

De binding van werkgevers aan collectieve arbeidsovereenkomsten

Enkele beschouwingen over juridische factoren die binding bevorderen of verzwakken

F. Dorsssemont

1. De binding van werkgevers als sleutel

De dekkingsgraad (vertaling van *coverage*) van cao's wordt gedefinieerd als de verhouding van het aantal werknemers die gebonden zijn aan een cao tot het geheel van de werkende bevolking.¹ Het is een wederkerende kwestie in de jaarlijkse rapportage over 'industrial relations in Europe' van de Europese Commissie. In het meest recente rapport (2012) luidt het: 'While trade union density is important at the sectoral level, the effective implementation of collective agreements will be determined principally by the number of *employers* who recognise the agreements.'² De boodschap is duidelijk. Hoewel de relevantie van de mathematische dekkingsgraad voor de rechtsvergelijking tussen nationale stelsels van collectief overleg niet mag worden overschat,³ staat of valt de dekkingsgraad van de cao primair met de binding van werkgevers. Immers, de vraag *of* een werknemer gebonden is, rijst slechts indien zijn werkgever is gebonden. Is een werkgever niet gebonden, dan is daarmee de kous af. Enkel indien een werkgever is gebonden, rijst nog de vraag in welke mate de organisatiegraad van zijn werknemers een impact heeft op de vraag of die laatsten al dan niet gebonden zijn. Individuele werknemers kunnen in tegenstelling tot individuele werkgevers géén partij zijn bij collectieve arbeidsovereenkomsten.⁴

In het rapport over collectieve arbeidsverhoudingen wordt niet verklaard waarom de Europese Commissie zoveel waarde hecht aan een hoge dekkingsgraad of waarom het zo kwalijk zou zijn dat werknemers onder geen enkele cao vallen. De bedenking dat werknemers die niet door een cao worden gedekt buiten een stelsel

1 B. Brechter & B. Brandl, Overview of European, national and public sector industrial relations, in: Industrial relations in Europe 2012, p. 21, <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=fr&pubId=7498>>.

2 Zie Brechter & Brandl 2012, p. 21.

3 S. Sciarra, Draft General Report in: S. Sciarra (red.), The evolving structure of collective bargaining in Europe, p. 21: 'For all these reasons, it is not useful from a legal point of view to evaluate systems of collective bargaining in terms of efficiency, according either to the number of collective agreements signed or the coverage of the same. These are not irrelevant elements in the evaluation of national legal and voluntary systems, but it can be argued that quantitative measurements, if not properly contextualised, may leave the interpreter with a lot of unanswered qualitative questions', zie: [http://eprints.unifi.it/archive/00001151/01/General_Report_\(Sciarra\).pdf](http://eprints.unifi.it/archive/00001151/01/General_Report_(Sciarra).pdf).

4 A. Jacobs, Labour and the Law in Europe, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 114.

van collectieve arbeidsverhoudingen vallen, is banaal. Historisch wordt arbeidsvoorwaardenvorming via de uitoefening van collectieve autonomie als een betere waarborg gezien voor de verwezenlijking van een recht op een billijke verloning dan het mechanisme van de individuele contractsvrijheid. Reeds in de pauselijke encyciek *Rerum Novarum* (1891) wordt dit uitdrukkelijk gesteld.⁵ Bij afwezigheid van collectieve-arbidsvoorwaardenvorming ontbreekt een sokkel waarop de individuele autonomie kan rusten. Het risico dat werknemers met elkaar in concurrentie treden op basis van de kostprijs van hun arbeidskracht is in die hypothese veel groter. Dit risico bergt in zich een gevaar voor sociale dumping indien werknemers bereid zijn hun arbeid te verhuren aan een kostprijs die onder het niveau van een billijke verloning ligt. Er vindt dan in de ogen van sommigen een schadelijke vorm van sociale concurrentie tussen werknemers plaats die niet is gebaseerd op de kwaliteit van hun arbeid.⁶

De positieve waardering van collectieve-arbidsvoorwaardenvorming is uiteraard subjectief. Wie gelooft in de zaligmakende werking van de commutatieve rechtvaardigheid, zal weinig bekommerd zijn over de dekkingsgraad van cao's.

Meta-juridische factoren verklaren waarom werkgevers of hun organisaties collectieve arbeidsovereenkomsten sluiten. Juridische factoren verklaren waarom werkgevers aan die cao's worden gebonden. Beide analyses zijn complementair. In deze bijdrage beperk ik me tot een analyse van de juridische factoren die de binding bevorderen dan wel bemoeilijken. Deze bijdrage heeft niet als doel om de collectieve-arbidsvoorwaardenvorming in een aantal landen op rechtsvergelijkende wijze te benaderen. De wijze waarop de binding wordt benaderd, kan afwijken van de wijze waarop dit vraagstuk wordt beschreven in enkele juridische handboeken die exclusief gericht zijn op het nationale arbeidsrecht. Niettegenstaande dat de binding van een cao een onvermijdelijke *topos* vormt, wordt die binding veelal beschouwd vanuit het statische gegeven van een gesloten of algemeen verbindend verklaarde cao. Factoren of technieken die het sluiten van een cao bemoeilijken of faciliteren worden in deze handboeken niet onder de noemer binding bestudeerd. Het uitgangspunt voor de vergelijking is een sociologische notie: de dekkingsgraad van de cao. Deze notie is niet afhankelijk van een specifieke nationale juridische ervaring. Juridische technieken die de dekkingsgraad bevorderen of

5 Zie § 45 van de encyciek *Rerum Novarum* : 'Let the working man and the employer make free agreements, and in particular let them agree freely as to the wages; nevertheless, there underlies a dictate of natural justice more imperious and ancient than any bargain between man and man, namely, that wages ought not to be insufficient to support a frugal and well-behaved wage-earner. If through necessity or fear of a worse evil the workman accept harder conditions because an employer or contractor will afford him no better, he is made the victim of force and injustice. In these and similar questions, however – such as, for example, the hours of labor in different trades, the sanitary precautions to be observed in factories and workshops, etc. – in order to supersede undue interference on the part of the State, especially as circumstances, times, and localities differ so widely, it is advisable that recourse be had to societies or boards such as We shall mention presently, or to some other mode of safeguarding the interests of the wage-earners; the State being appealed to, should circumstances require, for its sanction and protection.'"

6 Zie in dit verband: M. Rigaux, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 8-12, 19-22.

bemoeilijken worden hier in kaart gebracht. Een aantal van die technieken komt niet in alle hier beschouwde rechtsordes voor. Een aantal technieken duikt slechts op in één rechtsorde. Dit doet geen afbreuk aan het feit dat globaal genomen een functionele (rechts)vergelijking plaatsvindt: er wordt immers voor een aantal rechtsordes onderzocht welke juridische technieken de dekkingsgraad bevorderen dan wel bemoeilijken.

Het onderzoek blijft verkennend. Een screening van 28 lidstaten van de Europese Unie (EU) is niet haalbaar. De volgende nationale rechtsordes worden in het onderzoek op systematische wijze betrokken: België, Nederland, Italië, Frankrijk en Duitsland. De keuze voor deze landen wordt verklaard door een vertrouwde met de officiële talen binnen deze rechtsordes. De problematiek van de binding aan (Europese) cao's wordt eveneens onderzocht binnen de rechtsorde van de EU. Aan het Britse recht wordt geen aandacht besteed. Britse cao's zijn juridisch niet bindend. De techniek waardoor Britse werkgevers aan cao's gebonden worden (een incorporatieclausule), is niet specifiek arbeidsrechtelijk.

De uitdrukking 'gebondenheid aan een cao' wordt hier breed opgevat. Formeel heeft het mijns inziens weinig zin te gewagen van een gebondenheid aan een instrument waaraan zowel een contractuele als een reglementaire natuur wordt toegedicht. Men dient te verduidelijken aan welk soort cao-bepalingen men is gebonden. In het kader van deze bijdrage ligt de focus op de normatieve bepalingen. In weerwil van het feit dat een werkgever in een aantal hypotheses niet gebonden is aan het obligatoire luik, wordt toch gesproken over 'gebondenheid'. Het volstaat dat op hem een verplichting rust om minimaal een deel van de normatieve bepalingen toe te passen. Subtiële onderscheidingen zoals een verplichting om normatieve bepalingen toe te passen enerzijds en gebondenheid aan 'de' cao worden hier evenmin gemaakt.

De koninklijke weg tot de binding van werkgevers aan collectieve arbeidsovereenkomsten spoort met het voluntaristische beginsel van de (collectieve) autonomie. Werkgevers worden gebonden aan ondernemings-cao's die zij zelf met één of meer vakbonden sluiten. Het vrije lidmaatschap van een werkgeversorganisatie genereert krachtens het verenigingscontract en/of krachten de wet een gebondenheid aan de sectorale en de intersectorale cao's die een sectorale of intersectorale werkgeversorganisatie sluit.

Blijkens de ondertitel van deze bijdrage staan in deze bijdrage enkele beschouwingen over juridische factoren die binding bevorderen of verzwakken centraal. Het klassieke scenario van cao-binding kan worden bevorderd door een verplichting voor werkgevers in te bouwen om tot onderhandelingen over te gaan (paragraaf 2). Omgekeerd kan de toegang tot de onderhandelings tafel worden belemmerd door aan werkgeversorganisaties representativiteitseisen op te leggen (paragraaf 3). Een organisatie die niet representatief is, heeft immers geen toegang tot de onderhandelings tafel. Ze kan geen cao's sluiten die de door de wetgever bepaalde binding hebben.

Voor het klassieke bindingsscenario bestaan in een aantal nationale rechtsordes enkele 'alternatieven' (paragraaf 4). Zij leiden ertoe dat een werkgever die noch aan de onderhandelingen heeft deelgenomen, noch aangesloten is bij een onderhandelende organisatie alsnog verplicht wordt bepaalde cao-bepalingen toe te

passen. In één enkel scenario (de toetreding) betreft het een 'voluntaristische' binding die gebaseerd is op de wilsuiting van de werkgever.

De vraag of een gebondenheid (aan een sectorale of intersectorale cao) die *niet* op de wilsuiting van de werkgever berust *per se* strijdig is met de (negatieve) vakverenigingsvrijheid, komt in paragraaf 5 aan bod. Deze vraag werd eerder door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) afgeblokt, maar werd in het arrest Werhof opnieuw aan de orde gesteld door het Europese Hof van Justitie (hierna ook: het Hof). Een confrontatie van de rechtspraak van beide hoven wordt om die reden onvermijdelijk. In het latere arrest Parkwood laat het Hof in een analoge maar niet identieke casuspositie de verwijzing naar de vrijheid van vakvereniging van de werkgever achterwege om heil te zoeken in de vrijheid van ondernemerschap. Die perspectiefwissel zal niet onopgemerkt blijven.

In de slotbeschouwingen wordt onderzocht welke 'alternatieven' dienstig kunnen zijn om de dekkingsgraad op te voeren (paragraaf 6). Nationale stelsels ter regulering van collectieve arbeidsvoorwaarden zijn sterk geworteld in de geschiedenis van de natiestaat en in de historische ontwikkeling van de arbeidersbeweging. Het invoegen van een 'alternatieve' bindingstechniek zal niet steeds bijdragen tot de consistentie van het stelsel. De grenzen van denkbare 'legal transplants' in het domein van collectieve arbeidsverhoudingen worden in de conclusie afgetast.

2. Een verplichting tot onderhandelen (*a duty to bargain*) als zuurstof voor collectief overleg

De vraag rijst of een formele onderhandelingsverplichting voor een werkgever of voor een werkgeversorganisatie een gangbare techniek is om het collectief cao-overleg te stimuleren. In een recente rechtsvergelijkende studie noemt Jacobs⁷ enkele lidstaten waarin een verplichting bestaat om cao-onderhandelingen aan te vatten. Het oudste voorbeeld betreft het groothertogdom Luxemburg (1965). Voorts wordt melding gemaakt van Frankrijk, Spanje en Hongarije. Jacobs meldt ook het bestaan van een gelijkaardige verplichting in het Verenigd Koninkrijk. Die verplichting is het gevolg van een verplichting tot erkenning van een vakbond met het oog op collectief overleg. België werd toen niet in de lijst opgenomen.

Gemeen aan alle modellen is de vaststelling dat de verplichting tot onderhandelen géén verplichting tot het sluiten van de cao impliceert. Verschillend in de stelsels is het niveau waarop onderhandelingen worden gevoerd. Veelal betreft dit het ondernemingsniveau. Het Franse voorbeeld is uitzonderlijk, omdat een verplichting werd ingebouwd om zowel op ondernemingsvlak als op branchevlak te onderhandelen volgens een door de wetgever opgelegd ritme.⁸ De thema's van de onderhandeling zijn veelzijdig. Ze variëren van loon en arbeidstijd, werkgelegenheid (gehandicapten, oudere werknemers, vorming en opleiding), de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de problematiek van werkbaar werk (*pénibilité du travail*).

7 Jacobs 2011, p. 116-117.

8 Zie P. Lokiec, *Droit du Travail* (II), Parijs: PUF 2011, p. 275-276, 300-303; J. Pélissier, G. Auzero & E. Dockès, *Droit du travail*, Parijs: Dalloz 2010, p. 1287-1288, 1320-1325.

In het lijstje van Jacobs ontbrak België terecht. Recent werd in België evenwel de Loonkloofwet gewijzigd. De wetswijziging van 12 juli 2013 introduceert een verplichting voor het 'paritair comité' om een gespecialiseerde directie van de Dienst Collectieve arbeidsbetrekkingen van het ministerie (de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg) op de hoogte te brengen van sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten waarin functieclassificaties zijn of worden opgenomen.⁹ De directie voert een onderzoek uit naar het genderneutrale karakter van die cao's. Ingeval het advies van de directie 'negatief' is, bepaalt de wet dat het paritair comité, binnen een termijn van 24 maanden na de kennisgeving van het advies, de noodzakelijke wijzigingen aanbrengt. Deze bepaling kan moeilijk anders worden gelezen dan als een verplichting tot het onderhandelen en sluiten van een cao die een niet genderneutrale classificatie bevat. De wetgever heeft evenwel nagelaten een sanctie uit te werken indien het overleg niet wordt aangevat of niet tot het gewenste resultaat leidt binnen de voorziene periode. Bevreemdend is de verplichting dat het comité na afloop van deze termijn wettelijk verplicht is de redenen van het stilzitten te verantwoorden. Die bepaling lijkt immers in tegenspraak met de verplichting om de cao's genderneutraal te maken. Van twee zaken één. Ofwel bestaat er een verplichting om te onderhandelen, ofwel bestaat er niet een dergelijke verplichting. Indien er een dergelijke verplichting bestaat, is het stilzitten mijns inziens niet te verantwoorden. Is het stilzitten wel te verantwoorden, dan bestaat volgens mij geen harde plicht tot onderhandelen. De sancties van een dergelijke *duty to bargain* variëren van civielrechtelijke (in het Verenigd Koninkrijk: *an order of specific performance*¹⁰) tot strafrechtelijke sancties (ten dele in Frankrijk voor ondernemings-cao's).

Het Europese secundaire recht bevat een zeldzaam voorbeeld van een *duty to bargain*. Artikel 4 van de EOR-Richtlijn 94/45 en artikel 4 van de Herschikkingsrichtlijn 2009/38 leggen het hoofdbestuur een formele verantwoordelijkheid op om de voorwaarden te scheppen en in de middelen te voorzien die voor de instelling van een Europese ondernemingsraad (EOR) of een informatie- en raadplegingsprocedure vereist zijn. Een weigering van werkgeverszijde om in te gaan op een verzoek van werknemerszijde om over de oprichting van een EOR te onderhandelen of zijn onvermogen om binnen een periode van drie jaar een akkoord te sluiten, wordt gesanctioneerd door de toepassing van de subsidiaire voorschriften. Indien werknemers of hun vertegenwoordigers géén (geldig) verzoek inleiden en het hoofdbestuur géén initiatief neemt, zullen de subsidiaire voorschriften niet van toepassing zijn.¹¹

Kortom, er geldt een voorwaardelijke *duty to bargaining*. De werkgever is niet verplicht tot onderhandelen over te gaan indien een groep van ondernemingen een communautaire dimensie heeft. Indien de werknemerszijde om een onderhande-

9 Wet van 12 juli 2013 tot wijziging van de wetgeving met betrekking tot de bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen, B.S. 26 juli 2013.

10 Zie J. Bowers, M. Duggan & D. Reade, *The law of industrial action and trade union recognition*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 363.

11 Zie immers artikel 7 EOR-Richtlijn, dat op limitatieve wijze de toepasselijkheid van deze voorschriften omschrijft. In dezelfde zin artikel 7 Herschikkingsrichtlijn.

ling vraagt, zal het hoofdbestuur die onderhandeling echter niet kunnen weigeren.

Bij wijze van conclusie kan worden vastgesteld dat een aantal lidstaten het voluntaristische karakter van de vrijheid van collectief overleg verenigbaar acht met een *duty to bargain*. Een lidstaat dwingt partijen daardoor aan de onderhandelingsstafel, zonder op de inhoud van het onderhandelingsproces te wegen. Het voorbeeld dat werd aangetroffen in het afgeleide recht van de Europese Unie, de verplichting voor een hoofdbestuur om met een bijzondere onderhandelingsgroep te onderhandelen over de instelling van een Europese ondernemingsraad, toont aan dat een dergelijke *duty to bargain* zwaarder weegt op de inhoud van het overleg. Het onderhandelingsproces vindt er immers plaats in de spreekwoordelijke schaduw van de subsidiaire voorschriften.

In de meest recente *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee* (IAO)¹² wordt uitdrukkelijk gesteld dat de IAO-Conventie nr. 98 neutraal is. De verplichting om het collectief overleg te bevorderen houdt geen verplichting in om een dergelijke plicht tot onderhandelen in te voeren, maar ze verzet er zich evenmin tegen.

3. Representativiteit, een voorwaarde tot onderhandelen

In een aantal landen stelt de wetgever voorwaarden waaraan contracterende partijen dienen te voldoen om cao's te sluiten. Deze voorwaarden kunnen verband houden met de rechtsvorm, maar ook met de 'representativiteit' van de betrokken contractspartner. Die representativiteitsvoorwaarden zijn veelal de tol die moet worden betaald voor een ruimere binding van de cao die de kring van de leden overstijgt. In de mate waarin aan die ruimere binding voorwaarden worden gesteld, kunnen ze worden gekwalificeerd als een toegangsvoorwaarde tot een geïnstitutionaliseerd onderhandelingsproces. Hoe soepeler de representativiteitsvoorwaarden voor werkgeversorganisaties, hoe vlotter de ruime binding plaatsvindt. In een aantal landen bestaat geen verruimde automatische binding. Van een representativiteitsbegrip is geen sprake. Die landen (Nederland, Italië) worden hier niet in de vergelijking betrokken.

Organisaties zijn per definitie representatief voor hun leden. Met deze vorm van privaatrechtelijke representativiteit heeft de cao-representativiteit niets van doen. Het vraagstuk van de institutionele representativiteit komt slechts aan de orde zodra een contractspartij gemachtigd wordt om *derden* te binden.¹³ Met derden wordt bedoeld op personen die géén mandaat hebben gegeven aan de con-

12 X., *Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*, Genève: ILO 2006, nr. 928.

13 Zie ook T. Jaspers, *Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?*, ArA 2008/1, p. 4-42, die op p. 5 een onderscheid introduceert tussen het juridische begrip 'vertegenwoordiging' en het sociologische begrip 'representativiteit'. Het in deze bijdrage gebezigde representativiteitsbegrip sluit semantisch aan bij het door Jaspers gebezigde begrip 'vertegenwoordiging'. Zie over de representativiteitsproblematiek in rechtsvergelijkend perspectief: F. Dorsssement, *Rechtspositie en syndicale activiteitsvrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge: Die Keure 2002, p. 9-244.

tractspartij om zich met het oog op hun belangenverdediging te vertegenwoordigen.

Voor wat betreft de ondernemingscao's rijst aan werkgeverszijde om die reden logischerwijze geen representativiteitsproblematiek. Elke werkgever is immers 'representatief' om zichzelf te verbinden.¹⁴ Representativiteit en de bekwaamheid te contracteren vallen samen. Aan werknemerszijde ligt de situatie anders indien een ondernemings-cao *niet*-georganiseerde werknemers bindt. In een dergelijke hypothese legt een aantal stelsels (bijvoorbeeld België en Frankrijk) representativiteitseisen op.

Het representativiteitsvraagstuk aan werkgeverszijde rijst om die reden eerder voor (inter)sectorale cao's, voor zover deze cao's niet-georganiseerde werkgevers zouden binden. Voor werknemers kan een onderscheid worden gemaakt tussen de *extension automatique* en de *extension erga omnes* (algemeenverbindendverklaring) die het gevolg is van een overheidsinterventie.¹⁵ In die landen waar een cao verbindend is voor werknemers van een gebonden werkgever (*extension automatique*), ligt het voor de hand dat representativiteitseisen worden gesteld. Voor werkgevers lijkt me echter geen equivalent van een *extension automatique* te bestaan. De cao zal steeds enkel bindend zijn voor de leden van de onderteekende werkgeversorganisatie, behoudens het geval van een algemeenverbindendverklaring. Kortom, de relevantie van representativiteitseisen situeert zich voor werkgevers louter op het vlak van de algemeenverbindendverklaring.

Niettegenstaande een representativiteitseis in een dergelijke context evident is, blinken nationale rechtsordes waarin met werkgeversrepresentativiteit¹⁶ wordt gewerkt niet uit door grote precisie. Er bestaat een groot verschil tussen de gedetailleerde wijze waarop representativiteitseisen voor werknemers en voor werkgevers worden uitgewerkt. In de IAO-aanbeveling nr. 163 wordt nochtans *zowel* voor werkgevers *als* voor werknemersorganisaties vooropgesteld:

'As appropriate and necessary, measures adapted to national conditions should be taken so that--

3) (a) representative employers' and workers' organisations are recognised for the purposes of collective bargaining;

(b) in countries in which the competent authorities apply procedures for recognition with a view to determining the organisations to be granted the right to bargain collectively, such determination is based on **pre-established and objective criteria** with regard to the organisations' representative char-

14 Dit werd eerder treffend opgemerkt door N. Maggi-Germain, La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, Droit social 2011, p. 1075.

15 In zijn proefschrift, dat in het Engels werd geredigeerd, maakt Even een gelijkaardig onderscheid tussen 'extension' en 'enlargement': Z. Even, Transnational collective bargaining in Europe, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 790. In tegenstelling tot wat de titel doet vermoeden, bevat dit proefschrift zeer waardevolle rechtsvergelijkende analyses en beschouwingen over nationaal cao-recht. Italië en Frankrijk werden niet in de vergelijking betrokken.

16 Het betreft in de context van een algemeen verbindend verklaring: België, Duitsland, Frankrijk en Nederland.

acter, established in consultation with representative employers' and workers' organisations.'

De nationale wetteksten hullen zich vaak in een volslagen mutisme. Zo oordeelde het Bundesarbeitsgericht in een arrest van 20 november 1990¹⁷ dat de bekwaamheid om cao's te sluiten voor werkgeversorganisaties *niet* aan een *Mächtigkeit*-vereiste¹⁸ is onderworpen. De afwezigheid van wettelijke criteria voor het werkgeversrepresentativiteitsbegrip is een oud Frans zeer. Artikel L- 2121 van de Franse Code du Travail werkt slechts representativiteitscriteria uit voor representatieve werknemersorganisaties. De Franse Raad van State put inspiratie uit deze bepalingen in geval van betwistingen van algemeenverbindendverklaring die zijn gebaseerd op een gebrekkige representativiteit van werkgeversorganisaties.¹⁹ Naar Belgisch recht gelden slechts subjectieve criteria voor de werkgeversrepresentativiteit van werknemersorganisaties. Zij dienen deel uit te maken van organisaties die zetelen in de Nationale Arbeidsraad en de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven. Het betreffende zijte hangt af van een benoeming door de Koning. Voor de sectorale cao-representativiteit geldt als voorwaarde een erkenning door de Koning. Deze erkenning veronderstelt dat zij van hun representativiteit doen blijken.²⁰ De wet verduidelijkt niet op basis van *welke* criteria de sectorale representativiteit moet worden bepaald.

In een heel andere context kwam de representativiteitsproblematiek van werkgeversorganisaties aan bod op de Europeesrechtelijke scene. In het arrest UEAPME (17 maart 1998) ging het Tribunal de première instance over tot een zeer kwalitatieve en cumulatieve benadering van de representativiteitsproblematiek.²¹ Het Hof van Justitie onderzocht daarbij of de werkgeversorganisatie UEAPME erin was geslaagd om te weerleggen dat de representatieve werkgeversorganisaties die het Europese raamakkoord over het ouderschapsverlof hadden ondertekend *in hun geheel* beschouwd op voldoende representativiteit konden bogen. Het Hof oordeelde dat de argumenten van de verzoekende partij die de nietigheid van die overeenkomst inriep wegens het vermeende gebrek aan representativiteit, doel misten. Het Hof van Justitie nam immers genoegen met de vaststelling dat de kleine en middelgrote ondernemingen waarvoor de verzoeker zich representatief achtte eveneens door de Europese werkgeversorganisatie UNICE werden vertegenwoordigd. In één overweging lijkt het Hof duidelijk aan te geven dat het aantal door de werkgevers *tewerkgestelde werknemers* voor de werkgeversrepresentativiteit, gelet op de aard van het instrument, maatgevend was. Het Hof van Justitie merkt in dit verband op dat 'niet zozeer de hoedanigheid van

17 BAG 20 november 1990, AP, nr. 40, zu § 2 TVG.

18 Bedoeld wordt de feitelijke mogelijkheid om de totstandkoming van een cao af te dwingen.

19 Zie vooral N. Maggi-Germain, *Formations et usages de la représentativité patronale*, Travail et Emploi 2012/131, p. 23-45; Maggi-Germain 2011, p. 1072-1082.

20 Zie artikel 42 van de Belgische wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.

21 Zie eerder F. Dorssemont, *Over de representativiteit van sociale partners in de Europese Sociale Dialoog*, Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht 2004, p. 143-151.

onderneming van belang is, maar die van *werkgever*.²² De vaststelling dat de meerderheid van UEAPME-deelnemers bestond uit ambachtelijke zzp'ers, was uiteraard niet van aard het Hof van Justitie milder te stemmen. Uit deze passage blijkt geenszins dat het aantal werkgevers dat een werkgeversfederatie telt, noch het economische gewicht van die werkgevers, relevant zou zijn.

4. Alternatieven voor binding

4.1. Toetreding

Een alternatief voor de klassieke vorm van binding aan een cao betreft de toetreding van een werkgever tot een collectieve arbeidsovereenkomst. De wederwaardigheden van de affaire Laval droegen bij tot de bekendheid van deze techniek.²³ In deze roemruchte zaak stond een collectieve boycotactie centraal die de Zweedse vakbonden organiseerden tegen een bouwwerf van een in Zweden gevestigde ondernemer die een school bouwde met behulp van de via de dienstverlener Laval gedetacheerde werknemers uit Letland. De in Zweden gevestigde ondernemer Baltic Bygg werd geconfronteerd met een oproep van de Zweedse vakbond voor de bouwsector om niet voor de geboycote onderneming te werken. Die primaire collectieve actie werd versterkt door een secundaire solidariteitsactie toen de Zweedse vakbond voor de elektriciteitssector besloot de elektriciteitstoevoer tot de werkplaats af te snijden. De vakbond wilde de buitenlandse dienstverlener dwingen een zogeheten *hångävtal* met de lokale afdeling van de sectorale bouwvakbond te sluiten. Het gevolg van die toetreding naar Zweeds recht is dat de loon- en arbeidsvoorwaarden van de sectorale cao van toepassing waren. De sectorale cao bevatte wel een openingsclausule. Via een van de *hångävtal* te onderscheiden ondernemings-cao kon van de sectorale cao worden afgeweken. Het zou verkeerd zijn om deze reactie van de Zweedse werknemersorganisaties te reduceren tot corporatistisch-protectionistische stuip trekkingen. Zweedse vakbonden hebben de neiging om ook Zweedse niet-georganiseerde werkgevers in gelijkaardige omstandigheden te boycotten. De oudere zaken Gustafsson²⁴ en Kellermann²⁵ tonen dit ten overvloede aan. Het Hof van Justitie heeft de litigieuze boycotactie in Laval geenszins veroordeeld op basis van de vrijheid van vakvereniging. Sterker, het Hof van Justitie baseerde zich integendeel op de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM)) om het recht op collectieve actie als een algemeen beginsel van EU-recht te erkennen.

In het Zweedse stelsel van collectieve arbeidsverhouding vormt de mogelijkheid om werkgevers te dwingen tot het sluiten van een *hångävtal* een oplossing voor de afwezigheid van de mogelijkheid om sectorale cao's algemeen verbindend te verklaren. De toevlucht tot boycotacties om werkgevers te dwingen een *hångävtal* te sluiten waarborgt dat de Zweedse cao's een hoge dekkingsgraad hebben. Voor

22 HvJ EU (Gerecht van Eerste Aanleg) 17 juni 1998, T-135/96 (UEAPME), § 102.

23 HvJ EU 18 december 2007, C-346/06 (Laval).

24 EHRM 25 april 1996, 15573/89 (Gustafsson/Sweden).

25 EHRM 26 oktober 2004, 41579/98 (Kellermann/Sweden).

werkgevers die niet zijn georganiseerd, heeft een toetredingsovereenkomst het voordeel dat zij géén lidmaatschapsbijdrage dienen te betalen aan de sectorale werkgeversorganisatie.²⁶

Het ware verkeerdt te stellen dat de toetreding een bindingstechniek is die slechts voorkomt in die landen waar de cao's *niet* algemeen verbindend kunnen worden verklaard. In Frankrijk en België kunnen sectorale cao's algemeen verbindend worden verklaard. De administratie maakt ook veelvuldig van die mogelijkheid gebruik. Er wordt in beide landen aan een werkgever de mogelijkheid geboden om tot een cao toe te treden.

Naar Belgisch recht is toetreding mogelijk voor organisaties (van werkgevers en werknemers) en voor individuele werkgevers. Deze toetreding veronderstelt de *instemming* van alle partijen die de cao hebben aangegaan, tenzij de cao anders bepaalt. Het gebruik van het woord 'instemming' (in tegenstelling tot 'toestemming') wekt de indruk dat de toetreding een individuele rechtshandeling betreft waarmee derden instemmen. De Franse taalversie verduidelijkt daarentegen dat de toetreding het gevolg is van een akkoord (*moyennant un accord*). Het is dan ook coherenter de toetreding te zien als een 'collectieve' overeenkomst. Indien de cao waartoe wordt toegetreden zelf bepaalt dat dit niet vereist is, is géén akkoord vereist. Betoogd kan worden dat de cao dan een kader creëert voor de toetreding bij wijze van een individuele rechtshandeling.²⁷ De toetreding dient schriftelijk te geschieden. Het toetredingsinstrument moet worden neergelegd op de griffie van de Dienst Collectieve arbeidsbetrekkingen van het ministerie voor Arbeid en Tewerkstelling

De organisaties of de werkgevers die toetreden, worden door die toetreding gebonden aan de normatieve én obligatoire bepalingen. Werkgevers die lid zijn van een toetredende organisatie zijn slechts gebonden aan de normatieve bepalingen.

Naar Frans recht²⁸ wordt de toetreding (*adhésion*) wezenlijk als een individuele rechtshandeling is uitgewerkt. Deze benadering verhoogt mijns inziens de dekingsgraad van de cao. De toetreding tot de cao is hier immers niet afhankelijk van de instemming van de partijen. Sterker, in beginsel kunnen zij de toetreding niet eens verhinderen via een clause in de collectieve arbeidsovereenkomst. Toetreding is mogelijk door organisaties van werkgevers en werknemers. In tegenstelling tot het Belgische recht is toetreding door individuele werkgevers geen optie.

Naar Belgisch recht lijkt slechts de toetreding door individuele werkgevers in de praktijk onmiddellijk relevant. Immers, de sectorale of intersectorale cao wordt *normaliter* in een paritair orgaan gesloten. In beginsel wordt een cao dan al breed gedragen door een gekwalificeerde meerderheid die aan unanimité grenst.

26 A. Adlercreutz, *Labour Law in Sweden*, 2010/527, p. 188-189.

27 W. Rauws, De geldigheid van de collectieve arbeidsovereenkomst, in: G. Cox, M. Rigaux & J. Rombouts, *Collectief onderhandelen*, Mechelen: Wolters Kluwer 2006, p. 129-130.

28 Zie artikel L 2132-2 Code du Travail en Lokiec 2011, p. 208-210.

4.2. Algemeenverbindendverklaring

In een aantal landen bestaat een mogelijkheid om de binding van de sectorale en of intersectorale cao's via een administratieve interventie te veralgemenen. Via deze *extension erga omnes* wordt de cao bindend voor de niet-georganiseerde werkgevers die binnen de desbetreffende sector en binnen de toepassings sfeer van de cao vallen. Nederland, België en Frankrijk gelden als klassieke voorbeelden. In tegenstelling tot wat artikel 39 van de Italiaanse grondwet vooropstelt, is noch in België noch in Frankrijk sprake van een blinde delegatie ten faveure van de sociale partners waardoor de cao automatisch een *erga omnes*-werking zou hebben. Om die reden wordt de wettelijke gebondenheid van werknemers van een gebonden werkgever bij wijze van contrast als de *extension automatique* geduid. In het geval van algemeenverbindendverklaring is sprake van een door de wetgever gecreëerde mogelijkheid voor de uitvoerende macht om ad hoc aan deze cao's een *erga omnes*-werking te geven.

Het bestaan van deze mogelijkheid bevordert de dekkingsgraad van cao's. Een aantal factoren is echter van aard de algemeenverbindendverklaring te bemoeilijken. Vooreerst rijst de vraag of de mogelijkheid tot algemeenverbindendverklaring afhankelijk is van een verzoek vanwege werkgevers- en/of werknemerszijde. Een respect voor de collectieve wilsautonomie verzet zich tegen een al te eigengereid optreden van de administratie. De concrete toepassing van dit beginsel kent gradaties.

Naar Belgisch recht volstaat een verzoek dat uitgaat van één organisatie die deel uitmaakt van het paritair orgaan waarin de cao werd gesloten.²⁹ Deze regel contrasteert met de aan unanimité grenzende gekwalificeerde meerderheid die vereist is voor het sluiten van de cao gesloten in een paritair orgaan. De minister kan niet op eigen initiatief overgaan tot de algemeenverbindendverklaring.

Naar Nederlands recht gelden gelijkaardige beginselen. Er is geen ruimte voor het optreden van de minister zonder dat een verzoek voorligt van een van de ondertekenende partijen.³⁰

Naar Frans recht geldt dat de minister wél een dergelijk initiatief kan nemen. Hij dient dan wel de sociale partners te raadplegen. Het initiatief kan ook uitgaan van een representatieve werkgevers- of werknemersorganisatie. Belangwekkend is dat het door de minister gevraagde advies niet uitgaat van het relevante brancheniveau, maar van de Commission nationale de négociation collective. De afwezigheid van een onverdeeld positief advies staat een algemeenverbindendverklaring niet in de weg. Er dienen wel enkele procedurele hordes te worden genomen.³¹

Naar Duits³² recht geldt dat het handelen van de minister afhankelijk is van een verzoek van een van de contractspartijen. Naar Duits recht wordt een 'voogdij'

29 Artikel 28 Belgische CAO-Wet. Zie V. Pertry & P. Sichien, Collectief onderhandelen, Mechelen: Wolters Kluwer 2006, p. 150-151.

30 Artikel 4 wet van 25 mei 1937 op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Zie W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, p. 144-145.

31 Lokiec 2011, p. 284.

32 Naar Duits recht: § 5 Tarifvertragesgesetz. Voor een commentaar, zie T. Lakies, § 5, in: W. Daübler, Tarifvertragesgesetz, Baden-Baden: Nomos 2012, p. 1485-1556.

georganiseerd van de *Spitzenorganisationen* van werkgevers- en werknemerszijde (de intersectorale werkgevers- en werknemersorganisaties). Dit betekent dat de algemeenverbindendverklaring van sectorale cao's verregaand wordt bevoegd door het intersectorale sociaal overleg. Er is sprake van een *Tarifausschuss* die in de praktijk zeer remmend is gebleken. Een andere beperking betreft de eis dat de cao die algemeen verbindend verklaard wordt, niet minder dan 50% van de onder de toepassingsfeer vallende werknemers dekt. Naar Nederlands recht werd voorzien in een meerderheidsvereiste van werknemers.³³ Dit vereiste wordt 'soepel' geïnterpreteerd. Er wordt immers gekeken naar het aantal werknemers van een gebonden werkgever, ongeacht hun organisatiegraad.³⁴ Men zou kunnen betogen dat voor algemeenverbindendverklaring wordt gehandeld *alsof* een *extension automatique* in voege was. Naar Nederlands recht kan het effect van de algemeenverbindendverklaring worden getemperd door het verlenen van dispensaties. Niettegenstaande de omzetting van een Europese cao bij wijze van een richtlijn niet gelijkgesteld kan worden met de algemeenverbindendverklaring, is een analogie tussen de richtlijn én een algemeenverbindendverklaring evident.³⁵ Het is in het licht van een rechtsvergelijkende analyse opmerkelijk dat een Europese cao slechts kan worden omgezet indien *alle* contracterende partijen daarom verzoecken.³⁶

De algemeenverbindendverklaring is niet geheel onomstreden. In het verleden gaf de algemeenverbindendverklaring aanleiding tot prejudiciële procedures. Zowel in de spraakmakende zaak Albany³⁷ als in de zaak AG2R Prévoyance³⁸ sloeg het Hof een aanval op dit instituut op basis van het mededingingsrecht nog af. Zoals later aangetoond door het arrest Commissie/Duitsland³⁹ zijn algemeen verbindend verklaarde cao's niet geïmmuniseerd tegen de werking van de zogeheten fundamentele (economische) vrijheden.

In alle landen beschikt de overheid over een discretionaire bevoegdheid om te beschikken over een verzoek tot algemeenverbindendverklaring. Er is geen 'recht' op algemeenverbindendverklaring. Deze discretionaire bevoegdheid contrasteert met de wijze waarop de omzetting van Europese cao's via een richtlijn (beschikking/decision) wordt beschreven in artikel 155 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Eerder stelde Bercusson⁴⁰ dat deze libelering zich verzet tegen een weigering op loutere opportuniteitsgronden. De auteur betoogt dat de Europese Commissie verplicht zou zijn een voorstel te for-

33 Artikel 2 lid 1 Wet AVV. Zie Fase & Van Drongelen 2004, p. 145-149.

34 Zie in dit verband Toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen.

35 Sommige auteurs hebben zelfs gewezen op een mogelijk Belgische inspiratie voor het verdragsartikel.

D. Dumont, *Le dialogue social européen et ses instruments*, in: I. Hachez e.a., *Les sources du droit revisitées*, Limal: Anthémis 2012, p. 337; J. Degimbe, *La politique sociale européenne*, Brussel: ETUI 1999, p. 33.

36 Artikel 153 VWEU.

37 HvJ EU 21 september 1999, C-67/99 (Albany).

38 HvJ EU 3 maart 2011, C-67/96 (AG2R Prévoyance).

39 HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08 (Commissie/Duitsland).

40 B. Bercusson, *European Labour Law*, Londen: Butterworths 1996, p. 542-543; B. Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 523-539.

muleren indien een verzoek voorligt.⁴¹ Een deel van de doctrine volgt de auteur in deze lectuur. Even talrijk zijn diegenen die naar het model van de interne algemeenverbindendverklaring ten faveure van een ruime opportuniteitstoets pleiten.⁴²

De recente aarzeling van de Europese Commissie om een sectorale cao van de Europese sociale partners in verband met de veiligheid en gezondheid van werknemers in het kappersbedrijf bij wijze van richtlijn om te zetten, toont aan dat de discussie niet louter van academische aard is.⁴³

4.3. *Het recht op billijke beloning*

In enkele internationale instrumenten werd een recht op een billijke beloning opgenomen. Zo bevat artikel 4 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) een verwijzing naar het recht op een billijke beloning. Als een billijke beloning wordt gezien een loon dat aan werknemers en hun gezin een behoorlijk levenspeil verschaft. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie verwijst niet op uitdrukkelijke wijze naar dit recht. Niettegenstaande de titel van artikel 31 van dit Handvest verwijst naar het recht op rechtvaardige en billijke arbeidsvoorwaarden en omstandigheden, treft men hierin geen enkele verwijzing aan naar het concept van 'billijke beloning'. De omstandigheid dat artikel 152 VWEU deze materie uitsluit, biedt noch een overtuigende verklaring, noch een rechtvaardiging. Zo werd het recht op collectieve actie in het Handvest wel gewaarborgd, niettegenstaande het eveneens opduikt in de lijst van krachtens artikel 152 VWEU uitgesloten bevoegdheden. Artikel 7 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) erkent eveneens een recht op een billijke beloning.

Artikel 4 ESH noch artikel 7 IVESCR verduidelijkt op basis van *welke* objectieve of subjectieve (wie?) criteria de hoogte van die billijke beloning voor de werknemer en zijn gezin moet worden bepaald.

- 41 M. Hecquet, *Essai sur le Dialogue social européen*, Parijs: LGDJ 2007, p. 111; A. Jacobs, *European social concertation*, in: *Commission consultativa nacional de convenios colectivos* (red.), *Collective bargaining in Europe*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2005, p. 363; K. Riesenhuber, *European Employment law*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 159 ('The Commission is considered to be obliged to make a requisite proposal if the social partners so request'); B. Teyssié, *La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'accord européen sur la politique sociale*, JCP E 1994 en Chron I 352, p. 221. Zie ook: F. Dorssemont, *Origin, Problems and Perspectives of the European Social Dialogue*, in: M. De Vos, *A decade beyond Maastricht*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 27: 'However, the latter seems to be at odds with the wording of Article 139 EC Treaty.'
- 42 E. Franssen, *Legal aspects of the European Social Dialogue*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 207-208; C. Welz, *The European Social Dialogue under Articles 138 and 139 of the EC Treaty*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 322-323.
- 43 Zie in dit verband COM(2013)658 final, punt 14: 'In gevallen waarin de sociale partners instemmen met de noodzaak van wetgeving, is de Commissie verplicht om de overeenkomsten te beoordelen en de sociale partners te informeren over haar beslissing. De Commissie gaat door met haar beoordeling van de overeenkomst met de sociale partners betreffende de bescherming van veiligheid en gezondheid in de kapperssector. Tijdens haar huidige mandaat dient de Commissie geen voorstel in voor de wettelijke tenuitvoerlegging van deze overeenkomst.'

Het Italiaanse Hof van Cassatie heeft vanaf de jaren vijftig van de twintigste eeuw op voorbeeldige wijze blij gegeven van een zin voor *Rechtsfortbildung* door het in de Italiaanse grondwet verankerde recht op een billijke beloning⁴⁴ te gebruiken als een argument voor de geldigheid *erga omnes* van die bepalingen in de cao die betrekking hadden op minimumlonen. Het Hof van Cassatie ging daarbij uit van de onmiddellijke en horizontale werking van de bepaling van de Italiaanse grondwet.⁴⁵ Deze kunstgreep remedieerde een belangrijke lacune. Immers, artikel 39 van de Italiaanse grondwet, waaraan een onmiddellijke werking werd ontzegd, werd nooit omgezet. Dit artikel voorzag in een automatische gelding *erga omnes* zonder de tussenkomst van de administratie (algemeenverbindendverklaring) van sectorale cao's die door representatieve organisaties werden gesloten.⁴⁶ Voor die landen die géén stelsel van algemeenverbindendverklaring hebben, daagt dan ook een boeiende kunstgreep. De rechterlijke macht zou zich naar het Italiaanse voorbeeld kunnen baseren op het recht op billijke beloning in de hiervoor genoemde internationale instrumenten om aan loonbepalingen in sectorale cao's een *erga omnes*-werking te verlenen. Met uitzondering van het Italiaanse voorbeeld hebben de hier bestudeerde landen een stelsel van algemeenverbindendverklaring. Het wekt dan ook geen verbazing dat van deze techniek geen gebruik werd gemaakt om aan loonbepalingen van een niet algemeen verbindend verklaarde een dergelijke *erga omnes*-werking toe te kennen.

4.4. De cao als bron van aanvullend recht

In België hebben de individuele normatieve bepalingen van in paritaire organen gesloten cao's (sectorale en intersectorale) een aanvullend of suppletief karakter. Ze binden de niet-georganiseerde werkgevers en hun werknemers die onder het ressort van het paritair orgaan en onder de toepassingsfeer van de cao vallen, behoudens een schriftelijk afwijkend beding in de individuele arbeidsovereenkomst.⁴⁷ Voor een dergelijke uitdrukkelijke bepaling in een cao-wet bestaat in de andere hier onderzochte landen geen equivalent.

Deze suppletieve werking biedt aanzienlijk meer rechtszekerheid dan het gemeenrechtelijke beginsel dat de inhoud van een individuele arbeidsovereenkomst wordt aangevuld door de gewoonte of door gebruiken. Het is immers niet onomstreden om sectorale cao's als een schriftelijke neerslag van een dergelijke gewoonte of zulke gebruiken op te vatten. De weigering van de Belgische recht-

44 Zie artikel 36 van de Italiaanse grondwet: 'Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.'

45 Zie B. Caruso & A. Alaimo, *Diritto sindacale*, Bologna: Il Mulino 2012, p. 182-186; G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari: Cacucci 2006, p. 141-142; P. Bellocchi, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in: F. Carinci, *Il lavoro subordinato* (I), Turijn: G. Giappichelli editore 2011, p. 283-284.

46 Zie artikel 39 lid 4 Italiaanse grondwet: 'I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.'

47 Zie artikel 26 van de Belgische wet betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.

F. Dorssemont

banken om in dergelijke redenering mee te stappen noopte precies tot een wettelijke regeling van de cao.

4.5. Overgang van onderneming

In het geval van een overgang van onderneming bepaalt artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG dat de verkrijger na de overgang de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate handhaaft als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, *tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.*

De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar. Gelet op de libellering van dit artikel dient te worden aangenomen dat deze bepaling slechts betrekking kan hebben op de normatieve bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst. Het ligt in de rede dat deze verplichting alleszins betrekking heeft op die normatieve bepalingen die de individuele relatie tussen de werkgever en de werknemer betreffen. Onduidelijk is of de normatieve bepalingen die de collectieve relaties tussen werknemers en werkgevers reguleren onder de toepassings-sfeer van artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG vallen. Vaststaat dat het lot van de overlegorganen door een specifieke bepaling (*lex specialis*) van de richtlijn wordt gereguleerd.⁴⁸

Het artikel van de richtlijn heeft niet tot doel om de binding van de collectieve arbeidsovereenkomst te harmoniseren. De wijze waarop de vervreemder door een cao is gebonden kan verschillend zijn van lidstaat tot lidstaat. Het artikel stelt een imperatieve én een optionele grens aan de binding van de verkrijger. Aan de binding van de verkrijger wordt op imperatieve wijze een einde gesteld op het tijdstip *waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.*

De richtlijngever lijkt daarbij te doelen op de hypothese waarop de cao als instrument ophoudt te bestaan (beëindigen of aflopen). De andere hypothese (het in werking treden of de toepassing van een andere cao) is meer enigmatisch. Onduidelijk is of bedoeld wordt op een cao die in werking treedt of wordt toegepast bij de vervreemder dan wel bij de overnemer. Indien bedoeld wordt op een cao die in werking treedt bij de vervreemder, zou het logischerwijze gaan over een cao die een einde stelt aan de cao waaraan de vervreemder was gebonden. In deze interpretatie staan drie scenario's centraal waarin de cao als 'instrument' uit de rechtsorde verdwijnt. Men kan denken aan de eenzijdige beëindiging door opzegging, de beëindiging van rechtswege door het verstrijken van de termijn of de consensuele

48 Zie artikel 6.1. Richtlijn 2001/23. Voor een toepassing, zie HvJ EU 29 juli 2010, C-151/09 (UGT-FSP). Zie ook I. Zaal, Medezeggenschap na overgang onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud, *ArA* 2010/3, p. 74-88; F. Dorssemont, *Le sort de la représentation des travailleurs après le transfert d'entreprise: l'arrêt UGT-FSP versus Ayuntamiento de la Linea de la Concepcion*, in: F. Dorssemont & A. Lamine (red.), *Les restructurations en droit social – Question spéciales-Capita Selecta*, Waterloo: Kluwer 2014, p. 93-108.

beëindiging door het sluiten van een nieuwe cao. Het loutere feit dat de overnemer zich kan beroepen op een cao waaraan hij gebonden is, volstaat in deze interpretatie *niet* om een einde te stellen aan de verplichting de arbeidsvoorwaarden toe te passen van een cao waaraan de vervreemder gebonden was. In een tegenovergestelde visie dient artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG wel in die laatste zin te worden gelezen. Niettegenstaande de voorheen toepasselijke cao als instrument blijft bestaan, zou de loutere gebondenheid aan een cao die de overnemer bindt een einde aan de binding van de cao stellen. In het arrest Ivana Scattolon/Ministerio dell' Istruzione, dell' Università e della Ricerca lijkt het Hof van Justitie een middenpositie te kiezen.⁴⁹ Kool en geit worden gespaard. Het Hof biedt immers ruimte voor de these van de onmiddellijke toepasselijkheid van de cao die de overnemer bindt en die krachtens artikel 3 lid 3 een einde kan stellen aan de verplichting om de arbeidsvoorwaarden vervat in de 'oude' cao toe te passen.⁵⁰ Beltzer en Koopman hebben erop gewezen dat deze door het Hof ontwikkelde mogelijkheid naar Nederlands recht niet werd erkend.⁵¹ Naar Belgisch recht betreft het een belangrijk twistpunt in de doctrine én de rechtspraak, waarover het Belgische Hof van Cassatie tot op heden geen duidelijke uitspraak deed.⁵² Het Hof van Justitie stelt in het arrest een niet van rechtsonzekerheid gespeende grens aan die onmiddellijke toepassing. Uitdrukkelijk wordt vooropgesteld: 'De gebruikmaking van de mogelijkheid om met onmiddellijke werking de voorwaarden die op de overgegangene werknemers krachtens de bij de vervreemder geldende collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing zijn te vervangen door de voorwaarden van in de collectieve arbeidsovereenkomst die bij de verkrijger van kracht is, mag dus niet als doelstelling of als gevolg hebben dat aan deze werknemers voorwaarden worden opgelegd die *globaal* minder gunstig zijn dan de voorwaarden die vóór de overgang van toepassing waren.'⁵³

4.6. Detachering

Last but not least kan melding worden gemaakt van de Detacheringsrichtlijn. Artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn 96/71 bepaalt immers dat buitenlandse

49 HvJ EU 6 september 2011, C-108/10 (Ivana Scattolon/Ministerio dell' Istruzione dell' Università e della Ricerca). Voor een commentaar: R.M. Beltzer & F. Koopman, Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's, *ArA* 2012/2, p. 36-51.

50 Zie HvJ EU 6 september 2011, C-108/10 (Ivana Scattolon/Ministerio dell' Istruzione dell'Università e della Ricerca), § 74.

51 Beltzer & Koopman 2012, p. 48 ('De regel uit de richtlijn (...) dat de verkrijger na de overgang direct zijn eigen cao mag toepassen, is naar Nederlands recht geen eindigingsgrond').

52 Voor een zeer omvattende *status quaestionis* en een originele pleidooi om de knoop in het licht van de vertegenwoordigingsgedachte te ontwarren: A. Lamine, Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement: entre hiérarchie des normes et représentation collective, in: F. Dorssemont & A. Lamine (red.), *Les restructurations en droit social – Question spéciales-Capita Selecta*, Waterloo: Kluwer 2014, p. 41-92. Voor een confrontatie van twee zeer tegengestelde benaderingswijzen: F. Dorssemont, Naar een extensieve interpretatie van restricties op sociale bescherming?, *Sociaalrechtelijke Kronieken* 2000, p. 21 e.v. *versus* C. Engels, Wijziging van paritair comité bij overgang van onderneming en het lot van de collectieve arbeidsovereenkomst, *J.T.T.* 2000, p. 27 e.v.

53 Zie HvJ EU 6 september 2011, C-108/10 (Ivana Scattolon/Ministerio dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca), § 76.

dienstverleners in de bouwsector verplicht worden bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's na te leven met betrekking tot een limitatief opgesomde lijst van onderwerpen. Een uitbreiding van deze verplichting tot andere sectorale cao's is facultatief.

5. De vrijheid van vakvereniging versus de binding aan cao's

5.1. Onderscheiden en in beginsel scheiden, aldus sprak het EHRM

Het ruime overzicht van alternatieven voor de klassieke modaliteiten van de binding van werkgevers doet de vraag rijzen hoe de (negatieve) vrijheid van vakvereniging én de gebondenheid aan cao's zich tot elkaar verhouden. Voor het beantwoorden van deze vraag zoek ik steun in de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 11 EVRM. Deze vraag is relevant voor zover een werkgever gebonden wordt aan een cao die hij zelf niet heeft gesloten of die werd gesloten door een werkgeversorganisatie waarvan hij géén lid is. Hij wordt nillens willens gebonden aan een cao. De vraag is of hij in een dergelijke hypothese niet impliciet wordt gedwongen aansluiting te zoeken bij een werkgeversorganisatie om enige impact te hebben op het onderhandelingsproces.

Omwille van twee redenen lijkt deze vraag bevreemdend. Vooreerst is de individuele vakverenigingsvrijheid op basis van artikel 11 EVRM vooral relevant voor werknemers. Het gebruik van de woorden 'trade union' in de Engelstalige versie en van het woord 'syndicat' in de Franse versie wettigt die indruk.⁵⁴ De jurisprudentie van het EHRM heeft primair betrekking op werknemers die onder druk worden gezet om al dan niet lid te worden van een vakbond. Centraal staat de negatieve of de positieve vrijheid van vakvereniging van werknemers. Het EHRM nam in het verleden slechts aanstoot aan *closed shop* praktijken,⁵⁵ die werden gesanctioneerd door maatregelen die voor een werknemer economisch zeer nadelig waren (bijvoorbeeld ontslag). Was van een aantasting van de bestaanszekerheid (een 'loss of livelihood') géén sprake, dan stoort het EHRM zich niet aan beperkingen van de negatieve vrijheid van vakvereniging van werknemers.⁵⁶ Allerlei vormen van pesten ten nadele van de leden van één bepaalde vakbond (*union-busting*) noopten het Hof om van discriminatie te gewagen.⁵⁷ In één arrest⁵⁸ nam het EHRM een vorm van *management by seduction* (het uitoefenen van druk via de wortel in plaats van via de stok) op de korrel. Een werkgever oefende druk uit op de positieve vrijheid van vakvereniging door georganiseerde werknemers te belonen die het mandaat introkken dat zij aan hun vakbond hadden gegeven om hun belangen in het kader van cao-overleg te verdedigen. Er is

54 Zie recent mijn beschouwingen in H.-M.Th.D. ten Napel, F. Dorssemont & J.L.W. Broeksteeg, Artikel 11, in: J.H. Gerards e.a., *Sd@ommmentaar. EVRM Deel I : materiële rechten*, Den Haag: Sdu 2013, p. 1051-1053.

55 EHRM 13 augustus 1981, 7601/76 en 7806/77 (Young, James and Webster/UK); EHRM 11 januari 2006, 52562/99 en 5620/99 (Sorensen and Rasmussen/Danmark).

56 EHRM 20 april 1993, 14327/88 en 14327/88 (Sibson/UK).

57 EHRM 30 juli 2009, 67336/01 (Danilenkov and others/Russia).

58 EHRM 2 juli 2002, 30668/96 (Wilson, National Union of Journalists of Journalists).

overigens géén rechtspraak van het EHRM bekend waarin *voordelen* die exclusief worden toegekend aan georganiseerde werknemers worden gehekel.⁵⁹

Ten tweede rijst de vraag hoe men de werkgevers moet percipiëren als slachtoffers van een mensenrechtenschending. Gelet op de economisch zeer onderscheiden en onvergelykbare positie van werkgever en werknemers binnen de arbeidsverhouding, lijkt de idee van schending van de individuele vakverenigingsvrijheid van *werkgevers* ietwat ongerijmd. Niettegenstaande dat de *Digest* van het IAO Freedom of Association Committee aandacht besteedt aan de beperkingen van de collectieve aspecten van de vrijheid van vereniging van werkgevers, blijft de individuele dimensie van de vakverenigingsvrijheid van werkgevers in dit repertorium onderbelicht. Het is op eerste gezicht moeilijk in te zien wie op welke wijze een werkgever zou kunnen dwingen om ten koste van zware economische schade ('a loss of livelihood') lid te worden van een werkgeversorganisatie (schendingen van de negatieve vakverenigingsvrijheid). Even moeilijk lijkt het om zich voor te stellen hoe men een werkgever zou kunnen intimideren die wél lid wil worden van een werkgeversorganisatie om die stap niet te zetten (schending van de positieve vrijheid van vakvereniging). In het arrest Olafsson/Iceland⁶⁰ lijkt het EHRM wel moeite te hebben met een *wettelijke* verplichting voor werkgevers om een belasting te betalen die finaal ten goede kwam aan een werkgeversorganisatie. Enkel de leden van die werkgeversorganisatie konden dat bedrag verrekenen met hun lidmaatschapsbijdrage. Het EHRM hekelde de gebrekkige transparantie van deze geldstromen van niet-leden naar de werkgeversorganisatie. Men zou kunnen betogen dat het EHRM de lat voor de schendingen van de negatieve vakverenigingsvrijheid voor *werkgevers* aldus verlaagt. Hoewel het economische nadeel van de niet-georganiseerde werkgever geenszins een *loss of livelihood* betreft, komt de negatieve verenigingsvrijheid alsnog in het vizier.

Dergelijke conclusie is allicht voorbarig. Van Hiel⁶¹ heeft terecht gewezen op het wezenlijke verschil tussen de klassieke casusposities in verband met de negatieve vrijheid van vakvereniging van werknemers en de zaak Olafsson. Ze werpt op dat in deze zaak *wettelijke* beperkingen van de negatieve vrijheid van vakvereniging centraal stonden. Het gros van de *closed shop* praktijken die door het EHRM werden behandeld, betrof *contractuele* beperkingen die voortvloeiden uit collectieve afspraken tussen de werkgever en de vakbonden. Slechts in Sigurdur A Sigurjonsson/Iceland was sprake van een wettelijke verplichting voor zelfstandige taxichauffeurs om zich aan te sluiten bij een beroepsvereniging.⁶² Zonder lidmaatschap kon een taxichauffeur niet aan een licentie komen. Van Hiel besluit op basis van een onderzoek van de jurisprudentie van de toezichthoudende organen van de IAO dat uitgerekend de wettelijke interventies sneller dan het optreden van sociale partners tot een verwijt van favoritisme kunnen leiden. In geval van

59 De problematiek van voordelen die uitsluitend worden toegekend aan georganiseerde werknemers (niet aan de vakbond) is in België wijd verbreid in de publieke en de private sector.

60 EHRM 27 april 2010, 20161/06 (Olafsson/Iceland).

61 I. van Hiel, De werkgever, de werkgeversorganisatie en de vrijheid van vakvereniging, Oriëntatie 2011/2, p. 39-40; I. van Hiel, The right to form and join trade union protected by Article ECHR, in: F. Dorssemont, K. Loercher & I. Schoemann (red.), Oxford: Hart publishers 2013, p. 298-300.

62 EHRM 30 juni 1993 (Sigurdur A Sigurjonsson/Iceland).

een wettelijke interventie zou de syndicale vrijheid en gelijkheid sneller onder druk worden gezet dan in het geval van praktijken waaraan de neutrale staat part noch deel heeft. Vele van de hierna bestudeerde bindingstechnieken zijn overigens gebaseerd op het statelijke recht. De relevantie van de vraag naar de implicaties van het arrest Olafsson blijft om die reden overeind.

Het komt me voor dat het EHRM aarzelend zal staan om de les van het arrest Olafsson radicaal en consequent door te trekken naar het vraagstuk van de cao-gebondenheid van werkgevers. Het EHRM zou dan immers de eerder gehuldigde appreciatiemarge van de staten bij het inrichten van stelsels van collectieve arbeidsverhoudingen verregaand reduceren.⁶³ Een dergelijke stap zou uitdrukkelijk indruisen tegen de jurisprudentie van de Grote Kamer.⁶⁴ De Grote Kamer van het EHRM diende zich eerder in het arrest Gustafsson/Zweden te buigen over de geoorloofdheid in het licht van de (negatieve) vakverenigingsvrijheid van bepaalde boycotacties.⁶⁵ De Zweedse vakbonden voerden die acties tegen werkgevers die een sectorale cao weigerden toe te passen die was gesloten door een sectorale werkgeversorganisatie waarvan zij géén lid waren. In casu lieten de gewraakte boycotacties de werkgever een keuze tussen twee technieken om de sectorale cao toe te passen. De eerste keuze betrof het lidmaatschap van de sectorale werkgeversorganisatie die de cao had gesloten. De tweede techniek betrof het sluiten van een zogeheten *hångavtal*. Het betreft een overeenkomst tussen de geboycote werkgever en de sectorale werknemersorganisatie, waarbij de werkgever zich verbindt de normatieve bepalingen van de sectorale cao op al zijn werknemers toe te passen. Volgens het EHRM was niet aangetoond dat deze tweede optie, die géén enkele verplichting inhield om lid te worden van een werkgeversorganisatie, voor de werkgever economisch zo nadelig was in vergelijking met de eerste optie, dat sprake kon zijn van een impliciete dwang tot toetreding.

Het EHRM was zich wel bewust van het feit dat leden van een werkgeversorganisatie meer mogelijkheden hebben dan niet-leden om de uitkomst van het collectief overleg te beïnvloeden. Dit feit werd weliswaar meegewogen, maar veranderde niets aan het eindoordeel van het EHRM. Gegeven de omstandigheden was om die reden geen sprake van een schending van de vakverenigingsvrijheid. Een andersluidend oordeel zou bevreemdend zijn geweest. Geenszins wordt betwist dat een werkgever gebaat zou zijn bij lidmaatschap van een werkgeversorganisatie indien de sectorale of intersectorale cao's die deze organisatie sluit achteraf op hem van toepassing blijken te zijn. Onbegrijpelijk is wel dat dit gegeven op ontoelaatbare wijze de wil van een bekwaam persoon zou kunnen beïnvloeden. Waarom zou een voordeel dat iemand heeft om een overeenkomst (lees : het verenigingscontract) te sluiten twijfel doen rijzen over de geldigheid van die wilsuiting? Het tegendeel lijkt me eerder het geval te zijn.

In het Gustafsson-arrest kent het EHRM geenzins 'immuniteit' toe aan cao's. Cao's worden niet gevrijwaard van beperkingen die kunnen uitgaan van de vrijheid van vakvereniging. Het stelt integendeel:

63 Zie hierover Ten Napel, Dorsssement & Broeksteeg 2013, p. 1063.

64 EHRM 25 april 1996, 15573/89 (Gustafsson/Sweden).

65 EHRM 25 april 1996, 15573/89 (Gustafsson/Sweden).

*'The positive obligation incumbent on the State under Article 11 (art. 11), including the aspect of protection of personal opinion, may well extend to treatment connected with the operation of a collective-bargaining system, but only where such treatment impinges on freedom of association.'*⁶⁶

Het EHRM erkent dat van gebruik van boycotacties een vorm van dwang *kan* uitgaan. Die dwang is aldus het EHRM geenszins problematisch indien het eindresultaat dat werd afgedwongen niet op *significante* wijze de vrijheid van vakvereniging aantast. Het EHRM overweegt immers dat de economische schade die de boycotactie genereert op zich *niet* relevant is:

*'Compulsion which, as here, does not significantly affect the enjoyment of that freedom, even if it causes economic damage, cannot give rise to any positive obligation under Article 11 (art. 11).'*⁶⁷

Dat de economische schade die de werkgever zou kunnen lijden ingevolge collectieve acties niet wordt meegewogen, lijkt me een prudente opstelling. Het is immers inherent aan collectieve acties dat ze schade genereren, ongeacht of sprake is van een stakingsactie of een boycotactie tegen een werkgever.

Het EHRM lijkt me een formeel onderscheid aan te brengen tussen de kwestie van het lidmaatschap van een werkgeversorganisatie en de kwestie van de gebondenheid aan een cao. Het feit een cao te moeten toepassen vormt op zich geen beperking van de vrijheid van vereniging. Maatgevend lijkt de gedachte dat de binding aan de cao niet *in se et per se* de (negatieve) vrijheid van vakvereniging schendt.

Dit zou slechts anders zijn indien de cao een bepaling zou bevatten die de vrijheid van vakvereniging op onoorbare wijze beperkt én indien het bindingsmechanisme impliceert dat die bepaling de werkgever effectief bindt. Het is immers volstrekt ongenueanceerd om te gewagen van de binding van een werkgever aan de cao. Steeds moet worden uitgemaakt aan welk onderdeel van de cao een werkgever wordt gebonden.

De benadering van het EHRM vond navolging in een arrest van het Bundesverfassungsgericht van 18 juli 2000.⁶⁸ In dit arrest stond de vraag centraal of een verplichting van een buitenlandse dienstverlener om het in een Duitse algemeen verbindend verklaarde cao verankerde minimumloon toe te passen op zijn gedetacheerde werknemers verenigbaar was met de door de Duitse grondwet gewaarborgde vakverenigingsvrijheid (*Koalitionsfreiheit*).

Het EHRM oordeelde dat dit verzoek manifest niet gegrond was en om die reden niet ontvankelijk. Het EHRM had eerder in een louter interne situatie de verenigbaarheid erkend van het instituut van de algemeenverbindendverklaring met de *Koalitionsfreiheit*. In deze situatie wordt een niet-georganiseerde werkgever verplicht normatieve bepalingen van een cao toe te passen.

66 EHRM 25 april 1996, 15573/89 (Gustafsson/Sweden), § 52.

67 EHRM 25 april 1996, 15573/89 (Gustafsson/Sweden), § 52.

68 Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 948/00.

5.2. *Vrijheid van vakvereniging in het geding, later onder de mat geveegd door het HvJ EU*

In het arrest Werhof⁶⁹ oordeelde het Hof van Justitie dat een 'dynamische' interpretatie van een klassiek incorporatiebeding in een individuele arbeidsovereenkomst waardoor een overnemer na de datum van de overgang zou worden gebonden aan nieuwe cao's die hij noch zijn werkgeversorganisatie had gesloten, ertoe zou kunnen leiden dat de negatieve vakverenigingsvrijheid onder druk zou komen te staan. Het Hof voegde hieraan toe dat enkel een statische interpretatie van een dergelijk incorporatiebeding kon waarborgen dat de negatieve vrijheid van vereniging *volledig* kon worden gewaarborgd. Het Hof lijkt daarmee een duidelijke band voorop te stellen tussen de gebondenheid aan een 'werkgeversvreemde' cao en de druk op de negatieve vrijheid van vakvereniging. Deze band wordt nergens beargumenteerd, tenzij in de conclusie van advocaat-generaal (A-G) Ruiz-Jarabo Colomer.⁷⁰ De A-G merkt op dat een overnemer die enige invloed wil hebben op de uitkomst van het cao-overleg, om die reden verplicht is zich aan te sluiten bij de werkgeversorganisaties. Niet inzichtelijk wordt gemaakt waarom dit evidente voordeel van een lidmaatschap een onoorbare *beperking* van de (negatieve) vrijheid van vereniging uitmaakt. Voor zover dit al als een argument geldt, mist het specificiteit. Het komt me voor dat een dergelijk argument evenzeer opgaat voor een werkgever die invloed wil uitoefenen op sectorale cao's die algemeen verbindend verklaard kunnen worden. Met evenveel recht kan men zeggen dat een niet-georganiseerde werknemer die gebonden is aan een cao die door zijn werkgever is ondertekend in die landen waarin de wetgever de binding van de werknemer organiseert via de gebonden werkgever⁷¹ of die wordt geconfronteerd met een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst, er alle belang bij heeft zich bij een onderhandelende vakbond aan te sluiten. Geen zinnig mens heeft ooit beweerd dat de vrijheid van vakvereniging van die werknemer om die reden in het gedrang komt. Het arrest van het Hof van Justitie is helemaal problematisch waar het deze redenering stoelt op de interpretatie die het EHRM in het arrest Gustafsson aan artikel 11 EVRM zou hebben gegeven.

In het meer recente arrest Alemo Herro/Parkwood stond een sterk gelijkaardige casuspositie centraal.⁷² Het geschil had betrekking op de vraag of een incorporatieclausule in een arbeidsovereenkomst op een dynamische wijze *mocht* worden geïnterpreteerd. De inzet was de toepasselijkheid van een collectieve arbeidsovereenkomst die na de overgang door een overnemer werd gesloten. Opmerkelijk lijkt me dat het Hof van Justitie niet meer verwijst naar de negatieve vrijheid van vakvereniging van de overnemer. Het Hof verklaart dit relatieve stilzwijgen door op te merken dat uitgerekend de verwijzende rechter stelt dat de negatieve vrijheid van vakvereniging *niet* in het geding was.

69 HvJ EU 9 maart 2006, C-5/88 (Werhof/Freeway Traffic Systems).

70 Zie nr. 49 van de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EU 9 maart 2006, C-5/88 (Werhof/Freeway Traffic Systems).

71 Het betreft de figuur van de 'extension automatique': alle werknemers zijn gebonden indien de werkgever is gebonden, ongeacht de organisatiegraad van die werknemers.

72 HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11 (Alemo Herron/Parkwood Leisure Ltd). Zie N. Jansen, Parkwood (vooral) oude wijn in nieuwe zakken, ArA 2014/1, p. 76-100.

Het Hof van Justitie repliceert daarop door te stellen dat dit de verwijzende rechter die het gemeenschapsrecht moet toepassen er niet van ontslaat om dit recht te interpreteren in het licht van de grondrechten die in het Handvest van Nice werden opgenomen. Het Hof focust daarbij primair op artikel 16 van het Handvest (de vrijheid van ondernemerschap). De vrijheid van vakvereniging die door het Handvest wordt gevrijwaard, wordt immers niet meer genoemd. Deze vaststelling lijkt me te suggereren dat het Hof de relevantie van de vrijheid van vakvereniging voor de problematiek van de binding aan een 'werkgevervreemde' cao toch sterk nuanceert. Is hier sprake van voortschrijdend inzicht? Het Hof van Justitie lijkt me op dit punt alleszins de verwijzende rechter te volgen, zonder aan diens oordeel gebonden te zijn. Het Hof knoopt de vrijheid van ondernemerschap aan een ander grondrecht, het recht om via een proces van collectief overleg de arbeidsvoorwaarden te beïnvloeden met het oog op *toekomstige* economische activiteiten.⁷³ In wezen doelt het Hof daarmee op een recht op toegang tot de onderhandelingsstafel. Dit houdt verband met een belangrijke component van de collectieve dimensie van de vrijheid van vakvereniging, namelijk de vrijheid van het collectief overleg.⁷⁴ De transitie van de overgedragen ondernemingsactiviteit van de publieke naar de private sector bemoeilijkte in verregaande mate die toegang. Daar waar in het arrest Werhof werd geklaagd over de vermeende dwang om zich bij een sectorale werkgeversorganisatie aan te sluiten, staat in de Parkwood-zaak een omgekeerde situatie centraal. De overnemer *kan* zich op generlei wijze aansluiten, zo hij dit al zou willen.⁷⁵ Het Hof van Justitie meent dat de vrijheid van ondernemerschap daardoor in zijn *Kernbereich* wordt aangetast.

6. Slotbeschouwingen

In deze bijdrage werd een aantal juridische technieken onderzocht die de binding van werkgevers aan normatieve cao-bepalingen bevorderen dan wel verzwakken. Stelsels van collectieve arbeidsverhoudingen betreffen complexe bouwwerken. Er kan niet voldoende worden gewaarschuwd voor de gevaren van *legal transplants*⁷⁶ in dit delicate domein.

Uit het rapport 'Industrial relations in Europe 2012' dient te blijken dat het met de 'collective bargaining coverage' in Nederland verre van slecht gesteld is. De statistieken pieken boven de 80% uit. In deze bijdrage werd gekeken naar de *duty to bargain* als een instrument om collectief overleg te bevorderen. Er is geen geïnsti-

73 HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11 (Alema Herron/Parkwood Leisure Ltd), § 33: in het licht van artikel 3 Richtlijn 2001/23 volgt hieruit dat de verkrijger, overeenkomstig de vrijheid van ondernemerschap, bij de totstandkoming van een overeenkomst waarbij hij partij is, zijn belang doeltreffend moet kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.

74 Een belangrijke component: in het arrest Demir en Baykara/Turquie (EHRM 12 november 2008, 34503/97) wordt de vrijheid van het collectief overleg als een wezenlijk element van de vrijheid van vakvereniging gekwalificeerd.

75 Zie in dit verband: Jansen 2014, p. 92-93.

76 O. Kahn-Freund, On Use and Misuse of Comparative Law, Modern Law Review 1974, p. 1-27.

tutionaliseerde verplichting voor werkgevers om op regelmatige wijze met vakbonden in overleg te treden. Aan deze vaststelling doet geen afbreuk dat Nederlandse rechters de vrijheid van werkgevers(organisaties) hebben beperkt om feitelijk representatieve(re) vakbonden te weren.⁷⁷ Het betreft een voorwaardelijke en zeer relatieve variant van een onderhandelingsplicht. Het invoeren van een geïnstitutionaliseerde onderhandelingsplicht spoort slecht met het traditionele stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen.

Opgemerkt werd dat strenge representativiteitseisen een rem kunnen vormen op het sluiten van cao's. Naar Nederlands recht speelt de representativiteit een zeer geringe rol. De klassieke binding van de cao is sterk civielrechtelijk. Ze werd op een eerder contractuele veeleer dan institutionele leest geschoeid. Representativiteit speelt sterker op het vlak van de algemeenverbindendverklaring. Sectorale cao's die de meerderheidstoets niet doorstaan, worden niet algemeen verbindend verklaard. Uit het toetsingskader blijkt dat die meerderheid wezenlijk betrekking heeft op werkzame personen, dat wil zeggen werknemers. De koppen worden niet geteld op basis van de tanende achterban van de bonden, maar op basis van de door *gebonden* werkgevers tewerkgestelde werknemers. Finaal is de representativiteit van de werkgeversorganisaties van tel. Die representativiteit wordt echter gemeten door hun werknemers te tellen. De Nederlandse algemeenverbindendverklaring is erg lenig. Ze wordt niet bemoeilijkt door een noodzaak van een gezamenlijk verzoek van alle ondertekenende organisaties, noch door een voogdij vanwege de interprofessionele organisaties. De Nederlandse Wet cao bevat géén bepalingen over toetreding tot een cao. Mogelijk biedt het wijdverspreide gebruik van incorporatiebedingen een verklaring. In stelsels waar de *extension automatique* wordt toegepast en incorporatiebedingen niet vereist zijn, wordt het instituut van de toetreding wel wettelijk geregeld. Anders gezegd, een incorporatiebeding is een meer eenvoudige wijze om zich te verzekeren van de toepasselijkheid van de normatieve bepalingen van een cao. De figuur van de dispensatie lijkt in dit verband haast een tegenpool van de toetreding. Waar de toetreding de toepasselijkheid verbreedt, wordt die beperkt door de voor Nederland kenmerkende dispensatie. Bij nader inzien situeren beide rechtsfiguren zich echter op een ander moment in de tijd. Daar toetreding slechts zinvol is voor niet algemeen verbindend verklaarde cao's, veronderstelt dispensatie een algemeenverbindendverklaring. Eerder werd gewezen op het creatieve gebruik van het grondrecht op een billijke beloning door het Italiaanse Hof van Cassatie. De bepaling over het recht op een billijke beloning van de Italiaanse grondwet (1948) kent haar gelijke niet in de Nederlandse Grondwet. Niettegenstaande de Nederlandse bepalingen aanzienlijk recenter zijn, vallen ze ook erg zuinig uit. De zuinigheid en de formulering van een instructienorm⁷⁸ bemoeilijken de toekenning van een onmiddellijke werking naar Italiaans voorbeeld. Een minder voortvarend voorstel lijkt ons de erkenning

77 Dit probleem was het voorwerp van de oratie van A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen. De macht in juridische banen of het recht in de ban van de macht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 42. Zie ook: A.T.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 127-130.

78 De enige normen die beperkt bruikbaar zijn, betreffen de artikelen 19 en 20 van de Nederlandse Grondwet.

De binding van werkgevers aan collectieve arbeidsovereenkomsten

van een suppletieve of aanvullende werking van de cao naar Belgisch model. In ondergeschikte orde wenkt de vermetele vraag of een dergelijke aanvullende werking via een norm van goed werkgeverschap kan worden bewerkstelligd.