

## RECHTSPRAAK

***Conclusie A-G: TUI moet FNV toelaten als onderhandelingspartner in plaats van arbeidsvoorwaardenregeling via OR.****Feiten*

TUI heeft op basis van artikel 32 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan de ondernemingsraad van TUI Nederland Holding N.V. instemmingsrecht toegekend met betrekking tot de vaststelling van primaire arbeidsvoorwaarden. TUI overlegt uitsluitend met (een onderdeelcommissie van) de ondernemingsraad over de (primaire) arbeidsvoorwaarden voor het cabinepersoneel van TUI, wat na instemming van de ondernemingsraad periodiek uitmondt in aanpassing van de arbeidsvoorwaardenregeling (avr). De avr is opgenomen in de Personeelsgids die met een beroep op een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomsten wordt toegepast voor alle medewerkers in dienst van TUI, tenzij in de individuele arbeidsovereenkomst anders is overeengekomen. In de Personeelsgids zijn voor het cabinepersoneel een eigen werk- en rusttijdenregeling, een eigen beoordelingssysteem, eigen salarisschalen en een eigen vakantieregeling opgenomen. In artikel 6.4 van de Personeelsgids staat vermeld dat voor de loonontwikkeling de cao Reisbranche wordt gevolgd. FNV heeft TUI herhaaldelijk - tevergeefs - verzocht om met haar in onderhandeling te treden over de (primaire) arbeidsvoorwaarden voor het cabinepersoneel.

Op 16 januari 2020 heeft FNV aan TUI een door 369 personen ondertekende petitie aangeboden, waarin aan TUI gevraagd wordt om met FNV te onderhandelen over een cao voor het cabinepersoneel. Op 8 februari 2022 heeft FNV opnieuw aan TUI een petitie aangeboden, ondertekend door 261 personen, waarin eveneens aan TUI wordt gevraagd om met FNV te onderhandelen over een cao voor het cabinepersoneel. TUI heeft geweigerd om met FNV te onderhandelen over een cao voor het cabinepersoneel.

De kantonrechter heeft de vorderingen van FNV afgewezen. Daartoe overwoog de rechter onder meer dat de maatstaf uit het *AbvaKabo*-arrest niet toepasbaar is, omdat in dit geval geen sprake is van cao-onderhandelingen met vakbonden. Volgens het hof was de *AbvaKabo*-norm wel van toepassing. Het hof wees de vorderingen van FNV toe. In cassatie wordt geklaagd over een aantal principiële kwesties, in het bijzonder of een vakbond overleg over primaire arbeidsvoorwaarden kan afdwingen ook in het geval er geen 'cao-overleg' plaatsvindt (want uitsluitend met een ondernemingsraad wordt onderhandeld).

*Conclusie A-G De Bock*

De advocaat-generaal gaat uitvoerig in op het primaat van de vakbond (art. 27 lid 3 WOR), de

achtergrond(en) van artikel 32 lid 2 WOR (ondernemingsovereenkomst) en diverse internationale rechtsbronnen. Na deze beschouwingen gaat zij in op de cassatieklachten en concludeert zij als volgt.

Geen van de klachten kan slagen, omdat zij berusten op een onjuiste lezing van het hofarrest. Het arrest moet zo worden gelezen dat het hof, naar analogie van het *AbvaKabo*-arrest, zich de volgende vragen stelt: (i) is FNV een representatieve vakbond, waarmee zij in beginsel recht heeft op toegang tot collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden, en zo ja, (ii) hoe valt in dit concrete geval, waarin TUI met de ondernemingsraad onderhandelt, de belangenafweging uit die moet worden gemaakt ter beoordeling van de vraag of niet-toelating van FNV tot het arbeidsvoorwaardenoverleg onrechtmatig is, mede in het licht van internationale rechtsnormen? Dat het hof de overwegingen van het *AbvaKabo*-arrest doortrekt naar de onderhavige situatie, is terecht (zie onder 8.2 e.v.).

Anders dan in het middel wordt betoogd heeft het hof wel degelijk onderkend dat TUI in beginsel de vrijheid heeft om op grond van artikel 32 lid 2 WRO met haar ondernemingsraad te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden (zie onder 5.16 e.v.). Het hof benoemt die contractsvrijheid expliciet in rov. 6.10. Ook heeft het hof onderkend dat uit internationale regelgeving op zichzelf geen onderhandelplicht met de ondernemingsraad kan worden afgeleid (zie onder 7.40). Ook het hof is hiervan uitgegaan, zo blijkt uit rov. 6.2. Anders dan het middel veronderstelt, blijkt uit de bestreden rechtsoverwegingen dan ook niet dat het hof er zonder meer van uitgaat dat het TUI niet vrij zou staan om met de eigen ondernemingsraad te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden

Dit betekent echter niet dat de werkgever steeds de vrijheid heeft om zelf te bepalen met wie hij onderhandelt over arbeidsvoorwaarden. Zoals gezegd moet een afweging worden gemaakt tussen de belangen die de representatieve vakbond heeft bij toelating tot de onderhandelingen, versus de belangen van de werkgever om niet met de vakbond maar met de ondernemingsraad te onderhandelen. Besproken is dat die belangenafweging sterk is ingekaderd door de op grond van de ILO-verdragen 135 en 154 geldende eis dat geen sprake mag zijn van ondermijning van de positie van de vakbond (zie onder 7.10 e.v.). In feite, zo is betoogd, moet worden aangenomen dat uit die verdragen volgt dat de vakbond een *onderhandelingsprimaat* heeft (zie onder 7.30). Zo ver is het hof echter niet gegaan.

Uit het bestreden arrest blijkt duidelijk dat het hof de hiervoor omschreven belangenafweging inderdaad heeft gemaakt. Het hof heeft daarbij als startpunt genomen dat door FNV zwaarwegende argumenten moeten worden aangevoerd ter onderbouwing van haar wens om toegelaten te worden tot cao-onderhandelingen. In rov. 6.10 overweegt het hof immers dat het recht van FNV op het voeren van collectieve onderhandelingen in dit geval zwaarder weegt dan de contractsvrijheid van TUI, die eruit bestaat dat zij in beginsel zelf kan bepalen met wie zij onderhandelt of contracteert. In de daarop volgende overwegingen werkt het hof dit uit, waarbij (terecht) eerst besproken wordt welke zwaarwegende argumenten FNV heeft aangevoerd om toegelaten te worden tot onderhandelingen, waarna vervolgens wordt besproken of TUI daar steekhoudende zwaarwegende tegenover heeft gesteld.

Uit de verschillende overwegingen van het hof komt naar voren dat alles erop wijst dat TUI niet zozeer niet wil onderhandelen met een vakbond, maar dat zij niet met FNV wil onderhandelen en daarom vasthoudt aan het arbeidsvoorwaardenoverleg met de ondernemingsraad. Dit terwijl duidelijk is dat er grote onvrede bestaat onder het cabinepersoneel over deze onderhandelingen, en er bij hen een sterke wens leeft dat met FNV wordt onderhandeld over een cao. Daarmee is sprake van ondermijning van de positie van de vakbond, als bedoeld in de ILO-verdragen 135 en 154 (rov. 6.14). Het is terecht dat het hof dit bij zijn oordeel betreft (zie hiervoor onder 9.11). De door het hof in het kader van de belangenafweging besproken feiten en omstandigheden – die in cassatie op zichzelf niet ter discussie zijn gesteld – mondt uit in het oordeel van het hof in rov. 6.21, dat TUI in strijd handelt met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door te weigeren om met FNV te onderhandelen over een cao voor het cabinepersoneel, terwijl een rechtvaardigingsgrond in de vorm van een zwaarwegend belang hiervoor ontbreekt.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 22-12-2023

**ECLI:** ECLI:NL:PHR:2023:1211

**Zaaknummer:** 22/04484

**Rechters:** R.H. de Bock

**Advocaten:** S.F. Sagel, I.L.N. Timp en M.S. van der Keur

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 27 lid 3 WOR en 32 lid 2 WOR