

Citeerwijze van dit artikel:

R.M. Beltzer, 'De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem', *ARBAC* 2010, oktober-december, DOI: 10.5553/ARBAC/.000006

DOI: 10.5553/ARBAC/.000006

De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem

R.M. Beltzer

1 Inleiding

Het aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toegekende instrument van algemeenverbindendverklaring is sinds 1937 opgenomen in de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: Wet Avv).¹ Het doel van deze wet is ondergraving van een cao door concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan. Algemeenverbindendverklaring ordent hierbij op twee wijzen: zij ordent de concurrentie op de afzetmarkt en zij brengt ordening op de arbeidsmarkt teweeg.² Het effect van algemeenverbindendverklaring is dat alle werkgevers binnen de betreffende bedrijfstak en alle bij hen in dienst zijnde werknemers die betrokken zijn bij de cao wier bepalingen algemeen verbindend worden verklaard, aan hetzelfde rechtsregime onderworpen zijn. Afwijkende afspraken zijn nietig ingevolge het bepaalde in art. 3 Wavv.

De binding aan arbeidsvoorwaarden door algemeenverbindendverklaring is slechts van belang voor hen die niet reeds contractueel³ aan de betreffende cao-bepalingen gebonden zijn. De "dubbele binding" die ontstaat door contractuele gebondenheid én binding aan de algemeenverbindendverklaring heeft in de praktijk voor contractspartijen geen effect: er ontstaat geen wezenlijk andere binding dan de contractuele.⁴ Volgens de voorjaarsrapportage cao-afspraken 2009 waren ruim 5,5 miljoen werknemers gebonden aan de voor de bedrijfstak geldende cao. Van hen waren ruim 4,7 miljoen werknemers contractueel gebonden. De rest, gemiddeld 15 procent van de werknemers die vallen onder bedrijfstak-cao's, is werkzaam in bedrijven die geen partij zijn in de cao-onderhandelingen. Deze werknemers vallen derhalve alleen onder de cao als gevolg van het algemeen verbindend verklaren.

	aantal	werknemers		totaal
		cao	avv	
landbouw en visserij	9	88.000	38.000	126.000
industrie	36	547.000	109.000	656.000
bouwnijverheid	9	264.500	104.500	369.000
handel en horeca	47	963.000	340.000	1.303.000
vervoer en communicatie	12	196.000	32.000	228.500
zakelijke dienstverlening	26	547.000	153.000	700.000
overige dienstverlening	51	2.093.500	79.500	2.173.000
	190	4.699.500	855.500	5.555.000

Overzicht van werknemers onder cao en avv voor de reguliere bedrijfstak-cao's uitgesplitst naar economische sector Door het afronden van de werknemersaantallen kunnen de totalen afwijken van de som van de delen.

Bron: Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2009, te vinden via <www.minszw.nl> (algemeen toegankelijk).

Dit cijfer van 15% is de laatste jaren vrij constant gebleken. In 2008 was het cijfer 13%, in 2007: 15%, in 2006: 11%, in 2005: 14%, in 2004: 13%, in 2003: 14% en in 2002: 14%. Algemeenverbindendverklaring bindt dus circa een op de zeven werknemers in de bedrijfstak die anders niet gebonden zouden zijn geweest. Daarmee is mijns inziens het kwantitatieve belang van het instrument gegeven.⁶

Algemeenverbindendverklaring is een ministeriële verordening en heeft daarmee een ander karakter dan de contractuele gebondenheid aan een cao die zich voordoet indien de werkgever en de werknemer door hun lidmaatschap of instemming aan de cao zelf gebonden zijn. Het is dit karaktersverschil dat ertoe leidt dat bij de vraag naar contractuele gebondenheid aan de cao enerzijds en gebondenheid door algemeenverbindendverklaring anderzijds, verschillende overwegingen een rol spelen.⁷ Een aspect hiervan betreft de vraag of de gebondenheid aan de cao-bepalingen voortduurt na afloop van de termijn waarvoor de cao was gesloten dan wel de algemeenverbindendverklaring was uitgesproken. Het is dit laatste aspect, bekend onder de term nawerking, dat ik in deze bijdrage tegen het licht zal houden. Meer specifiek zal ik onderzoeken of er juridisch steekhoudende argumenten zijn het huidige, door de Hoge Raad gecreëerde, verschil in nawerking tussen cao-bepalingen die wel, en cao-bepalingen die niet algemeen verbindend zijn verklaard, in stand te laten. Ik merk hierbij op, dat ik mij beperk tot een analyse van de juridische discussie. Er zijn heel wel argumenten te ontleen aan de maatschappelijke realiteit om toch tot een nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen te komen.⁸

2 Nawerking

De term nawerking is algemeen aanvaard om de situatie aan te duiden waarin cao-bepalingen hun invloed blijven doen gelden na afloop van de termijn waarvoor de cao zelf geldt. In het geval de werkgever en de werknemer contractueel gebonden zijn aan de cao, is de term nawerking juridisch onscherp: in die situatie werken cao-bepalingen niet na, maar lopen de inmiddels in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde arbeidsvoorwaardelijke cao-bepalingen door: slechts de contractsvrijheid herleeft.⁹ In het geval gebondenheid aan cao-bepalingen louter voortvloeit uit de algemeenverbindendverklaring ervan, is de

term nawerking wel passend in de discussie omtrent wat rechtens is op het moment dat de termijn afloopt waarvoor de algemeenverbindendverklaring geldt. Er is hier immers geen sprake van doorwerking van de arbeidsvoorwaardelijke bepalingen in de arbeidsovereenkomst, doch slechts van een tijdelijke vormgeving: de algemeen verbindend verklaarde bepalingen worden voor de duur van de algemeenverbindendverklaring als het ware over de arbeidsovereenkomst gelegd, zonder de onderliggende rechtsverhouding te veranderen – de onderliggende, van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen afwijkende bepalingen uit de arbeidsovereenkomst leiden in feite voor de duur van de algemeenverbindendverklaring een slapend bestaan.¹⁰ Zou men wensen dat na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring de betreffende cao-bepalingen voortduren, dan zal men, inderdaad, moeten spreken van nawerking: de bepalingen waren in principe niet langer geldend, maar werken na.¹¹

In het verleden is er regelmatig voor gepleit aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen nawerking te verlenen, op dezelfde wijze als dat voor cao-bepalingen geldt waaraan partijen contactueel gebonden zijn – in welk geval, zonder twijfel, sprake is van een definitieve wijziging van de arbeidsovereenkomst door de cao-bepalingen. Er zouden onvoldoende argumenten zijn de twee situaties juridisch zo verschillend te behandelen; voorts zou een gebrek aan nawerking leiden tot allerlei praktische bezwaren. Anderen waren hier principieel op tegen. De Wet Avv zwijgt.¹² Op de over en weer naar voren gebrachte argumenten in deze discussie zal ik na de behandeling van stand van zaken in de rechtspraak over dit onderwerp ingaan. Ik sluit af met een weging van deze argumenten.

3 Rechtspraak

Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wordt door de rechtspraak principieel niet aanvaard. Op de stelling dat hetgeen krachtens de algemeenverbindendverklaring is gaan gelden, de plaats van daarmee strijdige bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst heeft ingenomen en dat, indien partijen geen nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wensen, zij zulks uitdrukkelijk moeten overeenkomen, oordeelde de Centrale Raad van Beroep in 1978. Ik veroorloof mij een citaat van de gehele, betreffende rechtsoverweging, daar de deze overweging mijns inziens nog steeds een (overtuigende) legitimatie is nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen af te wijzen:

“De Raad kan het zojuist weergegeven betoog niet als juist aanvaarden. Hij acht het in strijd met de vrijheid al dan niet tot een organisatie van werkgevers of werknemers toe te treden en zich dan via zulk een lidmaatschap vrijwillig aan door zulk een organisatie afgesloten collectieve arbeidsovereenkomsten te binden, alsook met het systeem en de bepalingen van de Wet op de verbindend-verklaring, waarbij de verbindend-verklaring – inhoudende een zonder, en wellicht tegen hun wil, binden van niet bij een contracterende organisatie betrokken werkgevers en werknemers – uitdrukkelijk aan een door het bevoegde gezag vastgestelde tijdsduur is gebonden. Het zou te ver gaan, van zulke werkgevers en werknemers te verlangen, dat zij dan maar na het verstrijken der verbindend-verklaring de oorspronkelijk tussen hen geldende

rechtsverhouding moeten herstellen door die uitdrukkelijk overeen te komen. In het kader van een rechtssysteem als het Nederlandse, dat contractvrijheid veronderstelt, alsook van het systeem en de bepalingen van de Wet op de verbindend-verklaring, ligt het juist veeleer voor de hand, het afwijkende beding – voorzover overigens niet in strijd met een dwingende wettelijke bepaling – slechts nietig te achten voor de duur de tijdsduur van de verbindend-verklaring.”¹³

De argumentatie van de Centrale Raad van Beroep is duidelijk gebaseerd op de contractsvrijheid, een mijns inziens belangrijk, zelfs doorslaggevend element in de discussie (zie hierna). In 1980 kwam de Hoge Raad tot hetzelfde resultaat in het arrest Hop/Hom.¹⁴ In deze zaak was de vraag aan de orde of de werknemer, na het aflopen van de termijn waarvoor de algemeenverbindendverklaring was uitgesproken, aanspraak kon maken op een eindejaarsuitkering. De Rechtbank Utrecht had overwogen, dat het aannemen van nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen voortvloeit uit een redelijke en billijke wetstoepassing: het afwijzen van nawerking zou er immers toe leiden dat na het einde van de periode van algemeenverbindendverklaring weer zou gaan gelden wat partijen, wellicht vele jaren her, zelf waren overeengekomen, áls zij al een eigen regeling hadden getroffen en dit niet hadden nagelaten omdat toen al een cao gold. Van partijen verlangen dat zij in de individuele arbeidsovereenkomst een voorziening treffen over wat zal gelden buiten de periode waarvoor een cao¹⁵ geldt, zou niet alleen in strijd zijn met het wettelijke systeem, maar ook leiden tot onaanvaardbare consequenties, aldus de rechtbank. De Hoge Raad casseerde deze uitspraak, oordelende dat de wederzijdse rechten en verplichtingen van de werkgever en de werknemer na de periode van algemeenverbindendverklaring afhangen van wat zij waren overeengekomen of alsnog zullen overeenkomen. De Hoge Raad verwees voor zijn oordeel naar de werking van art. 3 Wet Avv: het gevolg van het eindigen van de algemeenverbindendverklaring is dat werkgever en werknemer niet langer de invloed van dat artikel ondergaan. In vergelijking met het hierboven opgenomen citaat uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep valt op dat de Hoge Raad zijn standpunt beknopt motiveert.¹⁶ Het niet-nawerken van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen betekent niet dat deze bepalingen na het aflopen van de termijn van algemeenverbindendverklaring in het geheel niet meer hun invloed kunnen doen gelden op de arbeidsovereenkomst. Die invloed kan zich op verschillende manieren doen gelden, al hebben deze manieren, mijns inziens, niets met nawerking van doen. Zo kan het voorkomen, dat partijen zich in de perioden die liggen tussen twee of meer algemeenverbindendverklaringen blijven gedragen alsof de voorheen en nadien algemeen verbindend verklaarde bepalingen onafgebroken gelden. Op enig moment zal men dan kunnen concluderen dat bij beide partijen de partijwil is ontstaan de betreffende bepaling te blijven toepassen en dat zij daardoor deel is gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De te hanteren toets in deze is het Haviltex-criterium,¹⁷ de toets die de Hoge Raad hanteerde in de zaak Bongers/KSB van 2 april 1993: voor het antwoord op de vraag of de werknemer ook buiten de periode dat een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling ter zake van overwerkvergoedingen recht kon doen gelden op betaling van overwerk, kwam het aan op wat partijen op dit punt over en weer uit elkaar verklaringen en gedragingen hadden afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs

hadden mogen afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten. In casu bevatte de arbeidsovereenkomst zelf geen regeling met betrekking tot overwerk, maar had de werknemer wel regelmatig weekstaten bij zijn werkgever ingeleverd waarop overwerk was weergegeven, zonder dat zijn werkgever daartegen bezwaar had gemaakt. A-G Koopmans wees op de voor deze casus specifieke situatie dat in vier jaar tijd vier maal een algemeenverbindendverklaring had plaatsgevonden voor een periode van telkens ongeveer een kwartaal: dan moet men zijns inziens aannemen dat de individuele arbeidsovereenkomsten gekleurd gaan worden door de inhoud van de cao: “een andere opvatting zou ertoe leiden dat nu weer wel dan weer niet vergoeding voor overwerk verschuldigd zou zijn, misschien over langere tijd, hetgeen redelijke contractspartijen niet van elkaar mogen verwachten.” De A-G wees er expliciet op dat deze zaak om deze reden niet geschikt is om de Hoge Raad te laten terugkomen op het arrest Hop/Hom – iets waarvan hij zelf een voorstander was.¹⁸

Een tweede relativering van het gebrek aan nawerking is de volgende. Cao's kunnen bepalingen bevatten die, indien zij van toepassing worden, voor een langere duur een recht in het leven roepen. Men kan hierbij denken aan het recht gedurende zekere tijd een scholing te volgen of aan het recht op doorbetaling van het volledige loon gedurende arbeidsongeschiktheid. Met betrekking tot dit laatste voorbeeld heeft de Hoge Raad zich in twee arresten uitgelaten over het antwoord op de vraag of, en zo ja, in hoeverre een dergelijke bepaling haar invloed kan doen gelden buiten de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring is uitgesproken. In de eerste zaak, Beenen/Vanduho,¹⁹ betrof het geschil tussen de werkgever en de werknemer het antwoord op de vraag of de werknemer recht had op loonsuppletie gedurende zijn arbeidsongeschiktheid, niet alleen in de periode dat een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling gold die in een dergelijke suppletie voorzag, maar evenzeer in de periode dat deze bepaling niet gold. De cao-bepaling in kwestie garandeerde loonbetaling c.q. –aanvulling tijdens arbeidsongeschiktheid gedurende 24 maanden. De werknemer, Beenen, was gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring arbeidsongeschikt geworden, welke arbeidsongeschiktheid voortduurde nadat de periode van algemeenverbindendverklaring was verstreken. De Rechtbank Arnhem had geoordeeld dat Beenen geen recht had op aanvulling van zijn ziekingeld tot het volle overeengekomen loon vanaf het moment dat de algemeenverbindendverklaring afliep: het is immers, aldus de rechtbank, vaste rechtspraak dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet nawerken. Het hiertegen ingestelde cassatiemiddel slaagde. De Hoge Raad oordeelde:

“Indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden krachtens algemeen verbindend verklaarde artikelen van de CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris – of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen – over een in die bepalingen omschreven tijdvak, wordt het aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.”

A-G Koopmans had ook in deze zaak geconcludeerd.²⁰ Hij stelde voor de casus zo te benaderen, dat de nadruk wordt gelegd op verkregen rechten, een term die

hierna ingang zou vinden om de leer van de Hoge Raad in dit arrest te duiden.²¹

Door deze nadruk, aldus Koopmans, verkrijgt degene die arbeidsongeschikt wordt tijdens de periode van algemeenverbindendverklaring de suppletie en behoudt deze ook na afloop van de termijn waarvoor de betreffende cao-bepaling algemeen verbindend is verklaard. Degene die buiten het tijdvak van algemeenverbindendverklaring arbeidsongeschikt wordt, verkrijgt het recht op suppletie pas wanneer de nieuwe algemeenverbindendverklaring plaatsvindt; hij behoudt dat recht dan tot 24 maanden na de dag waarop hij ziek werd.

Precies dit voorbeeld was aan de orde in de zaak van werkneemster Luitjens tegen haar werkgever J.B. Groothandel in Vlees B.V.²² De rechtbank had Luitjens haar vordering tot loonsuppletie tijdens haar arbeidsongeschiktheid na de periode van algemeenverbindendverklaring ontzegd, omdat zich niet de situatie voordeed als in het arrest Beenen/Vanduho: Luitjens was immers, anders dan Beenen, reeds arbeidsongeschikt op het moment dat de algemeenverbindendverklaring van de betreffende cao-bepaling werd uitgesproken. Op die situatie zou het arrest niet hebben gezien. De Hoge Raad casseerde en volgde de door A-G Koopmans in zijn conclusie bij Beenen/Vanduho voorgestelde redenering: ook indien de arbeidsongeschiktheid is ingegaan vóór de algemeenverbindendverklaring is uitgesproken, heeft de werkneemster recht op suppletie vanaf het moment van algemeenverbindendverklaring tot het moment dat de in de cao-bepaling genoemde suppletieperiode is verstreken (ook in deze zaak: 24 maanden). Luitjens had dus alleen gedurende de periode van haar arbeidsongeschiktheid tot het moment van de eerste algemeenverbindendverklaring geen recht op suppletie.

De twijfel over het antwoord op de vraag of de Hoge Raad met deze drie arresten (gedeeltelijk) was teruggekomen op zijn standpunt uit 1980 werd definitief weggenomen in het arrest Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet.²³ In deze zaak was de werknemer op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW overgekomen van Hoogovens en werd hij bij zijn nieuwe werkgever, het Rode Kruis Ziekenhuis, geconfronteerd met de slechtere Cao voor het Ziekenhuiswezen die op enig moment door algemeenverbindendverklaring op hem van toepassing werd en een standaardkarakter droeg, zodat hij zich niet langer kon blijven beroepen op zijn afwijkende, betere arbeidsvoorwaarden uit de Hoogovens-cao.²⁴ Na afloop van de algemeenverbindendverklaring beriep Te Riet zich weer op deze arbeidsvoorwaarden. Geheel in lijn met de Hop/Hom-leer oordeelde de Rechtbank Haarlem in een fraai gemotiveerd vonnis dat slechts gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring de bepalingen van de Cao voor het Ziekenhuiswezen van toepassing waren op de arbeidsovereenkomst van Te Riet met het Ziekenhuis: de van zijn individuele arbeidsovereenkomst deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens-cao waren voor de duur van de algemeenverbindendverklaring opzijgezet voorzover zij met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de Cao voor het Ziekenhuiswezen onverenigbaar waren. Na het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring herleefde echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis.

Het arrest van de Hoge Raad vormt, door zijn uitvoerige motivering, een duidelijk contrast met de voorafgaande arresten.²⁵ Ten aanzien van de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen overwoog hij:

“De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat, wanneer zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 9 lid 1 Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, de bepalingen daarvan omtrent arbeidsvoorwaarden deel gaan uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, vindt zijn grond in het systeem van de Wet CAO, in het bijzonder de artikelen 1, 9, 12, 13 en 14. De gebondenheid aan de CAO wordt door de wet gebaseerd op de hoedanigheid van partij bij de CAO onderscheidenlijk het lidmaatschap van een vereniging die partij bij de CAO is, en het naar de inhoud van de CAO bij die CAO betrokken zijn. 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).

De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend (art. 2 lid 3) en gelden -behoudens een beperkte uitzondering - voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (art. 2 lid 2; zie ook art. 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold.

In de toelichting op het onderdeel wordt voorts gewezen op praktische problemen die voor werkgevers kunnen ontstaan, wanneer na het einde van de periode waarvoor de betreffende CAO-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, weer andere arbeidsvoorwaarden gaan gelden. Het gaat daarbij kennelijk om werknemers die niet voldoen aan de vereisten van art. 9 e.v. Wet CAO en die niet wensen in te stemmen met van toepassing verklaren van de betreffende CAO-bepalingen op hun arbeidsovereenkomst. De Wet AVV geeft evenwel geen ruimte voor een doorbreking van het erin vervatte stelsel op grond van de door dit betoog gewenste belangenafweging.”

Dat lijkt klare taal. De Hoge Raad heeft met deze uitspraak zijn standpunt uit 1980 bevestigd, en met redenen omkleed, waarmee hij tegelijk een aantal discussiepunten die in de literatuur naar voren zijn gebracht, heeft beslecht. Het lijkt geen twijfel meer dat de Hoge Raad van oordeel is dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet nawerken, en dat zulke bepalingen (vooralsnog) slechts na de periode van algemeenverbindendverklaring hun invloed kunnen doen gelden in de individuele arbeidsovereenkomst door toepassing van het Haviltex-criterium of de leer van de verkregen rechten.²⁶ De vraag is of de Hoge Raad met dit standpunt recht doet aan de juridische argumenten van hen, die zich vóór nawerking van algemeenverbindendverklaring hebben uitgesproken. Deze – en andere – standpunten komen in de nu volgende paragraaf aan de orde.

4 Standpunten

In de literatuur zijn pleidooien gehouden voor een gelijkstelling met de nawerking van niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De argumenten zijn zowel van dogmatische als van praktische aard. De meest genoemde zullen hieronder aan de orde komen.

I De gelijkkluidendheid van art. 3 Wet Avv en 12 Wet Cao

In zijn pleidooi voor nawerking van cao-bepalingen – dus niet alleen de algemeen verbindend verklaarde – wees Olbers er (in 1979²⁷) op dat, nu art. 3 Wet Avv en art. 12 Wet Cao hetzelfde bepalen omtrent de dwingende werking van de cao-bepalingen, er geen reden is cao-bepalingen wat hun nawerking betreft verschillend te behandelen al naar gelang zij wel of niet algemeen verbindend zijn verklaard. Ook Rood²⁸ noemt dit argument, evenals Stege²⁹ en Fase & Van Drongelen.³⁰ Verhulp citeert in zijn bijdrage uit 2002 uit de wetsgeschiedenis:

“De gevolgen van de verbindend verklaarde bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst voor de individuele arbeidsovereenkomst zijn, blijkens het eerste en het derde lid van artikel 3 geheel gelijk aan die, welke, volgens de artikelen 12, eerste lid en 13 der Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, deze overeenkomst voor de individuele arbeidsovereenkomst heeft en de partijen bij de laatstbedoelde overeenkomst zullen ter handhaving harer rechten de gewone uit de overeenkomst voortvloeiende acties hebben.”³¹

Het argument lijkt mij wat beperkt in zijn reikwijdte en daarmee in zijn belang; het gaat geheel voorbij aan de verschillende oorsprong van contractuele gebondenheid enerzijds, en gebondenheid door een overheidsbesluit (wellicht tegen de partijwil in) anderzijds. Daarbij dient men te bedenken dat art. 3 Wet Avv en art. 12 Wet Cao ook precies dat doen waarvoor de artikelen geschreven zijn: zij bedreigen elk beding dat van een geldende (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepaling afwijkt met nietigheid, maar pretenderen niet over hun graf te regeren. Zodra de looptijd van de (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen is verstreken, houdt de werking van zowel art. 3 Wet Avv als art. 12 Wet Cao op. Aan deze artikelen, of aan hun wetsgeschiedenis, kan dus geen enkel argument voor (of tegen) nawerking worden ontleend.

II Wat absoluut nietig is, kan niet later toch geldig zijn

Stege redeneert in zijn dissertatie als volgt: uit art. 3 Wet Avv volgt dat met de algemeen verbindend verklaarde strijdige bedingen van rechtswege nietig zijn. Deze bepalingen worden vervangen door de algemeen verbindend verklaarde bepalingen. Nietigheid is absoluut: hoe kan een bepaling in een arbeidsovereenkomst die met nietigheid is getroffen na de periode van algemeenverbindendverklaring weer tot leven komen? Stege meent dat de oplossing van de Hoge Raad niet in het systeem van nietigheden past. Ter herinnering: uit het in paragraaf 2 opgenomen citaat uit het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet is direct af te leiden dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen *deel uitmaken* van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold. Stege meent dat juist nawerking van algemeen

verbindend verklaarde cao-bepalingen uit het wettelijke systeem zou volgen.³² Op zichzelf is de conclusie van Stege dat de tekst van art. 3 Wet Avv en het systeem van nietigheden zich matig tot elkaar verhouden aansprekend. Steges dogmatische redenering brengt mee, dat alle bedingen die op het moment van algemeenverbindendverklaring bestonden en die strijden met algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, van rechtswege ophouden te bestaan (nietig zijn). Wat niet meer is, kan niet meer als bij toverslag terugkeren. Ik ben van zijn redenering niet overtuigd. Men zou kunnen menen – en ik voel veel voor die stelling – dat de nietigheid ziet op rechtshandelingen die strijden met de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen: het overeenkomen van bedingen die ermee strijdig zijn en het uitvoering geven aan reeds bestaande arbeidsvoorwaarden die strijden met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen (zoals het betalen van een te laag loon). Deze bepalingen zijn voor de periode van algemeenverbindendverklaring ongeldig. Levenbach merkte in 1927 reeds op dat de term “rechtshandeling” meer dan het woord “beding” recht doet aan de bedoeling van de wetgever.³³ Mijns inziens dient men de keuze voor de absolute nietigheid te verklaren door het feit dat de nadruk ligt op de maatschappelijk onwenselijke mogelijkheid gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring afwijkende afspraken te maken en/of daaraan uitvoering te geven. Algemeenverbindendverklaring is altijd bedoeld als een tijdelijke maatregel;³⁴ het past dan niet de partijafpraak elk bestaansrecht te ontzeggen nadat de periode van algemeenverbindendverklaring ten einde is gekomen. In die zin is de vreemde eend in de bijt van nietigheden wel verklaarbaar.

Voorts biedt Steges argument geen grond voor de stelling dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen zouden moeten nawerken, omdat de eerder afgesproken arbeidsvoorwaardelijke bepalingen niet meer zouden gelden. Nu is die conclusie wellicht wel de meest praktische, maar er ligt geen principiële argumentatie achter. Art. 3 Wet Avv, waar Stege zich op beroept, nodigt niet uit tot die conclusie, zoals ik reeds bij I. stelde.

Ten slotte verhoudt de absolute nietigheidssanctie zich matig tot de figuur van intrekking van de algemeenverbindendverklaring (art. 6 Wet Avv). Het doel van intrekking is een correctie van het arbeidsvoorwaardenniveau in verband met gewijzigde omstandigheden.³⁵ De Minister kan daartoe te allen tijde besluiten. Zouden hierdoor de arbeidsvoorwaarden niet wijzigen (de oude bestaan immers door art. 3 Wet Avv niet meer, aldus de voorstanders van de lezing van Stege), dan zou de intrekking een slag in de lucht zijn.³⁶ De correctie zou er mijns inziens op neerkomen dat de voorheen geldende, in vrij overleg overeengekomen arbeidsvoorwaarden herleven. Dit pleit ervoor de nietigheidssanctie van art. 3 Wet Avv een tijdelijk karakter te geven, hoezeer de letterlijke tekst minstens zo goed wijst op een absolute nietigheid.

III Geen nawerking betekent een (grote) terugval in arbeidsvoorwaarden of tot een arbeidsvoorwaardelijk vacuüm

Aan ons cao-systeem zijn perioden waarin geen algemeenverbindendverklaring geldt inherent: de zogenoemde avv-loze tijdperken. Doordat algemeenverbindendverklaring niet kan terugwerken (zie art. 2 lid 3 Wet Avv), ontstaat na afloop van de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring gold wederom het regime dat daarvóór de rechtsverhouding tussen de werkgever

en de werknemer bepaalde. Rood beschreef dit fenomeen als het “jojo-effect”.³⁷ Bij het gebruik van deze term is het uitgangspunt dat de werknemer na afloop van de algemeenverbindendverklaring terugvalt op oudere, slechtere arbeidsvoorwaarden, waarna, in geval van een nieuwe algemeenverbindendverklaring, de werknemer (wederom) een beroep kan doen op de betere arbeidsvoorwaarden uit de betreffende cao. Rood stelde dat de juridische vrijheid waar de Hoge Raad op heeft gehamerd in feite economische onvrijheid betekent (slechtere arbeidsvoorwaarden): “Dat kan in gemoede de bedoeling van de rechtspraak niet zijn.” Die laatste vaststelling lijkt mij juist, maar hoeft niet te leiden tot het door Rood gewenste gevolg (nawerking), nu het causale verband tussen juridische vrijheid en economische onvrijheid hier naar mijn smaak wat al te snel door Rood wordt aangenomen.

Op het effect van verslechtering is, uiteraard, al eerder gewezen.³⁸ Er passen mijns inziens belangrijke relativeringen bij. De eerste is, dat terugval in arbeidsvoorwaarden niet aan de orde hoeft te zijn. Zo kan men zich de situatie voorstellen waarin het bij de werkgever vóór algemeen verbindend verklaarde geldende arbeidsvoorwaardenpakket niet (significant) slechter was voor de werknemer dan het tijdens algemeen verbindend verklaarde geldende pakket. Van een terugval is dan (amper) sprake. Het oude pakket kan zelfs beter zijn. Denk aan de situatie in het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet: de (overgegene) bepalingen uit de ondernemings-cao van Hoogovens waren voor Te Riet veel beter dan de algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao-bepalingen die voor het ziekenhuis golden.³⁹ De tweede relativering is, dat de terugval in arbeidsvoorwaarden niet zozeer moet worden gezien als een terugval, maar als een herstel van de contractuele relatie tussen werkgever en werknemer: het gaat om een herstel van de arbeidsvoorwaarden die de werkgever en de werknemer zélf waren overeengekomen. Waren de algemeen verbindend verklaarde bepalingen voor de werknemer gunstiger, dan dient men dat te beschouwen als een *windfall* : na afloop van de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring gold, ontgaat de werknemer in feite alleen een voordeel. Van benadeling of “economische onvrijheid” is dus geen sprake.⁴⁰ Uiteraard kan het wel zo zijn, dat de vóór algemeenverbindendverklaring geldende arbeidsvoorwaarden inmiddels wat gedateerd zijn en niet langer als marktconform kunnen worden beschouwd. Dat kan in de praktijk meevallen: de maximale termijn voor algemeenverbindendverklaring is twee jaar (artikel 2 lid 2 Wet Avv), maar deze termijn zal vaker niet dan wel worden gehaald.⁴¹ Niettemin bestaat hier een potentieel bezwaar. Onder het huidige recht bestaan er geen andere mogelijkheden dan op basis van goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611 BW) tot een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden te komen. Zo zou men, bijvoorbeeld, wat de loonhoogte betreft na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring kunnen aansluiten bij de gemiddelde loonstijging in de sector gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring.⁴² Dit zal in de meeste gevallen gelijk staan aan de loonsverhoging die gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring was doorgevoerd. Is de niet-contractueel gebonden dan nog niet tevreden en wenst hij dat zijn werkgever aansluiting zoekt bij de bedrijfstak-cao, dan staat hem – en zijn gelijkgezinde collega’s – het collectieve-actierecht ter beschikking. Zo werkt ons systeem van collectieve-arbeidsvoorwaardenvorming.

Soms is er niets om op terug te vallen. De werknemer die ten tijde van de algemeenverbindendverklaring in dienst trad, heeft bij deze werkgever nooit

andere arbeidsvoorwaarden gekend. In de praktijk zullen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst afspraken zijn gemaakt over de arbeidsvoorwaarden. Ik stel mij zo voor, dat het dan in het algemeen om de door algemeenverbindendverklaring geldende arbeidsvoorwaarden zal gaan, tenzij werkgever en werknemer uitdrukkelijk iets anders overeenkomen (dat niet strijdt met art. 3 Wet Avv). Het is dan een vraag van uitlegkunde of werkgever en werknemer in feite deze arbeidsvoorwaarden door contractuele overeenstemming in de arbeidsovereenkomst hebben geïncorporeerd (en de bepalingen dus toch blijven gelden na expiratie van de periode van algemeenverbindendverklaring) of dat zij hebben bedoeld deze arbeidsvoorwaarden slechts voor de duur van de algemeenverbindendverklaring te laten gelden.⁴³ In het laatste geval – dat ik als een zeldzaamheid beschouw – zou men verwachten, dat partijen expliciet andere arbeidsvoorwaarden zijn overeengekomen. Is dat niet het geval – de arbeidsovereenkomst bevat slechts een aanstellingsbrief met de mededeling dat voor een zekere tijd de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van toepassing zijn – dan dient men inderdaad na afloop van die periode alsnog een pakket arbeidsvoorwaarden overeen te komen.⁴⁴ De gewoonte kan een rol spelen bij het antwoord op de vraag welk pakket dat zou moeten zijn.⁴⁵ In veel gevallen, zo stel ik mij voor, zullen partijen de arbeidsovereenkomst op dezelfde voet voortzetten als tijdens de periode van algemeenverbindendverklaring. Ten slotte is denkbaar dat partijen vrijwillig één of meer bepalingen blijven naleven. Het naleven van één bepaling betekent nog niet naleving van alle bepalingen: zeker in situaties dat bepaalde arbeidsvoorwaarden zich niet duidelijk per relatief korte tijdseenheid manifesteren – zoals een eindejaarsuitkering of een storting aan een fonds – mag mijns inziens niet te snel worden aangenomen dat wilsovereenstemming bestaat ten aanzien van naleving van alle voorheen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

IV De leer van de verkregen rechten is onduidelijk: waarom de deur slechts op een kier gezet?

De door de Hoge Raad geformuleerde “uitzondering” in de arresten Beenen/Vanduho en Luitjens/J.B. Groothandel in Vlees B.V. is in de literatuur aangegrepen om nawerking *tout court* te accepteren.⁴⁶ Stein oordeelde in zijn noot bij het eerste arrest dat het niet eenvoudig is aan te geven wat onder een verkregen recht valt. Lonen, werktijden en vakantie-uitkeringen zullen er volgens hem niet onder vallen, maar in ander gevallen onttaardt het begrip spoedig “tot een toverformule die gebruikt wordt al naar gelang de onmiddellijke werking van de nieuwe regel wel of niet wenselijk wordt geacht.” Bij dergelijke, andere gevallen kan men denken aan vakantiedagen. Wat te doen indien de periode van algemeenverbindendverklaring van 1 januari tot en met 30 juni loopt, en een der bepalingen voorzag in een recht op dertig vakantiedagen per kalenderjaar? Heeft de werknemer dan op 1 juli vijftien dagen opgebouwd en valt hij voor de tweede helft van het jaar terug op de wettelijke regeling, zodat hij per saldo op 25 dagen uitkomt? Of gaat het hier ook om een verkregen recht? Hoe te handelen indien de werknemer zijn dertig dagen al heeft opgenomen? Moet hij er dan aan het eind van het jaar vijf terugbetalen? Dient men hetzelfde te oordelen indien er een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling was die de werknemer per kalenderjaar recht gaf op tien ATV-dagen, of is de uitkomst

hier anders omdat deze dagen, in tegenstelling tot vakantiedagen, geen opbouwkarakter hebben? In hoeverre maakt dat opbouwkarakter uit? Andersoortige problemen ontstaan in het geval bepaalde, algemeen verbindend verklaarde, arbeidsvoorwaarden wat hun aard en omvang betreft aansluiten bij andere, tevens algemeen verbindend verklaarde arbeidsvoorwaarden. Verhulp heeft gewezen op het beslist niet denkbeeldige geval dat de werkgever en de werknemer vóór algemeenverbindendverklaring een loon waren overeengekomen dat lager was dan het loon dat gedurende algemeenverbindendverklaring geldt. Een van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen betreft 100% loondoorbetaling gedurende arbeidsongeschiktheid. De leer van de verkregen rechten houdt in elk geval in, dat deze laatste bepaling kan blijven gelden na afloop van de periode der algemeenverbindendverklaring. De vraag die dan ontstaat, is 100% van *welk* loon de werkgever tijdens arbeidsongeschiktheid dient te voldoen: het loon dat tijdens algemeenverbindendverklaring gold, of het contractuele, lagere loon? Aanvaardt men de eerste oplossing, dan aanvaardt men evenzeer dat de niet langer algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling over de loonhoogte evenzeer een verkregen recht is, althans in de situatie dat er arbeidsongeschiktheid bij komt kijken. Dit lijkt ook mij systematisch-dogmatisch niet fraai. Bij dit laatste voorbeeld dient men te bedenken dat de leer van de verkregen rechten ertoe kan leiden dat na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring de zieke werknemer meer loon zou ontvangen dan zijn niet zieke collega, als men tenminste aanvaardt dat de zieke werknemer 100% zou krijgen doorbetaald van het loon dat gedurende de algemeenverbindendverklaring gold. In feite leidt “een beetje nawerking” tot een ongelijke behandeling tussen werknemers die beiden niet gebonden zijn aan de cao zelf, maar louter door algemeenverbindendverklaring. Ik zie hier, met de hierboven genoemde auteurs, een duidelijk bezwaar. Dit bezwaar vloeit, anders dan de hierna te behandelen vorm van ongelijke behandeling, voort uit het feit dat de reikwijdte van de leer van de verkregen rechten onduidelijk is.

V Geen nawerking leidt tot ongelijke behandeling

Van een andere orde dan het laatste, onder IV. genoemde voorbeeld is het feit dat het gebrek aan nawerking leidt tot een ongelijke behandeling tussen hen die alleen door algemeenverbindendverklaring gebonden zijn en hen die contractueel gebonden zijn. Verhulp heeft als voorbeeld gewezen op de situatie dat een cao-bepaling zo is geformuleerd dat contractueel gebonden werknemers steeds in december van enig jaar recht hebben op een eindejaarsuitkering, terwijl slechts door algemeenverbindendverklaring gebonden werknemers, door een gebrek aan nawerking (en terugwerkende kracht), steeds achter het net vissen: “Dat kan jaren zo voortgaan. Het niet aanvaarden van nawerking leidt er dan toe dan de ongebonden werknemer wezenlijk anders behandeld wordt dan de gebonden werknemer. Mij ontgaat de redelijkheid van deze uitkomst, zeker nu aangenomen moet worden dat CAO-partijen dit – zoals blijkt uit hun wens de CAO algemeen verbindend te verklaren – niet hebben gewild.” Ongelijke behandeling is inherent aan ons cao-systeem. Hetgeen ik hiervoor onder III. stelde ten aanzien van het collectieve-actierecht geldt ook hier. Het voorbeeld van Verhulp is niet wezenlijk anders indien geen algemeenverbindendverklaring had plaatsgevonden. Zoals gezegd: de

werknemers die geen dertiende maand ontvangen, ontgaat een voordeel dat zij zonder algemeenverbindendverklaring evenmin zouden hebben ontvangen. De ongelijke behandeling zou voorts – indien men dat al zou willen – kunnen worden opgelost indien de verzoekende partijen – cao-partijen – wat handiger zouden opereren en de periode van algemeenverbindendverklaring niet zó zouden (laten) kiezen dat de bepaling over de eindejaarsuitkering buiten de periode van algemeenverbindendverklaring valt. Algemeenverbindendverklaring van deze bepaling dient anders inderdaad geen enkel doel.

VI Volg de praktijk: men laat al nawerken

Dat men in de praktijk veelal algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen laat nawerken, is een niet-inhoudelijk argument dat zijn autoriteit ontleent aan de empirie: “Waarom dat dan niet in het recht te bevestigen?”, zo vraagt Jacobs zich af.⁴⁷

Hij stelt dat in de praktijk nawerking veelal toch wordt toegepast omdat werkgevers en werknemers dat als logisch ervaren. Jacobs noemt als optie een nawerking voor de duur van één jaar zodat een cao-loze periode tussen twee algemeenverbindendverklaringen – die immers geen terugwerkende kracht hebben – naadloos wordt overbrugd. Ter verzachting van het leed voor ongebonden werkgevers die wellicht met een zucht van verlichting vaststellen dat de algemeenverbindendverklaring ten einde is gekomen, stelt hij dat de door hem voorgestelde nawerking nog geen imperatieve binding inhoudt, nu partijen op dit punt contractsvrijheid bezitten.

Het argument dat men in de wet moet vastleggen wat al praktijk is, heeft het voordeel dat het sympathiek lijkt: de enkelen die weigeren deze praktijk te volgen, vertonen in feite deviant gedrag en dienen tot de orde te worden geroepen door de wetgever. De praktijk leidt, de wetgever volgt. Om die reden kennen wij nu, onder andere, een uitgewerkte vakantie- en verlofregeling. Uiteraard kan men dit argument slechts gebruiken, indien er *communis opinio* bestaat dat het in de praktijk gevolgde gedrag (dat ik overigens niet uit eigen ervaring ken, noch kan ik wijzen op cijfers die Jacobs’ stelling ondersteunen) wenselijk is voor allen. Men kan mijns inziens oordelen dat dat niet het geval is, getuige de opvatting van de Hoge Raad⁴⁸ en de procedures die worden gevoerd om onder algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen uit te komen.⁴⁹ Er zijn, getuige het hiervoor beschrevene, goede juridische argumenten juist geen nawerking te verlenen aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.⁵⁰ Met de oplossing dat een werkgever gedurende een jaar aan nawerking vastzit en dat hij met de werknemer contractueel kan afwijken van deze nawerking door na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring met de werknemer te onderhandelen, wordt mijns inziens niet alleen onvoldoende onderkend dat het voor de ongebonden werkgever (en werknemer: zie het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet) van groot belang kan zijn geweest zich niet (op een bepaalde manier) te organiseren – let wel: dit is om een fundamenteel recht – , evenmin wordt voldoende onderkend dat het wijzigen van arbeidsvoorwaarden een moeizame aangelegenheid kan zijn.⁵¹ Hiervoor moeten goede, niet-juridische argumenten naar voren worden gebracht.⁵² Het enkele feit dat men reeds in de praktijk nawerking toepast, is mijns inziens daartoe onvoldoende.

5 Conclusie

De voorstanders van de stelling dat algemeen verbindend verklaarde bepalingen dienen na te werken, kennen een groter gewicht toe aan het specifieke argument dat (of de combinatie van argumenten die) zij aandragen dan aan het door de Hoge Raad in het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet duidelijk geformuleerde argument dat het instrument van algemeenverbindendverklaring een duidelijk begin- en eindpunt kent. De algemeenverbindendverklaring vindt plaats voor een “welomschreven periode”, en dit stelsel laat niet door middel van toe een extensieve interpretatie *de facto* de looptijd te verlengen. De Hoge Raad legt hiermee een formele toets aan; hij kiest niet zo duidelijk als de Centrale Raad van Beroep dat in 1978 deed voor het argument dat de contractsvrijheid zich verzet tegen nawerking. In mijn optiek is dat de crux van de discussie: de ongebonden werkgever dient zich voor een bepaalde periode een arbeidsvoorwaardenregime te laten welgevalen dat een inbreuk maakt op zijn contractsvrijheid. Deze inbreuk dient, gezien het fundamentele karakter van de contractsvrijheid, beperkt te worden geïnterpreteerd. Wellicht is dat wel wat de Hoge Raad in het achterhoofd heeft gehouden. Om voornoemde redenen vind ik geen van de in de literatuur aangehaalde argumenten voor nawerking voldoende gewicht in de schaal leggen:

1. Het beroep op de gelijkenis tussen art. 3 Wet Avv en 12 Wet Cao faalt, omdat deze artikelen slechts de situatie regelen gedurende de periode dat de betreffende cao-bepalingen gelden, niet de periode erna. Men kan ook geen nawerking van cao-bepalingen uit art. 12 Wet Cao afleiden.
2. Het beroep op de absolute nietigheidssanctie die art. 3 Wet Avv bevat is op zichzelf aantrekkelijk, maar het gevolg leidt niet per se tot het aannemen van nawerking. Bovendien verhoudt deze nietigheidssanctie zich slecht tot de figuur van intrekking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.
3. Dat door een gebrek aan nawerking een terugval in arbeidsvoorwaarden plaatsvindt, is niet gezegd. Daarnaast worden werknemers die met een achteruitgang te kampen krijgen hierdoor niet zozeer benadeeld: hun ontgaat het voordeel dat zij hadden boven hun in vrij overleg overeengekomen arbeidsvoorwaarden. De gewoonte en alsmede de wijzigingsleer kunnen overigens het leed van achteruitgang verzachten.
4. De leer van de verkregen rechten is met veel vragen omgeven. De wetgever, of, waarschijnlijker, de Hoge Raad zou zich expliciet zou moeten uitlaten over de onmogelijkheid van deze leer. Naar aanleiding van de onder paragraaf 4 onder IV. geschetste voorbeelden zie ik niet in hoe men deze leer zo zou kunnen vormgeven, dat een duidelijk onderscheid kan worden gecreëerd tussen bepalingen die wel, en bepalingen die niet hun gelding behouden na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring, nog afgezien van het geschetste probleem van arbeidsvoorwaarden die voor hun toepasselijkheid en inhoud van elkaar afhankelijk zijn. Het afschaffen van deze leer heeft mijn sterke voorkeur, maar leidt ook hier niet tot het aannemen van nawerking.
5. Het probleem van ongelijke behandeling tussen gebonden en ongebonden

werknemers is een schijnprobleem. Het vloeit voort uit ons systeem van collectieve-arbeidsvoorwaardenvorming, ook buiten de situatie van algemeenverbindendverklaring. Werknemers die na de periode van algemeenverbindendverklaring terugvallen op hun (contractuele) arbeidsvoorwaarden ontgaat wellicht een voordeel. Menen zij na afloop tekort te worden gedaan, dan staan andere middelen open.

Noten

1 Wet van 25 mei 1937, Stb. 801. Laatstelijk gewijzigd bij Wet van 1 december 2005, Stb. 626.

2 W.J.P.M. Fase, C.a.o.-recht, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1982, p. 95.

3 Hieronder vallen in het navolgende zij die door lidmaatschap van de werkgevers- of werknemersvertegenwoordiging direct gebonden zijn aan de normatieve bepalingen van de cao (op grond van art. 9 jo. 12 Wet Cao), alsmede zij die door middel van een incorporatiebeding de inhoud van de cao op hun arbeidsovereenkomst van toepassing hebben verklaard.

4 Wel wordt het, na algemeenverbindendverklaring, lastiger onder de contractuele afspraken uit te komen: de enkele overeenstemming tussen contractspartijen dat de cao zal worden gewijzigd is niet voldoende om onder de inmiddels algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit te komen.

5 Door het afronden van de werknemersaantallen kunnen de totalen afwijken van de som van de delen. Bron: Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2009, te vinden via <www.minszw.nl> (algemeen toegankelijk).

6 Over de (kwalitatieve) merites van algemeenverbindendverklaring kan men van mening verschillen. Ik zal daar in deze bijdrage niet op ingaan. Zie hiervoor, bijvoorbeeld, G. Zalm, "Betekenis en toekomst van de algemeen verbindendverklaring", ESB 15 januari 1992, nr. 3842. Het meest volledige overzicht geeft A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 6.2.8.

7 Ondanks het feit dat bepalingen uit de Wet Cao en de Wet Avv soms gelijk luiden: vergelijk art. 12 Wet Cao en art. 3 Wet Avv.

8 Zo zou men kunnen meten hoeveel voor- en tegenstanders er zijn van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, of er op dit punt onderscheid dient te worden gemaakt tussen soorten bepalingen, tot welke categorieën de voor- en tegenstanders behoren (lidmaatschap van een bond, inkomensgroep) enzovoort.

9 Dit geldt alleen ten aanzien van hen die door lidmaatschap of het zijn van contractpartij bij de cao tijdens de looptijd ervan hun contractsvrijheid door de werking van art. 12 Wet Cao beperkt zagen: de zogenoemde art. 14-werknemer kon altijd onderhandelen over zijn arbeidsvoorwaarden zonder de wet te breken.

10 Bij deze redenering zal men moeten accepteren dat zij niet strijdt met de bewoordingen van art. 3 Wet Avv dat van de nietigheid van elk andersluidend beding spreekt. Zie hierover par. 3.

11 Waar ik in het vervolg spreek van nawerking van algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen, zie ik niet per se op alleen deze situatie. Ook indien men meent dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen direct zouden moeten doorwerken in het contract – net als bij contractuele gebondenheid aan cao-bepalingen dus – zal ik deze term bezigen.

12 Net als de Wet Cao. B.S. Frenkel (“De nawerking van de collectieve arbeidsovereenkomst, SMA 1979, p. 293-300) wees erop, dat het gebrek aan aandacht van de wetgever voor nawerking samenhangt met het feit dat partijen een arbeidsovereenkomst te allen tijde konden beëindigen: de stabiliteit van de arbeidsverhouding was nog mager. Pas met het optuigen van het ontslagrecht is de kwestie van nawerking in importantie gegroeid. Deze redenering overtuigt mij meer dan de stelling van Verhulp dat de wetgever nawerking niet heeft behandeld omdat het antwoord op de vraag naar nawerking evident zou zijn (E. Verhulp, “Nawerking: het volle pond graag!”, *Arbeidsrecht* 2002, 52, p. 12).

13 CRvB 27 juli 1978, RSV 1978, 338. In casu was de vraag aan de orde welke opzegtermijn gehanteerd had moeten worden: die uit de inmiddels verlopen algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling of die uit de wet. Een antwoord op die vraag was van belang voor de ingangsdatum van het recht op een WW-uitkering.

14 HR 18 januari 1980, NJ 1980/438 met noot P.A.S.

15 De rechtbank bedoelt hier: algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

16 A-G Berger betoont zich in zijn conclusie een voorstander van de uitspraak van het CRvB, waarbij hij, net als deze Raad, een groot belang hecht aan het ontbreken van enige partijwil en –bedoeling in het geval van toepasselijkheid van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De Hoge Raad neemt op dit punt geen expliciete stelling in.

17 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

18 Zie de conclusie onder punt 6.

19 HR 28 januari 1994, NJ 1994, 20, met noot P.A.S.

20 Koopmans gaf de Hoge Raad in zijn conclusie in overweging terug te keren van zijn leer uit het arrest Hop/Hom. De argumenten daarvoor zal ik in de volgende paragraaf behandelen.

21 De leer van de verkregen rechten is uiteraard al veel ouder: zie de opmerkingen van Stein in zijn noot onder het arrest.

22 HR 7 juni 2002, NJ 2003, 75 met noot G.J.J. Heerma van Voss.

23 HR 10 januari 2003, JAR 2003/38.

24 Deze arbeidsvoorwaarden vloeiden voort uit de Hoogovens-cao, die inmiddels was verlopen, maar waarvan de bepalingen nawerkten – Te Riet was lid van de vakbond die de Hoogovens-cao had afgesloten.

25 Al kan men, met A-G Verkade in zijn conclusie bij dit arrest, van oordeel zijn dat de Hoge Raad in de arresten Beenen/Vanduho en Luitjens/J.B. Groothandel in Vlees uitnodigingen van respectievelijk A-G Koopmans en A-G De Vries Lentsch-Kostense tot “omgaan” terzijde kon laten, omdat het door de A-G’s én door de Hoge Raad gewenste resultaat in die twee zaken ook op andere wijze bereikt kon worden, namelijk via de constructie van “verkregen rechten”.

26 De lagere rechtspraak lijkt de Hoge Raad hierin te volgen. Zie o.a. Hof Arnhem 3 november 2004, JAR 2004/284 (toepassing Haviltex-criterium), Ktr. Zwolle 7 februari 2005, JAR 2006/129 (idem, al wordt de bewijslast dat geen nawerking plaatsheeft ten onrechte op de werkgever gelegd), Hof Amsterdam 18 november 2004, JAR 2005/95 (geen nawerking), ktr. 's-Gravenhage 19 oktober 2006, JAR 2006/272 (geen nawerking loonsverhoging) ktr. Apeldoorn 5 april 2006, JAR 2006/105 (geen nawerking, ook niet voor zeer korte periode).

27 M.M. Olbers, “De nawerking van bepalingen der c.a.o.”, SMA 1979, p. 491.

28 M.G. Rood, “Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen”, TVVS 1994, p. 132-134. Hij vergelijkt de werking van (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen met een bloedtransfusie: “Is de transfusie ten einde, dan loopt het bloed niet weer terug.”

29 Hij verwijst daarbij naar S. Mok, Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1939, p. 135.

30 Zij stellen op p. 165 van hun uitgave CAO-recht (Deventer: Kluwer 2004) dat het “vanuit juridisch-dogmatisch standpunt gezien consequent” zou zijn. Fase had vóór deze zin in 1982 nog geschreven: “oppervlakkig gezien”. Die laatste toevoeging, die dus in de uitgave van 2004 verdwenen is, lijkt mij de spijker op de kop te slaan.

31 Kamerstukken II 1936/37, 168, nr. 3, p. 10, opgenomen in E. Verhulp, “Nawerking: het volle pond graag!”, ArbeidsRecht 2002, 52, p. 12.

32 A. Stege, De cao en het regelingsbereik van de sociale partners (diss. VU), Deventer: Kluwer 2003, p. 287 e.v.

33 M.J. Levenbach, “Het wetsontwerp tot nadere regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst”, NJB 1927, p. 86.

34 Zie – wederom – het citaat van de Hoge Raad in het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet.

35 Kamerstukken II 1936/37, 168, nr. 3, p. 8.

36 W.J.P.M. Fase, C.a.o.-recht, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1982, p. 118.

37 M.G. Rood, “Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen”, TVVS 1994, p. 134.

38 Ik noem hier Fase in zijn uitgave C.a.o.-recht uit 1982, p. 123.

39 Zo was zijn niet alleen zijn loon volgens de Hoogovens-cao bijna het dubbele van wat dan wat hij op basis van de Ziekenhuis-cao zou ontvangen, maar behoefde hij daarvoor slechts 33,6 uur te werken, terwijl bij het Rode Kruis Ziekenhuis een 36-urige werkweek gold.

40 Al merk ik op dat hier voor sommigen een belangrijk verschil bestaat tussen deze stelling en hoe men een en ander feitelijk ervaart.

41 Ook al, omdat de meeste cao's zelf niet zo lang zullen gelden en de algemeenverbindendverklaring nooit langer kan duren dan de cao zelf –zie art. art. 2 lid 2 Wet Avv. Boot stelde in 1994 dat “praktijkervaring leert” dat in veel bedrijfstak-cao's de algemeenverbindendverklaring slechts geldt voor een beperkt gedeelte van het jaar (C.G. Boot, “Hoge Raad Beenen/Vanduho: nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?”, SR 1994, p. 200).

42 Dit is uiteraard een voorbeeld. Men kan ook aansluiten bij de gemiddelde loonhoogte in de sector op het moment dat de periode van algemeenverbindendverklaring afloopt.

43 Hier zou het Haviltex-criterium (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) moeten worden toegepast.

44 Een beroep op de door de Hoge Raad gehanteerde leer der verkregen rechten kan in een dergelijk geval mijns inziens niet slagen, tenzij zich de bijzondere omstandigheden voordoen als in de zaken die de Hoge Raad heeft behandeld.

45 Wat de hoogte van het loon betreft kan aansluiting worden gezocht bij art. 7:618 BW.

46 Zoals door C.G. Boot, “Hoge Raad Beenen/Vanduho: nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?”, SR 1994, p. 199-203 en E. Verhulp, “Nawerking: het volle pond graag!”, ArbeidsRecht 2002, 52.

47 A.T.J.M. Jacobs, Collectief arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 195.

48 Die bij zijn oordeel toch steeds, ingevolge art. 3:12 BW, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen zal moeten betrekken.

49 Zoals in het beroepsgoederenvervoer, zie o.a. Hof 's-Gravenhage 12 januari 2007, JAR 2007/47, HR 19 december 2008, JAR 2009/19 en Ktr. Amsterdam 11 mei 2009, JAR 2009/151.

50 Ik herhaal: juridische argumenten zoals ik deze heb verzameld en geanalyseerd, zijn geen vrijbrief voor het zich aanmeten van een oordeel over de maatschappelijke wenselijkheid van nawerking.

51 Zie HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet Transport BV).

52 Die zouden er kunnen zijn. Zoals in de inleiding gesteld, maken die argumenten geen deel uit van mijn juridische analyse.

© Boom Juridische uitgevers

