

ANNOTATIE

Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht?

A.R. Houweling

Inleiding

'Er zijn twee manieren om een stad te ruïneren: (1) door die te bombarderen en (2) door de huurprijzen te bevroren. Naarmate men de contractsvrijheid aan de zijde van de woningeigenaar/verhuurder aan banden legt, zal hij minder geneigd zijn te investeren in de huurwoning, waardoor verpaupering vanzelf ontstaat. Daarvoor hebben we geen F-16's nodig, wetgeving is even doeltreffend.' Zo ongeveer begon een van de colleges huurrecht tijdens mijn rechtenstudie. Nu zou men allerlei parallellen tussen het huurrecht en het arbeidsrecht kunnen aantonen (beschermingsgedachte, afwijkende regels van Boek 3 en Boek 6 BW), maar daar is het mij nu niet om te doen. Het gaat mij om de boodschap die verscholen zit in het citaat, die men als volgt zou kunnen samenvatten: te veel bescherming bieden aan één partij (de huurder), kan en zal mogelijk een groot, onvoorzien en onbedoeld effect kunnen hebben op de wederpartij (de verhuurder) en mogelijk zelfs de hele gemeenschap (de stad). Het hier te bespreken Abvakabo/Unieke Kinderopvang-arrest kan voor het cao-recht ook een dergelijk onbedoeld en verstrekkend effect hebben. Aan de Hoge Raad werd namelijk de vraag voorgelegd of gunstigere bepalingen uit een geëxpireerde cao ook blijven nawerken, indien een nieuwe cao in werking is getreden waarvan de bepalingen een minimumkarakter behelzen. De Hoge Raad heeft deze vraag bevestigend beantwoord. In dit AR Commentaar zal worden onderzocht in hoeverre dit oordeel van de Hoge Raad overeenstemt met eerdere rechtspraak en opvattingen in de literatuur, alsook de vraag worden beantwoord waarin nu het grote bezwaar (of liever gezegd: gevaar) van deze 'permanente nawerking' kleeft.

(Na)werking van het cao-recht

Indien sprake is van enerzijds een werknemer die lid is van een werknemersvereniging die partij is bij de cao en anderzijds van een werkgever of een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao en zowel werkgever als werknemer zijn betrokken (vallen onder de werkingssfeer van de cao), dan is sprake van een zogenoemde artikel 9-12-13-werknemer. De normatieve of horizontale bepalingen uit de cao werken dan direct door in de individuele arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. De met de cao strijdige bepalingen zijn op grond van artikel 12 Wet CAO nietig en daarvoor in de plaats treden de cao-bepalingen, terwijl artikel 13 Wet CAO voorziet in aanvulling van ontbrekende bepalingen. Is een werkgever zelf, of via

lidmaatschap van een werkgeversvereniging, partij bij een cao en de werknemer is ongebonden, dan geldt artikel 14 Wet CAO (de zogenoemde art. 14-werknemer). De werkgever is dan in beginsel verplicht de inhoud van de cao ook op deze werknemer toe te passen. De werknemer kan naleving van de cao evenwel niet afdwingen. Anders dan bij een artikel 9-12-13-werknemer wordt de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege gefatsoeneerd en gemodelleerd. De werkgever zal dan overeenstemming met de werknemer moeten bereiken (doorgaans middels een incorporatiebeding). Voor het antwoord op de vraag of een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst strijdig is met de overeenkomstige cao-bepaling is ten slotte van belang of sprake is van een minimum-cao/minimumbepaling of een standaard-cao/standaardbepaling. Een minimum-cao staat afwijkingen ten gunste van de werknemer toe (het loon bedraagt ten minste x-bedrag). Een standaard-cao staat geen enkele afwijking toe (het loon bedraagt x-bedrag). Verreweg het merendeel van alle cao's in Nederland zijn zogenoemde minimum-cao's.

De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst uit 1927 (!) regelt niet wat te gelden heeft zodra de looptijd van een cao is verstreken. In de doctrine en rechtspraak is in deze lacune voorzien door 'nawerking' aan te nemen. Eenvoudig gezegd, houdt nawerking in dat de cao ook na het verstrijken van de looptijd blijft gelden, maar dat de contractsvrijheid tussen alle betrokken partijen herleeft. In de cao-loze periode mogen werkgever en werknemer dus andere afspraken maken, die zelfs tegen de voorheen geldende cao ingaan (zie uitvoerig A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Leerstuk nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden op de helling', *ArA* 2006-3, p. 55 e.v.). Volledigheidshalve – want in casu niet van belang – zij opgemerkt dat nawerking niet geldt na expiratie van een algemeen verbindend verklaarde cao (HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 en HR 10 januari 2003, *LJN* AE9386, *NJ* 2006, 516. Op deze hoofdregel is een beperkt aantal uitzonderingen geformuleerd. Zie uitvoerig de interessante bijdrage van R.M. Beltzer, 'De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem', via: <www.arbac.nl/artikel1.php>).

Wanneer eindigt nawerking?

Als cao's na afloop van de geldingsduur blijven nawerken, dan rijst de vraag wanneer deze nawerking eindigt. Loonstra en Zondag stellen zich op het standpunt dat arbeidsvoorwaarden uit de cao na afloop van haar geldingsduur van kracht blijven, *totdat de nieuwe cao in werking treedt* (C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 679). Met andere woorden, zodra er een nieuwe cao geldt, eindigt nawerking van de oude cao. Zij vinden daarvoor steun in het Aruba-arrest, alwaar de Hoge Raad heeft geoordeeld:

'Mede omdat de pp. bij een CAO, ook nadat zij is geëindigd, belang erbij houden dat naleving van de door die CAO gecreëerde arbeidsvoorwaarden zo goed mogelijk wordt verzekerd, past bij dat stelsel aan te nemen dat zolang uit een geëindigde CAO voor de individuele werkgevers jegens hun werknemers in dier voege verplichtingen blijven voortvloeien, *dat zij (totdat pp. anders overeenkomen) gebonden blijven* aan die bepalingen van de CAO die op de voet van de

art. 12 en 13 Landsverordening CAO deel zijn gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten, het nakomen van die verplichtingen tevens een uit die CAO jegens de werknemersorganisatie voortvloeiende verplichting in de zin van art. 9 lid 2 is (...)’ (Hoge Raad 19 juni 1987, LJN AD3749, NJ 1988, 70; cursivering ARH).

Uit het gecursiveerde tekstgedeelte zou men kunnen afleiden dat de nawerking eindigt zodra de cao-partijen (die waren immers de ‘pp.’ in dit arrest en niet – zoals regelmatig in tekstboeken wordt gesuggereerd – de individuele werkgever en werknemer. Dit laatste volgt overigens wel uit het onderhavige arrest, waarin de Hoge Raad overweegt ‘behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken’) anders overeenkomen (lees: een nieuwe cao sluiten). In latere rechtspraak lijkt de Hoge Raad een meer onbegrensde formulering te hanteren. Zo oordeelde hij in Rode Kruis/Te Riet: ‘(...) Het strookt hiermee om te aanvaarden dat de doorwerking van de CAO-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de CAO gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de CAO is aangegaan (vgl. HR 19 juni 1987, nr. 6995, NJ 1988, 70).’ (HR 10 januari 2003, LJN AE9386, NJ 2006, 516). De doorwerking duurt voort. Dat lijkt onbeperkt. Tot het onderhavige Abvakabo/Unieke Kinderopvang-arrest, was het derhalve niet duidelijk of een cao onbeperkt blijft nawerken of eindigt zodra een nieuwe cao in werking treedt. Gesteld voor deze lastige kwestie, merkt Even op dat het beslissende antwoord afhankelijk is van het karakter van de nieuwe cao. Het is immers nog maar de vraag of nawerkende bepalingen uit de oude cao worden gemodelleerd door de nieuwe cao, indien deze laatste cao ‘slechts’ minimumbepalingen kent, aldus Even (J.H. Even, Toepasselijk cao bij overgang van ondernemingen – 10 scenario’s, *TAP Special* 2009-2, p. 31-32). Gunstigere bepalingen uit de oude cao zijn immers onderdeel gaan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden van werknemer en worden niet getroffen door minimumbepalingen uit de nieuwe cao. Haasdijk daarentegen stelt zich op het standpunt dat na inwerkingtreding van de nieuwe cao, de artikel 9-12-13-werknemer zich niet meer op gunstigere nawerkende oude cao-bepalingen kan blijven beroepen (S.L. Haasdijk, ‘Gebonden werknemers en nawerking van CAO’s bij overgang van onderneming’, *SMA* 2003-9, p. 378).

De Hoge Raad overweegt uiteindelijk als volgt. Uit het systeem van de Wet CAO vloeit voort dat de bepalingen, na afloop van de desbetreffende cao, tussen hen blijven gelden, behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken. Een minimum-cao kenmerkt zich hierdoor dat collectief is afgesproken dat het de werknemer en de werkgever vrijstaat om voor de werknemer gunstiger individuele afspraken te maken dan die welke reeds gelden op basis van de cao. De contractsvrijheid wordt bij een dergelijke cao derhalve ten aanzien van iedere afzonderlijke daarin opgenomen arbeidsvoorwaarde slechts aan de onderzijde, ter bescherming van de werknemer, begrensd. Daarmee strookt niet, behoudens andersluidende bepalingen in een dergelijke cao, dat die cao, bij inwerkingtreding, reeds voordien geldende, voor de werknemer gunstiger, arbeidsvoorwaarden buiten werking zou stellen. Daarbij is niet van belang of die arbeidsvoorwaarden al dan niet hun oorsprong vinden in een eerder geldende, doch inmiddels geëxpireerde, cao. Het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een oude cao, als hiervoor bedoeld, eindigt bij

inwerkingtreding van een nieuwe cao, ongeacht of die nieuwe cao op het desbetreffende punt een minimum- of een standaardkarakter heeft, is dan ook in strijd met het recht, meer in het bijzonder met het bepaalde in de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. De Hoge Raad kiest daarmee voor de – onder meer door Even verdedigde – benadering. Gunstigere bepalingen uit een nawerkende cao blijven geldig, indien de opvolgende cao een minimum-cao is. Wel kan in deze opvolgende cao anders worden bepaald. Daarmee wordt, zo neem ik aan, bedoeld dat cao-partijen ook standaardbepalingen kunnen opnemen in een nieuwe cao of deze cao in het geheel een standaardkarakter geven. In zoverre kan de permanentheid van de nawerking een halt worden toegeroepen. Of in een nieuwe cao de ‘nawerking van de oude cao’ kan worden weggecontracteerd, vraag ik me af, maar is op basis van deze rechtsoverweging (‘behoudens andersluidende bepalingen in een dergelijke cao’, waarbij ‘dergelijke cao’ slaat op de minimum-cao) wel verdedigbaar.

Bezwaren tegen ‘permanente nawerking’

Maar wat is nu het grote bezwaar tegen dit oordeel van de Hoge Raad? De advocaat-generaal (Spier) noemt er een aantal. Permanente nawerking van cao's zou er volgens hem toe leiden dat: een onwerkbaar administratieve last ontstaat. Voor iedere werknemer (die lid is van een cao-partij) afzonderlijk zal, in voorkomende gevallen tientallen jaren lang, moeten worden nagegaan of een of meer oude cao's wellicht een of meer voordelen boden boven de huidige, in welk geval al deze voordelen aan de werknemer ten deel blijven vallen. Zeker voor kleinere werkgevers met allicht niet optimaal geschoolde boekhouders een schier onmogelijke opgave. Ook voor (zelfs redelijk geschoolde) werknemers zal na verloop van tijd nauwelijks meer duidelijk zijn welke arbeidsvoorwaarden voor hen gelden (het stapeleffect); het onderscheid tussen gebonden en ongebonden werknemers wordt aldus wel erg groot. In voorkomende gevallen zou het zeer wel onverdedigbaar groot kunnen worden; zeker na een aantal jaren zal allicht grote onduidelijkheid bestaan over de precieze aanspraken van werknemers. Dat zal onder veel meer een beletsel kunnen vormen voor overnames en zou daarmee mogelijk in strijd kunnen komen met Europees recht (het stapeleffect); het zal totstandkoming van cao's belemmeren. Aldus zou, in elk geval bezien vanuit de optiek van vakbonden, het paard achter de wagen worden gespannen (concl. 3.23); en het is verre van duidelijk wanneer sprake is van een minimum-cao/bepaling (concl. 3.28.2).

Ik denk dat Spier het volkomen bij het juiste einde heeft, wat het stapeleffect betreft. Laten we ons eens een voorstelling (proberen te) maken van de arbeidsvoorwaarden van een artikel 9-12-13-werknemer die gedurende 25 jaar dienstverband, ten minste zes elkaar opvolgende en soms nawerkende minimum-cao's heeft genoten. Dit vereist een enorme administratie die niemand nog kan overzien. Ik zie op korte termijn zelfs initiatieven als ‘watzijnmijnarbeidsvoorwaarden.nl’ ontstaan, die werkgevers en werknemers inzicht geven in de laatste stand van doorwerkende nawerkingsbepalingen onder hun huidige minimum-cao. Dat is ongetwijfeld een goede commerciële business, maar geen praktisch werkbaar oplossing.

Ook de vrees dat het cao-overleg volkomen op slot raakt, is niet ongegrond. Welke werkgeversorganisatie zal nog bereid zijn tot onderhandelingen over te gaan, als hij niet kan

overzien wat de gevolgen van uitruil van arbeidsvoorwaarden zal zijn, vanwege eventueel doorwerkende oude arbeidsvoorwaarden. Daarbij komt dat juist in het cao-recht sprake is van een package-deal. Hoger loon wordt uitgeruild tegen minder verlof en lagere leasevergoedingen. Deze onderhandelingssetting is met dit arrest onder druk komen te staan. De oplossing zou dan zijn: formuleer standaardbepalingen. Daarmee wordt echter elk maatwerk op ondernemingsniveau volledig weggenomen. Dat zullen de leden van de werkgeversorganisaties niet willen. Dat worden dus lastige en moeizame onderhandelingen.

Is een 'gestandaardiseerde cao-bepaling met gedelegeerde beleidsvrijheid aan de individuele werkgever' dan een optie? Nee, want dat is alsnog een minimumbepaling. Of toch niet? Hier snijden we het derde bezwaar van Spier aan. Wanneer is een bepaling een minimumbepaling of een standaardbepaling? Dat is lang niet altijd duidelijk. En juist dan wrekt zich de zogenoemde cao-norm bij uitleg van cao-bepalingen. Even de desbetreffende onderhandelaar uithoren naar de bedoeling van partijen is geen optie. Of partijen een minimum- of standaardbepaling hebben beoogd zal vaak lastig zijn vast te stellen. Het gevolg kan zijn dat geheel onbedoeld een bepaling wordt aangemerkt als minimumbepaling met alle gevolgen van dien. Dit leidt tot rechtsonzekerheid en neemt vertrouwen aan de onderhandelingstafel weg. Dat is – zeker nu de gevolgen zo verstrekkend zijn – verre van wenselijk.

Zie hier de vergelijking met het citaat uit de inleiding. Door het speelveld van de werkgeversorganisaties zo klein te maken, zal dit er mogelijk toe leiden dat investeringen in het 'cao-pand' beperkt zullen blijven tot het minimale, hetgeen uiteindelijk tot verval van het pand kan en zal leiden.

Wettelijke regeling van nawerking en samenloop van cao's

Of de soep daadwerkelijk zo heet gegeten zal worden, moeten we nog zien. Met dit arrest is de noodzaak dat de wetgever in actie komt eens te meer geboden. Het systeem is al nodeloos complex en wordt enkel complexer met deze uitspraak (dan heb ik nog niet de problematiek van overgang van onderneming ex artikel 14a Wet CAO en Teunissen/Welter-achtige zaken besproken). De wetgever zou er verstandig aan doen te bepalen dat er steeds maar één cao op de arbeidsverhouding en liever nog op de werkgever van toepassing kan zijn. Dit dwingt cao-partijen onder meer tot nauwkeurige werkingssfeerbepalingen op te nemen in hun cao's. Daarnaast dient de wetgever te codificeren dat een 'nawerkende cao' eindigt zodra en indien een nieuwe cao in werking treedt. De problematiek van samenloop (door overgang van onderneming, overlappende werkingssfeerbepalingen en nawerkende minimum-cao's) zal zich dan niet meer voordoen. Als de wetgever dan toch bezig is, mag gelijk de rechtspositie van de artikel 14-werknemer worden herzien (maar daar gaat deze bijdrage niet over, dus dat laat ik verder rusten).

Het bijzondere karakter van het (collectieve) arbeidsrecht erodeert

Ten slotte, het lijkt erop alsof de Hoge Raad de onderhavige zaak (wederom) vanuit het vermogensrecht heeft benaderd. Arbeidsvoorwaarden uit een cao zijn krachtens artikel 12 en 13 Wet CAO immers onderdeel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. De

arbeidsvoorwaarden blijven daarvan onderdeel uitmaken, ook nadat de looptijd van de cao is geëindigd. De Hoge Raad spreekt in dat kader niet voor niets van ‘doorwerking’ en niet van ‘nawerking’. Dit volgt onder meer uit toepassing van de nulliteitenleer en is eerder ook door ondergetekende en Van der Voet verdedigd (*ArA* 2006-3). Na afloop van de cao-looptijd blijven er dus gewijzigde (want door de nietigheids sanctie van artikel 12 Wet CAO gemodelleerde) arbeidsovereenkomsten ‘achter’. Zodra er een nieuwe cao in werking treedt, moet volgens artikel 9-12-13 Wet CAO getoetst worden of sprake is van hermodellering of normering. Als de Hoge Raad inderdaad vanuit het algemeen vermogensrecht deze cao-kwestie heeft benaderd, dan is dat het zoveelste arrest/beschikking van de Hoge Raad (denk ook aan Van Hooff Elektra/Oldenburg-Pekel en Van de Grijp/Stam of Rutten/Breed) waarin de Hoge Raad geen oog (meer) lijkt te hebben voor het bijzondere karakter van het (collectieve) arbeidsrecht. Heeft het (collectieve) arbeidsrecht – als bijzonder rechtsgebied – zijn beste en langste tijd gehad?