

# Nawerking en incorporatie van de cao; hoe ver reikt het?

TRA 2019/105

**In dit artikel staat het cao-rechtelijk nawerkingsleerstuk centraal. Daarbij wordt ingegaan op de dynamische incorporatie van de cao en de vraag of de niet- of anders georganiseerde werknemer – naast de voordelen – ook verplicht kan worden de nadelen te accepteren die voortkomen uit de binding door het incorporatiebeding aan de nieuwe cao. De rechtspraak van de afgelopen jaren is geordend en onderverdeeld in vier scenario's waaronder het scenario dat een ernstig verslechterde cao is afgesloten met een kleine, niet onafhankelijke vakbond. Speelt art. 6:248 BW een rol of biedt uitleg van het incorporatiebeding op grond van de Haviltex-methode hier uitkomst?**

## 1. Inleiding

Het leerstuk van de nawerking is essentieel voor een effectieve werking van het cao-recht voor gebonden werknemers. Het (dynamisch) incorporatiebeding is de essentiële evenknie voor ongebonden werknemers. Er is een aantal uitspraken over de vraag hoe om te gaan met niet- of anders georganiseerde werknemers die een beroep doen op de nawerking van de oude cao en de toepasselijkheid van de nieuwe cao verwerpen met een beroep op de negatieve contractsvrijheid. De auteur belicht in dit artikel het nawerkingsleerstuk, evenals de vragen die de incorporatie ten aanzien van niet- of anders georganiseerden meebrengt.

In dit artikel zal de nawerking nader worden onderzocht. Hoe komt de nawerking tot stand en door wie kan deze beperkt worden? De vraag die opkomt is in het bijzonder: kan voor niet- of anders georganiseerden via het dynamisch incorporatiebeding hetzelfde resultaat worden bereikt als voor georganiseerden die gebonden zijn op grond van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO? Kan de niet- of anders georganiseerde werknemer ook verplicht worden de nadelen te accepteren die voortkomen uit de binding door het incorporatiebeding aan de nieuwe cao? En waar hangt dit van af?

Het artikel is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt ingegaan op het principe van de nawerking (paragraaf 2) en de vraag welke bepalingen nawerken (paragraaf 3). Paragraaf 4 beschrijft de permanente nawerking, terwijl paragrafen 5 en 6 de vraag beantwoorden of en in hoeverre nawerking collectief respectievelijk individueel kan worden uitgeslo-

ten. Het zwaartepunt van dit artikel zal op de individuele uitsluiting of beperking van nawerking zien. Paragraaf 7 bevat de conclusie.

## 2. Principe nawerking<sup>3</sup>

Nawerking is een leerstuk dat volgt uit de gezamenlijke werking van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. Art. 9 Wet CAO definieert het begrip 'gebondenheid' in de zin van art. 12 Wet CAO. Voor 'gebondenheid' is vereist dat de werkgever (of werknemer) georganiseerd is bij een werkgevers- (danwel werknemers-)vereniging en tevens dat de verrichte werkzaamheden onder de werkingssfeer van de cao vallen. Als sprake is van dubbele gebondenheid (aan zowel werkgevers- als werknemerszijde), dan doet de normatieve werking zich voor. Dit houdt in dat de normatieve bepalingen van de cao dwingend doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van werkgever en werknemer. Individuele bepalingen strijdig met de cao worden getroffen door nietigheid. Dit resulteert erin dat de individuele arbeidsovereenkomst blijvend wordt gemodelleerd naar voorbeeld van de cao. Na expiratie van de cao herleven de nietige bepalingen niet, terwijl de normatieve bepalingen blijven gelden: er ontstaat nawerking.<sup>4</sup> Nawerking doet zich voor tenzij de cao zelf die uitsluit of doordat een opvolgende cao die uitsluit bijvoorbeeld door een standaardbepaling in de opvolgende cao.<sup>5</sup>

Omdat de werkgever ook verplicht is de cao toe te passen op grond van art. 14 Wet CAO, wordt in de praktijk vaak gebruikgemaakt van een incorporatiebeding. Het incorporatiebeding leidt ertoe dat de facto een vorm van nawerking mogelijk wordt gemaakt ten aanzien van niet- of anders georganiseerden. Strikt genomen betreft dit geen nawerking.

3 Zie uitvoerig over nawerking: R. van de Water, 'Nawerking van CAO-bepalingen', *SR* 1999, p. 308-310; A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Het leerstuk nawerking op de helling', *ArA* 3006/3, p. 55 e.v. en C.W.G. Rayer, 'Nawerking van gunstigere cao-bepalingen', *ArA* 2011/3, p. 30 e.v. Nawerking wordt in de literatuur vrij algemeen aanvaard (vgl. Kamphuisen, p. 33, Mannoury, p. 68, Heida, a.w. 1964, p. 103, Fase & Van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, p. 107, Olbers, *SMA* 1979, p. 485-494, Van Drongelen 2012, p. 283), E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsovereenkomsten en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 133. N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsovereenkomstenoverleg* (diss. UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 108.

4 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38 (*Te Riet/Rode Kruis Ziekenhuis*); HR 19 juni 1987, nr. 6995, *NJ* 1988/70.

5 CRvB 14 november 1974, *RSV* 1975/126; HvJ NA 5 juli 1977, *NJ* 1978/134, en 15 januari 1980, *Prg.* 1980/1485 (p. 245); Rb. Utrecht (pres.) 4 mei 1982, *KG* 1982/85; Rb. Zutphen (pres.) 4 mei 1982, *KG* 1982/87; Rb. 's-Gravenhage (pres.) 6 mei 1986, *KG* 1986/307; HR 19 juni 1987, *NJ* 1988/70, m.nt. PAS; Rb. Leeuwarden (pres.) 1 april 1996, *JAR* 1996/110; Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228; en *SMA* 1997 (p. 306 e.v.), m.nt. M.M. Olbers, HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38.

1 Mr. dr. E. Koot-van der Putte is eigenaar van Cao-recht Advies en Opleiding te Haarlem. Zij is tevens verbonden aan de RUG.

2 De auteur dankt Rogier Duk en Arnold Keizer voor hun constructief commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

Het gaat om het gebruik van een beding op grond van het individueel verbintenissenrecht (zie verder paragraaf 6).<sup>6</sup>

### 3. Welke bepalingen werken na?

Enkel de normatieve bepalingen (ook wel horizontale bepalingen genoemd) van de cao werken door en na in de individuele arbeidsovereenkomst. Dit geschiedt op basis van de normatieve werking van de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO. Obligatoire bepalingen lenen zich niet voor normatieve werking en nawerking. Deze bepalingen bevatten afspraken die de onderlinge (werk)relatie van cao-partijen aangaan. Voorbeelden daarvan zijn bijvoorbeeld de afspraak om na afloop van de cao-periode opnieuw met elkaar in onderhandeling te treden over een nieuwe cao. Een bekend voorbeeld is ook de vredesplichtclausule, die inhoudt dat cao-partijen afspreken dat niet gestaakt zal worden tijdens de looptijd van de cao. Aan diagonale cao-bepalingen komt eveneens geen nawerking toe, zo volgt ook uit een uitspraak van de president van de Rechtbank Leeuwarden.<sup>7</sup> Diagonale bepalingen scheppen een verplichting voor de werkgever of werknemer ten aanzien van cao-partijen of ten aanzien van een derde zoals een fonds (bijvoorbeeld een opleidingsfonds of een sociaal fonds).

### 4. Permanente nawerking na *Unieke Kinderopvang*<sup>8</sup>

De reikwijdte van de nawerkingsleer is door de Hoge Raad aangegeven in het zogenoemde *Unieke Kinderopvang*-arrest.<sup>9</sup> De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat een nieuwe minimum-cao geen einde maakt aan de nawerking van gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao voor de gebonden werknemer. Dit leidt tot 'permanente nawerking'.

In deze zaak deed Abvakabo namens haar leden een beroep op de Cao Kinderopvang. De betreffende vakbondsleden waren in dienst van Unieke Kinderopvang en deze werkgever had het werkgeverslidmaatschap van de MO-groep (die altijd partij was bij de Cao Kinderopvang) verruild voor het lidmaatschap bij de BKN (Branchevereniging Kinderopvang Nederland), partij bij de BKN-Cao. Bij de BKN-Cao was Abvakabo geen partij in de periode 2006-2007. Wel was vakbond De Unie als enige vakbond partij aan werknemerszijde. Bij de opvolgende BKN-Cao 2007-2009 was Abvakabo wél partij (naast De Unie).

6 Het gebruik van het incorporatiebeding door de ongebonden werkgever (de zogeheten 'onverplichte volger') valt buiten het bestek van dit artikel.

7 Rb. Leeuwarden (pres.) 1 april 1996, *JAR* 1996/110. In deze zin ook Rb. Haarlem (vzr.) 11 mei 2012, *IJN* BW5550, *JAR* 2012/166.

8 HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0580, *JAR* 2011/135. Zie C. Nekeman, 'De standaard-cao als veranderingsinstrument', *ArbeidsRecht* 2012/4, nr. 19 en T.O. van Houten, 'Nawerking eindigt niet bij nieuwe minimum-cao', *TAP* 2011/5, p. 182-186. Zie ook kritisch: E. Verhulst, 'Nawerking van de cao-bepalingen ook ingeval minimum-cao van toepassing is geworden?', noot bij HR 8 april 2011, *NJ* 2011/371; A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011/5 en A. Stege, 'Hoge Raad verduidelijkt nawerking van cao-bepalingen', *TRA* 2011/71.

9 HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135, m.nt. J.J.M. de Laat (*Abvakabo/Unieke Kinderopvang BV*).

Abvakabo doet ten aanzien van de Cao 2007-2009 een beroep op de nawerking van gunstigere regelingen. De grondslag hiervoor is dat het niveau van de arbeidsovereenkomst van de FNV-leden (die op grond van art. 9 en 12 Wet CAO is genormeerd naar voorbeeld van de Cao Kinderopvang) hoger is dan dat van de nieuwe BKN-Cao 2007-2009. Deze laatste cao heeft een minimum-karakter. De Hoge Raad stemt in met de redenering en laat de eerdere toewijzing van de vordering in stand. Dit betekent dat de gunstigere bepalingen uit de arbeidsovereenkomst bovenop de minimum-cao blijven gelden:

"Een minimum-CAO kenmerkt zich hierdoor dat collectief is afgesproken dat het de werknemer en de werkgever vrijstaat om voor de werknemer gunstiger individuele afspraken te maken dan die welke reeds gelden op basis van de CAO. De contractsvrijheid wordt bij een dergelijke CAO derhalve ten aanzien van iedere afzonderlijke daarin opgenomen arbeidsvoorwaarde slechts aan de onderzijde, ter bescherming van de werknemer, begrensd.

Daarmee strookt niet, behoudens andersluidende bepalingen in een dergelijke CAO, dat die CAO, bij inwerking-treding, reeds voordien geldende, voor de werknemer gunstiger, arbeidsvoorwaarden buiten werking zou stellen. Daarbij is niet van belang of die arbeidsvoorwaarden al dan niet hun oorsprong vinden in een eerder geldende, doch inmiddels geëxpireerde, CAO."

In tegenstelling tot andere zaken die ook zullen worden besproken, was in het *Unieke Kinderopvang*-arrest sprake van een voldoende representatieve bond. Ook de positie van De Unie als enkele vakbond aan werknemerszijde heeft niet geleid tot een debat over een mogelijk vermeende afwezigheid van representativiteit aan werknemerszijde. Wel kan hier worden vastgesteld dat het de werkgever was die het initiatief heeft genomen zich aan te sluiten bij een andere werkgeversvereniging die een andere cao had afgesloten. Dit betreft niet de situatie dat de werkgever of werkgeversvereniging besluit buiten de 'traditionele' bonden een cao af te sluiten met een andere niet representatieve vakbond (een 'yellow union') teneinde gewenste verslechtingen in de cao te kunnen doorvoeren.

### 5. Mogen cao-partijen de nawerking bij voorbaat uitsluiten?

Cao-partijen mogen de nawerking uitsluiten of anders regelen. In de woorden van Fase:

"Arbeidsvoorwaardenbepalingen van de CAO werken (...) na. Om dat te bewerkstelligen hoeft dus in de CAO zelf daarover geen uitdrukkelijke bepaling te worden opgenomen. Ook hoeft er in de individuele arbeidsovereenkomst geen beding te worden opgenomen om nawerking te bewerkstelligen. Dat alles laat onverlet dat de cao-par-

tijen de nawerking wel kunnen uitsluiten of anders kunnen regelen.”<sup>10</sup>

Ik constateer dat er verschillend wordt gedacht over de vraag op welk moment deze nawerking door cao-partijen mag worden uitgesloten. Zo meent Fase<sup>11</sup> dat de cao het niet-nawerken zelf behoort te regelen. Dit betekent dat cao-partijen in de cao zelf iets kunnen regelen ten aanzien van de nawerking. Anderzijds menen Zondag en De Valk<sup>12</sup> dat de beperking van de nawerking pas mogelijk is na expiratie cao, omdat de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO van volledig dwingend recht zijn. Deze artikelen kunnen om die reden niet worden uitgesloten bij cao; dit zou pas kunnen na expiratie. Zij verwijzen naar de Hoge Raad waar hij in het *Rode Kruis/Te Riet*-arrest oordeelt:

“Uit het systeem van de Wet CAO vloeit dan voort dat die bepalingen, na afloop van de desbetreffende CAO, tussen hen blijven gelden, behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken.”<sup>13</sup>

Uit het *Unieke Kinderopvang*-arrest<sup>14</sup> volgt dat het uitsluiten van de nawerking in een opvolgende cao mogelijk is, naast de mogelijkheid dit in de cao zelf te bepalen. De Hoge Raad overweegt:

“Daarmee strookt niet, behoudens andersluidende bepalingen in een dergelijke CAO, dat die CAO, bij inwerkingtreding, reeds voordien geldende, voor de werknemer gunstiger, arbeidsvoorwaarden buiten werking zou stellen.”

De opvolgende cao zou dus afwijkende bepalingen kunnen bevatten over de reeds voordien geldende arbeidsvoorwaarden die al dan niet uit een eerdere cao voortvloeien. In vergelijkbare zin oordeelde de kantonrechter Roermond dat met terugwerkende kracht de nawerking van de gunstigere bepalingen van de cao kon worden uitgesloten.<sup>15</sup>

## 6. Vooraf individueel uitsluiten nawerking in arbeidsovereenkomst

Paragrafen 4 en 5 behandelden de kwestie van collectieve afspraken omtrent nawerking. Deze paragraaf richt zich op de vraag of nawerking op basis van een individuele afspraak kan worden beperkt. Het antwoord hierop is niet eenduidig, maar hangt onder meer af van de type binding. Ik differentieer vier groepen werknemers:

1. de gebonden werknemer (art. 9, 12 en 13) (par. 6.1);
2. de steeds niet georganiseerde werknemer (art. 14) (par. 6.2);
3. de georganiseerde werknemer, die vervolgens ‘anders georganiseerd’ raakt, doordat de werkgever een cao afsluit met andere – overgebleven – vakbond(en) (par. 6.3.1);
4. de georganiseerde werknemer, die vervolgens ‘anders georganiseerd’ raakt doordat de werkgever in zee gaat met een *yellow union* waarbij de cao verslechtingen bevat (par. 6.3.2).

Bovenstaande groepen werknemers zijn uiteraard allen in dienst van gebonden werkgevers. Bij werknemers in dienst van ongebonden werkgevers speelt nawerking niet en is de contractsvrijheid op dit vlak niet beperkt.

Binding van de niet- of anders georganiseerde werknemer vindt doorgaans plaats door het overeenkomen van een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst. Het incorporatiebeding biedt de gebonden werkgever de mogelijkheid te voldoen aan zijn verplichting ex art. 14 Wet CAO (de plicht de cao ook toe te passen in relatie tot zijn niet- of anders georganiseerde werknemers). Dit beding kan op zowel statische als dynamische wijze worden geformuleerd. Het statisch beding verwijst naar één enkele cao en blijft in beginsel na expiratie gelden zonder dat opvolgende cao's (die niet binnen de reikwijdte van de incorporatie vallen) de arbeidsvoorwaarden beïnvloeden. Interessanter is het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding, dat doorgaans wordt geredigeerd in de trant van:

‘op deze arbeidsovereenkomst is van toepassing de van tijd tot tijd geldende cao waaraan de werkgever gebonden is.’

### 6.1 Met de gebonden werknemer (art. 9, 12, 13)

Ten eerste bespreek ik de situatie dat werkgever en werknemer beiden zijn gebonden in de zin van de art. 9, 12 en 13 Wet CAO. Gelet op de normatieve werking van art. 12 Wet CAO kan de nawerking door individuele partijen (gebonden werknemer en gebonden werkgever) niet bij voorbaat worden uitgesloten door het opnemen van een bepaling in de arbeidsovereenkomst ter zake. Met een dergelijke uitsluiting zou het rechtsgevolg worden ontnomen aan art. 12 Wet CAO. Immers: nawerking is een gevolg van de normatieve werking en deze normatieve werking wordt gesanctioneerd door de nietigheidssanctie die daaraan verbonden is. Na afloop van de cao herleeft de contractsvrijheid en kunnen individuele partijen in andere zin contracteren, mits zij daarover wilsovereenstemming hebben bereikt.

De gebonden werknemer wordt automatisch gebonden aan de nieuwe cao op grond van de normatieve werking. Tevens geniet hij de permanente nawerking van de eerdere cao('s). Dit betekent dat hij aanspraak houdt op de gunstigere afspraken uit het verleden – voortvloeiend uit zijn arbeidsovereenkomst waar de cao in nawerkt. Als er verslechterin-

10 W.P.J.M. Fase & J. van Drongelen, *Cao-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 109.

11 W.P.J.M. Fase & J. van Drongelen, *Cao-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 109.

12 W.A. Zondag & S.N. De Valk, *Sdu Commentaar Wet CAO sub C.8.1.*, Den Haag, Sdu.

13 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386, *JAR* 2003/38 (*Te Riet/Rode Kruis Ziekenhuis*).

14 HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0580, *JAR* 2011/135 (*Abvakabo/Unieke Kinderopvang B.V.*).

15 Ktr. Roermond 5 december 2018, AR 2019-0029 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

gen worden doorgevoerd in de nieuwe cao, dan maken deze enkel een einde aan de nawerking indien zij een standaardkarakter hebben.

## 6.2 *Met de steeds niet georganiseerde werknemer (art. 14 Wet CAO)*

In de tweede situatie – in de relatie tussen de gebonden werkgever en de art. 14-werknemer – is van nawerking geen sprake. De nawerking volgt uit de normatieve werking en de nietigheidssanctie van art. 9 en 12 Wet CAO. Art. 14 Wet CAO leidt niet tot nawerking. Het artikel verplicht enkel de gebonden werkgever de cao – feitelijk – toe te passen. Deze zal daartoe een aanbod doen aan de ongebonden werknemer, dat deze in de praktijk vrijwel altijd zal aanvaarden, hetzij expliciet, hetzij stilzwijgend. Zoals bekend, komt aan de niet-georganiseerde werknemer geen eigen vorderingsrecht toe.<sup>16</sup> Art. 14 Wet CAO strekt tot bescherming van de cao als instrument en niet van de niet-georganiseerde werknemer.

Om zijn verplichting ex art. 14 Wet CAO zo effectief mogelijk na te komen, neemt de gebonden werkgever in de praktijk doorgaans een dynamisch incorporatiebeding op in de arbeidsovereenkomsten die hij met zijn werknemers sluit. De werkgever die met zijn niet-georganiseerde werknemer een dynamisch incorporatiebeding overeenkomt zal de werknemer daar op een zelfde manier aan kunnen houden als zijn wel-gebonden collega's. Illustratief is het arrest van het Hof Amsterdam inzake *ING/Verkaik*.<sup>17</sup>

Verkaik stelde in deze procedure dat zij niet gebonden was aan de ING-cao, omdat zij niet was aangesloten bij één van de bonden die partij waren bij de ING-cao. Uit het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding maakte het hof op dat het de bedoeling van partijen was dat ook opvolgende cao's op de arbeidsverhouding van toepassing zouden zijn. Het hof acht voldoende aanwijzingen voorhanden dat Verkaik de toepasselijkheid van de nieuwe cao's heeft aanvaard. In deze situatie gold de opvolgende ondernemingscao dus ook voor deze (steeds) ongebonden werknemer.

Deze uitspraak ontnemt de ongebonden werknemer de mogelijkheid om zich te onttrekken aan minder welgevalige cao-bepalingen in een opvolgende cao. De uitspraak maakt het voor de gebonden werkgever eenvoudiger zijn plicht ex art. 14 Wet CAO na te komen. In de lijn van het arrest *TPG/Bollemeijer*<sup>18</sup> wordt de niet-georganiseerde werknemer niet anders behandeld dan de gebonden werknemer. Er is geen mogelijkheid tot *cherry picking*. Met andere woorden: naast de lusten van de nieuwe cao moeten ook de lasten worden geaccepteerd door de steeds niet-georgani-

seerde werknemer. Deze kan in een dergelijke situatie geen (geslaagd) beroep doen op zijn negatieve contractsvrijheid.

## 6.3 *Met de gebonden werknemer, die vervolgens 'anders georganiseerd' raakt*

Nu bespreek ik de positie van de gebonden werknemer (vakbondslid) die vervolgens ongebonden wordt doordat zijn vakbond niet langer partij is bij de cao. Dit kan gebeuren doordat de werkgever of de werkgeversvereniging de cao niet langer afsluit met de gebruikelijke vakbonden. Als gevolg van deze koerswijziging kan de werknemer (bijvoorbeeld een lid van de FNV) van gebonden werknemer veranderen in een 'anders georganiseerde werknemer'. Op deze werknemer zijn dan steeds de artikelen 9, 12 en 13 Wet CAO van toepassing geweest, maar dit verandert vanaf het moment dat de werknemer als 'anders georganiseerd' kan worden gekwalificeerd. Hij valt nu slechts nog onder het bereik van art. 14 Wet CAO. Hierna worden twee scenario's besproken: de werkgever tekent een cao met één of meer andere vakbonden (par. 6.3.1) en de werkgever gaat in zee met een enkele niet-onafhankelijke vakbond (par. 6.3.2).

### 6.3.1 *Werkgever tekent cao met andere vakbond(en)*

De afgelopen jaren is het vaker voorgekomen dat een cao niet (langer) wordt ondertekend door FNV.<sup>19</sup> De werknemer die niet langer gebonden wenst te zijn aan (onderdelen van) de nieuwe cao, stelt zich dan veelal op het volgende standpunt. Ten eerste wijst de werknemer de toepassing van de nieuwe cao af met een beroep op de negatieve contractsvrijheid die inherent is aan art. 14 Wet CAO. Tegelijkertijd vordert de werknemer dan de nawerking van de laatste cao waarbij de eigen vakbond (meestal FNV) nog wél partij was. Bekende zaken volgens dit 'script' zijn: *Ataya/Castellum Novum*,<sup>20</sup> *Bonden/HEMA*,<sup>21</sup> *FNV/H&M*,<sup>22</sup> *FNV/Transavia*<sup>23</sup> en *FNV/Grootwinkelbedrijven*.<sup>24</sup> De laatste twee zaken uit deze reeks zien op de situatie dat weliswaar sprake is van andere vakbonden, maar waarbij geen duidelijk representativiteitsprobleem aan de orde is. De cao is te zien als de 'natuurlijke opvolger'<sup>25</sup> van de voorgaande cao. De eerste drie zaken kennen wel een representativiteitsaspect en zullen in de volgende paragraaf (6.3.2) worden behandeld.

19 Recente cao's betreffen: Kunsteducatie, Transavia, In Retail, Hema.

20 Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57 (*Ataya/Castellum Novum*); zie hierover: W.G.M. Plessen, 'Cao-perikelen, een vervolg', *SMA* 2007/10 (p. 352-355).

21 Rb. Amsterdam 29 december 2005, *JAR* 2006/27 (*Bonden/HEMA*), zie hierover: R.A.A. Duk, 'CAO-recht', *Ondernemingsrecht* 2006/38 (p. 119-122).

22 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD4771, *JAR* 2008/191 (*FNV/H&M*).

23 Ktr. Haarlem 5 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2911, *JAR* 2017/126; in hoger beroep: Hof Amsterdam 19 februari 2019, nr. 200.217.279\_01, ECLI:NL:GHAMS:2019:479 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *JAR* 2019/69 (*Transavia/FNV*).

24 Ktr. Den Haag 29 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6490, *JAR* 2019/154 (*FNV/Grootwinkelbedrijven*).

25 R.M. Beltzer & E. Verhulp, *Capita Selecta Cao-recht*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2012, p. 48. Beltzer overweegt dat in het geval van een cao die als 'natuurlijke opvolger' kan worden gezien van de vorige cao, eerder de toets van art. 7:613 BW zal worden doorstaan (dat wil zeggen dat de werkgever een zwaarwegend belang heeft bij de wijziging).

16 HR 7 juni 1957, *NJ* 1957/527. Ook kan de werknemer geen beroep doen op een derdenbeding, zo bleek uit een uitspraak van de Ktr. Groningen 8 december 2011, *Prg.* 2012/58 (*Teijn/Aramid*), nu het cao-recht een gesloten systeem van derdenwerking kent.

17 Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12 (*ING/Verkaik*).

18 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (*TPG/Bollemeijer*).

In de twee meest recente uitspraken (*Transavia/FNV* bij Hof Amsterdam en *FNV/Grootwinkelbedrijven* bij de kantonrechter Den Haag) zien we dat rechters gericht zijn op de Haviltex-formule voor de uitleg van individuele contractsbepalingen. Dit leidt er in beide zaken toe dat wordt geconcludeerd dat deze werknemer ervoor heeft gekozen om een dynamisch incorporatiebeding te ondertekenen en dus zijn wil heeft bepaald om ook andersoortige cao's in de toekomst te accepteren. In de *Transavia*-zaak bij het Hof Amsterdam wordt geconcludeerd dat is verwezen naar de telkens geldende cao voor het grondpersoneel van Transavia, ongeacht de vraag welke werknemerspartijen daarbij zijn betrokken. In casu waren daar nog 3 van de voorheen 4 vakbonden partij bij de cao. Het hof oordeelt voorts dat aan de nawerking een einde komt doordat de werkgever op grond van art. 14 Wet CAO de cao moet toepassen. Nu deze cao een standaardkarakter heeft gaat deze plicht voor op de nawerking van de cao van de FNV-leden (r.o. 3.14). In deze uitspraak werd – net als in de hierna te bespreken uitspraak inzake *FNV/Grootwinkelbedrijven* – een beroep op art. 7:613 BW niet gehonoreerd. Er is in de literatuur<sup>26</sup> uitvoerig gedebatteerd over de vraag of een belangenafweging zou moeten plaatsvinden op de voet van art. 7:613 BW, waarbij opvalt dat de schrijvers verdeeld zijn over het antwoord op deze vraag. Vooralsnog blijft de uitleg van het incorporatiebeding dus de hoofdrol spelen in deze kwesties zonder dat het beding ook nog de toets van art. 7:613 dient te doorstaan.

In de uitspraak inzake *FNV/Vereniging Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen* (hierna: VGL) werd de cao voorheen steeds afgesloten door FNV en CNV aan werknemerszijde. In de opvolgende cao is enkel nog CNV partij nadat FNV het cao-overleg heeft verlaten. Vaststaat dat FNV-leden gebonden zijn aan de cao 2011-2013 op basis van een dynamisch incorporatiebeding. Partijen waren verdeeld over de vraag of FNV-leden zich konden blijven beroepen op een toeslagenregeling die tot april 2013 gold en in twee opvolgende cao's (waarbij FNV geen partij meer was) is uitgesloten. De kantonrechter oordeelt dat de FNV-leden op grond van het dynamisch incorporatiebeding worden gebonden aan de laatst geldende cao en niet meer aan de oude en verwijst daarvoor in r.o. 4.2 naar het *Unieke Kinderopvang*-arrest.<sup>27</sup> Daarbij speelde een rol dat arbeidsvoorwaarden uit een cao waaraan werknemer en werkgever op grond van art. 9 Wet CAO gebonden zijn geraakt normatieve werking hebben en

derhalve ook nawerking hebben. Dit laatste geldt behoudens andersluidende individuele afspraken of collectieve afspraken. Naar het oordeel van de kantonrechter is in de onderhavige zaak sprake van een andersluidende individuele afspraak, omdat in de individuele arbeidsovereenkomsten – via het dynamisch incorporatiebeding – is overeengekomen dat steeds de opvolgende cao van toepassing is. Dit geldt ook voor de leden van FNV.

Op basis van deze uitspraak is het dus mogelijk om op voorhand door middel van het dynamisch incorporatiebeding de voorheen gebonden en later anders-georganiseerde werknemers te binden. Een voorvereiste is uiteraard dat het beding dynamisch is verwoord, maar ook dan kunnen er soms vraagtekens worden gezet bij de vraag of deze werknemer daadwerkelijk zijn wil zo precies heeft bepaald en heeft kunnen overzien waar hij voor heeft getekend. Aan de andere kant is er ook de – institutionele – verplichting van de gebonden werkgever ex art. 14 Wet CAO om de cao door welke hij gebonden is toe te passen op de art. 14-werknemer. Als de werkgever deze plicht niet nakomt is hij schadelijk: een soort cao-rechtelijke spagaat waar geen duidelijke voorrangregel voorhanden is.<sup>28</sup> Desalniettemin zou ik menen dat in de situatie dat de wettelijke (institutionele) plicht van de werkgever om de cao toe te passen hier van meer gewicht mag zijn dan de negatieve contractsvrijheid van de individuele anders-georganiseerde werknemer. Dit meen ik enkel voor die situatie waarin de onderhandelingen op een normale manier zijn gevoerd, maar er als gevolg van een impasse één partij heeft besloten af te zien van het accorderen van de cao. De cao is overigens te zien als de 'natuurlijke opvolger' van de vorige cao.

Welke argumenten spreken voor dit standpunt? Indien één of meer andere bonden van redelijke reputatie de cao ondertekenen dan is dit te zien als een uitkomst van het krachtenspel dat cao-onderhandelingen nu eenmaal vormen. De collectieve contractsvrijheid biedt de mogelijkheid dat partijen komen en gaan. Tevens kan in de cao naast een verslechtering ook sprake zijn van een tegemoetkoming op een ander punt; het is een *package deal*. Daarbij is het – mits begeleid door een degelijke vakbond – niet altijd verwerpelijk om een verslechtering te accepteren. Dit verschilt van de situatie dat werknemers *individueel* wordt gevraagd om in te stemmen met verslechtingen.<sup>29</sup>

Sagel plaatst deze discussie binnen de context van de uitleg van het beding en de daarbij behorende partij-intentie. Hij meent dat indien één van de vakbonden bij een latere versie afhaakt, maar er genoeg vakverenigingen partij bij de cao blijven om te kunnen spreken van een 'over de gehele linie van het personeelsbestand representatieve cao', dan mag in het algemeen worden aangenomen dat ook die cao onder het incorporatiebeding geschaard kan worden, omdat deze

26 R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en artikel 7:613 BW', *SMA* 2006 (p. 312-314). In dezelfde zin als Duk: W.A. Zondag, 'Wikken en wegen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', *ArA* 2006/3, p. 19-20 en A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, 'Het incorporatiebeding en artikel 7:613 BW: een reactie', *SMA* 2006/11/12 (p. 512-515); R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder artikel 7:613 BW valt', *SMA* 2006/7/8 (p. 308-311); zie ook: R.M. Beltzer, 'De reikwijdte van het incorporatiebeding', in: R.M. Beltzer & E. Verhulst, *Capita Selecta Cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 48; K. Salomez, L.G. Verburg & E. Koot-van der Putte, 'De wijziging van arbeidsvoorwaarden op de basis van de cao', *SR* 2008/10 (p. 291-298). Recenter: N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (diss. UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 247 e.v.

27 HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135, m.nt. J.J.M. de Laat (*Abvakabo/Unieke Kinderopvang BV*).

28 Zie ook mijn noot bij Hof Den Haag 2 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:681, *JAR* 2019/126 (*FNV/APMTR B.V.*).

29 Rb. Groningen (vzr.) 6 augustus 2004, *JAR* 2004/198.

in voldoende mate tegemoetkomt aan de bedoelingen en verwachtingen die de werknemer tot het aangaan van het incorporatiebeding heeft doen besluiten.<sup>30</sup> Tot slot merkt Jansen terecht op in zijn dissertatie dat een dergelijke benadering bijdraagt aan de dekkingsgraad van cao's wat weer ten goede komt aan de functionaliteit van het instrument.<sup>31</sup> Wel verdient nadruk dat hier dus bedoeld wordt op een ander soort situatie dan te bespreken onder par. 6.3.2 (*de niet onafhankelijke vakbond*).

### 6.3.2 *Werkgever gaat in zee met niet onafhankelijke vakbond; cao bevat verslechteringen*

Een ander soort situatie is die waarin de werkgeversvereniging besluit – geheel met passeren van de gebruikelijke bonden – een cao af te sluiten met een kleine niet onafhankelijke vakbond zonder leden in die sector<sup>32</sup> (deze niet-representatieve bond wordt ook wel aangeduid met de term 'yellow union'). In deze situatie is in de rechtspraak steeds aandacht besteed aan de vraag of de werknemers (voorheen gebonden, vervolgens anders-georganiseerd) konden worden gehouden aan het door hun ondertekende incorporatiebeding.<sup>33</sup> Bekende zaken zijn: *Bonden/HEMA*,<sup>34</sup> *Ben Ataya/Castellum Novum*,<sup>35</sup> *FNV/H&M*.<sup>36</sup> In de eerste zaak sloot de Vereniging voor Hoger Personeel (VHP) een cao af en in de twee andere zaken werd een cao afgesloten door De Unie; in alle gevallen gebeurde dit in plaats van de vertrouwde bonden FNV en CNV. In die tijd was De Unie een nieuwkomer in deze sectoren en met nauwelijks leden te zien als weinig representatief.<sup>37</sup> In de zaken wordt door de rechter op verschillende manieren de werking ontzegd aan het dynamisch incorporatiebeding.

In de procedure tegen HEMA stelden de bonden dat de VHP – als vertegenwoordiger van het hoger personeel – blijkens haar statuten niet bevoegd was om op te treden voor de werknemers die vallen onder de Hema-cao. Het oordeel van de rechter was dat de Hema-cao niet rechtsgeldig tussen Hema en VHP was afgesloten. Het accent werd gelegd op het vertegenwoordigingsbeginsel (art. 2 Wet CAO). Duk stelt echter terecht dat hier wellicht sprake is van een Pyrrhusoverwinning van de gevestigde orde op de andere

bonden. Zou Hema immers niet hebben gecontracteerd met de VHP, maar met de LBV, dan zou de argumentatie van de voorzieningenrechter geen hout snijden. De statuten van de LBV zijn immers ruim genoeg om het gehele Hema-personeel te dekken.<sup>38</sup>

Ten aanzien van Castellum Novum oordeelt de kantonrechter Hilversum dat de werknemer mocht verwachten dat de cao waarvoor destijds was getekend, zou worden afgesloten met één of meer grote vakorganisaties die beogen de belangen van de werknemers in de sector te vertegenwoordigen. Nu dit niet het geval was strandde het beroep van de werkgever op het incorporatiebeding. De beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) wordt in het oordeel betrokken.

In de zaak tegen H&M kon de kantonrechter de werking van het incorporatiebeding terzijde stellen door te oordelen dat De Unie en de Internetvakbond de werknemers van H&M niet of nauwelijks vertegenwoordigen en daarom als niet representatief moeten worden beschouwd. Daar komt nog bij dat vast kwam te staan dat de eisers bijna allemaal werkzaam waren in het magazijn van het distributiecentrum van H&M te Leiden. Dat is niet de doelgroep van De Unie, die zich immers richt op professionals en sterk is vertegenwoordigd bij middengroepen en hoger personeel. De kantonrechter oordeelt dat het goed te begrijpen is dat eisers zich niet door De Unie vertegenwoordigd voelen. Datzelfde geldt voor de Internetvakbond, die immers door De Unie is opgericht. In de *Transavia*-zaak oordeelde de kantonrechter Haarlem,<sup>39</sup> geïnspireerd door de *H&M*-uitspraak ook dat het incorporatiebeding geen effect kon sorteren wegens het in de ogen van de kantonrechter ontbreken van representativiteit in kwantitatieve zin. Deze uitspraak had eigenlijk langs de lijn zoals beschreven onder 6.3.1 moeten worden behandeld nu er nog wel drie vakbonden achtergebleven waren na het vertrek van FNV. In hoger beroep heeft het Hof Amsterdam<sup>40</sup> deze uitspraak vernietigd.

De argumentatie spitst zich met name toe op de rol van de uitleg en art. 6:248 BW. Een beroep op dit laatste artikel wordt zelden gedaan of gehonoreerd. Wanneer worden de belangen van de voorheen gebonden werknemers eigenlijk dusdanig geschaad dat de binding op grond van het incorporatiebeding om deze reden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is? Plessen<sup>41</sup> meent dat dit het geval kan zijn in een situatie waarin zich een combinatie voordoet van forse verslechtering in de cao enerzijds en extreem lage representativiteit van de werknemerspartij(en) bij de opvolgende cao anderzijds. Zondag

30 S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 (p. 8).

31 N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (diss. UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 141.

32 Zie ook: E. Verhulp, 'Niet zonder mijn vakbond? Over de gebondenheid van de werknemer aan een cao die niet door de reguliere bonden is gesloten', in: *Altijd dienstbaar, niemands Knegt (Liber amicorum voor dr. Robert Knegt)*, p. 91-98.

33 G.J.J. Heerma van Voss, 'Representativiteit van vakbonden en incorporatie van cao's', *SR* 2006, 73.

34 Rb. Amsterdam 29 december 2005, *JAR* 2006/27 (*Bonden/HEMA*), zie hierover: R.A.A. Duk, 'CAO-recht', *Ondernemingsrecht* 2006/38 (p. 119-122).

35 Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57 (*Ataya/Castellum Novum*); zie hierover: W.G.M. Plessen, 'Cao-perikelen, een vervolg', *SMA* 2007/10 (p. 352-355).

36 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD4771, *JAR* 2008/191 (*FNV/H&M*).

37 Tegenwoordig is De Unie uitgegroeid tot één van de gebruikelijke vakbonden.

38 R.A.A. Duk, 'CAO-recht', *Ondernemingsrecht* 2006/38 (p. 119-122).

39 Ktr. Haarlem 5 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2911, *JAR* 2017/126.

40 Hof Amsterdam 19 februari 2019, nr. 200.217.279\_01, ECLI:NL:GHAMS:2019:479 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *JAR* 2019/69 (*Transavia/FNV*).

41 W. Plessen, 'Heel kleine en grote vakorganisaties en incorporatiebedingen', in: *Deining (Liber Amicorum voor J.J.J. de Laat)*, Den Haag: Sdu 2019, p. 287-296.

en De Valk<sup>42</sup> menen dat als criterium zou kunnen gelden dat het gaat om een werknemer die lid is van een grote vakbond die (vele) jaren bij de eerdere versies van de cao partij was, maar ten aanzien van de nieuwste versie van de cao buiten het overleg is gehouden of vanwege het bedenkelijke niveau van de nieuwe cao de onderhandelingstafel heeft verlaten. Deze eis is minder zwaar dan de dubbele eis die Plessen stelt. Immers: in het geval dat Zondag en De Valk aangeven kan ook sprake zijn van achterblijvende vakbonden die nog voldoende onafhankelijk zijn (zoals het geval was in de het hoger beroep van Transavia).<sup>43</sup>

Sagel meent dat het de voorkeur heeft om via de weg van de uitleg van het contract te ontsnappen aan de binding aan de nieuwe cao (het inzetten van art. 6:248 BW is dan niet nodig):

“Op het moment dat de werknemer instemt met toepassing van een bepaalde met name genoemde cao die is aangegaan door representatieve vakorganisaties, geeft hij daarmee immers als zijn bedoeling te kennen gebonden te willen zijn aan de afspraken die door die vakbonden zijn gemaakt (omdat hij vindt dat zijn belangen door hen voldoende worden behartigd). In de aanvaarding van het incorporatiebeding ligt – het spreekt welhaast voor zich – niet de bedoeling besloten om ook aan een cao die met niet-representatieve vakorganisaties is gesloten, gebonden te kunnen worden. Bij de totstandkoming van een dergelijke cao bestaan immers niet dezelfde waarborgen voor een bevredigend resultaat als bij de cao waarmee de werknemer wel heeft ingestemd.”<sup>44</sup>

Jansen tot slot heeft in zijn dissertatie voorgesteld een wettelijke opzeggingsmogelijkheid van het incorporatiebeding te creëren alsmede de rechtspraak te codificeren op grond waarvan opvolgende cao's niet onder de reikwijdte van het incorporatiebeding vallen, indien deze cao's worden aangegaan met niet-representatieve vakbonden.<sup>45</sup>

Mijns inziens staat de uitleg van het beding op basis van Haviltex-formule voorop, met daarbij een cumulatieve toets. Dat wil zeggen: indien sprake is van een *yellow union* én de cao bevat een forse verslechtering, dan kan het dynamisch incorporatiebeding in de regel niet zo worden uitgelegd dat het de nieuwe cao dekt. Immers: dergelijke werknemers kunnen bij aanvaarding van dit incorporatiebeding redelijkerwijs niet de intentie hebben gehad om een forse verslechtering te aanvaarden die is aangegaan door een niet-representatieve organisatie.

## 7. Slot

In dit stuk stond het cao-rechtelijk nawerkingsleerstuk centraal. Ingegaan is ook op de dynamische incorporatie van de cao en de vraag of de niet-of anders georganiseerde werknemer – naast de voordelen – ook verplicht kan worden de nadelen te accepteren die voortkomen uit de binding door het incorporatiebeding aan de nieuwe cao. Om de rechtspraak van de afgelopen jaren te ordenen is gekozen voor een indeling in vier situaties:

1. de gebonden werkgever contracteert met de gebonden werknemer;
2. de gebonden werkgever contracteert met de steeds niet-georganiseerde werknemer. Dan is er de situatie dat de voorheen georganiseerde werknemer, plots ‘anders georganiseerd’ wordt. Dit scenario valt uiteen in:
3. de werkgever tekent een cao met andere – overgebleven – vakbond(en); en
4. de werkgever gaat in zee met een niet onafhankelijke bond waarbij de cao verslechteringen bevat.

In de eerste situatie wordt de gebonden werknemer door de werking van art. 9, 12 en 13 Wet CAO opnieuw gebonden aan de nieuwe cao. In de tweede situatie geldt dat er geen redenen zijn waarom de steeds niet-georganiseerde werknemer zich aan de werking van het incorporatiebeding zou kunnen onttrekken. In het derde scenario zit de moeilijkheid en daar is het goed te differentiëren. In het geval de werkgever de cao sluit met (een) overgebleven bond(en) of andere vakbonden van degelijke reputatie kan de Haviltex-methode worden toegepast. De nawerking geldt blijkens het UK-arrest ‘behoudens andersluidende individuele afspraken’. Het dynamisch incorporatiebeding dat bepaalt dat steeds de opvolgende cao van toepassing is kan een invulling vormen van een dergelijke individuele afspraak en om die reden de nawerking terzijde stellen. Met betrekking tot het vierde en laatste scenario meen ik dat via de uitleg van het incorporatiebeding de opvolgende cao terzijde kan worden gesteld als is voldaan aan een cumulatieve eis: er is sprake van een kleine, niet onafhankelijke bond én van een ernstige verslechtering van de cao.

42 Zondag & De Valk, *Sdu Commentaar Wet CAO sub C.1.1.*, Den Haag: Sdu.

43 Hof Amsterdam 19 februari 2019, nr. 200.217.279\_01, ECLI:NL:GHAMS:2019:479 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *JAR* 2019/69 (*Transavia/FNV*).

44 S.F. Sagel, ‘Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's’, *ArbeidsRecht* 2006/44 (p. 7-8).

45 N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (diss. UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 245.