

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/128316>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-25 and may be subject to change.

Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke CAO

HR 20 december 2002, JAR 2003/19 en NJ 2003, 153, m.nt. TK
(Bollemeijer/TPG Post BV)

CAO; driekwart-dwingend recht; gebondenheid; Wet CAO; rol sociale partners; algemeenverbindendverklaring

1 Feiten

Bauke Bollemeijer is ingaande 1 september 1994 bij PTT Post in dienst getreden als postbesteller. Het betrof een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 januari 1996. In de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is de volgende bepaling opgenomen: 'Op deze overeenkomst is van toepassing de geldende CAO alsmede de later overeen te komen wijzigingen daarvan. [...] Een exemplaar van de CAO wordt aan de werknemer uitgereikt.'

In de periode van 1994 tot en met 1996 gold de CAO voor de Koninklijke PTT Nederland (verder: de KPN CAO). De achtereenvolgens geldende versies van deze CAO bevatten een bepaling omtrent arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die limitatief de gronden opsomde voor het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en aan voortzetting van het bepaaldetijdcontract na zekere tijd de consequentie verbond dat de arbeidsovereenkomst geacht werd te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.

De arbeidsovereenkomst van Bollemeijer werd na het verstrijken van de overeengekomen duur vijf maal verlengd; eerst tot 1 februari 1996, en vervolgens tot 1 maart 1996, tot 1 maart 1997, tot 1 januari 1998 en uiteindelijk tot 1 april 1998. Toepassing van de KPN CAO zou meebrengen dat Bollemeijer geacht moest worden inmiddels voor onbepaalde tijd in dienst te zijn getreden. De brieven waarmee PTT Post de op de eerste arbeidsovereenkomst volgende overeenkomsten heeft vastgelegd, bevatten echter telkens (met verschillen in de exacte formulering) de volgende passages:

'Op dit moment heeft u een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd [...]. Ik heb echter besloten gebruik te maken van de afspraken die gemaakt zijn met de vakorganisaties over het gebruik van de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, in het kader van Briefpost 2000. [...] Per [datum] zal het contract van rechtswege eindigen.'

De brieven zijn door Bollemeijer steeds voor akkoord getekend.

De verwijzing naar Briefpost 2000 betreft een aantal afspraken die in 1993 tussen PTT Post en verschillende vakorganisaties tot stand zijn gekomen in verband met een ingrijpende reorganisatie bij het postbedrijf. Tot de afspraken behoorde een uitbreiding van de mogelijkheid om gebruik te maken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in afwijking van het bepaalde in de KPN CAO. Deze uitbreiding was als volgt geformuleerd:

‘de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen telkens met maximaal 1 jaar [...] schriftelijk verlengd worden; de verlenging(en) word(t)(en) uitsluitend toegestaan met het oog op de uitvoering van deze reorganisatie; er wordt niet stilzwijgend verlengd. Dat betekent dat voor afloop van de bepaalde tijd nagegaan moet worden of er aanleiding is de overeenkomst te verlengen. Als dat het geval is, dient dit schriftelijk, met opgave van de redenen van verlenging, vastgelegd te worden.

In geval van verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is voor de beëindiging geen voorafgaande opzegging vereist.’

De afspraken in het kader van Briefpost 2000 zijn conform artikel 4 van de Wet op de Loonvorming aangemeld bij het ministerie van SZW en hebben in oktober 1993 de status van CAO verkregen. Zij zijn niet algemeen verbindend verklaard. Bollemeijer is geen lid van een van de contracterende vakorganisaties.

PTT Post heeft Bollemeijer op zeker moment laten weten dat na 1 april 1998 geen verdere verlenging meer zal plaatsvinden en dat de arbeidsovereenkomst daarom per die datum van rechtswege zal zijn geëindigd. Bollemeijer stelt zich dan op het standpunt dat ingevolge (het destijds geldende) artikel 7:668, derde lid, (oud) BW voor beëindiging van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opzegging vereist is. Op grond van artikel 7:668, vijfde lid, (oud) BW kon bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan van dit opzeggingsvereiste worden afgevoerd. De KPN CAO voorziet echter niet in een dergelijke afwijking. De CAO Briefpost 2000 is volgens Bollemeijer niet van toepassing, nu deze toepasselijkheid niet is overeengekomen. Een en ander brengt volgens hem mee dat PTT Post op grond van artikel 6 BBA een ontslagvergunning had dienen aan te vragen. Nu zij dit heeft nagelaten, doet Bollemeijer een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 9 BBA en vordert doorbetaling van zijn loon vanaf 1 april 1998. Ook als de CAO Briefpost 2000 wel op de arbeidsovereenkomst van toepassing wordt geacht, acht Bollemeijer toewijzing van de loonvordering gerechtvaardigd. De beëindiging van rechtswege is volgens

hem namelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid, aangezien de reorganisatie op de locatie waar hij te werk was gesteld nog niet was afgerond en er nog voldoende werk voor hem voorhanden was.

PTT Post betoogt dat Briefpost 2000 een wijziging van de KPN CAO behelst en daarmee één geheel vormt. De aldus gewijzigde KPN CAO is op grond van de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst op de rechtsverhouding met Bollemeijer van toepassing geworden. In elk geval volgt die toepasselijkheid volgens PTT Post uit de telkens herhaalde, expliciete verwijzing naar Briefpost 2000 in de door Bollemeijer voor akkoord getekende verlengingscontracten.

2 Procesverloop

De kantonrechter neemt het primaire standpunt van Bollemeijer over en wijst de loonvordering toe. De kantonrechter stelt voorop dat een CAO niet automatisch deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst met een 'ongeorganiseerde' werknemer. Briefpost 2000 is volgens de kantonrechter geen later overeengekomen wijziging van de KPN CAO, waarmee Bollemeijer zich op voorhand akkoord had verklaard, omdat daarover al vóórdat de eerste arbeidsovereenkomst totstandkwam met de vakorganisaties afspraken waren gemaakt en omdat de regeling niet werd verwerkt in de latere KPN CAO's. Het betrof derhalve een afzonderlijke CAO.

Het door PTT Post ingestelde hoger beroep wordt door de rechtbank gegrond bevonden. De rechtbank overweegt daarbij dat de vraag of de verwijzing naar de 'geldende CAO alsmede de later overeen te komen wijzigingen' in de eerste arbeidsovereenkomst ertoe kan leiden dat daarbij ook de CAO Briefpost 2000 van toepassing werd, geen beantwoording behoeft. Bollemeijer heeft zich telkens expliciet akkoord verklaard met de afspraak dat zijn arbeidsovereenkomst overeenkomstig de mogelijkheden die Briefpost 2000 biedt, werd verlengd voor bepaalde tijd zonder dat voor de beëindiging van die verlengde overeenkomst opzegging vereist was. Daarmee heeft Bollemeijer naar het oordeel van de rechtbank aanvaard dat in ieder geval dit element van de CAO Briefpost 2000 op zijn arbeidsverhouding met PTT Post van toepassing werd. Volgens de rechtbank is essentieel:

- 1 dat de afwijking van de wettelijke regeling ten aanzien van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd plaatsvond bij CAO, en
- 2 dat Bollemeijer deze afwijking heeft aanvaard.

De vraag of Bollemeijer daarmee de gehele CAO Briefpost 2000 heeft aanvaard en of hij zich destijds bewust was van de CAO-status van de Briefpost-regeling, hetgeen Bollemeijer betwist, acht de rechtbank niet relevant.

Een en ander brengt mee dat de laatste arbeidsovereenkomst van Bollemeijer naar het oordeel van de rechtbank in beginsel kon eindigen in verband met het verstrijken van de overeengekomen looptijd. Het betoog van Bollemeijer dat PTT Post in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid verwerpt zij op de grond dat de mogelijkheden waarvan PTT Post zich heeft bediend, zijn gecreëerd door een in overleg met de vakorganisaties opgestelde CAO. Doel van deze regeling was de arbeidsovereenkomsten met na de aanvang van de reorganisatie in dienst gekomen werknemers flexibel te kunnen beëindigen, ten behoeve van de noodzaak bestaande werknemers met een dienstverband voor onbepaalde tijd op enig gewenst moment van andere werkzaamheden binnen PTT Post te kunnen voorzien. Dat dit leidde tot repeterende dienstverbanden voor bepaalde tijd voor deze nieuwe werknemers is volgens de rechtbank inherent aan realisering van deze (in beginsel legitiem te achten) doelstelling en op zichzelf dus niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid.¹

3 De Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het door Bollemeijer ingestelde beroep in cassatie. Het rechtscollege stelt voorop dat, nu de CAO Briefpost 2000 niet algemeen verbindend is verklaard en Bollemeijer geen lid is van een van de daarbij betrokken contracterende vakorganisaties, deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen PTT Post en Bollemeijer. De CAO Briefpost 2000 is door partijen ook niet op de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaard. Dit betekent dat de in artikel 7:668, vijfde lid, (oud) BW voorziene mogelijkheid van afwijking bij CAO, niet kan worden gegrond op rechtstreekse toepasselijkheid van de desbetreffende bepaling in deze CAO. Dit neemt volgens de Hoge Raad evenwel niet weg dat, nu bij de verlengingen van de arbeidsovereenkomst telkens door partijen uitdrukkelijk is overeengekomen dat de voor bepaalde tijd verlengde overeenkomst van rechtswege zou eindigen, en daarbij is verwezen naar de afspraken die zijn gemaakt met de vakorganisaties over het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het kader van Briefpost 2000, de afwijking van artikel 7:668 lid 3 (oud) als geldig moet worden aangemerkt. Het rechtscollege overweegt:

1 De meer subsidiair gevorderde gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatige beëindiging van het dienstverband wordt uiteindelijk wel toegewezen. Deze vordering was gebaseerd op het feit dat de laatste verlenging pas na afloop van de voorlaatste verlenging werd aangeboden. Op de brief waarin de (laatste) arbeidsovereenkomst tot 1 april 1998 werd vastgelegd, had Bollemeijer daarom aangegeven 'onder protest' te tekenen.

'Het gaat hier om een geval dat afwijking van een bepaling van dwingend recht (slechts) bij CAO mogelijk is, terwijl een CAO die niet rechtstreeks van toepassing is, een zodanige afwijking inhoudt. Aangenomen moet dan worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een CAO, ook ingeval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.'

Ook Bollemeijers klacht dat de Rechtbank zijn beroep op strijd met de redelijkheid en billijkheid niet zonder meer had mogen verwerpen, omdat hij had aangevoerd dat hij niet overcompleteet was en er nog genoeg werk voor hem was, kan hem niet baten. Deze klacht miskent volgens de Hoge Raad dat gelet op artikel 6:248 lid 2 BW alleen dan zou kunnen worden geoordeeld dat de overeengekomen beëindiging van rechtswege niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

4 Commentaar²

4.1 De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst kent diverse bepalingen waarvan slechts (ten nadele van de werknemer) kan worden afgeweken bij CAO of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.³ Ter onderscheiding van de bepalingen waarvan alleen schriftelijk kan worden afgeweken, en die met de term semi-dwingend recht plegen te worden aangeduid,⁴ spreekt men van driekwart-dwingend recht.⁵ De in driekwart-dwingend recht geregelde materie is aan de rege-

2 Met dank aan mw. mr. S.S.M. Peters, als junior onderzoeker verbonden aan de vaksectie Sociaal Recht van de Katholieke Universiteit Nijmegen, voor haar inspirerende bijdrage bij de gedachtevorming omtrent dit onderwerp.

3 De laatste mogelijkheid ziet met name op de bevoegdheid van de Minister van SZW om onder bepaalde voorwaarden regelingen met een zelfde inhoud als een CAO vast te stellen, voorzien in art. 5 en 6 Wet op de loonvorming (Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 5), maar omvat bijvoorbeeld ook het besluit van de minister tot algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen (zie M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn 1954, p. 19 en M.M. Olbers, Het regelingsbereik van de CAO, SMA 1992, p. 660).

4 Asser-Scholten, Algemeen Deel, Zwolle 1931, p. 30.

5 De term werd voor het eerst gebruikt door Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, p. 18.

lingsmacht van werkgever en werknemer onttrokken. Individueel overeengekomen afwijkingen zijn nietig.⁶

Driekwart-dwingendrechtelijke bepalingen werden in het BW geïntroduceerd bij de herziening van het ontslagrecht in 1954.⁷ Ongelijkheidscompensatie door gebruik te maken van ('absoluut') dwingend recht werd niet langer noodzakelijk geacht, indien de belangen van de werknemers op andere wijze voldoende gewaarborgd zijn. De noodzaak instemming te verkrijgen van de vakorganisaties, die in staat moeten worden geacht op basis van gelijkwaardigheid met de werkgevers(organisaties) te onderhandelen, werd in dat kader toereikend geacht.⁸

Driekwart-dwingend recht wordt door de wetgever met name gehanteerd indien het zinvol wordt geacht de sociale partners de mogelijkheid te bieden de regelgeving aan te passen aan de specifieke behoeften van de betreffende onderneming of bedrijfstak.⁹ Belangrijke voorbeelden van driekwart-dwingend recht zijn artikel 7:628 BW (het vervallen van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever indien de werknemer langer dan zes maanden in dienst is), artikel 7:639 BW (betreffende het verstrekken van vakantiebonnen), artikel 7:652 BW (een langere dan de wettelijke duur van de proeftijd bij arbeidsovereenkomsten voor (betrekkelijk) bepaalde tijd), artikel 7:668a BW (het niet omzetten van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd), artikel 7:670 BW (de uitzondering op bepaalde opzegverboden) en artikel 7:672 BW (verkorting van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn). Bepalingen waarvan niet individueel, maar wel op collectief niveau kan worden afgeweken vinden we verder onder meer in de Arbeidstijdenwet, de Wet aanpassing arbeidsduur en de Wet arbeid en zorg. Omdat bij de betreffende bepalingen in deze drie wetten afwijking niet alleen is toegestaan bij CAO of publiekrechtelijke regeling, maar onder omstandigheden ook op grond van een overeenkomst met de OR of de personeelsvertegenwoordiging, worden zij wel aangeduid met de term 'vijfachtste' of 'tweederde' dwingend recht.¹⁰

6 Kamerstukken II 1993/94, 23 438 (Vaststellingswet titel 7.10 NBW), nr. 3, p. 9; W. Snijders, Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht, SR 2002, p. 143-144.

7 Wet van 17 december 1953, Stb. 619.

8 Vergelijk Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, p. 18-19. Levenbach bepleitte de mogelijkheid van een afwijkende regeling bij CAO reeds in zijn opstel *Organisatievormen in het Nederlandse arbeidsrecht*, Haarlem 1939, p. 39.

9 Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1 (Notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht'), p. 5; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer 2003, p. 159.

10 Zie E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam 2002, p. 11.

In het te becommentariëren arrest gaat het met name om de vraag of werknemers op wie een CAO niet rechtstreeks van toepassing is, gebonden kunnen zijn aan in een CAO opgenomen bepaling die afwijkt van driekwartdwingend recht en zo ja, welke voorwaarden aan die gebondenheid moeten worden gesteld. Die vraag zal ook in dit commentaar centraal staan, zij het dat ik niet wil nalaten hier nogmaals te wijzen op de slotoverweging van het arrest. Het betreft een belangrijke overweging, omdat de Hoge Raad daarin voor het eerst erkent dat redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op het overeengekomen tijdstip van rechtswege eindigt.

4.2 Om de rechtswerking van een CAO te kunnen beoordelen, moet worden onderscheiden tussen algemeenverbindendverklaarde en niet-algemeenverbindendverklaarde CAO-bepalingen.

Gebonden aan een niet-algemeenverbindendverklaarde CAO-bepaling zijn in de eerste plaats de contracterende partijen. Dat zijn, aan de ene zijde, een of meer werkgevers of een of meer verenigingen van werkgevers en, aan de andere zijde, een of meer verenigingen van werknemers (art. 1 lid 1 Wet CAO). Voor de bij de totstandkoming van een CAO betrokken verenigingen geldt dat zij moeten beschikken over volledige rechtsbevoegdheid. Om de overeenkomst de status van CAO toe te kennen, is bovendien vereist dat de statuten van die verenigingen de bevoegdheid tot het aangaan van CAO's met name noemen (art. 2 Wet CAO). De ratio van dit vereiste is dat degenen die toetreden tot de vereniging zich ervan bewust dienen te zijn dat zij toetreden tot een organisatie die hun contractsvrijheid in belangrijke mate kan beperken.¹¹ Op grond van artikel 9 Wet CAO zijn namelijk ook deze leden aan de CAO gebonden, mits zij bij de CAO zijn 'betrokken'. Het vereiste van betrokkenheid betreft de vraag of de arbeidsverhouding onder de werkingsfeer van de CAO valt.¹²

Voor de beoordeling van de vraag of niet-algemeenverbindendverklaarde CAO-bepalingen de individuele arbeidsrelatie beïnvloeden, moeten we eerst vaststellen of beide partijen in vorenbedoelde zin aan die CAO gebonden zijn. Is dat het geval, dan werkt de CAO automatisch en dwingend door in de arbeidsovereenkomst. Met de CAO strijdige bedingen zijn nietig en worden vervangen door de betreffende CAO-bepalingen (art. 12 Wet CAO).¹³ Vanwege

11 Vergelijk W.J.P.M. Fase, C.A.O.-recht, Alphen aan den Rijn 1982, p. 28.

12 Zo worden bijvoorbeeld in menige CAO de hogere functiegroepen uitgesloten. Het betreft in totaal ongeveer 56 000 werknemers: Kamerstukken I 2001/02, 22a (Notitie 'CAO-loosheid'), p. 2 en 6.

13 Zij worden ook niet geconverteerd in een rechtsgeldige afspraak na afloop van de CAO: HR 28 mei 1999, JAR 1999/131 (Kuypers II).

het minimumkarakter van vele CAO's zal dit lot vaak slechts de afwijkingen ten nadele van de werknemer treffen. Ontbreken in de individuele arbeidsovereenkomst bepalingen omtrent aangelegenheden die in de CAO wel regeling hebben gevonden, dan vult de CAO de individuele arbeidsovereenkomst op die punten aan (art. 13 Wet CAO).

De arbeidsvoorwaarden die krachtens artikel 12 en 13 Wet CAO deel zijn gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst behouden in beginsel hun werking na het verstrijken van de looptijd van de CAO. Men spreekt in dat verband van 'nawerking'.¹⁴ Met het verstrijken van de looptijd herleeft wel de vrijheid van partijen om anders overeen te komen dan de CAO voorschreef.

4.3 De gebonden werkgever is op grond van artikel 14 Wet CAO verplicht de CAO-bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten met werknemers die niet door de CAO gebonden zijn. Men spreekt in dat verband wel van 'ongeorganiseerden', maar zuiver is die aanduiding niet, omdat ook de werknemers die lid zijn van een vakorganisatie onder artikel 14 Wet CAO vallen, als hun vakorganisatie geen partij is bij de CAO.¹⁵

Hoewel de wet de verplichting beperkt tot de arbeidsovereenkomsten die de gebonden werkgever tijdens de looptijd van de CAO 'aangaat' met niet-gebonden werknemers, wordt algemeen aangenomen dat zij ook geldt ten aanzien van de werknemers met wie reeds een arbeidsovereenkomst bestond.¹⁶ Artikel 14 Wet CAO is van regelend recht. Dat CAO-partijen anders overeenkomen, komt echter zelden voor.

Artikel 14 Wet CAO is met name bedoeld om CAO-partijen en hun leden te beschermen. Het beoogt te voorkomen dat gebonden werkgevers uit kostenoverwegingen de voorkeur zouden geven aan niet- of anders-georganiseerden, die zij arbeidsvoorwaarden zouden kunnen aanbieden op een lager niveau dan de CAO voorschrijft.¹⁷ De niet-gebonden werknemer kan aan artikel 14 Wet CAO geen aanspraak op naleving van de CAO door de gebonden werkgever ontlenen.¹⁸ Een sanctie als in artikel 12 en 13 Wet CAO is voor

14 Zie onder meer HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70.

15 F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht (diss. Rotterdam), Deventer 1987, p. 88.

16 Vergelijk Fase, C.A.O.-recht, p. 55-57; Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, p. 88.

17 Vergelijk Kamerstukken II 1926/27, nr. 166, Verslag, p. 26 en Kamerstukken I 2001/02, 222a (Notitie '(Zelf)regulering)', nr. 9b, p. 5.

18 Zie HR 7 juni 1957, NJ 1957, 527, m.nt. MBV (Suk/Brittania).

de situatie waarop artikel 14 het oog heeft door de wetgever bewust achterwege gelaten om te voorkomen dat de CAO een algemeen verbindend karakter zou krijgen.¹⁹ Dit betekent echter ook dat van de CAO afwijkende afspraken in de verhouding tussen gebonden werkgever en niet-gebonden werknemer rechtsgeldig kunnen worden overeengekomen. De werkgever zal in dat geval wel door de CAO-partijen kunnen worden aangesproken tot nakoming en/of schadevergoeding uit hoofde van artikel 15 en 16 Wet CAO.

4.4 Hoewel de Wet CAO een scherp onderscheid maakt tussen de gebondenheid van werknemers die wel en werknemers die niet zijn aangesloten bij een van de contracterende vakorganisaties, wordt dit verschil in de praktijk nauwelijks gevoeld. Dat is in de eerste plaats het gevolg van het feit dat bepalingen uit veel bedrijfstak-CAO's door de minister algemeen verbindend worden verklaard. In dat geval kunnen ook de niet- of elders-georganiseerde werknemer en zijn, al dan niet gebonden, werkgever in de betreffende sector zich jegens elkaar rechtstreeks op de CAO-bepalingen beroepen.

De algemeenverbindendverklarde bepalingen werken op grond van artikel 3, eerste en derde lid, Wet AVV automatisch, dwingend en aanvullend door in de arbeidsverhoudingen waarvoor de algemeenverbindendverklaring plaatsvindt. Het betreft een daad van materiële wetgeving. Door de verbindendverklaring worden de betreffende CAO-bepalingen algemeen verbindende voorschriften in de zin van artikel 3:1 Algemene wet bestuursrecht en recht in de zin van artikel 79 Wet op de Rechterlijke Organisatie, over schending waarvan derhalve in cassatie kan worden geklaagd en waarvan de interpretatie in cassatie volledig op juistheid kan worden getoetst.²⁰

Hoewel de wettelijke bepalingen vrijwel exact overeenkomen, is er een belangrijk verschil tussen de doorwerking gebaseerd op artikel 3 Wet AVV en de doorwerking die plaatsvindt op grond van artikel 12 en 13 Wet CAO. Voor de arbeidsverhouding van de werkgever en werknemer die enkel op grond van algemeenverbindendverklaring aan de CAO-bepalingen gebonden zijn, geldt dat zij zich na het verstrijken van de looptijd van verbindendverklaring in beginsel niet meer op de CAO-bepalingen kunnen beroepen. Deze bepalingen werken derhalve als regel niet na.²¹ Welke arbeidsvoorwaarden hebben te gelden in de periode na afloop van de algemeenverbin-

19 L.G. Kortenhorst & Mac M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Zwolle 1930, p. 121.

20 Zie onder meer HR 10 juni 1988, NJ 1988, 846; HR 21 december 2001, JAR 2002/20 en Kamerstukken I 2001/02, 222a (Notitie '(Zelf)regulering'), nr. 9b, p. 6.

21 HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 (Hop/Hom); HR 10 januari 2003, JAR 2003/38, ARA 2003/1, p. 30 e.v. (Beltzer). Voor tijdens de looptijd 'verkregen rechten' die betrekking hebben op een periode die doorloopt na einde van de algemeenverbindendverklaring heeft de Hoge Raad een uitzondering gemaakt: HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420, m.nt. Stein (Beenen/Vanduho) en HR 7 juni 2002, JAR 2002/154. Zie ook: E. Verhulp, *Nawerking: het volle pond graag!*, ArbeidsRecht 2002/10, 52.

dendverklaring moet worden vastgesteld aan de hand van wat partijen ter zake uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten.²² Daarbij kan mede van belang zijn welke functie de betrokken werknemer bekleedt en wat zijn loonniveau is, alsmede welke voorwaarden eerder uit hoofde van de algemeenverbindendverklaring van toepassing waren.²³

4.5 Ook als de CAO-bepalingen niet algemeen verbindend zijn verklaard, zal bij de toepassing van de CAO door de gebonden werkgever in de praktijk zelden tot nooit onderscheid worden gemaakt tussen werknemers die zijn aangesloten bij een van de contracterende vakorganisaties en andere werknemers.²⁴ De werkgever zal de CAO-bepalingen als regel beschouwen als 'algemene voorwaarden', die hebben te gelden voor alle werknemers werkzaam in een functie die onder de werkingssfeer van de CAO valt.²⁵ Ook in deze situatie zal de niet- of elders-georganiseerde werknemer als regel aanspraak kunnen maken op naleving van de CAO-bepalingen. De gebondenheid van partijen aan de CAO ontstaat echter niet van rechtswege op grond van de Wet CAO of de Wet AVV, maar vloeit voort uit hetgeen partijen zijn overeengekomen. Het gaat hier anders dan in de hiervoor besproken gevallen met andere woorden niet om een gebondenheid *ex lege*, maar *ex contractu*.²⁶ De CAO wordt door partijen als het ware geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. Om vast te stellen dat zulks inderdaad is gebeurd, zal, net als in de eerder aangeduide situatie na afloop van een algemeenverbindendverklaring (zie 4.4), moeten worden gezien wat partijen over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten. Vaak zal het niet zo lastig zijn om vast te stellen of partijen de CAO-bepalingen van toepassing hebben willen verklaren, omdat bij het aangaan van de

22 Vergelijk HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. Brunner (Haviltex). N.B.: het gaat hier om de vaststelling van de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst, niet om de uitleg van CAO-bepalingen. In dat laatste geval is het Haviltexcriterium niet van toepassing omdat de werknemer niet betrokken is bij de totstandkoming van de CAO. Zie onder meer HR 17 september 1993, NJ 1993, 173, m.nt. Stein (Gerritse/Has) en HR 26 mei 2000, JAR 2000/151 (Akzo Nobel Kabel), alsmede E. Verhulp, De uitleg van CAO-bepalingen, ARA 2003/1, p. 4 e.v.

23 HR 2 april 1993, NJ 1993, 612, m.nt. Stein, TVVS (Bongers/KSB)

24 Men kan zich zelfs afvragen of een dergelijk onderscheid te rechtvaardigen is. Zie daarover onder meer B.S. Frenkel, Begunstiging van georganiseerden, in: Schetsen voor Bakels, Deventer 1987, p. 61 en W.J.P.M. Fase, Alleen voor leden?, SMA 1987, p. 291 e.v. Ontkennend met betrekking tot het al dan niet verlenen van een garantie tegen gedwongen ontslag: Pres. Rb. Arnhem 6 december 1996, JAR 1997/10.

25 De regeling betreffende algemene voorwaarden in titel 6:5 BW is echter niet van toepassing op CAO's (art. 6:245 BW).

26 Vergelijk Jacobs, Collectief arbeidsrecht, p. 97.

arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk (mondeling of schriftelijk) naar een bepaalde CAO is verwezen.²⁷ Ook dan kan er echter reden zijn voor twijfel. Moet bijvoorbeeld een verwijzing naar de geldende CAO geacht worden tevens de toekomstige CAO's te omvatten? Ik ben geneigd voor wat betreft gebonden werkgevers bevestigende beantwoording van deze vraag als uitgangspunt te hanteren. Het ligt immers in de rede dat de werkgever beoogt in zijn bedrijf voor al zijn werknemers, georganiseerd of niet, eenheid in het arbeidsvoorwaardenregime te creëren.²⁸

Hebben partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet expliciet (schriftelijk of mondeling) naar de CAO verwezen, dan kunnen de CAO-bepalingen niettemin van toepassing zijn, omdat zij stilzwijgend van toepassing zijn verklaard.²⁹ Het in de literatuur wel verdedigde standpunt dat dit het uitgangspunt moet zijn behoudens ondubbelzinnige verklaringen van het tegendeel,³⁰ gaat mij echter te ver. Om aan een niet-handelen van een van hen (als regel: de werknemer) de conclusie te verbinden dat partijen de CAO van toepassing hebben verklaard, is naar mijn mening vereist dat de wil van de wederpartij om zulks te doen zich op een of andere manier heeft geopenbaard. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de omstandigheid dat de CAO bij aangaan van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer werd overhandigd en vervolgens feitelijk is toegepast.³¹

27 Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 2003, JAR 2003/40 (werknemer door verwijzing in de individuele arbeidsovereenkomst gebonden aan in de CAO neergelegd arbitraal beding). In dit kader is tevens van belang dat art. 7:655 lid 1 onder 1 BW sinds de Wet van 2 december 1993, Stb. 635 bepaalt dat de werkgever aan de werknemer schriftelijk onder meer moet opgeven of en zo ja, welke CAO van toepassing is. Deze opgaveplicht past in het streven gemaakte afspraken duidelijk vast te leggen. Vergelijk W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, twintigste druk, Deventer 2002, p. 46.

28 Zie Rb. 's-Hertogenbosch 27 juni 1991, KG 1991, 232 (r.o. 4.5); Rb. Amsterdam 5 juni 1996, JAR 1996/139 en G. Hekkelman, De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de CAO, SMA 1979, p. 222-223. Overigens meen ik dat art. 7:613 BW bij wijzigingen van de toepasselijke CAO geen rol speelt, omdat het geen door de werkgever vastgestelde wijziging betreft. Vergelijk Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, p. 53.

29 Vergelijk: Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 1997, JAR 1997, 150; Hekkelman, De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de CAO, p. 225-228 (die overigens een uitzondering wenst te maken voor werknemers die lid zijn van een vakbond die de CAO niet heeft willen tekenen of niet is toegelaten tot het overleg vanwege haar afwijkende opvatting over de arbeidsvoorwaarden); Fase, C.A.O.-recht, p. 55; Arbeidsovereenkomst, Deventer, losbladig, art. 14 Wet CAO, aant. 5 (Olbers); I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase, H.L. Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht, Deventer 2000, p. 195. Anders Ktg. Leiden 21 januari 1987, Prg. 1989, 2991, m.nt. Mannoury; M. Jansen, Gebondenheid van werknemer en rechter aan het Sociaal Plan, als CAO overeengekomen, ArbeidsRecht 1997/1, 3.

30 G.C. Boot, De zieke werknemer in het sociaal plan, TVVS 1996, p. 221.

31 Vergelijk de overwegingen van de rechtbank in HR 10 juni 1983, NJ 1984, 60 en Rb. Amsterdam 14 januari 1998, JAR 1998/52 (partijen hebben zich gedragen als ware de geldende CAO van toepassing; stilzwijgende overeenstemming); Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, p. 89.

4.6 Ook buiten het geval dat de al dan niet gebonden werkgever en zijn niet-gebonden werknemer (uitdrukkelijk of stilzwijgend) overeenkomen de (niet-algemeenverbindendverklaarde) CAO toe te passen, kunnen zij onder omstandigheden jegens elkaar aanspraak maken op naleving van de daarin neergelegde bepalingen. Ik wijs in dat verband in de eerste plaats op artikel 7:618 BW.³² De werknemer heeft ingevolge deze bepaling recht op het loon dat ten tijde van de overeenkomst voor arbeid als de overeengekomene gebruikelijk was of, bij gebreke van een dergelijke maatstaf, op een loon dat met inachtneming van de omstandigheden van het geval naar billijkheid wordt bepaald. Dit beroep op het gebruik c.q. de billijkheid is evenwel slechts mogelijk indien partijen het loon niet zelf hebben vastgesteld.

Voor andere arbeidsvoorwaarden dan het loon biedt artikel 7:618 BW geen soelaas. Toch kan ook dan een beroep worden gedaan op de gewoonte en/of de redelijkheid en billijkheid om naleving van de CAO te bewerkstelligen. Voor de arbeidsovereenkomst geldt immers, net als voor elke andere overeenkomst, dat, indien partijen hun rechtsverhouding niet (volledig) hebben geregeld, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:248, eerste lid, BW een aanvullende bron van verbintenissen kunnen vormen. Zo kan een beroep op de gewoonte mogelijk uitkomst bieden, indien een werknemer die als regel werkzaam is binnen een bepaalde bedrijfstak waar de CAO algemeen (dat wil zeggen: ook door niet gebonden werkgevers) wordt toegepast, een arbeidsovereenkomst aangaat met een werkgever van wie na aanvang van de werkzaamheden blijkt dat hij zich niets aan deze CAO gelegen laat liggen.³³ Of partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met de gewoonte bekend waren, doet niet ter zake.³⁴

In de (wat oudere) literatuur vindt men ten slotte de opvatting dat de toepasselijkheid van een CAO ook op een bestendig gebruikelijk beding kan zijn gebaseerd.³⁵ Of deze mogelijkheid, nog daargelaten dat in het huidige BW een bepaling als 1383 (oud) ontbreekt, veel toevoegt aan de hiervoor besprokene, mag worden betwijfeld. Voor een beroep op een bestendig gebruikelijk beding is gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad in ieder geval vereist dat de wederpartij ermee bekend was of behoorde te begrijpen dat, ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toe-

32 Vergelijk A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, deel IIA, Het geldende recht, p. 384 met betrekking tot art. 1637q (oud) BW.

33 Een ander voorbeeld van toepassing van de CAO op grond van het gebruik vinden we in Rb. 's-Gravenhage 12 april 1989, Prg. 1989, 3084.

34 Vergelijk Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 293.

35 Zie onder meer E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst, met aantekeningen*, derde druk, Haarlem 1924, p. 44; P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden 1956, p. 31; Hekkelman, *De positie van de arbeiders*, bedoeld in artikel 14 van de wet op de CAO, p. 227.

passing zou zijn. Zo'n situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen indien partijen eerder met elkaar hebben gecontracteerd en het beding in eerdere contracten was opgenomen of in het geval dat partijen behoren tot een kring van contracterende partijen die zulk een beding steeds plegen te maken, of dat een van hen tot deze kring behoort en de wederpartij dit weet, een en ander in dier voege dat de wederpartij in verband hiermee op de gelding van het beding bedacht had behoren te zijn.³⁶ Veelal zal in deze situaties tevens sprake zijn van stilzwijgende aanvaarding van toepasselijkheid van de CAO, dan wel een rechtens relevante gewoonte om de CAO-bepalingen toe te passen. Ten aanzien van een in de CAO neergelegd vormvoorschrift (schriftelijkheid van een proeftijdbeding) met als sanctie nietigheid, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het niet kan gelden als bestendig gebruikelijk beding in individuele arbeidsovereenkomsten.³⁷

4.7 Diverse schrijvers hebben zich beziggehouden met de vraag of CAO-bepalingen die afwijken van driekwart-dwingend recht ook gelden tussen de werkgever en werknemer die niet krachtens de wet, maar krachtens de individuele arbeidsovereenkomst aan de CAO zijn gebonden. Ik zet de belangrijkste opvattingen op een rij.

In een opstel dat in 1979 in SMA verscheen,³⁸ bespreekt Hekkelman onder meer de vraag of niet- en anders-georganiseerde werknemers niet alleen door geschrift, maar ook door een mondelinge toepasselijkverklaring gebonden kunnen raken aan CAO-bepalingen die afwijken van semi-dwingend recht (zie daarover ook hierna 4.10). Hij concludeert dat zulks inderdaad het geval is. Een andersluidende zienswijze kan zijns inziens niet bevredigen, omdat zij de integrale doorwerking van de CAO op de arbeidsverhoudingen waarvoor zij is geschreven verhindert. Hebben CAO-partijen een regeling getroffen, dan bestaat naar zijn mening geen behoefte meer aan de, in het semi-dwingende karakter van de bepaling tot uitdrukking komende, bescherming van de individuele werknemer. Een andere opvatting over deze kwestie zou er volgens Hekkelman bovendien toe leiden, dat toepasselijkverklaringen van CAO-bepalingen waarin van driekwart-dwingend recht wordt afgeweken, nimmer het beoogde resultaat kunnen hebben. Die conclusie is volgens deze schrijver niet te rijmen met inhoud en strekking van artikel 14 Wet CAO. Voorts is zij in strijd met de aan de figuur van driekwart-dwingend recht ten grondslag liggende gedachte om de orga-

36 HR 21 september 1990, NJ 1991, 799, m.nt. Brunner. Vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 920.

37 HR 9 februari 1990, NJ 1991, 146, m.nt. Stein (Visser/Ohler). Destijds was schriftelijkheid van het proeftijdbeding nog geen wettelijk vereiste.

38 Hekkelman, De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de CAO, p. 215-229.

nisaties van werkgevers en werknemers de gelegenheid te geven om voor de betreffende onderneming of bedrijfstak een maatwerkregeling te realiseren. Immers, die doelstelling wordt miskend als die afwijkende regeling alleen voor gebonden werkgevers en werknemers zou gelden en niet voor de andere arbeidsovereenkomsten in de betrokken (groep van) onderneming(en). Hekkelman bepleit vervolgens een benadering die aanknoopt bij de hiërarchie van arbeidsrechtelijke normen en concludeert dat in geval van een uitdrukkelijke (mondelinge of schriftelijke) toepasselijkverklaring de geldigheid van de betreffende CAO-bepalingen moet worden aanvaard, ook voor wat betreft de van semi-dwingende en driekwart-dwingende wetgeving afwijkende bepalingen.

Volgens Olbers leidt een iets andere redenering tot hetzelfde resultaat.³⁹ Naar zijn mening kan gesteld worden dat door de CAO voor de gebonden werkgever de driekwart-dwingende wettelijke bepaling terugtreedt ten behoeve van de CAO-bepaling. Dit geldt niet alleen ten opzichte van de bij de CAO betrokken leden van de vakorganisaties, maar krachtens artikel 14 Wet CAO ook ten aanzien van niet gebonden werknemers met wie de gebonden werkgever een arbeidsovereenkomst sluit of heeft gesloten als in de CAO bedoeld. Ter onderbouwing van dit standpunt zoekt deze schrijver steun bij 'recente' wetgeving, die voorzieningen kent om CAO-bepalingen die afwijken van driekwart-dwingend recht ook van toepassing te verklaren op de werknemers van het bedrijf van de gebonden werkgever die niet bij de CAO betrokken zijn.⁴⁰ Daaruit blijkt dat de wetgever er vanuit gaat dat de afwijkende CAO-bepaling ook geldt ten aanzien van de 'artikel 14-werknemer'.

Van Tongeren verzet zich tegen de opvatting van genoemde schrijvers.⁴¹ Hoewel hij zich realiseert dat dit vervelende gevolgen kan hebben voor werkgevers en gebonden werknemers ziet hij geen goede (juridische) gronden om gebondenheid van de ongebonden werknemer op te funderen. Hem spreekt het werken met ficties, stilzwijgend aanvaarden van gebondenheid et cetera niet aan. Hij stelt dat het bij driekwart-dwingend recht om gewichtige belangen van de werknemer gaat. De wet eist een afwijking bij CAO, omdat daarin voor de vakbondsleden een waarborg is gelegen van een behoorlijke belangenafweging. Afstand doen van de in driekwart-dwingende bepalingen gewaarborgde aanspraken inzake loon, vakantiebijslag, ontslagbescherming en dergelijke door niet-vakbondsleden vergt daarom naar zijn mening een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verklaring. De stelling

39 M.M. Olbers, *Het regelingsbereik van de CAO*, SMA 1992, p. 661.

40 Olbers verwijst onder meer naar art. 16 Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag.

41 W.J.M. van Tongeren, *Gebondenheid van de ongebonden werknemer*, SR 1997, p. 48-50. Vergelijk F.B.J. Grapperhaus, *De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO*, SR 2002, p. 184-190.

dat de vakverenigingen niet alleen de belangen van eigen leden maar van alle werknemers dienen,⁴² kan hem niet overtuigen, omdat de afwijking van driekwart-dwingend recht niet plaatsvindt op het wettelijk vereiste (CAO-)niveau.

4.8 In zijn conclusie voor het hier besproken arrest geeft advocaat-generaal Spier aan dat de heersende opvatting is dat toepasselijkheid van een niet-algemeenverbindendverklarde CAO in elk geval kan worden aangenomen ingeval de gebonden werkgever en ongebonden werknemer die CAO *uitdrukkelijk* op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing hebben verklaard. Deze opvatting leidt volgens hem ook tot bevredigende uitkomsten, onder meer omdat voor een ongelijke behandeling van werknemers al naargelang zij 'georganiseerd' zijn materieel niet veel rechtvaardiging bestaat. Hij zou in deze gevallen ook geen onderscheid willen maken tussen CAO-bepalingen die louter voordelen opleveren, voor- én nadelen opleveren, dan wel slechts nadelen opleveren voor de betreffende werknemer. Zou men een niet-gebonden werknemer niet aan verslechtingen gebonden achten, dan zou dat een premie stellen op 'ongeorganiseerdheid'. Aangenomen moet worden dat de vakbonden in het algemeen een goed oog hebben voor hetgeen voor werknemers en het voortbestaan van ondernemingen (en daarmee het algemeen belang) het beste is. In dat laatste ligt besloten dat de vakorganisaties de facto eveneens de belangen van niet-georganiseerde werknemers dienen.

De vraag of gebondenheid aan een CAO die nadelig uitpakt voor de werknemer ook *stilzwijgend* kan worden aanvaard, vindt Spier lastiger te beantwoorden. Stilzwijgende aanvaarding door toepassing van de CAO in de praktijk zonder tegenspraak van de werknemer, zal zich doorgaans slechts voordoen indien het om een voor de werknemer gunstige regeling gaat. Van een rechtens relevant in de praktijk toepassen ten nadele van de werknemer kan volgens Spier slechts sprake zijn in een situatie waarin de werknemer zich daarvan ten minste redelijkerwijs bewust was. Onvoldoende is volgens hem dat de werknemer zich door de handelwijze van de werkgever realiseerde dat een voor hem nadelige CAO werd toegepast. Toepasselijkheid van een CAO-bepaling die afwijkt van driekwart-dwingend recht acht Spier slechts aanvaardbaar wanneer buiten redelijke twijfel vaststaat dat de 'ongeorganiseerde' werknemer daarmee heeft ingestemd, bijvoorbeeld omdat de CAO voorafgaand aan (de verlenging van) de arbeidsovereenkomst is toegezonden onder vermelding van de beoogde toepasselijkheid en de werknemer vervolgens tegen die toepasselijkheid geen bezwaar maakt.

42 Naar voren gebracht door M.M.H. Kraamwinkel, De ongebonden werknemer en de CAO, SR 1997, p. 262-264, met naschrift W.J.M. van Tongeren.

Zwijgt de arbeidsovereenkomst zelf over toepasselijkheid, dan wil hij bovendien een aanvullende eis stellen. De werknemer kan in die gevallen volgens Spier als regel slechts geacht worden met toepasselijkheid te hebben ingestemd indien de werkgever in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen duidelijk heeft gemaakt op welke punten de CAO afwijkt van driekwart-dwingend recht.

Spier concludeert tot vernietiging van het bestreden vonnis, omdat niet vaststond dat Bollemeijer zich bewust was van de CAO-status van Briefpost 2000. Hoewel dat in de meerderheid van de gevallen niet strookt met de werkelijkheid, moeten we er vanuit gaan dat de werknemer bekend is (althans kan zijn) met de wettelijke regeling en het driekwart-dwingend karakter daarvan. Om bij het aangaan van een (nieuwe) arbeidsovereenkomst af te kunnen wegen wat daarvan rechtens de gevolgen zijn, moet hij daarom in ieder geval weten of sprake is van een CAO.

4.9 Anders dan de advocaat-generaal stelt de Hoge Raad niet de eis dat de werknemer zich bewust moet zijn geweest van de CAO-status van de afspraken met de vakorganisatie(s). Het rechtscollege acht voldoende

- 1 dat een CAO een afwijking van driekwart-dwingend recht inhoudt, en
- 2 dat partijen in hun individuele arbeidsovereenkomst een afwijking van de wet opnemen die overeenkomt met hetgeen is neergelegd in die CAO.

In het onderhavige geval werd in de door de werknemer voor akkoord getekende verlengingsbrieven steeds expliciet verwezen naar 'de afspraken die gemaakt zijn met de vakorganisaties' en werd aangegeven welke consequentie toepassing van die afspraken had (einde van rechtswege). Of dit betekent dat volgens de Hoge Raad alleen een contractuele binding tot stand kan komen aan een CAO-bepaling die afwijkt van driekwart-dwingend recht, als de werknemer uitdrukkelijk (schriftelijk of mondeling) instemt met de daarin neergelegde regeling, is onduidelijk. Ik zou die vraag ontkennend willen beantwoorden, gelet op de reden waarom volgens de wetgever in gevallen als hier aan de orde van 'absoluut' dwingende wetsbepalingen kan worden afgezien: de bescherming die met het dwingendrechtelijke karakter van de wetsbepaling is beoogd, is niet nodig indien de vakorganisaties bij de totstandkoming van de afwijking betrokken zijn geweest. Ook de Hoge Raad leunt in het arrest zwaar op deze gedachte. Doorslaggevend is derhalve of de sociale partners een afwijking verantwoord hebben geacht en zulks in een CAO hebben neergelegd. Daarvan uitgaand is de wijze waarop de binding aan de CAO-regeling tot stand wordt gebracht van ondergeschikt belang. Er is derhalve geen reden om de stilzwijgend tot stand gekomen toepasselijkverklaringen of een gebondenheid aan de CAO op grond van artikel 6:248, eerste lid, BW anders te benaderen

dan de uitdrukkelijk overeengekomen individuele afwijking van driekwart-dwingend recht.⁴³

Genoemde ratio tot uitgangspunt nemend, is er mijns inziens geen aanleiding voor een strikte interpretatie van de tweede voorwaarde die de Hoge Raad stelt, in die zin dat een rechtsgeldige contractuele afwijking van driekwart-dwingend recht slechts zou kunnen worden bereikt indien de niet-rechtstreeks toepasselijke CAO zelf de afwijking bevat. Ook in het geval dat een CAO de individuele contractspartijen de bevoegdheid geeft om van driekwart-dwingend recht af te wijken, kan in het individuele contract van de al dan niet gebonden werkgever met zijn ongebonden werknemer van die mogelijkheid gebruik worden gemaakt.⁴⁴ In dat geval zal uiteraard wel vast moeten komen te staan dat partijen die mogelijkheid ook inderdaad hebben benut.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad geen bezwaar lijkt te hebben tegen toepasselijkverklaring van een in een niet-rechtstreeks toepasselijke CAO neergelegde afwijking van driekwart-dwingend recht, ongeacht of de toepasselijkheid de gehele CAO betreft. De rechtbank had zelfs uitdrukkelijk aangegeven zulks niet relevant te achten. Ik ben niet gelukkig met dit standpunt. De CAO vormt een eenheid; het resultaat van een proces van geven en nemen tussen (collectiviteiten van) werkgever(s) en vakorganisaties.⁴⁵ Afwijkingen van driekwart-dwingend recht zullen als regel slechts op de instemming van de vakorganisaties mogen rekenen, als daar andere, voor de werknemer gunstiger regelingen tegenover staan. Immers, gaan zij niet akkoord, dan is de werkgever gehouden de voor hem, in het algemeen onvoordeliger uitpakkende, wettelijke regeling toe te passen. Als alleen de bepalingen ten nadele van de werknemer van toepassing kunnen worden verklaard, zou het 'package-deal'-karakter van de CAO geweld worden aan-

43 Hekkelman, De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de CAO, p. 228, meent dat een afwijking van driekwart-dwingend recht wel geldig is indien de CAO uitdrukkelijk of stilzwijgend van toepassing is verklaard, maar niet ingeval de gelding van de CAO is gebaseerd op de gewoonte of de redelijkheid en de billijkheid. Hij baseert dit standpunt op de hiërarchie van rechtsbronnen. Daarin staan gewoonte en redelijkheid en billijkheid in kracht ten achter bij dwingende wetsbepalingen. In mijn redenering is niet de rangorde van rechtsbronnen, maar de ratio van het driekwart-dwingendrechtelijk karakter van wettelijke bepalingen doorslaggevend (zie ook 4.10).

44 Anders J.M. van Slooten, De binding van de ongebonden werknemer aan driekwart dwingend recht, SR 2003, p. 61.

45 Vergelijk Hekkelman, De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de CAO, p. 224 en C.J. Loonstra, 'Elk beding' in art. 12 Wet CAO: over rekkelijken en preciezen, SR 2003, p. 144-145.

gedaan.⁴⁶ Het legt voorts een bijl aan de wortel van de constructie van de stilzwijgende toepasselijkverklaring. Immers, aan het achterwege laten van tegenspraak door de werknemer tegen toepassing van de ene CAO-bepaling (bijvoorbeeld die omtrent het loon), zou geen betekenis meer kunnen worden gehecht voor de gelding van andere, nog niet feitelijk toegepaste CAO-bepalingen. Dit acht ik niet wenselijk.

Opmerkelijk is ten slotte dat de Hoge Raad toereikend acht dat de individueel overeengekomen afwijking overeenstemt met hetgeen is neergelegd in 'een CAO'. Door aan die CAO verder geen eisen te stellen, wordt de indruk gewekt dat een afwijking van driekwart-dwingend recht is toegestaan, mits zij gedekt wordt door een CAO, ongeacht of die CAO bestemd is voor ondernemingen als die van de werkgever. Onderneming A kan dan afwijken van een driekwart-dwingendrechtelijke wetbepaling door te verwijzen naar de CAO van bedrijfstak B, waartoe A niet behoort, die een dergelijke afwijking inhoudt.⁴⁷ Dit zou – in combinatie met de mogelijkheid om slechts een enkele bepaling uit een CAO van toepassing te verklaren – betekenen dat in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd korter dan twee jaar van iemand die werkzaam is in de ICT-sector een proeftijd van twee maanden kan worden overeengekomen onder verwijzing naar de Horeca-CAO, voor de loon- doorbetalingsverplichting kan worden aangehaakt bij de CAO voor de Crematoria, waar we een uitzondering op artikel 7:628 BW aantreffen voor werktijdverkorting, een en ander gecombineerd met een verwijzing naar de CAO voor de Contractspelers Betaald Voetbal, waarin het ketensysteem van artikel 7:668a BW terzijde wordt geschoven.

Uit het arrest mag mijns inziens niet de conclusie worden getrokken dat de Hoge Raad een constructie als deze toelaatbaar acht. Het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Bollemeijer heeft weliswaar het karakter van een algemene rechtsregel, maar kan niet los worden gezien van de specifieke omstandigheden in die zaak, waarin sprake was van een ondernemings-CAO waaraan de werkgever als contractspartij gebonden was. Ik heb onder 4.1 al aangegeven dat de wetgever driekwart-dwingend recht hanteert in die

46 Volgens G.C. Boot, Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?, *ArbeidsRecht* 2003, 24 strookt het arrest op dit punt met HR 14 januari 2000, JAR 2000/43 (Boonen/Quicken), waarin de rechtsgeldigheid van een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst nietig werd geoordeeld wegens strijd met de desbetreffende bepaling uit de CAO, hoewel de individuele arbeidsvoorwaarden als pakket gezien gunstiger waren dan de CAO-voorwaarden. In die zaak was echter wel de gehele CAO van toepassing.

47 Boot, Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?, meent dat het arrest als gevolg van dit aspect mogelijk ten koste zal gaan van de werknemersbescherming, doordat 'wezensvreemde' CAO-bepalingen van toepassing worden verklaard.

gevallen waarin het zinvol wordt geacht sociale partners de mogelijkheid te bieden om de regelgeving aan te passen aan de specifieke behoeften van de betreffende onderneming of bedrijfstak. Een systeem waarbij door toepasselijkverklaring van een willekeurige CAO(-bepaling) aan driekwart-dwingend recht kan worden ontkomen, verdraagt zich niet met deze maatwerkgedachte. Gebondenheid van de werkgever acht ik niet nodig, maar ik zou voor de geldigheid van een contractuele afwijking van driekwart-dwingend recht wel als aanvullend vereiste willen stellen dat de CAO voor de betreffende onderneming c.q. bedrijfstak is geschreven.⁴⁸

4.10 Uit het vorenstaande blijkt dat ik weinig moeite heb een contractuele binding te aanvaarden voor (voor de betrokken onderneming/bedrijfstak geschreven) CAO-bepalingen die afwijken van driekwart-dwingend recht. Met betrekking tot semi-dwingend recht heb ik veel meer reserves. De heersende opvatting in de literatuur is dat hetgeen bij schriftelijke overeenkomst mag worden overeengekomen, ook bij CAO kan worden geregeld. Dit volgt uit de aard van de CAO als rechtsregeling van hogere orde dan de individuele arbeidsovereenkomst.⁴⁹ Aan deze hiërarchie van rechtsbronnen wordt vervolgens wel de conclusie verbonden dat bedingen en afwijkingen waarvoor de wet een schriftelijkheidseis stelt, geldig zijn als zij zijn neergelegd in een CAO die stilzwijgend van toepassing is verklaard (zie de opvatting van Hekkelman, besproken onder 4.7). Ik kan mij niet vinden in deze redenering. De CAO ontleent haar hogere rang aan de automatische en dwingende doorwerking van artikel 12 en 13 Wet CAO, terwijl het in de hier besproken gevallen juist gaat om een werknemer die niet onder deze artikelen valt. Dat ik een afwijking van driekwart-dwingend recht door stilzwijgende toepasselijkverklaring geoorloofd acht, is dan ook niet gebaseerd op de rangorde van rechtsbronnen, maar op de ratio die aan driekwart-dwingend recht ten grondslag ligt. De vakorganisaties worden geacht de belangen van de individuele werknemer voldoende in het oog te houden. Kijken we naar de ratio voor het semi-dwingendrechtelijk karakter van de diverse wettelijke bepalingen, dan blijkt dat de wetgever met de eis van schriftelijkheid beoogt te bewerkstelligen dat de werknemer een beperking van zijn

48 Vergelijk J.M. van Slooten, De binding van de ongebonden werknemer aan driekwart-dwingend recht, SR 2003, p. 61, die ook in het gebruik van de woorden 'niet-rechtstreeks' in het arrest een aanwijzing ziet voor het standpunt dat de werknemer onder de werkingssfeer van de CAO moet vallen.

49 Zie onder meer Kamphuisen, De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst, p. 84; Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, p. 45. Meijers, De arbeidsovereenkomst, met aantekeningen, p. 80, komt tot dezelfde conclusie op grond van de redenering dat de CAO een schriftelijke overeenkomst is als bedoeld in de verschillende wettelijke bepalingen van semi-dwingend recht.

wettelijke bescherming slechts weloverwogen aanvaardt.⁵⁰ Zou men een afwijking van semi-dwingend recht stilzwijgend overeen kunnen komen, dan wordt aan deze ratio onvoldoende recht gedaan. Ik ben daarom van mening dat voor toepasselijkheid van een afwijking van semi-dwingend recht in een niet-rechtstreeks geldende CAO wel een uitdrukkelijke toepasselijkverklaring van die CAO(-regeling) verlangd mag worden.

4.11 Wie het bovenstaande in ogeschouw neemt, zal zich wellicht afvragen of het niet beter is in ons land over te stappen op een systeem van *extension automatique*, zoals men dat kent in België en Frankrijk, waarin de gebonden werkgever verplicht is de CAO toe te passen op alle werknemers die daarbij betrokken zijn, en ook de werknemers die geen lid zijn van de contracterende vakbonden de mogelijkheid hebben de CAO-bepalingen in rechte af te dwingen. Een pleidooi voor een dergelijke wijziging verscheen recent nog van de hand van Grapperhaus.⁵¹ Om de gebondenheid van niet-leden aan de uitkomsten van het met de vakvereniging gevoerde overleg te legitimeren, wil hij representativiteitseisen aan de contracterende partijen stellen. Ik ben geen voorstander van veranderingen als door Grapperhaus bepleit.⁵² Het stellen van representativiteitseisen zou wel eens mee kunnen brengen dat in bepaalde sectoren of voor bepaalde functiegroepen geen CAO meer tot stand kan komen. Verder staat een binding aan de CAO zonder dat de niet- of elders-georganiseerde werknemer zich daartegen kan verzetten, op gespannen voet met de contractsvrijheid en de vakverenigingsvrijheid. Mede gelet op het geringe aantal rechterlijke uitspraken over de problematiek, lijkt de praktijk bovendien nauwelijks behoefte te hebben om de gebondenheid van niet- en elders-georganiseerde werknemers op een andere leest te schoeien. Voorzover die behoefte al bestond, zal zij bovendien door het oordeel van de Hoge Raad in het hier besproken arrest nog verder zijn afgenomen.

*W.H.A.C.M. Bouwens**

50 Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1 (Notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht'), p. 6. Dat de ratio van beide gradaties van dwingend recht verschilt, blijkt ook uit art. 7:653 BW op grond waarvan de werknemer slechts gebonden is aan een concurrentiebeding indien dat individueel schriftelijk is overeengekomen. Een concurrentiebeding opgenomen in een CAO is niet rechtsgeldig (Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 35).

51 F.B.J. Grapperhaus, De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO, SR 2002, p. 184-190. Zie ook Jacobs, Collectief arbeidsrecht, p. 95

52 Zie voor een vergelijk standpunt: W.J.P.M. Fase, CAO-recht en contractsvrijheid, Arbeid Integraal 2002, p. 129.

* Universitair hoofddocent sociaal recht KUN, tevens rechter-plaatsvervanger Rechtbank Arnhem.