

## ANNOTATIES

# Nawerking van gunstigere cao-bepalingen

HR 8 april 2011, JAR 2011/135 (ABVAKABO/Unieke Kinderopvang BV)

*C.W.G. Rayer*

### 1 Inleiding

Op 8 april jongstleden heeft de Hoge Raad een arrest gewezen dat belangrijk is voor het cao-rechtelijke leerstuk van de nawerking van de cao.<sup>1</sup> Het arrest zal ook op de cao-praktijk zijn uitwerking hebben. Hierna worden eerst de feiten en het procesverloop van de zaak uiteengezet. Dan worden achtereenvolgens de conclusie van advocaat-generaal (A-G) Spier en de inhoud van het arrest van de Hoge Raad besproken. Nagegaan wordt of het arrest in lijn is met eerdere rechtspraak en literatuur over de nawerking van de cao. Het zal blijken dat het arrest aansluit op bestaande juridische opvattingen in de literatuur en op opvattingen van de Hoge Raad over de doorwerking van de cao in de arbeidsovereenkomst. Deze luiden dat de cao voor de gebonden werknemer via de artikelen 9, 12 en 13 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) onderdeel wordt van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelt in het onderhavige arrest in vervolg hierop dat de gewijzigde bepalingen van de arbeidsovereenkomst blijven gelden, ook na het verstrijken van de looptijd van de cao. Wanneer deze bepalingen gunstiger zijn dan de bepalingen van een opvolgende minimum-cao, behouden deze bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst hun werking. Besproken wordt of het arrest ook gevolgen heeft voor de positie van de ongebonden werknemer. Voorts moet, mede aan de hand van de reacties in de literatuur op het arrest, worden vastgesteld dat het arrest voor praktische complicaties zorgt. In de annotatie wordt ten slotte ingegaan op mogelijke oplossingen hiervoor.

### 2 Feiten en procesverloop

Bij de cao Kinderopvang zijn partij de vakorganisatie ABVAKABO en de werkgeversorganisatie Maatschappelijke Ondernemingsgroep (hierna: MO-groep). De cao is van kracht voor de periodes van 1 januari 2005 tot 1 januari 2006, aanslui-

1 HR 8 april 2011, JAR 2011/135 m.nt. J.J.M. de Laat en NJ 2011, 137 m.nt. E. Verhulp. De term 'nawerking van de cao' is inaccuraat te noemen. Hierna zal ik uiteenzetten dat het juridisch gezien in feite de blijvende werking betreft van de individuele arbeidsovereenkomst die door de cao is gemodelleerd. Omdat 'nawerking van de cao' desondanks de gebruikelijke benaming is van het leerstuk, gebruik ik deze term. Zie ook: B.S. Frenkel, Nogmaals: de nawerking van de c.a.o., SMA 1979, p. 558.

tend van 1 januari 2006 tot 1 mei 2007 en wederom aansluitend van 1 mei 2007 tot 1 mei 2008. Een van de werkgevers in de kinderopvangbranche is Unieke Kinderopvang (hierna: UK). UK is sinds 2004 lid van de MO-groep. UK zegt dat lidmaatschap op 24 december 2004 op. Met inachtneming van de opzegtermijn eindigt het lidmaatschap echter pas op 31 december 2005. Reeds in 2004 heeft UK zich aangesloten bij de Branchevereniging Kinderopvang Nederland (hierna: BKN). BKN is partij bij de cao Branche Kinderopvang, oftewel de cao BKN. Deze cao geldt van 1 januari 2005 tot 1 januari 2007 en aansluitend van 1 januari 2007 tot 1 januari 2009. ABVAKABO is tot 1 januari 2007 geen partij bij deze cao BKN. De cao BKN van 1 januari 2007 tot 1 januari 2009 heeft ABVAKABO 'meegetekend' en hij is partij bij die cao. Hij bindt daarmee zijn leden aan die cao vanaf 1 januari 2007.

UK stelt dat zij vanaf 1 januari 2005, althans vanaf 1 januari 2006, gebonden is aan de cao BKN en niet meer de cao Kinderopvang hoeft na te leven. ABVAKABO stelt een vordering tot nakoming van de cao Kinderopvang in bij de kantonrechter. De kantonrechter acht ABVAKABO niet-ontvankelijk. Het verweer van UK dat de individuele leden van ABVAKABO hun rechten niet wensen te effectueren, heeft de kantonrechter daarbij van belang geacht. Daarop gaat de vakbond in beroep bij het Gerechtshof Amsterdam. De vakbond stelt dat hij op grond van artikel 9 lid 2 Wet CAO en zijn statuten gerechtigd is namens zijn leden nakoming te vorderen van de cao-bepalingen. Hij toont aan dat ten minste dertig van zijn leden die bij UK werkzaam zijn, niet instemmen met de toepassing van de cao BKN vanaf 1 januari 2005. Het beroep wordt daarop ontvankelijk verklaard. De vakbond stelt in die procedure voorts dat zijn leden die in dienst zijn bij UK in de periode vanaf 1 januari 2005, recht hebben op toepassing van de bepalingen uit de cao Kinderopvang. Niet alleen gedurende de looptijd van de cao van 1 januari 2005 tot en met 1 januari 2006 dient UK de cao toe te passen op die arbeidsovereenkomsten, maar ook van 1 januari 2006 tot 1 januari 2007 en daarna. Vanaf 1 januari 2006 tot 1 januari 2007 gaat het om de periode na afloop van het lidmaatschap van UK bij de MO-groep. ABVAKABO stelt dat nu de cao Kinderopvang deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomsten, de bepalingen ervan ook na expiratie van de looptijd van de cao doorwerken. UK mag daarvan niet afwijken. Na 1 januari 2007 is UK volgens ABVAKABO gehouden de bepalingen uit de cao Kinderopvang eveneens toe te blijven passen indien die gunstiger zijn dan de cao BKN, welke laatste cao een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt. ABVAKABO staft deze stelling door te wijzen op het feit dat de cao BKN een minimum-cao is, waardoor de gunstigere bepalingen uit de cao Kinderopvang die deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst hun werking behouden. Daarnaast vordert de vakbond 5000 euro immateriële schadevergoeding.

Het hof oordeelt dat voor zover de vakbond zijn vorderingen baseert op het gegeven dat de toepasselijkheid van de cao Kinderopvang in de individuele arbeidsovereenkomsten met zijn leden is overeengekomen, deze vorderingen niet toewijsbaar zijn. Een vordering tot nakoming van een in een arbeidsovereenkomst geïncorporeerde cao leent zich niet voor collectieve actie, omdat van geval tot geval moet worden bekeken of sprake is van toepasselijkheid en zo ja, welke cao

C.W.G. Rayer

van toepassing is. Individuele werknemers kunnen in dat geval zelf een vordering tot nakoming van hun arbeidsovereenkomst instellen. De vordering van de vakbond kan wel worden gebaseerd op de Wet CAO en het hof gaat hier dan ook verder op in. UK geeft in de procedure toe tot het einde van 2005 lid te zijn geweest van de MO-groep. Tot aan die datum is de werkgever in ieder geval gehouden de cao Kinderopvang toe te passen, aldus het hof. Voorts beoordeelt het hof of na 1 januari 2006, toen UK niet langer door lidmaatschap van de MO-groep aan de op die datum nieuw geldende cao Kinderopvang was gebonden, UK door nawerking van de cao Kinderopvang de rechten en plichten uit die cao toch moet blijven nakomen. Het hof stelt vast dat ten opzichte van de cao BKN de werknemers van UK ongebonden zijn. Onder verwijzing naar het Hoge Raad-arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet oordeelt het hof dat de cao Kinderopvang inmiddels deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomsten. Om die reden blijft de cao Kinderopvang zoals die tot 1 januari 2006 gold van toepassing op de arbeidsovereenkomsten. Het hof oordeelt vervolgens dat op 1 januari 2007 een nieuwe cao BKN tot stand komt, waarbij dan ook ABVAKABO partij is. Vanaf die datum zijn zowel de leden van ABVAKABO als die van UK gebonden aan de cao BKN. Voor de periode vanaf 1 januari 2007 wordt de vordering van ABVAKABO daarom afgewezen.

Ten aanzien van de schadevergoeding verweert UK zich door te stellen dat die schade pas kan worden gevorderd na een deugdelijke sommatie tot betaling. Die sommatie heeft UK niet bereikt, hetgeen ABVAKABO niet weerspreekt. Het hof oordeelt dat dit verweer doel treft en wijst de vordering af. Daarbij verwijst het hof naar het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2003.<sup>2</sup>

### 3 Cassatiemiddel, conclusie A-G Spier en arrest Hoge Raad

In cassatie brengt ABVAKABO de volgende klachten naar voren. Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel bestrijdt de overwegingen van het hof ten aanzien van het instellen van een collectieve actie in het geval van toepasselijkheid van de cao via een incorporatiebeding. ABVAKABO stelt dat het hof hier ten onrechte aanneemt dat een collectieve actie ex artikel 3:305a BW niet mogelijk is. Het tweede onderdeel ziet op het betoog dat de cao Kinderopvang niet integraal eindigt op 1 januari 2007 omdat de cao BKN een minimum-cao was, en geen standaard-cao. Voor deze periode geldt dat de werknemers gebonden zijn aan de nieuwe cao BKN. Bij inwerkingtreding van een minimum-cao dient steeds op de voet van artikel 12 Wet CAO te worden bezien welke bepalingen van de oude cao strijdig zijn met de nieuwe cao en welke niet. Uitgangspunt is daarbij dat alleen de bepalingen uit de oude cao (cao Kinderopvang) buiten werking worden gesteld die voor de betrokken werknemers minder gunstig zijn dan die van de nieuwe minimum-cao. Gunstigere bepalingen uit de oude cao blijven nawerken, behoudens voor zover daarover in de arbeidsovereenkomst of in de nieuwe cao anders zou

<sup>2</sup> JOL 2003, 219.

zijn bepaald. Dit geldt ook voor bepalingen waarover de nieuwe cao geen regeling bevat.

A-G Spier gaat in zijn conclusie allereerst in op de klacht van ABVAKABO dat het hof ten onrechte zich uitspreekt over de collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW. Spier acht geen aanwijzingen aanwezig dat het hof deze collectieve actie op het oog heeft gehad: ABVAKABO legt deze actie niet aan zijn vorderingen ten grondslag, noch haalt het hof artikel 3:305a BW aan. Het is volgens A-G Spier niet aan te nemen dat het hof op iets anders doelt dan de actie van de vakbond ex artikel 9 lid 2 Wet CAO. Het middel slaagt zijns inziens niet. Hij overweegt daarna nog: 'Naar ik veronderstel, gaat het er ABVAKABO om een principieel punt te scoren, wellicht omdat zij vreest voor precedentwerking. Dit is echter niet een voldoende belang voor de beoordeling van de klacht.' Vervolgens werkt A-G Spier zijn standpunten ten aanzien van de collectieve actie (toch) nog verder uit. De collectieve actie van artikel 3:305a BW kan worden ingesteld door een belangenorganisatie wanneer de rechtsvordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen, voor zover de organisatie deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Hij wijst op het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2010, RvdW 2010, 360 (r.o. 4.2), waarin de Hoge Raad overweegt: 'Aldus kan in één procedure geoordeeld worden over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken hoeven te worden.' In de memorie van toelichting is ten aanzien van de collectieve actie voorts opgemerkt dat de belangen niet te divers mogen zijn. Volgens Spier zou in de gevallen waarin moet worden beoordeeld of in de verschillende arbeidsovereenkomsten verschillende cao's of misschien geen enkele cao van toepassing is, de weg van artikel 3:305a BW niet open staan. Het risico bestaat dat dan een verklaring voor recht wordt gegeven voor gevallen die niet aan elkaar gelijk zijn. Mogelijk heeft dit problemen in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) tot gevolg.

Vervolgens gaat de A-G in op de klacht van ABVAKABO ten aanzien van de nawerking van de cao Kinderopvang vanaf 1 januari 2007 wanneer de werknemers gebonden zijn geraakt aan de cao BKN. Hij bespreekt daarbij de zijns inziens ongewenste effecten die kunnen optreden wanneer het middel op dit punt slaagt. Hij overweegt dat UK met de wijziging van cao heeft beoogd de arbeidsvoorwaarden te versoberen. Dit is vanuit de optiek van de werknemers onaantrekkelijk. Wanneer echter de door de werkgever beoogde bezuiniging niet via de nieuwe cao kan worden doorgevoerd, zal dat volgens hem gaan langs de weg van ontslag. Dit is reden voor Spier om onbeperkte nawerking van een cao niet aan te willen nemen. Dat geldt volgens Spier temeer in het licht van het onderscheid tussen de gebonden en ongebonden werknemers. Voorts wijst Spier op de ongewenstheid van een 'stapeleffect'. Daarmee bedoelt hij dat telkens de voordelen van de oude cao worden behouden, ook wanneer de nieuwe cao één of meerdere voordelen wegneemt in ruil voor andere en door daar in totaliteit grotere voordelen tegenover te stellen. Het vaststellen van die te behouden voordelen zou een onwerkbare administratieve last met zich brengen. Voorts wordt het onderscheid tussen

C.W.G. Rayer

de gebonden en ongebonden werknemers erg groot. Bovendien kan na verloop van tijd onduidelijkheid ontstaan over de precieze aanspraken van werknemers, hetgeen een beletsel kan vormen voor overnames. Het zal de totstandkoming van cao's belemmeren omdat in de optiek van de vakbonden het paard achter de wagen wordt gespannen. Voorts stelt A-G Spier dat de bedoeling van de cao-partijen ten aanzien van het minimumkarakter niet altijd duidelijk zal zijn. Hij acht het onaantrekkelijk de omvang van de rechten van de werknemers afhankelijk te stellen van eventuele procedures over dit karakter. A-G Spier wijst ten aanzien van de nawerking van de cao erop dat in de literatuur veelal wordt aangenomen dat de nawerking eindigt bij inwerkingtreding van een nieuwe cao die partijen bindt, zonder dat de auteurs daarbij aandacht besteden aan de aard van de nieuwe cao. Spier signaleert dat twee auteurs in relatie tot het onderwerp overgang van onderneming, te weten Olbers en Even, dit anders beoordelen en ruimte zien voor het doorlopen van de nawerking indien de nieuwe cao een minimum-cao betreft. Spier werpt hier tegen op dat de versoeringen en veranderingen in de cao berusten op bewuste keuzes van de cao-partijen. Om die reden ligt het niet voor de hand te denken dat zij beogen de voordelen van de oude cao te stapelen op de nieuwe. Vanwege de ongewenste praktische en maatschappelijke consequenties concludeert A-G Spier dat het cassatiemiddel op dit punt faalt.

Ten aanzien van dit laatste punt is de Hoge Raad het oordeel toegedaan dat tussen partijen vaststaat dat de cao BKN een minimum-cao betreft. Bepalingen in een cao waaraan de werkgever en de werknemer zijn gebonden, zijn onderdeel gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Uit het systeem van de Wet CAO vloeit voort dat die bepalingen, na afloop van de betreffende cao, tussen hen blijven gelden, behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken. De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn eerdere arrest van 10 januari 2003 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet). Bij een minimum-cao geldt dat de contractsvrijheid van partijen slechts aan de onderzijde wordt begrensd. Volgens de Hoge Raad strookt daarmee niet dat die minimum-cao voordien geldende gunstigere arbeidsvoorwaarden van werknemers buiten werking zou stellen. Het oordeel van het hof dat de doorwerking van de arbeidsvoorwaarden uit de oude cao in de arbeidsovereenkomst eindigt bij inwerkingtreding van een nieuwe (standaard- of minimum-) cao, is in strijd met de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. Ten aanzien van de klacht over de collectieve actie neemt de Hoge Raad de conclusie van de A-G over dat deze klacht bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden.

#### 4 Collectieve actie

Mijns inziens is het helder dat het cassatiemiddel ten aanzien van de klacht over de collectieve actie belang mist: het hof heeft zijn oordeel terecht gebaseerd op de vordering ex artikel 9, 12 en 13 Wet CAO en niet op de collectieve actie van artikel 3:305a BW. ABVAKABO vordert immers nakoming van de cao Kinderopvang voor de gebonden werknemers en dat kan 'gewoon' via de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. De vakbond heeft artikel 3:305a BW niet aan de vordering ten grondslag gelegd. Hoewel een collectieve nakomingsactie van de vakbond voor niet-

leden niet onmiddellijk voor de hand ligt, blijkt uit het feit dat op dit punt een cassatiemiddel wordt ingesteld dat ABVAKABO het kennelijk van belang acht deze mogelijkheid open te houden. Opmerkelijk zijn de bespiegelingen die de A-G aan de collectieve actie wijdt. Het gevaar dat hij ziet bij het toelaten van de collectieve actie bij vorderingen tot nakoming van de cao, namelijk dat de zaken verschillend zijn omdat op verschillende wijzen een cao van toepassing kan zijn, is in de onderhavige zaak niet aan de orde. Zoals gezegd, ABVAKABO vordert enkel nakoming van de cao Kinderopvang voor werknemers die op dezelfde wijze, namelijk via de Wet CAO, aan die cao gebonden zijn. Wanneer de collectieve actie zou worden ingesteld om nakoming van de cao voor ongebonden werknemers te vorderen, ben ik in tegenstelling tot Spier van mening dat het probleem van de 'verschillendheid' niet hoeft te spelen. Die collectieve actie kan mijns inziens worden toegestaan wanneer wordt aangetoond dat op de arbeidsovereenkomsten van die werknemers op dezelfde wijze een cao van toepassing is. Dat zal zo zijn wanneer bijvoorbeeld de werkgever in al zijn arbeidsovereenkomsten hetzelfde incorporatiebeding heeft opgenomen. De opmerking van de A-G over moeilijkheden in het licht van het Eerste Protocol EVRM acht ik dan ook buiten de orde.

## 5 De literatuur en de Hoge Raad over het leerstuk van de nawerking

### 5.1 *Einde lidmaatschap*

Voordat wordt ingegaan op het leerstuk van de nawerking, is het voor een goed begrip van de zaak van belang na te gaan wat de Wet CAO bepaalt omtrent het einde van het lidmaatschap. De zaak speelt immers ná opzegging door UK van het lidmaatschap met de betrokken werkgeversvereniging en aansluiting bij de andere werkgeversvereniging in de branche, die partij is bij de cao BKN. Bij de totstandkoming van de Wet CAO heeft de wetgever aandacht gehad voor de situatie dat de werkgever het lidmaatschap zou willen opzeggen. In het wetsvoorstel voor de Wet CAO was een bepaling opgenomen die luidde: 'Wanneer bij de collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald, blijven de leden eener vereniging, die door overeenkomst gebonden zijn, ook na verlies van het lidmaatschap door die overeenkomst gebonden. Die gebondenheid eindigt, wanneer de overeenkomst na het verlies van het lidmaatschap wordt gewijzigd. Ingeval van verlenging van de overeenkomst na het verlies van lidmaatschap duurt de gebondenheid voort tot het tijdstip, waarop de overeenkomst zonder deze verlenging zou zijn geëindigd.' In de memorie van toelichting geeft de regering aan dat deze bepaling van belang is omdat men zich anders door opzegging van het lidmaatschap aan de cao zou kunnen onttrekken, waarmee deze veel van haar waarde zou verliezen.<sup>3</sup> De regeling die destijds werd besproken, is thans in artikel 10 Wet CAO opgenomen. Het einde van het lidmaatschap en het einde van de op dat moment geldende cao Kinderopvang vallen in de onderhavige zaak samen. Hoewel de tekst van de Wet CAO doet vermoeden dat daarmee de kous af is wat de verplichting tot naleving van die cao betreft, is dat geenszins het geval. De Hoge

3 Bijlagen Handelingen II 1926/27, 166, nr. 3, p. 7 (MvT).



C.W.G. Rayer

Raad heeft namelijk de zogenoemde nawerking van de cao aangenomen. Die nawerking heeft ook effect na het einde van het lidmaatschap met de werkgeversvereniging die partij is bij de cao.

### 5.2 Literatuur over het leerstuk van de nawerking

Het leerstuk van de nawerking betreft de kwestie of na afloop van de periode van geldigheid van de cao, die cao effect blijft houden. De vraag naar nawerking komt op omdat het onduidelijk is wat rechtens geldt in de periode nadat een cao is afgelopen, maar nog geen nieuwe cao tot stand is gekomen.<sup>4</sup> Fase en Van Drongelen stellen dat de individuele arbeidsovereenkomst is gemodelleerd door de normen van de cao. Zij vragen zich in het kader van de nawerking af: blijft alles zoals het onder de cao is geworden?<sup>5</sup> Houweling en Van der Voet schrijven dat bij nawerking van de cao moet worden gedacht aan 'het na afloop van de looptijd van de cao – of na afloop van de periode van algemeen verbindend verklaring (...) – nog van invloed zijn van cao-bepalingen op de inhoud van de onderliggende door hen geconformeerde arbeidsovereenkomsten'.<sup>6</sup>

Vanaf de totstandkoming van de Wet CAO in 1927 wordt bediscussieerd of nawerking kan worden aanvaard. Van der Grinten wijst bij een soortgelijk probleem, te weten de nawerking van een Prijsbeschikking voor de Bouw, erop dat hierbij twee benaderingen kunnen worden gekozen.<sup>7</sup> De ene betreft dat de cao tijdens de looptijd doorwerking heeft in de individuele arbeidsovereenkomst en deze daarmee verandert. De wijziging van de arbeidsovereenkomst blijft in stand ook al loopt de cao ten einde. De andere benadering betreft dat het civiele effect van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst slechts geldt zolang de cao zelf geldig is. De vraag is volgens Van der Grinten dus: is onder invloed van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO de individuele arbeidsovereenkomst, afgezien van latere partijafspraken, blijvend gewijzigd of heeft de cao voor de individuele arbeidsovereenkomst slechts betekenis gedurende haar looptijd? Jacobs wijst in zijn dissertatie erop dat naar oude theoretische Duitse en Franse opvattingen de cao slechts voor de duur van de geldigheid invloed had op de individuele arbeidsover-

4 E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (diss. UvA), eigen uitgave 2007, p. 115-118; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 679.

5 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, p. 106.

6 A.R. Houweling & G.W. van der Voet, *Het leerstuk nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden op de helling*, *ArA* 2006/3, p. 56. Grapperhaus' definitie komt hier ook op neer: het ten gevolge van het direct van toepassing worden van een cao op de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer, na expiratiedatum van die cao behouden blijven van de werking van de bedingen, die door de cao hun werking hebben verkregen. F.G. Grapperhaus, *Nawerking van de cao*, commentaar bij HR 8 april 2011, *Ondernemingsrecht* 2011/62. Van Houten omschrijft nawerking wat cryptisch als: de door- en nawerking van door een cao op grond van de artikelen 12 en 13 Wet CAO in de individuele arbeidsovereenkomst geïncorporeerde bedingen. T.O. van Houten, *Nawerking eindigt niet bij nieuwe minimum-cao*, *TAP* 2011/5, p. 182. Ook bedingen die op de voet van artikel 12 Wet CAO nietig zijn, herleven niet na het einde van de cao.

7 G. van der Grinten, noot bij HR 4 februari 1964, *A.Ae.* XIII, p. 132, aangehaald door M.M. Olbers, *De nawerking van bepalingen der cao*, *SMA* 1979, p. 486.

eenkomst. De Duitse opvatting hield in dat de cao gedurende de looptijd 'boven' de arbeidsovereenkomst zweefde. De Franse opvatting was dat de cao slechts tijdelijk door de individuele arbeidsovereenkomst 'ontvangen' werd.<sup>8</sup> Van nawerking was dan ook geen sprake, tot in beide landen de wetgever ingreep en bepaalde dat de cao nawerking heeft. Die nawerking geldt totdat de oude cao door een nieuwe is vervangen.<sup>9</sup> Ik kom op dat punt nog terug. In Nederland heeft de gedachte dat de cao onderdeel van de arbeidsovereenkomst wordt, de zogenoemde incorporatiegedachte,<sup>10</sup> in de literatuur de meeste aanhang. Kamphuisen,<sup>11</sup> Mannoury,<sup>12</sup> De Leede<sup>13</sup> en later ook Olbers<sup>14</sup> volgen de redenering dat de cao de arbeidsovereenkomst wijzigt, welke wijziging na afloop van de cao in stand blijft. Olbers en later Fase en Van Drongelen wijzen erop dat de meeste auteurs tot medio jaren tachtig van de vorige eeuw aan de hand van het idee van blijvende doorwerking van de cao in de arbeidsovereenkomst de nawerking van horizontale cao-bepalingen algemeen aanvaardden.<sup>15</sup> Dit betreft dus een andere opvatting dan de Duitse en Franse. De Nederlandse opvatting dat de cao permanent in de individuele arbeidsovereenkomst doorwerkt, betekent dat voor het aannemen van nawerking geen ingrijpen van de wetgever is vereist.

### 5.3 De Hoge Raad over nawerking

Wat blijkt intussen uit de rechtspraak over nawerking van de cao? In 1977 oordeelt het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen<sup>16</sup> dat de cao onderdeel is geworden van de individuele arbeidsovereenkomst en deze na afloop van de cao van kracht blijft. In de zogenoemde Antillenzaak uit 1987,<sup>17</sup> een andere dan hiervoor genoemd, is voor het eerst bij de Hoge Raad aan de orde de vraag of een werknemersorganisatie na het einde van de looptijd van de cao nog gerechtigd is nakoming te vorderen van uit die cao voortvloeiende verplichtingen. Het gaat daarbij om de nakoming van de zogeheten normatieve of horizontale bepalingen. De Hoge Raad oordeelt:

'Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. (...) Dat stelsel [van bindingen aan de cao; toevoeging CR] strekt mede ter betere verzekering van de naleving van de door een cao gecreëerde arbeidsvoorwaarden, door de in dat

- 8 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen* (diss. KUB), Alphen aan den Rijn/Brussel: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 210-211.
- 9 Jacobs 1986, p. 211-212.
- 10 Jacobs 1986, p. 212.
- 11 P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1956, p. 33.
- 12 J. Mannoury, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samson 1961, p. 68.
- 13 L.J.M. de Leede, Asser, *Bijzondere overeenkomsten III* (opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk), p. 205.
- 14 Olbers 1979, p. 490-491.
- 15 Fase & Van Drongelen 2004, p. 107.
- 16 HvJ NA 5 juli 1977, NJ 1978, 134 (De Curacaosche Bond voor Personeel Handelsbedrijven/Maduro).
- 17 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70 (Antillenzaak). Eerder: HvJ NA 5 juli 1977, LJV AB7050, NJ 1978, 134 (De Curacaosche Bond voor Personeel Handelsbedrijven/Maduro).



C.W.G. Rayer

stelsel besloten, en in de in artikel 8 en 15 Landsverordening vermelde mogelijkheden ter zake van het niet-naleven van het in de cao bepaalde, op die bindingen in rechte vorderingen te baseren. Mede omdat de partijen bij een cao, ook nadat zij is geëindigd, belang erbij houden dat de naleving van de door die cao gecreëerde arbeidsvoorwaarden zo goed mogelijk wordt verzekerd, past bij dat stelsel aan te nemen dat zolang uit een geëindigde cao voor de individuele werkgevers jegens hun werknemers in dier voege verplichtingen blijven voortvloeien, dat zij<sup>18</sup> (totdat partijen anders overeenkomen) gebonden blijven aan die bepalingen van de cao die op de voet van de artikelen 12 en 13 Landsverordening Cao deel zijn gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten, het nakomen van die verplichtingen tevens een uit die cao jegens de werknemersorganisatie voortvloeiende verplichting in de zin artikel 9 lid 2 is, waarop deze in geval van niet-naleven, op dezelfde voet als haar dat tijden de looptijd van de cao mogelijk was, in rechte zowel een vordering tegen haar wederpartij bij de cao, de werkgeversorganisatie, als tegen de leden van die wederpartij, de individuele werkgevers kan baseren.'

Uit vorenstaand arrest blijkt, zoals gezegd, dat de cao in de individuele arbeidsovereenkomst doorwerkt. Dit heeft als het ware automatisch nawerking tot gevolg, totdat 'partijen' anders overeenkomen. In de literatuur wordt erop gewezen dat de permanente doorwerking van de cao zowel door overeenstemming tussen de individuele werkgever en werknemer als door de cao-partijen kan worden doorbroken.<sup>19</sup> De door- en nawerking van de cao worden in 2003 door de Hoge Raad in het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet bevestigd.<sup>20</sup> In beide genoemde arresten oordeelt de Hoge Raad dat de nawerking van de cao kan worden aangenomen omdat de cao krachtens de werking van de artikelen 9, 12 en 13 (en 14)<sup>21</sup> Wet CAO de individuele arbeidsovereenkomst heeft gewijzigd. Deze wijziging blijft in stand, behoudens andersluidende afspraken van de partijen. Dit betekent ook dat bedingen in de individuele arbeidsovereenkomst die tijdens de looptijd van de cao daarmee in strijd waren, ook na afloop van die cao nietig blijven.<sup>22</sup> Fase en Van Drongelen kunnen zich vinden in de acceptatie van de nawerking van de cao omdat daarmee wordt erkend dat de collectieve wil van cao-partijen, aan wie de individuele werkgever en werknemer hun contractsvrijheid vrijwillig heb-

18 Met 'zij' wordt volgens mij verwezen naar de individuele werkgevers en werknemers.

19 Loonstra en Zondag melden dat uit het arrest volgt dat de oude cao nawerkt 'totdat een nieuwe cao geldt'. Bovendien, zo stellen zij, blijkt uit het arrest dat de contractsvrijheid van de individuele werkgever en werknemer gedurende de nawerking herleeft. Loonstra & Zondag 2010, p. 679 en 680. Verhulp duidt 'partijen' in het Antillen-arrest als de cao-partijen. E. Verhulp, Nawerking van de cao-bepalingen ook ingeval minimum-CAO van toepassing is geworden?, noot bij HR 8 april 2011, NJ 2011/371. Van Peijpe meldt dat volgens het Nederlandse leerstuk van de nawerking de cao in de individuele arbeidsovereenkomst voortleeft totdat de werkgever en werknemer hun overeenkomst wijzigingen of als ze gebonden worden door een nieuwe cao. T. van Peijpe, Overgang van onderneming: onbeantwoorde vragen in het licht van de jurisprudentie', NtER 1999/3, p. 55.

20 HR 10 januari 2003, NJ 2006, 516 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet), r.o. 3.4.3.

21 De toevoeging van artikel 14 in Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet lijkt niet gegrond te zijn.

22 Houweling & Van der Voet 2006, p. 60.

ben afgestaan, meer betekenis heeft dan een tijdelijke regeling voor de afgesproken looptijd van de cao. 'Zij hebben die arbeidsvoorwaarden gewild.'<sup>23</sup> Met de aanneming van de nawerking wordt volgens hen voorkomen dat de ongebonden werknemers terugvallen op hun arbeidsovereenkomst waarin de cao door afspraak is geïncorporeerd, terwijl de gebonden werknemers moeten terugvallen op een partijafpraak waar die cao geen deel van uitmaakt, zo deze al bestaat.<sup>24</sup>

## 6 Het open einde van de nawerking: de gevolgen van het arrest voor de gebonden en ongebonden werknemer

### 6.1 De duur van de nawerking voor de gebonden werknemer

Het arrest ABVAKABO/Unieke Kinderopvang is vooral interessant ten aanzien van de vraag wanneer de nawerking eindigt. In voornoemd arrest in de Antillenzaak is te lezen dat de 'oude' cao blijft nawerken totdat (cao-)partijen anders overeenkomen. De contractsvrijheid van partijen wordt hiermee na afloop van de cao gerespecteerd. Zij zijn dus vrij afspraken te maken die afwijken van de nawerkende bepalingen. In de literatuur wordt deze regel doorgaans overgenomen.<sup>25</sup> Fase en Van Drongelen wijzen er hierbij op dat de nawerking alleen van belang is wanneer de cao zonder nadere partijafpraak de arbeidsovereenkomst modelleert. Individuele partijafspraken tussen de werkgever en de werknemer die boven het niveau van de minimum-cao-bepalingen uitstijgen, blijven net zoals ten tijde van de looptijd van de cao normaal gelden.<sup>26</sup> Het arrest van de Hoge Raad sluit hierbij aan: de cao-bepalingen blijven ook na afloop van de cao gelden via de individuele arbeidsovereenkomst waarin de cao vanwege gebondenheid is 'doorgezakt', behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat nieuwe collectieve afspraken waaraan de werknemer gebonden raakt, wanneer zij een minimumkarakter kennen, de oude gunstigere cao-bepalingen die doorwerken in de arbeidsovereenkomst niet opzij zetten. Hiermee laat de Hoge Raad het al dan niet eindigen van de nawerking afhangen van het type nieuwe collectieve afspraken. De Hoge Raad redeneert mijns inziens hiermee opnieuw langs de contractuele lijn: wanneer de nieuwe cao de ondergrens bepaalt, blijft daarboven contractsvrijheid bestaan. De bestaande arbeidsovereenkomst die dankzij toepasselijkheid van de oude cao gunstigere bepalingen dan de nieuwe minimum-cao-bepalingen kent, blijft wat de gunstigere arbeidsvoorwaarden betreft gelden. De nawerking van de oude gunstigere cao-bepalingen krijgt daarmee een open einde. A-G Spier, die zijn conclusie geheel heeft gebaseerd op de ongewenste effecten van dergelijke nawerking, wordt door de Hoge Raad niet gevolgd. Het oordeel van de Hoge Raad is privaatrechtelijk redenerend zuiver.<sup>27</sup> Ook wanneer gedacht wordt vanuit de werking van artikel 12 Wet CAO, op grond waarvan individueel overeengekomen bepalingen in strijd met de cao nietig zijn,

23 Fase & Van Drongelen 2004, p. 108.

24 Fase & Van Drongelen 2004, p. 108.

25 Loonstra & Zondag 2010, p. 679; Fase & Van Drongelen 2004, p. 109.

26 Fase & Van Drongelen 2004, p. 107.

27 Zie ook: Van Houten 2011, p. 184.

C.W.G. Rayer

is het arrest correct te noemen.<sup>28</sup> Immers, wanneer de nieuwe cao minimumbepalingen bevat waarmee de gunstigere oude bepalingen niet in strijd zijn, zal de arbeidsovereenkomst krachtens artikel 12 Wet CAO geen invloed van de nieuwe cao ondervinden. Overigens moet worden bedacht dat het arrest ABVAKABO/Unieke Kinderopvang van toepassing is op verschillende situaties van opvolgende (en samenlopende) cao's. De rechtsregel geldt niet alleen voor de overstap van de werkgever naar een andere bedrijfstak-cao. Hij geldt mijns inziens ook voor reguliere nieuwe opvolgende bedrijfstak- of ondernemings-cao's. Ook wanneer een onderneming van de bedrijfstak-cao dispensatie krijgt vanwege een nieuwe eigen ondernemings-cao, kan het arrest worden toegepast.

### 6.2 *De duur van de nawerking voor de ongebonden werknemer*

In het arrest ABVAKABO/Unieke Kinderopvang geeft de Hoge Raad antwoord op het cassatiemiddel dat uitgaat van de situatie dat de werknemer krachtens de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO gebonden is aan de nieuwe cao. De vraag is: heeft het arrest ook betekenis voor de situatie van de ongebonden werknemer? Deze vraag is relevant nu veel werknemers in Nederland geen vakbondslid zijn. Voor de ongebonden werknemer geldt dat de cao immer krachtens overeenkomst in zijn individuele arbeidsovereenkomst doorwerkt (artikel 14 Wet CAO). De heersende leer is dat het aflopen van de cao geen invloed heeft op die individuele afspraak.<sup>29</sup> De acceptatie van de nawerking van de cao via de individuele arbeidsovereenkomst voor de gebonden werknemer betekent dat hij op dezelfde rechten aanspraak kan maken als de ongebonden werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst. Wanneer de werkgever wordt gebonden aan een nieuwe cao, dient hij deze aan de ongebonden werknemer aan te bieden. De ongebonden werknemer heeft de contractsvrijheid de cao in haar geheel te weigeren<sup>30</sup> wanneer hij bijvoorbeeld niet aan minder gunstige bepalingen wil worden gebonden. Fase en Van Drongelen wijzen er daarbij wel op dat de ongebonden werknemer die weigert de cao te accepteren waaraan de werkgever is gebonden, zich blootstelt aan een einde van de arbeidsovereenkomst.<sup>31</sup>

In de literatuur over overgang van onderneming is voor de ongebonden werknemer de kwestie van de duur van de nawerking van oudere, gunstigere cao-bepalingen van de vervreemder ten opzichte van de cao van de verkrijger eerder aan de orde geweest. Reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw differentiëren enkele schrijvers daarbij voor het minimum- of standaardkarakter van de nieuwe cao. Olbers opent de discussie. Hij stelt dat na overgang van onderneming de 'oude cao' kan blijven nawerken via de individuele arbeidsovereenkomst die is gewijzigd onder invloed van die cao. Wordt of is de werkgever gebonden aan een andere

28 A.R. Houweling & C.J. Loonstra, Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?, TAP 2011/5, p. 180-181; Houweling & Van der Voet 2006, p. 55 e.v.

29 Houweling & Van der Voet 2006, p. 63; W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 256; Grapperhaus 2011.

30 Ik ga ervan uit dat cherrypicking niet mogelijk is. Fase en Van Drongelen gaan in beginsel uit van aanvaarding of weigering van de gehele cao. Zie: Fase & Van Drongelen 2004, p. 94.

31 Fase & Van Drongelen 2004, p. 84.

*minimum*-cao, dan blijven de oude arbeidsvoorwaarden gelden als zij op of boven dat minimum zijn gesteld. De nawerking gaat verloren wanneer de opvolgende cao een standaardregeling van de arbeidsvoorwaarden betreft.<sup>32</sup> Olbers verwijst voor de bevestiging van deze stelling naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel betreffende artikel 14a Wet CAO. Later sluiten Van Peijpe en Even zich bij Olbers' opvattingen aan.<sup>33</sup> Zij stellen zich ook op het standpunt dat wanneer de nieuwe cao minimumbepalingen bevat, deze geen afbreuk doen aan de nawerking van gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao. Beltzer erkent de lijn van redenering. Hij acht de uitkomst vanwege de gedachte van werknemersbescherming ook te billijken. Niettemin signaleert hij dat de werkgever tot in de lengte van dagen wordt opgescheept met de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder en dat het afgewogen karakter van de cao hiermee verloren kan gaan.<sup>34</sup> De Jong en Haasdijk hebben bezwaar tegen de permanente nawerking van de gunstigste arbeidsvoorwaarden uit de oude cao. Zij stoelen hun bezwaar niet op juridisch-technische overwegingen, maar baseren deze geheel op de effecten van het toestaan van de nawerking van de gunstigste arbeidsvoorwaarden. Deze effecten zijn in hun ogen ongewenst en dienen te worden voorkomen. De Jong vindt dat moet worden voorkomen dat werknemers alleen recht houden op de gunstigste arbeidsvoorwaarden; dat zou namelijk miskennen dat een wisselwerking tussen verschillende cao-bepalingen bestaat. Bovendien staat het toekennen van de nawerking van de oude cao-bepalingen die het minimum van de nieuwe cao-bepalingen overstijgen, in de weg aan het belang dat de werkgever heeft bij uniformering van de arbeidsvoorwaarden. Zij vindt in de memorie van toelichting<sup>35</sup> en de parlementaire geschiedenis<sup>36</sup> argumenten voor het standpunt dat de oude cao slechts tijdelijk dient te blijven nawerken.<sup>37</sup> Haasdijk signaleert dezelfde typen ongewenst effecten. Deze ongewenste effecten acht zij redenen om de gebonden werknemer niet toe te staan van twee cao's de gunstigste bepalingen te kiezen.<sup>38</sup> De discussie van de cao-rechten van de ongebonden werknemer na overgang van onderneming wordt mogelijk beïnvloed door het recente HvJ EG-arrest Scattolon.<sup>39</sup> Hieruit blijkt dat Richtlijn 2001/23/EG weliswaar toestaat dat onmiddellijk na de overgang de cao van de verkrijger wordt toegepast, maar dat dit geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van de richtlijn. Dit 'mag dus niet als doelstelling of als gevolg hebben dat aan deze werknemers voorwaarden worden opgelegd die globaal minder gunstig zijn dan de voorwaarden die voor de overgang van

32 M.M. Olbers, *Overgang en cao*, SMA 1997/5, p. 314. Het latere oordeel van het HvJ EG dat een incorporatiebeding statische werking heeft, doet overigens niet aan deze discussie af. HvJ EG 9 maart 2006, C-499/04, JAR 2006/83 (Werhof).

33 Van Peijpe 1999, p. 55; J.H. Even, *Toepasselijkheid cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's*, TAP 2009, special 2, p. 31-32. Roeloff gaat op dit punt niet in: C.V.E. Roeloff, *Nawerking van de cao van de vervreemder ten opzichte van de verkrijger*, Bb 2004/12, p. 192-194.

34 R.M. Beltzer, *Botsende en nawerkende cao-bepalingen*, ArA 2003/1, p. 35 en 37.

35 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 3, p. 12 (MvT).

36 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 7, p. 4.

37 A.A. de Jong, *Botsende cao's bij overgang van onderneming (2)*, AR 1997/31.

38 S.L. Haasdijk, *Gebonden werknemers en nawerking van cao's bij overgang van onderneming*, SMA 2003/9, p. 380.

39 HvJ EG 6 september 2011, zaak C-108/10 (Scattolon).

C.W.G. Rayer

toepassing waren.<sup>40</sup> Een wezenlijk verlies in de arbeidsvoorwaarden door onmiddellijke toepasselijkheid van de cao van de verkrijger na overgang van onderneming wordt niet toelaatbaar geacht. Enige voorzichtigheid is vanwege de recentheid van het arrest op zijn plaats, maar mijns inziens lijkt ook dit arrest erop te duiden dat in beginsel de werknemer na overgang niet in een minder gunstige positie mag komen te verkeren.

Het voorgaande ziet op de situatie na overgang van onderneming. Wat als geen sprake is van overgang van onderneming? Als de ongebonden werknemer de nieuwe minimum-cao accepteert, blijven dan eveneens de oude gunstigere cao-bepalingen gelden? De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet eerder uitgelaten en oordeelt in het arrest ABVAKABO/Unieke Kinderopvang evenmin over dit aspect. Nu echter ook voor de ongebonden werknemer de oude cao onderdeel is geworden van de individuele arbeidsovereenkomst en op basis daarvan ook na afloop van de looptijd van de cao 'nawerkt', is de redenering van de Hoge Raad ook toepasbaar op de situatie van de ongebonden werknemer. Ook voor hem kan op basis van het onderhavige arrest worden bedacht dat de acceptatie van de nieuwe minimum-cao niet betekent dat de bestaande gunstigere bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst door die nieuwe cao opzij worden gezet. Mijns inziens houdt analoge toepassing van ABVAKABO/Unieke Kinderopvang op de ongebonden werknemer eveneens een open einde van de oude gunstigere cao-bepalingen in. Deze toepassing van het arrest past bij de ideeën van voornoemde schrijvers voor de situatie van de ongebonden werknemer die bij overgang van onderneming wordt geconfronteerd met minder goede arbeidsvoorwaarden in de nieuwe cao van de verkrijger. Mijns inziens stelt de Hoge Raad met dit arrest een gelijke positie van de gebonden en ongebonden werknemer veilig. Had de Hoge Raad geoordeeld dat de nawerking eindigt bij gebondenheid op grond van de Wet CAO aan een nieuwe cao, dan was de ongebonden werknemer mogelijk in een betere positie komen te verkeren wanneer hij zich op de bestaande gunstigere bedingen in zijn contract zou beroepen. Ik begrijp dan ook niet goed waarom A-G Spier bij toekenning van de vordering van ABVAKABO een verschil in positie tussen de gebonden en de ongebonden werknemer vreest. Het enige verschil dat ik zie, betreft de mogelijkheden tot vordering van nakoming van de nawerkende cao. Voor de gebonden werknemer kan de vakbond een actie op grond van de Wet CAO instellen. De ongebonden werknemers zullen zelf de nakoming van hun arbeidsovereenkomst dienen te vorderen of wellicht via een collectieve actie op basis van artikel 3:305a BW hun krachten kunnen bundelen.

## 7 Implicaties van het arrest, kritiek en oplossingen voor gesignaleerde problemen

### 7.1 *Kritiek op de privaatrechtelijke benadering in het arrest*

Hoewel het arrest nauw aansluit op de Wet CAO en juridisch correct is geredeneerd en ook een gelijke positie van de gebonden en ongebonden werknemer

40 HvJ EG 6 september 2011, zaak C-108/10 (Scattolon), r.o. 76.

mogelijk maakt, is toch kritiek uit theoretisch oogpunt mogelijk. De vraag kan worden gesteld of de Hoge Raad hier niet méér oplost dan wat oorspronkelijk de gedachte was achter de vraag naar nawerking, te weten het dichten van het gat van de cao-loze periode. Houweling en Loonstra betogen dat de Hoge Raad meer oog had kunnen hebben voor hetgeen zij het institutionele aspect van het arbeidsrecht noemen.<sup>41</sup> De werkgever heeft een arbeidsorganisatie in stand te houden onder verschillende economische omstandigheden. Nu de werkgever daarbij met 'een veelheid van contractspartijen' van doen heeft, is het voor hem wenselijk collectieve afspraken te maken die gelden voor al zijn werknemers tegelijkertijd en die worden aangepast aan hetgeen de economische omstandigheden toelaten. Met andere woorden: juist ook indien de nieuwe cao uit economisch oogpunt minder gunstige bepalingen bevat, dient de nieuwe cao de oude integraal te vervangen.<sup>42</sup> Dit zou ook uit de zinsnede 'totdat partijen anders bepalen' uit het Antillen-arrest van de Hoge Raad blijken.<sup>43</sup>

Ik stel me vanwege vorenstaande kritiek daarom de vraag: had de Hoge Raad voor een andere oplossing kunnen kiezen dan hij nu gedaan heeft? Ik ga daarbij uit van een oplossing voor zowel de gebonden als de ongebonden werknemer, omdat in paragraaf 6 is aangetoond dat de problematiek voor beiden gelijksoortig is. Een gedachte-experiment kan hierbij worden uitgevoerd. Had met de huidige Wet CAO de Hoge Raad eerder wel voor tijdelijke nawerking kunnen kiezen? De Wet CAO geeft hiervoor geen aanknopingspunten. Ik kom terug op de twee theoretische uitgangspunten voor de doorwerking van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst die Van der Grinten mogelijk achtte. Ofwel de cao wordt onderdeel van de arbeidsovereenkomst en blijft dat ook na afloop van de cao, ofwel de cao verandert de arbeidsovereenkomst slechts tijdelijk voor de duur van haar looptijd. Wellicht was een derde variant ook denkbaar geweest. Op basis van de doorwerking tijdens de looptijd via artikel 9, 12, 13 of 14 Wet CAO én op basis van rechtsvinding van de Hoge Raad met betrekking tot de nawerking had ook iets anders kunnen worden bedacht. Namelijk dat de cao onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst wordt, niet enkel gedurende haar looptijd, maar totdat de cao-partijen een nieuwe cao afsluiten waaraan de werkgever wordt gebonden. De tijdelijke nawerking had daarbij wellicht op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden gegrond. De Hoge Raad had in dat geval de zinsnede 'totdat partijen anders bepalen' uit het Antillen-arrest anders moeten uitleggen dan hij nu gedaan heeft. In het geval van deze keuze had de Hoge Raad echter het (Nederlandse) idee van de 'permanente' doorwerking van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst moeten loslaten. Dat had gezien de stand van de Nederlandse doctrine op dit punt niet erg voor de hand gelegen. Bovendien kan ook de tijdelijke nawerking worden bekritiseerd. In Frankrijk is met betrek-

41 Houweling & Loonstra 2011, p. 172.

42 Houweling & Loonstra 2011, onder verwijzing naar Loonstra & Zondag 2010, p. 679.

43 A.R. Houweling, Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht? Commentaar op HR 8-4-2011, LJN BP0580 (ABVAKABFNV/Unieke kinderopvang), AR updates 2011/07, met verwijzing naar Loonstra & Zondag 2010, p. 679. Verhulp is het met die uitleg niet eens: de cao-partijen kunnen ook instandhouding van eerdere gunstigere bepalingen beogen. Zie Verhulp 2011.



C.W.G. Rayer

king tot de nawerking totdat een nieuwe cao geldt bijvoorbeeld de kritiek geuit dat bestaande rechten komen te vervallen wanneer de werkgever met een minder representatieve vakbond een nieuwe cao sluit.<sup>44</sup> Al met al moet de conclusie over het huidige arrest luiden dat de privaatrechtelijke redenering van de Hoge Raad nauw aansluit bij eerder ontwikkelde theoretische opvattingen over de door- en nawerking en dat het onderhavige arrest een logisch vervolg is op eerdere arresten over de nawerking.

## 7.2 *Praktische implicaties en oplossingen*

Kritiek op het arrest vanwege de praktische gevolgen is dat de Hoge Raad de nadelen van de aangenomen 'permanente' nawerking van de gunstigste bepalingen uit de oude cao ten opzichte van de minimumbepalingen uit de nieuwe cao miskent. Houweling onderschrijft de problemen die Spier signaleert als gevolg van het 'stapeleffect':<sup>45</sup> administratieve problemen en het op slot raken van het cao-overleg omdat werkgeversorganisaties niet overzien wat de gevolgen van een nieuwe uitruil van arbeidsvoorwaarden zullen zijn. Houweling vermoedt dat de 'onderhandelingssetting' door het arrest onder druk komt te staan. Vakbonden zullen met het arrest in de hand niet meer willen onderhandelen over verslechtering van bepaalde arbeidsvoorwaarden. Hij is het met Spier eens dat niet duidelijk is wanneer van een minimum- of standaardbepaling sprake is. Daarbij is 'even de desbetreffende onderhandelaar uithoren' niet aan de orde. Stege deelt die zorg niet: het is een elementair punt van cao-recht. In de rechtspraak wordt er weinig aandacht aan besteed.<sup>46</sup> Hij zal bedoeld hebben te zeggen: er is kennelijk geen aanleiding geweest in de rechtspraak hieraan aandacht te besteden.

Inmiddels worden verschillende oplossingen gesuggereerd voor de mogelijke problemen die als gevolg van dit arrest rijzen. Verhulp en Stege leggen de bal bij de cao-partijen. Verhulp wijst op de mogelijkheid om bepalingen in de nieuwe cao die een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden betekenen, in de cao expliciet als standaardbepaling aan te merken.<sup>47</sup> Even besprak eerder al dat die mogelijkheid bestaat.<sup>48</sup> Stege acht het mogelijk meer algemeen in de cao vast te leggen dat voortaan uitsluitend de nieuwe versoberde arbeidsvoorwaarden van toepassing zullen zijn en dat deze in de plaats treden van oudere afspraken.<sup>49</sup> Houweling acht een oplossing door de cao-partijen ook mogelijk,<sup>50</sup> maar ziet liever dat de wetgever ingrijpt. De wetgever dient zijns inziens te bepalen dat op de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer, of liever nog op de werkgever, slechts één cao van toepassing kan zijn. Dit dwingt volgens hem de cao-partijen tot nauwkeurige werkingsfeerbepalingen. Voorts dient de wetgever te codificeren dat de nawerkende cao-bepalingen geheel eindigen zodra en indien een nieuwe cao in werking treedt. Dit zal verschillende soorten samenloopproble-

44 Jacobs 1986, p. 211, voetnoot 36.

45 Houweling 2011.

46 A. Stege, Hoge Raad verduidelijkt nawerking van cao-bepalingen, TRA 2011/71.

47 Verhulp 2011.

48 Even 2009, p. 34.

49 Stege 2011.

50 Houweling 2011.

men, waaronder de onderhavige nawerking van gunstigere cao-bepalingen, oplossen.

Zoals al uit het voorbeeld van Duitsland en Frankrijk blijkt, is het inderdaad mogelijk dat de wetgever de Wet CAO aanpast en bepaalt dat de nawerking van de cao tijdelijk is totdat een nieuwe cao geldt en de werkgever bindt.<sup>51</sup> Ik vraag me echter af of de wetgever onmiddellijk dient in te grijpen. Het lijkt me in eerste instantie aan de sociale partners in de SER en de STAR om de wetgever te laten weten of het onderhavige arrest inderdaad tot onoverkomelijke administratieve problemen leidt of de onderhandelingen op slot zet, waardoor wettelijk ingrijpen nodig is. Aanpassing van de Wet CAO is ook niet meteen aan de orde en wellicht evenmin meteen te verwachten, omdat een uitgangspunt van de Wet CAO is dat veel ruimte aan de cao-partijen wordt gelaten om belangrijke zaken met betrekking tot de cao zelf te regelen. Een oplossing door de cao-partijen zelf past daar het beste bij.

De door Verhulp en Stege voorgestelde oplossingen kennen een belangrijke beperking. Het duiden van het standaardkarakter van de cao of bepalingen daarvan is alleen passend voor dezelfde opvolgende bedrijfstak- of ondernemingscao's. Bij een overstap van de werkgever naar een geheel andere cao is niet goed denkbaar dat hij invloed zal hebben op het minimum- dan wel standaardkarakter van die nieuwe cao. Wanneer naar de oplossingen wordt gekeken, is daarover het volgende op te merken. De oplossing van Stege is in dit kader ogenschijnlijk de meest eenvoudige: cao-partijen hoeven slechts voor in de cao een regeltje extra tekst op te nemen. Deze oplossing werkt echter alleen wanneer de nieuwe cao in haar geheel als een standaard-cao wordt aangemerkt. Als de cao-partijen het karakter van een minimum-cao zo veel mogelijk willen behouden, maar de nawerking van oudere gunstigere arbeidsvoorwaarden willen voorkomen, dan dienen zij Verhulps suggestie te volgen. Zij kunnen dan de verslechterde arbeidsvoorwaarden als een standaardbepaling aanmerken. Ook hieraan kleeft een nadeel. Het expliciet vermelden van het standaardkarakter van een cao-bepaling is voor de vakbonden niet meteen een aantrekkelijke optie. De verliespunten in de onderhandelingen worden zo duidelijker zichtbaar. De vakbond kan hierover achteraf om uitleg worden gevraagd. De vakbonden hebben echter de mogelijkheid ook de winst uit de onderhandelingen aan de buitenwereld kenbaar te maken. Dit gebeurt ook nu al, bijvoorbeeld via mededelingen op de websites van de vakbonden. Wanneer in de cao verslechterde arbeidsvoorwaarden als standaardbepaling worden aangemerkt, kan in de cao mijns inziens desgewenst ook worden aangegeven welke cao-bepalingen verbeterde arbeidsvoorwaarden bevatten. Ik denk dat hiermee de transparantie wordt van de onderhandelingsresultaten vergroot en zichtbaar wordt voor de werknemers op wie de cao wordt toegepast.

De voorgestelde oplossing van Verhulp zal zoals gezegd niet werken voor de situatie, zoals in dit arrest, dat de werkgever overstapt naar een andere cao in de bedrijfstak of naar een geheel andere bedrijfstak-cao. De oude en nieuwe cao zul-

51 Ik kies deze formulering omdat bij binding van de werkgever ook aan de artikel 14-werknemers een aanbod conform de nieuwe cao moet worden gedaan, welke dan dus de oude cao opzij zou zetten en de uitkomst voor de gebonden en ongebonden werknemer hetzelfde is.

C.W.G. Rayer

len dan niet met elkaar corresponderen. Het vaststellen van standaardbepalingen in de nieuwe cao sluit niet uit dat de oude cao gunstiger is ten aanzien van andere bepalingen in de nieuwe cao die een minimumkarakter hebben. In dat geval zullen dus toch alle oude en nieuwe bepalingen opnieuw met elkaar moeten worden vergeleken om te bepalen wat de gunstigste arbeidsvoorwaarde is. Werkgevers maken een dergelijke overstap onder het mom dat de nieuwe cao meer op de onderneming is toegesneden. Vaak zal echter (mede) een versoering van de arbeidsvoorwaarden zijn beoogd. Nu de cao-partijen in een bepaalde sector of bij een onderneming niet beiden hebben ingestemd met verslechtering van de arbeidsvoorwaarden, maar dit een eenzijdige actie van de werkgever betreft, acht ik het in die situatie vanuit werknemersbescherming te billijken dat in dat geval de gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao (gedeeltelijk) kunnen blijven nawerken. De werkgever zal bij een overstap het kostenplaatje van de overstap voor zichzelf al maken. Enige administratieve lasten om de werknemersrechten bij de overstap te waarborgen lijken mij dan geen overwegend bezwaar.

## 8 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat het oordeel van de Hoge Raad in het arrest ABVA-KABO/Unieke Kinderopvang voortbouwt op het eerder ontwikkelde leerstuk van nawerking. Cao-bepalingen werken via de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO door in de individuele arbeidsovereenkomst. Die arbeidsovereenkomst blijft ongewijzigd in stand, ook na afloop van de periode van geldigheid van de cao. Met het arrest is komen vast te staan dat dit ook geldt wanneer de werkgever niet meer door lidmaatschap van de betrokken werkgeversorganisatie gebonden is aan de cao en de looptijd van die cao is verstreken. Wanneer de werkgever vervolgens gebonden wordt aan een nieuwe cao met minimumbepalingen en gehouden is deze toe te passen, blijven bestaande arbeidsovereenkomsten met gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao hun werking behouden. De nawerking van die gunstigere arbeidsvoorwaarden kent daarmee voor de gebonden werknemer een open einde. Het arrest kan analoog worden toegepast op de ongebonden werknemer. De nieuwe rechtsregel is van belang bij verschillende situaties van opvolgende en samenlopende cao's. Het arrest heeft een stapeffect van rechten tot gevolg. Om dit effect te voorkomen zouden de sociale partners desgewenst de wetgever kunnen verzoeken om in te grijpen. Zolang de sociale partners hieraan geen behoefte hebben en de Wet CAO ongewijzigd blijft, geldt dat de cao-partijen voor elkaar opvolgende cao's het stapeffect deels zelf kunnen voorkomen door in de nieuwe cao verslechterde bepalingen als een standaardbepaling aan te merken. Bij de overstap van de werkgever naar een geheel andere 'goedkopere' cao zal die oplossing niet goed werken. Nu in dat geval de aansluiting bij een andere cao een eenzijdige beslissing van de werkgever is, is het in dat geval wellicht te billijken dat bestaande werknemersrechten gerespecteerd moeten blijven.