

CAO-RECHT

*Een onderzoek naar wanneer een cao doorwerkt
in een individuele arbeidsovereenkomst en de
praktische toepasbaarheid van dit systeem.*

M. Looymans



Titelpagina

Titel:	CAO-Recht <i>Een onderzoek naar wanneer een cao doorwerkt in een arbeidsovereenkomst en de praktische toepasbaarheid van dit systeem</i>
Auteur:	Marlou Looymans
Studentnummer:	9952874
Klas:	U-R4JA
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans - Fontys te Tilburg
Studierichting:	HBO-Rechten
Afstudeerbedrijf:	Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen
Afstudeerperiode:	7 februari t/m 15 mei 2008
Afstudeermentor:	Mevrouw mr. A.M.K. Driessen - Tabbers
1^e Afstudeerdocent:	De heer mr. J.P.E. Lousberg
2^e Afstudeerdocent:	Mevrouw mr. N.H.P.G. Sommers
Datum voltooiing:	Maandag 2 juni 2008

Voorwoord

Op 7 februari 2008 ben ik begonnen met afstuderen bij Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen. Na een aantal maanden hard werken ligt hier voor u mijn rapport dat opgesteld is ter afsluiting van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans - Fontys. Door middel van dit rapport komt er een einde aan mijn studietijd bij de Juridische Hogeschool.

In dit rapport staat centraal wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst en de praktische toepasbaarheid van dit systeem. Gedurende het onderzoek ben ik erachter gekomen dat ik het cao-recht en dan vooral de doorwerking in een individuele arbeidsovereenkomst moeilijke materie vind. De afstudeerperiode is een interessante ervaring geweest en ik heb gedurende deze periode veel kennis en ervaring opgedaan.

Ik wil mevrouw Driessen - Tabbers en mevrouw De Louwere bedanken voor de begeleiding en de feedback tijdens het onderzoek vanuit Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen en natuurlijk alle anderen advocaten (en medewerkers) voor de prettige samenwerking en hun interesse in de voortgang van mijn onderzoek.

Verder wil ik ook de heer Lousberg bedanken voor de zeer goede begeleiding en ondersteuning die ik heb gekregen vanuit de Juridische Hogeschool.

Tot slot wil ik iedereen uit mijn privéomgeving bedanken die mij tijdens mijn afstudeerperiode hebben gesteund.

Marlou Looymans

Waalre, juni 2008

Verklarende woordenlijst

<u>avv:</u>	algemeenverbindendverklaring
<u>BW:</u>	Burgerlijk Wetboek
<u>cao:</u>	collectieve arbeidsovereenkomst
<u>Wet AVV:</u>	Wet op het Algemeen Verbindend en onverbindend Verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
<u>Wet CAO:</u>	Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst
<u>Wet LV:</u>	Wet op de Loonvorming
<u>WOR:</u>	Wet op de Ondernemingsraden
<u>Rv:</u>	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
<u>Toetsingskader AVV:</u>	Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaren

Inhoudsopgave

Samenvatting

1. Inleiding	p. 10
1.1 Achtergrond	p. 10
1.2 Probleembeschrijving	p. 10
1.3 Beoogde doelgroep	p. 11
1.4 Doelstelling en centrale vraagstelling	p. 11
1.5 Methode van onderzoek	p. 11
1.6 Leeswijzer	p. 12
 2. De collectieve arbeidsovereenkomst	 p. 13
2.1 Definitie cao	p. 13
2.1.1 Arbeidsvoorwaarden	p. 13
2.1.2 Bedrijfstak- en ondernemings-cao	p. 13
2.2 Cao-bepalingen	p. 14
2.2.1 Normatieve cao-bepalingen	p. 14
2.2.2 Diagonale cao-bepalingen	p. 14
2.2.3 Obligatoire cao-bepalingen	p. 14
2.3 Typen cao's	p. 15
2.3.1 Standaard-cao	p. 15
2.3.2 Minimum-cao	p. 15
2.3.3 Raam- of casco-cao	p. 15
2.3.4 cao à la carte of cafetaria-cao	p. 16
2.4 Partijen bij een cao	p. 16
2.5 Het aangaan en aanmelden van een cao	p. 17
2.6 Werkingssfeer cao	p. 17
2.6.1 Toepassing werkingssfeer	p. 18
2.6.2 Uitsluiting werkingssfeer	p. 18
2.7 Duur, verlenging en opzegging cao	p. 18
2.8 Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen	p. 19
2.9 Doorwerking	p. 21
2.10 Nawerking	p. 22
 3. De Wet CAO	 p. 23
3.1 Omschrijving begrippen gebonden / betrokken en ongebonden werknemer / werkgever	p. 23
3.2 Situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 23
3.3 Situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 25

3.4 Situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever	p. 27
3.5 Situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever	p. 28
3.6 Nawerking op grond van de Wet CAO	p. 28
3.6.1 Nawerking situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 29
3.6.2 Nawerking situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 29
3.6.3 Nawerking situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever	p. 29
3.6.4 Nawerking situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever	p. 29
4. De Wet AVV	p. 30
4.1 Rechtsgevolgen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen	p. 30
4.2 Situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 31
4.3 Situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 31
4.4 Situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever	p. 31
4.5 Situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever	p. 32
4.6 Nawerking op grond van de Wet AVV	p. 32
5. Het incorporatiebeding	p. 35
5.1 Incorporatiebeding	p. 35
5.1.1 Omschrijving cao	p. 35
5.1.2 Werking incorporatiebeding in een individuele arbeidsovereenkomst	p. 36
5.2 Situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 36
5.3 Situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever	p. 36
5.4 Situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever	p. 37
5.5 Situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever	p. 38
5.6 Het incorporatiebeding en toekomstige versies van cao's	p. 38
6. Cao en overgang van (een deel van) een onderneming	p. 40
6.1 Overgang van (een deel van) een onderneming	p. 40
6.2 Situatie A: de vervreemder en de verkrijger van	

(een deel van) een onderneming zijn gebonden en betrokken aan dezelfde cao	p. 41
6.3 Situatie B: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is gebonden en betrokken aan een andere cao dan de verkrijger ervan	p. 41
6.4 Situatie C: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is gebonden en betrokken aan een cao, maar de verkrijger ervan niet	p. 42
6.5 Situatie D: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is niet aan een cao gebonden, maar de verkrijger ervan wel	p. 43
6.6 Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen en overgang van (een deel van) een onderneming	p. 43
6.7 Duur 'pseudogebondenheid'	p. 45
6.8 Overgang van (een deel van) een onderneming en het incorporatiebeding	p. 46
7. Resultaten	p. 48
7.1 Schema 1	p. 49
7.2 Schema 2	p. 50
8. Conclusies en aanbevelingen	p. 51
8.1 Wanneer werkt een cao door in een arbeidsovereenkomst?	p. 51
8.2 Knelpunten	p. 53
8.2.1 Knelpunt: de Wet CAO en de Wet AVV	p. 53
8.2.2 Knelpunt: artikelen 9, 12, 13 en 14 Wet CAO	p. 54
8.2.3 Knelpunt: overgang van (een deel van) een onderneming	p. 54
8.3 Is dit systeem praktisch toepasbaar?	p. 55
8.4 Aanbevelingen	p. 55
8.4.1 Aanbeveling in de literatuur: Extension automatique	p. 55
8.4.2 Aanbeveling: 'Cao's' via de Ondernemingsraden	p. 57
Literatuurlijst	p. 58

Samenvatting

Dit onderzoeksrapport is het resultaat van het onderzoek wanneer werkt een cao door in een individuele arbeidsovereenkomst en de praktische toepasbaarheid van dit systeem, dat uitgevoerd is in opdracht van Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen. De centrale vraagstelling van dit onderzoek luidt als volgt: Wanneer werkt een cao door in een individuele arbeidsovereenkomst en is dit systeem praktisch toepasbaar?

Onder doorwerking, ook wel de normatieve werking genoemd, wordt verstaan de dwingende doorwerking van het in de cao bepaalde in een individuele arbeidsovereenkomst, gesloten tussen een werkgever en een werknemer die beiden aan de cao gebonden en daarbij getrokken zijn. Het doel van dit onderzoek is om na 20 weken een rapport te overhandigen aan de arbeidsrechtadvocaten van Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen met daarin een duidelijk overzicht over wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst en mijn visie over de praktische toepasbaarheid van het systeem van de doorwerking.

Naar aanleiding van dit onderzoek kunnen een aantal conclusies en aanbevelingen worden gedaan. In het algemeen wordt gesproken over de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst als bepalingen van een cao in de individuele arbeidsovereenkomst doorwerken. Uit dit onderzoek is gebleken dat een gehele cao niet kan doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst. Op grond van de Wet CAO kunnen normatieve cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst en op grond van de Wet AVV tevens diagonale cao-bepalingen. Obligatoire cao-bepalingen kunnen niet doorwerken

Doorwerking van normatieve cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst vindt plaats op grond van de artikelen 9, 12, 13 en 14 Wet CAO en artikel 2 lid 1 Wet AVV en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV.

Doorwerking van diagonale cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst vindt plaats op grond van artikel 2 lid 1 Wet AVV en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV.

Bij overgang van onderneming vindt doorwerking van normatieve cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst plaats op grond van de artikelen 9, 12, 13, 14 en 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV. Doorwerking van diagonale cao-bepalingen vindt plaats op grond van artikel 2a Wet AVV.

De knelpunten van het systeem van de doorwerking zijn de Wet CAO, de Wet AVV, de artikelen 9, 12, 13 en 14 Wet CAO en de cao en overgang van (een deel van) een onderneming. Ik vind het systeem niet praktisch toepasbaar. De wettelijke verschillen, zoals het onderscheid in een gebonden en ongebonden werknemer, voegen in de

praktijk niets toe, omdat de gebonden werkgever de cao-bepalingen gewoon toepast op iedere werknemer. Het lijkt toch een gedateerd en geforceerde regeling. Of de werknemer is gebonden krachtens de Wet CAO, de Wet AVV of het incorporatiebeding hangt vooral af van de keuzes die de werkgever maakt. De rol van de -meestal ongebonden- werknemer is daarbij zeer beperkt. Vanuit het idee dat de cao is ontworpen vanuit een bescherming van de werknemer, is dat een merkwaardige ontwikkeling.

Een aanbeveling vanuit de literatuur om het systeem van de doorwerking aan te passen is het systeem dat in België en Frankrijk wordt toegepast in Nederland te gaan volgen. Dit systeem is de *extension automatique* en houdt in dat een werkgever, die gebonden is aan de cao, verplicht is de cao toe te passen op het hele personeel, dat onder de werkingssfeer van de cao valt, ongeacht de lidmaatschapsfactor. Alle betreffende personeelsleden hebben in rechte ook dezelfde vorderingsactie bij niet-naleving. Daarnaast wordt er een voorstel toegevoegd aan het systeem van de *extension automatique* om werknemers die geen lid zijn van een werknemersvereniging een vergoeding te laten betalen voor de gemaakte kosten van de cao-partijen voor het tot stand brengen van cao's.

Heel rigoreus zou je het volledige systeem op de helling kunnen zetten. De Wet CAO en de Wet AVV worden afgeschaft. Het opstellen van de cao's per branche wordt overgelaten aan een instantie. Dat kan een afvaardiging zijn van het Ministerie, de vakverenigingen of de Ondernemingsraden. Deze entiteiten stellen branchegerelateerde regelingen op met een bepaalde werkingssfeer, zoals dat nu ook in de cao staat. De betreffende regeling is dan van toepassing op iedereen die in de betreffende branche werkzaam is.

Of het huidige systeem van de collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen nog lang zal standhouden is onduidelijk, maar naar aanleiding van dit onderzoek is het wel duidelijk dat er steeds meer bezwaren zijn tegen het huidige stelsel van de doorwerking.

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er een korte achtergrondschets van de cao gegeven en komen de probleembeschrijving en de beoogde doelgroep aan de orde. Daarnaast worden de doelstelling, de centrale vraagstelling en de methode van onderzoek beschreven. Aan het einde van dit hoofdstuk is een leeswijzer opgenomen.

1.1 Achtergrond

‘Een cao heeft een lichaam van een contract en de ziel van een wet’. Zo luidt een omschrijving van een cao door een Italiaanse jurist. Het tweeledig karakter van een cao maakt het cao-recht een lastige rechtsfiguur. Aan de ene kant is een cao een overeenkomst, maar aan de andere kant heeft een cao ook iets van een ‘wet’, want een cao geeft normen die in bepaalde gevallen doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten.¹ Rond het jaar 1900 zijn de eerste plaatselijke cao’s ontstaan en in 1914 is de eerste landelijke cao tot stand gekomen. In die tijd was ervoor een cao geen wettelijke onderbouwing. Hier is verandering in gekomen door de komst van de Wet CAO, die op 1 september 1928 in werking is getreden, en de Wet AVV die op 1 oktober 1937 in werking is getreden.² Het bijzondere van een cao en het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen is dat hierdoor boven het individuele arbeidsrecht (ook wel het (arbeids)overeenkomstenrecht genoemd) regels komen te ‘hangen’ die werkgevers- en werknemersorganisaties tot stand hebben gebracht.³ Intussen heeft ongeveer 85% van de onzelfstandige beroepsbevolking met een cao te maken, waardoor de cao niet meer weg lijkt te denken uit onze maatschappij.⁴ Dit rapport bevat een onderzoek naar wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst en de praktische toepasbaarheid van dit systeem.

1.2 Probleembeschrijving

De arbeidsrechtadvocaten van Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen willen graag beschikken over een duidelijk overzicht dat antwoord geeft op de vraag wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst. Ze willen graag over een overzicht beschikken, omdat ze merken dat het in de praktijk steeds zoeken is hoe in specifieke gevallen een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst. Tot op heden zijn de arbeidsrechtadvocaten nog niet in de gelegenheid geweest om zelf dit overzicht op te stellen. Dit overzicht kan gebruikt worden indien zich er kwesties voordoen op het gebied van het cao-recht. Daarnaast

¹ Jacobs 2003, p. 83.

² Loonstra & Zondag 2008, p. 580; zie ook Vogels 2003, p. 7 - 8.

³ Loonstra & Zondag 2008, p. 579.

⁴ Loonstra & Zondag 2008, p. 587.

geef ik mijn visie op de vraag of het systeem van de doorwerking praktisch toepasbaar is.

1.3 Beoogde doelgroep

De arbeidsrechtadvocaten van Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen zijn de opdrachtgever van dit onderzoek en dit rapport is aan hen gericht. Daarnaast is dit rapport gericht aan de Juridische Hogeschool Avans - Fontys.

1.4 Doelstelling en centrale vraagstelling

De doelstelling van dit onderzoek kan als volgt worden geformuleerd:

Op 2 juni 2008 wordt er een rapport overhandigd aan de arbeidsrechtadvocaten van Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs en Notarissen en de Juridische Hogeschool met daarin een duidelijk overzicht over wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst en een antwoord op de vraag of dit systeem praktisch toepasbaar is.

De centrale vraagstelling van dit onderzoek luidt als volgt:

Wanneer werkt een cao door in een individuele arbeidsovereenkomst en is dit systeem praktisch toepasbaar?

1.5 Methode van onderzoek

De methode van onderzoek is bureauonderzoek, omdat bestaande gegevens worden benut en geïnterpreteerd. De bestaande gegevens zijn in dit onderzoek literatuur, handboeken, wetten en de rechtspraak.

Dit onderzoek is een beschrijvend onderzoek, omdat er onderzocht gaat worden wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst en daarnaast is de vraag of dit systeem praktisch toepasbaar is. Voor dit onderzoek wordt er gebruik gemaakt van diverse handboeken op het gebied van het cao-recht en de rechtspraak. Ook zal er gebruik worden gemaakt van alle voor het arbeidsrecht relevante wetgeving en van de rechtspraak. De onderzoekseenheid van dit onderzoek is de cao.⁵

Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraagstelling wordt allereerst uitgelegd wanneer een cao doorwerkt in een arbeidsovereenkomst. Dit wordt gedaan aan de hand

⁵ Baarda, De Goede & Teunissen 2005, p. 25 - 47.

van literatuur, regelgeving en de rechtspraak. Vervolgens wordt de centrale vraagstelling beantwoordt en worden er aanbevelingen gedaan voor de praktische toepasbaarheid van dit systeem.

1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 vindt er een verkenning plaats van de rechtsfiguur cao aan de hand van diverse wetten en de rechtspraak.

Hoofdstuk 3 beschrijft de rechtsgevolgen van de Wet CAO voor de werkgever en de werknemer. Daarnaast komt de nawerking van een cao op grond van de Wet CAO aan de orde.

In hoofdstuk 4 wordt er nader ingegaan op de Wet AVV en wat de consequenties zijn voor de werkgever en de werknemer indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard. Daarnaast wordt er ingegaan op de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

Daarna komt in hoofdstuk 5 het incorporatiebeding aan bod. Er wordt besproken wat een incorporatiebeding is en de werking van een incorporatiebeding in een individuele arbeidsovereenkomst.

In hoofdstuk 6 wordt besproken wat een overgang van (een deel van) een onderneming is en wat de gevolgen zijn voor een cao indien er een overgang van (een deel van) een onderneming plaatsvindt. Daarnaast komen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen en overgang van (een deel van) een onderneming aan bod. Ook wordt de duur van de 'pseudogebondenheid' besproken en de overgang van (een deel van) een onderneming en het incorporatiebeding.

In hoofdstuk 7 worden de gegevens die tijdens het onderzoek naar voren zijn gekomen in twee schema's weergegeven.

In hoofdstuk 8 wordt er antwoord gegeven op de centrale vraagstelling en worden er aanbevelingen gedaan.

Tot slot is er een literatuurlijst opgenomen.

2 De collectieve arbeidsovereenkomst

Zoals in de inleiding is aangegeven is een cao een lastige rechtsfiguur. In dit hoofdstuk vindt er een verkenning plaats van de rechtsfiguur cao, mede aan de hand van de Wet CAO, de Wet AVV, de Wet LV, het Toetsingkader AVV en de rechtspraak.

2.1 Definitie cao

De afkorting cao staat voor collectieve arbeidsovereenkomst. Artikel 1 lid 1 Wet CAO geeft de volgende omschrijving van een cao: 'Onder een collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen'. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat een cao ook betrekking kan hebben op overeenkomsten van aanneming van werk (geregeld in artikel 7:750-769 BW) en de overeenkomst van opdracht (geregeld in artikel 7:400-413 BW). Sommige wettelijke regelingen van Boek 7 titel 10 BW laten afwijking alleen bij cao toe. Deze wettelijke regelingen zijn van driekwart-dwingend recht.

2.1.1 Arbeidsvoorwaarden

Artikel 1 lid 1 Wet CAO bepaalt dat een cao een overeenkomst is 'waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen'.⁶ De Hoge Raad⁷ heeft aan het begrip arbeidsvoorwaarden een ruime interpretatie toegekend. Het hoeft niet alleen om arbeidsvoorwaarden in eigenlijke zin te gaan, maar ook om onderwerpen die met arbeidsvoorwaarden verband houden (bijvoorbeeld een cao-bepaling die de individuele werkgever die lid is van een werkgeversorganisatie en betrokken partij is bij de cao verplicht een bijdrage te verstrekken aan een fonds). Zolang een overeenkomst tussen werknemersverenigingen en werkgevers(verenigingen) afspraken regelt die met het element 'arbeid' verband houden, kan sprake zijn van arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 1 lid 1 Wet CAO.⁸

2.1.2 Bedrijfstak- en ondernemings-cao

Er kan sprake zijn van een bedrijfstak- of een ondernemings-cao. Een bedrijfstak-cao is een cao die binnen een bepaalde sector geldt en wordt afgesloten tussen één of meer werkgeversverenigingen en één of meer werknemersverenigingen (bijvoorbeeld Metalelektro-cao en Horeca-cao). Een ondernemings-cao is een cao die binnen een

⁶ Loonstra & Zondag 2008, p. 596 - 597.

⁷ HR 19 maart 1976, NJ 1976, 407; zie ook HR 10 juni 1983, NJ 1984, 147.

⁸ Loonstra & Zondag 2008, p. 596 - 598.

bedrijf geldt en wordt afgesloten door één werkgever met één of meer werknemersverenigingen (bijvoorbeeld Philips-cao en KPN-cao).⁹

2.2 Cao-bepalingen

Cao-bepalingen kunnen onderscheiden worden in normatieve, diagonale en obligatoire bepalingen. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat het onderscheid niet altijd even duidelijk is. In de volgende subparagrafen zullen de verschillende cao-bepalingen besproken worden.

2.2.1 Normatieve cao-bepalingen

Normatieve cao-bepalingen worden ook wel horizontale cao-bepalingen genoemd. Normatieve cao-bepalingen zijn die bepalingen van een cao die de rechten en plichten tussen de individuele werkgevers en werknemers of tussen leden van verenigingen vastleggen. Voorbeelden van normatieve cao-bepalingen zijn bepalingen over de hoogte van het loon, toeslagen, arbeidsduur, arbeidstijden, vakantiedagen, reiskostenvergoedingen en overwerk.¹⁰

2.2.2 Diagonale cao-bepalingen

Diagonale cao-bepalingen zijn die bepalingen die rechten of plichten opleggen aan de leden van een van de cao-partijen (vaak een plicht voor de individuele werkgevers) ten opzichte van de andere cao-partijen (vaak de betreffende verenigingen) of een derde. Deze bepalingen richten zich meer in het bijzonder tot een van beide partijen in de individuele arbeidsverhouding, meestal de werkgever, en schrijven juist die partij een bepaald gedrag voor. Deze cao-bepalingen kunnen gaan over arbeidsomstandigheden, indienstneming, sollicitatie en medezeggenschap. Een voorbeeld van een diagonale cao-bepaling is: 'De vakbonden mogen voor hun mededelingen gebruikmaken van de aanplakborden in de onderneming'.¹¹

2.2.3 Obligatoire cao-bepalingen

Obligatoire cao-bepalingen zijn bepalingen waarbij rechten en plichten tussen de cao-partijen worden vastgelegd. Deze bepalingen vloeien voort uit de cao als overeenkomst; het zijn bepalingen die alleen betrekking hebben op de relatie tussen de cao-partijen onderling. Een voorbeeld van een obligatoire cao-bepaling die opgenomen is in de Wet CAO is artikel 4 Wet CAO (mededelings- of bekendsmakingsplicht). In artikel 4 Wet CAO staat dat een vereniging die een cao is aangegaan, ervoor zorg moet dragen dat haar leden die bij de overeenkomst betrokken zijn zo spoedig mogelijk de

⁹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 42; zie ook Vogels 2003, p. 7

¹⁰ Loonstra 2008, p. 600; Fase & Van Drongelen 2004, p. 76 e.v.; zie ook Jacobs 2003, p. 106 - 109.

¹¹ Loonstra 2008, p. 601; Fase & Van Drongelen 2004, p. 76 e.v.; zie ook Jacobs 2003, p. 109.

woordelijke inhoud van de overeenkomst in haar bezit hebben (indien er een toelichting op de cao is opgesteld, dan geldt deze verplichting ook ten aanzien van de toelichting).¹²

2.3 Typen cao's

In paragraaf 2.1 is er gesproken over een bedrijfstak- en een ondernemings-cao. Naast het onderscheid van een bedrijfstak- of een ondernemings-cao kan er een onderscheid gemaakt worden tussen een reguliere cao en een specifieke cao. Een reguliere cao is een volledige cao, waarin bijna alle arbeidsvoorwaarden zijn opgesomd. Een specifieke cao gaat slechts over één arbeidsvoorwaarde. Daarnaast kan er nog een onderscheid worden gemaakt in cao's op grond van afspraken die tussen cao-partijen zijn gemaakt, of te wel op welke wijze de cao behoort te worden gehanteerd.¹³ In de volgende subparagrafen komen de verschillende typen cao's aan de orde.

2.3.1 Standaard-cao

Een standaard-cao houdt in dat partijen die aan een cao gebonden zijn overeen zijn gekomen dat er niet mag worden afgeweken van de bepalingen van die cao. Er mag dus noch in positieve zin noch in negatieve zin van de individuele arbeidsovereenkomst worden afgeweken, tenzij cao-partijen daarvoor uitdrukkelijk toestemming geven. Wat in een cao aan arbeidsvoorwaarden staat, moet worden toegepast. De cao stelt de norm.¹⁴ Uit de tekst van een cao moet kunnen worden afgeleid of het om een standaard-cao gaat.¹⁵

2.3.2 Minimum-cao

Er kan ook sprake zijn van een minimum-cao, dit houdt in dat partijen met elkaar zijn overeengekomen dat er niet ten nadele van de werknemer van de cao-bepalingen mag worden afgeweken. Er mag dus niet naar beneden worden afgeweken, maar wel naar boven. Uit de tekst van een cao moet kunnen worden afgeleid of het om een minimum-cao gaat.¹⁶

2.3.3 Raam-cao of casco-cao

Een raam-cao wordt ook wel een casco-cao genoemd. In een raam-cao of casco-cao maken de partijen afspraken over de hoofdzaken van een cao, of een gedeelte daarvan. De gedetailleerde invulling van de arbeidsvoorwaarden wordt verder vastgelegd door de werkgever in overleg met zijn werknemers. De manier waarop de verdere invulling van de arbeidsvoorwaarden plaatsvindt, is afhankelijk van of er sprake is van een

¹² Loonstra 2008, p. 600 - 601; Fase & Van Drongelen 2004, p. 76 e.v.; Zie ook Jacobs 2003, p. 107 - 108.

¹³ Vogels 2003, p. 31; zie ook Schippers & Vogels, 2002, p. 87.

¹⁴ Loonstra & Zondag 2008, p. 601 - 602; zie ook Vogels 2003, p. 31 - 32.

¹⁵ Vogels 2003, p. 31 - 32; zie ook Schippers & Vogels 2002, p. 87 - 88.

¹⁶ Loonstra & Zondag 2008, p. 601 - 602; zie ook Schippers & Vogels 2002, p. 88.

bedrijfstak-cao of een ondernemings-cao. Bij een bedrijfstak-cao vindt de verdere invulling plaats per onderneming en bij een ondernemings-cao per afdeling of bedrijfssector.¹⁷

2.3.4 cao à la carte of cafetaria-cao

Een cao à la carte wordt ook wel een cafetaria-cao genoemd. Een cao à la carte of cafetaria-cao is een cao waarbij partijen zijn overeengekomen, dat tussen een werkgever en een werknemer in onderling overleg een keuze gemaakt kan worden uit verschillende arbeidsvoorwaarden. De werknemer kan op deze manier de arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk aanpassen aan zijn of haar eigen voorkeur en omstandigheden. De werknemer kan zelf een keuze maken in het arbeidsvoorwaardenpakket en kan de inhoud van het pakket wijzigen door de ene arbeidsvoorwaarde te ruilen tegen een andere arbeidsvoorwaarde. De keuzes van de werknemer zijn wel afhankelijk van de randvoorwaarden binnen een cao en de wettelijke bepalingen. Bij bedrijfstak- en ondernemings-cao's nemen het aantal cao's à la carte of cafetaria-cao's de laatste jaren toe.¹⁸

2.4 Partijen bij een cao

Uit artikel 1 lid 1 Wet CAO kan worden afgeleid dat de partijen bij een cao aan werkgeverskant kunnen bestaan uit een werkgever individueel (bedrijf/onderneming), meer werkgevers, één werkgeversvereniging of verschillende werkgeversverenigingen. Aan werknemerskant kunnen alleen één of meerdere werknemersverenigingen partij zijn bij een cao. Circa 25% van de werknemers is lid van een werknemersvereniging.¹⁹ Ongeveer 90% van de werkgevers is lid van een werkgeversvereniging.²⁰ Het gaat hier dus over verenigingen. Een vereniging is een rechtspersoon met leden die gericht is op een bepaald doel (artikel 3:26 BW). De werkgeversvereniging(en) en de werknemersvereniging(en) die partij zijn bij een cao moeten beschikken over volledige rechtsbevoegdheid. Dit houdt in dat een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een vereniging is waarvan de statuten in een notariële akte zijn opgenomen (artikel 2:27 lid 1 jo 2:30 lid 1 BW). Daarnaast wordt in artikel 2 Wet CAO bepaald dat werkgevers- en

¹⁷ Vogels 2003, p. 32; zie ook Schippers & Vogels 2002 p. 89.

¹⁸ Vogels 2003, p. 33; zie ook Schippers & Vogels 2002, p. 89 - 90 en p. 149 - 150.

¹⁹ <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=60035NED&D1=1&D2=a&D3=a&D4=0,5-6&D5=I&VW=T> (28 mei 2008); zie ook [http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=70061NED&D1=0&D2=\(I-11\)-I&VW=T](http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=70061NED&D1=0&D2=(I-11)-I&VW=T) (28 mei 2008).

Berekening percentage (meest recent 2006):

1.866000 werknemers (lid van een werknemersvereniging) / 7.937000 (totaal werkzame personen)
x 100% = 23,51%.

²⁰ Bungener & Koot - Van der Putte SR 2006 - 7/8, p. 227 - 232; zie ook <http://www.vno-ncw.nl/web/show/id=96682> (29 mei 2008).

werknemersverenigingen slechts bevoegd zijn tot het aangaan van cao's indien de statuten van de vereniging deze bevoegdheid noemen.

2.5 Het aangaan en aanmelden van een cao

In de paragrafen 2.4 tot en met 2.12 wordt onder een cao zowel een bedrijfstak-cao als een ondernemings-cao verstaan. Indien er een onderscheid gemaakt dient te worden wordt dit aangegeven. In artikel 3 Wet CAO staat dat een cao slechts kan worden aangegaan bij een authentieke of onderhandse akte. Indien partijen bevoegd zijn tot het sluiten van een cao en zij een cao schriftelijk zijn aangegaan bepaald artikel 4 Wet LV de wijze van aanmelding van een cao. Dit artikel bepaalt dat partijen van het sluiten van een cao schriftelijk mededeling moeten doen aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (verder aangeduid als de Minister). Daarbij moet tevens de tekst van de gesloten overeenkomst evenals een toelichting worden overgelegd. Daarna stelt de Minister zo spoedig mogelijk schriftelijk de partijen op de hoogte van ontvangst van de mededeling en de bescheiden. Lid 3 van dit artikel geeft aan dat een cao in werking treedt met ingang van de dag volgende waarop de Minister de hiervoor genoemde kennisgeving heeft verzonden. In Artikel 4 Wet CAO staat dat een vereniging die een cao is aangegaan ervoor moet zorgen dat haar leden zo spoedig mogelijk een cao in hun bezit krijgen. Dit wordt ook wel de mededelings- en bekendmakingsplicht genoemd. Artikel 5 Wet CAO bepaalt dat in geval van wijziging van een cao en van uitdrukkelijke verlenging van de duur van een cao artikel 3 en 4 Wet CAO van overeenkomstige toepassing zijn. Daarnaast zijn in bijna alle cao's bepalingen opgenomen over dispensatiemogelijkheden, er kan ontheffing van bepaalde cao-bepalingen worden verzocht bij cao-partijen.²¹

2.6 Werkingssfeer cao

De werkingssfeer van een cao houdt in welke werkgevers en werknemers wel en niet onder de betreffende cao vallen. De eerste artikelen van een cao bevatten doorgaans de werkingssfeer waarin een beschrijving wordt gegeven van de activiteiten van de werkgever(s) en werknemers die onder de cao vallen. De werkingssfeer kan gekoppeld worden aan groepen van werknemers. Dit kan inhouden dat in een cao bepaalde groepen van mensen worden uitgezonderd van de cao of de cao wijst bepaalde groepen van werknemers aan. De werkingssfeer kan ook gekoppeld worden aan een bedrijfstak / onderneming of aan bepaalde activiteiten die binnen een onderneming worden verricht. In een ondernemings-cao is de werkingssfeer makkelijker te omschrijven dan in een bedrijfstak-cao, omdat het bij een ondernemings-cao maar om één onderneming gaat.²²

²¹ Vogels 2003, p. 55 - 56.

²² Jacobs 2003, p. 100 - 105; zie ook Vogels 2003, p. 47 - 50.

2.6.1 Toepassing werkingssfeer

Cao-partijen kunnen zelf de werkingssfeer van een cao bepalen. Het wordt aan de cao-partijen overgelaten om zelf het werkingsgebied te bepalen. Bij een ondernemings-cao zal het voornamelijk gaan om de bepaling voor welke categorie werknemers de cao wel of niet geldt. Bij een bedrijfstak-cao gaat het niet alleen om de categorie werknemers, maar ook om de categorie werkgevers waarop de cao betrekking heeft.²³

2.6.2 Uitsluiting werkingssfeer

Een cao kan ook bepaalde categorieën werknemers uitsluiten van de werkingssfeer van een cao, bijvoorbeeld hoger personeel, vakantiewerkers, stagiaires en uitzendkrachten. Voor ambtenaren geldt geen cao, omdat de arbeidsverhoudingen voor overheidsorganisaties zijn vastgelegd in speciale ambtenarenwetten.²⁴

2.7 Duur, verlenging en opzegging cao

Artikel 18 Wet CAO bepaalt dat wat partijen ook hebben afgesproken over de duur van een cao, een cao nooit langer dan voor vijf jaar kan worden aangegaan, behoudens verlenging, te rekenen vanaf het tijdstip waarop de verlenging wordt overeengekomen, met een maximale verlengingsmogelijkheid van vijf jaar. Indien een cao langer wordt aangegaan dan vijf jaar dan wordt de looptijd teruggebracht tot een geldige periode van vijf jaar. Verlenging kan plaatsvinden aan het einde van de periode of tussentijds.

Artikel 19 lid 2 Wet CAO bepaalt dat wanneer de looptijd van een cao niet is aangegeven, die cao wordt geacht te zijn aangegaan voor één jaar met verlenging telkens voor één jaar, behoudens opzegging tenminste een maand vóór het einde van het jaar.²⁵ Een cao eindigt van rechtswege als de datum van de looptijd die partijen zijn overeengekomen verstrijkt. Indien partijen geen looptijd hebben afgesproken dan kunnen ze de cao opzeggen. Indien partijen niet tijdig opzeggen dan wordt op grond van artikel 19 lid 1 Wet CAO de looptijd van een cao van rechtswege verlengd met de oorspronkelijk overeengekomen looptijd. De verlenging wordt door artikel 19 Wet CAO begrensd tot maximaal één jaar. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat een cao met een looptijd van één jaar telkens verlengd wordt voor één jaar. Artikel 19 Wet CAO is van driekwart-dwingend recht wat inhoudt dat in een cao van dit artikel mag worden afgeweken (maar niet in een individuele arbeidsovereenkomst). Overigens zijn op dit artikel ook de artikelen 3 en 5 Wet CAO van toepassing.²⁶ Uitdrukkelijke verlenging is vereist, wanneer in een cao is bepaald dat deze van rechtswege eindigt na verloop van de daarin vastgelegde bepaalde duur. In alle andere gevallen is sprake van stilzwijgende

²³ Schippers & Vogels 2002, p. 72.

²⁴ Van Genderen e.a. 2006, p. 348; zie ook Vogels 2003, p. 7.

²⁵ Fase & Van Drongelen 2004, p. 58 - 59.

²⁶ Fase & Van Drongelen 2004, p. 59 - 60.

verlenging; deze is mogelijk zonder akte. Uitdrukkelijke verlenging van een cao moet echter bij akte worden overeengekomen.²⁷

De opzegging van een cao moet worden gedaan aan alle betrokken partijen van die cao. Op grond van artikel 20 Wet CAO kan opzegging alleen via een aangetekende brief of een deurwaardersexploot. De wijze waarop een deurwaardersexploot moet worden uitgebracht is geregeld in artikel 4 Rv. Indien er niet wordt opgezegd zoals de wet het voorschrijft dan is de opzegging ongeldig. In de praktijk gebeurt opzegging meestal via een aangetekende brief. De opzegtermijn begint te lopen als de aangetekende brief de betrokkenen heeft bereikt. Deze zogenaamde ontvangsttheorie wordt geregeld in artikel 3:37 lid 3 BW. Artikel 19 lid 1 Wet CAO bepaalt dat de opzeggingstermijn één twaalfde gedeelte is van de oorspronkelijk overeengekomen looptijd van de cao. Indien er geen looptijd van de cao is overeengekomen bepaalt artikel 19 lid 2 Wet CAO dat de opzegtermijn minimaal een maand voor het einde van het jaar is. Het rechtsgevolg van opzegging van een cao is dat na het verstrijken van de opzegtermijn alle cao-partijen niet meer aan de cao gebonden zijn. Artikel 21 Wet CAO bepaalt dat indien bij een cao niet anders is bepaald, een opzegging door een van de partijen het gevolg heeft dat de overeenkomst voor alle partijen eindigt. In een cao kan dus worden overeengekomen dat opzegging door een partij geen rechtsgevolgen heeft voor de andere partijen. Een dergelijke cao-bepaling leidt dan wel tot het gevolg dat de betreffende cao alleen maar kan eindigen als alle cao-partijen aan de andere cao-partijen de cao opzeggen.²⁸

Een cao hoeft niet op een bepaalde datum te eindigen, een cao kan ook in fasen eindigen.²⁹ De Hoge Raad³⁰ heeft bepaald dat bepalingen van een cao op uiteenlopende tijdstippen kunnen eindigen.

2.8 Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

Algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen houdt in dat de Minister cao-bepalingen van een cao verplicht kan opleggen aan alle ondernemingen en hun werknemers, die onder de werkingssfeer van de betreffende cao vallen op grond van artikel 2 lid 1 Wet AVV.³¹ Door avv worden werkgevers / werknemers die niet via het lidmaatschap van een organisatie aan de cao zijn gebonden, op grond van de Wet AVV toch gebonden.³² Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen is geregeld in de Wet AVV en het Toetsingskader AVV. Het gaat niet om het algemeen verbindend verklaren van cao's, maar om het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen.

²⁷ Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2006, p. 277 - 278.

²⁸ Fase & Van Drongelen 2004, p. 60 - 62.

²⁹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 62.

³⁰ HR 10 juni 1983, NJ 1984, 147.

³¹ Schippers & Vogels 2002, p. 58.

³² Olbers 2007, artikelsgewijs commentaar Wet AVV, artikel 2 aantekening 2.

Iedere bepaling van een cao wordt namelijk afzonderlijk getoetst. Het zijn altijd de afzonderlijke cao-bepalingen die algemeen verbindend worden verklaard.³³ In uitzonderlijke gevallen is het mogelijk dat een onderneming de eigen ondernemings-cao wil opleggen aan branchegenoten. Dit komt echter in de praktijk niet of nauwelijks voor en speelt de avv voor ondernemings-cao's praktisch geen rol. Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen speelt echter wel een rol voor bedrijfstak-cao's.³⁴ Artikel 2 Wet AVV bepaalt dat de Minister de avv uitspreekt. In artikel 4 Wet AVV is opgenomen dat de avv alleen kan geschieden op verzoek van één of meer werkgevers of werkgeversverenigingen of één of meer werknemersverenigingen die partij zijn bij de cao. Daarnaast bepaalt artikel 2 lid 1 Wet AVV dat er bepaald moet worden of de cao van toepassing is voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen (ook wel representativiteitseis genoemd). De representativiteitseis wordt nader uitgewerkt in artikel 4.1 van het Toetsingskader AVV. In dit artikel staat dat de cao-bepalingen waarop het verzoek tot avv betrekking heeft, reeds moeten gelden voor een naar het oordeel van de Minister belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen. De representativiteitseis wordt berekend door het aantal werknemers die in dienst zijn van werkgevers die gebonden zijn aan de cao (zij zijn lid van een werkgeversorganisatie die de cao heeft ondertekend), uitgedrukt in een percentage van het totaal aantal werknemers die binnen de werkingssfeer van de cao zouden vallen.³⁵ In artikel 4.1 van het Toetsingskader Wet AVV wordt een meerderheid van 60% van de werknemers in ieder geval als 'belangrijk' gekwalificeerd en een meerderheid tussen de 55% en 60% ook (tenzij bepaalde situaties van onevenwichtigheid ontstaan). Bij een meerderheid beneden 55% vindt avv niet plaats (tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden).³⁶ Artikel 4.3 Toetsingskader AVV bepaalt welke type cao-bepalingen wel c.q. niet in aanmerking komen voor avv. Normatieve- en diagonale cao-bepalingen komen in aanmerking voor avv. Obligatoire cao-bepalingen komen niet in aanmerking voor avv, omdat deze cao-bepalingen alleen betekenis hebben voor cao-partijen. Daarnaast komen voor avv onder andere ook niet in aanmerking intentieverklaringen, protocollen, aanbevelingen, een eventuele toelichting op de cao, cao-bepalingen over 'pensioenen' e.d. De rechtsgevolgen van avv staan in artikel 2 lid 1 en artikel 3 lid 1 en 3 Wet AVV. In artikel 3 lid 1 Wet AVV staat dat door een besluit van avv gedurende de looptijd van de avv alle arbeidsvoorwaarden die in strijd zijn met de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van rechtswege nietig zijn en deze automatisch worden vervangen door de cao-voorwaarden, behalve wanneer deze laatste een minimumkarakter dragen en de arbeidsvoorwaarden in de individuele

³³ Vogels 2003, p. 24.

³⁴ Schippers & Vogels 2002, p. 17.

³⁵ Schippers & Vogels 2002, p. 60.

³⁶ Voorbeeld berekeningswijze van de representativiteit:

1500 werkgevers zijn lid van de werkgeversorganisatie bij de cao samen met 15.000 werknemers.

De werkingssfeer bestaat 2500 werkgevers en er werken in totaal 20.000 werknemers.

De representativiteit is $15.000 : 20.000 \times 100 = 75\%$.

arbeidsovereenkomst in gunstige zin van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling afwijken. De werkgever zal dan het met zijn werknemer overeengekomen gewoon moeten nakomen. Hebben werkgever en werknemer individueel geen afspraken gemaakt over een cao-bepaling die algemeen verbindend is verklaard, dan gaat die cao-bepaling van rechtswege deel uitmaken van de rechtsrelatie tussen werkgever en werknemer.³⁷ Artikel 2 lid 3 Wet AVV bepaalt dat avv geen terugwerkende kracht heeft. Van een verzoek om cao-bepalingen algemeen verbindend te verklaren moet op grond van artikel 4 lid 3 Wet AVV mededeling worden gedaan in de Staatscourant. Belanghebbenden kunnen schriftelijk bedenkingen inbrengen. De termijn om bedenkingen in te brengen is in beginsel drie weken op grond van artikel 3 Toetsingskader AVV. Door bedenkingen in te brengen kan de belanghebbende proberen de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet op hem van toepassing te laten verklaren. Artikel 5 lid 2 Wet AVV bepaalt dat het besluit van avv moet worden medegedeeld in de Staatscourant. Daarnaast bepaalt artikel 6 Wet AVV dat de Minister te allen tijde bevoegd is de avv in te trekken.³⁸ De werkingsduur van de avv is geregeld in artikel 4.4 Toetsingskader AVV. Hierin staat dat de avv inwerking treedt op de tweede dag na publicatie van het besluit in de Staatscourant, dan wel op de in het besluit genoemde datum en loopt tot maximaal de einddatum van de cao. De looptijd van een besluit tot avv wordt bepaald in artikel 2 lid 2 Wet AVV. Hierin staat dat de maximale looptijd van een besluit tot avv twee jaar is (met uitzondering van bepalingen ten aanzien van fondsen, hier geldt een maximale looptijd van vijf jaar). In hoofdstuk 4 wordt er ingegaan op de gevolgen voor een werknemer en een werkgever indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard.

2.9 Doorwerking

Onder doorwerking, ook wel de normatieve werking genoemd, wordt verstaan de dwingende doorwerking van het in de cao bepaalde in een individuele arbeidsovereenkomst, gesloten tussen een werkgever en een werknemer die beiden aan de cao gebonden en daarbij getrokken zijn.³⁹ Op grond van de Wet CAO kunnen alleen normatieve cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst. Op grond van de Wet AVV kunnen tevens diagonale cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst voor zover deze cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard. Obligatoire cao-bepalingen werken niet door in een individuele arbeidsovereenkomst, omdat deze bepalingen rechten of plichten opleggen aan de leden van een van de cao-partijen ten opzichte van de andere cao-partijen of een derde.⁴⁰

³⁷ Loonstra & Zondag 2008, p. 614 - 615.

³⁸ Loonstra & Zondag 2008, p. 612 - 617; zie ook Schippers & Vogels 2002, p. 58 - 69.

³⁹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 86 en 91; zie ook Olbers 2007, artikelsgewijs commentaar Wet CAO, artikel 12 aantekening 1.

⁴⁰ Loonstra 2008, p. 600 e.v.; Fase & Van Drongelen 2004, p. 76 e.v.; Jacobs 2003, p. 106 - 108; zie ook Olbers 2007, artikelsgewijs commentaar Wet CAO, artikel 4 aantekening 3.

Wanneer cao-bepalingen wel of niet doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst en wat de gevolgen daarvan zijn voor een werknemer en een werkgever komt in hoofdstuk 3 op grond van de Wet CAO en de rechtspraak aan bod. In hoofdstuk 4 komt dit aan bod op grond van de Wet AVV en de rechtspraak. Bij overgang van (een deel van) onderneming speelt de doorwerking ook een rol. In hoofdstuk 6 komt de overgang van (een deel van) een onderneming aan bod.

2.10 Nawerking

Cao's worden voor een bepaalde tijd aangegaan. Als de looptijd van een cao is verstreken kan het zo zijn dat er niet meteen een nieuwe cao van toepassing is, dit wordt ook wel de cao-loze periode genoemd. Welke arbeidsvoorwaarden zijn er in de cao-loze periode van toepassing op de werknemer? Indien normatieve cao-bepalingen van toepassing blijven op de individuele arbeidsovereenkomst nadat de looptijd van de cao is verstreken dan wordt dit nawerking genoemd.⁴¹ Wanneer wel of geen sprake is van nawerking van cao-bepalingen en wat de gevolgen daarvan zijn voor een werknemer en een werkgever wordt in hoofdstuk 3 op grond van de Wet CAO en de rechtspraak besproken. In hoofdstuk 4 wordt de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van een cao beschreven op grond van de Wet AVV en de rechtspraak.

⁴¹ Loonstra & Zondag 2008, p. 617; zie ook Olbers 2006, artikelsgewijs commentaar Wet CAO, artikel 12 aantekening 9.

3 De Wet CAO

In het vorige hoofdstuk is de rechtsfiguur cao uitgebreid besproken. In dit hoofdstuk staat de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van de Wet CAO centraal en dan met name de artikelen 9, 12, 13 en 14 Wet CAO. Verder wordt er ingegaan op de nawerking van een cao.

3.1 Omschrijving begrippen gebonden / betrokken en ongebonden werknemer / werkgever

In de volgende paragrafen wordt per situatie beschreven of cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van de Wet CAO. Alvorens hierop wordt ingegaan, worden de begrippen gebonden / betrokken en ongebonden uitgelegd:

- Gebonden werknemer: is lid van een werknemersvereniging die partij is bij de cao.
Gebonden werkgever: is als werkgever partij bij de cao, of is lid van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao.
Ongebonden werknemer: is geen lid van een werknemersvereniging, of is lid van een werknemersvereniging die geen partij is bij de cao.
Ongebonden werkgever: is als werkgever geen partij bij de cao, of is lid van een werkgeversvereniging die geen partij is bij de cao.⁴²

Er wordt in iedere situatie ervan uitgegaan, indien een werknemer of werkgever gebonden is, zij ook beiden betrokken zijn bij de cao. Met betrokkenheid bij een cao wordt bedoeld dat zij vallen onder de werkingssfeer (zie voor het begrip werkingssfeer hoofdstuk 2 paragraaf 2.6). Voor zover ik hierna nog spreek over doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst bedoel ik daarmee de normatieve cao-bepalingen en bij avv (zie hoofdstuk 4) tevens de diagonale cao-bepalingen.

3.2 Situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever

Artikel 9 lid 1 Wet CAO bepaalt het volgende: 'Allen, die tijdens de duur van de cao, te rekenen van het tijdstip waarop zij is aangegaan, lid zijn of worden van een vereniging, welke de overeenkomst heeft aangegaan, en bij de overeenkomst zijn betrokken, zijn door die overeenkomst gebonden'. Hieruit kan worden opgemaakt dat aan een cao gebonden zijn zij, die lid zijn van de verenigingen die partij zijn bij de cao en betrokken zijn.⁴³ In deze situatie is artikel 9 lid 1 Wet CAO van toepassing, omdat de werknemer en

⁴² Loonstra & Zondag 2008, p. 615.

⁴³ Fase & Van Drongelen 2004, p. 63 - 64.

werkgever gebonden en betrokken zijn. Indien dit artikel van toepassing is, treden de rechtsgevolgen van de artikelen 12 en 13 Wet CAO in. Samen met artikel 9 Wet CAO vormen de artikelen 12 en 13 Wet CAO het hart van de rechtsregeling van de Wet CAO. Deze artikelen bewerkstelligen de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst, gesloten tussen een werkgever en een werknemer die beiden aan een cao gebonden zijn en daaraan betrokken zijn.⁴⁴ Artikel 12 Wet CAO bepaalt dat elk beding tussen een werkgever en een werknemer, dat in strijd is met een cao waaraan ze gebonden zijn, nietig is. Dit artikel bepaalt dat indien er een beding in de individuele arbeidsovereenkomst is afgesproken dat in strijd is met een cao waaraan een werknemer en een werkgever gebonden zijn, dit beding nietig is. De bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst geldt niet, maar in plaats daarvan geldt de cao-bepaling. Artikel 13 Wet CAO bepaalt dat bij gebreke van een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst over een arbeidsvoorwaarde die in de cao, waaraan werkgever en werknemer gebonden zijn, is geregeld, deze cao-bepaling van rechtswege deel uit gaat maken van de individuele arbeidsovereenkomst.⁴⁵ De Hoge Raad⁴⁶ heeft bepaald dat de nietigheid als genoemd in de artikelen 12 en 13 van de Wet CAO door iedere belanghebbende kan worden ingeroepen, omdat deze absoluut is.

Op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO ontstaan er voor cao-partijen en de individuele werknemer en werkgever de volgende rechten:

- cao-partijen kunnen onderling van elkaar afdwingen dat zij nakomen wat zij zijn overeengekomen;
- individuele werknemer en werkgever kunnen onderling van elkaar afdwingen dat de cao wordt nageleefd;
- daarnaast biedt artikel 9 lid 2 Wet CAO aan alle cao-partijen (zo mogelijk afzonderlijk) de mogelijkheid iedere individuele werknemer en werkgever die op grond van artikel 9 lid 1 Wet CAO aan de betreffende cao gebonden is, aan te spreken tot nakoming van de toepasselijke cao-bepalingen.⁴⁷

Kortom de cao werkt op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO door in een individuele arbeidsovereenkomst van een gebonden en betrokken werknemer, ook wel de artikel 9/12/13-werknemer genoemd, in dienst van een gebonden en betrokken werkgever.

In hoofdstuk 4 wordt besproken wat de gevolgen zijn voor een gebonden en betrokken werknemer en een gebonden en betrokken werkgever indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard.

⁴⁴ Olbers 2007, artikelsgewijs commentaar Wet CAO, artikel 12 aantekening 1.

⁴⁵ Loonstra & Zondag 2008, p. 604.

⁴⁶ HR 27 maart 1998, NJ 1998, 709.

⁴⁷ Loonstra & Zondag 2008, p. 603 - 605.

3.3 Situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever

Artikel 14 Wet CAO bepaalt het volgende: 'Wanneer bij de cao niet anders is bepaald, is de werkgever, die door die overeenkomst gebonden is, verplicht, tijdens de duur van de overeenkomst hare bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de cao bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de cao niet gebonden zijn'. Artikel 14 Wet CAO is in deze situatie van toepassing omdat het hier gaat om een ongebonden werknemer en een gebonden en betrokken werkgever. Dit artikel is in de wet opgenomen om te voorkomen dat werkgevers bij voorkeur ongebonden werknemers in dienst nemen, tegen slechtere arbeidsvoorwaarden dan die vanwege de cao gelden tussen de gebonden en betrokken werkgever en de gebonden en betrokken werknemer.⁴⁸ Op grond van artikel 9 lid 2 Wet CAO kunnen cao-partijen de gebonden en betrokken werkgever verplichten om de cao-bepalingen ook toe te passen op ongebonden werknemers. De ongebonden werknemer heeft geen rechtstreeks recht om naleving van de cao van zijn of haar gebonden en betrokken werkgever af te dwingen, omdat hier sprake is van artikel 14 Wet CAO waardoor er geen beroep kan worden gedaan op de artikelen 12 en 13 Wet CAO.⁴⁹ Artikel 7:611 BW biedt hier een uitweg (zie hierna).

Artikel 14 Wet CAO is van driekwart-dwingend recht. Dit houdt in dat cao-partijen overeen kunnen komen dat dit wetsartikel geen werking heeft voor de afgesloten cao.⁵⁰ Kortom als dit wordt afgesproken vervalt de verplichting van de gebonden en betrokken werkgever en worden de arbeidsvoorwaarden niet toegepast op de ongebonden werknemer.

Indien er geen afspraken worden gemaakt over artikel 14 Wet CAO dan is dit artikel van toepassing op de ongebonden werknemer. Dit artikel laat de contractsvrijheid tussen de individuele werkgever en werknemer intact. Een ongebonden werknemer spreekt bijvoorbeeld voordat hij in dienst treedt met zijn gebonden en betrokken werkgever af dat hij de cao mag toepassen. De ongebonden werknemer en de gebonden en betrokken werkgever komen ook overeen dat de cao-bepaling die afwijkt van artikel 7:668a BW niet op de ongebonden werknemer van toepassing is. De ongebonden werknemer heeft dan eerder een overeenkomst voor onbepaalde tijd dan zijn gebonden en betrokken collega. Met behulp van de rechter kan de werknemer dit eventueel van zijn werkgever afdwingen. De cao-partijen kunnen naleving van de cao op dit punt vorderen, maar dat doet aan het individuele recht van de werknemer geen afbreuk.⁵¹ In situatie A geven de werknemer en werkgever de vrijheid om hun eigen arbeidsvoorwaarden overeen te

⁴⁸ Fase & Van Drongelen 2004, p. 92.

⁴⁹ Loonstra & Zondag 2008, p. 608 - 609; zie ook HR 7 juni 1957, NJ 1957, 527.

⁵⁰ Loonstra & Zondag 2008, p. 608 - 611; zie ook Fase & Van Drongelen 2004, p. 92.

⁵¹ Loonstra & Zondag 2008, p. 609.

komen aan cao-partijen, omdat zij door hun lidmaatschap beiden die vrijheid hebben overgedragen aan een vereniging/partij bij een cao.⁵²

Werkt de cao door in de individuele arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer? De wet, de literatuur en de rechtspraak geven hierop geen duidelijk antwoord. Ondanks deze onduidelijkheid, speelt in de praktijk deze problematiek niet of nauwelijks. De meeste gebonden en betrokken werkgevers weten namelijk niet van hun werknemers of zij wel of geen lid zijn van een werknemersvereniging en passen de cao doorgaans gewoon toe. Er zijn hier ook geen uitspraken over te vinden waardoor ik van mening ben dat de werkgever de cao gewoon toepast en dat in de praktijk de cao-bepalingen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer. Indien een gebonden werkgever de cao-bepalingen toepast op de ongebonden werknemer dan kan er gesteld worden dat op grond van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) hij deze bepalingen moet blijven toepassen. Daarnaast zou gesteld kunnen worden dat indien de werkgever de cao-bepalingen niet toepast, de ongebonden werknemer op grond van artikel 7:611 BW het recht heeft om naleving af te dwingen. Artikel 14 Wet CAO geeft geen rechtstreeks recht om naleving af te dwingen, maar ik vind dat artikel 7:611 BW dit recht wel biedt. Echter in de praktijk past de gebonden werkgever de cao gewoon toe op de ongebonden werknemer.

Ook wordt er in een individuele arbeidsovereenkomst vaak een beding opgenomen dat bepaalt dat de toepasselijke cao met naam en toenaam op de rechtsrelatie tussen een werkgever en een werknemer van toepassing is, waardoor het probleem ook wordt opgelost. Dit is een incorporatiebeding. In hoofdstuk 5 komt het incorporatiebeding aan bod.

Het kan ook zijn dat cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, waardoor dit probleem ook niet meer speelt. In hoofdstuk 4 wordt besproken wat algemeen verbindend verklaren inhoudt en wat de gevolgen zijn voor een ongebonden werknemer en een gebonden en betrokken werkgever indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard.

⁵² Loonstra & Zondag 2008, p. 603.

3.4 Situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever

In deze situatie is de werknemer lid van een werknemersvereniging die partij is bij een cao en is de werknemer betrokken. De werkgever is echter geen partij bij de cao, of is lid van een werkgeversvereniging die geen partij is bij de cao. Volgens Loonstra en Zondag⁵³ geldt in deze situatie de Wet CAO niet, omdat de individuele contractspartijen niet op grond van de Wet CAO aan de cao zijn gebonden. In hun optiek geeft artikel 9 lid 1 Wet CAO twee voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, willen een individuele werkgever en werknemer aan een cao gebonden zijn. De eerste voorwaarde is dat werkgever en werknemer *beiden* lid zijn of worden van een vereniging (werknemersvereniging of werkgeversvereniging) die partij is bij de cao. De tweede voorwaarde is dat werkgever en werknemer beiden bij de cao betrokken zijn.⁵⁴ In deze situatie is alleen de werknemer gebonden en betrokken. Loonstra en Zondag zijn van mening dat er niet voldaan is aan artikel 9 lid 1 Wet CAO en dat dit artikel daarom niet van toepassing is. Vervolgens geven zij aan dat de gehele Wet CAO niet van toepassing is op deze situatie.

Fase⁵⁵ omschrijft artikel 9 lid 1 Wet CAO als volgt: 'Artikel 9 lid 1 bepaald dat door de cao gebonden zijn: de werkgever, die lid is van een werkgeversvereniging die de cao heeft afgesloten en de werknemer, die lid is van de werknemersvereniging die de cao heeft afgesloten. Daarnaast moet er sprake zijn van betrokkenheid'. Fase schrijft echter niet, zoals Loonstra en Zondag, dat er alleen sprake is van gebondenheid indien *beiden* lid zijn en betrokken zijn. Fase gaat er echter niet op in of in deze situatie de Wet CAO van toepassing is.

Situatie C is het spiegelbeeld van situatie B. In situatie B is juist de werkgever gebonden en betrokken en is artikel 14 Wet CAO van toepassing. Artikel 14 Wet CAO richt zich alleen tot de gebonden en betrokken werkgever.

Olbers⁵⁶ is van mening dat krachtens artikel 14 Wet CAO de gebonden en betrokken werknemer niet verplicht is slechts op de cao-voorwaarden te contracteren met een ongebonden werkgever. Het zou de werknemer te zeer beperken in zijn mogelijkheden bij ongebonden werkgevers in dienst te treden. De wet en ook artikel 14 Wet CAO verbiedt echter cao-partijen niet een dergelijke verplichting in de cao op te nemen, maar dit gebeurt in de praktijk niet of nauwelijks.

Ik ben het met het standpunt van Olbers eens. Met het standpunt van Loonstra en Zondag, dat de Wet CAO niet van toepassing is, ben ik het niet eens. In mijn optiek is de Wet CAO van toepassing en brengt het systeem van de wet met zich mee dat de

⁵³ Loonstra & Zondag 2008, p. 612.

⁵⁴ Loonstra & Zondag 2008, p. 603.

⁵⁵ Fase 2004, p. 63.

⁵⁶ Olbers 2007, artikelsgewijs commentaar Wet CAO, artikel 14 aantekening 9.

gebonden en betrokken werknemer zich niet aan de cao hoeft te houden ten opzichte van de ongebonden werkgever. Echter in de praktijk speelt deze situatie niet of nauwelijks, omdat maar 10% van de werkgevers ongebonden is.⁵⁷ Het kan ook zijn dat cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard, waardoor dit probleem ook niet meer speelt. In hoofdstuk 4 wordt het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen en de gevolgen daarvan in deze situatie besproken. Echter van doorwerking is in deze situatie geen sprake, want de wet geeft geen basis om de ongebonden werkgever te binden aan de cao. Daarnaast brengt de wet niet met zich mee dat de gebonden en betrokken werknemer zich moet houden aan de cao ten opzichte van zijn of haar ongebonden werkgever.

3.5 Situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever

In deze situatie zijn de werknemer en werkgever geen lid van een werkgevers- en werknemersvereniging die partij zijn bij de cao. Artikel 9 Wet CAO is daarom ook niet van toepassing. Hierdoor treden de rechtsgevolgen van de artikelen 12 en 13 Wet CAO niet in. Ook aan artikel 14 Wet CAO wordt niet voldaan, waardoor dit artikel ook niet van toepassing is. In deze situatie is de Wet CAO niet van toepassing. Er geldt geen cao en de werkgever en werknemer zijn in beginsel vrij in het vaststellen van de inhoud van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden.⁵⁸ Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard heeft dit gevolgen voor de ongebonden werknemer en de ongebonden werkgever. In hoofdstuk 4 wordt het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen en de gevolgen daarvan in deze situatie besproken.

3.6 Nawerking op grond van de Wet CAO

In paragraaf 2.9 is het begrip nawerking besproken, het gaat hier om nawerking van normatieve cao-bepalingen. De Hoge Raad⁵⁹ heeft geoordeeld dat in geval een cao krachtens de Wet CAO de individuele arbeidsovereenkomst normeert, de arbeidsvoorwaarden uit die cao na afloop van haar geldingsduur van kracht blijven, totdat de nieuwe cao in werking treedt. De arbeidsvoorwaarden hebben in dit geval nawerking.

In de volgende subparagrafen wordt per situatie besproken of er sprake is van nawerking van cao-bepalingen op grond van de Wet CAO.

⁵⁷ Bungener & Koot - Van der Putte SR 2006 - 7/8, p. 227 - 232.

⁵⁸ Loonstra & Zondag 2008, p. 612.

⁵⁹ HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70; zie ook HR 10 januari 2003, JAR 2003/38; zie ook Loonstra & Zondag 2008, p. 618.

3.6.1 Nawerking situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever

Indien er een cao-loze periode is bij een gebonden en betrokken werknemer en een gebonden en betrokken werkgever dan is er sprake van nawerking. De Hoge Raad⁶⁰ heeft geoordeeld dat ingeval een cao krachtens de Wet CAO de individuele arbeidsovereenkomst normmeert, de arbeidsvoorwaarden uit die cao na afloop van haar geldingsduur van kracht blijven, totdat de nieuwe cao in werking treedt. In deze situatie is er sprake van nawerking, omdat de cao-bepalingen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. Dit houdt in dat de oude cao-bepalingen blijven doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van de gebonden en betrokken werknemer totdat er een nieuwe cao in werking treedt.

3.6.2 Nawerking situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever

In paragraaf 3.3 is besproken dat in deze situatie artikel 14 Wet CAO van toepassing is en ik ben van mening dat er in de praktijk sprake is van doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst. De werkgever past de cao-bepalingen doorgaans gewoon toe tijdens de looptijd van de cao. Uit de jurisprudentie is hierover niets naar voren gekomen. In de praktijk speelt deze problematiek niet of nauwelijks, omdat de werkgever de cao doorgaans gewoon blijft toepassen en deze in mijn optiek daarom ook zal laten nawerken.

3.6.3 Nawerking situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever

Hiervoor is besproken dat er in deze situatie geen sprake is van doorwerking. Echter kan in mijn optiek niet zonder meer gesteld worden dat de Wet CAO niet van toepassing is. Indien er geen cao wordt toegepast geldt er geen cao en is er ook geen sprake van nawerking. In de praktijk komt deze situatie niet of nauwelijks voor, omdat maar 10% van de werkgevers ongebonden is.

3.6.4 Nawerking situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever

Er is al aangegeven dat in deze situatie de Wet CAO niet van toepassing is. Er geldt geen cao waardoor er ook geen sprake is van nawerking.

⁶⁰ HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70.

4 De Wet AVV

In het vorige hoofdstuk is de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van de Wet CAO besproken. In dit hoofdstuk staat de Wet AVV centraal en de rechtsgevolgen voor een werknemer en een werkgever indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard. Daarnaast wordt er ingegaan op de nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

4.1 Rechtsgevolgen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

In hoofdstuk 2 is de Wet AVV aan de orde gekomen. De rechtsgevolgen van avv zijn geregeld in artikel 2 lid 1 en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV.

Artikel 2 lid 1 Wet AVV bepaalt het volgende: 'Onze Minister, kan bepalingen van een cao, die in het gehele land of in een gedeelte van het land voor een -naar zijn oordeel belangrijke- meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden, in het gehele land of in dat gedeelte van het land algemeen verbindend verklaren. Deze bepalingen zijn dan, behalve in de gevallen door Onze Minister uitgezonderd, binnen dat gebied verbindend voor alle werkgevers en werknemers ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, die naar den aard van den arbeid, waarop zij betrekking hebben, onder de cao vallen of zouden vallen, hetzij deze arbeidsovereenkomsten op het tijdstip, waarop de werking der verbindendverklaring aanvangt, reeds gesloten zijn, hetzij zij daarna gesloten worden'.

Kort gezegd is het rechtsgevolg van avv dat de Minister deze cao-bepalingen verplicht oplegt aan alle ondernemingen en hun werknemers, die onder de werkingssfeer van de betreffende cao vallen.⁶¹ Het doel van het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen is om te voorkomen dat ongebonden werkgevers zich onttrekken aan de werking van een cao.⁶² Zoals al eerder is aangegeven staat in artikel 4.3 Toetsingskader dat normatieve en diagonale cao-bepalingen wel in aanmerking komen voor avv en diagonale cao-bepalingen niet in aanmerking komen voor avv.

Artikel 3 lid 1 Wet AVV bepaalt dat elk beding tussen werkgever en werknemer, strijdig met verbindend verklaarde bepalingen, nietig is; in plaats daarvan gelden de verbindend verklaarde bepalingen. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat bij gebreke van bepalingen in een arbeidsovereenkomst omtrent aangelegenheden, geregeld in verbindend verklaarde bepalingen, gelden die verbindend verklaarde bepalingen.

⁶¹ Loonstra & Zondag 2008, 612 - 617.

⁶² Schippers & Vogels 2002, p. 58.

Artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV zijn gelijk aan de artikelen 12 en 13 Wet CAO. De gevolgen van avv van cao-bepalingen voor een individuele arbeidsovereenkomst zijn dus gelijk. Indien cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard werken deze cao-bepalingen door in de individuele arbeidsovereenkomst op grond van de artikelen 2 lid 1 en 3 leden 1 en 3 Wet AVV voor de duur van de avv.

In de volgende paragrafen wordt per situatie aangegeven wat de gevolgen zijn voor een werknemer en een werkgever indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard.

4.2 Situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever

De cao was al op hun rechtsrelatie van toepassing op grond van de artikelen 9, 12, en 13 Wet CAO (zie hiervoor hoofdstuk 4 paragraaf 4.2). Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard werken deze cao-bepalingen gedurende de duur van de avv door in de individuele arbeidsovereenkomst op grond van artikel 2 lid 1 Wet AVV en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV. Er is in deze situatie sprake van doorwerking van de cao op grond van de Wet CAO. Gedurende de looptijd van de avv vindt er doorwerking plaats van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen op grond van de Wet AVV. Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen voegt in deze situatie niets toe.⁶³

4.3 Situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever

Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard is de gebonden en betrokken werkgever verplicht deze cao-bepalingen op grond van artikel 2 lid 1 Wet AVV toe te passen op de individuele arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer. Op grond van artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV werken hierdoor de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen door in de individuele arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer in dienst van de gebonden en betrokken werkgever gedurende de looptijd van de avv.⁶⁴ In mijn optiek was er in deze situatie in de praktijk al sprake van doorwerking van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst, want op grond van artikel 7:611 BW kan een ongebonden werknemer recht op naleving van zijn werkgever afdwingen.

4.4 Situatie C: gebonden en betrokken werknemer / ongebonden werkgever

In deze situatie is de ongebonden werkgever vanaf de dag dat de avv in werking treedt verplicht de cao-bepalingen op grond van artikel 2 lid 1 Wet AVV toe te passen op de

⁶³ Fase & Van Drongelen 2004, p. 161.

⁶⁴ Fase & Van Drongelen 2004, p. 161.

individuele arbeidsovereenkomst van de gebonden en betrokken werknemer.⁶⁵ Op grond van artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV werken hierdoor de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen door in de individuele arbeidsovereenkomst van de gebonden en betrokken werknemer in dienst van de ongebonden werkgever gedurende de looptijd van de avv.

4.5 Situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever

Indien er sprake is van een ongebonden werknemer en een ongebonden werkgever en cao-bepalingen worden algemeen verbindend verklaard dan heeft dit gevolgen. De Wet CAO is niet van toepassing en in deze situatie geldt geen cao. Als cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard dan is de ongebonden werkgever vanaf de dag dat de avv in werking treedt ook verplicht de cao-bepalingen op grond van artikel 2 lid 1 Wet AVV toe te passen op de individuele arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer.⁶⁶ Op grond van artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV werken de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen door in de individuele arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer in dienst van de ongebonden werkgever gedurende de looptijd van de avv.

Uit hoofdstuk 3 blijkt dat er op grond van de Wet CAO een cao tot stand komt. Het kan zijn dat niet alle cao-bepalingen die in de betreffende cao staan algemeen verbindend worden verklaard, maar slechts een aantal cao-bepalingen. Hierdoor krijg je te maken met twee versies van cao's, een op grond van de wet CAO en een op grond van de Wet AVV. Er is dan geen sprake van gewijzigde bepalingen, maar van minder bepalingen.

4.6 Nawerking op grond van de Wet AVV

Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard heeft de Hoge Raad⁶⁷ bepaald dat binding aan cao-bepalingen enkel ten gevolge van de avv, geen nawerking toekomt ingeval de looptijd van de avv verstrijkt. Deze bepaling, de zogenaamde Hop/Hom-leer, gold lange tijd als vaste jurisprudentie. Het gevolg hiervan is dat indien de looptijd van de avv verstrijkt de werknemers terugvallen op hun oude rechtspositie van vóór de avv. Worden er in de toekomst weer cao-bepalingen algemeen verbindend verklaard dan zijn deze voorwaarden weer van toepassing. Komt aan deze periode weer een einde dan keert de rechtspositie van vóór de eerste avv terug. De rechtspositie van deze werknemers gaat dus heen-en-weer. Dit wordt ook wel het zogenaamde 'jojo-effect' genoemd.⁶⁸

⁶⁵ Loonstra & Zondag 2008, p. 615 - 616.

⁶⁶ Loonstra & Zondag 2008, p. 615 - 616.

⁶⁷ HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348.

⁶⁸ Loonstra & Zondag 2008, p. 620 - 622.

Op dit arrest zijn uitzonderingen gemaakt door de Hoge Raad. Een uitzondering is gemaakt in een zaak waar het ging om een werknemer van wie de arbeidsvoorwaarden uit de cao voor het Motorvoertuigen- en Tweewielersbedrijf enkel ten gevolge van de avv op hem van toepassing waren. In deze cao was een bepaling opgenomen waarin stond dat de werkgever in geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte van de werknemer, verplicht was deze werknemer gedurende 24 maanden 100% van het loon door te betalen. De werknemer werd ziek in de periode dat de betreffende cao algemeen verbindend werd verklaard, maar hij was nog steeds ziek toen de looptijd van de avv verstreek. De werkgever betaalde 100% uit tijdens de avv, maar deed dit niet nadat de looptijd van de avv was verstreken.⁶⁹ De Hoge Raad⁷⁰ oordeelde als volgt: 'Indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden, krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een 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.'

In een andere zaak ging het om een vergoedingsregeling voor overwerk, die toegekend was in de cao, maar niet in de individuele arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad⁷¹ oordeelde dat een min of meer constante gedragslijn van de werkgever bij de werknemer legitieme verwachtingen kan opwekken. Indien een werkgever al enkele keren tijdens de periode dat de avv was verstreken de betreffende cao-bepaling, hoewel de werkgever daartoe niet verplicht is, heeft toegepast, kan hij op enig moment daarmee niet vanwege een opnieuw ingetreden avv-loze periode stoppen.⁷²

In een recenter arrest heeft de Hoge Raad⁷³ nogmaals bepaald dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen geen nawerking hebben, maar dit is alleen anders in het geval dat aan werknemers rechten zijn toegekend die beperkt zijn tot een bepaald tijdvak.

Toch wordt er ook nog steeds gebruik gemaakt van de Hop/Hom-leer. Als er geen sprake is van cao-rechten die expliciet voor een bepaalde periode aan de werknemer worden toegekend, is de Hop/Hom-leer als regel nog steeds van toepassing. Voorwaarde daarbij is wel dat de werkgever zich strikt aan de wisselende rechtsposities van de werknemer houdt.⁷⁴

⁶⁹ HR 28 januari 1994, JAR 1994/47; zie ook Beltzer JAR Verklaard 2006 - 4, p. 8 - 9.

⁷⁰ HR 28 januari 1994, JAR 1994/47.

⁷¹ HR 2 april 1993, JAR 1993/100.

⁷² Loonstra & Zondag 2008, p. 621 - 622.

⁷³ HR 10 januari 2003, JAR 2003/38.

⁷⁴ Loonstra & Zondag 2008, p. 622.

De Kantonrechter te 's-Gravenhage⁷⁵ oordeelde in een zaak dat tot de einddatum van de avv van de cao Metaalbewerkingsbedrijf 2003-2005 de werkgever de loonsverhoging dient te voldoen en dat er nadien geen nawerking is van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen ten aanzien van (toekomstige) loonsverhoging, omdat een loonsverhoging echter geen recht is dat beperkt is tot een bepaald tijdvak. Daarnaast oordeelde de Kantonrechter dat er in deze situatie geen sprake is van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW), omdat op de werknemers een cao van toepassing is met een eigen regime van loonsverhogingen en het loon van de werknemers hoger is dan het minimumniveau in de cao voor het Metaalbewerkingsbedrijf 2003-2005.

⁷⁵ Ktr. 's-Gravenhage 19 oktober 2006, JAR 272/2006.

5 Het incorporatiebeding

In hoofdstuk 3 en 4 is per situatie bekeken of er sprake is van doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van de Wet CAO en de Wet AVV. Daarnaast is de nawerking besproken. In dit hoofdstuk staat het incorporatiebeding centraal.

5.1 Incorporatiebeding

Een incorporatiebeding is een beding dat vaak wordt opgenomen in een individuele arbeidsovereenkomst dat bepaalt dat een bepaalde cao (met naam en toenaam) op de rechtsrelatie tussen de werkgever en de werknemer van toepassing is. Incorporeren is niet meer dan 'inlijven'/'opnemen'.⁷⁶

5.1.1 Omschrijving cao

Hoe kan de cao het beste omschreven worden indien er een incorporatiebeding wordt opgenomen in een individuele arbeidsovereenkomst? Moet de toepasselijke cao met naam en toenaam worden omschreven, of juist niet? In de literatuur zijn hierover de meningen verdeeld. Van Grinsven en Geugjes⁷⁷ geven aan dat de cao met naam en toenaam moet worden omschreven. Loonstra⁷⁸ schrijft met naam en toenaam tussen haakjes. Fase en Van Drongelen⁷⁹ vinden het echter verstandig de cao algemeen te omschrijven, dus zonder naam of toenaam. Als voorbeeld voor de wijze van het opnemen van een incorporatiebeding in een individuele arbeidsovereenkomst geven zij de volgende omschrijving: 'Op deze arbeidsovereenkomst is van toepassing de cao, waaraan de werkgever gebonden is'. Fase en Van Drongelen verwachten problemen als de cao met naam en toenaam wordt genoemd indien een werkgever aan een andere cao gebonden wordt door verandering van lidmaatschap of als voor de werknemers een andere cao moet gaan gelden, bijvoorbeeld na overgang van (een deel van) een onderneming.

Het niet duidelijk benoemen van de toepasselijke cao, is naar mijn mening niet redelijk. Indien het incorporatiebeding als volgt wordt geformuleerd: 'De arbeidsovereenkomst wordt beheerst door de cao die in de onderneming geldt', of 'de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door de cao waaraan de werkgever gebonden is', kan dit onduidelijkheid scheppen. Door deze formuleringen op te nemen weet een werknemer niet altijd met zekerheid welke cao er op zijn of haar individuele arbeidsovereenkomst van toepassing is. Artikel 7:655 lid 1 sub I BW bepaalt dat de werkgever verplicht is aan de werknemer

⁷⁶ Loonstra & Zondag 2008, p. 608 - 611; zie ook Schippers & Vogels 2002, p. 13.

⁷⁷ Van Grinsven & Geugjes 2006, p. 25.

⁷⁸ Loonstra & Zondag 2008, p. 609.

⁷⁹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 97.

een schriftelijke opgave te verstrekken van de toepasselijke cao. Door de toepasselijke cao niet duidelijk te noemen voldoet de werkgever niet aan artikel 7:655 BW. Het incorporatiebeding kan in mijn optiek het beste bijvoorbeeld als volgt geformuleerd worden: 'Op deze cao zijn de bepalingen van de cao voor de Metalelektro van toepassing.' Op deze manier is het voor de werknemer duidelijk welke cao van toepassing is en kan de werkgever voldoen aan zijn verplichting.

5.1.2 Werking incorporatiebeding in een individuele arbeidsovereenkomst

In hoofdstuk 4 is al aan de orde geweest dat een werkgever vaak niet weet of een werknemer wel of geen lid is van een werknemersvereniging. De meeste gebonden werkgevers maken daarom gebruik van een incorporatiebeding. Zoals reeds is aangegeven is ongeveer 10% van de Nederlandse werkgevers is niet aangesloten bij een werkgeversvereniging en zij zijn dus ongebonden. Het kan ook voor een ongebonden werkgever praktisch zijn een cao te 'volgen' en dit gebeurt zeer regelmatig.⁸⁰ In de volgende paragrafen wordt het opnemen van een incorporatiebeding in een individuele arbeidsovereenkomst per situatie besproken en of het incorporatiebeding in die situatie nog wat toevoegt.

5.2 Situatie A: gebonden en betrokken werknemer / gebonden en betrokken werkgever

Als in deze situatie een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst wordt opgenomen is het algemene (arbeids)overeenkomstenrecht op hen van toepassing, omdat een incorporatiebeding een afspraak / verbintenis is. In deze situatie was de cao al op hun rechtsrelatie van toepassing, want op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO is er sprake van doorwerking. Mochten cao-bepalingen ook nog algemeen verbindend worden verklaard dan zijn ook artikel 2 lid 1 Wet AVV en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV van toepassing en is er sprake van doorwerking. Het opnemen van een incorporatiebeding voegt in deze situatie niets toe. In deze situatie is dus allereerst de Wet CAO van toepassing. Ook de avv voegt weinig toe.⁸¹

5.3 Situatie B: ongebonden werknemer / gebonden en betrokken werkgever

Indien er in deze situatie een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst wordt opgenomen is het algemene (arbeids)overeenkomstenrecht op hen van toepassing, omdat een incorporatiebeding een afspraak / verbintenis is. De cao is al op hun rechtsrelatie van toepassing krachtens artikel 14 Wet CAO. De ongebonden werknemer kan naleving van de cao kan afdwingen via artikel 7:611 BW. Indien cao-

⁸⁰ Bungener & Koot - Van der Putte SR 2006 - 7/8, p. 227 - 232.

⁸¹ Bungener & Koot - Van der Putte SR 2006 - 7/8, p. 227 - 232; zie ook Fase & Van Drongelen 2004, p. 97 e.v.

bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard zijn ook artikel 2 lid 1 Wet AVV en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV van toepassing en is er sprake van doorwerking. Het opnemen van een incorporatiebeding voegt in de praktijk in deze situatie weinig toe.

In een arrest heeft de Hoge Raad⁸² bepaald dat als de contractspartijen in hun individuele arbeidsovereenkomst een cao integraal van toepassing hebben verklaard, niet alleen de arbeidsvoorwaarden, maar bijvoorbeeld ook een arbitraal beding voor hen (en dus ook voor de werknemer) gaat gelden. Op grond van een dergelijke afspraak kunnen zowel werkgever als werknemer, met een beroep op de tussen hen gesloten individuele arbeidsovereenkomst, naleving van de cao-inhoud van de wederpartij afdwingen (met uitzondering van obligatoire cao-bepalingen, omdat deze bepalingen alleen betekenis hebben voor de cao-partijen).⁸³

Loonstra en Zondag⁸⁴ geven aan dat een artikel 14-werknemer die ingestemd heeft met een incorporatiebeding in zijn individuele arbeidsovereenkomst ook in die cao voorkomende ongunstige afwijkingen van wettelijke bepalingen van driekwart-dwingend recht moet accepteren. Zij baseren zich daarbij op de uitspraak van de Hoge Raad⁸⁵ in het arrest Bollemeijer/TPG. Zij leggen deze uitspraak te ruim uit. In deze specifieke uitspraak betrof het een aan de betreffende cao gebonden werkgever en een werknemer op wiens belangen de onderhandelingen van de werknemersorganisatie mede gericht waren. Dit is een andere situatie dan een werkgever met bijvoorbeeld een bedrijf in de dienstensector waarop de cao voor de suikerwerkindustrie van toepassing wordt verklaard, om zich zodoende te kunnen beroepen op de afwijking van driekwart-dwingend recht die in de laatste cao is voorzien.⁸⁶

Zoals al eerder is vermeld is artikel 14 Wet CAO van aanvullend recht. Cao-partijen kunnen overeenkomen dat het wetsartikel geen werking heeft voor de afgesloten cao. Van deze mogelijkheid wordt echter in de praktijk niet of nauwelijks gebruikgemaakt.⁸⁷

5.4 Situatie C: gebonden werknemer / ongebonden werkgever

Voor een ongebonden werkgever kan het, zoals gezegd, praktisch zijn om een cao te 'volgen'. Indien er sprake is van een gebonden werknemer en een ongebonden werkgever en er wordt een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen dan spreken zij onverplicht met elkaar af dat de cao wordt toegepast. De werking van de cao is in dit geval niet gebaseerd op het cao-recht, maar op het

⁸² HR 17 januari 2003, JAR 2003/40

⁸³ Loonstra & Zondag 2008, p. 609.

⁸⁴ Loonstra & Zondag 2008, p. 610 - 611.

⁸⁵ HR 20 december 2002, NJ 2003, 153.

⁸⁶ Verhulp SMA 2008 - 2, p. 91 - 97.

⁸⁷ Loonstra & Zondag 2008, p. 610 - 611.

algemene (arbeids)overeenkomstenrecht, omdat een incorporatiebeding een afspraak/verbintenis is.⁸⁸

5.5 Situatie D: ongebonden werknemer / ongebonden werkgever

In deze situatie is er ook sprake van een ongebonden werkgever. Indien er sprake is van een ongebonden werknemer en een ongebonden werkgever en er wordt een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen dan spreken zij onverplicht met elkaar af dat de cao wordt toegepast. De werking van de cao is in dit geval niet gebaseerd op het cao-recht, maar op het algemene (arbeids)overeenkomstenrecht, omdat een incorporatiebeding een afspraak/verbintenis is.⁸⁹

Kortom in alle situaties geldt dat indien er een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst wordt opgenomen het algemene (arbeids)overeenkomstenrecht van toepassing is, omdat een incorporatiebeding een afspraak/verbintenis is. Van doorwerking zoals toegelicht in hoofdstuk 2, paragraaf 2.9, is geen sprake.

Indien de cao is geïncorporeerd, dan is de cao onderdeel uit gaan maken van de tussen werkgever en werknemer gemaakte afspraken in de individuele arbeidsovereenkomst en blijven de bepalingen ook gelden na afloop van de looptijd van de cao en ook in de periode tussen twee algemeenverbindendverklaringen. Kortom indien een incorporatiebeding is opgenomen in een individuele arbeidsovereenkomst blijft na afloop van de cao deze van toepassing.⁹⁰

5.6 Het incorporatiebeding en toekomstige versies van cao's

Indien een werknemer heeft ingestemd met een incorporatiebeding is dan ook de toekomstige cao waaraan de werkgever gebonden zal zijn van toepassing op zijn individuele arbeidsovereenkomst? Indien cao-bepalingen wijzigen dan gaan deze onderdeel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. In de literatuur wordt gediscussieerd of artikel 7:613 BW, het eenzijdig wijzigingsbeding, hierop van toepassing is.⁹¹ Artikel 7:613 BW bepaalt het volgende: 'De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat

⁸⁸ Bungener & Koot - Van der Putte SR 2006 - 7/8, p. 227 - 232; zie ook Fase & Van Drongelen 2004, p. 97 e.v.

⁸⁹ Bungener & Koot - Van der Putte SR 2006 - 7/8, p. 227 - 232; zie ook Fase & Van Drongelen 2004, p. 97 e.v.

⁹⁰ Schippers & Vogels 2002, p. 13 en 55 - 56.

⁹¹ Loonstra & Zondag 2008, p. 609 - 610.

door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken’.

In mijn optiek is artikel 7:613 niet van toepassing, want als je eenmaal hebt afgesproken dat de cao van toepassing is op de individuele arbeidsovereenkomst, je als werknemer ook hebt ingestemd met de toekomstige versies van de cao, want je wilt dat de cao wordt toegepast. Loonstra & Zondag vinden dat het eenzijdig wijzigingsbeding niet van toepassing is, omdat de arbeidsvoorwaarden in een cao (in de zin van de Wet CAO) nooit daadwerkelijk eenzijdig door de werkgever worden gewijzigd, maar altijd met instemming van een of meer werknemersverenigingen.⁹² Met het standpunt van Loonstra & Zondag ben ik het ook eens.

In een zaak bij het Hof te Amsterdam⁹³ bepaalde het Hof dat de werknemer die had ingestemd met een cao, ook geacht werd met de toekomstige versies van die cao te hebben ingestemd. Het Hof wees daarbij op de bedoeling van de partijen. De bedoeling van de partijen bleek uit het ondertekenen van een arbeidsovereenkomst waardoor de betreffende werknemer tevens akkoord ging met de passage ‘Op de met u bestaande arbeidsovereenkomst is de cao voor het Bankbedrijf van toepassing. Een exemplaar daarvan treft u aan in de Personeelsgids’.⁹⁴

⁹² Loonstra & Zondag 2008, p. 309 - 610.

⁹³ Hof Amsterdam 4 december 2003, JAR 2004/12.

⁹⁴ Beltzer JAR Verklaard 2006 - 4, p. 7 - 8.

6 cao en overgang van (een deel van) een onderneming

In de vorige hoofdstukken is besproken wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van de Wet CAO, de Wet AVV en wat de gevolgen zijn indien er een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen. In dit hoofdstuk staat de cao en overgang van (een deel van) een onderneming centraal.

6.1 Overgang van (een deel van) een onderneming

In artikel 7:663 BW staat: ‘Door overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende één jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip’.

Op grond van artikel 7:662 BW kan een overgang van (een deel van) een onderneming tot stand komen ten gevolge van een overeenkomst van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Degene die (een deel van) een onderneming overdraagt, de vervreemder, staakt de ondernemingsactiviteiten, terwijl degene die (een deel van) een onderneming verkrijgt, de verkrijger, die activiteiten voortzet. Overgang van (een deel van) een onderneming kan tot stand komen ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing. De rechtspositie van de werknemer bij overgang van (een deel van) een onderneming is geregeld in de artikelen 7:662 tot en met 7:666 BW.⁹⁵

Overgang alleen als gevolg van transacties met aandelen waarbij geen verandering optreedt in de persoon van de werkgever is geen overgang in de zin van artikel 7:662 BW, omdat de juridische identiteit gelijk blijft.⁹⁶

Als een werknemer in dienst treedt van een nieuwe werkgever, dan blijft zijn individuele arbeidsovereenkomst, zoals die was afgesloten bij de oude werkgever, in principe gelden. Er kan echter tijdelijk sprake zijn van verschillende cao-regimes.⁹⁷

Artikel 14a Wet CAO is van toepassing bij overgang van (een deel van) een onderneming. Artikel 14a lid 1 Wet CAO bepaalt het volgende: ‘Door de overgang van onderneming, als bedoeld in artikel 7:662 BW, gaan de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een cao waaraan hij gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming.’

⁹⁵ Fase & Van Drongelen 2004, p. 124 - 126.

⁹⁶ Van der Heijden, Van Slooten & Verhulst 2006, p. 122.

⁹⁷ Schippers & Vogels 2002, p. 77.

In eerdere hoofdstukken is duidelijk geworden dat een werkgever gebonden is aan een cao als hij zelf partij is bij de cao, of als hij lid is van een werkgeversvereniging die betrokken partij is bij de cao. Artikel 14a lid 1 Wet CAO creëert een nieuwe vorm van gebondenheid, die vanwege de afwijkende gebondenheid die uit de Wet CAO voortvloeit, in de literatuur aangeduid wordt als pseudogebondenheid, nu deze niet uit het lidmaatschap van een werkgeversvereniging of het zijn van een cao-partij voortvloeit.⁹⁸

In de volgende paragrafen komen een viertal situaties aan de orde die zich voor kunnen doen bij overgang van (een deel van) een onderneming. De situaties die aan de orde komen zijn:

- Situatie A: de vervreemder en de verkrijger van (een deel van) een onderneming zijn gebonden en betrokken aan dezelfde cao;
- Situatie B: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is gebonden aan een andere cao dan de verkrijger ervan;
- Situatie C: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is gebonden aan een cao, maar de verkrijger ervan niet;
- Situatie D: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is niet aan een cao gebonden, maar de verkrijger ervan wel.

Per situatie worden de gevolgen aangegeven voor de eigen en overgenomen werknemers indien overgang van (een deel van) onderneming plaatsvindt. De in de navolgende paragrafen genoemde duur van de pseudogebondenheid wordt in paragraaf 6.7 besproken.

6.2 Situatie A: de vervreemder en de verkrijger van (een deel van) een onderneming zijn gebonden en betrokken aan dezelfde cao

In deze situatie is er sprake van gebondenheid en betrokkenheid aan dezelfde cao. De artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO zijn van toepassing op de gebonden en betrokken overgenomen en eigen werknemers. Artikel 14 Wet CAO is van toepassing op de ongebonden overgenomen en eigen werknemers.⁹⁹

6.3 Situatie B: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is gebonden aan een andere cao dan de verkrijger ervan

In deze situatie is er sprake van gebondenheid aan verschillende cao's. De vervreemder is gebonden en betrokken aan cao 1 en de verkrijger aan cao 2. In deze situatie is artikel 14a Wet CAO van toepassing. De verkrijger krijgt naast zijn eigen gebondenheid aan de voor hem geldende cao 2 ook te maken met een gebondenheid aan cao 1. Voor zijn

⁹⁸ Fase & Van Drongelen 2004, p. 126.

⁹⁹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 126 - 127.

eigen werknemers geldt cao 2 op grond van artikel 9, 12, 13 en 14 Wet CAO. Voor de overgenomen werknemers die vóór de overgang aan cao 1 waren gebonden, geldt dat de verkrijger cao 1 moet naleven op grond van artikel 14a Wet CAO. Maar dat niet alleen, ook zal hij, op grond van artikel 14 Wet CAO, cao 1 moeten toepassen op de overgenomen werknemers die niet aan de cao zijn gebonden. De verkrijger is al gebonden aan cao 2, maar mag die niet toepassen op de door hem overgenomen werknemers. De pseudogebondenheid die bestaat op grond van artikel 14a lid 1 Wet CAO is dus voor de verkrijger van (een deel van) de onderneming tegenover de overgenomen werknemers dwingend. Overigens geldt deze gebondenheid alleen voor die werknemers die ten tijde van de overgang van (een deel van) de onderneming ook daadwerkelijk daarin werkzaam waren. Werknemers die na de overgang bij de onderneming of een deel daarvan in dienst treden, vallen buiten de reikwijdte van artikel 14a lid 1 Wet CAO.

Indien de arbeidsvoorwaarden van cao 1 slechter zijn dan de arbeidsvoorwaarden waaraan de verkrijger gebonden is, dus cao 2, of wanneer er in cao 2 aangelegenheden zijn geregeld die niet zijn geregeld in cao 1, moet de verkrijger ook cao 2 toepassen naast de cao waarbij sprake is van een pseudogebondenheid, dus cao 1. Daar waar sprake is van botsing van de arbeidsvoorwaarden van cao 1 met die van cao 2, profiteren de overgenomen werknemers in dat geval van de gunstigere arbeidsvoorwaardenbepalingen. Dit is in overeenstemming met het beschermende karakter inzake de regeling van overgang van (een deel van) een onderneming, maar het strookt ook met het cao-recht. De verkrijger is immers verplicht op grond van artikel 14 Wet CAO om de arbeidsvoorwaarden voor de cao waaraan hij direct gebonden is, dus cao 2, ook toe te passen op de door hem overgenomen werknemers. Er is bij deze werknemers namelijk sprake van binnen zijn onderneming werkzame werknemers die niet aan de cao van de verkrijger gebonden zijn.¹⁰⁰ Kortom in deze situatie speelt de pseudogebondenheid een rol, omdat artikel 14a Wet CAO in deze situatie van toepassing is. Hierdoor kan het zijn dat de verkrijger van (een deel van) een onderneming een bepaalde tijd gedwongen is om in zijn onderneming verschillende arbeidsvoorwaardenregimes toe te passen, namelijk voor de zelf in dienst genomen werknemers en voor de door hem overgenomen werknemers.¹⁰¹

6.4 Situatie C: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is gebonden en betrokken aan een cao, maar de verkrijger ervan niet

In deze situatie is alleen de vervreemder gebonden en betrokken aan een cao. In deze situatie ontstaat voor de verkrijger een pseudogebondenheid waaraan de vervreemder

¹⁰⁰ Fase & Van Drongelen 2004, p. 127.

¹⁰¹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 128.

van (een deel van) een onderneming gebonden was.¹⁰² Kortom in deze situatie speelt de pseudogebondenheid een rol, omdat artikel 14a Wet CAO in deze situatie van toepassing is. Hierdoor is de verkrijger van (een deel van) de onderneming een bepaalde tijd gedwongen om voor de door hem overgenomen werknemers de cao te blijven toepassen op grond van artikel 14a Wet CAO, maar voor zijn eigen in dienst genomen werknemers past hij geen cao toe.¹⁰³

6.5 Situatie D: de vervreemder van (een deel van) een onderneming is niet aan een cao gebonden, maar de verkrijger ervan wel

In deze situatie is alleen de verkrijger gebonden aan een cao. In deze situatie is artikel 14a Wet CAO niet van toepassing, maar geldt het normale cao-recht. Dit houdt in dat de cao waaraan de verkrijger van (een deel van) een onderneming gebonden is, ook zal leiden tot gebondenheid voor de overgenomen gebonden werknemers op grond van artikel 9, 12 en 13 Wet CAO, terwijl voor de ongebonden werknemers, op de verkrijger de verplichting rust die in artikel 14 Wet CAO is opgenomen. Artikel 14 Wet CAO bepaalt dat de gebonden werkgever verplicht is de cao-bepalingen toe te passen op de ongebonden werknemers. De verkrijger is ook ten aanzien van de overgenomen ongebonden werknemers verplicht de cao-bepalingen toe te passen.¹⁰⁴

6.6 Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen en overgang van (een deel van) een onderneming

In artikel 2a lid 1 Wet AVV bepaalt het volgende: 'Door de overgang van een onderneming, als bedoeld in artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, gaan de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden welke hij krachtens een besluit tot verbindendverklaring op grond van artikel 2 van deze wet verplicht is na te komen, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming.'

Wanneer een verkrijger vóór de overgang van (een deel van) een onderneming gebonden was aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen en voor de werknemers die overgaan alleen een cao geldt die niet algemeen verbindend is verklaard, dan moet die cao wijken voor de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, omdat die dan geldt als een regeling van hogere orde.

Indien in situatie B cao-bepalingen van cao 2 voor de overgang van (een deel van) de onderneming algemeen verbindend zijn verklaard, dan geldt op grond van de Wet AVV cao 2 ook voor de overgenomen gebonden en betrokken / ongebonden werknemers.

¹⁰² Fase & Van Drongelen 2004, p. 128.

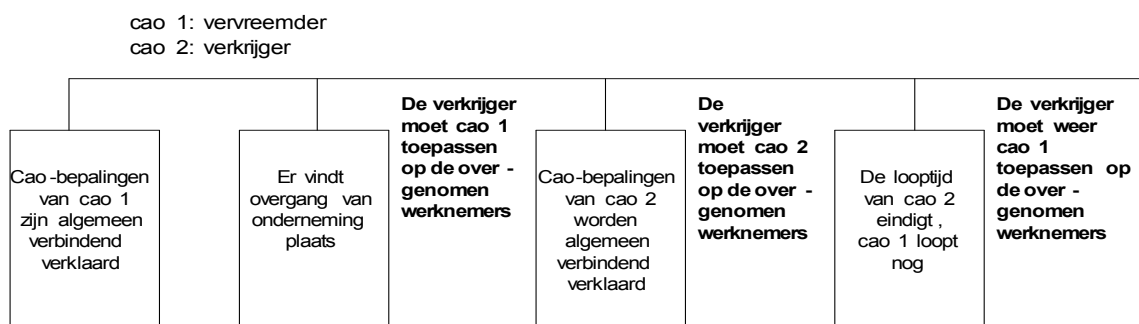
¹⁰³ Fase & Van Drongelen 2004, p. 128.

¹⁰⁴ Fase & Van Drongelen 2004, p. 128.

Indien in situatie D cao-bepalingen van de cao van de verkrijger voor de overgang van (een deel van) de onderneming algemeen verbindend zijn verklaard, dan geldt op grond van de Wet AVV deze cao ook voor de overgenomen gebonden en betrokken / ongebonden werknemers.

Indien na de overgang van (een deel van) een onderneming cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard, betekent dit dat de nog lopende cao van de vervreemder moet wijken. Indien in situatie B cao-bepalingen van cao 2 na de totstandkoming van de overgang van (een deel van) de onderneming algemeen verbindend worden verklaard, dan moet de eventueel nog lopende cao 1 wijken. cao 2 geldt dan op grond van de Wet AVV ook voor de overgenomen gebonden en betrokken / ongebonden werknemers. Wanneer de avv eerder eindigt dan de betreffende cao van de vervreemder, herleeft de cao van de vervreemder. Als de cao van de vervreemder eerder eindigt dan de avv, dan vallen de werknemers na de periode van de avv ook terug op de cao van de vervreemder, omdat dit de laatst geldende arbeidsvoorwaarden van voor de avv waren.¹⁰⁵

In onderstaand schema wordt aangegeven hoe het verloop is indien cao-bepalingen na de overgang van (een deel van) onderneming algemeen verbindend worden verklaard.



¹⁰⁵ Fase & Van Drongelen 2004, p. 129.

6.7 Duur ‘pseudogebondenheid’

De duur van de pseudogebondenheid van de verkrijger van (een deel van) een onderneming is van tijdelijke duur. De duur van de pseudogebondenheid wordt geregeld in artikel 14a lid 2 Wet CAO en artikel 2a lid 2 Wet AVV. De bepalingen van de oude cao blijven gelden (er is hier dus sprake van nawerking) totdat, na de overname, de nieuwe werkgever wordt gebonden aan een nieuwe cao (of algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen), die dan ook voor de overgenomen werknemers geldt. De pseudogebondenheid eindigt ook zodra de looptijd van de cao op het tijdstip van de overgang van (een deel van) de onderneming is verstreken.¹⁰⁶

Bij de Rechtbank Amsterdam¹⁰⁷ speelde de volgende zaak: KLM had zijn cateringactiviteiten overgedragen aan een aparte firma, KLM Catering Services (verder aangeduid als KCS). KCS viel onder de cao voor de Contract Cateringbranche. De laatste cao was na de overgang voor enige tijd algemeen verbindend verklaard. Nadat de looptijd van de KLM-cao was verstreken ontstond het probleem dat de overgenomen werknemers onder de cao-Catering zouden vallen op grond van artikel 14a Wet CAO. KCS meende dat zij na de looptijd van de KLM-cao deze niet meer hoefde toe te passen op de overgenomen werknemers. De Rechtbank dacht daar echter anders over en besliste dat het eindigen van de KLM-cao slechts betekende dat het KCS vrijstond met de werknemers afspraken te maken over nieuwe arbeidsvoorwaarden, zoals in de cao-Catering, maar zolang dat niet was gebeurd, bleven de bepalingen uit de KLM-cao door- en nawerken.¹⁰⁸

De Hoge Raad¹⁰⁹ volgde in een soortgelijke situatie de redenering van de Rechtbank Amsterdam. Het ging er in deze zaak om dat Hoogovens de verbandkamer overdroeg, dat onderdeel was van Hoogovens, aan een ziekenhuis. De daar werkzame personeelsleden gingen mee over. Ingevolge de cao voor het Ziekenhuiswezen vielen alle werknemers, ook de overgenomen werknemers, onder die cao. Een ongebonden werknemer was het daar niet mee eens en vorderde toepassing van de Hoogovens-cao, in elk geval nadat de looptijd van de avv van de Ziekenhuis-cao was verstreken. De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat wanneer zowel de werkgever als de werknemer op grond van artikel 9 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. Het strookt hiermee 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. Het is met het stelsel van de

¹⁰⁶ Fase & Van Drongelen 2004, p. 128 - 129; zie ook Schippers & Vogels 2002, p. 77.

¹⁰⁷ Rb. Amsterdam 18 september 1996, JAR 1996/228.

¹⁰⁸ Jaspers SR 2005 - 11, p. 362 - 375.

¹⁰⁹ HR 10 januari 2003, JAR 2003/38.

Wet AVV echter niet te verenigen om de geldingsduur van de desbetreffende cao-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van verbondenheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold.¹¹⁰

Uit de bovenstaande arresten kan worden opgemaakt dat artikel 14a lid 2 Wet CAO beperkt moet worden uitgelegd. Als de cao van de vervreemder voor de werknemers in dienst van de verkrijger afloopt, heeft dit voor de overgenomen werknemers geen gevolgen, omdat deze cao nawerkt. Pas als de verkrijger nadere afspraken met werknemers maakt of nadien wordt gebonden aan een andere cao, dan kunnen de arbeidsvoorwaarden wijzigen.¹¹¹

6.8 Overgang van (een deel van) een onderneming en het incorporatiebeding

In hoofdstuk 6 is het incorporatiebeding aan bod gekomen. Wat zijn de gevolgen indien een incorporatiebeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst en er vindt overgang van (een deel van) een onderneming plaats? Het belangrijkste rechtsgevolg van overgang van (een deel van) een onderneming is het behoud van alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, dus ook de cao-bepalingen. Indien artikel 14a Wet CAO van toepassing is of artikel 2a Wet AVV dan moet de verkrijger de cao-bepalingen respecteren ten aanzien van het overgenomen personeel. Die binding eindigt als de cao afloopt (al kan de cao nawerken) of als de verkrijger na de overgang zelf aan een cao (algemeen verbindend verklaard of niet) wordt gebonden. De artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV bieden zo een zeker evenwicht: de werknemers behouden hun rechten, maar niet langer dan 'nodig' zodat de periode waarin de verkrijger verschillende arbeidsvoorwaardenregimes in zijn onderneming moet toepassen wordt beperkt. Dit is tevens gericht op de Richtlijn overgang van onderneming.¹¹²

In een zaak bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen¹¹³ was er sprake van overgang van onderneming. Een werknemer had in zijn arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding dat verwees naar de op dat moment voor de vervreemder geldende cao. Het incorporatiebeding had daarmee een zogenaamd dynamisch karakter: niet alleen de huidige versie van de cao zou van toepassing zijn, maar ook de toekomstige versies daarvan. De werknemer beriep zich erop dat de verkrijger ook na afloop van de cao van de vervreemder gebonden zou zijn aan de nieuwe versie van die cao. Hierdoor zou de binding van de verkrijger nooit eindigen, tenzij het incorporatiebeding zelf ongedaan zou worden gemaakt. Het Hof verwijst naar het contractenrecht ten grondslag

¹¹⁰ Jaspers SR 2005 - 11, p. 362 - 375.

¹¹¹ Fase & Van Drongelen 2004, p. 129.

¹¹² Richtlijn nr. 2001/23/EG (PbEG 2001 L 82/16); zie ook Beltzer JAR Verklaard 2006 - 4, p. 6 - 7.

¹¹³ HvJ EG 9 maart 2006, JAR 2006/83.

liggende beginsel van wilsautonomie. Dit beginsel brengt met zich mee dat in de situatie dat de verkrijger niet gebonden is aan een cao de bepalingen daaruit in beginsel niet van toepassing zijn. De communautaire wetgever heeft echter bij overgang van onderneming juist een inbreuk op dit beginsel gemaakt om een verslechtering van de positie van de werknemer te voorkomen. Een afwijking hiervan ten nadele van de werknemer is niet toegestaan; de Richtlijn is op dit punt dwingend. Het is volgens het Hof echter geenszins de bedoeling geweest de verkrijger te binden aan 'andere cao's dan die welke van kracht was op het tijdstip van de overgang en hem bijgevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door middel van toepassing van een nieuwe, dan de overgang gesloten overeenkomst'. Dat zou ook strijden met het doel van de Richtlijn: het handhaven van bestaande rechten en verplichtingen. De Richtlijn beoogt niet de bescherming van loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten. De opvatting van de werknemer zou een inbreuk opleveren op de vrijheid van vereniging, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen.

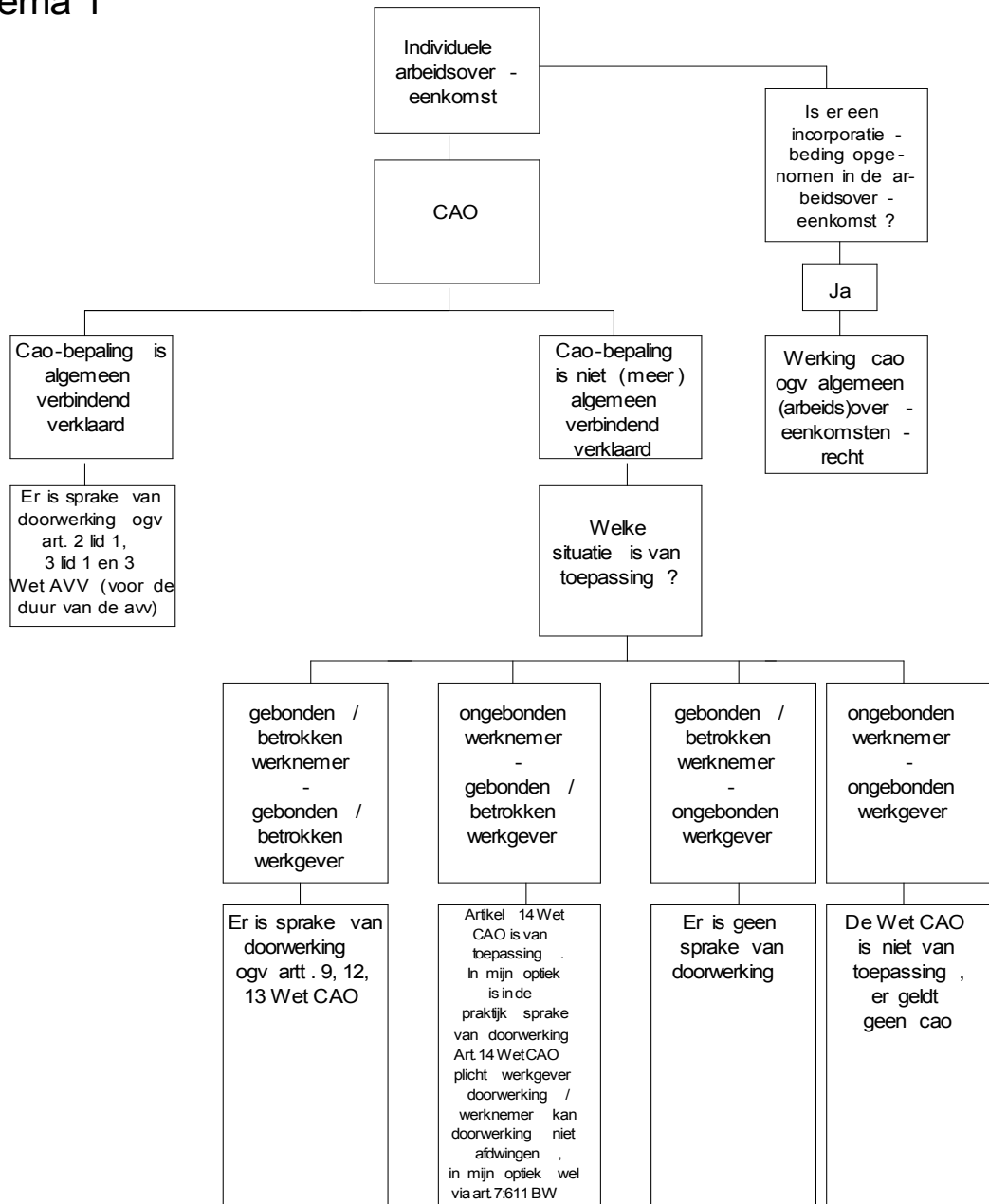
Deze uitspraak bepaalt dat de verkrijger van de onderneming slechts gebonden is aan cao's zoals die luiden op het moment van overgang, met dien verstande dat de verkrijger geen rekening hoeft te houden met bepalingen die zien op de toepasselijkheid van toekomstige versies van die (of andere collectieve) regelingen.¹¹⁴

¹¹⁴ Beltzer JAR Verklaard 2006 - 4, p. 6 - 7.

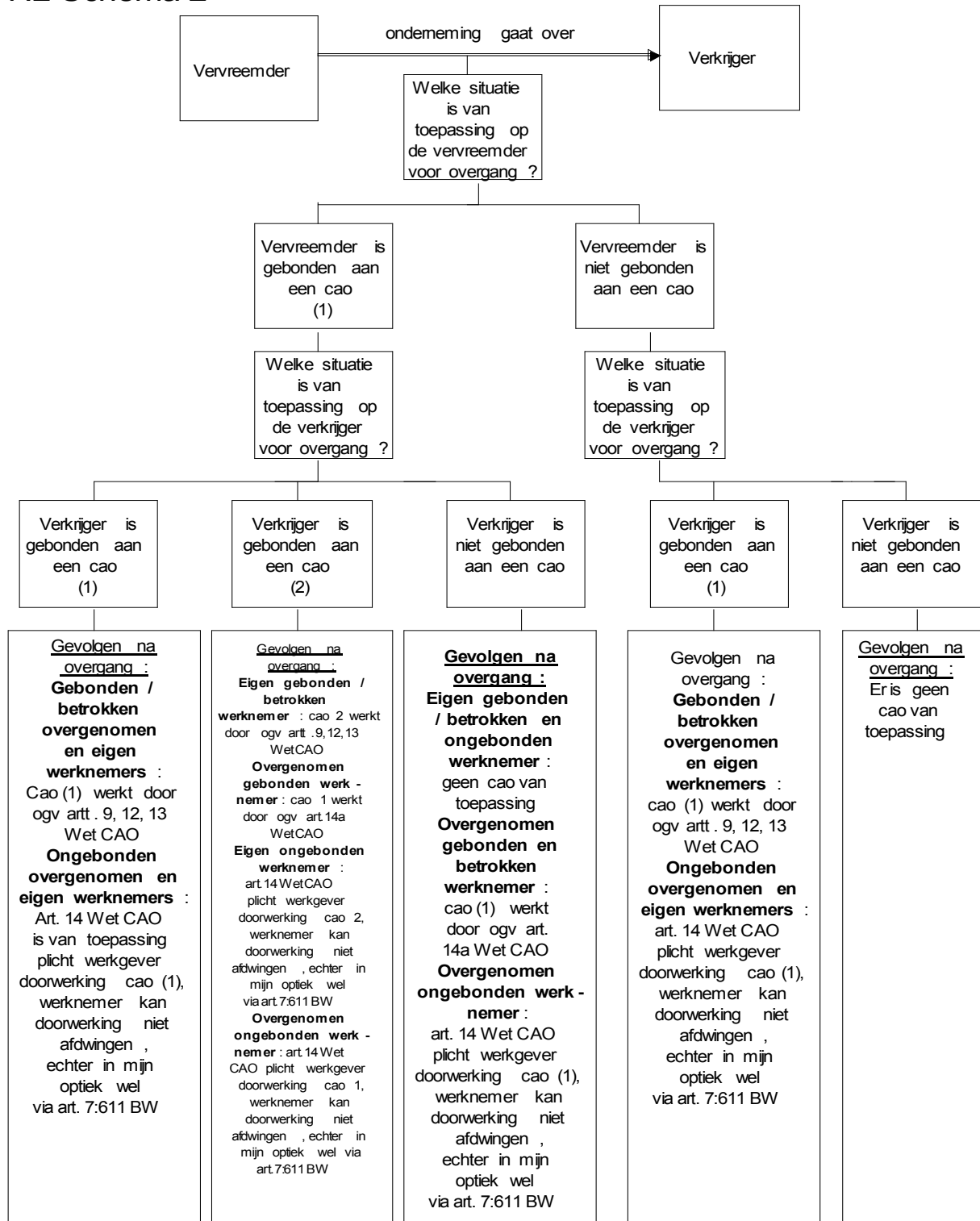
7 Resultaten

In de vorige hoofdstukken is per situatie beschreven of cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst. In dit hoofdstuk wordt de hiervoor beschreven theorie van hoofdstuk 3 tot en met 6 schematisch weergegeven. In schema 1 wordt de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst op grond van de Wet CAO, de Wet AVV en een eventueel opgenomen incorporatiebeding schematisch weergegeven. In schema 2 wordt de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst bij overgang van (een deel van) een onderneming schematisch weergegeven.

7.1 Schema 1



7.2 Schema 2



8 Conclusies en aanbevelingen

De centrale vraagstelling van dit onderzoek luidt als volgt:

Wanneer werkt een cao door in een individuele arbeidsovereenkomst en is dit systeem praktisch toepasbaar?

In paragraaf 8.1 wordt er antwoord gegeven op de vraag wanneer een cao doorwerkt in een individuele arbeidsovereenkomst. In paragraaf 8.2 komen de knelpunten van het systeem van de doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst aan de orde. In paragraaf 8.3 licht ik toe of ik het systeem van de doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst praktisch toepasbaar vind. Tot slot worden er in paragraaf 8.4 aanbevelingen gedaan.

8.1 Wanneer werkt een cao door in een individuele arbeidsovereenkomst?

In het algemeen wordt gesproken over de doorwerking van een cao in een individuele arbeidsovereenkomst als bepalingen van een cao in de individuele arbeidsovereenkomst doorwerken. Uit de hiervoor beschreven hoofdstukken kan worden opgemaakt dat een gehele cao niet kan doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst. Op grond van de Wet CAO kunnen alleen normatieve cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst. Op grond van de Wet AVV kunnen tevens diagonale cao-bepalingen, voor zover deze bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst. Obligatoire cao-bepalingen werken niet door in een individuele arbeidsovereenkomst.

Doorwerking van normatieve cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst vindt plaats indien:

- er sprake is van een ondernemings-cao in de zin van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. In de praktijk wordt er meestal een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen die bepaalt dat de betreffende ondernemings-cao met naam en toenaam van toepassing is;
- er sprake is van een bedrijfstak-cao en daarnaast is er sprake van een gebonden en betrokken werknemer en een gebonden en betrokken werkgever op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO;
- er sprake is van een bedrijfstak-cao (zou in principe ook een ondernemings-cao kunnen zijn) en voor zover de normatieve cao-bepalingen algemeen verbindend

zijn verklaard voor de duur van de avv op grond van de artikelen 2 lid 1 en 3 leden 1 en 3 Wet AVV;

- zoals al eerder gesteld is in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3, ben ik van mening dat er in de praktijk sprake van doorwerking is indien er een cao is en daarnaast sprake is van een ongebonden werknemer en een gebonden en betrokken werkgever. De ongebonden werknemer kan geen rechtstreekse naleving afdwingen op grond van artikel 14 Wet CAO, maar in mijn optiek wel via artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap / gelijkheidsbeginsel).

Doorwerking van diagonale cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst vindt plaats indien:

- er sprake is van een bedrijfstak-cao (zou in principe ook een ondernemings-cao kunnen zijn) en voor zover de cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard voor de duur van de avv op grond van de artikel 2 lid 1 en artikel 3 leden 1 en 3 Wet AVV.

Uit hoofdstuk 5 kan worden opgemaakt dat indien er een incorporatiebeding is opgenomen in een individuele arbeidsovereenkomst er **geen** sprake is van doorwerking. Bij een incorporatiebeding spreken de werkgever en werknemer af dat ze de cao toepassen, de werking is in dit geval niet gebaseerd op het cao-recht, maar op het algemene (arbeids)overeenkomstenrecht. Zoals al eerder is gesteld in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5, ben ik van mening dat indien je hebt ingestemd met een incorporatiebeding de toekomstige cao's ook van toepassing zijn en dat hier artikel 7:613 BW, het eenzijdig wijzigingsbeding, niet van toepassing is.

Uit hoofdstuk 6 en 7, paragraaf 7.2, kan worden afgeleid dat cao-bepalingen doorwerken in een individuele arbeidsovereenkomst bij overgang van (een deel van) onderneming indien:

- er sprake is van een vervreemder en een verkrijger die beide gebonden / betrokken zijn aan dezelfde cao op grond van de artikelen 9, 12, 13 of 14 Wet CAO;
- er sprake is van een vervreemder die gebonden / betrokken is aan een andere cao dan de verkrijger. De vervreemder is gebonden / betrokken aan cao 1 en de verkrijger aan cao 2. Cao 2 werkt door in de individuele arbeidsovereenkomst van de eigen werknemers op grond van de artikelen 9, 12, 13 en 14 Wet CAO. Cao 1 werkt door in de individuele arbeidsovereenkomst van de gebonden / betrokken overgenomen werknemers op grond van artikel 14a Wet CAO voor de duur van

de pseudogebondenheid. Voor de ongebonden overgenomen werknemers is er sprake van doorwerking van cao-bepalingen op grond van artikel 14 Wet CAO.

Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard vóór de overgang van (een deel van) een onderneming geldt op grond van de Wet AVV de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van cao 2 ook voor alle overgenomen werknemers.

Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard na de overgang van (een deel van) een onderneming moet de nog lopende cao 1 van de vervreemder wijken voor de cao 2 van de verkrijger. Op grond van de Wet AVV gelden de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van cao 2 ook voor alle overgenomen werknemers;

- er sprake is van een vervreemder die gebonden / betrokken is aan een cao, maar de verkrijger niet en er daarnaast sprake is van gebonden / betrokken overgenomen werknemers voor de duur van de pseudogebondenheid op grond van artikel 14a Wet CAO. Voor de ongebonden overgenomen werknemers is er sprake van doorwerking van cao-bepalingen op grond van artikel 14 Wet CAO;
- er sprake is van een vervreemder die niet gebonden is aan een cao, maar de verkrijger wel en er daarnaast sprake is van gebonden / betrokken overgenomen en eigen werknemers op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. Voor de ongebonden overgenomen werknemers is er sprake van doorwerking van cao-bepalingen op grond van artikel 14 Wet CAO.

Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

Indien cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard vóór de overgang van (een deel van) een onderneming geldt op grond van de Wet AVV de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen van de cao van de verkrijger ook voor alle overgenomen werknemers.

8.2 Knelpunten

Uit de vorige hoofdstukken kan worden afgeleid dat er een aantal knelpunten zijn in het systeem van de doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst. In de volgende subparagrafen zullen de knelpunten besproken worden.

8.2.1 Knelpunt: de Wet CAO en de Wet AVV

De cao-partijen komen een cao overeen, die dan geldt tussen de (gebonden) cao-partijen. Vervolgens kan de Minister worden gevraagd (artikel 2 Wet AVV) om de cao

deels dan wel volledig algemeen verbindend te verklaren. De Minister kan er voor kiezen niet alle bepalingen uit de cao algemeen verbindend te verklaren. Dat betekent dat de cao die algemeen verbindend is niet gelijk is of hoeft te zijn aan de cao die geldt tussen cao-partijen. In de praktijk moet de adviseur zich er dus van vergewissen dat hij de juiste versie heeft.

8.2.2 Knelpunt: artikelen 9, 12, 13 en 14 Wet CAO

Zoals reeds eerder is vermeld is circa 25% van de werknemers lid van een werknemersvereniging, de artikel 9/12/13 werknemer. De artikel 14-werknemer (ongebonden werknemers) is de grootste groep werknemers.

Een werkgever weet niet of een werknemer wel of geen lid is van een werknemersvereniging en past doorgaans de cao gewoon toe op zijn werknemers, ongeacht of zij wel of geen lid zijn van een werknemersvereniging. Ik heb in de jurisprudentie gekeken en ben geen hierover geen uitspraken tegengekomen. Ik ben dus van mening dat in de praktijk de werkgever de cao toepast op zijn werknemers. De wetgever heeft door middel van artikel 14 Wet CAO een verschil proberen aan te brengen tussen een gebonden en betrokken werknemer en een ongebonden werknemer. Een ongebonden werknemer kan geen rechtstreekse naleving van de normatieve cao-bepalingen van zijn of haar gebonden en betrokken werkgever afdwingen. Mocht het zo zijn dat een gebonden en betrokken werkgever de normatieve cao-bepalingen niet toepast op de ongebonden werknemer dan zou de ongebonden werknemer naleving van de cao-bepalingen via goed werkgeverschap / gelijkheidsbeginsel (artikel 7:611 BW) kunnen afdwingen.

Is het nog wel van deze tijd om een onderscheid te maken tussen een gebonden / betrokken werknemer en een ongebonden werknemer als de gebonden werkgever toch niet weet wie er lid is, de cao doorgaans gewoon toepast en bovendien zo weinig werknemers lid zijn van een werknemersvereniging? In de praktijk blijkt dat een ongebonden werknemer niet anders wordt behandeld dan een gebonden werknemer. Je mag in redelijkheid de vraag stellen of ten aanzien van de toepassing van de cao, het lidmaatschap van de werknemersvereniging een meerwaarde kent. Lid zijn van een werknemersvereniging heeft andere voordelen, maar die spelen niet in dit kader. Is het systeem waarbij artikel 14 Wet CAO het sluitstuk vormt, niet aan verandering toe nu inmiddels de meerderheid van de werknemers een artikel 14-werknemer is?

8.2.3 Knelpunt: overgang van (een deel van) een onderneming

In hoofdstuk 6 is overgang van (een deel van) een onderneming besproken. Door overgang van (een deel van) een onderneming kan het zo zijn dat de verkrijger voor een bepaalde tijd verschillende cao's moet toepassen binnen zijn onderneming. Indien cao-bepalingen voor of na de overgang van (een deel van) een onderneming algemeen verbindend zijn verklaard dan gaan deze vóór de cao-bepalingen die niet algemeen

verbindend zijn verklaard. Indien de looptijd van de avv eindigt dan eindigt ook de 'voorrangsregeling'. De verkrijger moet weten welke cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard en de duur ervan. Het feit dat je in geval van overgang van (een deel van) onderneming tot in lengte der dagen met verschillende arbeidsvoorwaarden moet werken is allereerst niet praktisch, maar bovendien onwenselijk, nu als uitgangspunt gelijke arbeid gelijk beloond moet worden.

8.3 Is dit systeem praktisch toepasbaar?

Ik vind het systeem niet praktisch toepasbaar. De wettelijke verschillen, zoals het onderscheid in een gebonden en ongebonden werknemer, voegen in de praktijk niets toe, omdat de gebonden werkgever de cao-bepalingen toch gewoon toepast op iedere werknemer. Het lijkt een gedateerde en geforceerde regeling. Of de werknemer is gebonden krachtens de Wet CAO, de Wet AVV of het incorporatiebeding hangt vooral af van de keuzes die de werkgever maakt. Als de werkgever lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao geldt de Wet CAO. Als de werkgever in zijn arbeidsovereenkomst kiest voor het incorporatiebeding wordt de cao toegepast op al zijn medewerkers. Als de werkgever er voor kiest om geen lid te worden van een werkgeversvereniging en geen incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst opneemt dan zal het ervan afhangen of cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard. De rol van de -meestal ongebonden- werknemer is daarbij zeer beperkt. Vanuit het idee dat de cao is ontworpen vanuit een bescherming van de werknemer, is dat een merkwaardige ontwikkeling. Ook door de hierboven genoemde knelpunten vind ik het systeem van de doorwerking niet praktisch toepasbaar.

8.4 Aanbevelingen

In de volgende subparagrafen komen een aantal aanbevelingen aan bod om het systeem van de doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst aan te passen.

8.4.1 Aanbeveling in de literatuur: Extension automatique

In de literatuur zijn er voorstellen tot wijziging gedaan om het onderscheid tussen de artikel 9/12//13-werknemer en de artikel 14-werknemer te laten verdwijnen. In deze subparagraaf ga ik in op het voorstel van de extension automatique.

In de literatuur wordt er gediscussieerd over de positie van de artikel 14-werknemer en zijn er voorstellen tot wijziging gedaan om het onderscheid tussen de twee categorieën werknemers te laten verdwijnen. Jacobs¹¹⁵, Grapperhaus¹¹⁶ en Loonstra & Zondag¹¹⁷

¹¹⁵ Jacobs 2003, p. 95; zie ook Loonstra & Zondag 2008, p. 632.

¹¹⁶ Grapperhaus, SR 2002 - 6, p. 184 - 190.

doen het voorstel om het systeem dat in België en Frankrijk wordt toegepast te volgen. Dit systeem, ook wel *extension automatique* genoemd, houdt in dat de werkgever, die gebonden is aan de cao, verplicht is de cao toe te passen op het hele personeel, dat onder de werkingssfeer van de cao valt, ongeacht de lidmaatschapsfactor. Alle betreffende personeelsleden hebben in rechte ook dezelfde vorderingsactie bij niet-naleving. Grapperhaus vindt dat de ongebonden werknemer niet kosteloos van het cao-resultaat mag profiteren. Hij stelt voor dat de cao-partijen overeenkomen dat de ongebonden werknemers, de zogenaamde *free riders*, een redelijke vergoeding moeten betalen voor de gemaakte kosten van de cao-partijen voor het tot stand brengen van cao's. De ongebonden werknemers zullen zich na betaling van een vergoeding, evenals de artikel 9/12/13-werknemers, rechtstreeks op de toepasselijke cao kunnen beroepen ter effectuering van hun rechten.¹¹⁸

In het systeem van *extension automatique* is het onderscheid tussen de artikel 9/12/13-werknemer en de artikel 14-werknemer verdwenen, maar er is nog steeds een onderscheid tussen een werkgever die wel lid is en een werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging. In dit systeem geldt dat een werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging de cao niet hoeft toe te passen. Waarom zou je dan lid worden van een werkgeversvereniging, want door geen lid te zijn hoef je geen cao toe te passen. In Nederland word je als werkgever die geen lid is van een werkgeversvereniging toch gebonden aan cao-bepalingen door avv. In het systeem van *extension automatique* is er geen avv.

Het voordeel van het systeem van *extension automatique* is dat er geen onderscheid meer is tussen de twee categorieën werknemers, maar het nadeel is dat er nog wel een onderscheid is tussen de werkgevers. Door artikel 14 Wet CAO uit te breiden kan het onderscheid tussen de werknemers verdwijnen. Een uitbreiding van artikel 14 Wet CAO zou kunnen zijn dat de betreffende werknemers vallende onder artikel 14 Wet CAO hun cao-rechten kunnen afdwingen. Iedere werknemer heeft dan dezelfde rechten. Zou je dan de werknemers die lid zijn van een werknemersvereniging niet enigszins tegemoet kunnen komen? Hier zou je dus, zoals Grapperhaus dit aangeeft, aan een vergoeding kunnen denken voor werknemers die geen lid zijn van een werknemersvereniging. Deze vergoeding zou door de Belastingdienst kunnen worden geïnd via de premies werkgevers. Iedere branche wordt van overheidswege ingedeeld in een sector voor de werkgeverslasten, zodat deze ook per branche kunnen worden vastgesteld. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat een werkgever per werknemer bijvoorbeeld € 10,00 betaald aan de werknemersverenigingen. Iedere werknemer profiteert er dan van. De werkgevers houden dan de werknemersverenigingen in stand. Is het wel redelijk dat de werkgevers de vakbonden in stand houden? Werkgevers hebben ook belang bij het tot stand komen van cao's en niet alleen werknemersverenigingen. Het belang van de

¹¹⁷ Loonstra & Zondag 2008, p. 632.

¹¹⁸ Grapperhaus SR 2002, p. 184 - 190; zie ook Loonstra & Zondag 2008, p. 632.

werkgever bij een cao is bijvoorbeeld dat als niet de hele bedrijfstak hetzelfde betaalt, mensen naar de best betaalde baan gaan zoeken waardoor er dus mensen gaan opzeggen en van baan gaan veranderen.

Ik denk dat het systeem van extension automatique niet praktisch toepasbaar is in Nederland, omdat er dan nog steeds een onderscheid is tussen een gebonden en ongebonden werkgever. Door dit systeem hoeft een ongebonden werkgever geen cao toe te passen, er is in dit systeem geen avv waardoor een ongebonden werkgever niet gebonden kan worden aan cao-bepalingen. In Nederland wordt juist door avv een werkgever toch gebonden en moet hij de cao-bepalingen toepassen, waardoor het onderscheid in werkgevers verdwijnt. Het onderscheid van de werknemers is verdwenen in het systeem van extension automatique, maar ik vind dat dit onderscheid via een uitbreiding van artikel 14 Wet CAO eenvoudiger is op te lossen. Het punt is dan dat je de leden van een werknemersvereniging enigszins tegemoet zou moeten komen door niet-leden een vergoeding te laten betalen.

8.4.2 Aanbeveling: 'Cao's' via de Ondernemingsraden

Heel rigoureuus zou je het volledige systeem op de helling kunnen zetten, waarbij de Wet CAO en de Wet AVV worden afgeschaft. Het opstellen van de cao's per branche wordt overgelaten aan een instantie. Dat kan een afvaardiging zijn van het Ministerie, de vakverenigingen of de Ondernemingsraden. Deze entiteiten stellen branchegerelateerde regelingen op met een bepaalde werkingssfeer, zoals dat nu ook in de cao staat. De betreffende regeling is dan van toepassing op iedereen die in de betreffende branche werkzaam is.

Als bijvoorbeeld Ondernemingsraden 'cao's' gaan opstellen is er geen onderscheid meer in leden en niet-leden voor zowel de werkgever als de werknemer, de Wet CAO is niet meer nodig en cao-bepalingen hoeven niet meer algemeen verbindend te worden verklaard. De WOR zou dan moeten worden aangepast/veranderd. In de WOR zou een artikel moeten worden opgenomen dat de Ondernemingsraden zich per branche moeten verenigen en gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden. In de praktijk komt het al voor dat Ondernemingsraden binnen een branche periodiek gezamenlijk overleggen. Indien de verantwoordelijkheid bij de Ondernemingsraden wordt gelegd worden de kleine bedrijven zonder Ondernemingsraad buiten spel gezet. Dat zou ervoor pleiten de (eind)verantwoordelijkheid te leggen bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Of het huidige systeem van de collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen nog lang stand zal houden is onduidelijk, maar het is wel duidelijk dat er steeds meer bezwaren zijn tegen het huidige stelsel van doorwerking van cao-bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst.

Literatuurlijst

Boeken:

Baarda, De Goede & Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede & J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief Onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen: Stenfert Kroese 2005.

Bastiaans e.a. 2004

M.H. Bastiaans e.a., *Leidraad voor juridische auteurs*, Deventer: Kluwer 2004.

Fase & Van Drongelen 2004

W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht. Het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Genderen e.a. 2006

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Van Grinsven & Geugjes 2006

P.M.H.J. van Grinsven & H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Grit 2000

R. Grit, *Projectmanagement*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2000.

Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2006

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp (bewerkt door), *Arbeidsrecht tekst & commentaar. De tekst van Titel 7.10 BW en andere relevante regelgeving met betrekking tot arbeidsrecht, voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.

Hogeweg 2004

R. Hogeweg, *Een Goed Rapport. Aanwijzingen voor de verzorging van rapporten, scripties en verslagen*, Utrecht/Zutphen: ThiemeMeulenhoff 2004.

Jacobs 2003

A.T.J.M. Jacobs, *Monografieën Sociaal Recht. Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

De Korte e.a. 2000

T. de Korte e.a., *De cao van de toekomst*, 's-Gravenhage: Berenschot Fundatie/Elsevier bedrijfsinformatie BV 2000.

Loonstra & Zondag 2008

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Olbers 2007

M.M. Olbers (bewerkt door), *Arbeidsovereenkomst. Artikelsgewijs commentaar (Wet CAO)*, Deventer: Kluwer 2007.

Schippers & Vogels 2003

L. Schippers & H.J.P. Vogels, *Gids voor cao's*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2002.

Vogels 2003

H.J.P. Vogels, *Cao-wijzer. Een praktische gids voor iedereen die met cao's werkt*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

Artikelen in tijdschriften:**Verhulp 2008**

E. Verhulp, 'Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart dingend recht?', *SMA* 2008 - 2, p. 91 - 97.

Beltzer 2006

R.M. Beltzer, 'JAR Verklaard', *JAR* 2006 - 4, p. 6 - 9.

Bungener & Koot - Van der Putte 2006

A.F. Bungener & E. Koot - Van der Putte, 'Incorporeren van een cao door een ongebonden werkgever', *SR* 2006 - 7/8, p. 227 - 232.

Grapperhaus 2002

F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao', *SR* 2002 - 4, p. 184 - 190.

Jaspers 2005

A.Ph.C.M. Jaspers, 'De Gordiaanse knoop van samenlopende cao's', *SR* 2005 - 11, p. 362 - 375.

Jurisprudentie:

Hoge Raad

- HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40.
- HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38.
- HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 153.
- HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 709.
- HR 28 januari 1994, *JAR* 1994/47.
- HR 2 april 1993, *JAR* 1993/100.
- HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 70.
- HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147.
- HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348.
- HR 19 maart 1976, *NJ* 1976, 407.
- HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

- HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83.

Gerechtshoven

- Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12.

Rechtbank

- Rechtbank Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228.

Sector Kanton

- Kantonrechter. 's-Gravenhage 19 oktober 2006, *JAR* 272/2006.

Richtlijn:

Richtlijn 2001/23/EG

Richtlijn nr. 2001/23/EG (*PbEG* 2001 L 82/16).

Internet:

- Wet- en regelgeving <www.overheid.nl> (Geraadpleegd op: 7 februari 2008).
- Van den Boomen <www.boomen.nl/algemeen/> (Geraadpleegd op: 11 februari 2008)
- Van den Boomen Advocaten <www.boomen.nl/vdba/> (Geraadpleegd op: 11 februari 2008).
- Van den Boomen extranet <www.witloxvandenboomen.nl/extranet/>

- (alleen intern) (Geraadpleegd op: 13 februari 2008).
- Centraal Bureau voor de Statistiek 'Beroepsbevolking; geslacht en leeftijd 2006', <<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=60035NED&D1=1&D2=a&D3=a&D4=0,5-6&D5=I&VW=T>> (Geraadpleegd op: 28 mei 2008).
 - Centraal Bureau voor de Statistiek 'Historie leden vakvereniging 2006', <[http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=70061NED&D1=0&D2=\(I-11\)-I&VW=T](http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=70061NED&D1=0&D2=(I-11)-I&VW=T)> (Geraadpleegd op: 28 mei 2008).
 - www.vno-ncw.nl <<http://www.vno-ncw.nl/web/show/id=96682>> (Geraadpleegd op: 28 mei 2008).

Figuren:

- Omslag: logo Van den Boomen Advocaten, Belastingadviseurs & Notarissen <www.boomen.com> (Geraadpleegd op: 29 mei 2008).
- Omslag: handen <www.fokkevanalphen.nl> (Geraadpleegd op: 29 mei 2008).

Niet gepubliceerde werken:

- Verhoeven & S. van den Boomen, Bedrijfspresentatie Witlox en Van den Boomen, 12 februari 2008.