomst heeft deze invloed. Enigerlei afspraak tussen de ondernemer en ondernemingsraad heeft ook niet een dergelijke werking en dient eerst te worden geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. De cao heeft aldus een status aparte en heeft daarbij bijzonder veel invloed en waarde, omdat deze door representatieve vakbonden is onderhandeld.

1.2 De problematiek van de cao en haar alternatieven

De cao gaat in Nederland echter een onzekere toekomst tegemoet. De organisatiegraad van werknemers bij vakbonden wordt steeds lager en daarmee daalt ook de directe verbondenheid van werknemers aan cao's. Het is van belang dat de rechten van werknemers nochtans door een representatieve vertegenwoordiging worden behartigd en onderhandeld. Indien werknemers in mindere mate gebonden zijn aan cao's, betekent dit ook dat cao's aan invloed inboeten.

Van groot belang is zodoende wat wenselijk en gunstig is voor de toekomst van de arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland. Hierbij kan de vraag worden gesteld hoe werknemers meer betrokken kunnen worden bij de arbeidsvoorwaardenvorming, evenals of een ander instrument als de cao de huidige groeiende leemte kan opvullen. Een mogelijke invalshoek hierbij is dat werknemers beter en sneller gebonden willen zijn door middel van de ondernemingsraad als vertegenwoordigingsorgaan bij onderhandelingen. De ondernemingsraad kan een flexibeler, meer toegespitst en laagdrempelig medezeggenschapsorgaan zijn dan enigerlei vakbond. Een ondernemingsraad bestaat immers uit gelijken en personen die eenvoudig te benaderen zijn. Bovendien speelt bij de ondernemingsraad problematiek die op ondernemingsniveau van belang zijn. Tenslotte is het als werknemers relatief toegankelijk om zelf plaats te nemen in de ondernemingsraad.

Het is mogelijk – en reeds in werking gezet in de praktijk – om de ondernemingsraad meer taken te delegeren vanuit de cao.² Op deze wijze wordt de ondernemingsraad reeds meer betrokken bij de arbeidsvoorwaardenvorming. Deze zogenaamde 'maatwerkcao's' worden in de praktijk gangbaarder.³ Hoewel dit een oplossing lijkt, biedt dit geen alternatief voor de cao. Het is nog uiterst dubieus of gedelegeerde afspraken die de ondernemingsraad kan maken op basis van de cao directe doorwerking hebben. Er kan in ieder geval worden aangenomen dat dergelijke afspraken niet altijd

¹ Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 427 e.v.

² E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 132-133.

³ A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 150.

rechtstreeks doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten, waardoor zij een belangrijk aspect van de cao missen. De ondernemingsraad kan op een dergelijke wijze niet een vergelijkbare invloed uitoefenen als de vakbonden, waardoor enigerlei leemte niet direct wordt opgevuld. Met inachtneming van het voorgaande kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is de ondernemingsraad meer bevoegdheden te geven en om afspraken met de ondernemer een vergelijkbare invloed als de cao toe te kennen.

Het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming dient in Nederland mogelijkerwijs aangepast te worden om de betrokkenheid van werknemers bij medezeggenschap te vergroten. Hierbij kan het erg relevant zijn om een rechtsvergelijkend onderzoek te verrichten. In een ander land kan immers reeds sprake zijn van een lucratief systeem of een systeem dat mogelijk (gedeeltelijk) kan worden geïntegreerd in het Nederlandse systeem. Ter vergelijking kan in het onderhavige onderzoek het Duitse systeem van arbeidsvoorwaardenvorming van groot belang zijn, omdat de ondernemingsraad daar andere bevoegdheden krijgt toegedicht. In Duitsland bestaat een ander systeem dan in Nederland ten aanzien van de directe doorwerking naar individuele arbeidsovereenkomsten. Niet alleen cao's werken direct door, maar ook afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad hebben direct effect op de individuele arbeidsovereenkomsten. De ondernemingsraad in Duitsland heeft hierdoor mogelijk een grotere invloed dan deze in Nederland, wanneer het neerkomt op de invloed van de door haar gemaakte afspraken. Deze afspraken zijn echter aan vele voorwaarden verbonden. Hiernaast bestaan in de praktijk zekere afspraken tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, die in wezen in strijd met bepaalde cao-bepalingen zijn. Bij deze door de vakbonden gedoogde afspraken is sprake van een uitruil van arbeidsvoorwaarden ter continuïteit van de betreffende onderneming. In beide gevallen wordt in Duitsland een grotere invloed aan de ondernemingsraad toegekend. Het systeem in Duitsland lijkt derhalve een mogelijke oplossing voor de vermindering van de betrokkenheid van werknemers bij medezeggenschapsorganen en diens onderhandelingen. Dit onderzoek zal dan ook een rechtsvergelijking verrichten met inachtneming de vraag of een dergelijk systeem van arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland wenselijk zou zijn.

De onderliggende rode draad van dit onderzoek richt zich op de vraag of een juridische evenknie van het Duitse systeem van arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland wenselijk is, alsmede welke rol de ondernemingsraad hierbij kan spelen met betrekking tot de medezeggenschap voor de werknemer.

1.3 Probleemstelling en deelvragen

De probleemstelling hierbij kan als volgt worden geformuleerd:

In hoeverre is het wenselijk om de invloed van de ondernemingsraad uit te breiden ten aanzien van afspraken met de ondernemer, met name in overweging nemende de Betriebsvereinbarung uit het Duitse medezeggenschapsrecht?

Hieruit kunnen drie deelvragen worden gedestilleerd:

- 1 Welke bevoegdheden heeft de Nederlandse ondernemingsraad op ondernemingsniveau, met betrekking tot overeenkomsten die zij kan sluiten met de ondernemer, en in hoeverre kunnen deze afspraken direct doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten?

- 2 Welke bevoegdheden heeft de Duitse ondernemingsraad op ondernemingsniveau, met betrekking tot overeenkomsten die zij kan sluiten met de ondernemer, en in hoeverre kunnen deze afspraken direct doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten?
- 3 Welke verschillen en overeenkomsten bestaan er bij de arbeidsvoorwaardenvorming op dit gebied tussen het Nederlandse en het Duitse systeem?

1.4 Plan van aanpak

Ter beantwoording van de probleemstelling, dient allereerst de huidige situatie in Nederland te worden geschetst. Hoofdstuk 2 zal derhalve uitweiden over het Nederlandse systeem van arbeidsvoorwaardenvorming en met name over de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake het maken van afspraken met de ondernemer. Het derde hoofdstuk zal eenzelfde analyse inhouden met betrekking tot het systeem in Duitsland. Tenslotte zal hoofdstuk 4 een vergelijking hieromtrent treffen en de verschillen en overeenkomsten tussen beide systemen belichten. In dit hoofdstuk zal ook een antwoord worden gegeven op de probleemstelling.

2 De ondernemingsovereenkomst

Hoofdstuk 2 zal zich richten op de analyse van te maken afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad binnen het Nederlandse recht, waarbij met name de ondernemingsovereenkomst zoals neergelegd in art. 32 WOR zal worden behandeld.

In de eerstvolgende paragraaf zal kort de situatie omtrent de sociale partners, hun samenwerking ten opzichte van het vaststellen van arbeidsvoorwaarden en de rol daarbij van de ondernemingsraad worden beschreven. In de tweede paragraaf zullen de bevoegdheden van de ondernemingsraad worden behandeld. De derde paragraaf weidt uit over het primaat van de cao. De ondernemingsovereenkomst zal in de vierde paragraaf inhoudelijk aan bod komen. In de vijfde en laatste paragraaf zal worden ingegaan op de overige overeenkomsten die de ondernemingsraad of de werknemer zelf met de ondernemer kan sluiten.

2.1. De arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland

De spelers betrokken bij de arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland zijn van oudsher de werkgeversorganisaties samen met de vakbonden. In traditionele zin zijn zij de onderhandelingspartners ten aanzien van het vaststellen van arbeidsvoorwaarden, en in het bijzonder primaire arbeidsvoorwaarden. Tussen hen worden cao's gesloten, die op grond van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: Wet cao) voor gebonden werknemers, maar in beperkte zin ook voor ongebonden werknemers gelden. Tevens kunnen zij de Minister verzoeken tot het algemeen verbindend verklaren van bepalingen uit een dergelijke cao, hetgeen betekent dat deze bepalingen in een bepaalde bedrijfstak direct doorwerken in alle betreffende individuele arbeidsovereenkomsten.

De ondernemingsraad vertegenwoordigt alle werknemers binnen de betreffende onderneming. Deze vertegenwoordiging is echter minder verregaand en direct dan de vertegenwoordiging door de vakbonden, omdat zulks bij de laatste wordt gelegitimeerd door de lidmaatschappen van haar gebonden werknemers. Zowel de ondernemingsraden als de vakbonden hebben hun eigen taken en bevoegdheden, waar de ondernemingsraden een meer decentrale en op ondernemingsniveau gerichte invulling kunnen geven aan de arbeidsvoorwaardenvorming. In dat kader zijn raamwerk-cao's ook geen uitzondering meer, waarin bij cao de mogelijkheid wordt gegeven (aan de ondernemingsraad) om een passende invulling te geven aan de arbeidsvoorwaarden.⁴

2.2. Bevoegdheden van de ondernemingsraad

De bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn vermeld in de WOR. Naast een aantal overige bevoegdheden⁵ bestaan deze voor voornamelijk uit drie categorieën.⁶ Deze kunnen als volgt worden opgedeeld:

1. Een informatierecht voor alle relevante aangelegenheden;
2. Een adviesrecht voor met name economische aangelegenheden;
3. Een instemmingsrecht voor met name sociale aangelegenheden.

⁴ Zie bijvoorbeeld A.Ph.C.M. Jaspers, 'De permanente vraagstukken in het cao-recht', *SR* 2008, 69.

⁵ Denk hierbij bijvoorbeeld aan het initiatiefrecht in art. 23 WOR.

⁶ A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 317-318.

Deze rechten zullen hieronder respectievelijk worden behandeld. Tenslotte zal aandacht worden besteed aan de verdere bevoegdheden die aan de ondernemingsraad kunnen worden toegeschreven door middel van de ondernemingsovereenkomst.

2.2.1. Informatierecht

De ondernemer is verplicht desgevraagd tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken aan de ondernemingsraad en zijn commissies, die deze voor de vervulling van hun taak redelijkerwijze nodig hebben (art. 31 WOR). Op verzoek van de ondernemingsraad dient de ondernemer dus concreet afgebakende inlichtingen en gegevens schriftelijk te verstrekken. Uit eigen beweging moet de ondernemer tevens bij het begin van iedere zittingsperiode van de ondernemingsraad gegevens verstrekken over een limitatief aantal juridische, organisatorische en financieel-economische aspecten van de onderneming. De ondernemer verstrekt bovendien uit eigen beweging ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, ten minste twee maal per jaar aan de ondernemingsraad gegevens over de werkzaamheden en de resultaten van deze onderneming (art. 31a WOR). Deze verplichting geldt in het bijzonder ten aanzien van de onderwerpen die zijn onderworpen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad.

In hetzelfde kader geldt dat de ondernemingsraad een initiatiefrecht heeft ten aanzien van aangelegenheden die de onderneming betreffen (art. 23 lid 2 en 3 WOR). De ondernemingsraad is bevoegd hieromtrent voorstellen te doen en standpunten kenbaar te maken, waarna hierover bij de overlegvergaderingen wordt overlegd.

2.2.2. Adviesrecht

Ten aanzien van door de ondernemer voorgenomen besluiten, heeft de wetgever in art. 25 WOR bepaald dat de ondernemingsraad in een limitatief aantal onderwerpen in de gelegenheid moet worden gesteld om daarover advies uit te brengen. Het betreft hier voornamelijk economische besluiten, zoals overdracht van onderneming, een belangrijke wijziging in de organisatie of het doen van een belangrijke investering. Door de ondernemer moet het advies op een zodanig tijdstip worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het onderliggende te nemen besluit. Neemt de ondernemer zijn verplichtingen niet in acht, dan kan de ondernemingsraad overgaan tot de algemene geschillenregeling in art. 36 WOR (zie onder). Echter is ten aanzien van het adviesrecht een speciale beroepsmogelijkheid gecreëerd. De ondernemingsraad kan op basis van art. 26 WOR bij de ondernemingskamer beroep instellen tegen een door de ondernemer genomen besluit ten aanzien van de onderwerpen genoemd in art. 25 WOR. Dit geldt met name indien de ondernemer besluit om voorbij te gaan aan het advies van de ondernemingsraad. De formaliteiten zijn in een zodanig geval mogelijk wel in acht genomen, maar het besluit van de ondernemer is niet (geheel) in overeenstemming met het door de ondernemingsraad gegeven advies. Deze beroepsmogelijkheid geldt tevens wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, die hadden geleid tot een ander besluit van de ondernemingsraad, indien deze eerder bekend waren.

2.2.3. Instemmingsrecht

Het belangrijkste recht dat de ondernemingsraad geniet is het recht van instemming ten aanzien van voorgenomen besluiten bij een limitatief aantal aangelegenheden inzake met name sociale aangelegenheden (art. 27 WOR).⁷ Hierbij moet worden gedacht aan pensioen- en

⁷ Het limitatieve karakter van deze opsomming is overigens relatief omdat de Hoge Raad hierbij heeft geoordeeld dat de begrippen in de opsomming naar hun aard en strekking moeten worden uitgelegd, wat de

winstdelingsregelingen, beloningssystemen, regelingen ter zake van ziekteverzuim of regelingen op het gebied van arbeidsomstandigheden. De ondernemer mag met betrekking tot de hieronder vallende onderwerpen alleen maar een regeling treffen, indien de ondernemingsraad dit voorgenomen besluit heeft goedgekeurd. Indien de ondernemingsraad echter niet haar instemming heeft verleend, is een nochtans door de ondernemer genomen besluit nietig (mits de ondernemingsraad zich hierop beroept). Er bestaat voor de ondernemer nog wel de mogelijkheid om zijn voorgenomen besluit rechtsgeldig door te zetten, wanneer de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is, of indien het voorgenomen besluit gevergd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfs sociale redenen (art. 27 lid 4 WOR). In een dergelijk geval moet de ondernemer dezelfde procedure volgen als bij de geschillenregeling (zie onder), waarna hij de kantonrechter toestemming kan vragen om het besluit te nemen.

Een belangrijk aspect van het instemmingsrecht is dat het wordt beperkt door het primaat van de cao (art. 27 lid 3 WOR). Hierin wordt aangegeven dat de instemming van de ondernemingsraad ten aanzien van de genoemde onderwerpen niet is vereist, indien deze aangelegenheid reeds inhoudelijk is geregeld bij cao. Meer over deze beperking van het instemmingsrecht in §2.3.

2.2.4. Algemene geschillenregeling

Indien de ondernemer bewust niet aan zijn verplichtingen in de WOR voldoet, dan heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid om de kantonrechter te verzoeken dat de ondernemer gevolg dient te geven aan de bepalingen van de WOR (art. 36 WOR). Dit geldt ook vice versa, indien de ondernemingsraad niet aan haar verplichtingen voldoet. Verder kan iedere belanghebbende de kantonrechter verzoeken te bepalen dat de ondernemer of de ondernemingsraad gevolg dient te geven aan een aantal concrete verplichtingen in de WOR die betrekking heeft op de procedure omtrent de ondernemingsraad. Hiertoe dient de verzoeker ten alle tijde eerst schriftelijk de bemiddeling van de bedrijfscommissie te vragen. Een bedrijfscommissie is een per bedrijfstak ingesteld orgaan, bestaande uit een gelijk aantal vertegenwoordigers uit werkgevers- en werknemersorganisaties ten aanzien van die bedrijfstak (art. 37 e.v. WOR). De betreffende bedrijfscommissie tracht een minnelijke schikking tussen partijen teweeg te brengen. Enkel indien deze schikking niet succesvol blijkt, kan de verzoeker op basis van art. 36 lid 3 WOR de kantonrechter benaderen om de ondernemer of de ondernemingsraad te laten voldoen aan diens wettelijke plicht.

2.2.5. Het sluiten van ondernemingsovereenkomsten

Hierboven is vermeld welke bevoegdheden de ondernemingsraad op basis van de WOR wettelijk zijn toegekend. Buiten deze bevoegdheden bestaan echter niet-wettelijke bevoegdheden die door de ondernemer en ondernemingsraad gezamenlijk kunnen worden overeengekomen. Uit art. 32 lid 2 WOR vloeit voort dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en ondernemingsraad aan laatstgenoemde aanvullende bevoegdheden kunnen worden toegekend, en aanvullende voorschriften kunnen worden overeengekomen over de toepassing van de in of op grond van de WOR gegeven voorschriften. De ondernemingsraad kan advies- of instemmingsbevoegdheden worden toegekend ten aanzien van besluiten die op grond van de WOR niet advies- of instemmingsplichtig zijn.

reikwijdte van deze begrippen breder lijkt te maken dan hetgeen op het eerste gezicht lijkt: HR 26 juni 1987, *NJ* 1987, 93.

2.3. Primaat van de cao

Het voorgaande leidt ertoe dat de ondernemingsraad bevoegdheden heeft in de vorm van onder meer adviesrechten, instemmingsrechten en eventuele aanvullende bevoegdheden die zijn afgesproken tussen ondernemer en ondernemingsraad. Het is – met name ten aanzien van eventuele verdergaande bevoegdheden toegekend aan de ondernemingsraad – mogelijk dat hierbij een spanningsveld ontstaat tussen dit orgaan en de vakbonden. Dit is voornamelijk het geval inzake de regeling van primaire arbeidsvoorwaarden, hetgeen zal worden behandeld in de eerstvolgende subparagraaf. Hierna zal de uitsluiting van het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij het bestaan van een cao worden behandeld.

Allereerst moet worden vastgesteld dat – ook thans met het bestaan van een wettelijke regeling van de ondernemingsovereenkomst – het primaat van de cao onverkort geldt.⁸ Dit wordt door het onderstaande bevestigd, en lijkt met name ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden nog altijd de overheersende situatie in Nederland.⁹

2.3.1. Primaire arbeidsvoorwaarden

Het is theoretisch natuurlijk mogelijk dat afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer betrekking hebben op het vaststellen van (regelingen omtrent) primaire arbeidsvoorwaarden. Onder deze voorwaarden wordt doorgaans verstaan de hoogte van het loon en de arbeidsduur, alsmede de vakantieduur en pensioenvoorziening.¹⁰ Traditioneel hebben vakbonden en wetgever zich op het standpunt gesteld, dat de vakbonden de onderhandelingspartner van de ondernemer zijn wanneer het gaat om deze arbeidsvoorwaarden.¹¹ Hieromtrent heeft de President van de Rechtbank 's-Gravenhage dan ook uitgemaakt dat uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur blijkt dat doorgaans geen instemmingsrecht wordt toegekend aan de ondernemingsraad inzake primaire arbeidsvoorwaarden. Echter: 'Uit de wetsgeschiedenis op artikel 32 WOR blijkt niet dat aan de ondernemingsraad geen bevoegdheid zou mogen worden toegekend om te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden. (...) Op voorhand moet dan ook worden aangenomen dat ook al is het uitgangspunt van de wetgever dat het onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden geschiedt door de vakorganisaties, dit nog niet meebrengt dat het verboden is, met toepassing van artikel 32 WOR, de ondernemingsraad deze bevoegdheid toe te kennen.'¹² Met andere woorden: de ondernemingsraad mag regelingen treffen met de ondernemer over primaire arbeidsvoorwaarden. Zulks blijkt temeer uit het feit dat in de wettelijke regeling van de ondernemingsovereenkomst in wezen geen beperkingen worden gesteld. Het kabinet lijkt dan ook de mening toegedaan dat art. 32 lid 2 WOR de mogelijkheid schept voor ondernemer en ondernemingsraad om afspraken te maken

⁸ Zie onder meer *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 44; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 342.

⁹ A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 342. Vgl. HR 11 februari 2000, *JAR* 2000/86.

¹⁰ S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden*, Deventer: Kluwer 2003, p. 50-52; D. van der Steege, *Arbeidsvoorwaarden: werk aan de winkel*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004; <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/wat-zijn-arbeidsvoorwaarden.html> (laatst bezocht: 4 januari 2011).

¹¹ Zie vorige noot. Zie ook I.P. Asscher-Vonk, W.H.A.C.M. Bouwens en H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 299.

¹² Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, *NJ* 1993, 342; *ROR* 1992, 19 (*Grabowski & Poort*). Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8.

over deze arbeidsvoorwaarden.¹³ Een en ander neemt niet weg dat op wettelijke basis geen *instemmingsrecht* bestaat voor de ondernemingsraad inzake primaire arbeidsvoorwaarden.¹⁴

De mogelijkheid van instemming bij kwesties over primaire arbeidsvoorwaarden bij ondernemingsraden dient vooral ten aanzien van ondernemingen of bedrijfstakken, waar de vakbonden onvoldoende werknemers kunnen rekruteren, waar geen vakbond bestaat of waar deze onvoldoende middelen heeft om te onderhandelen.¹⁵ Het is daarbij zeer wel mogelijk dat ten aanzien van de onderneming helemaal geen cao van toepassing is, omdat bijvoorbeeld intern nu eenmaal betere voorwaarden worden overeengekomen dan bij andere (cao-gebonden) bedrijven. Het is tevens mogelijk dat er een constructie bestaat waarbij de vakbonden wel meepraten, maar dat de ondernemingsraad het laatste woord heeft of dat er een driepartijen-cao wordt gesloten.¹⁶

2.3.2. Beperkingen op het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad

2.3.2.1. Beperking wettelijke instemmingsrechten

Het primaat van de cao blijkt niet zozeer ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden, maar ten aanzien van het algemene wettelijke instemmingsrecht van de ondernemingsraad. In art. 27 lid 3 WOR is een beperking aangebracht op dit instemmingsrecht, indien een geldende cao het betreffende onderwerp reeds behandelt. De instemming van de ondernemingsraad is als zodanig niet meer vereist voor de in dit artikel vernoemde onderwerpen, voor zover het onderwerp voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een cao.¹⁷ Uit de bewoordingen van dit artikel volgt niet dat ondernemer en ondernemingsraad niet bevoegd zijn tot het sluiten van een ondernemingsovereenkomst over een dergelijk onderwerp. De ondernemingsraad geniet echter geen instemmingsrecht.¹⁸

Deze beperking laat duidelijk zien dat het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van in art. 27 WOR vermelde onderwerpen een subsidiair recht is.¹⁹ Het primaat van de cao blijkt uit het feit dat een overeenkomst tussen ondernemer en vakbond voorrang heeft boven het instemmingsrecht van de ondernemingsraad: de ondernemer heeft haar instemming niet meer nodig. Er moet hiervoor wel worden voldaan aan enige criteria die voortvloeien uit het betreffende artikel.

Allereerst dient sprake te zijn van een *inhoudelijke* regeling in een cao. Van een zodanig inhoudelijke regeling is pas sprake, indien deze uitputtend is en de ondernemer geen enkele speelruimte meer heeft. Indien de ondernemer nog wel enige keuze- of beslissingsmogelijkheden heeft ten aanzien van

¹³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26.

¹⁴ Zie: *Kamerstukken II* 1976/77, 13 954, nr. 6, p. 12 en HR 11 februari 2000, *JAR* 2000, 86; Hof 's-Gravenhage 19 december 2002, *JAR* 2003, 15.

¹⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 480.

¹⁶ J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 248.

¹⁷ Lees hierbij tevens 'of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan'.

¹⁸ De vraag kan daarbij worden gesteld welke juridische waarde een dergelijke vrijwillige ondernemingsovereenkomst heeft, omdat de ondernemer niet gebonden is aan de instemming van de ondernemingsraad en omdat de ondernemingsovereenkomst geen directe doorwerking heeft. Incorporatie in een individuele arbeidsovereenkomst kan daarbij in strijd zijn met art. 12 Wet cao.

¹⁹ J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 230.

de regeling in cao, dan is deze regeling niet afdoende inhoudelijk. In een zodanig geval behoeft de ondernemer dus nog wel de instemming van de ondernemingsraad voor enigerlei nadere invulling.²⁰ Een inhoudelijke regeling die verbindend is verklaard op basis van de Wavv, geldt daarbij als een inhoudelijke regeling bij cao en zet zodoende ook het instemmingsrecht opzij. Het is verder van belang dat de ondernemer *gebonden is aan de cao*. De ondernemer is gebonden hieraan indien hij lid is van een werkgeversvereniging die de cao heeft gesloten (art. 9 lid 1 Wet cao). Hierbij geldt tevens dat de ondernemer betrokken moet zijn bij deze cao, met andere woorden dat de ondernemer valt onder de werkingssfeer ervan. Valt de ondernemer niet onder de werkingssfeer, dan gelden de cao en haar voorrang niet, ook niet als bepalingen hierin verbindend zijn verklaard.²¹

Het primaat van de cao heeft overigens geen pendant bij het adviesrecht ex art. 25 WOR. Overlapping van bevoegdheden tussen ondernemingsraden en vakbonden lijkt in de praktijk echter geen probleem te zijn.²²

2.3.2.2. Beperking aanvullende advies- en instemmingsrechten

Het wettelijke instemmingsrecht van de ondernemingsraad wordt op basis van art. 27 lid 3 WOR als hierboven aangegeven opzijgezet door het primaat van de cao. Deze beperking geldt enkel voor de onderwerpen in dat artikel. Het primaat van de cao beperkt zich echter niet tot de onderwerpen in art. 27 WOR. Zoals in §2.2.5 is aangegeven, vloeit uit art. 32 lid 2 WOR voort dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en ondernemingsraad aan laatstgenoemde aanvullende bevoegdheden kunnen worden toegekend. Bij verdere afspraken kunnen derhalve bevoegdheden worden overeengekomen, die aanvullende advies- en instemmingsrechten voor de ondernemingsraad inhouden. Dit kunnen andere onderwerpen zijn dan deze genoemd in art. 27 WOR.

In dit verband is art. 32 lid 3 WOR relevant. Hierin is bepaald dat enigerlei advies of instemming van de ondernemingsraad die aanvullend aan haar is toegekend, toch niet is vereist indien deze aangelegenheid tevens is geregeld in cao. De ondernemer heeft – ondanks tussen hem en de ondernemingsraad gemaakte afspraken – geen advies of instemming nodig, voor zover de aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in cao. Het primaat van de cao gaat hierbij zodoende verder dan ten aanzien van de onderwerpen in art. 27 WOR. Zijn ondernemingsraad en ondernemer aanvullende bevoegdheden overeengekomen, dan heeft de cao voorrang boven zowel het advies- als het instemmingsrecht van de ondernemer, terwijl dit bij art. 27 WOR beperkt blijft tot het instemmingsrecht. De wetgever creëert hier de mogelijkheid dat op basis van een cao het aanvullend toegekende adviesrecht van de ondernemingsraad vervalt, terwijl dit niet mogelijk is indien dit adviesrecht voortvloeit uit een wettelijke bepaling.

Ten aanzien van art. 32 lid 3 WOR geldt dat de bewoordingen van dit artikel gelijk zijn aan die van art. 27 lid 3 WOR. Het primaat van de cao geschiedt dan ook onder dezelfde voorwaarden, waarmee verwezen kan worden naar de inhoudelijke behandeling van dit artikel in §2.3.2.1.²³

²⁰ Rb. Haarlem 7 april 1987 en 2 augustus 1988, *ROR* 1988, 36; Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, 23.

²¹ J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 234.

²² Zie verder Ondernemingsraad (losbladig), Wet op de ondernemingsraden, Artikel 32, aant. 4.

²³ Zo ook Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Wet op de ondernemingsraden, art. 32, aant. 3.

Afsluitend over het primaat van de cao is het belangrijk om een onderscheid te maken tussen de bevoegdheid tot het sluiten van een ondernemingsovereenkomst en enigerlei advies- of instemmingsrecht daarbij. Hoewel in het voorgaande is aangetoond dat in bepaalde gevallen het wettelijke instemmingsrecht en aanvullende advies- en instemmingsrechten kunnen worden ontheven door een cao-regeling, doet dit in principe niet af aan de bevoegdheid tot het sluiten van een ondernemingsovereenkomst. Er is in de WOR geen alomvattende bepaling te vinden die deze bevoegdheid uitsluit indien er sprake is van een cao-regeling. Een dergelijke bepaling bestaat echter in art. 12 Wet cao, die van toepassing is indien zowel de ondernemer als de werknemer aan de cao gebonden zijn. Bestaan er in een zodanig geval strijdige bepalingen in een ondernemingsovereenkomst, dan zijn deze bepalingen nietig.²⁴ De bevoegdheid van de ondernemingsraad tot het sluiten van een ondernemingsovereenkomst wordt door deze wederzijdse gebondenheid aan de cao sterk verminderd.

2.4. Inhoudelijke analyse van de ondernemingsovereenkomst

Hierboven is aangegeven dat ondernemer en ondernemingsraad aanvullende bevoegdheden kunnen overeenkomen en in welk kader deze ondernemingsovereenkomst zich bevindt. In deze paragraaf zal de ondernemingsovereenkomst inhoudelijk worden behandeld. Hier zullen respectievelijk het karakter, de inhoud, de doorwerking, beëindiging en nawerking van de ondernemingsovereenkomst worden geanalyseerd.

2.4.1. Karakter en grondslag

Ondernemer en ondernemingsraad kunnen op basis van art. 32 lid 2 WOR bij schriftelijke overeenkomst verder afspraken maken. Voor deze overeenkomst is hier gekozen voor de benaming 'ondernemingsovereenkomst'. Er bestaan voor deze overeenkomst echter meerdere aanduidingen, zoals de medezeggenschapsconvenanten, protocollen en akkoorden.²⁵ Het is waarschijnlijk dat beide partijen aan deze overeenkomst gebonden zijn als bij elke andere civielrechtelijke overeenkomst.²⁶

De ondernemingsovereenkomst dient schriftelijk tot stand te komen. Door de Zevenbergse kantonrechter is geoordeeld dat de ondernemer zich ten aanzien van afspraken omtrent dit artikel dient te realiseren dat hij met dergelijke afspraken de ondernemingsraad een bevoegdheid toekent, die deze voorheen niet had.²⁷ Het schriftelijkheidsvereiste lijkt deze eis echter niet te stellen en wordt in de praktijk ook wel minder strikt ingevuld. Ook vastlegging van een afspraak in (door betrokkenen goedgekeurde) notulen van een overlegvergadering volstaat.²⁸ Hiermee wordt wel aangegeven dat de basis van een ondernemingsovereenkomst juridisch niet gelegen hoeft te zijn aan een daadwerkelijk overeenkomst: notulen worden immers niet altijd door beide partijen ondertekend. Ter nog verdere uitweiding van het schriftelijkheidsvereiste wordt in de literatuur en jurisprudentie geopperd dat dit vereiste ruim moet worden uitgelegd en dat daarom

²⁴ Opgemerkt zou kunnen worden dat in art. 27 lid 3 en 32 lid 3 WOR tevens sprake is van een inhoudelijke cao-bepaling waaraan gebondenheid moet bestaan. De aldaar vermelde gebondenheid geldt echter enkel voor de ondernemer, dus niet voor zowel de ondernemer als de werknemer.

²⁵ Zie P.F. van der Heijden en A.C.B.W. Doup, *Medezeggenschap per convenant*, 's-Gravenhage: Sdu 1991 en A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 347-348.

²⁶ Zie Pres. Rb. Haarlem 20 februari 1990, KG 1990, 212; Rb. Rotterdam 4 november 1994, JAR 1994/248; OK 16 juli 1998, JAR 1998/182.

²⁷ Ktg. Zevenbergen 19 januari 1994, JAR 1994, 64.

²⁸ Dit is met zoveel woorden immers vermeld in *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26; *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 9, p. 33.

ondubbelzinnige mondelinge afspraken ook kunnen voldoen.²⁹ Hierbij geldt wel dat allerlei bewijsproblemen kunnen ontstaan, dat het op schrift stellen geen onredelijke belemmering vormt en dat de wet met de wetgeschiedenis dit schriftelijkheidsvereiste ondubbelzinnig heeft aangeduid als vormvereiste. Hierdoor kan worden aangenomen dat een mondelinge afspraak in beginsel wel zal kunnen voldoen, echter enkel indien het een uitzonderingsgeval is.³⁰ Dan geldt overigens de lastige taak voor de ondernemingsraad om deze mondelinge afspraak te bewijzen.³¹ Of de schriftelijkheid van de overeenkomst een hard vereiste is en als bestaansvoorwaarde geldt, is omstreden. Op basis van de wetstekst zou dit kunnen worden aangenomen.³² Het artikel stelt echter geen consequenties (in de zin van nietigheid) aan het ontbreken van een schriftelijke neerlegging van de afspraken, en daarbij tevens in acht nemende dat mondelinge afspraken lijken te kunnen voldoen, wijst het voorgaande in de richting dat schriftelijkheid geen constitutief vereiste is voor de ondernemingsovereenkomst.

Overigens vermeldt art. 32 lid 2 WOR nog een tweede vereiste: de ondernemer dient een afschrift van de overeenkomst toe te zenden aan de bedrijfscommissie. De gedachte hierachter is gelegen in het verkrijgen van een zeker inzicht in de manier waarop met deze uitbreidingsmogelijkheid in de praktijk wordt omgesprongen. Deze meldingsplicht is geen bestaansvoorwaarde voor een rechtsgeldige ondernemingsovereenkomst.³³

2.4.2. Inhoud van de ondernemingsovereenkomst

Ondernemer en ondernemingsraad kunnen allereerst via de ondernemingsovereenkomst aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden toekennen dan welke reeds in de WOR zijn vastgelegd.³⁴ In de hier bedoelde zin worden ondernemingsovereenkomsten gebruikt om bevoegdheden nader te regelen in het kader van een uitbreiding van de lijsten van bevoegdheden, ten aanzien van het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Enigerlei uitbreiding kan echter ook betrekking hebben op het recht op informatie in de WOR, op een nadere regeling van bevoegdheden bij een fusieproces of op afspraken over de wijze en de momenten waarop de ondernemingsraad zal worden ingeschakeld bij een omvangrijke reorganisatie.³⁵ Aanvullende bevoegdheden hoeven niet beperkt te zijn tot uitbreiding van de bevoegdheden die uit de WOR voortvloeien. Ook kan de ondernemingsraad contractueel bijvoorbeeld het enquêterecht worden toegekend op basis van art. 2:346 aanhef en onder c BW.³⁶ Tevens kunnen via de ondernemingsovereenkomst aanvullende

²⁹ P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 437–438; L.C.J. Sprengers, 'Mondelinge ondernemingsovereenkomst', *SR* 2005/6, p. 232-234; Ondernemingsraad (losbladig), *Wet op de ondernemingsraden*, art. 32, aant. 3. Zie verder: Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *JAR* 2007, 137; Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2005, *JAR* 2005/64.

³⁰ Zo ook J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 245.

³¹ P.G. Vestering, 'Afspraak is afspraak' gaat voor de or niet altijd op', *SR* 2007, 35; J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 245.

³² Zie ten aanzien van deze discussie J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 245.

³³ Minister van SZW, beschikking 17 januari 1988, *ROR* 1988, 13; Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, *ROR* 1992, 19.

³⁴ J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 243.

³⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 479.

³⁶ P.G. Vestering, 'Afspraak is afspraak' gaat voor de or niet altijd op', *SR* 2007, 35.

voorschriften worden afgesproken over de toepassing van de in of op grond van de WOR gegeven voorschriften. Aanvullende voorschriften hieromtrent kunnen een interpretatie gegeven op ondernemingsniveau ten aanzien van in de WOR gebruikte begrippen.³⁷ Daarnaast kan een ondernemingsovereenkomst worden gesloten op basis van een gegeven bevoegdheid in een andere wet of op basis van 'tweederde dwingend recht'.³⁸

Hiernaast kunnen ondernemingsraad en ondernemer een concrete regeling van arbeidsvoorwaarden zelf in de vorm van een ondernemingsovereenkomst gieten (zie ook §2.3.1). Er wordt de ondernemingsraad dan niet de bevoegdheid gegeven hierover te onderhandelen, maar de regeling wordt reeds zelf overeengekomen. Een zodanige regeling is in de wet niet verder uitgewerkt, maar kan wel rechtsgeldig worden gesloten.³⁹ Er kan tenslotte niet worden overeengekomen dat de ondernemingsraad minder bevoegdheden krijgt: afwijkingen van de basisvoorzieningen beneden het wettelijke niveau is niet mogelijk.⁴⁰

2.4.3. Doorwerking normatieve bepalingen

Zoals uit de bewoordingen van art. 1 lid 1 Wet cao blijkt, verzet dit artikel zich ertegen dat aan een ondernemingsovereenkomst hetzelfde rechtskarakter kan worden toegekend als dat van een cao.⁴¹ Deze constatering heeft gevolgen op de doorwerking van de normatieve bepalingen in een ondernemingsovereenkomst op individuele arbeidsovereenkomsten. Anders dan bij een cao, geldt dat de betreffende bepalingen in een ondernemingsovereenkomst de individuele werknemers niet rechtstreeks binden.⁴²

Een belangrijke reden hiervoor is dat het kabinet heeft aangegeven dat directe doorwerking dient te worden gelegitimeerd door een contractuele binding. Met andere woorden: de individuele werknemer moet met de doorwerking instemmen middels een overeenkomst. Directe doorwerking van de ondernemingsovereenkomst (dus zonder incorporatie) zou derhalve in strijd zijn met de individuele contracts- en organisatievrijheid van de werknemer. Enigerlei doorwerking zou moeten berusten op een vrijwillige overdracht van deze contractsvrijheid, bijvoorbeeld via lidmaatschap van een vakbond.⁴³ Dit kan bovendien door middel van een wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW, waarbij de werknemer contractueel de ondernemingsovereenkomst incorporeert.⁴⁴ Directe doorwerking is verder ontzegd in vergelijking met het cao-recht, omdat ondernemingsraden afhankelijker van de ondernemer zijn dan enigerlei vakbond, en bovendien minder deskundigheid en onderhandelingsbekwaamheid zouden hebben. Verder is als argument tegen directe doorwerking

³⁷ Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Wet op de ondernemingsraden, art. 32, aant. 2.

³⁸ Denk hierbij allereerst aan de Arbeidstijdenwet, waarin via een collectieve regeling kan worden afgeweken van de standaardregeling. Zie verder: G.J.J. Heerma van Voss, *De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst*, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006.

³⁹ Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 480.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26.

⁴¹ Tekst en Commentaar Arbeidsovereenkomst, Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, art. 1, aant. 3.

⁴² Ondernemingsraad (losbladig), Wet op de ondernemingsraden, Artikel 32, aant. 4.

⁴³ *Kamerstukken II* 1994/95, 24 132, nr 1, p. 21.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 169, nr 9.

aangevoerd dat het zwaartepunt bij de arbeidsvoorwaardenvorming zo verder naar de onderneming verschuift en de huidige coördinatie op het gebied van arbeidsvoorwaarden kan ondermijnen.⁴⁵

De juridische status dat een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad over arbeidsvoorwaarden niet rechtstreeks kan doorwerken in de individuele arbeidsverhouding, is overigens omstreden. Zo is bijvoorbeeld aangevoerd dat het reeds hiervoor behandelde primaat van de cao voldoende bescherming biedt tegen enigerlei afbreuk aan de 'voorkeurspositie' van de vakorganisaties. Tegen het argument betreffende de contractsvrijheid van werknemers, kan worden ingebracht dat dit ook niet wordt gerespecteerd inzake algemeen verbindend verklaarde bepalingen of (in mindere mate) bij cao's ex art. 14 Wet cao. Verder worden in de literatuur ook vraagtekens gezet bij de vermeende afhankelijkheid en ondeskundigheid van de ondernemingsraad, alsmede haar beperkte onderhandelingskracht.⁴⁶ Er is dan ook geopperd dat de ondernemingsovereenkomst directe doorwerking zou moeten verkrijgen (hierover meer in §4.3.2).⁴⁷

Om directe doorwerking van de ondernemingsovereenkomst te bereiken, is de methode van incorporatie- en wijzigingsbedingen gebruikelijk geworden.⁴⁸ Zie over deze wijzen om ondernemingsovereenkomsten niettemin door te laten werken in individuele arbeidsovereenkomsten §2.5.

2.4.4. Beëindiging van de ondernemingsovereenkomst

De beëindiging van de ondernemingsovereenkomst kan geschieden doordat de looptijd ervan verloopt, of omdat één van de partijen overgaat tot opzegging ervan.

In beginsel is bij een ondernemingsovereenkomst sprake van een civielrechtelijke overeenkomst, zodat partijen in beginsel zelf de looptijd ervan kunnen bepalen. Het is mogelijk dat een overeenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan, maar vanzelfsprekend ook dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, hetgeen de zittingstermijn van de ondernemingsraadleden zelf kan overstijgen. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of de overeenkomst als overeengekomen door de vorige ondernemingsraad, ook bindend is voor de opvolgende ondernemingsraad.⁴⁹ Over het algemeen kan echter worden vastgesteld dat de opvatting is dat ook de opvolgende ondernemingsraad gebonden is aan een daarvoor gesloten

⁴⁵ W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding wetgeving, cao en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002/4, p. 154.

⁴⁶ A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996/3, p. 68; W.J.M. van Tongeren en C.H.J. van Leeuwen, 'De OR en arbeidsvoorwaarden', *AR* 1995, nr. 52, p. 16.

⁴⁷ Zie G.J.J. Heerma van Voss, *De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst*, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006, p. 384; W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding wetgeving, cao en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002/4; G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8; B. Otten, 'De combinatie cao-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998/12, p. 370-373; A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996/3; A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922. Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 348-349.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 27.

⁴⁹ Automatisch eindigen van de ondernemingsovereenkomst bij einde zittingsduur van de ondernemingsraadleden wordt betoogd door P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 437.

ondernemingsovereenkomst, omdat immers niet de persoonlijke leden van de ondernemingsraad zijn gebonden aan deze overeenkomst, maar de raad als instituut.⁵⁰ Hierdoor kan worden aangenomen dat een ondernemingsovereenkomst niet eindigt door het verloop van de zittingsduur van de leden van de ondernemingsraad.

Het uitgangspunt bij opzegging van de ondernemingsovereenkomst is gelegen in dezelfde civielrechtelijke benadering als bij de looptijd: partijen zijn in principe vrij om hiertoe een en ander in de overeenkomst overeen te komen. Is hierover echter niets opgenomen, dan is het relevant of de overeenkomst van bepaalde of onbepaalde duur is. Als een ondernemingsovereenkomst voor bepaalde tijd is afgesproken, dan geldt dat die overeenkomst in beginsel niet tussentijds kan worden opgezegd.⁵¹ Een ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan alleen worden opgezegd indien de omstandigheden van het geval dit toelaten en indien een redelijke termijn in acht wordt genomen (een termijn van zes maanden lijkt hierbij redelijk⁵²). Redelijkheid en billijkheid vereisen dat indien er zich zwaarwegende redenen tot (minimaal) aanpassing van de overeenkomst voordoen, partijen hierover moeten onderhandelen en een redelijke opstelling dienen aan te nemen. Indien de andere partij zich niet redelijk opstelt tegenover een redelijke aanpassing van de overeenkomst, dan is opzegging met voorgenoemde redelijke termijn geheel of gedeeltelijk mogelijk.⁵³

Ten aanzien van de juridische status van de ondernemingsovereenkomst bij overgang van onderneming, geldt dat indien deze is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomsten, de rechten en plichten uit de ondernemingsovereenkomst mee overgaan op de verkrijger (art. 7:663 BW).⁵⁴ Meer over de incorporatie van de ondernemingsovereenkomst in §2.5.

2.4.5. Nawerking van normatieve bepalingen

Over de nawerking van de normatieve bepalingen in een ondernemingsovereenkomst is weinig geschreven. Hoewel de beëindiging van deze overeenkomst als onderwerp voldoende aandacht heeft gekregen in de literatuur, is hierbij buiten beschouwing gelaten welke rechtskracht deze bepalingen hebben na deze beëindiging. De reden hiervoor ligt mogelijk in het hiervoor aangegeven feit dat bij een ondernemingsovereenkomst sprake is van een civielrechtelijke overeenkomst. Het is vanzelfsprekend niet gewoon dat bepalingen uit dergelijke overeenkomsten nawerking genieten.

Een ondernemingsovereenkomst kan daarbij niet op één lijn worden gesteld met een cao. Zoals eerder aangegeven, werken bepalingen uit een ondernemingsovereenkomst niet direct door in de individuele arbeidsovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat de beëindiging van een dergelijke overeenkomst niet direct gevolgen hoeft te hebben voor de rechtspositie van de individuele

⁵⁰ J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 246; Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 483; *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 44.

⁵¹ Een zeer bijzondere uitzondering daargelaten: HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 (*Mondia/Calanda*).

⁵² Zoals werd voorgesteld in art. 6:31 lid 3 van de ingetrokken Wet Medezeggenschap Werknemers: *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 2.

⁵³ Zie Hof 's-Gravenhage 3 november 2006, *JAR* 2007, 32 en J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 246-247.

⁵⁴ Zie verder: Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 487; G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006, p. 378-379.

werknemer. Verder geldt dat de positie van de ondernemingsovereenkomst meer overeenkomstig is aan die van de algemeen verbindend verklaarde cao(-bepaling). In beide gevallen geldt dat zij aan ongebonden werknemers (kunnen) worden opgelegd. Deze werknemers hebben niet via een lidmaatschap hun goedkeuring verleend of contractsvrijheid overgedragen. Indien de eindtijd van een algemeen verbindend verklaarde bepaling intreedt, ontstaat hierbij tevens weer de contractsvrijheid.^{55 56} In analogie kan worden gesteld dat dit voor de ondernemingsovereenkomst ook geldt.

Op basis van het civielrechtelijke karakter van de ondernemingsovereenkomst en het feit dat haar bepalingen geen directe doorwerking genieten, kan worden geconcludeerd dat de ondernemingsovereenkomst geen directe nawerking heeft. Hiervan moet duidelijk worden onderscheiden de situatie dat een ondernemingsovereenkomst is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst (zie ook §2.5.1). In een dergelijk geval zijn de bepalingen van de ondernemingsovereenkomst immers onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst, zodat strikt genomen niet gesproken kan worden van nawerking van de ondernemingsovereenkomst, maar van nawerking van de bepalingen in de arbeidsovereenkomst. De verkregen rechten van de werknemer vervallen hem dus niet indien de ondernemingsovereenkomst vervalt. Dit neemt niet weg dat op dat moment de contractsvrijheid tussen zowel ondernemer en ondernemingsraad als ondernemer en werknemer herleeft.

2.5. Aanvullende afspraken

Hiervoor is aangegeven dat de ondernemer samen met de ondernemingsraad een ondernemingsovereenkomst kan sluiten op basis van art. 32 lid 2 WOR. Ook is hierbij aangegeven dat de bepalingen in de ondernemingsovereenkomst niet rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten van werknemers. Om deze bepalingen derhalve direct van toepassing te laten zijn op individuele werknemers, moeten er aanvullende afspraken gemaakt moeten worden. Deze kunnen worden gemaakt op de volgende wijzen:

1. Incorporatie ondernemingsovereenkomst in individuele arbeidsovereenkomst;
2. Incorporatie ondernemingsovereenkomst in cao;
3. Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden via wijzigingsbeding art. 7:613 BW;
4. Goed werkgevers/werknemerschap ex art. 7:611 en 660 BW.

Bovenstaande gronden zullen hierna respectievelijk worden behandeld.

2.5.1. Incorporatie ondernemingsovereenkomst in individuele arbeidsovereenkomst

De ondernemer kan – naast de gemaakte afspraken met de ondernemingsraad – afspraken maken met de individuele werknemers zelf. Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan immers een clause worden opgenomen, waarin de ondernemingsovereenkomst integraal wordt geïncorporeerd. Deze overeenkomst maakt dan deel uit van de arbeidsovereenkomst van de werknemer, waardoor deze afspraken directe doorwerking hebben – immers betreffen zij directe

⁵⁵ HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348, m.nt. P.A. Stein.

⁵⁶ Thans geldt overigens voor algemeen verbindend verklaarde bepalingen in cao's dat nawerking van verkregen rechten op grond van die bepalingen zou kunnen worden aangenomen: HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154. In dat kader zou hetzelfde voor dergelijke rechten uit een geïncorporeerde ondernemingsovereenkomst kunnen gelden.

afspraken met de werknemer. Het incorporeren van een dergelijke overeenkomst dient in het onderhavige geval te gebeuren met de instemming van de werknemer, en kan plaatsvinden bij het sluiten van de initiële arbeidsovereenkomst, alsmede in het kader van het opnieuw overeenkomen hiervan.⁵⁷ Volgens Heerma van Voss kan tevens worden aangenomen dat een dergelijk incorporatiebeding impliciet mede kan omvatten nieuwe of gewijzigde ondernemingsovereenkomsten, die dezelfde materie bevatten.⁵⁸ Om dit effect echter in zekerheid te verkrijgen, moet tevens een wijzigingsbeding worden aangegaan (zie §2.5.3). Mogelijk kan de werknemer zich nog met een beroep op redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) of goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) tegen een dergelijke bepaling verzetten, indien deze tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden.⁵⁹ Tevens is het mogelijk dat bepaalde bedingen in een geïncorporeerde ondernemingsovereenkomst in strijd zijn met een toepasselijke cao, waardoor deze bedingen nietig zijn (art. 12 Wet cao).

2.5.2. Incorporatie ondernemingsovereenkomst in cao

In navolging van het vorige punt is het niet ongewoon dat in de individuele arbeidsovereenkomst enigerlei cao van toepassing wordt verklaard. Indien de cao als zodanig in de overeenkomst wordt geïncorporeerd, maken de betreffende bepalingen uit de cao automatisch en dwingend deel uit van de individuele arbeidsovereenkomst (art. 12 en 13 Wet cao). Zoals reeds eerder aangegeven, geldt deze doorwerking voor ondernemingsovereenkomsten niet. Deze afspraken vallen immers niet onder de noemer 'cao', zodat de Wet cao geheel niet van toepassing is. Het is echter mogelijk dat de vakbonden en werkgeversorganisaties besluiten de ondernemingsraad uitdrukkelijk een rol te geven bij de nadere invulling van de cao door deze een bevoegdheid toe te kennen om afspraken te maken die – nu dus wel – bindend doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. Het is daarbij mogelijk (zoals bijvoorbeeld toegepast in de grafimedia-cao 1997-2000⁶⁰) dat de sociale partners bij deze cao de specifieke onderwerpen bepalen, inzake welke de ondernemingsraden afspraken mogen maken met de ondernemer. Op deze manier wordt een deel van de arbeidsvoorwaardenvorming gedecentraliseerd naar het niveau van de onderneming. Ingevolge deze constructie is beoogd dat deze afspraken op ondernemingsniveau bindend doorwerken naar de individuele arbeidsovereenkomsten, gebaseerd op dezelfde wettelijke grond als de cao-bepalingen zelf.

Het is nog niet duidelijk of het reeds inderdaad mogelijk is dat de sociale partners kunnen bewerkstelligen dat enigerlei decentraal gemaakte afspraken dezelfde doorwerking kunnen hebben als cao-bepalingen. Hierover hebben wetgever noch rechtspraak zich uitgelaten. Een ruime opvatting omhelst dat bij cao gedelegeerde afspraken ook onder het bereik van de Wet cao vallen en binding hebben, als waren zij onderdeel van de cao. De vakbonden delegeren in dat geval samen met de werkgeversorganisaties in wezen hun bevoegdheid tot het sluiten van direct doorwerkende

⁵⁷ Hetzelfde geldt overigens voor zogenaamde reglementen of personeelsgidsen, waarbij de ondernemer mogelijkerwijs de instemming van de ondernemingsraad kan omzeilen. Zie: A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 352.

⁵⁸ G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006, p. 382. Hoewel niet geheel duidelijk, lijkt Heerma van Voss wel van mening dat hierbij aan de vereisten van art. 7:613 BW moet worden voldaan.

⁵⁹ W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding wetgeving, cao en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002/4, p. 153.

⁶⁰ Zie ook ten aanzien van de IT-sector: A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden: een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999, p. 4-12; en ten aanzien van de EDS-CAO: M.J. Huiskamp, *SMA* 1998, p. 466.

bepalingen, gebaseerd op de cao en gelegitimeerd op basis van de goedkeuring van hun leden. In de literatuur wordt deze opvatting geaccepteerd, zulks wel met de voorwaarde dat de cao voldoende concreet aangeeft tot hoeverre de bevoegdheid van de ondernemingsraad reikt.⁶¹

Hiertegenover kan worden gesteld dat de enge opvatting huldigt dat enigerlei afspraken van de ondernemingsraad niet direct kunnen doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten van (georganiseerde) werknemers.⁶² Deze theorie gaat ervan uit dat de bevoegdheid van een vereniging om haar leden te binden uit hoofde van de wet of statuten wordt bepaald. Een derde – zoals de ondernemingsraad – kan op basis van deze rechtsgronden doorgaans het verenigingslid niet binden. Enkel indien een overeenkomst op basis van de wet of statuten gelijk kan worden gesteld met een cao, kunnen ook die rechtsgevolgen van de Wet cao intreden. In de literatuur wordt dan ook betoogd dat bepalingen van een ondernemingsovereenkomst enkel kunnen doorwerken, indien deze overeenkomst expliciet via incorporatie (of zelfs daarbij nog via melding ex art. 4 Wet op de Loonvorming) onderdeel van de cao is gaan uitmaken.⁶³ Dit is echter een andere insteek dan het bij cao delegeren van het invullen ervan door de ondernemingsraad.

Het is aldus mogelijk dat bij cao aan de ondernemingsraad de bevoegdheid wordt gedelegeerd om direct in de individuele arbeidsovereenkomsten doorwerkende afspraken te maken. Het is hierbij verstandig om daarbij de onderhavige ondernemingsovereenkomst expliciet te incorporeren in de cao. Echter is ook dan het juridische gevolg nog niet zeker.⁶⁴

2.5.3. Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden via wijzigingsbeding art. 7:613 BW

Bij de vorige punten is uitgegaan van een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst die een ondernemingsovereenkomst direct of via cao incorporeert. Indien hiernaast een wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW is opgenomen, is het mogelijk dat de ondernemingsraad samen met de ondernemer wijzigingen in de bestaande ondernemingsovereenkomst kunnen aanbrengen. Dit heeft in een zodanig geval directe doorwerking.

Bovenstaande constructie gaat er aldus van uit dat de ondernemer met de werknemer een beding sluit dat de laatste zich bindt aan toekomstige wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden. Deze wijzigingen werken enkel dan direct door in de individuele arbeidsverhouding indien zij voldoen aan de vereisten van art. 7:613 BW. De ondernemer moet namelijk een zodanig zwaarwichtig belang hebben bij de wijziging, dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging zou worden

⁶¹ Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 480; A.Ph.C.M. Jaspers, 'De permanente vraagstukken in het cao-recht', *SR* 2008, 69; G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006; J.J.L. Pepers, 'De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten', *AR* 2002, 19; G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8, p. 268; P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998, p. 207-214.

⁶² A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SR* 1999/10, p. 250-256.

⁶³ Zie vorige noot en: A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 151-152 en W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69-71; B. Bon, 'De lading kan omgevlagd. Het incorporeren van ondernemingsovereenkomsten in cao's', *SR* 1999/10, p. 244-250.

⁶⁴ Zie verder tevens E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007.

geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Dit zwaarwichtige belang wordt overigens vermoed in geval van instemming van de ondernemingsraad.⁶⁵ Een wijziging moet tevens worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid.⁶⁶

Indien vooraf in de individuele arbeidsovereenkomst een wijzigingsbeding is overeengekomen, is het aldus mogelijk dat een (wijziging van een) ondernemingsovereenkomst via dit beding door de ondernemer wordt ingevoerd.⁶⁷

2.5.4. Goed werkgevers/werknemerschap ex art. 7:611 en 660 BW

Naast de bovengenoemde mogelijkheden kan de ondernemer bepalingen uit de ondernemingsovereenkomst laten doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst door middel van goed werknemerschap of zijn instructierecht. De ondernemer kan op grond van art. 7:611 BW de werknemer manen zich als goed werknemer te gedragen. Hier kan sprake van zijn indien de ondernemer en ondernemingsraad zwaarwichtige redenen hebben om bepaalde afspraken te maken, maar wanneer een reeds overeengekomen wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW ontbreekt. Verder kan de ondernemer mogelijk de werknemer verplichten zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid, zoals mogelijk een betreffende ondernemingsovereenkomst.

Afsluitende opmerkingen

In dit hoofdstuk is de ondernemingsovereenkomst in Nederland onderzocht. In het navolgende hoofdstuk zal de Duitse versie hiervan worden uiteengezet, waarna in hoofdstuk 4 beide constructies zullen worden vergeleken.

⁶⁵ HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM).

⁶⁶ Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, §63, nr. 485.

⁶⁷ G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8, p. 268.

3 Betriebsvereinbarung

In dit hoofdstuk zal het Duitse arbeidsrecht als uitgangspunt worden genomen ten aanzien van de ondernemingsovereenkomst. In het Duitse recht bestaat een vergelijkbare constructie, welke tevens als bijzondere overeenkomst is opgenomen in de medezeggenschapswetgeving. Om de vraag te kunnen beantwoorden of een dergelijke constructie ook in Nederland gewenst is, is daarom de analyse van deze Duitse ondernemingsovereenkomst bijzonder relevant.

In de eerstvolgende paragraaf zal een schets worden gemaakt van de situatie omtrent de sociale partners, hun samenwerking bij het vaststellen van arbeidsvoorwaarden en de rol van de ondernemingsraad. De tweede paragraaf zal de bevoegdheden van de Duitse ondernemingsraad behandelen. De derde paragraaf zal over het primaat van de cao in Duitsland uitweiden. Een inhoudelijke behandeling van de ondernemingsovereenkomst in Duitsland zal in de vierde paragraaf aan bod komen. In de vijfde paragraaf zal worden ingegaan op de overige overeenkomsten die de ondernemingsraad of de werknemer zelf met de ondernemer kan sluiten, met name de Betriebsliches Bündnis für Arbeit.

3.1. De arbeidsvoorwaardenvorming in Duitsland

In Duitsland geldt – niet anders dan in Nederland – het primaat van de cao. De vorming van (primaire) arbeidsvoorwaarden is in de eerste plaats voorbehouden aan vakbonden en werkgevers(organisaties). Desondanks geldt dat er op essentiële punten afwijking bestaat ten opzichte van het Nederlandse systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

Zoals beschreven in §2, bestaan in Nederland verschillen tussen de vorming van arbeidsvoorwaarden aan de zijde van de sociale partners en de zijde van de ondernemingsraad. Dit uit zich vooral in het feit dat ondernemingsovereenkomsten niet direct doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten. Deze bepalingen worden aldus niet gelijkgesteld met bepalingen uit cao's, waarvan de Wet cao bepaalt dat afwijkende bepalingen in individuele arbeidsovereenkomsten nietig zijn. Hoewel ondernemingsovereenkomsten in Duitsland niet gelijkwaardig zijn aan cao's, geldt dat de bepalingen in deze overeenkomsten wel direct doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten. In Duitsland is als gevolg geen sprake van een zekere tweedeling tussen de ondernemingsraad en vakbonden of een sterk autonoom optredende ondernemingsraad. De Betriebsrat (ondernemingsraad) geldt meer als een verlengstuk van de vakbeweging (twee-eenheid).⁶⁸ Hierbij is het indicatief dat in de regel sprake is van een aantal vrijgestelde Betriebsratleden, die vrijwel altijd ook een functie in de vakbeweging bekleden.

Het is tevens van belang te vermelden dat voorheen een grotere kloof bestond tussen vakbeweging en Betriebsrat. Deze kloof bestond uit het gedetailleerd en uitputtend invullen van cao's om niet teveel ruimte te laten voor ondernemingsovereenkomsten, die cao's verder zouden kunnen aanvullen. Deze terughoudendheid is verdwenen, waardoor de Betriebsrat als overlegpartner van de werkgever fungeert, juist voor die punten waarbij de cao enigerlei invulling behoeft of mogelijk maakt. Verder verschilt de cao-structuur in Duitsland met die van Nederland. In Duitsland zijn

⁶⁸ *Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 50.*

vakbonden minder gefragmenteerd, omdat zij over het algemeen niet politiek of ideologisch verdeeld zijn en veelal openstaan voor een zeer breed scala van werknemers in de industrie.⁶⁹

3.2. Bevoegdheden van de Betriebsrat

Over het algemeen bezien vervult de Betriebsrat een vergelijkbare rol als de ondernemingsraad in Nederland.⁷⁰ Toch zijn er wel degelijk kenmerkende verschillen. De Betriebsrat is met name een meer voorkomend orgaan in Duitsland dan in Nederland, omdat de ondernemer reeds bij een omvang van 5 werknemers een Betriebsrat moet instellen, terwijl deze grens voor de Nederlandse ondernemingsraad 50 werknemers is.⁷¹ Hieronder worden de verdere bevoegdheden van de Betriebsrat uiteengezet.

3.2.1. Wettelijke bevoegdheden en instemmingsrechten

De algemene bevoegdheden van de Betriebsrat zijn geregeld in §80 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), de Duitse wet met betrekking tot medezeggenschapsrecht. In dit artikel worden de taken omschreven die de Betriebsrat heeft ten aanzien van het beschermen van de rechten van de werknemers en het naleven van cao's en overeenkomsten met de ondernemer. Zoals ook in Nederland geldt, kan in Duitsland een onderscheid worden gemaakt tussen de economische en sociale bevoegdheden van de Betriebsrat. Met name de sociale bevoegdheden spelen een grote rol. De Betriebsrat heeft daarbij zowel informatie-, als advies- en instemmingsrechten. De Betriebsrat heeft een belangrijke invloed bij individuele personeelsbeslissingen ('personellen Einzelmaßnahme'⁷²) en zij dient te worden betrokken bij collectieve ontslagen. Zij beschikt over een instemmingsrecht ten aanzien van het personeelsbeleid van de ondernemer, met name hierin bestaande dat de ondernemer iedere aanstelling, inschaling en overplaatsing van een werknemer aan de Betriebsrat moet melden en toestemming moet vragen.⁷³

Met betrekking tot sociale aangelegenheden zijn de bevoegdheden van de Betriebsrat voornamelijk geregeld in §87 BetrVG. In dit artikel staan 13 aangelegenheden ten aanzien van welke de Betriebsrat een afdwingbaar instemmingsrecht heeft. Deze zogenoemde 'erzwingbare Mitbestimmungsrechte' zijn uitputtend geformuleerd en hebben betrekking op de navolgende onderwerpen:

- 1 regelingen met betrekking tot de organisatie van de onderneming en het gedrag van werknemers in de onderneming;
- 2 het begin en het einde van de dagelijkse arbeidstijd, inclusief pauzes, en de verdeling van arbeidsuren over de verschillende dagen van de week;
- 3 tijdelijke verkorting of verlenging van de normale arbeidsuren in de onderneming;
- 4 tijd, plaats en wijze van de uitbetaling van de beloning;

⁶⁹ M. Weiss en M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 171. In het vergaderjaar 1995/96 werd door de Tweede Kamer beschreven dat in Nederland meer sprake is van fragmentatie door meer kleine deelnemende bonden en een hoger aantal cao-loze bedrijven (zie noot 68).

⁷⁰ E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 297.

⁷¹ Zie §1(1) BetrVG jo. art. 2 lid 1 WOR.

⁷² Vgl. K. Schreiber, RdA 1987, p. 257-262.

⁷³ §99(1) BetrVG. Zie voor een vollediger taakbeschrijving van de Betriebsrat: A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 176-177.

- 5 opstelling van algemene regels met betrekking tot vakantie en vakantieplanningen, en de periode in welke individuele werknemers hun vakantie opnemen indien werkgever en werknemer niet tot overeenstemming komen;
- 6 de introductie en het gebruik van technische faciliteiten, die bestemd zijn om het gedrag of de prestaties van werknemers te controleren;
- 7 regelingen ter voorkoming van arbeidsongevallen en beroepsziekten en ter bescherming van de gezondheid in het kader van wettelijke voorschriften of veiligheidsvoorschriften;
- 8 de vorm, organisatie en administratie van maatschappelijke instellingen, wier werkingsbereik is beperkt tot de vestiging, de onderneming of het concern;
- 9 de toewijzing en beëindiging van woonruimte, verhuurd aan werknemers in het kader van het bestaan van een arbeidsverhouding, evenals de voorwaarden ten aanzien van het gebruik van deze woonruimte;
- 10 regelingen met betrekking tot de loonstructuur in de onderneming, in het bijzonder ten aanzien van de opstelling van loonbetalingsregels, en de introductie en het gebruik van nieuwe loonbetalingmethoden en veranderingen hieromtrent;
- 11 specificaties van stuk- en premietarieven en vergelijkbare prestatiegebaseerde beloning, inclusief tarieven per tijdseenheid;
- 12 regelingen met betrekking tot een systeem om suggesties of voorstellen in de onderneming aan te leveren;
- 13 regelingen met betrekking tot de uitvoering van groepsarbeid; groepsarbeid in de zin van dit voorschrift bestaat indien in het kader van de ondernemingsroutine, een groep van werknemers een aan haar opgedragen taak in wezen zelfstandig uitvoert.

Ook ten aanzien van regelingen inzake de opheffing van verleende rechten (§77(4) BetrVG), belastende arbeidsomstandigheden (§91 BetrVG), privacy (§94 BetrVG), beroepsopleidingen (§97 en §98 BetrVG), het personeelsbeleid van de ondernemer (§95 en §99 BetrVG), individuele ontslagen (optioneel: §102(6) BetrVG) en ontslagen van Betriebsratleden (§103(1) BetrVG) geniet de Betriebsrat instemmingsrecht. De nadruk van dit onderzoek zal echter liggen op §87 BetrVG, waarin de sociale instemmingsrechten van de Betriebsrat zijn geformuleerd.

De ondernemer is op straffe van nietigheid van enig besluit verplicht met de Betriebsrat overleg te voeren en overeenstemming te bereiken ten aanzien van bovenstaande onderwerpen.⁷⁴ Van belang is verder dat de Betriebsrat een recht van initiatief heeft ter zake van de in §87 genoemde sociale aangelegenheden. Zij kan dus zelf voorstellen hieromtrent aan de ondernemer aandragen. Indien de Betriebsrat en ondernemer echter geen overeenstemming kunnen bereiken en ook indien de ondernemer een nieuw voorstel van de Betriebsrat afwijst kan de Einigungsstelle een vervangende uitspraak doen (zie §3.4.5).

3.2.2. Het sluiten van Betriebsvereinbarungen

De Betriebsrat heeft verder de bevoegdheid om ondernemingsovereenkomsten te sluiten met de ondernemer. In Duitsland wordt een dergelijke overeenkomst een Betriebsvereinbarung genoemd. De wettelijke bevoegdheid hiervoor is geregeld in §77 BetrVG. Deze overeenkomsten kunnen allereerst gaan over de voorgenoemde aangelegenheden die onderwerp zijn van het instemmingsrecht van de Betriebsrat. Dit houdt in dat zowel de Betriebsrat als de ondernemer een

⁷⁴ Zie: A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 180.

afdwingbare aanspraak heeft op de totstandkoming van een zodanige *erzwingbare Betriebsvereinbarung*. Het sluiten van ondernemingsovereenkomsten is echter niet tot deze onderwerpen beperkt.

De Betriebsrat heeft in principe de bevoegdheid om Betriebsvereinbarungen te sluiten met betrekking tot de regeling van sociale aangelegenheden en in wezen alle sociale kwesties, welke onderdeel van het normatieve deel van een cao kunnen zijn.⁷⁵ Ten aanzien van de onderwerpen niet vermeld in §87 BetrVG kunnen vrijwillige ondernemingsovereenkomsten worden gesloten, welgenoemd *freiwillige Betriebsvereinbarungen* (zie §88 BetrVG). Deze overeenkomsten betreffen dus onderwerpen waar de Betriebsrat niet (meer) een instemmingsrecht heeft; Betriebsrat en ondernemer komen derhalve een additionele of alternatieve regeling overeen. Noch de Betriebsrat, noch de ondernemer heeft een afdwingbare aanspraak op een vrijwillige Betriebsvereinbarung.⁷⁶

Het is overigens wel mogelijk dat via een wettelijke bepaling niettemin beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen. Hier kunnen bijvoorbeeld grenzen worden gesteld aan in hoeverre Betriebsrat en ondernemer bevoegd zijn tot het sluiten van een Betriebsvereinbarung over een specifiek onderwerp.⁷⁷

Met inachtneming van het bovenvermelde karakter en de bevoegdheden van de Betriebsrat, kan worden gezegd dat zij – in vergelijking met de vakbonden – op ondernemingsniveau een invloedrijke rol kan spelen. Volgens Heerma van Voss is deze rol zelfs zwaarder dan die van de ondernemingsraad in Nederland en is de zelfstandige rol van de vakbonden binnen de onderneming nog kleiner dan in Nederland het geval is.⁷⁸ Over het geheel bezien is echter het primaat van de cao nog stevig verankerd in het BetrVG, zoals hierna zal blijken.

3.3. Primaat van de cao

Zoals eerder aangegeven, fungeert de Betriebsrat als een verlengstuk van de vakbeweging. De Betriebsrat heeft een sterk instrument in handen (de ondernemingsovereenkomst) om concrete afspraken te maken op ondernemingsniveau. Niettegenstaande het feit dat de wetgever (en ingevolge de vakbonden) de Betriebsrat inderdaad invloedrijke bevoegdheden heeft gegeven, heeft dit niet afgedaan aan het primaat van de cao. Dat is echter niet onbeperkt. Hieronder wordt dit aan de hand van 4 situaties onderschreven.

3.3.1. Algemeen voorbehoud bij (primaire) arbeidsvoorwaarden

In §77(3) BetrVG wordt vermeld dat arbeidsbeloning en andere arbeidsvoorwaarden geen onderwerp van Betriebsvereinbarungen kunnen zijn indien deze onderwerpen zijn geregeld bij cao. Onder deze arbeidsvoorwaarden vallen in ieder geval loon en soortgelijke aanvullende uitkeringen van de ondernemer, bijvoorbeeld vakantietoelagen en gratificaties. Daarnaast vallen onder ‘andere arbeidsvoorwaarden’ alle arbeidsvoorwaarden waarbij de Betriebsrat geen instemmingsrecht geniet

⁷⁵ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 26.

⁷⁶ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §88, RN 2.

⁷⁷ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §87, RN 171.

⁷⁸ G.J.J. Heerma van Voss, ‘Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden’, *RM Themis* 1999/8, p. 270.

(zoals aangegeven in §87 BetrVG, zie de volgende subparagraaf).⁷⁹ Met andere woorden: onder dit artikel valt het gros van alle te regelen arbeidsvoorwaarden.

Er worden in dit artikel geen verdere vereisten gesteld aan de betreffende cao-bepaling. Het is ten aanzien van de voorrang van de cao niet nodig dat de werkgever lid is van een werkgeversvereniging welke partij was bij het sluiten van de betreffende cao, of dat de werknemer lid is van de betrokken vakbond. Ook is niet vereist dat deze cao algemeen verbindend is verklaard. Zelfs indien de cao in wezen geen verbondenheid heeft met de werkgever, kan deze naar dit artikel haar invloed uitoefenen.⁸⁰ Een belangrijke rol is weggelegd voor de vraag of de werkgever onder de *werkingssfeer* van de cao valt. Dit artikel heeft daarom een groot bereik.⁸¹ Cao-voorrang op basis van §77(3) BetrVG kan bestaan:

- I door lidmaatschap van de werkgever bij de betreffende werkgeversvereniging;
- II door algemeen verbindend verklaring;
- III door het vallen van de werkgever onder de werkingssfeer van de cao.

Een cao hoeft met de werkgever zodoende geen directe relatie te hebben om zijn invloed via §77(3) BetrVG uit te oefenen. Hoewel het in veel gevallen mogelijk is dat de werkgever in de werkingssfeer ook al aangesloten is bij de betreffende werkgeversorganisatie, hoeft een werkgever hier niet altijd toe over te zijn gegaan. Denk hierbij bijvoorbeeld aan grote (van origine buitenlandse) bedrijven met eigen bedrijfs-cao's. Verder geldt hier niet de eis dat de cao een inhoudelijke regeling geeft. Ook indien enkel een procedurele regeling is getroffen, is §77(3) BetrVG van toepassing.

Enigerlei cao-bepaling die de onderhavige arbeidsvoorwaarden regelt, verhindert de regeling hiervan in Betriebsvereinbarungen indien de ondernemer op zijn minst onder de werkingssfeer van de cao valt.⁸² Dit kan tot gevolg hebben dat door binnen de werkingssfeer van een cao te vallen de Betriebsrat en de ondernemer geen Betriebsvereinbarung over het desbetreffende onderwerp kunnen sluiten, hoewel zij ongebonden zijn aan deze cao. Omgekeerd kan daarbij wel worden vermeld dat indien een ondernemer *niet* onder de werkingssfeer valt, de betreffende cao-bepaling geen voorrang geniet, ook al is deze cao bijvoorbeeld via individuele arbeidsovereenkomsten geïncorporeerd.

Het bovenstaande houdt in dat noch afwijkende, noch aanvullende Betriebsvereinbarungen geldig tot stand kunnen komen ten aanzien van bovengenoemde arbeidsvoorwaarden.⁸³ §77(3) BetrVG houdt echter expliciet de mogelijkheid voor cao-partijen open om aanvullingen toe te staan, waardoor aanvullende Betriebsvereinbarungen over onderhavige arbeidsvoorwaarden nochtans zijn toegestaan (door middel van een zogenaamde 'Öffnungsklausel'). Op deze wijze is het mogelijk dat

⁷⁹ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 252-256 en BAGE 67, 377, 383 = AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 1.

⁸⁰ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 259-261; M. Weiss en M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 242-243.

⁸¹ Zo ook E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 297-298.

⁸² Dit verhindert tevens dat de betreffende cao zich integraal via Betriebsvereinbarung uitstrekt over niet-georganiseerde werknemers, waardoor dit blijft voorbehouden aan de algemeen verbindendverklaring.

⁸³ Dit geldt niet voor Betriebsvereinbarungen in verband met bijzondere aangelegenheden of speciale groepen van werknemers, zoals ten aanzien van kerstgratificaties of ongemakkentoeslag.

de cao op hoofdlijnen de arbeidsvoorwaardenregeling vaststelt, terwijl een Betriebsvereinbarung op ondernemingsniveau werkt en aan individuele behoeften voldoet. Zo is de invulling door Betriebsvereinbarung bijvoorbeeld ruim toegestaan bij de overeengekomen cao tussen metaalwerkgevers en de IG Metal, wat aanleiding heeft gegeven tot een groot aantal Betriebsvereinbarungen omtrent verkorting van de werktijd.⁸⁴ Indien een aanvulling echter niet is toegestaan, geniet ook een gunstigere Betriebsvereinbarung geen voorrang, ongeacht het gunstigheidsbeginsel.⁸⁵

Het is mogelijk dat ten aanzien van een onderneming geen cao (meer) van toepassing is, wat inhoudt dat ook geen cao-bepalingen meer van toepassing zouden zijn welke de arbeidsvoorwaarden regelen. Als gevolg hiervan zouden er perioden kunnen optreden waarin arbeidsvoorwaarden niet geregeld zijn, of dat er van de cao (ingevolge de herleving van contractsvrijheid) wordt afgeweken bij Betriebsvereinbarung of individuele arbeidsovereenkomst. De Duitse wetgever heeft het primaat van de cao echter ook in een dergelijk geval beschermd. §77(3) BetrVG bepaalt namelijk dat niet alleen bepalingen geregeld in cao voorrang krijgen, maar ook bepalingen die *gewoonlijk* bij cao zijn geregeld. Aan dit criterium is voldaan wanneer meerdere cao's met regelingen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden in kwestie achter elkaar waren afgesloten of wanneer een cao voor langere tijd heeft bestaan.⁸⁶ Het is hierbij verder van belang dat de bestaande cao-praktijk en de houding van de cao-partijen er op wijzen dat de onderliggende regeling binnenkort weer via cao geregeld zal worden. Hebben de cao-partijen te kennen gegeven dat zij niet meer van plan zijn deze regeling overeen te komen, dan bestaat niet meer de voorrang die de cao-regeling anders geniet. Het sluiten van een Betriebsvereinbarung ten aanzien van de betreffende arbeidsvoorwaarden is dan wel mogelijk. Een langere cao-loze periode betekent overigens niet meteen dat dit niet 'gewoonlijk bij cao' geregeld kan zijn.⁸⁷ Mocht bij het instellen van een cao en dus het in werking treden van de voorrangregeling reeds een Betriebsvereinbarung bestaan, dan wordt deze Betriebsvereinbarung opzij gezet door de cao-regeling (tenzij de cao dit expliciet anders aangeeft).

3.3.2. Specifiek voorbehoud ten aanzien van instemmingsrechten

Op de breed geformuleerde regeling in §77(3) BetrVG bestaat een uitzondering in §87 BetrVG.⁸⁸ Zoals eerder vermeld, wordt het instemmingsrecht van de Betriebsrat ten aanzien van specifiek vermelde sociale aangelegenheden geregeld in dit artikel. Over de onderwerpen die hier vermeld zijn heeft de Betriebsrat aldus in de basis een instemmingsrecht, maar dit recht bestaat enkel 'soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht'. Wat hiermee wordt bedoeld, is dat het instemmingsrecht van de Betriebsrat haar niet toekomt, indien de betreffende sociale aangelegenheid reeds is geregeld bij wet of cao. Ten aanzien van deze aangelegenheden wordt dus wel – net als in §77(3) BetrVG – een voorrangrecht geschapen voor cao-regelingen.⁸⁹ Het idee

⁸⁴ B. van Bon, 'De lading kan omgevlagd. Het incorporeren van ondernemingsovereenkomsten in CAO's', *SR* 1999-10, p. 249.

⁸⁵ Zie §3.4.4 en R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 278.

⁸⁶ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 273.

⁸⁷ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 36-37.

⁸⁸ Dit specifieke voorrangrecht geldt enkel voor de instemmingsrechten in §87 BetrVG, en dus niet voor de enkele andere instemmingsrechten die de Betriebsrat geniet in het BetrVG (zie §3.2.1).

⁸⁹ Lees hierbij tevens regelingen bij wet.

hierachter is dat er in alle gevallen een vertegenwoordiging van werknemers kenbare en inhoudelijke invloed heeft op deze onderwerpen; te weten de Betriebsrat of de vakbonden.

Een cao kan echter niet zo eenvoudig als in §77(3) BetrVG het instemmingsrecht van de Betriebsrat opzij zetten. Het instemmingsrecht van de Betriebsrat is enkel dan niet van toepassing voor zover de werkgever, door lidmaatschap van een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao, danwel door toepassing van de algemeen verbindend verklaring, *gebonden is aan de cao-regeling*. De werkgever moet ook in het concrete geval aan de cao gebonden zijn. Enkel dan kan cao-recht de Betriebsrat beperken in haar invloed. De voorrangsregeling geldt overigens niet ten aanzien van nawerkende cao-bepalingen; deze moeten dwingend en geldig zijn.⁹⁰

Verder moet er sprake zijn van een *uitputtende, inhoudelijke cao-regeling*. Hierbij is het relevant dat niet van belang is of de cao-partijen een uitputtende regeling bedoeld hebben, maar of de regeling naar objectieve maatstaven geen leemten bevat.⁹¹ Enigerlei cao dient om het instemmingsrecht van de Betriebsrat opzij te zetten dus een inhoudelijk afdoende, dwingende regeling in de plaats te stellen.

Het onderhavige artikel geeft zodoende duidelijk aan in welk geval het instemmingsrecht aan de Betriebsrat wordt ontnomen, en dat een regeling bij cao op die manier voorrang geniet. Deze mogelijkheid is echter in zoverre beperkt omdat er moet worden uitgegaan van een cao-regeling die volledig voorziet in de betreffende aangelegenheid. Indien er overigens een inhoudelijke regeling bestaat die het instemmingsrecht ontnemt, kan een cao-regeling niet de bevoegdheid van de Betriebsrat ontnemen om toch nog Betriebsvereinbarungen te sluiten op *vrijwillige* basis. Hierin verschilt dit artikel met voorgenoemd artikel inzake de (primaire) arbeidsvoorwaarden, waarbij het sluiten van alternatieve Betriebsvereinbarungen nietig is.

De Betriebsrat behoudt ten aanzien van onderhavig artikel zodoende altijd de bevoegdheid tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen. Zij geniet hier echter in de basis geen instemmingsrecht, en dus geen afdwingbaar recht meer. Welke regeling in een zodanig geval uiteindelijk van toepassing is, hangt af van het gunstigheidsbeginsel (zie §3.4.4).⁹² De voorrang van enig cao-regeling is in ieder geval niet verzekerd, vanwege deze toepassing van het gunstigheidsbeginsel. Een Betriebsvereinbarung kan immers op deze wijze voorrang verkrijgen op een cao-regeling.

3.3.3. Samenloop §77(3) en §87 BetrVG

Het is mogelijk dat er sprake is van afspraken tussen Betriebsrat en ondernemer welke als onderwerp hebben zowel (primaire) arbeidsvoorwaarden (§77(3) BetrVG) als één van de instemmingsvereisende onderwerpen (§87 BetrVG). In een zodanig geval geldt dat het laatstgenoemde artikel als *lex specialis* moet worden beschouwd. De zogenaamde 'Vorrangtheorie' houdt in dat er moet worden voldaan

⁹⁰ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §87, RN 152.

⁹¹ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 40.

⁹² R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 248.

aan de criteria van dat artikel, alvorens enigerlei cao-bepaling de instemmingsrechten van de Betriebsrat buitenspel kan zetten.⁹³

Het algemene voorbehoud van §77(3) BetrVG ten aanzien van het sluiten van Betriebsvereinbarungen geldt derhalve niet, indien het onderwerp een instemmingsrecht van de Betriebsrat betreft.⁹⁴

Indien er overlap is bij beide bepalingen, geldt aldus dat Betriebsvereinbarungen wel mogen worden gesloten (immers geldt §77(3) BetrVG niet), maar dat de Betriebsrat mogelijk geen afdwingbaar instemmingsrecht heeft.⁹⁵ Het resultaat is – vanwege de voorrangtheorie – hetzelfde als bij de normale toepassing van §87 BetrVG. Ook hier geldt dat de vraag welke regeling nu uiteindelijk van toepassing is als er een vrijwillige Betriebsvereinbarung wordt gesloten, afhangt van welke regeling gunstiger is voor de werknemer (§3.4.4).

3.3.4. Primaat van de cao bij vrijwillige Betriebsvereinbarungen ex §88 BetrVG

Met betrekking tot de onderwerpen welke vallen onder §77(3) en §87 BetrVG is het primaat van de cao en de bevoegdheid van de Betriebsrat tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen duidelijk aangegeven. Onder §77(3) BetrVG zijn vrijwillige Betriebsvereinbarungen niet toegestaan ten aanzien van het merendeel van arbeidsvoorwaarden. §87 BetrVG staat deze wel altijd toe, dus ook bij het bestaan van andere regelingen. Met deze artikelen heeft de wetgever alle arbeidsvoorwaarden onderworpen aan het primaat van de cao.

Niettemin heeft de wetgever ervoor gekozen om een apart artikel te wijden aan de regeling van de vrijwillige Betriebsvereinbarung. Zoals hierna zal worden aangegeven, benoemt §88 BetrVG meerdere onderwerpen die – naast de instemmingsrechtelijke onderwerpen – bij Betriebsvereinbarung kunnen worden overeengekomen. Zoals reeds blijkt uit §77(3) BetrVG, vallen ook ‘andere arbeidsvoorwaarden’ onder het daar vermelde primaat van de cao. Ook voor vrijwillige Betriebsvereinbarungen geldt daarom dat indien het betreffende onderwerp (gewoonlijk) bij cao is geregeld, het sluiten van een Betriebsvereinbarung over dat onderwerp niet is toegestaan.

Zoals aangegeven in §3.2.1, geniet de Betriebsrat ook buiten dit artikel bepaalde instemmingsrechten in het BetrVG.⁹⁶ In deze artikelen is geen voorrang van cao-regelingen opgenomen, zoals dat in §87 BetrVG expliciet het geval is. Ongeacht dat deze artikelen net als §87 BetrVG de Betriebsrat instemmingsrechten verschaffen, kan deze artikelen niet een vergelijkbare status als *lex specialis* worden toegekend. Er wordt immers in alle gevallen geen bijzondere voorrang van cao-bepalingen vermeld. Ook Betriebsvereinbarungen omtrent deze artikelen vallen daarom onder §77(3) BetrVG.

⁹³ Zie (ook met betrekking tot de niet-heersende ‘Zwei-Schranken-Theorie’): R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 247-251; G. Schaub, U. Koch en R. Linck, *Arbeitsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2002, §231 II 6d, RN 23a.

⁹⁴ T. Dieterich, P. Hanau en G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011, §77 BetrVG, Rn. 44.

⁹⁵ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 248 en §87, RN 166-168.

⁹⁶ Het gaat hierbij om regelingen inzake de opheffing van verleende rechten (§77(4) BetrVG), belastende arbeidsomstandigheden (§91 BetrVG), privacy (§94 BetrVG), beroepsopleidingen (§97 en §98 BetrVG), het personeelsbeleid van de ondernemer (§95 en §99 BetrVG), individuele ontslagen (optioneel: §102(6) BetrVG) en ontslagen van Betriebsratleden (§103(1) BetrVG).

Hieronder volgt een schema ten aanzien van alle bevoegdheden van de Betriebsrat met betrekking tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen.

	§77(3) BetrVG	§87 BetrVG	Overlap §77(3) & §87 BetrVG
Onderwerp	(Primaire) arbeidsvoorwaarden	13 onderwerpen, onderworpen aan instemmingsrecht	Zowel arbeidsvoorwaarde als onderwerp ex §87 BetrVG
Verhouding	Grondregel	Lex specialis	Lex specialis: §87 BetrVG
Cao-voorrang	Volledig	Niet volledig, in verband met het gunstigheidsbeginsel	Niet volledig, in verband met het gunstigheidsbeginsel
Cao-gebondenheid werkgever en Betriebsrat	Enkel werkingssfeer voldoet	Werkgever moet gebonden zijn	Werkgever moet gebonden zijn
Instemmingsrecht Betriebsrat	Geen	Ja, tenzij uitputtende en inhoudelijke cao-regeling	Ja, tenzij uitputtende en inhoudelijke cao-regeling
Vrijwillige Betriebsvereinbarungen	Nietig	Toegestaan	Toegestaan

De voorgaande paragraaf laat zien dat er ruimte is voor zowel de Betriebsrat en ondernemer als vakbonden en vakverenigingen om overeenkomsten te sluiten. Omdat het instemmingsrecht van de Betriebsrat niet zomaar opzij kan worden gezet, en omdat regelingen over (primaire) arbeidsvoorwaarden in ruime zin worden voorbehouden aan cao-partijen, is het systeem van medezeggenschap in Duitsland geënt op overleg en flexibilisering op ondernemingsniveau, terwijl het primaat van de cao behouden blijft. Met dit systeem wordt beoogd geen afbreuk te doen aan het goed functioneren van het cao-systeem, een brede vakbeweging te behouden en een vrij systeem van collectief overleg te beschermen.

3.4. Inhoudelijke analyse van de Betriebsvereinbarung

In de voorgaande paragrafen zijn de bevoegdheden van de Betriebsrat beschreven. Hierbij is aangegeven dat de Betriebsrat op basis van de BetrVG ondernemingsovereenkomsten kan sluiten met de ondernemer. In deze paragraaf zal worden uiteengezet wat deze zogenaamde Betriebsvereinbarungen inhouden. Hierbij zullen respectievelijk het karakter van de Betriebsvereinbarung, de inhoud ervan en het effect dat deze overeenkomst sorteert worden behandeld. Het navolgende behandelt het gunstigheidsbeginsel, waarna de vervangende uitspraak van de Einigungsstelle wordt uiteengezet. Tenslotte komen de beëindiging en nawerking aan bod.

3.4.1. Karakter en grondslag

Een Betriebsvereinbarung is een schriftelijk vastgelegde privaatrechtelijke overeenkomst tussen de ondernemer en het personeel dat door de Betriebsrat wordt vertegenwoordigd.⁹⁷ Zoals hierboven

⁹⁷ A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van de met ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *Sociaal Recht* 1996-3, p. 66.

vermeld, betreft de Betriebsvereinbarung een via maatwerk gevormde overeenkomst op ondernemingsniveau tussen de Betriebsrat en ondernemer. Deze vorm van overeenkomst is ontstaan en zelfs wettelijk geregeld door een behoefte aan maatwerk, differentiatie en decentralisatie bij zowel de werkgever als de werknemer ten aanzien van de regeling van arbeidsvoorwaarden. Op deze wijze kan de cao keuzemogelijkheden laten welke ruimte creëren ter invulling door afspraken op ondernemingsniveau, welke meer bestand zijn tegen veranderende omstandigheden. Het is dan ook niet verrassend dat deze overeenkomsten over het algemeen afspraken bevatten, die naar ondernemingsniveau zijn gedelegeerd of waarbij bij cao gemaakte afspraken nader worden ingevuld.⁹⁸

De bevoegdheid tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen is neergelegd in §77 BetrVG. In Abs. 2 van dit artikel is aangegeven dat een Betriebsvereinbarung gezamenlijk tussen Betriebsrat en ondernemer en enkel schriftelijk kan worden overeengekomen. De ondernemer is verplicht deze overeengekomen Betriebsvereinbarungen uit te voeren en ter inzage te leggen in de onderneming.

3.4.2. Inhoud van de Betriebsvereinbarung

Er bestaat geen contractsvrijheid ten aanzien van de Betriebsvereinbarung tussen ondernemer en Betriebsrat. Zij zijn ten aanzien van het sluiten van deze overeenkomsten gebonden aan de bevoegdheden en onderwerpen die hen wettelijk zijn toebedeeld. Naar de heersende leer is dit echter een breed spectrum van onderwerpen, welke analoog aan §1(1) Tarifvertragsgesetz wordt ingevuld.⁹⁹

Betriebsvereinbarungen kunnen op basis van het bovenstaande worden afgesloten over zaken die de relatie tussen werkgever en werknemer betreffen en zijn beperkt tot die onderwerpen welke tot het domein van de ondernemingsraad behoren. Dit zijn regelingen welke het afsluiten, de inhoud en beëindiging van arbeidsverhoudingen betreffen, evenals kwesties betreffende (de organisatie van) de onderneming, respectievelijk 'Inhaltsnormen' en 'Betriebsnormen'.¹⁰⁰ Bij 'Betriebsnormen' moet bijvoorbeeld worden gedacht aan afspraken over de arbeidsomstandigheden in de onderneming.

Naast de normatieve bepalingen kunnen regelingen tussen ondernemer en Betriebsrat op het gebied van medezeggenschap onderdeel zijn van de Betriebsvereinbarung ('betriebsverfassungsrechtliche Normen'). Voorbeelden hiervan zijn overeenkomsten over de vrijstelling van bepaalde Betriebsratleden van hun arbeid (§38(1) BetrVG), het voeren van overleg tijdens de werkuren (§39(1) BetrVG) en het ledental van de centrale Betriebsrat (§47(4) BetrVG). Verder kunnen in een Betriebsvereinbarung – net als in cao – ook obligatoire bepalingen worden opgenomen ('schuldrechtlichen Abreden'). Betriebsvereinbarungen worden op grond van het bovenstaande over allerlei onderwerpen gesloten, zoals het opleidingsbeleid, sociale plannen, werktijden, ploegenarbeid, verlofregelingen, personeelsinformatiesystemen, beloningssystemen, sociale bedrijfsvoorzieningen en arbeidsomstandigheden.¹⁰¹

Afspraken met betrekking tot (primaire) arbeidsvoorwaarden kunnen enkel worden gesloten indien de cao hierin voorziet (§77(3) BetrVG). Een andere beperking ligt gelegen in §2(1) BetrVG. Hierin

⁹⁸ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 49.

⁹⁹ Zie W. Dütz, *Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2008, RN 816; BAG [GS] 7 november 1989, E 63, 211, 216.

¹⁰⁰ G. Schaub, U. Koch en R. Linck, *Arbeitsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2002, §231 II 6, RN 18.

¹⁰¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 3, p. 49.

wordt vermeld dat ondernemer en Betriebsrat verplicht zijn te goeder trouw samen te werken ten behoeve van het welzijn van onder andere de werknemers. Bepalingen in Betriebsvereinbarungen moeten in deze zin in overeenstemming zijn met het beginsel van evenredigheid en niet eenzijdig worden opgelegd door één van de partijen.¹⁰²

De afspraken die Betriebsrat en ondernemer maken in een dergelijke Betriebsvereinbarung, kunnen door de rechter ('Arbeitsgericht') worden onderworpen aan een billijkheidstoets.¹⁰³ Deze billijkheidscontrole is vooral gestoeld op de aanname dat er bij een Betriebsvereinbarung geen sprake is van een evenwichtige machtsverdeling of gelijkwaardige contractspartijen (gezien de afhankelijkheid van de Betriebsrat ten opzichte van de ondernemer). Een billijke afweging van de tegenstrijdige belangen van partijen lijkt daarom minder gegarandeerd bij een Betriebsvereinbarung dan bij een cao.¹⁰⁴ De toetsingsnorm van de controle is dan ook een andere dan die welke bij cao's wordt gehandhaafd, omdat Betriebsvereinbarungen niet in dezelfde mate autonoom zijn overeengekomen en niet dezelfde juridische controle genieten.¹⁰⁵ De rechter moet in de basis een abstracte billijkheidscontrole uitvoeren, wat inhoudt dat hij de overeenkomst toetst ten aanzien van het doel ervan en de gebruikte middelen om dat doel te bereiken.¹⁰⁶ De benaming 'billijkheidscontrole' is echter niet dekkend voor de toets die de rechter bevoegd is te doen. Door de rechter wordt met name onderzocht of partijen de rechtsnormen juist hebben nageleefd.¹⁰⁷ Het gaat hierbij om een *Rechtskontrolle* ten aanzien van dwingende wetgeving, de goede zeden en meer specifiek §75 BetrVG. Het gaat dus niet om een individuele controle naar billijkheid, hoewel de toetsing ruimer is dan bij cao's.¹⁰⁸

De bevoegdheid van de Betriebsrat ten aanzien van het sluiten van Betriebsvereinbarungen ex §77 BetrVG is op twee kernartikelen gestoeld: §87 en §88 BetrVG. Hieruit vloeit voort dat de afspraken die de Betriebsrat kan maken via Betriebsvereinbarungen ook uit twee categorieën bestaan, te weten de voorgenoemde afdwingbare en vrijwillige Betriebsvereinbarungen. Afdwingbare Betriebsvereinbarungen zijn overeenkomsten welke zijn gevormd op basis van het sociale instemmingsrecht dat de Betriebsrat heeft ex §87 BetrVG.¹⁰⁹ Deze onderliggende onderwerpen (ruwweg de secundaire arbeidsvoorwaarden) gaan om instructie- en ordevoorschriften ten aanzien van de orde in de onderneming en het samenleven van de werknemers.¹¹⁰ Met betrekking tot vrijwillige Betriebsvereinbarungen geldt dat enige optionele onderwerpen zijn vermeld in §88 BetrVG, maar deze lijst is niet limitatief. Hier worden bijvoorbeeld genoemd aanvullende

¹⁰² R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 71.

¹⁰³ Vgl. §307 Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ BAG 16 november 1967; BAG 17 oktober 1968; BAG 12 december 2006, AP BetrVG 1972 §77 Nr. 94.

¹⁰⁶ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 31, waarin tevens de concrete billijkheidstoets nog wordt aangegeven, die thans niet meer uitvoerbaar lijkt.

¹⁰⁷ C. Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, p. 534-536.

¹⁰⁸ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 124 en A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 180.

¹⁰⁹ Of welke zijn gevormd ten aanzien van de inhoudelijke kwesties als uitkomst van het economische overleg (het Sozialplan), zie: A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 179.

¹¹⁰ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 24.

maatregelen ter voorkoming van arbeidsongevallen en gezondheidsklachten, de oprichting van sociale instellingen en maatregelen ter bevordering van bezitsvorming.

Ten aanzien van beide categorieën bestaan meer dan nuanceverschillen. Deze komen in de navolgende paragrafen aan de orde.

3.4.3. Doorwerking normatieve bepalingen

Het bijzondere van de Betriebsvereinbarung blijkt vooral uit §77(4) BetrVG. De ondernemingsovereenkomst werkt naar de wet 'unmittelbar und zwingend'. Dit houdt in dat de normatieve bepalingen ('Inhaltsnormen' en 'Betriebsnormen') direct en dwingend doorwerken voor werkgever en werknemer. Zij hebben een automatisch en verplichtend effect op de partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst en de inhoud van de Betriebsvereinbarung treedt in de plaats van strijdige bedingen in deze overeenkomsten.¹¹¹ Het opvallende van deze vaststelling is dat de bepalingen van Betriebsvereinbarungen op deze wijze gelijk worden gesteld met bepalingen uit een cao ('Tarifvertrag'). Ook deze normen werken op gelijke wijze door (§4(1) Tarifvertragsgesetz). Een Betriebsvereinbarung wordt dan ook wel een 'Tarifvertrag in Kleinformat' genoemd.¹¹²

Betriebsvereinbarungen creëren rechtens bindende aanspraken voor de werknemer, maar de betreffende bepalingen gaan niet automatisch en dwingend deel uitmaken van individuele arbeidsovereenkomsten. Omdat Betriebsvereinbarungen als additionele laag bovenop deze overeenkomsten liggen, kunnen werknemers ter uitoefening van hun rechten niet een beroep doen op hun individuele arbeidsovereenkomsten, maar enkel op de Betriebsvereinbarung. Het effect van de rechtstreekse doorwerking is overigens opschortend: de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomsten worden weer van kracht indien de Betriebsvereinbarung eindigt.

De normen in een Betriebsvereinbarung gelden (indien niet anders bepaald) voor alle werknemers binnen de onderneming. Zodoende heeft de Duitse ondernemingsovereenkomst een grotere dekking dan de niet algemeen verbindend verklaarde cao, welke in Duitsland alleen de georganiseerde werknemers treft.

3.4.4. Het Günstigkeitsprinzip

In §3.3 is reeds aangegeven dat het primaat van de cao sterk aanwezig is binnen het Duitse medezeggenschapsrecht. Ook met betrekking tot de voorrang van Betriebsvereinbarungen op individuele arbeidsovereenkomsten is vermeld dat zij rechtstreeks doorwerken en zodoende de bepalingen in de arbeidsovereenkomsten opzij zetten. Dit is echter niet altijd het geval.

Enige tijd geleden is vastgesteld dat bepalingen van cao's of Betriebsvereinbarungen ongunstigere bepalingen van individuele arbeidsovereenkomsten weliswaar opzijzetten, maar dat voor de werknemers gunstigere bepalingen hierin van kracht blijven.¹¹³ Dit zogenaamde 'Günstigkeitsprinzip' bepaalt dat rechten die de ondernemer op individuele basis heeft verleend, niet opzij gezet kunnen worden door ongunstigere collectieve afspraken. Op deze wijze kan de ondernemer zijn gemaakte afspraken niet omzeilen en bestaat rechtszekerheid voor de werknemer. Hieruit blijkt dat voorwaarden in een Betriebsvereinbarung slechts dwingend doorwerken indien zij gunstiger zijn dan

¹¹¹ Vgl. §305(b) Bürgerliches Gesetzbuch, welke niet van toepassing is op Betriebsvereinbarungen.

¹¹² A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 179.

¹¹³ BAG 16 november 1986, AP m.b.t. §77 BetrVG 1972.

de voorwaarden in een individuele arbeidsovereenkomst, en dat een werknemer een afwijkende overeenkomst met de ondernemer kan sluiten die voor hem gunstiger is (zie §3.5).

Ten aanzien van §77(3) BetrVG is eerder beschreven dat indien Betriebsvereinbarungen afspraken inhouden die zijn voorbehouden aan een cao-regeling, deze afspraken nietig zijn. Er is bij de relatie Betriebsvereinbarungen en cao's daarom bij het gros van de arbeidsvoorwaarden duidelijkheid over de vraag welke regeling voorrang geniet bij de regeling van eenzelfde onderwerp. Het Günstigkeitsprinzip is derhalve in een dergelijke situatie niet relevant.¹¹⁴ Dit is echter anders ten aanzien van vrijwillige Betriebsvereinbarungen, in het geval dat voor een onderwerp ex §87 BetrVG een cao-regeling is opgesteld die het instemmingsrecht van de Betriebsrat opheft. Op basis van dit artikel heeft de Betriebsrat nochtans altijd de bevoegdheid tot het sluiten van een Betriebsvereinbarung over de aldaar vermelde onderwerpen. Omdat §77(3) BetrVG in een zodanig geval niet van toepassing is (zie §3.3.3), geldt zodoende enkel de standaardvoorrang van cao's bij gebondenheid aan deze cao ex §4(1) Tarifvertragsgesetz. Afwijkende regelingen zijn echter toegestaan voor zover deze ten gunste van de werknemers zijn. Indien derhalve een vrijwillige Betriebsvereinbarung wordt overeengekomen over een onderwerp in §87 BetrVG, dan geldt het Günstigkeitsprinzip zoals ten aanzien van individuele arbeidsovereenkomsten. Het enige verschil dat hier bestaat, is dat een gunstigere cao altijd voor een Betriebsvereinbarung gaat, maar dat een gunstigere Betriebsvereinbarung enkel voor een cao gaat indien deze cao *eerder* dan de Betriebsvereinbarung is gesloten. Is de cao van later datum, dan geniet de ongunstigere cao ondanks het Günstigkeitsprinzip voorrang.¹¹⁵

3.4.5. De vervangende inspraak van de Einigungsstelle

Zoals aangegeven, komt een Betriebsvereinbarung tot stand door een overeenkomst tussen Betriebsrat en ondernemer. Het is echter mogelijk dat zij niet tot een overeenstemming kunnen komen en dat een Betriebsvereinbarung tussen partijen daarom niet tot stand komt. Op dat moment kan de Einigungsstelle een belangrijke rol spelen (§76 BetrVG).

De Einigungsstelle kan enigszins worden vergeleken met de Nederlandse bedrijfscommissie. Er zijn echter wel verschillen. Deze zitten hem met name in het feit dat de Einigungsstelle niet een permanent orgaan is. Zij wordt bij ieder ontstaan geschil ad hoc samengesteld, waarbij de ene helft van de leden van de Einigungsstelle door de Betriebsrat en de andere helft van de leden door de ondernemer wordt benoemd. In tegenstelling tot de bemiddelende rol van de Nederlandse bedrijfscommissie heeft de Einigungsstelle ook een beslissingsbevoegdheid. De Einigungsstelle neemt hierbij een beslissing naar alle billijkheid, welke – indien deze billijkheid wordt betwist – open staat voor beroep bij het 'Arbeitsgericht'. Een beslissing van de Einigungsstelle staat een verdere rechtsgang dus niet in de weg.¹¹⁶

Ten aanzien van *afdwingbare instemmingsrechten* van de Betriebsrat geldt dat indien partijen geen overeenstemming bereiken over één van de in §87 BetrVG genoemde onderwerpen, de

¹¹⁴ P. Hanau en K. Adomeit, *Arbeitsrecht*, Berlin: Luchterhand 1994, §D.II 3a.

¹¹⁵ Zie §4(3) Tarifvertragsgesetz en P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 29.

¹¹⁶ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 30-34.

Einigungsstelle in plaats daarvan een beslissing kan nemen.¹¹⁷ De Einigungsstelle kan hiertoe al overgaan op initiatief van slechts één der partijen (§76(5) BetrVG). De beslissing treedt in plaats van de niet-bereikte overeenstemming van partijen en geniet de rechtskracht van een Betriebsvereinbarung. De uitspraak van de Einigungsstelle is bindend jegens partijen. Op deze wijze kunnen ten aanzien van de belangrijke instemmingsrechten van de Betriebsrat altijd afspraken worden gemaakt, te weten door overeenstemming tussen Betriebsrat en ondernemer of door de Einigungsstelle zelfstandig.

Hierboven is reeds opgemerkt dat de ondernemer noch de Betriebsrat een afdwingbare aanspraak heeft op *vrijwillige Betriebsvereinbarungen*. Het zou daarom vreemd zijn indien bij een meningsverschil over een zodanige overeenkomst wel een afdwingbare bindende uitspraak van de Einigungsstelle zou kunnen volgen. Dit is dan ook niet het geval. Allereerst geldt dat enkel op verzoek van beide partijen de Einigungsstelle ten aanzien van een zodanig geschil ingesteld kan worden. De uitspraak van de Einigungsstelle is tevens in beginsel niet bindend. Dit laatste kan wel tussen partijen overeengekomen worden (zie §76(6) BetrVG).

De Einigungsstelle kan aldus een grote rol spelen als vervangende overeenstemming bij afdwingbare Betriebsvereinbarungen, en speelt in de basis vooral een stimulerende en bemiddelende rol bij vrijwillige Betriebsvereinbarungen.

3.4.6. Beëindiging van de Betriebsvereinbarung

Met betrekking tot de opzegging van Betriebsvereinbarungen is §77(5) BetrVG relevant. Dit artikel vermeldt dat Betriebsvereinbarungen met een opzegtermijn van 3 maanden beëindigd kunnen worden. Zowel ondernemer als Betriebsrat kunnen de Betriebsvereinbarung op deze wijze beëindigen. Hierbij geldt wel dat kan worden overeengekomen dat beide partijen akkoord moeten gaan of dat er een langere opzegtermijn geldt. Normaliter is de Betriebsvereinbarung alleen in zijn geheel opzegbaar, maar een gedeeltelijke opzegging is mogelijk indien dit uitdrukkelijk toegestaan is of wanneer geen samenhang bestaat met de rest van de Betriebsvereinbarung.¹¹⁸

Er bestaat wel een kenmerkend verschil met de Nederlandse beëindiging van ondernemingsovereenkomsten, met name op het gebied van afspraken die zijn gemaakt op basis van het instemmingsrecht van de Betriebsrat (§87 BetrVG). Zoals aangegeven in §2.2.3, heeft de ondernemer in Nederland de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van de onderwerpen genoemd in art. 27 WOR. Het beëindigen van een ondernemingsovereenkomst in het kader van een dergelijk onderwerp kan in Nederland dus enkel met instemming van de ondernemingsraad. Dit is in Duitsland niet expliciet als zodanig geregeld. Dit neemt niet weg dat indien een werknemer bepaalde rechten

¹¹⁷ Hetzelfde geldt ten aanzien van het meeste van de andere instemmingsrechten die de Betriebsrat heeft, zoals vermeld in de BetrVG en in §3.2.1. In de BetrVG zijn echter ook artikelen te vinden waarin dit het geval is ten aanzien van een onderwerp waarbij de Betriebsrat *geen* instemmingsrecht heeft. Zie hiertoe bijvoorbeeld §39(1) BetrVG.

¹¹⁸ P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 34.

ontleent aan een Betriebsvereinbarung, deze rechten niet zonder instemming van de Betriebsrat kunnen worden opgeheven (§77(4) BetrVG).¹¹⁹

Er komt ook een einde aan de Betriebsvereinbarung indien een wettelijke of cao-regeling van kracht wordt, welke eenzelfde onderwerp behandelt. Deze regeling geniet dan voorrang, waardoor de Betriebsvereinbarung zijn werking verliest (tenzij een toegestane aanvulling hiertoe is opgenomen). Hetzelfde geldt wanneer een nieuwe Betriebsvereinbarung wordt aangegaan. Tevens kan een Betriebsvereinbarung eindigen op basis van het verlopen van een vooraf bepaalde periode of het behalen van een zeker doel. Het aflopen van de ambtstermijn van de Betriebsrat of het opstellen van een nieuwe Betriebsrat betekent overigens niet de beëindiging van een Betriebsvereinbarung.¹²⁰

In geval van overgang van onderneming eindigt de Betriebsvereinbarung niet van rechtswege. De overeenkomst blijft van kracht, mits de onderneming (of een gedeelte daarvan) als zodanig blijft voortbestaan en zijn identiteit behoudt.¹²¹ Is dit niet het geval, dan geldt dat de rechten en plichten in de Betriebsvereinbarung normatief onderdeel worden van de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de nieuwe ondernemer. Met andere woorden: deze bepalingen werken na de overname nog een jaar door als ware zij onderdeel van de betreffende individuele arbeidsovereenkomst. Als gevolg hiervan mogen deze bepalingen niet korter dan een jaar na overgang worden veranderd.¹²² Enigerlei voortduring van de rechten en plichten in een Betriebsvereinbarung na overgang van onderneming blijft dus in elk geval gewaarborgd.

3.4.7. Nawerking van normatieve bepalingen

Indien een Betriebsvereinbarung eindigt en geen nawerking zou hebben, zou dit een nadelig effect hebben op de werknemers omdat er een periode ontstaat waarin hun rechten niet worden gewaarborgd door in het verleden gemaakt afspraken met de ondernemer. Er zou nieuw en mogelijk langdurig overleg gevoerd moeten worden terwijl de ondernemer afwijkende afspraken kan overeenkomen met (nieuwe) werknemers. Hierbij kunnen voor nawerking aldus dezelfde argumenten aangevoerd worden als voor de nawerking van cao's.

Het is dan ook niet verrassend dat Betriebsvereinbarungen op basis van §77(6) BetrVG nawerking genieten. Echter heeft de wetgever hier een voorbehoud gemaakt: niet alle Betriebsvereinbarungen hebben deze werking. Nawerking komt enkel toe aan bepalingen over onderwerpen waarbij de uitspraak van een Einigungsstelle de betreffende overeenkomst kan vervangen. Hiermee wordt – zoals eerder aangegeven – vooral gedoeld op de onderwerpen ten aanzien van welke de Betriebsrat instemmingsrecht heeft (§87 BetrVG).¹²³ Immers heeft een vervangende uitspraak van de

¹¹⁹ Ook ten aanzien van de wijziging/opheffing inzake bepaalde onderwerpen is het mogelijk dat de instemming van de Betriebsrat benodigd is. Zie hiertoe §3.2.1.

¹²⁰ Zelfs wanneer de onderneming zonder Betriebsrat verder gaat, eindigt daardoor niet de Betriebsvereinbarung. Zie verder: R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 209.

¹²¹ Zie BAG 18 september 2002 E 102, 356; BAG 19 juli 1957 E 4, 232, 236. De invulling van het begrip 'identiteit' wordt net als in Nederland door het Europese Hof van Justitie ingevuld door feitelijke omstandigheden inzake het voortbestaan van een functionele band (Beltzer 2010, Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Art 7:662 BW, aant. 5).

¹²² Zie §613a(1) Bürgerliches Gesetzbuch en R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 213-217.

¹²³ Lees hierbij ook het merendeel van de verder in de BetrVG verspreide (instemmings)rechten van de Betriebsrat. Zie §3.4.5.

Einigungsstelle in geval van een dergelijk onderwerp dezelfde rechtskracht als een gemaakte overeenkomst tussen Betriebsrat en ondernemer.

Na de beëindiging van een Betriebsvereinbarung blijven de regelingen waarover de Betriebsrat instemmingsrecht heeft dus nawerken totdat ze door andere bepalingen zijn vervangen. Bepalingen omtrent vrijwillige Betriebsvereinbarungen werken niet na.

Tenslotte geldt dat, zoals hiervoor aangegeven, een gedeeltelijke opzegging van bepalingen in een Betriebsvereinbarung enkel mogelijk is indien er geen samenhang bestaat met andere bepalingen. Als gevolg hiervan kunnen ook bepalingen nawerken die op basis van het voorgaande in beginsel niet nawerken, indien zij onlosmakelijk zijn verbonden met wel nawerkende regelingen in dezelfde Betriebsvereinbarung.

3.5. Afwijkende overeenkomsten

Het onderhavige hoofdstuk behandelt specifiek de Betriebsvereinbarung als onderliggende overeenkomst welke de ondernemer met de Betriebsrat kan sluiten. In deze paragraaf zal worden aangegeven welke andere vergelijkbare overeenkomsten kunnen worden gesloten en wat deze voor rechtsgevolg hebben.

3.5.1. Betriebliches Bündnisse für Arbeit

Een afwijkende vorm van de formeel geregelde Betriebsvereinbarung is de zogenaamde Bündnis für Arbeit. Dit is, evenals de Betriebsvereinbarung, een overeenkomst tussen de Betriebsrat en de ondernemer. Bündnisse für Arbeit omvatten echter verdere, specifieke en nadelig van de cao afwijkende afspraken ten aanzien van onderwerpen, waarover de Betriebsvereinbarung in beginsel niet mag gaan.

Economische en politieke druk zijn de drijfveren achter de bestaansreden van Bündnisse für Arbeit, waarbij liquiditeitsproblemen op ondernemingsniveau een grote rol spelen. Gemaakte afspraken op het niveau van de sociale partners zijn niet toegespitst op ondernemingsniveau en kunnen in dergelijke situaties ongunstig blijken ten aanzien van de werkgelegenheid van de onderneming. Ondernemers zien zich in een zodanig geval genoodzaakt om afspraken met de Betriebsrat te maken die de levensvatbaarheid van de onderneming vergroten. Bündnisse für Arbeit worden dan ook veelal ingeschakeld om het faillissement of de insolventie van een onderneming te voorkomen.¹²⁴ Met name afspraken over loon en werktijden die van de cao afwijken zijn in een dergelijk geval belangrijk, omdat deze arbeidsvoorwaarden een sterke invloed hebben op het financiële aspect van de onderneming. Hoewel met name deze arbeidsrechtelijke kernstandaarden nog steeds op vakbondsniveau worden onderhandeld, wordt de flexibiliteit in de zojuist genoemde arbeidsvoorwaarden op deze wijze bereikt via navolgende onderhandelingsrondes tussen ondernemer en Betriebsrat.¹²⁵ Deze onderwerpen worden normaliter veelal bestreken door cao's en zijn nota bene primaire arbeidsvoorwaarden, die door vakbonden doorgaans sterk binnen het eigen onderhandelingsgebied worden gehouden.

¹²⁴ B. Rheder, 'Legitimitätsdefizite des Co-managements, Betriebliche Bündnisse für Arbeit als Konfliktfeld zwischen Arbeitnehmern und betrieblicher Interessenvertretung', *Zeitschrift für Soziologie* 2006-3, p. 229.

¹²⁵ H. Massa-Wirth en H. Seifert, 'German pacts for employment and competitiveness. Concessionary bargaining as a reaction to globalization and European integration?', *Transfer: European Review of Labour and Research* 2005/1.

Er worden door de Betriebsrat en de ondernemer in deze overeenkomsten niet alleen afspraken gemaakt die (gewoonlijk) door cao worden geregeld, maar die zelfs ten nadele zijn van deze cao. Dit onderscheidt de Bündnisse für Arbeit sterk van de hiervoor besproken Betriebsvereinbarung (waarbij dit wettelijk nimmer mogelijk is). Bündnisse für Arbeit zijn echter niet onderworpen aan een speciale of afwijkende wettelijke regeling. Zoals dat ook voor andere Betriebsvereinbarungen geldt, kunnen deze afspraken enkel worden gemaakt indien de cao een openingsclausule heeft, waarbij partijen de mogelijkheid wordt geboden afwijkende afspraken te maken (§77(3) BetrVG). Dit is voor Bündnisse für Arbeit niet anders. Desondanks worden deze bijzondere overeenkomsten gesloten, ook zonder een dergelijke openingsclausule. Het BAG heeft echter aangegeven dat een openingsclausule in cao geen bestaansvoorwaarde is voor een toegestane afwijking, mits sociale partners maar akkoord gaan.¹²⁶ Bündnisse für Arbeit danken hun bestaan in die zin met name aan het gedoogbeleid dat de sociale partners voeren, alsmede het feit dat geen klachten worden ingediend.¹²⁷

Vanzelfsprekend gaan de vakbonden niet akkoord met een eenzijdige verslechtering van de arbeidsvoorwaarden zonder redelijke tegenprestatie. Zij gaan akkoord met een dergelijke afwijking, omdat dit in het onderhavige geval gunstiger kan zijn voor de werkgelegenheid binnen de onderneming. Er is bij de Bündnisse für Arbeit aldus sprake van een uitruil van voorwaarden tussen ondernemer en werknemers, zodat niet enkel sprake is van een nadeligere situatie voor de werknemer.¹²⁸ Vanuit de werknemerskant betreffen de nadelige afspraken bijvoorbeeld de verlenging of verkorting van de werktijden, loonmatiging, of het niet uitkeren van een eindejaarstoeslag. Hiertegenover komt de ondernemer bijvoorbeeld overeen dat gedurende een bepaalde periode geen ontslagen zullen plaatsvinden, of dat de bedrijfsactiviteiten niet zullen worden verplaatst naar het buitenland. Deze flexibele aanpassingen worden bij een redelijke en aanvaardbare uitruil gedoogd door vakbonden en werkgeversorganisaties om de onderneming weer winstgevend te maken en om werkgelegenheid te behouden of zelfs uit te breiden. Of de uitruil in de praktijk volledig evenwichtig wordt gemaakt, is kwestieus. De ondernemer beschikt immers in beginsel over een grotere hoeveelheid informatie ten aanzien van de werkelijke solvabiliteit van de onderneming dan de ondernemingsraad of vakbond. Daarbij houdt de ondernemer zich lang niet altijd aan de gemaakte afspraken inzake baan zekerheid.¹²⁹

Zoals hiervoor is aangegeven, gaan de sociale partners (impliciet) akkoord met de afwijkende Bündnisse für Arbeit die ondernemer en Betriebsrat sluiten. Hieruit volgt dat deze bijzondere Betriebsvereinbarung tevens doorwerking in individuele arbeidsovereenkomsten heeft. De nieuwe bepalingen treden in wezen in de plaats van geldende cao-bepalingen.¹³⁰

Overigens speelt het Günstigkeitsprinzip ten aanzien van de cao bij de Bündnisse für Arbeit nooit een rol van betekenis. De afspraken die worden gemaakt, zijn immers naar de letter gezien niet gunstiger

¹²⁶ BAG 20 april 1999, NZA 1999, p. 1059.

¹²⁷ R. Blanpain (red.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International 2005, p. 23.

¹²⁸ E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 299.

¹²⁹ Uit onderzoek blijkt dat in 9% van de gevallen de ondernemer zich niet aan de gedane toezegging met betrekking tot baan zekerheid heeft gehouden. Zie: E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 321-322.

¹³⁰ Anders: T. Dieterich, P. Hanau en G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011, §77 BetrVG, Rn. 309.

voor de werknemer dan hetgeen bij cao is bepaald. Hoewel de afspraken op het vlak van werkgelegenheid gunstig kunnen zijn voor de werknemer, heeft het BAG bepaald dat dit niet bij de overweging kan worden meegenomen. Het BAG houdt het betrekken van een baangarantie in de gunstigheidsvergelijking voor onjuist.¹³¹

Concluderend kan worden gesteld dat de Betriebliches Bündnis für Arbeit een specifieke, afwijkende vorm van de Betriebsvereinbarung is. Het gaat hierbij om afspraken die gemaakt kunnen worden in afwijking van §77(3) BetrVG, hoewel deze afspraken dus in feite in strijd zijn met de wet. Wanneer deze bepaling echter ruim wordt geïnterpreteerd, kan worden gezegd dat de sociale partners wel toestemming verlenen voor de afwijking van de cao.¹³² Met inachtneming van deze conclusie kan niet anders worden aangenomen dan dat de overige bepalingen inzake de Betriebsvereinbarung ook voor Bündnisse für Arbeit gelden. Hierbij wordt met name gewezen naar de regels inzake directe doorwerking, totstandkoming en beëindiging. Ondernemer en Betriebsrat kunnen in afwijking daarvan besluiten over te gaan op een vormloze overeenkomst. Deze komt in de volgende paragraaf aan bod.

3.5.2. Betriebsabsprachen en Regelungsabreden

Het Duitse medezeggenschapsrecht kent ten aanzien van ondernemingsovereenkomsten in feite enkel één wettelijke, formele regeling, namelijk de hiervoor behandelde Betriebsvereinbarung. Er bestaat echter een variant op deze overeenkomst tussen Betriebsrat en ondernemer, waarbij partijen voorgenoemde onderwerpen kunnen regelen (inclusief deze waarop de Betriebsrat instemmingsrecht heeft en inclusief de Bündnisse für Arbeit). Deze niet vastgelegde en vormvrije overeenkomst wordt wel een 'Betriebsabsprache' of 'Regelungsabrede' genoemd.

Allereerst is het relevant of het primaat van de cao ex §77(3) BetrVG ook voor deze overeenkomsten geldt. Immers is dit artikel van toepassing op Betriebsvereinbarungen, niet op Regelungsabreden. Hoewel individuele partijen contractsvrijheid genieten en gunstigere bepalingen dan in cao zouden kunnen afspreken, zou dit wel het primaat van de cao omzeilen. Het doel van het voorgenoemde artikel is om de autonomie van de cao-sluitende partijen te bewaren en de bescherming van een vrij systeem van collectief overleg. Niettemin bezitten individuele werknemers de vrijheid om met hun werkgever gunstigere bepalingen overeen te komen dan hetgeen bij cao is overeengekomen. De Tarifvertragsgesetz laat immers afwijkingen van de cao open indien deze ten gunste van de werknemer zijn. Hierbij telt des te meer dat Regelungsabreden niet direct doorwerken – zoals hierna wordt besproken – en aldus geen directe concurrentie vormen voor de cao. Er kan derhalve worden aangenomen dat §77(3) BetrVG niet voor Regelungsabreden geldt.¹³³

De onderhavige bepalingen van Regelungsabreden werken – in tegenstelling tot de Betriebsvereinbarung – niet direct en dwingend door. Zij kunnen aldus enkel toepassing vinden ten

¹³¹ E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 291.

¹³² Deze uitleg is natuurlijk een uitbreiding van de wet, omdat daarin staat dat de cao een bepaling moet hebben die de afwijking uitdrukkelijk toestaat.

¹³³ T. Dieterich, P. Hanau en G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011, §77 BetrVG, Rn. 56; E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007, p. 322; G. Schaub, U. Koch en R. Linck, *Arbeitsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2002, §231 III 3, RN 65. Anders: R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 230.

aanzien van individuele arbeidsovereenkomsten indien zij hierin zijn geïncorporeerd of indien de werkgever ten aanzien van de betreffende aangelegenheid een directierecht toekomt.¹³⁴

De onderhavige overeenkomsten genieten geen wettelijke nawerking, ongeacht of er sprake is van een onderwerp dat onder §87 BetrVG valt. Waar normaliter nawerking geldt ten aanzien van deze onderwerpen, geldt dat deze afspraken nu per direct beëindigd kunnen worden.¹³⁵ Hierbij is van belang dat deze Regelungsabreden geen direct doorwerkende normatieve werking hebben, waardoor werknemers niet gelijk hun aanspraak op verleende rechten verliezen.

3.5.3. Eenzijdig opgestelde regelingen geïncorporeerd op individueel niveau

De ondernemer kan er tevens voor kiezen om – in afwijking van al het bovenstaande – eenzijdig op individueel niveau regelingen te treffen met werknemers. Hij kan deze regelingen incorporeren in de betreffende individuele arbeidsovereenkomsten. Deze regelingen worden dan gelijkgesteld met bepalingen uit deze individuele arbeidsovereenkomsten. Het gaat hierbij met name om eenzijdig door de ondernemer opgestelde ‘soziale Leistungen’ of ‘arbeitsvertragliche Einheitsregelungen’, in de vorm van bijvoorbeeld personeelsgidsen.

In §3.4.4 is reeds beschreven dat het Günstigkeitsprinzip bepalingen van cao’s en Betriebsvereinbarungen opzij kan zetten wanneer sprake is van gunstigere bepalingen die zijn overeengekomen op individueel niveau. Bij de vraag of een hierin geïncorporeerde regeling gunstiger is dan een cao of Betriebsvereinbarung, moet het belang van de individuele werknemers worden beoordeeld, niet het collectieve belang van het personeel.¹³⁶ Dit heeft te maken met het feit dat in het onderhavige geval het Günstigkeitsprinzip de individuele contractsvrijheid als grondslag heeft. Een werknemer kan derhalve een beroep doen op de overeengekomen regeling indien deze voor hem gunstiger is dan een cao of Betriebsvereinbarung. Een latere Betriebsvereinbarung gaat overigens altijd boven een dergelijke geïncorporeerde regeling indien hiertoe een voorbehoud is opgenomen. Ondernemers kunnen tenslotte de geïncorporeerde regelingen niet zomaar via een wijzigingsbeding aanpassen, hiertoe is de instemming nodig van de Betriebsrat.

Afsluitende opmerkingen

In dit hoofdstuk is de Duitse versie van de ondernemingsovereenkomst aan bod gekomen. Hiermee is zowel de Nederlandse als de Duitse situatie geschetst omtrent deze overeenkomst tussen ondernemingsraad en ondernemer. Het navolgende hoofdstuk zal derhalve beide versies vergelijken en analyseren of de Betriebsvereinbarung een mogelijke en wenselijke invalshoek kan zijn voor het Nederlandse medezeggenschapsrecht.

¹³⁴ T. Dieterich, P. Hanau en G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011, §77 BetrVG, Rn. 130; P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 23.

¹³⁵ BAG 10 maart 1992, AP BetrVG 1972 §77 Regelungsabrede Nr. 1. Dit is echter omstreden, zie: G. Schaub, U. Koch en R. Linck, *Arbeitsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2002, §231 III 3, RN 69.

¹³⁶ R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, §77, RN 146. Anders: P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 29.

4 Rechtsvergelijking en conclusie

In de voorgaande hoofdstukken zijn respectievelijk de ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung uiteengezet. Hierbij is de juridische status van beide overeenkomsten beschreven. In dit hoofdstuk zullen deze kenmerken met elkaar worden vergeleken. Hierbij zal de probleemstelling in acht worden genomen, zodat zal worden geanalyseerd of de Duitse regeling inzake de Betriebsvereinbarung een mogelijk wenselijke regeling is binnen het Nederlandse medezeggenschapsrecht. Dit vormt tevens de conclusie van dit onderzoek.

De eerstvolgende paragraaf zullen de ondernemingsraad in Nederland en de Betriebsrat in Duitsland met elkaar worden vergeleken. De nadruk zal hierbij worden gelegd op de bevoegdheden die beide medezeggenschapsinstituten hebben. De tweede paragraaf zal zich richten op de overeenkomsten en verschillen die bestaan ten aanzien van het primaat van de cao. De hiernavolgende paragraaf gaat in op de inhoudelijke verschillen die bestaan tussen de ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung. Als vierde en laatste paragraaf zal de conclusie volgen, waarin de probleemstelling van dit onderzoek wordt beantwoord.

4.1. De ondernemingsraad en de Betriebsrat: verschil in bevoegdheden?

In deze paragraaf zal worden onderzocht in hoeverre de ondernemingsraad en de Betriebsrat met elkaar overeenstemmen, met name op het gebied van de aan deze medezeggenschapsinstituten toegekende bevoegdheden.

Allereerst kan worden vastgesteld dat de Betriebsrat een instituut is dat reeds moet worden ingesteld bij een omvang van 5 werknemers. De ondernemingsraad dient pas te worden ingesteld bij een aantal van 50 werknemers. Het gevolg hiervan is dat ook bij (zeer) kleine ondernemingen de Betriebsrat een invloedrijke rol kan spelen bij besluiten van de ondernemer. De invloed van de ondernemingsraad in Nederland is op dat gebied beperkter. In Nederland is bij kleine ondernemingen een rol weggelegd voor alternatieve instituten met beperktere bevoegdheden (te weten de personeelsvergadering en de personeelsvertegenwoordiging).¹³⁷

Zowel de ondernemingsraad als de Betriebsrat hebben informatie-, advies- en instemmingsrechten. De adviesrechten van de Betriebsrat lijken minder in hoeveelheid dan die van de ondernemingsraad, maar het verschil is niet groot. De onderwerpen van de Betriebsrat zijn namelijk breed geformuleerd, zodat deze het merendeel van de onderwerpen van de ondernemingsraad omvatten.¹³⁸ Een belangrijker verschil tussen Nederland en Duitsland is dat het instemmingsrecht van de Betriebsrat individuele personeelsbeslissingen omvat (§99(1) BetrVG). Omdat de ondernemer voor iedere aanstelling, inschaling en overplaatsing van een werknemer aan de Betriebsrat toestemming moet vragen, is het instemmingsrecht van de Betriebsrat kenmerkend breder dan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. In Nederland is een dergelijke rol voor de ondernemingsraad niet weggelegd.

Een bijzonder kenmerk aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad in Nederland is dat de ondernemer dit theoretisch kan omzeilen. Hij kan – indien de ondernemingsraad geen instemming verleent – de kantonrechter vragen om in plaats van de ondernemingsraad het besluit te nemen.

¹³⁷ Zie art. 35b en 35c WOR.

¹³⁸ Vgl. art. 25 lid 1 WOR en §90, §92(1), §92a(2) en §111 BetrVG.

Hieraan ligt onder andere een redelijkheidstoets met betrekking tot de onthouding van de ondernemingsraad ten grondslag. Hoewel het Duitse medezeggenschapsrecht een gelijke regeling niet kent, kan worden gezegd dat er een zeker equivalent bestaat in §87(2) BetrVG. De Einigungsstelle kan hierbij reeds bij verzoek van één der partijen en zonder redelijkheidstoets een beslissing nemen waaraan zowel ondernemingsraad als ondernemer gebonden zijn.

Het verschil in het voorgaande is gelegen in het feit dat in Nederland enkel aan de ondernemer de additionele mogelijkheid wordt gegeven om de instemming van de ondernemingsraad te vervangen: het is voor de ondernemer alles of niets. In Duitsland is dit anders en geldt dat de Einigungsstelle een *redelijke* oplossing biedt, die zowel positief voor de ondernemer als de ondernemingsraad kan zijn. Er wordt in Duitsland een tweezijdige uitweg geboden, terwijl in Nederland enkel de ondernemer een 'beroep' heeft ingeval van een patstelling.¹³⁹

Tenslotte moet worden vermeld dat de Betriebsrat ten aanzien van haar instemmingsrechten een initiatiefrecht heeft. Dit heeft de ondernemingsraad in Nederland niet. In Duitsland is het dus mogelijk dat de Betriebsrat een onderwerp dat onderworpen is aan haar instemmingsrecht aan de ondernemer voorlegt. Indien de ondernemingsraad geen overeenstemming bereikt met de ondernemer, is tevens de mogelijkheid open om de Einigungsstelle hierover een redelijke beslissing te laten nemen (zoals hiervoor aangegeven). Dit genereert ten aanzien van de instemmingsrechten van de Betriebsrat aanmerkelijk meer bevoegdheden dan de ondernemingsraad, temeer omdat de Betriebsrat op deze wijze relatief eenvoudig bepaalde regelingen op de agenda van zowel de ondernemer als de Einigungsstelle kan zetten.

4.2. Het primaat van de cao: meer vergaand in Nederland of in Duitsland?

De overeenkomsten en verschillen ten aanzien van het primaat van de cao in zowel Nederland als Duitsland zullen in deze paragraaf worden behandeld. Hierbij wordt in acht genomen dat in beide landen het primaat van de cao een leidend principe is.

4.2.1. (Primaire) arbeidsvoorwaarden

Primaire arbeidsvoorwaarden vormen de spil van alle arbeidsvoorwaarden en betekenen voor vakbonden belangrijke onderhandelingen. In de beide landen wordt hier verschillend mee omgegaan. Allereerst geldt dat in Nederland onderhandelingen over regelingen inzake primaire arbeidsvoorwaarden traditioneel worden voorbehouden aan vakbonden en werkgevers(organisaties). Wettelijk is hiertoe echter geen voorbehoud gemaakt. De wetgever heeft er dus niet voor gekozen om vakbonden wettelijk voorrang te geven ten aanzien van regelingen inzake (primaire) arbeidsvoorwaarden. Het is daarom geenszins uitgesloten dat ondernemer en ondernemingsraad hierover nadere regelingen treffen in een ondernemingsovereenkomst.

De ondernemingsraad geniet echter niet als zodanig een wettelijk advies- of instemmingsrecht ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. Mocht dit haar wel additioneel worden toegekend bij ondernemingsovereenkomst, dan zijn noch advies noch instemming vereist indien een cao

¹³⁹ Een onderscheid moet worden gemaakt met de situatie dat sprake is van een geschil inzake art. 36 WOR, bijvoorbeeld wanneer de ondernemer zonder instemming een besluit neemt of indien de ondernemingsraad geen beslissing neemt. In een dergelijk geval kan indien verzocht de bedrijfscommissie in Nederland wel een redelijke tussenoplossing bieden. Het Duitse equivalent hiervan is te vinden in §80 e.v. Arbeitsgerichtsgesetz.

inhoudelijk in het onderwerp voorziet (art. 32 lid 3 WOR). Ook dit ontnemt echter niet de ondernemingsraad de bevoegdheid tot het sluiten van enigerlei ondernemingsovereenkomst inzake (primaire) arbeidsvoorwaarden.

Met betrekking tot alle voorgenoemde arbeidsvoorwaarden geldt derhalve in Nederland geen alomvattend en algemeen wettelijk voorrangrecht voor cao-regelingen dat enig ondernemingsovereenkomst nietig maakt, ook niet indien een cao-regeling een onderwerp inhoudelijk heeft geregeld. Dit is enkel anders indien de ondernemer en werknemer gebonden zijn aan de desbetreffende cao, waaruit volgt dat strijdige bepalingen in een ondernemingsovereenkomst nietig zijn (art. 12 lid 1 Wet cao).

Een volstrekt andere situatie is er in Duitsland. Het primaat van de cao strekt zich daar uit over het gros van alle arbeidsvoorwaarden. Enigerlei regeling over (primaire) arbeidsvoorwaarden in een cao heeft als resultaat dat over de betreffende arbeidsvoorwaarden geen Betriebsvereinbarung mag worden gesloten. Een Betriebsvereinbarung over eenzelfde onderwerp is nietig. De voorrang van cao-regelingen is bovendien bijzonder ruim, omdat het zelfs gaat over onderwerpen die *gewoonlijk* bij cao zijn geregeld. De ondernemer hoeft daarbij niet gebonden te zijn aan de cao, maar dient enkel te vallen onder de werkingssfeer ervan. Bovendien behoeft een cao-regeling niet inhoudelijk dekkend te zijn. Niet alleen kan de Betriebsrat dus geen advies- of instemmingsrecht bezitten ten aanzien van een bij cao geregeld onderwerp, ook kan zij over dit onderwerp geen alternatieve Betriebsvereinbarung sluiten. De enige mogelijkheid die de Betriebsrat wordt geboden, is afhankelijk van afspraken tussen ondernemer en vakbonden. Zij kunnen immers bij cao bevoegdheden aan de Betriebsrat delegeren. Wettelijk gezien is de bevoegdheid van de Betriebsrat tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen op deze wijze bijzonder beperkt. Het primaat van de cao is derhalve in Duitsland niet alleen breder maar ook strikter geregeld dan in Nederland.

4.2.2. Wettelijk en aanvullend advies- en instemmingsrecht

Zowel in Nederland als in Duitsland zijn de medezeggenschapsinstituten een bevoegdheid toegekend inzake kwesties die aan het instemmingsrecht zijn onderworpen. Dit geldt in beide landen in het bijzonder ten aanzien van een aantal specifiek vermelde onderwerpen. De onderwerpen waarbij deze instituten een instemmingsrecht hebben, lijken in grote mate met elkaar overeen te stemmen.

Zoals eerder vermeld, ontheft enig cao-regeling de bevoegdheid tot het sluiten van een ondernemingsovereenkomst in Nederland niet. Is er echter sprake van een instemmingsrecht ex art. 27 WOR of een aanvullend advies- of instemmingsrecht ex art. 32 lid 2 WOR, dan kan wel het desbetreffende recht van de ondernemingsraad worden ontnomen. Het advies of de instemming van de ondernemingsraad is in een zodanig geval niet meer vereist, omdat in het onderwerp al bij cao is voorzien. Dit vereist echter wel dat de cao-regeling een volledig dekkende inhoudelijke regeling bevat. De betrokken ondernemer moet tevens gebonden zijn aan de cao, maar ook algemeen verbindende cao-regelingen vallen onder dit artikel. Enkel wanneer is voldaan aan de voorgaande eisen kunnen voorgenoemde advies- of instemmingsrechten van de ondernemingsraad opzij worden gezet. Uit de wet blijkt dat dit primaat van de cao altijd geldt ten aanzien van de instemmingsrechten van de ondernemingsraad. Het adviesrecht kan echter niet in alle gevallen worden ontnomen, omdat

de bovenstaande criteria enkel gelden voor *aanvullend toegekende* adviesrechten (art. 32 lid 2 WOR).¹⁴⁰

Hoe anders het in Duitsland is geregeld ten aanzien van de bevoegdheid van de Betriebsrat tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen, des te meer overeenkomsten bestaan er met het aan haar toegekende wettelijke instemmingsrecht. Ook in het onderhavige geval (§87 BetrVG) geldt dat enkel het instemmingsrecht van de Betriebsrat wordt ontnomen, maar niet haar bevoegdheid tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen. Daarbij geldt dat de betreffende cao-regeling dit effect enkel heeft, indien er sprake is van een uitputtende en inhoudelijke regeling waaraan de ondernemer gebonden is. Een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling kan hieraan tevens voldoen.

Omdat bij §87 BetrVG de Betriebsrat de bevoegdheid tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen behoudt, kan zij wel alternatieve overeenkomsten sluiten met de ondernemer.¹⁴¹ Indien deze bepalingen gunstiger zijn voor de werknemer dan de bepalingen in een cao, dan gelden bovendien de bepalingen van de Betriebsvereinbarung in plaats van die van de cao. Op dit punt kan het primaat van de cao dus worden doorbroken door het zogenaamde 'Günstigkeitsprinzip' (zie hierover uitgebreid §4.3.3). *Aanvullende* advies- of instemmingsrechten vallen overigens niet onder §87 BetrVG maar onder §88 jo. §77(3) BetrVG, zijnde vrijwillige Betriebsvereinbarungen. De Betriebsrat kan dan geen alternatieve (gunstigere) Betriebsvereinbarungen sluiten, omdat deze nietig zijn.

Met betrekking tot het wettelijk instemmingsrecht van zowel de ondernemingsraad als de Betriebsrat geldt dus dat dit enkel kan worden ontnomen door een volledig dekkende cao-regeling. Ten aanzien van aanvullende regelingen waarin advies- of instemmingsrechten worden toegekend, is het primaat van de cao in Nederland breder dan bij wettelijk toegekende rechten. Nochtans geldt dat bij vrijwillig toegekende rechten, het primaat van de cao veel breder en stringenter is in Duitsland dan in Nederland. De bevoegdheid tot het sluiten van aanvullende of vrijwillige overeenkomsten is aantoonbaar beperkter in Duitsland, ongeacht het bestaan van het Günstigkeitsprinzip.

4.3. De ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung: kenmerkende verschillen?

In deze paragraaf zal uiteen worden gezet wat de inhoudelijke verschillen zijn tussen de ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung.

4.3.1. Karakter en inhoud

Beide overeenkomsten zijn in de basis vergelijkbaar. In allebei de gevallen geldt dat er sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de ondernemingsraad en de ondernemer. Tevens geldt in beide gevallen een schriftelijkheidseis. Deze verschilt echter in beide landen, waarbij deze eis in Nederland minder strikt lijkt te worden geïnterpreteerd. Zelfs een mondelinge overeenkomst bestaat daar (volgens de literatuur) tot de mogelijkheden.¹⁴²

¹⁴⁰ Een cao-regeling ontheft dus niet het adviesrecht van de ondernemingsraad indien dit adviesrecht voortvloeit uit de wet.

¹⁴¹ Hetzelfde geldt voor de elders in de BetrVG vermelde onderwerpen waarbij de Betriebsrat een specifiek instemmingsrecht heeft. Zie hiervoor §3.3.4.

¹⁴² J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008, p. 245; P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 437–438; L.C.J. Sprengers, 'Mondelinge ondernemingsovereenkomst', *SR* 2005/6, p. 232-234; Ondernemingsraad

De afspraken die onderdeel zijn van de Betriebsvereinbarung kunnen door de rechter worden onderworpen aan een billijkheidstoets. Hierbij wordt een inhoudelijke controle uitgevoerd, met als boventoon het controleren van het naleven van rechtsnormen en goede zeden. Deze billijke afweging van de tegenstrijdige belangen van ondernemer en Betriebsrat is ingesteld vanwege de niet-gelijkwaardige positie en machtsverdeling van partijen. Er bestaat dus een bepaalde zekerheidsstelling dat de Betriebsvereinbarung billijk is, ongeacht of de Betriebsrat mogelijk minder deskundig of bekwaam is in het maken van afspraken met de ondernemer dan de vakbonden. In Nederland bestaat een dergelijke controle niet. De controle is niet gelijk aan een procedure bij de civiele rechter, waar een conflict over de ondernemingsovereenkomst centraal staat.¹⁴³ De ondernemingsraad in Nederland wordt derhalve niet dezelfde bescherming toegekend als de Betriebsrat. Dit heeft er mogelijk mee te maken dat de ondernemingsovereenkomst niet direct doorwerkt. Ook de werknemer zelf dient er nog mee akkoord te gaan, voordat deze deel uitmaakt van zijn individuele arbeidsovereenkomst.

4.3.2. Directe doorwerking van normatieve bepalingen

Het grootste verschil tussen de ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung is de directe doorwerking van normatieve bepalingen. Waarbij in Nederland geen directe doorwerking van bepalingen in de ondernemingsovereenkomst bestaat, werken deze bepalingen in Duitsland direct en dwingend door in de individuele arbeidsovereenkomst. Hoewel een Betriebsvereinbarung niet het karakter van een cao heeft, werken haar bepalingen dus wel op gelijke wijze door.

Directe doorwerking wordt om verschillende redenen niet aan bepalingen in een Nederlandse ondernemingsovereenkomst toegekend. Een belangrijk argument is dat dit in strijd zou zijn met de individuele contracts- en organisatievrijheid van de werknemer. Er is immers geen sprake van een vrijwillige overdracht van diens contractsvrijheid. Omdat de toepassing van een cao is gebaseerd op onder meer de lidmaatschap van de werknemer, wordt hierdoor de directe doorwerking van cao-bepalingen wel gelegitimeerd. Hierbij wordt echter niet in acht genomen dat indien een cao-bepaling algemeen verbindend wordt verklaard, deze legitimatie net als bij de ondernemingsovereenkomst ontbreekt. De betreffende cao-bepalingen worden immers van kracht bij alle relevante individuele arbeidsovereenkomsten, terwijl de werknemer op geen enkele wijze hiermee heeft ingestemd.¹⁴⁴ De werknemer heeft niet vrijwillig zijn contractsvrijheid overgedragen, hetgeen bij algemeen verbindend verklaringen echter niet als inbreuk op de contracts- of organisatievrijheid wordt geacht. De werknemer kan nochtans niet van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen afwijken. Een vergelijkbare doch minder vergaande regeling betreft art. 14 Wet cao, waarbij de werkgever in beginsel verplicht is bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij niet door de cao gebonden werknemers. Omwille de gelijke behandeling van werknemers worden ook deze werknemers onder de cao geschaard. Werknemers kunnen deze semi-verbondenheid wel weigeren, hoewel de mogelijkheid hiertoe en van alternatieve voorwaarden niet bekend hoeft te zijn.

Het is onduidelijk waar het precieze verschil zit tussen deze vormen van (directe) doorwerking en een directe doorwerking van de ondernemingsovereenkomst. Bij algemeen verbindend verklaarde

(losbladig), Wet op de ondernemingsraden, art. 32, aant. 3. Zie tevens: Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *JAR* 2007, 137; Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2005, *JAR* 2005/64.

¹⁴³ Denk hierbij bijvoorbeeld aan de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter, die niet ambtshalve een dergelijke billijkheidstoets zal verrichten. Zie verder ook §2a jo. §80 e.v. Arbeitsgerichtsgesetz.

¹⁴⁴ Zie voor de specifieke vereisten art. 2 Wavv.

bepalingen en directe doorwerking ex art. 12 (en 14) Wet cao is in dit verband sprake van regelingen tussen werkgevers(organisaties) en vakbonden. In het geval van een ondernemingsovereenkomst is echter sprake van een regeling tussen deze partijen op ondernemingsniveau: de ondernemer en de ondernemingsraad als medezeggenschapsinstituut van de werknemers. Deze regeling op ondernemingsniveau heeft bovendien op de arbeidsmarkt in zeer beperkte mate invloed en is nauw toegespitst op de wensen van de betreffende onderneming; meer nog dan enig algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling. Ten aanzien van een toegankelijk en intern medezeggenschapsinstituut als de ondernemingsraad geldt bovendien dat enig ontbreken van vrijwillige overdracht van contractsvrijheid hier meer gelegitimeerd kan worden dan bij een algemeen verbindend verklaring, omdat het zeer wel mogelijk is dat de individuele werknemer hier op meer betrokken (en laagdrempelige) wijze invloed had kunnen uitoefenen. Alle werknemers hebben bovendien (binnen enige tijd) kiesrecht voor de ondernemingsraad.¹⁴⁵

Overigens is door het kabinet ten aanzien van de contractsvrijheid aangevoerd dat directe doorwerking ook niet nodig is vanwege de mogelijkheden van het wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW.¹⁴⁶ Hierbij worden (toekomstige) ondernemingsovereenkomsten in individuele arbeidsovereenkomsten geïncorporeerd. Hoewel inderdaad in een dergelijk geval de contractsvrijheid wordt gehandhaafd, is het volgens Luttmer-Kat hypocriet om aan te nemen dat hier sprake is van contractuele binding.¹⁴⁷ Een (nieuwe) werknemer heeft immers niet bijzonder veel vrijheid om deze clausule te weigeren. Zij voert tevens aan dat er moeilijk sprake kan zijn van één lijn bij al het personeel, omdat de regeling niet collectief is. Omdat het wijzigingsbeding mogelijk niet voor alle werknemers gunstig is, zullen zij er niet allemaal mee instemmen. De ondernemer dient bij iedere individuele arbeidsovereenkomst de ondernemingsovereenkomst te incorporeren, hetgeen problematisch kan zijn. Dit laatste wordt nog versterkt door de relatief zware inhoudelijke eisen die art. 7:613 BW stelt aan het wijzigen van een geïncorporeerde ondernemingsovereenkomst.¹⁴⁸

Een ander argumentatie tegen directe doorwerking is dat ondernemingsraden als onderhandelingspartner afhankelijker van de ondernemer zijn dan enigerlei vakbond, en dat zij minder deskundigheid en onderhandelingsbekwaamheid bezitten. Hoewel hier een kern van waarheid in zit, voorziet de literatuur in alternatieve oplossingen en weerleggingen. Zo zouden ondernemingsraden hun onderhandelingsbekwaamheid inderdaad niet uit een eigen stakingsrecht kunnen halen. Zij beroepen zich echter (zoals de vakbonden) op het stakingsrecht van de betrokken werknemers. Een eventuele ondeskundigheid kan volgens Heerma van Voss verholpen worden door een samenspel tussen ondernemingsraad en vakbonden. Enigerlei afhankelijkheid wordt daarbij niet gestaafd door veel concrete voorbeelden.¹⁴⁹ Bovendien wordt de afhankelijkheid van werknemers (theoretisch) ingeperkt door de reeds bestaande beschermingsmaatregelen, zoals het opzegverbod

¹⁴⁵ G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8, p. 268.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 169, nr 9.

¹⁴⁷ A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996/3, p. 67.

¹⁴⁸ Art. 7:613 BW: De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

¹⁴⁹ G.J.J. Heerma van Voss, *De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst*, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006, p. 384.

in art. 7:670 lid 4 sub 1 BW. Dit neemt niet weg dat werknemers in de ondernemingsraad inderdaad afhankelijk zijn van hun werkgever, en dat in de praktijk voorgenoemde beschermingsmaatregelen kunnen worden omzeild. De afhankelijkheid van de ondernemingsraad is dan ook het meest heikele punt. Hierbij moet echter wel in acht worden genomen dat individuele werknemers – die op het punt staan een arbeidsovereenkomst te sluiten met de ondernemer – ook volledig afhankelijk zijn van deze ondernemer en de voorwaarden die door hem in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen.

Een laatste argument omhelst dat bij directe doorwerking het zwaartepunt bij de arbeidsvoorwaardenvorming verder naar de onderneming verschuift, hetgeen de huidige coördinatie op het gebied van arbeidsvoorwaarden kan ondermijnen. Hiertegen kan worden aangevoerd dat het primaat van de cao voldoende bescherming biedt. Hoewel ondernemer en ondernemingsraad relatief grote bevoegdheid hebben tot het sluiten van ondernemingsovereenkomsten, ligt de regeling van primaire arbeidsvoorwaarden initieel bij de sociale partners. Zij ontnemen bij een cao-regeling immers ieder instemmingsrecht en ieder aanvullend advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad, hetgeen de ondernemer de verplichting om overeenstemming te bereiken met de ondernemingsraad ontnemt. Bovendien kan de ondernemer niet afwijken van bepalingen in een cao waaraan hij gebonden is, of van bepalingen die algemeen verbindend zijn verklaard. Directe doorwerking zou aan het primaat van de cao daarom niet af hoeven te doen. Zou geen cao van toepassing zijn binnen een bepaalde onderneming, dan kan een ondernemingsovereenkomst bovendien een alternatief zijn voor de cao, met alle voordelen van dien.

De voorgenoemde argumenten tegen directe doorwerking van normatieve bepalingen in de ondernemingsovereenkomst lijken daarom niet voldoende onderbouwd om deze doorwerking volledig af te houden, hetgeen in de literatuur tevens (door de meerderheid) wordt geopperd.¹⁵⁰ Hierbij kan worden vermeld dat ten tijde van de invoering van de ondernemingsovereenkomst de wetgever heeft aangegeven dat daarmee stappen werden gezet naar het Duitse model van de Betriebsvereinbarung. Hoewel directe doorwerking op dat moment echter een te grote stap was waar geen aanleiding voor bestond, kan dat thans anders zijn. Er moet echter wel een oplossing worden geboden voor de voorgenoemde problematiek, met name de afhankelijkheid van de ondernemingsraad.

4.3.3. Het Günstigkeitsprinzip

Een ander kenmerkend verschil tussen het medezeggenschapsrecht in Nederland en Duitsland is het 'Günstigkeitsprinzip'. Nederland kent een dergelijk principe niet, maar in Duitsland is dit een algemeen geldende regel die aanzienlijke gevolgen kan hebben.

Het Günstigkeitsprinzip omhelst een voorrangsregel voor de meest gunstige regeling. Deze regeling verkrijgt voorrang boven de regeling die op enigerlei wijze minder gunstig is voor de (individuele)

¹⁵⁰ G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006, p. 384; W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding wetgeving, cao en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002/4; G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8; B. Otten, 'De combinatie cao-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998/12, p. 370-373; A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996/3; A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922. Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 348-349.

werknemer. De betreffende bepaling omtrent cao's (§4(1) BetrVG) geldt in Duitsland ook voor andere afspraken dan Betriebsvereinbarungen, maar geldt niet altijd. Juist ten aanzien van Betriebsvereinbarungen is de mogelijke toepassing van het Günstigkeitsprinzip sterk verminderd door §77(3) BetrVG. In Duitsland bestaat daarom een relatief beperkt aantal mogelijkheden voor de Betriebsrat om Betriebsvereinbarungen te sluiten, indien de cao daarin reeds (gewoonlijk) voorziet. Zij heeft dan dus niet de bevoegdheid om alternatieve Betriebsvereinbarungen te sluiten, die gunstiger bepalingen bevatten dan enig cao. Enkel indien dit door de sociale partners is toegestaan, kan een (gunstigere) Betriebsvereinbarung worden gesloten. Met name ten aanzien van de onderwerpen in §87 BetrVG (het instemmingsrecht) geldt dat de Betriebsrat de bevoegdheid tot het sluiten van Betriebsvereinbarungen niet verliest. Zij kan dan dus gunstigere regelingen samenstellen met de ondernemer, die in een zodanig geval voorrang krijgen boven een cao-bepaling. Met betrekking tot enkele belangrijke onderwerpen is de Betriebsrat aldus vrij om cao-bepalingen buitenspel te zetten. In Nederland kan de ondernemingsraad wel afspraken maken met de ondernemer die gunstiger zijn dan de cao. Deze afspraken hebben echter niet automatisch voorrang boven cao-bepalingen (tenzij de betreffende cao-bepalingen enkel minimumeisen stellen). Er is in de literatuur wel geopperd dat dit in Nederland ook ingevoerd kan worden, ter herverdeling van de invloed van vakbonden en ondernemingsraden.¹⁵¹

Hiernaast geldt het Günstigkeitsprinzip in Duitsland tevens ingeval van gunstigere bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst. In een dergelijk geval worden de gunstigere bepalingen voorrang verleend boven de bepalingen in de Betriebsvereinbarung. Een werknemer kan daarom alternatieve afspraken maken met de ondernemer die voor hem gunstiger zijn. Een Betriebsvereinbarung kan op deze wijze worden omzeild. Dit is in Nederland niet mogelijk, omdat daar een dergelijk gunstigheidsbeginsel niet bestaat. Dit is echter met name niet mogelijk omdat een ondernemingsovereenkomst niet direct doorwerkt en zodoende geïncorporeerd moet worden in de individuele arbeidsovereenkomst. Het is dan niet mogelijk om in dezelfde arbeidsovereenkomst een alternatieve (gunstigere) regeling overeen te komen.

4.3.4. Beëindiging

De ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung kunnen niet op dezelfde wijze beëindigd worden. Hoewel in beide gevallen partijen anders kunnen overeenkomen, geldt dat in Nederland een ondernemingsovereenkomst niet eenvoudig kan worden opgezegd. Indien deze van bepaalde tijd is, dan kan de overeenkomst in beginsel niet worden opgezegd. Indien er sprake is van een overeenkomst van onbepaalde tijd, hangt de opzegging sterk af van redelijkheid en billijkheid. In Duitsland is daarentegen wettelijk bepaald dat de opzegging van een Betriebsvereinbarung een opzegtermijn van 3 maanden heeft. Een Betriebsvereinbarung kan aldus relatief snel zijn werking verliezen.

Er bestaat nog een verschil met de Nederlandse beëindiging van ondernemingsovereenkomsten, met name op het gebied van afspraken die zijn gemaakt op basis van het instemmingsrecht van de Betriebsrat (§87 BetrVG). Zoals aangegeven in §2.2.3, behoeft de ondernemer in Nederland de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van de onderwerpen genoemd in art. 27 WOR. Het beëindigen van een ondernemingsovereenkomst in het kader van een dergelijk onderwerp kan in Nederland dus enkel

¹⁵¹ W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding wetgeving, cao en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002/4, p. 157.

met instemming van de ondernemingsraad.¹⁵² Dit is in Duitsland niet als zodanig geregeld. Dit neemt niet weg dat indien een werknemer rechten ontleent aan een Betriebsvereinbarung, deze rechten niet zonder instemming van de Betriebsrat kunnen worden opgeheven (§77(4) BetrVG).¹⁵³ Dit is een brede bepaling, die ervoor zorgt dat in veel gevallen (ten gunste van de werknemer) toch nog de instemming van de Betriebsrat is benodigd. Hierbij wordt dus een grotere invloed aan de Betriebsrat toegekend, dan in Nederland bij de ondernemingsraad het geval is. Juist bij de onderwerpen waarbij de Betriebsrat een instemmingsrecht heeft, werken regelingen hieromtrent echter na (zie §3.4.7). Dit heeft tot gevolg dat het beëindigen van een Betriebsvereinbarung inzake deze onderwerpen niet betekent dat deze rechten direct eindigen. Derhalve geldt in Duitsland het spiegelbeeld van Nederland: bij het opheffen van toegekende rechten is de instemming van de Betriebsrat nodig, tenzij sprake is van een onderwerp waarbij zij instemmingsrecht heeft.¹⁵⁴

4.3.5. Nawerking van normatieve bepalingen

Ten aanzien van nawerking kan een logisch onderscheid worden gemaakt tussen de ondernemingsovereenkomst en de Betriebsvereinbarung. In het geval van de ondernemingsovereenkomst geldt dat deze geen nawerking geniet. De bepalingen hierin hebben immers geen directe doorwerking. Nawerking is enkel mogelijk wanneer de ondernemingsovereenkomst is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst en zodoende daarvan deel uitmaakt.

Omdat de Betriebsvereinbarung wel directe doorwerking heeft, hebben zekere bepalingen hierin ook nawerking. Deze nawerking is echter beperkt tot met name de onderwerpen waarbij de Betriebsrat instemmingsrecht heeft (§77(6) en §87 BetrVG). Vrijwillige Betriebsvereinbarungen werken derhalve niet na. Hieruit volgt dat nawerking enkel bestaat voor bepalingen in Betriebsvereinbarungen, indien hetzelfde onderwerp niet inhoudelijk bij cao is geregeld. Bovendien is het aantal onderwerpen beperkt, hetgeen de invloed van nawerking van Betriebsvereinbarungen ook beperkt.

4.3.6. Aanvullende en afwijkende overeenkomsten

Zowel in Nederland als in Duitsland bestaan alternatieve afspraken met betrekking tot het sluiten van een ondernemingsovereenkomst respectievelijk een Betriebsvereinbarung. In Nederland heeft dit vooral betrekking op de doorwerking van de ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst. Via incorporatie van de gemaakte afspraken staat hierdoor de contractsvrijheid hoog in het vaandel. Ook is het mogelijk dat deze incorporatie via cao wordt bewerkstelligd.

Het Duitse medezeggenschapsrecht heeft deze verdere afspraken niet nodig, omdat directe doorwerking daar reeds aan de Betriebsvereinbarung is toegekend.¹⁵⁵ Aanvullende afspraken betreffen hier met name Betriebliches Bündnisse für Arbeit, waarbij toegestaan wordt afgeweken van de cao omwille van de continuïteit van de werkgelegenheid op ondernemingsniveau. Dergelijke toegestane afspraken *contra legem* zijn uitzonderlijk en er bestaan in Nederland geen vergelijkbare mogelijkheden om zulke afspraken te maken. Deze zouden immers in strijd zijn met art. 12 Wet cao.

¹⁵² De vervangende toestemming van de kantonrechter in art. 27 lid 4 WOR daargelaten.

¹⁵³ Ook ten aanzien van de wijziging/opheffing inzake bepaalde onderwerpen is het mogelijk dat de instemming van de Betriebsrat benodigd is. Zie hiertoe §3.2.1.

¹⁵⁴ Meer specifiek: een onderwerp waarbij de uitspraak van een Einigungsstelle de betreffende overeenkomst kan vervangen.

¹⁵⁵ Verdere afspraken zijn overigens wel benodigd bij Regelungsabreden, die geen directe doorwerking hebben.

4.3.7. Vergelijkend schema

Hieronder volgt een schema waarin allereerst de bevoegdheden van de ondernemingsraad en die van de Betriebsrat worden vergeleken. Vervolgens komt de vergelijking inzake het primaat van de cao aan bod. Hierna worden de ondernemingsovereenkomsten en Betriebsvereinbarungen inhoudelijk vergeleken, alsmede tenslotte de meest belangrijke aanvullende afspraken hieromtrent.

	Ondernemingsraad	Betriebsrat
Bevoegdheden	Informatie/Advies/Instemming	Informatie/Advies/Instemming
- Instemmingsrecht	Vervanging door ktr. mogelijk (initiatief ondernemer)	Beslissing door Einigungsstelle mogelijk (initiatief beide partijen; redelijkheid)
	-	Individuele personeelsbeslissingen
	-	Initiatiefrecht
Primaat van de cao	Ondernemingsovereenkomsten	Betriebsvereinbarungen
- (Primaire) arb.vrw	Toegestaan, tenzij gebondenheid aan cao-regeling (art. 12 Wet cao)	Niet toegestaan, indien (gewoonlijk) geregeld bij cao binnen werkingsfeer
- Adviesrecht	Wettelijk: art. 25 WOR. Aanvullend: tenzij inhoudelijk dekkende cao-regeling	Wettelijk: verschillende art. in BetrVG. Aanvullend: zoals bij (primaire) arb. vrw
- Instemmingsrecht	Wettelijk: art. 27 WOR, tenzij inhoudelijk dekkende cao-regeling. Aanvullend: zelfde regime	Wettelijk: met name §87 BetrVG, tenzij inhoudelijk dekkende cao-regeling. Aanvullend: zoals bij (primaire) arb. vrw
Wettelijke overeenkomsten	Ondernemingsovereenkomsten	Betriebsvereinbarungen
- Billijkheidstoets	Nee	Ja
- Directe doorwerking	Nee	Ja
- Gunstigheidsbeginsel	Nee	Ja, bij onderwerpen ex §87 BetrVG en individuele bepalingen
- Beëindiging	Niet mogelijk/afhankelijk van redelijkheid en billijkheid. Inzake onderwerpen in art. 27 WOR: instemming nodig van OR	Termijn van 3 maanden. Inzake voortvloeiende rechten werknemer: instemming nodig van Betriebsrat
- Nawerking	Nee, tenzij geïncorporeerd	Ja, bij onderwerpen met instemmingsrecht
Aanvullende/afwijkende overeenkomsten	Incorporatie in cao en iao	Betriebliches Bündnisse für Arbeit
- Eigenschappen	Verbondenheid aan ondernemingsovereenkomst, met inachtneming contractsvrijheid	Toegestane negatieve afwijking van de cao, inclusief directe doorwerking in iao

4.4. De Betriebsvereinbarung: een wenselijke regeling in Nederland?

In deze laatste paragraaf zal een antwoord worden gegeven op de in §1.3 geformuleerde probleemstelling. Hierbij worden in acht genomen de deelvragen waaruit deze probleemstelling is gestructureerd, en waarop in dit hoofdstuk de antwoorden zijn geformuleerd. De probleemstelling luidt als volgt:

In hoeverre is het wenselijk om de invloed van de ondernemingsraad uit te breiden ten aanzien van afspraken met de ondernemer, met name in overweging nemende de Betriebsvereinbarung uit het Duitse medezeggenschapsrecht?

Het is bij de beantwoording van deze vraag allereerst relevant dat de ondernemingsraad een andere rol heeft dan de Duitse Betriebsrat. De instemming van de ondernemingsraad kan opzij worden gezet door de kantonrechter, en anderzijds beslist in Duitsland de Betriebsrat ook over individuele personeelsbeslissingen. Op basis van het hiervoor vastgestelde en dat de Betriebsrat bovendien een initiatiefrecht heeft, kan worden gezegd dat de Betriebsrat een bredere basisbevoegdheid geniet op basis van de wet.

Hiernaast geldt wel dat de ondernemingsraad over primaire arbeidsvoorwaarden afspraken kan maken met de ondernemer. Hiertoe zijn geen bijzondere beperkingen, tenzij ondernemer en werknemer gebonden zijn aan een cao. Wat dat betreft heeft de ondernemingsraad een aanmerkelijk bredere bevoegdheid dan de Betriebsrat tot het maken van afspraken over deze arbeidsvoorwaarden. De bredere basisbevoegdheid die de Betriebsrat had, is door de wettelijke beperking geminimaliseerd. De Betriebsrat mag dan wel gunstigere afspraken kunnen maken met de ondernemer in het kader van haar instemmingsrechten, verder heeft zij deze bevoegdheid geheel niet. De ondernemingsraad mag echter bij minimumcao's aanvullende afspraken maken, hoewel hierover geen instemmingsrecht of adviesrecht wordt genoten wanneer de cao al inhoudelijk voorziet.

De meest belangrijke overweging is echter de directe doorwerking, die de ondernemingsovereenkomst niet en de Betriebsvereinbarung wel heeft. Deze doorwerking wordt aan de ondernemingsovereenkomst onthouden, omdat de ondernemingsraad niet een vergelijkbare positie heeft als de vakbonden. Reeds in §4.3.2 is uiteengezet dat mijns inziens individuele contractsvrijheid niet een gegrond argument is tegen deze doorwerking. Net zo min als dat gebondenheid aan een algemeen verbindend verklaarde cao problematisch is, hoeft dit zo te zijn voor direct doorwerkende ondernemingsovereenkomsten. Ook zogenaamde ondeskundigheid en onderhandelingsonbekwaamheid is naar mijn idee niet een onoverkomelijk probleem. De afhankelijkheid van de ondernemingsraad van de ondernemer is daarnaast wel een punt dat zich niet direct leent voor een eenduidige oplossing. Daartegenover kan worden gesteld dat bij het overeenkomen van een individuele arbeidsovereenkomst en de daarin geïncorporeerde voorwaarden, de individuele werknemer als nog meer afhankelijk kan worden bestempeld.

De ondernemingsraad heeft in vergelijking met de Betriebsrat een grotere bevoegdheid tot het sluiten van ondernemingsovereenkomsten, maar directe doorwerking van deze overeenkomsten zou niet direct afbreuk doen aan de arbeidsvoorwaardenvorming op vakbondsniveau. In Nederland geldt (zoals ook in Duitsland) dat wanneer sprake is van gebondenheid aan een cao die het onderhavige onderwerp reeds regelt, afwijking van deze cao niet is toegestaan. Zijn partijen op ondernemingsniveau aangesloten bij een cao, dan kan een ondernemingsovereenkomst dus in beginsel geen soelaas bieden. Een additionele waarde betreft hierbij art. 14 Wet cao, op basis waarvan de ondernemer verplicht is de cao ook op niet-gebonden werknemers toe te passen. Het collectief maken van afwijkende afspraken lijkt hiermee in strijd te zijn. Bovendien kan een cao die voorziet in een bepaalde regeling het instemmings- en adviesrecht van de ondernemingsraad ontnemen.

Een kenmerkend verschil tussen beide landen betreft het geval wanneer de ondernemer niet weet dat hij gebonden is aan voorwaarden die gewoonlijk geregeld zijn bij een cao waaraan hij niet eens gebonden is. In Duitsland zou hij in een dergelijke situatie nietige afspraken maken hieromtrent met

de Betriebsrat. In Nederland zou dit echter niet het geval zijn. Dit bevordert – met name in cao-loze ondernemingen – de rechtszekerheid met betrekking tot gesloten ondernemingsovereenkomsten.

Overigens betreft een ander belangrijk verschil het Günstigkeitsprinzip. Afwijking van de cao ten positieve van de werknemer is in Nederland enkel mogelijk bij minimumcao's. Er bestaat geen aanleiding om deze mogelijkheid verder uit te breiden. Het lijkt niet direct in het Nederlandse medezeggenschapssysteem te passen om dit anders in te voeren, ook niet ten aanzien van de instemmingsrechten van de ondernemingsraad.

Er kan aldus worden gezegd dat het primaat van de cao voldoende beschermd blijft, ook indien de ondernemingsovereenkomst directe doorwerking geniet. Op deze wijze kunnen ook op eenvoudige en eenduidige wijze collectieve afspraken worden gemaakt, met name indien geen cao van toepassing is. Ter illustratie is van belang dat in Duitsland zelfs afspraken op ondernemingsniveau worden gemaakt die in strijd zijn met de cao (Bündnisse für Arbeit), hetgeen in de praktijk tot weinig problemen lijkt te leiden. Hierbij moeten – indien mogelijk – wel waarborgen worden gesteld ten aanzien van de afhankelijkheid van de ondernemingsraad.

Tenslotte moet worden vermeld dat een grotere betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaardenvorming een positieve invloed heeft in dit proces. De ondernemingsraad is een toegankelijk, laagdrempelig en meer op ondernemingsniveau betrokken orgaan dan enigerlei vakbond. Ondernemingsovereenkomsten die door dit orgaan worden gesloten zijn dan ook op de wensen van de onderneming toegespitst, waardoor dit meer gelegitimeerd zou kunnen worden door de betrokken werknemers.

De Nederlandse regering heeft eerder aangegeven dat de invoering van de ondernemingsovereenkomst een stap verder is in de richting van het Duitse medezeggenschapsrecht. Thans lijkt echter individuele contracts- en organisatievrijheid niet een sterk tegenargument ten aanzien van het verder doorvoeren van dit proces. Met name het invoeren van directe doorwerking van ondernemingsovereenkomsten lijkt niet te leiden tot problemen. Het voorgaande kan zeer wel wenselijk zijn binnen de groeiende roep naar flexibiliteit en maatwerkregelingen. Het is daarom – met inachtneming van het voorgaande – wenselijk om de invloed van de ondernemingsraad uit te breiden ten aanzien van afspraken met de ondernemer, met name in overweging nemende de Betriebsvereinbarung uit het Duitse medezeggenschapsrecht.

* * *

Bibliografie

I.P. Asscher-Vonk, W.H.A.C.M. Bouwens en H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Asser/Heerma van Voss 7-V*, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008

A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden: een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999, p. 4-12

R. Blanpain (red.), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International 2005

B. Bon, 'De lading kan omgevlagd. Het incorporeren van ondernemingsovereenkomsten in cao's', *SR* 1999/10

T. Dieterich, P. Hanau en G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011

J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Paris 2008

W. Dütz, *Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2008

W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004

P. Hanau en K. Adomeit, *Arbeitsrecht*, Berlin: Luchterhand 1994

G.J.J. Heerma van Voss, De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst, in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU 2006

G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8

P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004

P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998, p. 207-214

P.F. van der Heijden en A.C.B.W. Doup, *Medezeggenschap per convenant*, 's-Gravenhage: Sdu 1991

P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995

C. Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005

A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922

A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993

A.Ph.C.M. Jaspers, 'De permanente vraagstukken in het cao-recht', *SR* 2008, 69

S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden*, Deventer: Kluwer 2003

E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2007

A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996/3

H. Massa-Wirth en H. Seifert, 'German pacts for employment and competitiveness. Concessionary bargaining as a reaction to globalization and European integration?', *Transfer: European Review of Labour and Research* 2005/1

Ondernemingsraad (losbladig), Wet op de ondernemingsraden

B. Otten, 'De combinatie cao-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998/12

J.J.L. Pepers, 'De binding van werknemers aan decentrale ondernemingsovereenkomsten', *AR* 2002, 19

B. Rheder, 'Legitimitätsdefizite des Co-managements, Betriebliche Bündnisse für Arbeit als Konfliktfeld zwischen Arbeitnehmern und betrieblicher Interessenvertretung', *Zeitschrift für Soziologie* 2006-3

R. Richardi (red.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2008

G. Schaub, U. Koch & R. Linck, *Arbeitsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2002

L.C.J. Sprengers, 'Mondelinge ondernemingsovereenkomst', *SR* 2005/6

D. van der Steege, *Arbeidsvoorwaarden: werk aan de winkel*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004

A. Stege, 'De ondernemingsovereenkomst, de cao en de individuele arbeidsovereenkomst', *SR* 1999/10, p. 250-256

Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Wet op de ondernemingsraden

W.J.M. van Tongeren en C.H.J. van Leeuwen, 'De OR en arbeidsvoorwaarden', *AR* 1995, nr. 52

P.G. Vestering, "Afspraak is afspraak" gaat voor de or niet altijd op', *SR* 2007, 35

M. Weiss & M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008

W.A. Zondag, 'Naar meer maatwerk in de onderneming met de ondernemingsraad? Over de verhouding wetgeving, cao en ondernemingsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002/4