

## **Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen**

### **VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID<sup>2</sup>**

Vastgesteld 13 maart 2001

#### **1. Inleiding**

Tijdens de openbare behandeling van het wetsvoorstel Aanpassing arbeidsduur (Kamerstuk 26 358) op 8 februari 2000 is de regering door de leden der Kamer Hofstede en Stekelenburg verzocht een notitie uit te brengen over de rolverdeling overheid/wetgever versus de sociale partners/CAO-partijen, alsmede over de rolverdeling sociale partners/CAO-partijen versus medezeggenschapsorganen. Bij brief van 4 mei 2000 (zie EK 1999–2000, Nr. 222) heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de gevraagde notitie aan de Kamer toegezonden (zie EK 1999–2000, Nr. 222a).

De vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft na ontvangst besloten, alvorens haar voorwerp te maken van een gedachte-wisseling met de regering, de notitie voor te leggen aan een aantal deskundigen op het terrein van arbeidsrecht en arbeidsverhoudingen met het verzoek hun visie op de notitie op persoonlijke titel aan de commissie kenbaar te maken. De volgende deskundigen werden door de commissie aangeschreven:

mr. J.C.M.G. Bloemarts  
prof.mr. W.J.P.M. Fase  
prof.mr. A.J.C.M. Geers  
prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss  
prof.mr. L.H van den Heuvel  
prof.mr. M.G. Rood  
prof.mr. J.P. van den Toren

De commissie deelde bovengenoemde deskundigen mee in het bijzonder geïnteresseerd te zijn in hun opvattingen ten aanzien van twee nader omschreven aspecten:

- hoe verhouden zich de in de notitie geschetste juridische kaders (dwingend, driekwart-dwingend en semi-dwingend) tot de bestaande normen in het communautaire recht of tot andere toepasselijke verdragsrechtelijke normen (ILO-verdragen)?
- op basis van welke criteria zou kunnen worden bepaald in welke

<sup>1</sup> Voorgaand stuk is gedrukt onder nr. EK 222a, vergaderjaar 1999–2000.

<sup>2</sup> Samenstelling: Ginjaar (VVD), Jaarsma (PvdA), Veling (RPF/GPV), Van Leeuwen (CDA), Van den Berg (SGP), Hofstede (CDA), Bierman (OSF), Hessing (D66), Ruers (SP), Wolfson (*plv. voorzitter*) (PvdA), Lodders-Efferich (CDA), Swenker (VVD), Kneppers-Heijnert (VVD) (*voorzitter*) en De Wolff (GL).

gevallen het (regulerings-) primaat bij de overheid, dan wel bij sociale partners/medezeggenschapsorganen ligt?

Langs deze weg dankt de commissie de deskundigen nogmaals gaarne voor de door hen ingezonden schriftelijke reacties, die een goede bijdrage vormen voor een schriftelijke gedachtewisseling waarmee de commissie met het uitbrengen van dit verslag aanvangt. Zij dankt de deskundigen voorts voor hun instemming met haar voornemen de ingezonden bijdragen openbaar te maken. Daardoor werd het mogelijk deze bijdragen als bijlage bij dit voorlopig verslag op te nemen. Het bovenomschreven voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven de regering de navolgende opmerkingen en vragen voor te leggen met het verzoek deze van haar reactie te voorzien.

## **2. Opmerkingen en vragen van de fracties**

De leden van de **CDA**-fractie deelden mee met meer dan gewone belangstelling kennis te hebben genomen van bovengenoemde notitie. Vooruitlopend op een mogelijk debat met de regering hadden de leden van deze fractie er behoefte aan enkele vragen te stellen en enkele opmerkingen te maken.

In de notitie van de regering wordt node gemist dat geen beschouwingen worden gewijd aan internationale verdragen, zoals de ILO-verdragen inzake de vrijheid van organisatie en de vrijheid van onderhandelingen, en evenmin aan bepalingen van dezelfde strekking in het EVRM. Gaarne nodigden deze leden de regering uit hierop wat nader in te gaan.

De drie gradaties van wetgeving, zijnde dwingend recht, driekwart-dwingend recht en semi-dwingend recht worden duidelijk (opnieuw) besproken. Andere mogelijkheden van beïnvloeding door de overheid, zoals gerichte informatie, subsidieverlening en/of belastingmaatregelen blijven buiten beschouwing. Toch kunnen ook dat, al of niet in combinatie, gerichte instrumenten zijn. Wil de regering ook hierop reageren?

Uit de regeringsnotitie alsmede uit de bijdragen van de deskundigen blijkt duidelijk dat er geen eenduidige, scherpe en consequent beargumenteerde afbakening tussen de wederzijdse verantwoordelijkheden bestaat. Dat neemt niet weg dat de overheid gehouden is zorgvuldig om te gaan met het primaat van sociale partners inzake de arbeidsverhoudingen. Zo zegt Fase dat optreden van de wetgever slechts geïndiceerd is bij een duidelijke behoefte aan maatschappelijke bescherming, waarbij moet vaststaan dat het beoogde doel zonder wettelijke regeling niet tot stand komt (zie Fase punt 7 en 8). Rood zegt zelfs dat overheidsingrijpen aan de orde is als niet ingrijpen als onrecht wordt ervaren. (Rood blz. 1). Graag ontvangen deze leden een reactie van de regering, zo mogelijk met criteria voor overheidsingrijpen.

Enkele deskundigen, o.a. Van den Heuvel wijzen op een versterking van de positie van sociale partners in EG-verband. Is de regering het met deze zienswijze eens?

Ook wilden de leden van de CDA-fractie graag een commentaar op de stellingname van Bloemarts inzake de verhouding tussen de CAO en de OR. Op blz. 7 van zijn bijdrage worden daartoe twee keuzemogelijkheden voorgesteld, die de leden van de CDA-fractie zeer aanspreken. Een visie van de regering daarop wordt zeer op prijs gesteld.

Enkele hoogleraren pleiten in hun bijdragen voor meer bevoegdheden voor de medezeggenschapsorganen. De regering is daarvan, blijkens haar notitie, geen voorstander. Hoewel de leden van de CDA-fractie het denken van de regering hierin konden onderschrijven, wilden ze graag nader commentaar op dit punt.

Een aanvullende vraag is in dit kader of en wanneer de bevoegdheden van een medezeggenschapsorgaan in strijd zouden kunnen komen met de reeds genoemde ILO- en EVRM-normen.

Van der Toren wijst er op dat maatschappelijke problemen vaak wat meer tijd nodig hebben om via de weg van de CAO tot een oplossing te kunnen komen. Is de regering het daarmee eens? Hij wijst ook op de positie van de centrale organisaties van sociale partners, die relatief zwakker zou worden bij ingrijpen door de overheid.

Tenslotte deelden de leden van de CDA-fractie mee behoefte te hebben aan de zienswijze van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de rol van sociale partners en van medezeggenschapsorganen in het kader van de discussies inzake corporate governance.

De leden van de **VVD**-fractie deelden mee met belangstelling de brief van de minister van SZW dd. 4 mei jl (EK 1999–2000, nr 222) te hebben gelezen en willen graag van de gelegenheid gebruik maken daarover met de minister van gedachten te wisselen c.q. hem enkele vragen te stellen.

In discussie is de relatie tussen de wetgever, de sociale partners dan wel het medezeggenschapsorgaan bij de arbeidsverhoudingen met andere woorden de discussie gaat om de verhouding tussen wetgeving, collectieve regelingen en (de ruimte voor) maatwerk. Afgezien van gevallen waarin de wetgever door internationale verdragen tot dwingende wetgeving is verplicht, heeft hij de keuze hoe aan het arbeidsrecht inhoud te geven: (driekwart-)dwingend, semi- dwingend of aanvullend. De leden van de VVD-fractie zouden graag van de minister willen vernemen welk *soort* criteria er naar zijn mening is om te beoordelen welk type regeling geëigend is?

Wat vindt de minister van het referentiekader van Fase (zie zijn brief aan de kamercommissie SZW dd. 31 augustus 2000 sub 8 en 9) die ervan uitgaat dat voor regelend optreden van de wetgever vereist is dat een belangrijk maatschappelijk onderwerp in het geding is waarvoor wettelijke regeling een doelmatig en geschikt middel is en welk beoogd doel zonder wettelijke regeling niet tot stand komt.

De wet moet dus kunnen rekenen op een breed maatschappelijk draagvlak, moet uitvoerbaar en handhaafbaar zijn en geen ongewenste neven-effecten hebben, noch tot averechtse effecten leiden. Tot zover Fase.

Is de minister het met de leden van de VVD-fractie eens dat de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA), welke wet leidde tot de door Hofstede en Stekelenburg gestelde vragen, in elk geval niet voldoet aan het hierboven sub b gestelde?

Bij de behandeling in de Eerste Kamer heeft de VVD-fractie betoogd dat het (emancipatorische) doel van de wet, nl. de combinatie van arbeid en zorg, al voor het aanvaarden van het wetsvoorstel verzuimd was. De staatssecretaris zei nl. tijdens de Tweede-Kamerbehandeling, dat «het doel van de WAA het in het leven roepen is van een recht ongeacht de motieven van de werknemer». De wet maakt in de praktijk andere toepassingen mogelijk dan waarvoor zij is bedoeld. Daarmee stuurt de wetgever niet meer naar het (oorspronkelijk) beoogde doel en kan de wet, bij gewijzigde omstandigheden een ongeleid projectiel worden dat net zo goed een verslechtering van de combinatie arbeid en zorg kan bevorderen. Met andere woorden, de regeling kan in bepaalde omstandigheden een averechtse werking hebben. Er komen bijvoorbeeld steeds meer deeltijdbanen. In situaties dat het economisch slecht gaat, is het niet ondenkbaar dat meer mensen uitbreiding van hun arbeidsduur zullen vragen waarmee de zorgtaken onderdruk kunnen komen te staan. Gaarne ontvangen deze leden een reactie van de minister.

Voor wat betreft de positie van de OR merkte de minister op (p. 5) dat «vooral in sectoren zonder cao- en vakbondstraditie voorbeelden te vinden zijn waar de OR zelf onderhandelt over een CAO». Deze zinsnede

riep bij de leden van de VVD-fractie vragen op ondanks de daaropvolgende (geruystellende?) zin dat er geen sprake van is dat op grotere schaal cao-onderhandelingen door ondernemingsraden overgenomen zijn. De leden van de VVD-fractie zouden graag willen weten wat de minister bedoelt? Immers, volgens de wet op de CAO kan aan de zijde van de werknemers alleen een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers een CAO afsluiten en bovendien moeten de statuten van de vereniging de bevoegdheid tot het aangaan van cao's met name noemen. Ondernemingsraden voldoen niet aan deze eis.

Wat vindt de minister *principieel* gezien van cao's (bijv. in de IT-sector) waarin bepalingen voorkomen die inhouden dat op decentraal (werkmaatschappij) niveau tot stand gekomen overeenkomsten met de OR geacht worden onderdeel te zijn van de cao en derhalve dezelfde rechtskracht hebben als artikelen in de CAO<sup>1</sup>. Via een omweg krijgen ondernemingsovereenkomsten zo toch automatische doorwerking binnen de individuele arbeidsovereenkomst van de georganiseerde werknemer. Omdat de organisatiegraad in de IT-sector niet hoog is, is de feitelijke aantasting van de individuele vrijheid in casu gering. Wat zou de minister ervan vinden als deze ontwikkelingen zich ook in andere sectoren zouden voordoen?

De leden van de fractie van de **PvdA** deelden mee hun inbreng te willen beperken tot enkele hoofdvragen omdat de notitie in hoofdlijnen hun instemming kan hebben.

De leden van de fractie van de PvdA waren van mening dat het instrument waarbij de wetgever private partijen in de gelegenheid stelt eerst zelf een regeling te treffen waarbij het uitblijven daarvan alsnog wettelijke regulering zal kunnen plaatsvinden, in bepaalde situaties adequaat kan zijn. Zij wezen daarbij op de Europese Ondernemingsraad en op de Wet Medische Keuringen. Deelt de regering deze opvatting? Deze leden zeiden van opvatting te zijn dat het instrument van de Algemeen Verbindend Verklaring (AVV) ook van toepassing zou moeten zijn op overeenkomsten van sociale partners die op centraal niveau zijn overeengekomen. Deze regeling kennen bijv. onze zuiderburen. Acht de regering dit ook een begaanbare weg in de Nederlandse arbeidsverhoudingen?

De Wet op de bedrijfsorganisatie geeft het bestuur van een product- of bedrijfsschap de bevoegdheid voorschriften te geven bij verordening. De SER heeft die bevoegdheid niet. De heer Bloemarts stelt in zijn bijdrage voor bij wet aan de SER de bevoegdheden te verlenen zelf een regeling te treffen (b.v. onder goedkeuring van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid). De SER zelf heeft in zijn advies inzake herziening van de Fusiecode geadviseerd de SER de bevoegdheid te geven een verordening betreffende de bescherming van de werknemersbelangen bij fusies te treffen. De leden van de PvdA-fractie wilden graag weten wat de regering daarvan vindt.

Deze leden waren de opvatting toegedaan, dat met het toekennen van rechten op het terrein van de arbeidsvoorwaarden aan een medezeggenschapsorgaan voorzichtig moet worden omgegaan, vanwege de verschillen in posities, o.a. ten aanzien van bevoegdheden en professionaliteit deze opvatting deelt.

Uit de notitie, maar ook uit andere beleidsstukken stelden deze leden vast dat de regering deze opvatting deelt. Hoe waardeert de regering dan de toename van bevoegdheden van de medezeggenschapsorganen op diverse terreinen die met de arbeidsvoorwaarden te maken hebben. Levert dat geen spanning op met het eerste deel van deze stelling?

---

<sup>1</sup> Zie A.G.M. Bijlsma (1999) «De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden; een modern samenspel binnen de IT-sector», Sociaal Recht pp. 4–12.

De PvdA-fractie was van opvatting dat met name op de terreinen waar sociale partners nogal verschillen van opvatting hebben en die toch emancipatorisch van groot belang zijn, wetgeving bepaald een belangrijke bijdrage kan leveren bij het realiseren van bijv. een goede arbeid- en zorgwetgeving.

Deelt de regering deze opvatting?

Wanneer is er sprake van dat toch zelfregulering een wenselijker weg is dan wetgeving?

De leden van de fractie van **GroenLinks** deelden mee met belangstelling te hebben kennisgenomen van de notitie, die voortvloeit uit de behandeling door deze Kamer van de Wet aanpassing arbeidsduur in februari 2000.

Ten aanzien van de verhouding tussen regulering bij CAO en regulering door middel van het instrument van instemming door de OR willen deze leden de regering een aantal overwegingen voorleggen.

In de afgelopen jaren is in een drietal wetten de constructie van het zogenoemde 2/3-dwingend recht aangebracht: in de Arbowet, de Arbeidstijdenwet en in de WAA. Daarbij is de vormgeving van de mogelijkheid om van dwingendrechtelijke bepalingen af te wijken na verkregen instemming van de OR telkens op verschillende wijze is vormgegeven.

Bij deze wetten is volgens de leden van deze fractie verzuimd om in principiële zin na te gaan wat de hiërarchie is tussen de CAO en een regeling met de OR. De leden van de fractie van GroenLinks zijn van oordeel dat aan die hiërarchie recht zou moeten worden gedaan door de mogelijkheid om van dwingend recht af te wijken door middel van een akkoord met een OR slechts toe te staan waar hetzij een CAO ontbreekt, hetzij een CAO uitdrukkelijk bepaalt in hoeverre afwijking van dwingend recht door middel van zo'n akkoord mogelijk is. Kan de regering zich in een dergelijke invulling van het begrip complementariteit vinden?

Is de regering het voorts met deze leden eens dat waar het gaat om de eventuele verdere verbreiding van de constructie dat de werkgever na instemming door de OR van dwingendrechtelijke bepalingen na afwijken enige terughoudendheid geboden is?

Zeker waar de afwijkingsmogelijkheid niet alleen betrekking heeft op de ondernemingsraad bij grotere bedrijven, maar tot dusverre ook betrekking heeft op de personeelsvertegenwoordiging kan de zelfstandigheid en deskundigheid van zo'n medezeggenschapsorgaan wellicht overschat worden.

Is de regering het met deze leden eens dat de complexiteit van het arbeidsrecht door de tot dusverre gekozen uiteenlopende vormgeving onnodig is toegenomen en dat het wenselijk ware meer aandacht te besteden aan de vormgeving van deze afwijkingsbevoegdheid?

Is de regering bij nader inzien bovendien niet met de leden van de fractie van GroenLinks eens dat de stelling dat een akkoord met de OR niet rechtstreeks doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst niet steeds houdbaar is. Is het niet met name in de in de WAA gekozen afwijkingsconstructie wel degelijk zo dat een werknemer een wettelijk recht misloopt indien de werkgever daarvoor van de OR de instemming heeft verkregen?

Deelt de minister de visie dat door deze vormgeving de vrijheid van vakvereniging en van collectief onderhandelen door de vakbonden in gevaar kan worden gebracht? Ziet de regering in de WAA-constructie met de leden van de fractie van GroenLinks een afwijking van de nog bij de

herziene WOR gekozen lijn dat de OR niet de bevoegdheid zou moeten krijgen een individuele werknemer te binden?

CAO's dragen soms bevoegdheden tot nadere regelgeving over aan ondernemingsraden. De CAO-sluitende partijen willen daarmee bewerkstelligen dat op bedrijfsniveau maatwerk geleverd wordt en beogen een zelfde binding van werkgevers en individuele werknemers tot stand te brengen als wanneer deze regels in de CAO zelf te vinden waren. Meent de minister dan een dergelijke middellijke vorm van regulering dezelfde kracht heeft als een CAO-bepaling, of zou hiervoor een wijziging van de Wet CAO of de WOR aanbeveling verdienen?

Enkele van de deskundigen die de Commissie heeft geraadpleegd hebben opmerkingen gemaakt over alternatieve vormen van regulering. Zo is onder meer verwezen naar de mogelijkheid van nationale, al dan niet algemeen verbindend verklaarde CAO's, die een flexibeler instrument kunnen vormen dan wetgeving en waarvoor Europese Richtlijnen wellicht ook sneller geïmplementeerd zouden kunnen worden. Heeft de regering een opvatting over de (on)wenselijkheid van zo'n nationale CAO?

De leden, behorende tot de fractie van **RPF/GPV**, sprekende mede namens de leden van de **SGP**-fractie, zouden graag een reactie willen op de opvatting van prof. Heerma van Voss die het wenselijk acht «in meer gevallen de ondernemingsraad een rol toe te kennen in het juridische kader van het arbeidsrecht, ook waar het individuele arbeidsovereenkomsten betreft» (p. 3). Deze vraag staat tegen de achtergrond van de notitie van de ministers van sociale zaken en werkgelegenheid en van justitie uit 1997.

Prof. Bloemarts constateert dat er geen helder criterium ten grondslag lijkt te liggen «aan de keuze van de wetgever om bepaalde regelingen wel en andere niet onder het instemmingsrecht van de OR te brengen» (p. 5).

Graag ontvangen deze leden een reactie van de regering.

In ons land bestaat – anders dan in sommige landen – geen mogelijkheid om een landelijk tussen sociale partners overeengekomen regeling algemeen verbindend te verklaren of publieke gelding te verlenen. Welke visie heeft de regering op dit punt?

Het Verdrag van Amsterdam maakt de invloed van de internationale sociale partners op de sociale politiek binnen de Europese Unie groter. Maken sociale partners gebruik van deze mogelijkheden? Hoe groot zal in de praktijk hun invloed zijn?

De voorzitter van de commissie,  
Kneppers-Heijnert

De griffier van de commissie,  
Nieuwenhuizen

J.C.M.G. Bloemarts  
Postbus 8456  
1005 AL Amsterdam

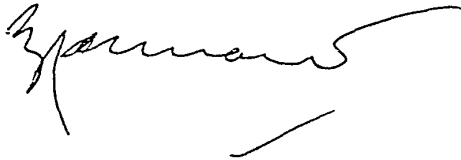
Amsterdam, 15 oktober 2000

**Aan de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
van de Eerste Kamer der Staten-Generaal**

Dames en heren,

Met bijgaande beschouwingen naar aanleiding van de 'Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen' van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (EK 1999-2000, nr. 222a) geef ik gevolg aan uw verzoek, gedaan bij uw brief van 11 juli 2000.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J.C.M.G. Bloemarts', with a long horizontal flourish extending to the right.

## De rol van de wetgever, de cao-partijen en het medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen

Enkele beschouwingen naar aanleiding van de desbetreffende notitie van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (EK 1999-2000 nr. 222a).

Joan Bloemarts

### 1. *Bestaat een 'reguleringsprimaat' van sociale partners?*

'Er bestaat geen eenduidige, scherpe en consequent beargumenteerde afbakening tussen wederzijdse verantwoordelijkheden. Het is immers juist eigen aan ons overlegmodel dat voor ieder "dossier" gezocht wordt naar complementariteit van beleid van overheid en sociale partners (en medezeggenschapsorgaan). Dit kan in de praktijk leiden tot verschillende "mixen" van regulering en zelfregulering, waarbij overheidsregulering de (verdere) zelfregulering zoveel mogelijk ondersteunt' (p.11)

Terecht wordt in de notitie niet de stelling betrokken dat er zoiets is als een vooraf gegeven 'primaat' van hetzij de overheid, hetzij de sociale partners bij de regulering van (elementen van) de arbeidsverhoudingen. Het bezigen van de term 'primaat' suggereert het voorhanden zijn van een aan politieke inzichten en preferenties ontheven beginsel dat de wijze van regulering in het domein van arbeidsverhoudingen zou moeten beheersen.

Voor de vraag of optreden van de wetgever geboden of juridisch aanvaardbaar is, verschillen de arbeidsverhoudingen mijns inziens niet principieel van andere maatschappelijke betrekkingen. Wel stellen de in de Grondwet en door Nederland geratificeerde internationale verdragen verankerde burgerlijke en sociale grondrechten grenzen aan de vrijheid van de wetgever om wel of juist niet op te treden.

Verdragsverplichtingen gebiedten Nederland de vrijheid van onderhandelen van werkgevers en werknemers te respecteren en de uitoefening van die vrijheid door passende maatregelen te bevorderen, een en ander met het oog op de totstandkoming van overeenkomsten betreffende arbeidsvoorwaarden. Deze vrijheid verzet zich ertegen, dat de overheid de regulering van arbeidsvoorwaarden aan zich trekt of – economische noodsituaties daargelaten – in de uitkomsten van de onderhandelingen ingrijpt teneinde de arbeidskosten voor werkgevers te drukken of ter wille van macro-economische doelstellingen. Zij staat niet in de weg aan optreden van de wetgever in het domein van de arbeidsverhoudingen ter realisering van legitieme doelstellingen van sociale politiek.

Een criterium of beginsel op grond waarvan aan de wetgever dan wel aan de sociale partners het primaat van regulering zou toekomen, kan dan ook niet aan de vrijheid van onderhandelen worden ontleend. Er laat zich binnen de arbeidsverhoudingen ook geen algemeen thematisch onderscheid aanbrengen dat indicatief zou behoren te zijn voor een reguleringsprimaat van de wetgever of de sociale partners.



De geschiedenis van de sociale wetgeving laat zien dat controverses over de taak van de wetgever opkwamen, werden overwonnen of weer de kop opstaken ten aanzien van de regulering van arbeidsomstandigheden, de sociale zekerheid, het arbeidscontract, (de rechtsgevolgen van) de cao, de medezeggenschap, correctie van onevenwichtige arbeidsrelaties, intimidatie en geweld in arbeidsverhoudingen, combineerbaarheid van arbeid en zorg, arbeidsduur en arbeidstijden enz..

## 2. *Criteria voor optreden van de wetgever?*

Kan dan wel in algemene termen worden aangeduid wanneer en in welke mate en op welke wijze interventie door de overheid als wetgever op het gebied van de arbeidsverhoudingen geboden dan wel wenselijk is?

De notitie acht de rol van de wetgever gelegen in het bieden van een minimum- of basisniveau van bescherming en ordening; voorts kunnen internationale verplichtingen nopen tot optreden (p. 2). Eerst vermeld criterium zegt eigenlijk niet meer dan dat de wetgever een bodem van bescherming kan bieden, maar geen plafond mag stellen aan uit vrije collectieve onderhandelingen resulterende bescherming. Dit is in overeenstemming met de verdragsnormen betreffende de vrijheid van collectief onderhandelen van werkgevers en werknemers, maar levert verder geen inhoudelijke indicatie op voor optreden van de wetgever noch voor de mate van intensiteit van dat optreden.

Eerste vraag is of de verantwoordelijkheid van de overheid als hoedster van het algemeen belang in het geding is. Hoewel het antwoord sterk beheerst wordt door politieke preferenties, zijn enige algemene gezichtspunten aan te duiden die bij de politieke oordeelsvorming gewicht in de schaal behoren te leggen, zoals:

- Arbeidsverhoudingen zijn machtsverhoudingen. Sociaal-economisch is de werkgever doorgaans de sterkere partij. De werknemer als individu staat doorgaans tegenover een institutie (onderneming, instelling, overheidslichaam) als werkgever. Dit vergt compensatie van machtsongelijkheid.
- Bij het verrichten van arbeid is de menselijke persoonlijkheid in het geding: lichamelijke en geestelijke integriteit, (maatschappelijke) verantwoordelijkheidszin, aspiratie tot ontplooiing van de persoonlijkheid, gelegenheid tot voorziening in eigen levensonderhoud. De in grondrechten uitdrukking vindende waarden en vrijheden verdienen ook in arbeidsverhoudingen bijzondere bescherming.
- Sommige grondrechten dienen niet slechts de volledige ontplooiing van de persoonlijkheid, maar hebben ook een maatschappelijke dimensie in die zin, dat zij democratisch burgerschap en maatschappelijke verantwoordelijkheidszin ondersteunen en zodoende, in arbeidsverhoudingen, maatschappelijk verantwoord functioneren van ondernemingen bevorderen. Ook om die reden moeten zij in arbeidsverhoudingen gekoesterd worden.
- Zijn algemeen erkende doelstellingen van sociaal-economische politiek in het geding: evenwichtige inkomensverdeling, volledige werkgelegenheid, sociale zekerheid, combineerbaarheid van arbeid en zorg, preventie van arbeidsongeschiktheid, gelijke behandeling in en bij de toegang tot de arbeid, bevordering van economische zelfstandigheid?
- Is in het licht van een of meer van de voorgaande gezichtspunten sprake van min of meer evidente misstanden of rechtsonzekerheid?
- Heeft de overheid ingevolge Grondwet of internationale verdragen een plicht tot regulering of een zorgplicht?

Voor zover internationale verdragen dan wel verordeningen of richtlijnen van de Europese Gemeenschap nopen tot een wel-bepaald overheidsoptreden, is daarmee de verantwoordelijkheid van de overheid gegeven.

De volgende vraag is of de verantwoordelijkheid van de overheid haar beslag moet krijgen in wetgeving en/of in de inzet van andere instrumenten (financiële of andersoortige incentives, voorlichting en overtuiging, faciliteiten voor overleg en bemiddeling enz.). Vraagt de aard van de materie om enigerlei normstelling, het opleggen van een verplichting of het creëren van een rechtsaanspraak, dan impliceert aanvaarding van verantwoordelijkheid dat de overheid als wetgever zorg draagt voor een juridische fundering. Het past dan niet daartoe een beroep op private partijen tot zelfregulering te doen of te verwijzen naar (niet bindende) aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid. Private partijen zijn niet gehouden aan een daartoe strekkende oproep gevolg te geven; zij hebben zonder specifieke wettelijke voorzieningen ook geen instrument in handen om een 'eenieder bindende' regeling tot stand te brengen.

Uiteraard kan de wetgever op goede gronden menen dat volstaan kan worden met introductie van een algemene norm of een basisregeling, het aan sociale partners overlatend al dan niet een nadere regeling te treffen. De wetgever kan eventueel aansluiting zoeken bij door de sociale partners zelf ontwikkelde of aanbevolen regels. De wettelijke regeling kan ruimte bieden tot afwijking bij cao of bij overeenstemming van werkgever en medezeggenschapsorgaan. Ook is onder omstandigheden denkbaar dat de wetgever private partijen in de gelegenheid stelt zelf een (aan bepaalde eisen voldoende) regeling te treffen met dien verstande, dat na verloop van een zekere termijn bij uitblijven van zo'n regeling een in de wet vervatte of krachtens de wet nog te treffen regeling zal gelden. Deze figuur heeft op EG-niveau toepassing gevonden in de richtlijn inzake Europese ondernemingsraden; in Nederland is zij toegepast in de Wet medische keuringen.

Ik deel dan ook ten volle hetgeen in de notitie wordt gesteld omtrent de complementariteit van wetgeving en zelfregulering door sociale partners (p. 11, eerste alinea).

### *3. Algemeenverbindendverklaring als publiek/privaat reguleringsinstrument*

Het meest gebruikte instrument van zelfregulering op het gebied van de arbeidsverhoudingen is de collectieve arbeidsovereenkomst. Door algemeenverbindendverklaring (avv) verkrijgen cao-bepalingen algemene gelding. De avv-figuur, materiële wetgeving in de vorm van een ministerieel besluit met algemene werking, biedt zo – in termen van de notitie – een specifieke mix van wetgeving en zelfregulering.

In Nederland ontbreekt de mogelijkheid om algemene werking te verlenen aan op centraal niveau tot stand gekomen overeenkomsten van de sociale partners. In sommige andere landen is daarin wel voorzien. Bepaald opvallend is dat hetzelfde instrument nog pas onlangs is opgenomen in het EG-verdrag (artikel 139, lid 2).

In België kunnen door de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties in het kader van de Nationale Arbeidsraad gesloten, zogenoemde 'nationale cao's' bij Koninklijk Besluit worden goedgekeurd en daardoor bindend worden voor alle werkgevers en werknemers.

De bepalingen van het EG-verdrag inzake de 'sociale dialoog' voorzien in de mogelijkheid dat door (op EG-niveau representatieve) sectorale dan wel centrale organisaties van werknemers en werkgevers gesloten overeenkomsten door een besluit van de Raad van Ministers direct (verordening) of indirect (richtlijn gevolgd door implementatie in de lidstaten) verbindend worden.

Een alternatieve vorm van publiek/private regulering biedt de Wet op de bedrijfsorganisatie (Wbo). Het instellingsbesluit (amvb) van een bedrijfs- of produktschap kan het bestuur – samengesteld uit personen die zijn benoemd door daartoe aangewezen ondernemers- en werknemersorganisaties – de bevoegdheid toekennen bij verordening voorschriften te geven inzake arbeidsvoorwaarden en andere sociale aangelegenheden. Aan een dergelijke (publiekrechtelijke) verordening ligt derhalve materieel overeenstemming ten grondslag tussen privaatrechtelijke organisaties.

Een overeenkomstige bevoegdheid komt niet, op centraal niveau, aan de SER toe. Denkbaar is evenwel dat bij wet aan de SER de (eventueel geconditioneerde) bevoegdheid wordt verleend om ten aanzien van een aangelegenheid bij verordening – onder goedkeuring van de minister van SZW – een regeling te treffen. De SER zelf heeft in zijn advies inzake herziening van de Fusiecode (april 2000) geadviseerd hem de bevoegdheid toe te kennen om bij verordening een algemeen verbindende regeling betreffende de bescherming van de werknemersbelangen bij fusies te treffen.

Bij ontbreken van de zojuist besproken instrumenten is in Nederland geen alternatief voor zuivere overheidswetgeving beschikbaar voor het treffen van regelingen met algemene werking voor alle werkgevers en werknemers.

Een dergelijk instrument zou voor de overheid van nut kunnen zijn. Acht zij normering van enig aspect van de arbeidsverhoudingen geboden of beseft zij dat de oplossing van een maatschappelijk probleem een bindend engagement van werkgevers en werknemers verlangt, dan zal zij alleen al met het oog op de effectiviteit van de te treffen regeling of maatregel belang hechten aan instemming en zelfbinding van sociale partners.

Bovendien, zou zo'n instrument wel ter beschikking staan, dan zou de overheid met meer recht druk op sociale partners kunnen uitoefenen om zelf een regeling te treffen.

Onverbindende aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid zouden niet meer een werkzaam alibi opleveren voor werkgevers of werknemers om met een beroep op de eigen verantwoordelijkheid te kunnen ageren tegen optreden van de wetgever, noch voor politici om de eigen verantwoordelijkheid te ontlopen.

Tegen dit instrument kunnen ook bedenkingen worden ingebracht. Het instrument komt neer op een open delegatie aan de minister van SZW of de Kroon om aan contractuele regelingen van de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties kracht van wet toe te kennen. Deze bedenking kan evenwel worden gerelativeerd voor zover de organisaties die de regeling tot stand brengen, representatief kunnen worden geacht voor degenen die erdoor gebonden zullen worden. Zijn belangen van derden in het geding of worden fundamentele waarden geraakt, dan moeten de betrokkenheid van de minister of de Kroon en rechterlijke toetsing borg staan voor respectering daarvan.

In ieder geval heeft deze bedenking niet in de weg gestaan aan eerder vermelde voorziening in het EG-verdrag.

#### *4. De positionering van de ondernemingsraad in het arbeidsrecht*

Met betrekking tot de positionering van de ondernemingsraad (OR) in het arbeidsrecht citeert de notitie een desbetreffende passage uit de van 1997 daterende notitie van de ministers van SZW en Justitie over de ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht. Na te hebben vastgesteld dat de OR in recente arbeidsrechtelijke wetgeving een grotere plaats heeft gekregen, spreken de bewindslieden daarin uit: 'Het is niettemin niet gewenst dat de ondernemingsraad direct de bevoegdheid krijgt individuele werknemers te binden. Dit zou een te grote breuk betekenen met de bestaande arbeidsverhoudingen, waarin de cao het kader vormt om collectief afspraken te maken die bindend zijn voor individuele werkgevers en werknemers'.

Ik deel deze stellingname van de bewindslieden. Er zij aan herinnerd dat de wetgever nog betrekkelijk recent – in het kader van de behandeling van wetsvoorstel 24615 dat leidde tot de in 1998 in werking getreden wijziging van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en tot vervanging van de regeling van het arbeidsreglement door artikel 613 in titel 7.10 BW – in deze zin heeft uitgesproken.

Daaraan lag mede ten grondslag een advies van de SER over 'Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR' (1994, nr. 6).

##### *a. Ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming*

De gelding van arbeidsvoorwaarden berust in ons rechtssysteem op een contractuele grondslag, de arbeidsovereenkomst, voor zover zij niet besloten liggen in meer of minder dwingende wetsbepalingen. In werkelijkheid heeft de arbeidsovereenkomst trekken van een 'adhesiecontract', waarnaar de werknemer zich bij indiensttreding en meestentijds ook lopende de dienstbetrekking feitelijk te voegen heeft. De hieruit voortvloeiende betrekkelijk eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden door de werkgever op individueel niveau wordt gecorrigeerd door de redelijkheid en billijkheid en, veel belangrijker, door collectieve onderhandelingen. Aan de uitkomst van deze collectieve onderhandelingen, de cao, komt reeds op grond van de in het verenigingsrecht besloten liggende mogelijkheid van contractuele ledenbinding doorwerking toe in de individuele rechtsbetrekking van de werkgever en de werknemer die lid zijn van de cao-partijen. In de Wet op de cao (Wcao) heeft deze ledenbinding een specifieke uitwerking gekregen.

Voorts vindt de feitelijk veelal eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden correctie in het instemmingsrecht van de OR. Ingevolge artikel 27 WOR heeft de OR instemmingsrecht ten aanzien van de vaststelling, de wijziging of de intrekking door de ondernemer van allerlei regelingen op sociaal gebied, voor zover de betrokken aangelegenheid niet al bij cao is geregeld. Tot deze regelingen behoren vanouds mede regelingen met een onmiskenbaar arbeidsvoorwaardelijk karakter, zoals die inzake beloningssysteem en functiewaardering, werktijden en vakantie, pensioenverzekering, winstdeling en sparen, aanstellings-, ontslag- en bevorderingsbeleid. Een helder criterium lijkt niet ten grondslag te liggen aan de keuze van de wetgever om bepaalde regelingen wel en andere niet onder het instemmingsrecht van de OR te brengen. In eerder vermeld SER-advies is daarom door een deel van de SER op mijns inziens goede gronden er voor gepleit aan de OR instemmingsrecht toe te kennen ten aanzien van alle bedrijfsregelingen van arbeidsvoorwaardelijke aard, voor zover regeling bij cao ontbreekt. De wetgever heeft daartoe evenwel niet besloten.

Wel gaf de wetgever met de in 1998 in werking getreden van de WOR een nadere uitwerking aan de al voordien bestaande wettelijke mogelijkheid dat ondernemer en OR in onderlinge overeenstemming uitbreiding geven aan de bevoegdheden van de OR. Zulke (in een geschrift neer te leggen) overeenstemming is thans in de wet benoemd als 'overeenkomst', in het spraakgebruik: 'ondernemingsovereenkomst'. De ondernemingsovereenkomst kan blijkens de bewoordingen van artikel 32 WOR betrekking hebben op uitbreiding van de bevoegdheden van de OR en/of de wijze van toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde. De OR kan op basis van artikel 36 WOR in rechte afdwingen dat de ondernemer zo'n overeenkomst nakomt.

In de vakliteratuur wordt wel aangenomen, dat ondernemer en OR ook ondernemingsovereenkomsten over arbeidsvoorwaarden kunnen sluiten. Hieraan ligt dan de redenering ten grondslag dat een dergelijke overeenkomst noodzakelijkerwijs een uitbreiding van het instemmingsrecht van de OR impliceert; zonder instemming van de OR kan de ondernemer namelijk geen wijziging brengen in de in die overeenkomst neergelegde regeling van arbeidsvoorwaarden.

Of een regeling van arbeidsvoorwaarden nu door de ondernemer met de door artikel 27 WOR vereiste instemming dan wel bij ondernemingsovereenkomst is vastgesteld, zij blijft arbeidscontractueel beschouwd een eenzijdige regeling. Aan een dergelijke regeling komt geen directe doorwerking toe in het individuele arbeidscontract, zo min als een cao rechtstreeks doorwerkt in de arbeidsovereenkomst van een werknemer die niet lid is van een werknemersorganisatie die partij is bij de cao. Desondanks kan aan zo'n met instemming van de OR of bij ondernemingsovereenkomst tot stand gekomen arbeidsvoorwaardenregeling rechtsgevolg verbonden zijn in de individuele rechtspositie, hetzij door een desbetreffend beding in de individuele arbeidsovereenkomst, hetzij door uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding door de werknemer, hetzij door een daartoe strekkend besluit van de werkgever op grond van een door hem in de arbeidsovereenkomst bedongen bevoegdheid tot wijziging van arbeidsvoorwaarden. De werkgever kan van een dergelijk wijzigingsbeding intussen slechts gebruik maken, indien hij daarvoor een zwaarwichtig belang heeft waarvoor het belang van de werknemer dat door die wijziging wordt geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (artikel 7:613 BW).

Toekenning van onmiddellijk arbeidscontractueel rechtsgevolg aan een met instemming van de OR of bij ondernemingsovereenkomst tot stand gekomen regeling zou een stap te ver zijn. Zij zou niet alleen strijdig zijn met de opzet van het arbeidsovereenkomstenrecht, maar ook op gespannen voet staan met de verdragsregels inzake de vrijheid van collectief onderhandelen, en overigens beleidsmatig onwenselijk zijn:

- De wetgever zou zodoende voet geven aan een potentiële verdringing van de cao door de ondernemingsovereenkomst als instrument tot vaststelling van arbeidsvoorwaarden. Dat zou zich niet verdragen met de in onder meer IAO-verdragen 87 en 98 en in het ESH besloten liggende verplichting om arbeidsvoorwaardenvorming door collectieve onderhandelingen tussen vrijelijk gevormde organisaties van werknemers en (organisaties van) werkgevers te bevorderen.
- De vrijheid van vakorganisatie van werknemers die hun rechtspositionele belangen behartigd willen zien door de vakbond van hun keuze, zou, hoewel formeel onaangetast, feitelijk worden gefrustreerd doordat zij krachtens de wet gebonden zouden worden door een orgaan, de OR, waaraan zij de regeling van hun contractuele rechtspositie niet wensen toe te vertrouwen.

- Het vermogen van sociale partners tot het door middel van het cao-instrument voeren van een arbeidsvoorwaardenbeleid dat mede georiënteerd is op algemene sociaal-economische belangen betreffende werkgelegenheid, arbeidsparticipatie, scholing en sociaal zekerheid zou worden aangetast.

*b. Ondernemingsraad en cao in het wettelijke arbeids(overeenkomsten)recht*

De wetgever heeft tot nu toe geen vaste hand gehad bij het toekennen van een rol aan de OR in het wettelijke arbeids(overeenkomsten)recht. In de notitie is uiteengezet, dat in de Arbeidstijdenwet (ATW), de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbowet) en in de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) een zekere ruimte is geschapen voor afwijking van de wettelijke voorschriften bij cao dan wel overeenstemming tussen werkgever en OR. Daarbij blijkt dat de onderlinge verhouding tussen afwijking bij cao en afwijking in overeenstemming tussen werkgever en OR steeds op andere wijze is vorm gegeven.

In de ATW is voorzien in de mogelijkheid dat de werkgever van de zogenoemde standaardnormen betreffende de maximale arbeidstijden en de minimale rusttijden afwijkt, mits hij blijft binnen de zogenoemde overlegnormen. Zo'n afwijking is toegestaan als zij berust op een cao-regeling. Voorts is toegestaan een afwijking die berust op schriftelijke overeenstemming van de werkgever met de OR (of ander wettelijk medezeggenschapsorgaan) *indien geen cao van toepassing is of indien de eventueel wel van toepassing zijnde cao al enigerlei regeling ten aanzien van de arbeids- en/of rusttijden geeft* (artikelen 1:3 en 1:4 ATW). In laatstbedoeld geval heeft een in overeenstemming tussen werkgever en OR tot stand gekomen regeling uiteraard geen effect voor zover zij in strijd is met de cao-regeling.

Op grond van de Arbowet kan bij amvb worden toegestaan dat, met inachtneming van de wettelijke 'doelvoorschriften', van de wettelijke 'middelvoorschriften' wordt afgeweken bij cao dan wel in overeenstemming tussen werkgever en OR (artikel 17). *Niet relevant is of een eventueel van toepassing zijnde cao met betrekking tot de betrokken aangelegenheid al enigerlei regeling bevat*, met dien verstande dat de in overeenstemming tussen werkgever en OR tot stand gekomen regeling natuurlijk geen effect heeft voor zover zij in strijd is met de cao-regeling.

Ingevolge de WAA kan van de voorschriften betreffende 'vermeerdering' van de arbeidsduur worden afgeweken bij cao, dan wel, *indien geen cao van toepassing is of een eventueel wel van toepassing zijnde cao terzake geen bepaling bevat*, bij schriftelijke overeenstemming tussen werkgever en OR.

Alleen al uit een oogpunt van inzichtelijkheid is het verschil tussen deze regelingen wat betreft de verhouding tussen cao en overeenstemming werkgever/OR hoogst ongelukkig. De duidelijkheid zou ermee gediend zijn als een consequente keuze was gemaakt uit de volgende twee eenvoudige wijzen van regeling:

- afwijking is mogelijk hetzij bij cao hetzij in overeenstemming tussen werkgever en OR;
- afwijking is mogelijk hetzij bij cao hetzij, voor zover de cao zulks uitdrukkelijk bepaalt, in overeenstemming tussen werkgever en OR.

In de eerste variant kan uiteraard bij cao de bevoegdheid van de werkgever tot afwijking in overeenstemming met de OR worden beperkt of uitgesloten. Bovendien behoort in deze variant een in overeenstemming tussen werkgever en OR tot stand gekomen regeling uiteraard geen effect te hebben indien zij in strijd is met de cao waaraan de werkgever gebonden is. In de tweede variant ontbreekt deze bevoegdheid als de cao er niet uitdrukkelijk in voorziet.

De tweede variant respecteert het meest zuiver de hiërarchie tussen (van boven naar onder) de wet, de cao, overeenstemming werkgever/OR en individuele arbeidsovereenkomst.

Het verschil tussen de eerste en de tweede variant komt tot uitdrukking in de positie van de werkgever of werkgeversorganisatie enerzijds en de werknemersorganisatie(s) anderzijds in de cao-onderhandelingen. In de eerste variant is de werknemerspartij de vragend partij als hij een beperking of uitsluiting wenst van de afwijkmogelijkheid op bedrijfsniveau; komt wegens het uitblijven van overeenstemming dienaangaande geen cao tot stand, dan kan niettemin op bedrijfsniveau (in overeenstemming werkgever/OR) worden afgeweken. In de tweede variant is de werkgeverspartij de vragende partij, indien hij een afwijkmogelijkheid op bedrijfsniveau wenselijk acht; komt wegens uitblijven van overeenstemming dienaangaande geen cao tot stand, dan rest de werkgever geen mogelijkheid tot afwijking op bedrijfsniveau. Naar mijn mening is dit verschil in onderhandelingsposities in de praktijk beperkt omdat immers de cao een *package deal* is over allerlei aangelegenheden ten aanzien waarvan elke partij nu eens de vragende dan weer de biedende partij is.

Verder ben ik van mening dat de in artikel 1:4 ATW opgenomen regeling ook overigens, afgezien van haar ingewikkeldheid, gekunsteld is. De bepaling dat ingeval een cao van toepassing is, afwijking in overeenstemming tussen werkgever en OR slechts mogelijk is *als de cao zelf al enigerlei regeling terzake van de arbeids- of de rusttijden bevat*, berust op de overweging, dat daarmee aan de cao-partijen een zeker regelingsprimaat wordt toegekend. De gedachtengang was deze, dat uit opnemings van enigerlei regeling inzake arbeids- of rusttijden in de cao blijkt dat de cao-partijen de arbeids- of rusttijden in de onderhandelingen hebben betrokken en dat zij, indien zij de mogelijkheid tot afwijking op bedrijfsniveau hadden willen beperken of uitsluiten, zulks wel geregeld zouden hebben.

Deze gedachtengang geeft geen blijk van inzicht in de realiteit van de cao-onderhandelingen. Dat in een cao enigerlei regeling inzake arbeids- of rusttijden is opgenomen, impliceert niet zonder meer dat beide partijen bewilligen in de mogelijkheid van afwijking van de wettelijk standaardnormen in overeenstemming tussen werkgever en OR. Denkbaar is ook dat de werknemerspartij er niet in geslaagd is een uitsluiting of beperking van die afwijkmogelijkheid in de cao opgenomen te krijgen maar daarvoor per saldo niet het tot stand komen van de cao op het spel heeft willen zetten. Omgekeerd sluit het ontbreken van enigerlei regeling inzake arbeids- of rusttijden in de cao niet uit, dat daarover is onderhandeld. Denkbaar is dat daarover wel degelijk, maar zonder resultaat is onderhandeld, terwijl geen der partijen daarin reden heeft gezien het tot stand komen van de cao op het spel te zetten.

### *c. Gevolgen voor de rechtspositie van de individuele werknemer*

In verband met de in de ATW, Arbwet en WAA voorziene mogelijkheid van afwijking van wettelijke voorschriften rijst de vraag welke rechtsgevolgen aan een dergelijke afwijking verbonden zijn voor de individuele werknemer.

Wat betreft de afwijking bij cao kan het antwoord geen ander zijn dan ten aanzien van driekwart-dwingende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht in titel 7.10 BW. De afwijking kan behelzen dat het wettelijk voorschrift – voor zover de wet daaraan overigens geen voorwaarden stelt – zonder meer geheel of gedeeltelijk buiten werking wordt gesteld. Zij kan ook (tevens) inhouden, dat in de plaats van het wettelijk voorschrift een daarvan afwijkend (cao-)voorschrift treedt.

Het buiten werking gestelde wettelijk voorschrift mist werking in de rechtsbetrekking tussen de werkgever en de werknemer die beiden aan de cao gebonden zijn, en het afwijkende cao-voorschrift geldt in hun betrekking onmiddellijk. Terwijl de cao geen rechtstreekse werking heeft in de rechtsbetrekking van de door de cao gebonden werkgever met een werknemer die geen lid is van een werknemersorganisatie die partij bij de cao is, wordt algemeen aangenomen dat de werkgever ook jegens een niet gebonden werknemer niet meer gehouden is tot inachtneming van de door de cao buiten werking gestelde wettelijke bepaling. Op grond van artikel 14 Wcao is de werkgever verplicht het in de plaats van het wettelijk voorschrift tredende cao-voorschrift ook toe te passen ten opzichte van de niet gebonden werknemer.

Indien de werkgever met de OR schriftelijk overeenstemming bereikt heeft over een toegestane afwijking van een wettelijk voorschrift, is de werkgever daarmee ontslagen van inachtneming van dat voorschrift. Voor de werknemer heeft dit tot rechtsgevolg dat hij jegens de werkgever niet langer een rechtsvordering tot naleving of tot schadevergoeding wegens niet-naleving van dat voorschrift heeft, rechtstreeks (WAA) dan wel indirect op basis van artikel 7:611 (goed werkgeverschap) of artikel 7:658 BW (zorgplicht werkgever voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden) (ATW en Arbowet).

In zoverre heeft overeenstemming tussen werkgever en OR over een toegestane afwijking van de wet dus een onmiddellijk effect op de rechtspositie van de individuele werknemer. Kras uitgedrukt opent de wet de mogelijkheid dat de OR bewilligt in een inbreuk op de door de wet aan de werknemer toegekende rechten.

Bereikt de werkgever met de OR, onder afwijking van het wettelijk voorschrift, overeenstemming over een door de werkgever toe te passen regeling, dan is deze regeling niet zonder meer bindend voor de individuele werknemer. Binding kan wel voortvloeien uit de wettelijk bevoegdheid van de werkgever tot het geven van werk- en ordevoorschriften (artikel 7:660 BW), uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding, dan wel uit een beslissing van de werkgever op basis van een door hem contractueel bedongen bevoegdheid tot wijziging van arbeidsvoorwaarden (artikel 7:613 BW).

Overeenstemming tussen werkgever en OR over een wettelijke toegestane afwijking ontnemt dus aan de individuele werknemer een hem door de wet toegekend recht. Het wettelijk recht in kwestie heeft dus een voorwaardelijk karakter; het geldt slechts zolang de OR niet bewilligt in het ontnemen van dat recht op verzoek van de werkgever.

Naar mijn mening is er grond voor terughoudendheid met toepassing van deze rechtsfiguur.

Ten eerste moet in de overwegingen worden betrokken of het wettelijk voorschrift in kwestie slechts strekt tot het toekennen van een recht aan de individuele werknemer, dan wel mede, of zelfs primair, een publiek doel of algemeen belang dient. Zo staat wel vast dat niet alleen de overleg- maar ook de standaardvoorschriften van de ATW en de voorschriften van de Arbowet mede strekken tot preventie van arbeidsongeschiktheid en tot bevordering van de arbeidsparticipatie, beide doelstellingen die de belangen van de werkgever en de werknemer te boven gaan. Betreft men daarbij dat de OR als orgaan van de onderneming niet minder dan de werkgever in zijn besluitvorming onderhevig is aan de concurrentiekrachten waaronder de onderneming zich moet zien staande te houden, dan is duidelijk dat de behartiging van de met het voorschrift nagestreefde doelstellingen niet zonder meer aan de OR kan worden toevertrouwd.

Ten tweede kan er niet eenvoudig van worden uitgegaan dat de OR voor het opgeven van de in het betrokken voorschrift besloten liggende rechten van de individuele werknemer adequate compenserende voorzieningen zal eisen. In het kader van afwijking van driekwart-dwingende



wetsbepalingen bij cao mag het vermogen daartoe worden verondersteld bij de onafhankelijke en professionele werknemersorganisaties die zich kunnen beroepen op de vrijheid van collectief onderhandelen met inbegrip van het recht van collectieve actie, wier blik verder reikt dan de bij de afzonderlijke onderneming betrokken belangen en die bij cao een regeling kunnen treffen die voor soortgelijke ondernemingen gelijkelijk geldt. Een zelfde mate van professionaliteit en vermogen tot onafhankelijk optreden kan bij de OR niet zonder meer worden aangenomen.

Zou verdere toepassing van de hier besproken rechtsfiguur in het kader van het arbeidsovereenkomstenrecht worden overwogen, dan moet – ten derde – in aanmerking worden genomen dat het gaat om een gecompliceerde rechtsfiguur. Wil de OR goed kunnen beseffen waarmee hij instemt, dan vergt dat, zacht uitgedrukt, enige kennis bij hem van het arbeidsrecht.

##### *5. Verhouding tot communautair en internationaal recht*

In paragraaf 1 van deze beschouwingen heb ik uiteen gezet dat de in onder meer de IAO-verdragen 87 en 98 en het ESH vervatte vrijheid van vakvereniging en van collectief onderhandelen zich – uiteraard, zou ik willen zeggen – niet verzetten tegen regulering van elementen van de arbeidsverhouding door de nationale wetgever ter realisering van legitieme doelstellingen van sociale politiek.

Het staat de wetgever in beginsel vrij te kiezen voor volledig, driekwart- of semi-dwingend recht ter regulering van onderscheiden elementen van de arbeidsverhoudingen. De vrijheid van de wetgever kan in dit opzicht zijn beperkt door specifieke verdragsrechtelijke of communautaire voorschriften. Slechts voor zover het verdrag, respectievelijk de communautaire verordening of richtlijn zelf ruimte scheppen voor afwijking van een voorschrift bij cao, bedrijfsregeling of individuele arbeidsovereenkomst, is het de nationale wetgever toegestaan daartoe op zijn beurt gelegenheid te bieden.

Als regel zijn verdragen en communautaire regelingen op het gebied van de arbeidsverhoudingen minimumregelingen ter bescherming van de werknemer of andere doelstellingen van sociale politiek, zodat het de nationale wetgever is toegestaan in zijn wetgeving te voorzien in een verder strekkende bescherming. Anders gezegd: indien het verdrag of de communautaire regeling afwijking bij cao (enz.) toestaat, kan de nationale wetgever niettemin – in plaats van deze ruimte binnen zijn jurisdictie aan de sociale partners ‘door te geven’ – opteren voor een volledig dwingende regeling.

De communautaire regelgeving – bijv. de van 1993 daterende Richtlijn inzake enkele aspecten van de organisatie van de arbeidstijd – staat soms afwijking toe bij (sectorale of intersectorale) collectieve arbeidsovereenkomst of ‘bedrijfsakkoorden’. Over de reikwijdte van de term bedrijfsakkoorden bestaat geen zekerheid; jurisprudentie daaromtrent van het EG Hof van Justitie ontbreekt bij mijn weten. Aangenomen moet wel worden, dat de term niet alleen doelt op de ondernemings-cao, maar tevens de ‘overeenkomst’ tussen werkgever en ondernemingsraad omvat, voor zover de wetgeving van de lidstaat in het sluiten van zulke overeenkomsten (op het door de betrokken communautaire regeling bestreken gebied) voorziet.

Het verdragsrecht noch het communautaire recht op het gebied van de arbeidsverhoudingen spreekt zich uit over het rechtskarakter en de rechtsgevolgen voor de individuele werknemer van de uitkomst van collectieve onderhandelingen tussen organisaties van werknemers en (organisaties van) werkgevers. Het collectieve-arbeidsovereenkomstenrecht is – binnen de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheid van vakvereniging en van collectief onderhandelen – tot op heden geheel een zaak van de nationale wetgever.

Dat geldt evenzeer voor het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van een ‘overeenkomst’ tussen de werkgever/ondernemer en het medezeggenschapsorgaan (‘ondernemings-overeenkomst’).

In paragraaf 4 onder a heb ik betoogd, dat het bij wet toekennen van rechtstreekse contractuele doorwerking, in individuele arbeidsovereenkomsten, van door de ondernemer met instemming van de OR of bij overeenkomst tussen ondernemer en OR vastgestelde regelingen op gespannen voet staat met de vrijheid van vakvereniging en van collectief onderhandelen.

Amsterdam, oktober 2000

Aan de Griffier van de vaste commissie  
Voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
De heer mr. drs. B. Nieuwenhuizen,  
Postbus 20017,  
2500 EA Den Haag.

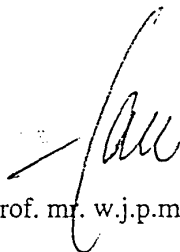
Tilburg, 31 augustus 2000  
Betreft: uw brief van 11 juli 2000

Zeer geachte heer Nieuwenhuizen,

In uw bovenvermelde brief verzocht u mij, mijn visie te geven op de Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorganen in de arbeidsverhoudingen. Daarbij vroeg u vooral aandacht te schenken aan een tweetal vragen.

Met bijgevoegde notitie voldoe ik aan uw verzoek.

Met gevoelens van hoogachting,



(prof. mr. w.j.p.m. fase)

Katholieke Universiteit Brabant,  
Postbus 90153,  
5000 LE Tilburg.

**NOTITIE INZAKE DE RELATIE TUSSEN  
WETGEVER, SOCIALE PARTNERS/MEDE-  
ZEGGENSCHAPSORGANEN IN DE AR-  
BEIDSVVERHOUDINGEN.**

1. Op het gebied van het arbeidsrecht heeft de wetgever altijd een prominente rol vervuld. Soms schrijft hij bepaalde minimumnormen dwingend voor, soms geeft hij een norm, waarvoor cao-partijen een eigen regeling in de plaats mogen stellen, soms geeft hij een regeling, die geldt als partijen bij de arbeidsovereenkomst daarvan niet afwijken. Ter bescherming van de werknemer (of soms vanuit een oogpunt van bewijsbaarheid) wordt soms de eis van geschrift gesteld. Sedert 1953 (bij de wijziging van het ontslagrecht) is het vierluik ontstaan van dwingend recht, driekwartdwingend recht, semidwingend recht en aanvullend recht. Hierdoor heeft de wetgever, afhankelijk van de mate waarin hij een bepaald doel wil bereiken, de keus uit verschillende modaliteiten van regeling, waarbij een afweging wordt gemaakt in hoeverre de contractsvrijheid in stand blijft.
2. De modaliteitskeuze verschilt al naar gelang het gewicht van het te regelen onderwerp. Het ligt voor de hand dat de wettelijke regeling van het minimumloon vrijwel volledig dwingend recht is. Bij het ontslagrecht is echter een grote rol voor cao-partijen weggelegd om tot eigen oplossingen te komen, die voor de wettelijke regelingen in de plaats komen. Deze afwijkingsmogelijkheid is verantwoord, omdat zonder instemming van de vakbeweging geen van de wet afwijkende regeling tot stand kan komen. Hierdoor is gewaarborgd, dat een voor de werknemers aanvaardbare alternatieve regeling wordt bereikt. Soms leent het onderwerp zich ertoe, dat daarover op individuele basis wordt onderhandeld, waarbij de semi-dwingende of aanvullende wettelijke regeling de onderhandelingspositie van de werknemer sterker maakt. Bij het ontbreken van overeenstemming zal de wettelijke regeling gelden.
3. Soms wordt aan een medezeggenschapsorgaan een instemmingsrecht gegeven ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden. Aangezien het instemmingsrecht de werknemer niet rechtstreeks bindt, maar slechts de onderhandelingsvrijheid van de werkgever met de werknemer normeert, is een dergelijk instemmingsrecht te zien als een extra waarborg voor de kwaliteit van de overeen te komen arbeidsvoorwaarden. Het instemmingsrecht van het medezeggenschapsorgaan kan echter verder strekken. Indien de werkgever in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding heeft doen opnemen, dan werkt de arbeidsvoorwaarde, waarover instemming is verkregen, automatisch door in de arbeidsovereenkomst. Weliswaar kan de werknemer bij de kantonrechter daartegen op komen, indien zijn belangen worden geschaad en het zwaarwichtige belang van de werkgever bij de wijziging daar niet tegen opweegt, maar de kantonrechter zal krachtens vaste jurisprudentie aan de instemming van het medezeggenschapsorgaan het vermoeden ontlenen, dat de wijziging redelijk en billijk is. De bewijslast van het tegendeel ligt dus bij de werknemer.
4. Kernvraag is welke rol de wetgever behoort te spelen in de arbeidsverhoudingen. Het gaat dan om de vraag, in hoeverre de wetgever de (collectieve) contractsvrijheid moet respecteren. Wetgeving beperkt immers die contractsvrijheid.

5. Het is buiten kijf, dat de wetgever een vloer in de arbeidsvoorwaarden mag leggen, dus het gebruik van de contractsvrijheid kan beperken. Hoewel het recht op collectief onderhandelen internationaal-rechtelijk verankerd is en ook zijn weerslag heeft gevonden in de Wet op de loonvorming, staat dat niet in de weg dat de wetgever minimumnormen schept. Dat kan niet worden gezien als een ongeoorloofde inbreuk op de collectieve contractsvrijheid. Vele internationale regelingen, zoals bijvoorbeeld een groot aantal ILO-verdragen, verplichten de nationale overheid zelfs bepaalde minimumnormen te waarborgen. Uit de internationale normstelling vloeit dus voort, dat minimumregelingen niet als een ongeoorloofde inbreuk op de collectieve contractsvrijheid worden gezien.
6. Minimumregelingen vormen derhalve geen aantasting van de collectieve contractsvrijheid. De vrijheid van gunstiger regelingen blijft normaal bestaan. Wel is als een aantasting te zien, als de overheid maximumgrenzen stelt of aan haar wetgeving een standaardkarakter geeft, waarvan niet mag worden afgeweken in voor de werknemer gunstige zin. Alsdan is er sprake van een ongeoorloofd ingrijpen in de collectieve contractsvrijheid.
7. Hierin is een belangrijk aanknopingspunt gelegen voor de overigens moeilijk te beantwoorden vraag onder welke omstandigheden de wetgever in de arbeidsverhoudingen mag ingrijpen teneinde bepaalde, gewenst of urgent geachte doeleinden te verwezenlijken. Wetgeving heeft vooral een beschermingsfunctie, met andere woorden, wetgeving moet vanuit dat oogpunt kunnen worden gelegitimeerd. Slechts bij een duidelijke maatschappelijke behoefte aan bescherming is optreden van de wetgever geïndiceerd. De mate waarin de wetgever inbreuk maakt op de (collectieve) contractsvrijheid, zal worden bepaald door de urgentie van het te bereiken doel.
8. Een werkbaar referentiekader voor het optreden van de wetgever zou mijns inziens het volgende kunnen zijn. Allereerst moet de vraag beantwoord worden of de regeling van een bepaald onderwerp maatschappelijk gezien van zo groot belang is, dat het noodzakelijk is, dat die regeling tot stand komt. In de tweede plaats moet de vraag onder ogen worden gezien of wettelijke regeling daarvoor een doelmatig en geschikt middel is. Tenslotte moet vaststaan, dat het beoogde doel zonder wettelijke regeling niet tot stand komt. Daarbij valt vooral te denken aan de situatie, dat sociale partners niet op eigen kracht tot adequate regelingen kunnen komen.
9. De (politieke) waardering van de noodzaak, urgentie of wenselijkheid van de regeling van een bepaald onderwerp staat voorop. De totstandkoming van de regeling is echter alleen een taak van de wetgever, indien de daadwerkelijke verwezenlijking van het beoogde doel met dit middel wordt bereikt. De wetgeving moet dus uitvoerbaar en handhaafbaar zijn en daarnaast kunnen rekenen op een breed maatschappelijk draagvlak. Ook moet de wetgeving geen ongewenste neveneffecten meebrengen, noch tot averechtse effecten leiden. Dat gevaar is groter, naarmate de regeling maatschappelijk minder onomstreden is. De wetgever moet bovendien slechts een onderwerp naar zich toe trekken, als hij de enige is, die het beoogde doel kan verwezenlijken. Een belangrijk aspect daarbij is, dat sociale partners via cao's en de algemeen verbindendverklaring ervan slechts viervijfde van de werknemers bereiken. Daardoor ontstaan bij cao-regelingen vrijwel onontkoombaar witte vlekken. Dat is voor sociale partners soms een reden de hulp van de wetgever in te roepen voor de regeling van een bepaald onderwerp, zodat een volledig bereik van alle arbeidsverhoudingen is gewaarborgd.

10. Binnen dit referentiekader laat zich ook inpassen, in hoeverre een regeling dwingend recht, dan wel driekwartdwingend recht dient te zijn. Bij het ontbreken van cao-afspraken geldt immers de wettelijke regeling. Afhankelijk van het gewicht van het onderwerp kan, al dan niet binnen zekere grenzen, aan cao-partijen de vrijheid worden meegegeven, eigen regels te stellen. Of er een begrensde of onbegrensde afwijkingsmogelijkheid bestaat, hangt af van de waardering van de beoogde doelstelling vanuit maatschappelijk perspectief.
11. Hoewel medezeggenschapsorganen in de meer recente wetgeving op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden een rol wordt toegekend, mag niet worden verheeld, dat zij geen gelijkwaardig alternatief vormen voor sociale partners. Allereerst is hun onderhandelingskracht beperkt, is het de werkgever, die hoofdzakelijk de onderhandelingsruimte bepaalt en bestaat een zekere huiver om zonder expliciet mandaat van de werknemers met regelingen in te stemmen, die hun rechtspositie regardereren. In de tweede plaats kan het medezeggenschapsorgaan de individuele werknemer niet rechtstreeks binden. Voorts beschikt het medezeggenschapsorgaan niet over een (bindend) mandaat van de betrokken werknemers. Tenslotte kan het medezeggenschapsorgaan, anders dan de vakbonden, niet door de werknemers worden teruggefloten.
12. Daarom moet met het aan medezeggenschapsorganen toekennen van rechten op het terrein van arbeidsvoorwaarden behoedzaam worden omgesprongen. Vaak zal het doorslaggevend argument voor toekenning van rechten behoren te zijn om nog enige collectieve werknemersinvloed te verwezenlijken, indien cao-afspraken ontbreken en de noodzaak vaststaat, dat de individuele werkgever een zekere keuzevrijheid ten aanzien van het betrokken onderwerp heeft. Het minder wenselijke alternatief zou zijn, dat hij eenzijdig beslist. Rechten van medezeggenschapsorganen zijn dus complementair en moeten wijken, zodra cao-partijen de regeling aan zich trekken.
13. Het bovenstaande laat zich als volgt samenvatten. Op het gebied van de arbeidsvoorwaarden ligt er een taak voor de wetgever, voor zover vanuit en oogpunt van bescherming van de werknemer de regeling van bepaalde onderwerpen, urgent of maatschappelijk gewenst is en zonder wetgeving die bescherming niet tot stand zou komen. Afhankelijk van het maatschappelijk gewicht van het onderwerp kan voor een van de vier modaliteiten (dwingend recht, driekwartdwingend recht, semidwingend recht of aanvullend recht) worden gekozen, bij welke beslissing ook de gewenst geachte eerbiediging van de (collectieve) contractsvrijheid een rol speelt.

Tilburg, 31 augustus 2000



Prof. mr. W.J.P.M. Fase

Mr.drs. B. Nieuwenhuizen  
Griffier vaste commissie Sociale Zaken en  
Werkgelegenheid Eerste Kamer  
Postbus 20017  
2500 EA Den Haag

Tot mijn grote spijt was ik door – onvoorziene – persoonlijke en zakelijke omstandigheden onvoldoende in de gelegenheid om het verzoek van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid om commentaar inzake de rolverdeling overheid/wetgever versus de CAO-partijen alsmede over de rolverdeling CAO-partijen versus medezeggenschapsorgaan (uw brief d.d. 11 juli 2000) tijdig te voldoen.

Wellicht dat ik op de valreep nog een enkele kanttekening mag maken.

1. In beginsel leveren de in de notitie geschetste juridische kaders in elk geval geen strijd op met communautair recht of andere internationale normen. Wél is – en zal – er een spanning bestaan tussen de aspiraties van de regering, namelijk meer maatwerk, te leveren door betrokken partijen zelf, aan de ene kant, en met name communautaire bepalingen inhoudende niet alleen doelvoorschriften, maar ook middelvoorschriften aan de andere kant. Dit geldt vooral het terrein van de arbeidsomstandighedenwetgeving en in mindere mate voor dat van de arbeidstijdenwetgeving. Illustratief voor de problemen op dit punt is de brief van staatssecretaris Hoogervorst over de relatie maatwerk–EG-richtlijnen (TK 1998-1999, 25 879, nr. 47 p. 2. Zie hierover ook mijn artikel 'Een bekoelde relatie? Nederland en het Europees arbeidsomstandighedenrecht, SMA 2000, p. 299-304).
2. Ik vind dat het belang van wetgeving in relatie tot de mogelijkheden van de CAO wordt onderschat. Juist voor zwakke werknemers kan wetgeving een belangrijke bondgenoot zijn. Ik doel dan met name op wetgeving met een emancipatorisch karakter zoals arbeidsomstandighedenwetgeving, medezeggenschapswetgeving, arbeid en zorgwetgeving. Het gaat daarbij om belangen die de overheid/wetgever zich moet aantrekken en die niet overgelaten mogen worden aan de sociale partners. Vaak hebben zij een grondrechtelijk karakter, wat een criterium zou kunnen zijn voor de keuze voor wetgeving. Het citaat van de Franse Dominicaner monnik Lacordaire, geciteerd in de nota van Fransen, Roethoef en Van Thijn inzake de opnering van individuele werknemersrechten bij de sociale grondrechten in de grond-

wet, zo'n 25 jaar geleden (IK 1975-1976, 13 873, nrs. 5-6, p. 21) geldt nog steeds: "In de strijd tussen het sterke en het zwakke is het de vrijheid die verdrukt, en de wet die bevrijdt."

Daar komt het volgende bij.

Ondanks fraaie toezeggingen en aanbevelingen zoals van de Stichting van de Arbeid worden veel onderwerpen niet of onvoldoende in de CAO geregeld. Zie bijvoorbeeld de toelichting bij het initiatiefwetsontwerp over een individueel klachtrecht voor werknemers of de noodzaak om de mogelijkheid tot arbeidsduurvermindering (in casu aanpassing) wettelijk te regelen. Vervolgens zijn er groepen werknemers die niet onder het bereik van een CAO vallen.

Wetgeving heeft ook andere voordelen.

Zij is in het algemeen duurzamer, geeft bekendheid, voorspelbaarheid en zekerheid aan werkgevers, werknemers en de rechter. En zijn het niet ook deze elementen die mede kunnen zorgen voor een goed investeringsklimaat? Het spreekt uiteraard vanzelf dat we het wél hebben over heldere, duidelijke, handhaafbare regelingen.

3. Terecht ligt, zeker voor wat betreft de primaire arbeidsvoorwaarden, het zwaartepunt bij de sociale partners/CAO-partijen. Ook kan ik me zeer wel vinden in de opvatting zoals verwoord in art. 27 lid 3 WOR. Maar als de zaak inhoudelijk niet geregeld is in de CAO, dan dient de ondernemingsraad te allen tijde een rol te spelen als het gaat om de mogelijkheid af te wijken van de wettelijke normen zoals bijvoorbeeld neergelegd in de Arbeidstijdenwet, Wet aanpassing arbeidsduur, Arbeidsomstandighedenwet. Dit betekent dat ik in het licht van de wenselijkheid/mogelijkheid om van de wettelijke normen af te wijken en de noodzaak daarbij van countervailing power de constructie van de Arbeidstijdenwet afwijst. Deze constructie komt er immers op neer dat als er wel een CAO is, maar daarin is niets geregeld over de arbeids- en rusttijden, dat dan automatisch de standaardregeling geldt. Afwijking – ook met instemming van de ondernemingsraad – is niet mogelijk.

(Overigens is de constructie in de Arbeidstijdenwet waarbij wél met instemming van de ondernemingsraad mag worden afgeweken nogal gezocht en ingewikkeld.) Overwogen dient te worden of de overeenkomsten met de ondernemingsraad in zo'n geval niet ook rechtstreeks zouden moeten doorwerken in de arbeidsovereenkomst.

Ik hoop met deze enkele lapidare opmerkingen nog enigszins tegemoet te zijn gekomen aan uw verzoek.

Hoogachtend,



Prof. mr. A.J.C.M. Geers

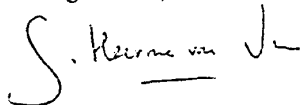
Universiteit Maastricht



Gaarne voldoe ik aan het verzoek van de vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer in uw brief van 11 juli j.l. om op persoonlijke titel mijn visie kenbaar te maken op de 'Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen' van minister Vermeend (*Kamerstukken I*, 1999-2000, nrs. 222 en 222a).

In de hoop u hiermee van dienst te zijn geweest, verblijf ik,

Hoogachtend,



G.J.J. Heerma van Voss

Hoogleraar sociaal recht

Universiteit Leiden

**Reactie op de Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen (Kamerstukken I, 1999-2000, nrs. 222 en 222a).**

Door: prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, hoogleraar sociaal recht Universiteit Leiden

**1. Rolverdeling sociale partners – medezeggenschapsorganen**

De in de notitie geschetste juridische kaders (dwingend, driekwart-dwingend en semi-dwingend recht) zijn gebaseerd op de notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht' uit 1997 (*Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 426, nr. 1). Destijds ben ik als raadgever van het Ministerie van Justitie bij de totstandkoming van dit stuk betrokken geweest. U zult dus begrijpen dat ik van mening ben dat deze passage een goede weergave vormt van het geldende recht op dat moment.

Inmiddels valt mede als gevolg van de Wet Aanpassing Arbeidsduur echter een nieuwe tendens te signaleren. Het gaat hierbij om vormen van dwingend recht waarbij slechts afwijking mogelijk is door collectieve partijen. In afwijking van het reeds lang aanvaarde zgn. driekwart-dwingend recht zijn deze collectieve partijen echter niet alleen de partijen bij de cao (werkgevers of werkgeversorganisaties enerzijds en vakbonden enerzijds). In de nieuwe situatie kan ook van de wet worden afgeweken door de werkgever met de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging. Deze mogelijkheid bestond al enigszins in de Arbeidstijdenwet, maar hier ging het vooral om afwijking van de wettelijke grenzen aan de arbeidstijden. In de Wet Aanpassing Arbeidsduur is het voor het eerst mogelijk geworden, dat op deze wijze wordt

afgeweken van een wettelijk recht van de werknemer ten nadele van de werknemer, in casu het recht op vermeerdering van de arbeidsduur.

Deze nieuwe mogelijkheid vormt mijns inziens het logische vervolg op de ontwikkeling van de medezeggenschap en de decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg. Deze stap van de wetgever vormt echter een opmerkelijke breuk met het bij de in 1998 ingevoerde herziening van de Wet op de ondernemingsraden ingenomen standpunt dat de ondernemingsraad niet de bevoegdheid zou moeten krijgen om individuele werknemers te binden. Dit was onder meer de reden waarom de regering bij die gelegenheid op aandrang van de Tweede Kamer een bepaling in het BW heeft ingetrokken, welke aan de cao en de ondernemingsraad een rol gaf bij de beoordeling van de noodzaak van wijziging van arbeidscontracten (art. 7:613 BW). Daarbij speelde overigens mee dat de rechtspraak de ondernemingsraad in die situatie reeds sinds 1988 een rol toekent.

Mijn opvatting is dat het inderdaad wenselijk is in meer gevallen de ondernemingsraad een rol toe te kennen in het juridische kader van het arbeidsrecht, ook waar het individuele arbeidsovereenkomsten betreft. De ondernemingsraad is met name in staat om maatwerk te leveren, waar veel zaken niet door cao's worden of kunnen worden bestreken. De ondernemingsraad kan per bedrijf beoordelen of aanpassing voor het bedrijf gewenst is. Per regeling dient dan bezien te worden of deze zich leent voor onderhandeling met de ondernemingsraad. Dit zal niet automatisch het geval zijn met iedere regeling die thans van driekwartdwingend recht is, bijvoorbeeld omdat men dan cao-onderhandelingen zou kunnen doorkruisen. Met name bij driekwartdwingend recht in het ontslagrecht en ten aanzien van de uitzendovereenkomst lijkt mij terughoudendheid gewenst.

Daarnaast zou opnieuw kunnen worden overwogen om aan de ondernemingsraad in art. 27 WOR een instemmingsrecht te geven op het gebied van de

arbeidsvoorwaarden. Op die gebieden waar geen cao van toepassing is, dient de werkgever dan met de ondernemingsraad te onderhandelen en kan hij niet eenzijdig maatregelen nemen. Dit kan ook het eenzijdige karakter van de huidige situatie wegnemen, waarin alleen voor de werknemer ongunstige zaken aan de ondernemingsraad worden toevertrouwd.

Voorts zou kunnen worden overwogen om aan de totstandkoming van overeenstemming met de ondernemingsraad voorwaarden te verbinden. Geëist zou kunnen worden dat de instemming schriftelijk geschiedt in de vorm van een zogenaamde ondernemingsovereenkomst als voorzien in artikel 32 WOR. Dit kan – net zoals bij de cao - twijfel uitsluiten over de uitdrukkelijke bedoeling van de ondernemingsraad om op de wettelijke regeling een uitzondering mogelijk te maken. Voorts bevordert dit de gedachte dat partijen door onderhandelingen tot overeenstemming dienen te komen door wederzijds geven en nemen.

De stelling in de notitie van de huidige minister dat de afspraken met het medezeggenschapsorgaan niet rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst (p. 9) is op zichzelf juist. De gevolgen voor de individuele arbeidsovereenkomst zijn echter zo verstrekkend, dat het hier een formaliteit betreft. Overweging verdient daarom om – conform de Duitse situatie – de ondernemingsraad de mogelijkheid te geven om in ondernemingsovereenkomsten ook individuele werknemers te binden. De waarborg dat dit niet het cao-overleg doorkruist is gelegen in artikel 27, lid 3 WOR, dat voorrang geeft aan cao-bepalingen. Een dergelijke bepaling zou uiteraard ook op ondernemingsovereenkomsten van toepassing dienen te zijn. Met een dergelijke mogelijkheid is met name de werknemer gebaat die zich op een ondernemingsovereenkomst wil kunnen beroepen. Dit is van belang omdat de huidige status van allerlei regelingen op ondernemingsniveau arbeidsrechtelijk vaak onduidelijk is. De werkgever wordt met deze mogelijkheid evenmin

geschaad: ook hij kan zich dan tegenover de individuele werknemer beroepen op de verplichtingen die eventueel met de ondernemingsraad zijn afgesproken.

Ten slotte is in dit kader van belang dat er in toenemende mate in cao's bevoegdheden tot nadere regeling worden toegekend aan de ondernemingsraad. Het meest duidelijke voorbeeld hiervan is de Grafimedia-cao. De juridische status van een aldus met de ondernemingsraad in het bedrijf gemaakte afspraak is echter niet onomstreden. Hoewel de cao-partijen beogen dat een dergelijke afspraak even bindend is als een bepaling in de cao, wordt door sommige auteurs gesteld dat dit niet het geval zou zijn. Het zou daarom wenselijk zijn dat de wetgever twijfel hierover wegneemt, door hetzij aan ondernemingsovereenkomsten bindende werking toe te kennen, of als dit te ver zou gaan, in elk geval de cao-partijen de bevoegdheid te geven regelgevende bevoegdheden over te dragen aan de partijen binnen de onderneming.

Het bovenstaande geldt in beginsel niet anders voor de zogeheten personeelsvertegenwoordiging in kleinere ondernemingen. In wezen is dit een ondernemingsraad met beperkte bevoegdheden. Omdat ook in kleinere ondernemingen behoefte kan bestaan aan de bedoelde afwijkingen dient ook de personeelsvertegenwoordiging deze mogelijkheid te hebben.

## **2. Rolverdeling overheid – sociale partners/medezeggenschapsorgaan**

Ten aanzien van de vraag op basis van welke criteria zou kunnen worden bepaald in welke gevallen het reguleringsprimaat bij de overheid, dan wel bij sociale partners/medezeggenschapsorganen ligt, is het mijns inziens onmogelijk om een scherpe en sluitende taakafbakening te geven. De cao-partijen en medezeggenschapsorganen zijn in principe vrij om in elk geval op elk gebied dat verband houdt met arbeidsvoorwaarden afspraken te maken. Dit volgt ook uit de

internationaal erkende en door Nederland aanvaarde beginselen van de vakverenigingsvrijheid en de vrijheid van collectief onderhandelen. Uiteraard kan de overheid hieraan grenzen stellen, die worden gerechtvaardigd door de noodzaak werknemers te beschermen of andere algemene belangen te dienen. De stelling dat bijvoorbeeld regelingen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden zonder meer aan cao-partijen over zouden moeten worden gelaten is te algemeen. Dat zou impliceren dat allerlei beschermende arbeidsrechtelijke wetgeving die thans bestaat ter discussie zou komen te staan, zoals het minimumloon, de arbeidsomstandighedenwetgeving, de sociale zekerheid enzovoorts.

Wanneer men toch een taakverdeling wil aangeven, dan zou men kunnen stellen dat de overheid minimumwaarborgen geeft. Het gaat daarbij om bescherming van *fundamentele rechten*. Hiertoe behoren regels ter bescherming van de minimaal gewenste levensstandaard (minimumloon, sociale zekerheid), maar ook procedurele rechten, zoals toegang tot de rechter en klachtenregelingen. Voorts zijn deze regels te baseren op internationale sociale rechten, zoals geformuleerd door de IAO, de EG, de VN, de Raad van Europa. Tot de taak van de sociale partners behoort dan de verdere *belangenbehartiging*, met name de onderhandelingen over gunstiger arbeidsvoorwaarden. Voor de sociale partners staat dan nog een zeer breed scala aan onderwerpen voor onderhandeling ter beschikking. Dat de overheid de Wet Aanpassing Arbeidsduur heeft vastgesteld valt in dit kader alleszins te verdedigen, omdat de overheid daarmee beoogt de werknemer de mogelijkheid te bieden arbeid en zorgtaken te combineren, hetgeen alleszins met grondrechten te maken heeft. Bovendien lukte het in het verleden onvoldoende om deze combinatie in het cao-overleg te garanderen. Ten slotte sluit de regeling nauw aan bij de EG-richtlijn inzake deeltijdarbeid.

### 3. Verhouding tot het Europese en internationale recht

Aandacht werd ook gevraagd voor de vraag hoe de in de notitie geschetste juridische kaders zich verhouden tot de bestaande normen in het communautaire recht of tot andere toepasselijke verdragsrechtelijke normen (zoals die neergelegd in IAO-verdragen).

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de Nederlandse juridische kaders in principe niet strijdig zijn met de internationale. Daar waar die kaders dwingende voorschriften bevatten, plegen die in Nederland te worden uitgevoerd door middel van dwingend recht.

Daarbij valt echter wel de kanttekening te maken dat Nederland niet altijd gebruik maakt van de mogelijkheden die internationale regelingen bieden om onderwerpen nationaal te laten regelen op ander niveau dan dat van de wetgever. Zo kunnen regelingen, zowel die van de IAO als die van de EG, dikwijls ook worden uitgevoerd door de sociale partners. Van belang is dan echter wel dat de wetgever garandeert dat deze regelingen ook in voldoende mate tot stand komen. Daarbij zijn in beginsel twee varianten denkbaar.

In de *eerste plaats* laat men regeling over aan cao-partijen en bepaalt vervolgens in de wet dat daar waar geen regeling geldt die voldoet aan de internationale term alsnog de wettelijke regel geldt. Deze situatie is enigszins te vergelijken met de regeling voor de Europese ondernemingsraad op grond van de Wet op de Europese Ondernemingsraden en de EG-Richtlijn ter zake. Ondernemingen kunnen hiervoor zelf een regeling treffen met hun werknemersvertegenwoordigers. Laten zij dit na dan geldt de wettelijke regeling. In de *tweede plaats* zou men de mogelijkheid kunnen openen dat nationale cao's tot stand komen, zoals die onder meer in België bestaan. Dit zou betekenen dat de landelijke organisaties van werkgevers en werknemers een cao zouden kunnen afsluiten die bindend is voor de leden van de aangesloten organisaties en die vervolgens ook algemeen verbindend kan worden verklaard. Hiertoe is wijziging van de Wet cao en de Wet op het algemeen verbindend verklaren en

onverbindend verklaren van cao's vereist. Het voordeel hiervan zou zijn dat meer zelfregulering mogelijk wordt en snellere invoering van internationaal recht, terwijl minder de noodzaak bestaat om alles bij wet te regelen. Uiteraard zou de wetgever altijd de vrijheid houden om regelgeving aan zich te trekken, wanneer dit noodzakelijk wordt geacht. Deze mogelijkheid zou tevens aansluiten bij het Europese model waarbij ook overeenkomsten tussen sociale partners worden gesloten, die dan door de Raad van Ministers bindend kunnen worden verklaard.

#### 4. Conclusies

De conclusies van het bovenstaande zijn de volgende.

- a. De Wet aanpassing arbeidsduur vormt wel een kleine stap naar een grotere rol voor de ondernemingsraad in het individuele arbeidsrecht, maar deze past in een al langer bestaande ontwikkeling. Deze zou nader kunnen worden gereguleerd.
- b. Regelgeving op het terrein van arbeid en zorg valt niet buiten de taak van de wetgever. Het staat sociale partners vrij om verdergaande regelingen te treffen.
- c. De Nederlandse arbeidsrechtelijke regelgeving past binnen internationale normen. Aansluiting daarbij zou kunnen worden versterkt door meer regelgevende bevoegdheid te geven aan sociale partners op nationaal niveau.

Leiden, 13 oktober 2000



Brief d.d. 16.10.2000

Rolverdeling overheid/ wetgever versus sociale partners/ CAO-partijen

In uw bovenvermelde brief formuleert u twee vragen naar aanleiding van de notitie van minister Vermeend van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Kamerstukken I, 1999-2000, 00033, nr. 222 en nr. 222a).

In de eerste plaats wenst u te vernemen of de uitgangspunten zoals die zijn verwoord in de notitie in overeenstemming zijn met het internationaal recht. Onze voorlopige indruk is, dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Bezien we de sociaalrechtelijke minimumnormen zoals die tot stand zijn gekomen in het kader van de ILO, dan valt op, dat vrijwel altijd de aangesloten landen de keuzevrijheid wordt gegeven deze normen te realiseren via dwingende wettelijke bepalingen dan wel via collectieve overeenkomsten. Voor het Europees Sociaal Handvest, dat is tot stand gebracht in het kader van de Raad van Europa, geldt hetzelfde. ILO-Conventies nrs. 87 en 98 gaan in die zin verder, dat ze dwingend overheidsingrijpen in het proces van totstandkoming van arbeidsvoorwaarden tussen sociale partners verbieden. Geen van de in notitie aangeduide ontwikkelingen geeft overigens aanleiding om te veronderstellen dat deze Conventies worden overtreden. Hiermee is, zo realiseren wij ons, geen volledig beeld gegeven van de rol van de sociale partners. Ook de notitie van de minister doet dat niet. Weliswaar worden daarin een aantal recente wetten genoemd waarbij aan de sociale partners een rol wordt toegekend maar aan eerdere ontwikkelingen wordt voorbijgegaan, zoals bijvoorbeeld de Woestijnwet en Raad op Maat waarbij de adviserende rol van de sociale partners wordt teruggedrongen.

Wat betreft het communautaire recht zou men erover kunnen twijfelen of de relatieve rol van de sociale partners in de totstandkoming van arbeidsrechtelijke normering onder druk staat. Het EG-Verdrag gaat uit van liberale marktopvattingen, waarbij een scherp, dogmatisch onderscheid wordt gehanteerd tussen enerzijds particuliere instellingen en anderzijds overheidsinstellingen. De plaats van de semi-collectieve zone, dat wil zeggen: die van het georganiseerde maatschappelijke middenveld, is niet duidelijk geregeld. Als gevolg van het Verdrag van Amsterdam is de rol en de positie van de sociale partners in de totstandkoming van communautaire sociaalrechtelijke normering echter versterkt. Deze versterking is vervolgens voor het Hof van Justitie aanleiding geweest

om de CAO in bescherming te nemen tegen de harde, liberale, communautaire verplichtingen uit hoofde van het mededingingsrecht.<sup>1</sup>

Op grond van het Verdrag van Amsterdam is de invloed van de internationale sociale partners binnen de Europese Unie toegenomen. Aan hen komt de bevoegdheid toe om overeenkomsten te sluiten over onderwerpen van sociale politiek, die uiteindelijk binnen alle Lid-Staten nageleefd moeten worden. De overeenkomsten kunnen namelijk worden voorgelegd aan de Europese Commissie en deze commissie kan de overeenkomst voorleggen aan de Raad van Ministers met het verzoek van de overeenkomst een Richtlijn te maken. Deze procedure is bijvoorbeeld gevolgd bij de totstandkoming van de Richtlijn Deeltijdarbeid.<sup>2</sup>

Onze indruk is dat de autonome positie van de sociale partners in het kader van het communautaire recht geleidelijke erkenning krijgt.

Uw tweede vraag vatten wij op als een verzoek om aantal normatieve criteria aan te dragen die voor de verdeling van bevoegdheden tussen de overheid, de sociale partners en de markt. In de notitie van de Minister wordt gesuggereerd dat dergelijke criteria niet licht gevonden kunnen worden. 'Er bestaat geen eenduidige, scherpe en consequent beargumenteerde afbakening tussen wederzijdse verantwoordelijkheden.' (p. 10). Het is niet gemakkelijk iets op deze stelling af te dingen, al was het maar omdat de ontwikkeling van normatieve criteria uiterst vatbaar is voor een sociaal-politieke waardering van de werkelijkheid. Met andere woorden, de 'afbakening' vormt meer een voorwerp van politieke afweging, en minder een van wetenschappelijke beoordeling. Toch zijn wij van mening dat de wetenschap niet zonder betekenis is voor de vraag die door u wordt opgeworpen. Het verdelingsvraagstuk vormt mede om die reden het voorwerp van een zwaartepunt voor gemeenschappelijke onderzoeksactiviteiten binnen onze faculteit. In het navolgende komen wij daarop terug.

Om recht te doen aan de belangrijke problematiek die Uw commissie aan de orde stelt kan naar ons oordeel evenwel niet worden volstaan met het geven van bovenstaande antwoorden. Daarvoor zijn de vragen te belangrijk en raken zij te zeer dezer de kern van het arbeidsrecht. Daarbij komt nog, dat de vragen zich beperken tot een deel van de problematiek. In die zin verengen zij, zoals U zelf ook al aangeeft, de notitie van de minister. De beantwoording van de vragen zou dan ook naar ons oordeel op een andere wijze dienen plaats te vinden, bijvoorbeeld in de vorm van een of meer onderzoeksrapporten, bij voorkeur na een periode van gedegen onderzoek. Wij zijn van oordeel dat de door wetenschappers te leveren antwoorden het meest waardevol zijn, indien de vragen vanuit de diverse achtergronden worden onderzocht. Het is om die reden, dat de vragen die Uw commissie in haar brief d.d. 11 juli 2000 stelt binnen de VU zijn besproken door een onderzoeksgroep bestaande uit dr. H.M.G. Denters (UHD internationaal recht), prof. mr. L.H. van den Heuvel (hoogleraar sociaal recht), prof. dr. E. Lutjens (bijzonder hoogleraar pensioenrecht en advocaat te Amsterdam), prof. dr. G.J. Vonk (bijzonder hoogleraar sociale zekerheidsrecht en hoofd afdeling juridische zaken bij de Sociale Verzekeringsbank) en mr. A. Stege (AIO sociaal recht).

Binnen de VU bestaat er een speciale onderzoeksschool (in VU-jargon: Zwaartepunt) die zich toelegt op de bestudering van het thema Overheid – Particulier Initiatief. Bovenvermelde onderzoekers zijn binnen dit kader werkzaam. Het Zwaartepunt Overheid – Particulier Initiatief presenteert zichzelf als volgt:

*In de verhouding tussen de overheid en de privaatrechtelijke organisaties vinden sinds de jaren '80 verschuivingen plaats. Enerzijds vindt er een privatisering plaats met betrekking tot door de overheid uitgeoefende taken. Anderzijds zijn er (vanouds) privaatrechtelijke organisaties die publieke taken krijgen en onder een publiekrechtelijke regulering komen te vallen. In beide gevallen is sprake van een spanningsveld tussen algemeen en particulier belang en speelt de vraag welke beperkingen het publiekrecht dan wel het privaatrecht stelt aan het gebruik van publiek dan wel privaatrechtelijke regelingen. De Nederlandse over-*

<sup>1</sup> HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999 I-5751, HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97 (Brentjens), *Jur.* 1999 I-6025 en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97 (Drijvende Bokken), *Jur.* 1999 I-6121. Zie ook HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-50/96 (Deutsche Telekom/Schröder), *JAR* 2000/103, *PJ* 2000/33 m.nt. E. Lutjens en het recente arrest HvJ EG 21 september 2000, zaak C-222/98 (Van der Woude/Beatrixoord). Het arrest en de conclusie van A-G Fennelly d.d. 11 mei 2000 zijn te vinden op de website van het Hof ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>2</sup> Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid.

*heid is daarbij in toenemende mate gebonden aan internationale (met name Europese) regelgeving.*<sup>3</sup>

Binnen het zwaartepunt zijn onderzoekers werkzaam uit vier afdelingen, te weten (1) Constitutioneel recht en bestuursrecht (coördinatoren prof. mr. drs. B.P. Vermeulen en prof. mr. S.E. Zijlstra), (2) Privaatrecht (coördinator prof. mr. T.J. van der Ploeg), (3) Rechtstheorie en rechtsgeschiedenis (coördinator prof. mr. A. Soeteman) en (4) Sociaal recht (coördinator prof. mr. L.H. van den Heuvel). Onderzoekers van deze afdelingen hebben de afgelopen jaren met vrucht samengewerkt binnen het Zwaartepunt. De in de noot genoemde bundels getuigen hiervan.<sup>4</sup> De vragen die u stelt, zouden wij dan ook graag samen met andere deelnemers aan het Zwaartepunt beantwoorden.

In het hiernavolgende stippen wij nog enkele punten aan die naar onze mening van belang kunnen zijn bij de beantwoording van de door u gestelde vragen.

In de eerste plaats vragen wij Uw aandacht voor de verhouding tussen vakbonden en medezeggenschapsorganen. De democratische legitimatie van de vakbonden is verzekerd. De leden stemmen over concept-cao's. Zijn zij het er niet mee eens, dan kunnen zij deze vermijden door tijdig hun lidmaatschap op te zeggen. Immers worden door de CAO slechts de betrokken leden gebonden. Dat komt doordat de vakbondsleden hun individuele contractsvrijheid aan hun bond hebben overgedragen. Voorzover die bond daarvan gebruik maakt door het sluiten van een CAO, zijn de leden die bij die CAO zijn betrokken daaraan gebonden. (NB op blz. 3 van de notitie wordt aan het einde van de tweede volle alinea dit verband niet gelegd!) Anderen, d.w.z. niet of anders georganiseerden, hebben daarentegen hun contractsvrijheid behouden. Met hen moeten de CAO-voorwaarden afzonderlijk nog worden gecontracteerd. Dat maakt dat de beslissing om een opdracht aan CAO-partners te geven (bv. om iets verder uit te werken) van een geheel andere aard is dan eenzelfde opdracht aan een mz-orgaan. Deze beide mogelijkheden vormen dus niet elkaars alternatief.

CAO-partners maken gebruik van de contractsvrijheid van hun leden, mz-organen van de opdracht van de wetgever. Het een komt van onderaf, het ander (or) van bovenaf, m.a.w.: medezeggenschap moet. Ter vergelijking: de opkomstplicht in de politiek (het moeten) is ook afgeschaft. Dit betekent dat per definitie de ondernemingsraad niet de bevoegdheid kan hebben de individuele werknemers te binden. Op p. 3 van de notitie vermeldt de minister: 'Dit zou een te grote breuk betekenen met de bestaande arbeidsverhoudingen, waarin de cao het kader vormt om collectief afspraken te maken die bindend zijn voor individuele werkgevers en werknemers.' Uit het bovenstaande blijkt dat de toedeling van een dergelijke bevoegdheid niet slechts een breuk zou opleveren met voorheen bestaande arbeidsverhoudingen maar bovendien een basis mist in het bestaande recht en niet gebaseerd is op de grondslagen van ons arbeidsrecht. Nu hoeft dit geen onoverkomelijke bezwaren op te leveren waar de or of personeelsvertegenwoordiging een raamCAO uitwerkt, als die uitwerking door cao-partners (formeel) wordt afgedekt. Maar een zelfstandig sluiten van een CAO of het regelen van arbeidsvoorwaarden die de werknemers binden door de OR ontbeert een contractuele grondslag. De betekenis van art. 32 WOR (ondernemingsovereenkomst) blijft om die reden beperkt waarbij nog komt de voorrangregel van art. 27 WOR.

Met andere woorden: de vaststelling van de minister op p. 5 van zijn notitie (§3.3.) dat er vooral in sectoren zonder cao- en vakbondstraditie voorbeelden te vinden zijn waarin de ondernemingsraad zelf onderhandelt over een CAO (hetgeen overigens niet mogelijk is, zie de artikelen 1 en 2 Wet CAO), doet enige twijfel rijzen, of de minister hier een zuivere optiek heeft. De keuze van het kabinet, dat het primaat van de arbeidsvoorwaardenvorming bij werkgevers en vakbeweging blijft, wordt om die reden dezerzijds onderschreven. Voor de OR is slechts een bijrol (ondersteunend, uitwerkend) weggelegd. Anders gezegd: aan de collectieve contractsvrijheid ligt nog steeds de individuele contractsvrijheid ten grondslag

<sup>3</sup> Zie: [<http://www.rechten.vu.nl/onderzoek/zwaartepunten.html>].

<sup>4</sup> F.J. van Ommeren & H.J. de Ru, *Convenanten tussen overheid en maatschappelijke organisaties*, 's-Gravenhage: Sdu 1993; M.C.P. van Eijk e.a., *Gesloten of open overlegstelsel*, 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1993; T.J. van der Ploeg & J.W. Sap (red.), *Rethinking the balance: government and non-governmental organizations in the Netherlands*, Amsterdam: VU University Press 1995; T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru & J.W. Sap, *In plaats van overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995; J.W. Sap, A. Soeteman & W.J.M. van Veen, *Identiteit en fusie. De spanning tussen overheidsbeleid en het behoud van sociale verbanden*, Utrecht: Lemma 1997 en J.P. Balkenende & T.J. van der Ploeg (red.), *Behoud en vernieuwing van identiteit: De toekomst van maatschappelijke organisaties in een tijd van fusies en schaalvergroting*, Utrecht: Lemma 1999.

Indien de overheid een onderwerp overlaat aan de sociale partners, zal zij daaraan een termijn verbinden om daarna te bezien of en in hoeverre regelgeving door de overheid gewenst is. Daarmee kan de overheid de sociale partners onder een zekere druk zetten. De vraag is in hoeverre vervolgens de overheid gelegitimeerd is om tot regelgeving over te gaan.

Dezerzijds wordt onderschreven hetgeen op p. 11 van de notitie vermeld staat over de overheidsbemoeienis met de arbeidsvoorwaarden. De beïnvloedingsmogelijkheden van de overheid lijken op het eerste gezicht sterk maar mogen niet worden overschat. Art. 8 Wavv/ovv (1937) opent de mogelijkheid van onverbindendverklaring in het algemeen belang. Maar deze ovv beperkt zich tot aangelegenheden die niet het algemeen sociaal-economisch belang betreffen. De verklaring daarvoor is, dat in de Wet op de loonvorming (1970) een bijna gelijkkluidend artikel 8 voorkwam, dat de overheid de mogelijkheid bood in afzonderlijke cao's in te grijpen op grond van het algemeen sociaal-economisch belang. Dit art. 8 Wlv. is evenwel in 1976 weer afgeschaft na sterke druk van de sociale partners. Dat art. 8 Wavv/ovv toen in stand is gelaten komt doordat de wetgever van oordeel was, dat deze correctiemogelijkheid zou moeten blijven voortbestaan voor in een CAO geregelde aangelegenheden van algemeen belang niet zijnde algemeen sociaal economisch belang. Met moeite kunnen voorbeelden daarvan worden bedacht. Globaal ingrijpen in CAO's is op grond van art. 10 Wlv. slechts mogelijk bij een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie veroorzaakt door één of meer schoksgewijze optredende externe factoren. Op dit gebied zou vruchtbaar wetenschappelijk onderzoek mogelijk en wenselijk zijn naar de vraag welke taak in moderne opvattingen de overheid heeft ten aanzien van de loonvorming en over welke instrumenten de overheid te dien aanzien zou behoren te beschikken.

Het behoeft geen betoog, dat dezerzijds de bereidheid bestaat tot onderzoek op bovenstaande en verwante terreinen. Graag zouden wij daartoe in staat worden gesteld.

Hoogachtend,  
Mede namens mijn collega's Denters, Lutjens, Stege en Vonk,

(L.H. van den Heuvel)

*Vrije Universiteit Amsterdam*

13 oktober 2000

De griffier van de vaste commissie voor  
Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de  
Eerste Kamer van de Staten-Generaal  
Postbus 20017  
2500 EA Den Haag

Uw schrijven van 11 juli j.l. bereikte mij voor de vakantieperiode. U stelt daarin interessante kwesties aan de orde, waarop ik echter thans niet anders dan summier zal kunnen ingaan. De Adviescommissie Duaal Ontslagrecht, uw Kamer allerminst onbekend, zal binnenkort haar rapport aan de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en die van Justitie uitbrengen. De afronding van de daarmee in verband staande werkzaamheden nemen in deze weken alle beschikbare tijd in beslag. Mogelijk is voor uw commissie onder die omstandigheden acceptabel dat ik mij in antwoord op uw brief beperk tot een aantal opmerkingen.

De brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 mei j.l., de daarbij gevoegde notitie (Eerste Kamer 1999-2000, nrs. 222 en 222a) en de stukken waarnaar die notitie verwijst, stellen in essentie de vraag aan de orde welke positie de overheid in de Nederlandse arbeidsverhoudingen heeft. Allereerst verdient opmerking dat die plaats traditioneel, in vergelijking met de plaats van overheden in de arbeidsverhoudingen in andere Europese landen, een belangrijke is. Te denken is in dit verband aan het Verenigd Koninkrijk, doch ook aan de Scandinavische landen en België. De plaats van de overheid wordt overigens niet alleen bepaald door de wetgevingskaders die u vooral op het oog lijkt te hebben, doch ook door de rol die het bestuur speelt op terreinen als dat van de arbeidsvoorziening of het ontslagrecht.

Er bestaan, bij mijn weten, geen algemeen aanvaarde uitgangspunten met betrekking tot de rol die de overheid in de arbeidsverhoudingen in een gegeven land zou dienen te spelen. De tradities en gewoonten van de verschillende, ook Europese, landen zijn daarvoor vooralsnog te verschillend. Dat neemt echter niet weg dat in democratische rechtsstaten het beginsel van contracteervrijheid meebrengt dat de sociale partners in het algemeen zijn te zien als de primair verantwoordelijken voor de uitvoering van de vastgestelde regels niet alleen, maar ook tot op bepaalde hoogte voor de vaststelling van die regels. De "missie" van het arbeidsrecht echter, t.w. het bieden van ongelijkheidscompensatie, betekent dat de overheid een palliatief aanreikt voor situaties waarin het als onrecht wordt ervaren niet te interveniëren in de ongelijkheid bestaande tussen werkgever en werknemer.

Wordt nu die in beginsel bestaande rolverdeling, beslissend veranderd dan wel minst genomen beïnvloed door internationale regelgeving? Anders gezegd, moeten internationale regels als bijvoorbeeld neergelegd in het communautaire recht of in internationale verdragen als die van de ILO, tot een heroverweging van die rolverdeling leiden? Om met het tweede deel van deze vraag te beginnen, teken ik aan dat daarop een positief antwoord past. Internationale regels kunnen ertoe leiden en hebben er daadwerkelijk toe geleid dat op nationaal niveau bestaande verhoudingen een zekere verandering ondergaan. Een bekend voorbeeld daarvan is de -in stadia tot stand gebrachte- verandering die de Wet op de loonvorming in ons land heeft ondergaan op grond van de regels neergelegd in Verdrag 87 van de ILO. De vergaande regelgevende bevoegdheid van het bestuur (de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) is onder de druk van de zgn. controle-mechanismen van Genève verdwenen, althans en in ieder geval ingekrompen tot een nagenoeg non-existente bevoegdheid van de betrokken minister thans. Wegens strijd met fundamentele vrijheden als belichaamd in het juist genoemde Verdrag is Nederland toen in overweging gegeven de positie van de overheid terug te brengen tot aanzienlijk kleinere proporties.

In dit verband verdient overigens een recente ontwikkeling mogelijk de aandacht. Voor de bepaling van de betekenis van ILO-normen was steeds het uitgangspunt dat die eerst dan voor een lid-Staat bindend zijn wanneer de Staat in kwestie het betrokken verdrag heeft geratificeerd. Nu staat het uiteraard aan de betrokken Staat ter beoordeling of hij ratificeert of niet. Die vraag pleegt op nationaal niveau te worden beslist in een samenspraak tussen een regering en het parlement. De stelling is dan ook wel verdedigd dat Staten slechts aan verdragen worden gebonden door een vrijwillige beslissing hunnerzijds; zij zijn tenslotte niet verplicht tot ratificatie over te gaan. Zo beschouwd, roept een botsing van verdragsnormen met nationaal geldende regels minder vragen op, nu een dergelijke botsing zich eigenlijk alleen "gewild" kan voordoen.

De hiervoor bedoelde recente ontwikkeling brengt mee dat lid-Staten van de ILO inmiddels ook geacht worden zich te hebben gebonden aan bepaalde beginselen van die internationale organisatie door hun enkele lidmaatschap. De rechtsbasis voor die binding schuilt in de Constitutie van de ILO die geacht wordt een aantal beginselen (principles and rights at work) te bevatten waaraan leden zich gebonden hebben, ook wanneer zij geen enkel verdrag van de organisatie ratificeren. De twee jaar geleden op de Conferentie in juni door ILO aangenomen Declaration somt als die principes op

- freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining,
- freedom of forced and compulsory labour,
- elimination of discrimination in respect of employment and occupation,
- effective abolition of child labour.

Nu kan men uiteraard stellen dat ook de aanvaarding van het lidmaatschap van de ILO een in vrijwilligheid op nationaal niveau gemaakte keuze betreft. Zo beschouwd, is ook bij het aannemen van strijd van nationale regels met de principes van de organisatie van vrijwilligheid sprake. Let men er echter op dat alle landen ter wereld van de ILO lid zijn, dan staat deze vorm van vrijwilligheid wel op erg losse schroeven.

De normen in het communautair recht, met name die neergelegd in verordeningen en richtlijnen, missen daarentegen de juist bedoelde vrijwilligheid voor de lid-Staten. Gelijk bekend, gelden de normen van verordeningen rechtstreeks in het nationale recht van de lid-Staten. Wat richtlijnen en hun regels betreft, dienen de Staten hun nationale recht binnen de in de richtlijn aangegeven termijn, ermee in overeenstemming te brengen. Het HvJEG heeft aangenomen dat een in verzuim zijnde Staat door dat verzuim zijn onderdanen niet kan versteken van de rechten die in een richtlijn vast liggen doch nog niet geïncorporeerd zijn in het nationale recht van de betrokken Staat. Van vrijwilligheid in het volgen van de communautaire regels kan men dan ook moeilijk spreken.

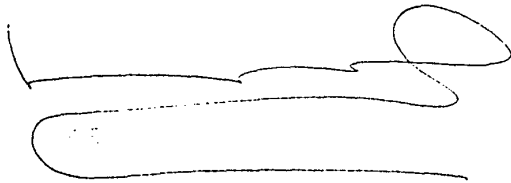
Uit het voorgaande volgt reeds dat internationale regels geen beslissende invloed uitoefenen op de arbeidsverhoudingen in ons land. Maar een zekere invloed gaat er wel vanuit; welke invloed oefenen die regels nu uit op de juridische kaders waarvan de eerder bedoelde notitie spreekt? Gaat het om communautair recht, dan zal dat vrijwel steeds zijn vervat in richtlijnen. De aanpassing daaraan zal in ons land de vorm hebben van wetgeving. De wijze waarop België en Denemarken richtlijnen kunnen implementeren, t.w. via nationale cao, is immers voor ons land niet na te volgen nu nationale cao's in ons rechtssysteem onbekend zijn. Een Nederlandse cao heeft immers betrekking op een bedrijfstak of een onderneming. Dat wetgeving in ons rechtssysteem aangewezen is voor implementatie, betekent overigens niet dat die wetgeving steeds gebruik zou moeten maken van dwingend recht. Uitgangspunt van de implementatie is dat de Europese regel in het nationale recht wordt gerecipeerd. Die receptie zal op haar beurt betekenen dat de wettelijke regel dikwijls geen mogelijkheid kent tot afwijking ervan. Aldus zal de receptie, zo goed als wetgeving tot ratificatie van bijvoorbeeld ILO-verdragen, dikwijls gebruik maken van dwingend recht.

Zo gezien, kan gesteld worden dat de invloed van internationale normen zal leiden tot meer nadruk op dwingend wettelijke regels. De veronderstelling bij die constatering is dat de internationale norm zelf gebruik maakt van dwingend recht. Gaat het echter om een internationale norm die zelf ruimte laat voor privaatrechtelijke variatie op een publiekrechtelijk vastgelegd thema, dan behoeft implementatie geen dwingend rechtelijk karakter te hebben, althans niet op die onderdelen waar de te aanvaarden internationale regel zelf ruimte laat. Het is nu interessant te noteren dat recente ontwikkelingen in het communautair recht uitdrukkelijk kiezen voor varianten bij nationale implementatie. Te denken is aan de richtlijn op de Europese ondernemingsraden. De receptie daarvan in het Nederlandse recht via de Wet op de Europese ondernemingsraden, heeft uitdrukkelijk de weg gevolgd die de richtlijn heeft gewezen en ruimte gemaakt voor privaatrechtelijk af te spreken aanpassing. Het hier gebezigde model van Europese regelgeving lijkt verder navolging te vinden. Te wijzen is in dit verband ook op het Verdrag van Maastricht waarbij een nieuwe taakverdeling tussen Europese publiekrechtelijke organen en Europese sociale partners, met het oog op tot stand te brengen regels, is vastgelegd.

Per saldo betekent een en ander dat internationale regelgeving als hiervoor aan de orde kwam, in beginsel het dwingendrechtelijk kader in het Nederlandse recht zal versterken, doch dat zulks niet of minder het geval zal zijn wanneer de internationale regel zelf niet dwingend van aard is. Een tendentie dat ook op dat niveau een minder dwingend kader in opmars lijkt te komen, is aangestipt.

Zoals u hebt gezien, ben ik hiervoor vooral op de eerste vraag van uw brief ingegaan. Ik kom thans, zij het aanzienlijk korter, op uw tweede vraag. Die luidt: "Op basis van welke criteria zou kunnen worden bepaald in welke gevallen het (regulerings-) primaat bij de overheid, dan wel bij sociale partners/ medezeggenschapsorganen ligt?" Een algemeen antwoord daarop valt, gezien de verwevenheid van arbeidsverhoudingen met nationaal bepaalde tradities en gewoonten, niet te geven. Maar ook hier is een bepaalde tendentie te signaleren. Die heeft betrekking op nationale regelgeving die uitdrukkelijk ruimte laat aan sociale partners op macro-, meso- of micro-niveau de regels anders vast te stellen dan het publiekrechtelijk uitgangspunt is. Ik attendeer op de van 1995 daterende Arbeidstijdenwet en op de al van 1980 daterende Arbeidsomstandighedenwet die wat dat betreft niet wezenlijk is veranderd bij de van vorig jaar daterende Arbeidsomstandighedenwet 1998. Deze wetten borduren op hetzelfde stramien dat hiervoor is aangeduid bij de regels op de Europese ondernemingsraden. Zo gaat de Arbeidstijdenwet bijvoorbeeld uit van verschillende regelsystemen, nl. een zgn. standaard-regeling en een overlegregeling. De eerste behelst de regels die bij gebreke van afwijking zullen gelden. De tweede geeft aan tot waar op privaatrechtelijke basis daarvan tussen betrokken partijen kan worden afgeweken. Deze vorm van regelgeving past m.i. in de arbeidsverhoudingen welke in ons land (gaan) gelden. Die zijn te typeren als: een stelsel van verhoudingen waarin de overheid terug treedt naar bepaler van basisregels (op die terreinen waar overheidsonthouding in strijd zou komen met onze gevoelens van rechtvaardigheid) en naar de positie van toezichthouder achteraf, nagaande: zijn de regels in acht genomen? Dat stelsel zal voor de sociale partners, dan wel medezeggenschapsorganen en soms voor partijen op micro-niveau de mogelijkheid kennen van regelgevers binnen een bepaalde bandbreedte die publiekrechtelijk is bepaald.

Mogelijk mag ik het onder de aan het begin van deze brief geschetste omstandigheden, bij dit antwoord laten. Met de meeste hoogachting



prof. mr. M. G. Rood



## Zelfregulering: wetgever, sociale partners, medezeggenschap en arbeidsverhoudingen

Deze bijdrage is geschreven naar aanleiding van de 'Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen' die door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is aangeboden aan de Eerste Kamer (1999/2000 nr 222a). De vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelt bij deze notitie expliciet twee vragen. De eerste vraag gaat in op de relatie tussen nationale juridische kaders en internationale normen als het communautaire recht. In dat verband beperk ik mij tot de waarneming dat in Europees verband op sociaal terrein nadrukkelijk (ook) wordt gekozen voor zelfregulering. Niet alleen betekent dit dat er in toenemende mate Europese juridische kaders terzake zijn en zullen komen. Ook betekent dit dat er een groter beroep wordt gedaan op het coördinerend vermogen van nationale sociale partners, een van de aspecten waar ik hieronder nader op zal ingaan. Gelet op mijn expertise zal ik in deze bijdrage echter vooral ingaan op de tweede vraag: 'op basis van welke criteria zou kunnen worden bepaald in welke gevallen het (regulerings)primaat bij de overheid, danwel bij sociale partners/medezeggenschapsorganen ligt?'

De genoemde notitie van de minister heeft als doel de hoofdrichting te duiden van de ontwikkelingen in de relatieve posities van de drie actoren: wetgever, sociale partners en medezeggenschapsorgaan. Op basis van deze duiding kan/moet, zo stelt de minister, een discussie over de rolverdeling ten principale worden gevoerd. Gelet op de zwaarte van dat doel en de vele aspecten van de vraagstelling is op zichzelf meer analyse vereist dan de minister biedt; ook het bestek van deze bijdrage is te beperkt om een afdoende antwoord te geven op de gestelde vragen. Wel wil ik op enkele centrale punten uit de notitie ingaan:

1. de wisselwerking tussen dwingende regelgeving en zelfregulering
2. de rol van de ondernemingsraad en decentralisatie
3. zelfregulering en algemeen belang.

### *1. De wisselwerking tussen dwingende regelgeving en zelfregulering.*

De notitie van de minister besteedt als eerste aandacht aan de wisselwerking tussen zelfregulering en regelgeving. Over de genoemde rolverdeling stelt de notitie: 'betrokken partijen dienen in hun onderlinge verhoudingen zoveel mogelijk te komen tot zelfregulering.' 'Indien de sociale partners er niet in slagen te komen tot adequate zelfregulering om maatschappelijk erkende knelpunten in de arbeidsverhoudingen te regelen ligt het in de rede dat wetgeving aan de orde is.' Eventuele dwingende regelgeving 'schakelt zelfregulering niet uit, maar legt er wel de basis voor. Dit werkt, indien er een draagvlak bestaat voor de (dwingende) regelgeving. In het Nederlandse overlegmodel wordt naar een zo breed mogelijk draagvlak gezocht.' (pagina 2 en 3 van de notitie). Op pagina 11 van de notitie wordt deze relatie tussen zelfregulering en wetgeving aangevuld met de stelling dat het Nederlandse overlegmodel kan bijdragen aan een draagvlak voor dwingende regels, 'juist omdat deze dan worden (h)erkend als een stimulans voor (verdere) zelfregulering.'

Wanneer ik de stelling van de minister vertaal naar bijvoorbeeld deeltijd dan lijkt de minister te suggereren dat de cao-bepalingen rond deeltijd draagvlak hebben gecreëerd voor de huidige wetgeving terzake, en daarmee tevens een stimulans vormen tot verdere zelfregulering rond deeltijd of rond een ander thema. Het *effect van zelfregulering op wetgeving* is inderdaad aanwezig. De discussies van de sociale partners over deeltijd hebben het maatschappelijk draagvlak voor het recht

op deeltijd vergroot (al is de wet nog slechts relevant voor die cao- en niet-cao-gebieden waar het draagvlak kennelijk niet groot is – anders zou de mogelijkheid van deeltijd al geëffectueerd zijn). Bij de beoordeling van het *effect van regelgeving op zelfregulering* moet echter onderscheid worden gemaakt naar het effect op het betreffende terrein en het effect op andere terreinen. Met name driekwartdwingend biedt een basis voor specifieke zelfregulering door sociale partners op het *betreffende* onderwerp; dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van zorgverlof. Het effect van wetgeving op zelfregulering op *andere* terreinen is echter niet op voorhand zo gunstig als de minister veronderstelt. Dit blijkt ook uit de reacties van de sociale partners op de voornemens tot deeltijdwetgeving en de recente discussies over kinderopvang in cao's. Aan de ene kant kan het als wenselijk worden ervaren dat de overheid de zelfregulering vastlegt in wetgeving, waardoor er geen concurrentievervalsing meer plaatsvindt ten opzichte van sectoren die dergelijke rechten en plichten niet hebben en het thema niet meer bij elke cao-onderhandeling ter discussie gesteld kan worden. Aan de andere kant vormt het geen stimulans voor werknemers- en werkgeversorganisaties om een volgende keer opnieuw energie en wellicht zelfs loonruimte te besteden aan maatschappelijke doelstellingen, omdat de overheid, als men niets doet, toch wel met wetgeving komt.

Van wetgeving kan een prikkel tot verdere zelfregulering op andere terreinen uitgaan, indien deze wetgeving de afspraken van sociale partners respecteert, en indien sociale partners betrokken worden bij de inhoud van deze wetgeving. Dat laatste is bijvoorbeeld gebeurd bij 'flexibiliteit en zekerheid', dat een andere dynamiek kende dan de totstandkoming van de deeltijdwetgeving. Het advies van de Stichting van de Arbeid en de daaropvolgende wetgeving ten aanzien van flexibiliteit en zekerheid vormt een illustratie van een adequate, maar ook door alle partijen als wenselijk ervaren rolverdeling. Allereerst is het goed in herinnering te roepen dat sociale partners in 1996 in betrekkelijk korte tijd overeenstemming konden bereiken, waar het kabinet dat in de jaren daarvoor niet lukte. Het overeengekomen advies bestond voor een deel uit aanbevelingen aan sociale partners en voor een ander deel uit een advies ten aanzien van de gewenste wetgeving. Duidelijk is dat de sociale partners, ook door debatten in eigen kring, draagvlak hebben kunnen creëren voor een ander evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid. Voor een deel hebben zij dat draagvlak benut voor wijzigingen van cao's, voor een ander deel hebben zij het kabinet geadviseerd omtrent wijziging van wetgeving (waarbij zij wisten dat unanimititeit een sterk argument zou vormen voor overname door het kabinet). Het kabinet kon bij zijn wetgeving vervolgens gebruik maken van het mede door de sociale partners gecreëerde draagvlak, zonder dat de bipartite afspraken van sociale partners werden doorkruist of 'overruled'. Het licht voor de hand dat deze volgorde en rolverdeling een stimulans vormt voor responsiviteit op andere terreinen.

Draagvlak vormt voor de minister een belangrijk argument voor zelfregulering. Dit – op zichzelf instrumentele en niet principale – argument hangt samen met de gegroeide responsiviteit (adequaat en tijdig reageren op gewijzigde maatschappelijke omstandigheden) van het arbeidsvoorwaardenoverleg. Dit heeft zowel te maken met de receptie van nieuwe en maatschappelijk relevante thema's als met de diffusie naar de achthonderd cao's en de werkvloer. De afgelopen jaren is er sprake geweest van een sterke verbreding van het arbeidsvoorwaardenoverleg en van het overleg in de Stichting van de Arbeid. De thema's die inmiddels aan het overleg zijn en worden toegevoegd hebben echter een wat andere fasering dan de 'traditionele' cao-thema's als lonen en arbeidstijden. Met name voor de contractloonontwikkeling geldt dat deze de afgelopen vijftien relatief jaar snel blijkt te kunnen reageren op veranderingen in macro-economische omstandigheden, vaak mede als gevolg van overleg in de Stichting van de Arbeid. Bij meer kwalitatieve thema's als deeltijd, werkgelegenheid voor

zwakke groepen en beleid voor oudere werknemers, die de afgelopen jaren op de agenda zijn verschenen, is er voor, tijdens en na het overleg in de Stichting van de Arbeid veel beraad en debat binnen en tussen partijen nodig om de onderhandelaars en hun ledenraden te overtuigen van het belang van dergelijke cao-wijzigingen. Dit beraad is ook om een andere reden van belang. Bij deeltijd bijvoorbeeld leidt niet zozeer het formele recht in de cao tot een positieve houding bij de werkgever tegenover een verzoek van zijn werknemer, maar veeleer de discussies en de onderlinge uitwisseling van ideeën, problemen en oplossingen binnen de werkgeversvereniging voorafgaand aan het cao-overleg, waarin ook weer specifiek op de sector gerichte aanvullende maatregelen kunnen worden afgesproken.<sup>1</sup> Deze meningsvorming en de vormgeving van specifiek sectoraal beleid kosten tijd, en ook dan is doorwerking van centrale aanbevelingen niet gegarandeerd. Inmiddels is het patroon te zien dat de Stichting van de Arbeid haar aanbevelingen na drie tot vier jaar evalueert om vervolgens weer aanvullend beleid overeen te komen.<sup>2</sup> Bij bepaalde thema's is de periode tussen Stichtingsaanbeveling en het moment waarop een verantwoorde evaluatie mogelijk is nog langer, paradoxaal genoeg vooral wanneer de Stichting van de Arbeid anticipeert op toekomstige ontwikkelingen als vergrijzing en krachten op de arbeidsmarkt. Een thema als employability is door de Stichting van de Arbeid op de agenda gezet, en leidt deze jaren tot velerlei cao-afspraken – al wordt ook duidelijk dat er nog meerdere jaren nodig zullen zijn om zo'n thema enigszins te implementeren in cao's. Een cao-afpraak, ook wanneer deze de instemming heeft van de representatieve ledenraadplegingen, is echter nog onvoldoende. Individuele werknemers en werkgevers dienen als het ware 'stuk voor stuk' overtuigd te worden om vanuit employability-perspectief naar hun eigen loopbaan en sociaal beleid te kijken. Het debat over cao-voorstellen terzake draagt daaraan bij, maar kost tijd. Het is dan geen stimulans voor zelfregulering indien sociale partners eerst enige jaren de zaken zelf mogen aanpakken, waarna de overheid zal beoordelen of dat voldoende is geweest. Een alternatief is dat overheid en sociale partners na enkele jaren gezamenlijk beoordelen of er reden is tot wetgeving. Het kabinet zou de Stichting van de Arbeid vervolgens een advies kunnen vragen over de inhoud van de wetgeving; waarbij de totstandkoming een unaniem advies natuurlijk wordt bevorderd indien het kabinet aangeeft dat vrijwel zeker te zullen volgen (zie de schaduw van de hiërarchie in de bijlage). Het is natuurlijk ook mogelijk dat sociale partners op voorhand aangeven bepaalde thema's niet op de cao-agenda te willen zetten en direct voor wetgeving pleiten.<sup>3</sup>

Er is nog een ander aspect verbonden aan de wisselwerking tussen zelfregulering en wetgeving. Zelfregulering en responsiviteit zijn gebaat bij sociale partners die de opstelling van hun aangesloten organisaties kunnen coördineren. Dit betekent tegelijkertijd dat sociale partners zoveel te regelen moeten hebben dat zij voor hun achterbannen relevante partijen zijn. Inperking van de rol van (centrale) sociale partners – bijvoorbeeld door wetgeving waar zij geen invloed op kunnen uitoefenen – gaat ten koste van hun interne coördinerende rol, ook op terreinen waarbij zelfregulering nu onomstreden en noodzakelijk is (zoals bij de loonvorming). Dit punt is uitgewerkt onder punt 2 in de bijlage (over de interne 'governability' van organisaties) en als een aspect van decentralisatie (zie hierna).

<sup>1</sup> M.A.G. Thunnissen en J.P. van den Tooren, Deeltijd via de cao: de effecten gemeten. *SMA*, januari 1997.

<sup>2</sup> Zo werd de op 1 september 1993 overeengekomen nota 'Overwegingen en aanbevelingen inzake deeltijdarbeid en differentiatie van arbeidsduurpatronen' van de Stichting van de Arbeid in 1997 door de Stichting geëvalueerd, wat leidde tot een aantal nieuwe activiteiten bij de Stichting.

<sup>3</sup> Vergelijk C. Inja, De toekomst van de cao. *ESB*, 13 augustus 1999.

## 2. De rol van de ondernemingsraad en decentralisatie

Een bekend discussiepunt is de rol van de ondernemingsraad. Tot voor korte was daarbij vooral het onderscheid tussen het cao- en het niet-cao-gebied aan de orde. In het cao-gebied werden, door cao-partijen, de bevoegdheden van de OR nogal eens uitgebreid en krijgt de OR vaak een taak bij de implementatie, op ondernemingsniveau, van cao-afspraken. In het niet-cao-gebied heeft de OR meer arbeidsvoorwaardelijke bevoegdheden dan in het cao-gebied (en zijn er zelfs situaties dat hij als quasi cao-partij optreedt<sup>4</sup>). Met de Arbeidstijdenwet en de Wet Aanpassing Arbeidsduur werd de nieuwe figuur gecreëerd dat de OR ook afspraken kan maken met de werkgever als er wel een cao is, maar het betreffende onderwerp daarin niet of niet afdoende is geregeld.

Bij deze ontwikkelingen worden in het algemeen de volgende vragen gesteld. Is de OR wel voldoende onafhankelijk en heeft hij wel een voldoende sterke positie om de belangen van de werknemers te waarborgen? Zal bij de OR wel voldoende oog zijn voor het algemeen belang en zal niet het belang van het bedrijf en de aldaar werkzame werknemers gaan overheersen? Gaan de groeiende arbeidsvoorwaardelijke taken van de OR niet ten koste van zijn inzet ten aanzien van de koers en het beleid van de onderneming?

Uit empirisch onderzoek blijkt dat de veronderstelde risico's zich nauwelijks voordoen.<sup>5</sup> Dat betekent overigens niet dat de ondernemingsraad daarmee de door de wetgever beoogde rol in de Nederlandse arbeidsverhoudingen adequaat kan vervullen. Het eerder genoemde onderzoek geeft aan dat hij deze rol onvoldoende kan waarmaken. Maar deze rol wordt vooral beperkt door andere ontwikkelingen dan de groeiende arbeidsvoorwaardelijke taken van de ondernemingsraad.

In het kader van deze bijdrage is vooral de vraag aan de orde of de groeiende (beoogde) rol van de ondernemingsraad ten koste gaat van de huidige zelfregulering door sociale partners. Worden de sociale partners belemmerd in hun responsieve opstelling? Voor het effectueren van deze opstelling is het immers van belang dat sociale partners een beroep kunnen doen op de door de werkgevers en werknemers overgedragen autonomie. Wanneer de overheid met dwingende regelgeving bepaalde rechten geeft aan alle werknemers, is dat niet alleen een signaal van de versterking van de rol van de overheid. Het leidt ook tot een versterking van de positie van de individuele werknemer, tegenover zijn werkgever maar ook ten opzichte van de vakorganisaties. Ook de relatieve positie van de werkgeversorganisaties, ten opzichte van al dan niet aangesloten werkgevers, wordt zwakker.

De ogenschijnlijk logische *decentralisatie* van arbeidsvoorwaardenvorming naar het ondernemingsniveau vormt, zo blijkt dan, een medaille met twee zijden. Een belangrijke voorwaarde voor de manier waarop het Nederlandse stelsel tot op dit moment opereert is overdracht van autonomie door de spelers binnen de onderneming. Zij leveren speelruimte in, maar krijgen er collectieve belangenbehartiging voor terug. Het (economisch) voordeel daarvan is iets dat vooral op macroniveau zichtbaar wordt. Collectieve actoren kunnen afspraken maken die voor afzonderlijke ondernemers en werknemers niet altijd aantrekkelijk zijn. Deze overdracht van autonomie past echter vooral in situaties dat het werk zodanig is georganiseerd dat (1) het werk van afzonderlijke werknemers voldoende op elkaar lijkt om een homogeen werknemersbelang te definiëren en (2) de

<sup>4</sup> De door de minister op pagina 5 genoemde situatie dat een ondernemingsraad zelf onderhandelt over een cao doet zich materieel wel voor, maar formeel kan er dan geen sprake zijn van een collectieve arbeidsovereenkomst die alle werknemers automatisch bindt.

<sup>5</sup> Y. van Brummelen en J.P. van den Toren, *Medezeggenschap: een hele onderneming*. CNV-rapport, OA-98-05. Utrecht 1998 en R.H. van het Kaar en J.C. Looise, *De volwassen ondernemingsraad. Grenzen en groei van de Nederlandse OR*. Samson, Alphen aan den Rijn..

ene werknemer uitwisselbaar is voor de andere, waardoor werknemers als collectief moeten opereren om iets voor elkaar te krijgen van de werkgever. Dit geldt dus vooral in traditionele, tayloristisch en bureaucratisch georganiseerde ondernemingen. In moderne, kennisintensieve ondernemingen met werknemers met verschillende voorkeuren en belangen is de bereidheid (en mogelijkheid) autonomie over te dragen minder. Decentralisatie en individualisering van arbeidsverhoudingen vormen dan een logische ontwikkeling. Wanneer individuele werkgevers en werknemers hun individuele belangen echter al op ondernemingsniveau kunnen realiseren, is het belang dat zij hebben bij collectieve afspraken en actoren niet groot meer.<sup>6</sup> Dit kan ten koste gaan van de coördinerende rol van de centrale sociale partners. Dit kan vervolgens weer een risico vormen op het moment dat het economisch klimaat verslechtert en een gecoördineerde reactie gewenst is. Daarnaast is er sprake van Europeanisering van arbeidsverhoudingen: nationale en sectorale sociale partners worden geprikkeld grensoverschrijdende (coördinatie)afspraken te maken.<sup>7</sup> Dit versterkt het beroep op het coördinerende vermogen van de nationale centrales.

### *3. Zelfregulering en algemeen belang*

De vraag op basis van welke criteria het primaat voor regulering bepaald kan worden is mede van politieke aard. De minister merkt terecht op dat de idee van toenemende overheidsbemoeienis vooral samenhangt met recente discussies over de regelgeving ten aanzien van arbeid en zorg. Met de Wet aanpassing arbeidsduur van 1 juli 2000 heeft de wetgever alle individuele werknemers een geclausuleerd recht op vermindering van de arbeidsduur gegeven, waarvan niet per cao van mag worden afgeweken (deze afwijkingsmogelijkheid geldt overigens wel voor het recht op vermeerdering van de arbeidsduur). Dit betekent dat die cao's die het recht op vermindering niet of in mindere mate dan de wet kenden, worden 'overruled' door de wetgever. De individuele werknemer krijgt van de wetgever in de schoot geworpen wat 'zijn' vakbond ooit - wellicht zelfs in ruil voor enige loonruimte - met enige moeite moest binnenhalen. De motivatie van de minister voor dergelijke ingrepen vinden we in het slot van de notitie: 'Het verbeteren van de combineerbaarheid van arbeid en zorg dient niet alleen de belangen van werkgevers en werknemers, maar er is ook een maatschappelijk belang mee gediend.' Deze stelling suggereert dat daar waar het algemeen belang (ook) in het geding is, de overheid gelegitimeerd is tot een 'prominenter' optreden. Hierbij passen enkele opmerkingen.

De huidige institutionele verdeling is ontstaan na sterk ideologisch gekleurde debatten, veelal in de eerste helft van de vorige eeuw. Ook op dit moment is de keuze voor zelfregulering te argumenteren met een beroep op een bepaalde visie op mens en maatschappij. Dat neemt niet weg die inmiddels ook in het internationale debat over de rol van instituties belangwekkende inzichten zijn aangedragen over de betekenis van de institutionele constellatie. Op dit moment verwerk en evalueer ik deze in een onderzoeksproject; enkele relevante institutionele mechanismen die in dat onderzoek worden behandeld heb ik opgenomen in de bijlage. Het gaat om unanimititeit en contractvrijheid, het gegeven dat organisaties een beroep moeten doen op de instemming van hun achterban en de schaduw van de hiërarchie.

In de notitie van de minister is bijvoorbeeld aan de orde de vraag in welke mate de overheid inbreuk doet op de contractvrijheid van sociale partners. De minister argumenteert een eventuele inbreuk met

<sup>6</sup> B. Fruytier, *Werknemersmacht in de arbeidsorganisatie: voorwaarde voor het poldermodel*. OSA, Tilburg 1998.

<sup>7</sup> J.P. van den Toren, *Naar Europese arbeidsverhoudingen?* Oratie Vossiuspers AUP, Amsterdam 1999.

een beroep op het algemeen belang. Daarmee wordt de suggestie gewekt dat contractvrijheid betekent dat de overheid zich met huid en haar overlevert aan de willekeur van sociale partners. Deze suggestie is onjuist: juist de contractvrijheid in haar letterlijke vorm maakt dat er evenwichtsbrengende mechanismen in het spel zijn. Daarnaast zijn de sociale partners in Nederland dermate ingebed in het algemene sociaal-politieke discours dat zij niet kunnen doen en laten wat zij willen.<sup>8</sup> Deze contractvrijheid functioneert dus feitelijk als een anti-kartel maatregel. Voor de loonvorming is inmiddels beargumenteerd dat instituties kunnen bijdragen aan een efficiënte – en dus uit oogpunt van het maatschappelijk belang verantwoorde – loonvorming.<sup>9</sup>

#### 4. Conclusie

De vraag op basis van welke criteria bepaald zou kunnen worden in welke gevallen het (regulerings)primaat bij de overheid, danwel bij sociale partners/medezeggenschapsorganen ligt is niet gemakkelijk te beantwoorden. Het gaat mede om een sociaal-politiek afweging. Vanuit het perspectief van de academische analyse van de arbeidsverhoudingen is echter een aantal relevante inzichten aan te dragen. Uit het voorgaande blijkt dat het de vraag is of de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en sociale partners als een zero-sum game moet worden gezien. Duidelijk is dat een responsieve rol van sociale partners gebaat is bij een juridische facilitering door de overheid, een facilitering die niet ongeclausuleerd hoeft te zijn. In het Nederlandse institutionele stelsel zit een aantal mechanismen dat enige waarborging biedt voor het algemeen belang. Belangrijke aandachtspunten die ik toevoeg aan de analyse van de minister zijn (a) de conclusie, uit onderzoek, dat effectuering van sociaal-economische doelstellingen gebaat is bij debat, door de uiteindelijke beslissers in de bedrijven, over de precieze regelgeving, (b) oog voor de dynamiek: dwingende regelgeving kan de (toekomstige) eigen verantwoordelijkheid van sociale partners zowel belemmeren als bevorderen, en (c) de rol van de macro- en mesorganisaties zelf: wanneer individuele werknemers en werkgevers alles zelf kunnen regelen danwel via hun ondernemingsraad, verliezen zij het belang dat zij hebben bij collectieve regulering, waardoor de meso- en macro-organisaties de mogelijkheid om in ernstiger economische omstandigheden hun opstelling aan te passen, verliezen. Dit maakt dat over de thematiek van de notitie van de minister geen pasklare antwoorden zijn te geven. Ook deze bijdrage kan geen overzicht geven van alle relevante aspecten en ontwikkelingen. Meer analyse, bijvoorbeeld in de vorm van verkenning van een aantal varianten, is vereist.

Oktober 2000

<sup>8</sup> J. Visser en A. Hemerijck, *'A Dutch miracle': Job growth, welfare reform and corporatism in the Netherlands*. Amsterdam University Press, Amsterdam 1997.

<sup>9</sup> C. Teulings en J. Hartog, *Corporatism or competition? Labour contracts, institutions and wage structures in international comparison*. Cambridge University Press, Cambridge 1998.

Prof dr J.P. van den Toren  
Universiteit van Amsterdam

## Bijlage: Instituties in het Nederlandse overlegmodel

1. *Unanimiteit en contractvrijheid.* In het Nederlandse overlegmodel gelden meerdere beslisregels. De diverse beslisregels hebben verschillende effecten. De Stichting van de Arbeid kan slechts onderhandelen met de overheid als zij onderling overeenstemming bereikt. In de Stichting van de Arbeid, de Sociaal Economische Raad en in vergelijkbare adviesorganen in de sociale zekerheid heeft een unaniem advies aanzienlijk meer gewicht dan een advies waarbij een van de partijen op essentiële punten een minderheidsstandpunt inneemt. Bij het cao-overleg daarentegen heeft een akkoord waarbij een van de bonden niet tekent juridisch dezelfde betekenis als een unaniem akkoord.<sup>10</sup> Een belangrijke consequentie van de pluriformiteit van de Nederlandse vakbeweging vloeit voort uit deze beslisregel van contractvrijheid. Een werkgever of een werkgeversorganisatie is niet verplicht met alle vakorganisaties een akkoord te sluiten, maar mag één of meerdere bonden uitsluiten, als de andere bond(en) wel akkoord gaan.<sup>11</sup> In het recente verleden hebben zowel een FNV-bond als een CNV-bond als ook andere bonden wel eens geweigerd een cao-akkoord te tekenen, met alle consequenties van dien (de achterban is wel gebonden, maar men heeft geen invloed gehad op de onderhandeling en het resultaat). Ook zonder daadwerkelijke uitsluiting speelt de dreiging ervan een rol: wie exorbitante eisen stelt en blijft stellen, loopt het risico buiten het overleg te vallen. Het risico van uitsluiting kan dan bijvoorbeeld verklaren waarom een groter aantal bonden leidt tot lagere loonmutaties.<sup>12</sup>

2. *Governability.* Een overlegstelsel als het Nederlandse heeft niet alleen een horizontale dimensie (worden partijen het eens) maar ook een verticale: kunnen de onderhandelende organisaties rekenen op de instemming van hun achterban. Vakcentrales hebben de instemming van hun bonden nodig bij SER-adviezen en Stichtingsakkoorden. En voor het ondertekenen van een cao of het uitroepen van een staking geldt dat de meerderheid van de betreffende vakbondsleden daarmee moet instemmen. Een maatschappelijke organisatie heeft leden nodig, en zal dus niet te ver voor haar achterban mogen uitlopen. Tegelijkertijd heeft zij - mede om voor haar leden aantrekkelijk te zijn - invloed nodig, maar die invloed bereikt zij weer door het sluiten van compromissen.<sup>13</sup> Zij is daarbij een aantrekkelijke partij als zij in staat wordt geacht haar achterban te kunnen binden aan deze afspraken. Traxler spreekt in dit verband van de 'governability' van sociale organisaties.<sup>14</sup> Dit aspect is, voor allerlei sociaal-politieke organisaties, nader uitgewerkt door de gezaghebbende Duitse politieke wetenschapper Fritz Scharpf in *Games real actors play* (1997).<sup>15</sup> Organisaties die hiërarchisch kunnen besluiten over de inzet van hun leden duidt hij aan als 'corporate actors'. Deze onderscheidt hij van 'collective actors', waarbij hij weer - onder meer - onderscheid maakt naar *bewegingen*, die slechts

<sup>10</sup> In een Angelsaksische institutionele constellatie leidt het gegeven van meerdere (concurrerende) bonden tot loonopdriving (A.L. Booth, *The economics of the trade union*. Cambridge University Press, Cambridge 1995; C. Teulings en J. Hartog, *Corporatism or competition? Labour contracts, institutions and wage structures in international comparison*. Cambridge University Press, Cambridge 1998); onder bepaalde voorwaarden loopt ook het Rijnlandse model dat risico. In België moet een cao-akkoord worden bereikt met alle toegelaten ('representatieve') cao-partijen. Dit verklaart waarom de kleinere socialistische bond vaak een radicaal stempel kan zetten op het overleg; tot 1998 was het nauwelijks mogelijk de lonen te matigen in België.

<sup>11</sup> Ook voor de bonden geldt dat zij een werkgeversorganisatie mogen uitsluiten van het overleg; de pluriformiteit aan werkgeverszijde is echter geringer, daarnaast lopen bonden bij het uitsluiten van een werkgeversorganisatie het risico de representativiteitsvereiste van de algemeenverbindendverklaring te verliezen.

<sup>12</sup> M. Royer, *CAO-onderhandelingen. Een voorspelbaar, logisch en rationeel proces?* Thesis Publishers, Amsterdam 1996; Teulings en Hartog, 1998.

<sup>13</sup> P.C. Schmitter en W. Streeck, *The organization of business interests. A research design to study the associative action of business interests. A research design to study the associative action of business in the advanced industrial societies of western Europe*. In: *IIM Discussion papers IIM/LMP 81-31*. Wissenschaftszentrum Berlin 1981.

<sup>14</sup> F. Traxler, 'Business associations and labor unions in comparison. Theoretical perspectives and empirical findings on social class, collective action, associational organization'. In: *British Journal of Sociology* (44) 1993.

<sup>15</sup> F.W. Scharpf, *Games real actors play. Actor-centered institutionalism in policy research*. Westview Press, Boulder 1997.



kunnen optreden zolang alle leden dat willen en dus consensus ofwel unanimiteit vereisen, en *verenigingen*, waarbij de leden een deel van hun autonomie hebben overgedragen aan het collectief, dat echter bij afzonderlijke besluiten de instemming van de meerderheid nodig heeft om te kunnen handelen. Anders dan in enkele andere Europese landen zijn de werknemers in Nederland geen lid van hun vakcentrales maar van de diverse vakbonden, die weer zijn aangesloten bij de vakcentrales FNV, CNV en Unie MHP. De vakcentrales kunnen dus niet automatisch spreken namens de aangesloten werknemers, maar hebben de instemming van de bonden nodig. Dit betekent dat wanneer maatschappelijke thema's worden opgepakt via zelfregulering, een debat met relevante beslissers (werkgevers en werknemers) nodig is, wat een effectieve implementatie weer versnelt.

*3. Lobbyen of onderhandelen: de schaduw van de hiërarchie.* Een overheid die beleid wil maken en uitvoeren staat voor een lastig dilemma. Legt zij haar keuzen aan de samenleving op – met het risico dat die keuzen niet worden gedeeld en in de uitvoering worden gefrustreerd? Of laat zij de organisaties in de samenleving onderhandelen – met als risico's dat zij er niet uitkomen of een resultaat overeenkomen dat haar niet aanstaat? Het is exact dit dilemma dat de loonvorming in de jaren zeventig en de herziening van de sociale zekerheid in de jaren tachtig frustreerde. Een institutionele setting die dit dilemma overstijgt is door Scharpf aangeduid als de 'schaduw van de hiërarchie' van de overheid.<sup>16</sup> De overheid kan sociale partners prikkelen tot een akkoord te komen – door aan te geven dat zij zonder dat akkoord zelf ingrijpt. Voorwaarde is dat de overheid een voorspelbare en eenduidige opstelling kiest, durft te dreigen met ingrijpen maar dat nauwelijks hoeft te doen. Een verdeelde en wankelmoedige overheid kan dit 'spel' niet spelen; sterker, zij zal zelf onderwerp zijn van de lobby (of dreiging) van werkgevers en werknemers.<sup>17</sup> Werkgevers- en werknemersorganisaties hebbende mogelijkheid tot directe lobby in de richting van het kabinet, waarbij de invloed afhankelijk is van de samenstelling en de verdeeldheid van het kabinet. Een eenduidige overheid drijft de sociale partners juist weer naar elkaar toe. Vanuit het perspectief van de sociale partners is dus de institutionele setting van belang: gaat het, zoals bij medezeggenschap, uitsluitend om overheidswetgeving, die door lobby en advies beïnvloed kan worden? Gaat het om onderhandelingen tussen werkgevers en bonden, waarbij een organisatie alleen met de uitkomst akkoord zal gaan als zij er per saldo beter van zal worden? Of wordt er onderhandeld onder de schaduw van de hiërarchie, waarbij het risico van overheidsingrijpen een extra prikkel vormt om het eens te worden?

De schaduw van de hiërarchie werkt zowel in positieve als negatieve zin. De overheid kan een positieve stimulans vormen voor zelfregulering wanneer zij unanieme adviezen van de Stichting van de Arbeid en de Sociaal Economische Raad - voorzover gericht op regelgeving - daadwerkelijk vertaalt in wetgeving. Het algemeenverbindendverklaren van cao's vormt een nog sterkere positieve stimulans voor zelfregulering: alleen als cao-partijen het eens worden en ook nog de instemming kunnen krijgen van hun achterban, is er sprake van een cao die ter avv aan de overheid kan worden voorgelegd. Niet alleen het bereiken van overeenstemming wordt beloond, de overheid heeft zelfs een stok achter de deur indien sociale partners hun positie misbruiken. De schaduw van de hiërarchie kan dan ook gebruik maken van negatieve instrumenten als het achterwege laten van avv en – in uitzonderlijke situaties - het opleggen van een loonmaatregel.

<sup>16</sup> F.W. Scharpf, 'Coordination in hierarchies and networks' In F.W. Scharpf (ed.), *Games in hierarchies and networks. Analytical and empirical approaches to the study of governance institutions*. Campus verlag, Frankfurt am Main/Westview Press, Boulder Colorado 1993. Zie ook Scharpf (1997).

<sup>17</sup> Van Wijnbergen wijst erop dat het vooral gaat om de perceptie van die overheid door de sociale partners. C. van Wijnbergen, *The politics of reform: battling unemployment in Germany and the Netherlands*. Paper American Political Science Association, Atlanta, 2-5 september 1999.