

University of Groningen

Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel II)

Robben, C.P.; de Valk, S.N.

Published in:
TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Robben, C. P., & de Valk, S. N. (2019). Handhaving van cao's en contractsvrijheid (Deel II). *TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2019(6/7), 3-8. [TRA 2019/55].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Handhaving van cao's en contractsvrijheid (deel II)

TRA 2019/55

In *FNV/Inretail* komt de verhouding tussen contractsvrijheid en handhaving van cao's aan de orde. Nakoming van de cao lijkt niet tegen de wens van werknemers te kunnen worden afgedwongen. Dit is voor ons aanleiding geweest voor nader onderzoek. In deze bijdrage, die in twee delen uiteenvalt, onderzoeken wij of er mogelijkheden zijn om rechtsgeldig af te wijken van (avv-)cao's en wat dit betekent voor de rechtspositie van de cao-partijen. In deel I (TRA 2019/46) bespreken wij de gevolgen van een afstandsverklaring door de werknemer. In deel II gaan wij in op het aangaan van een vaststellingsovereenkomst of van een nieuwe/aangepaste cao.

1. Inleiding

Zijn er mogelijkheden voor werknemers en/of werkgevers om rechtsgeldig af te wijken van (avv-)cao's en zo ja, wat betekent dat voor de rechtspositie van de cao-partijen? Dat is de vraag die in deze bijdrage, die uit twee delen bestaat, centraal staat. In deel I hebben wij besproken dat een werkgever niet zonder risico zijn werknemer afstand kan laten doen van (geïncorporeerde) cao-rechten. Als die werknemer ongebonden is, dan genieten partijen weliswaar contractsvrijheid maar cao-partijen kunnen die werkgever wegens schending van art. 14 Wet CAO tot schadevergoeding aanspreken. Als de werknemer evenals zijn werkgever aan de cao gebonden is, dan hebben partijen hun contractsvrijheid aan het collectief 'afgestaan'. Indien en voor zover deze werknemer jegens zijn werkgever afstand heeft gedaan van normatieve cao-bepalingen, is die afspraak ingevolge art. 12 Wet CAO nietig. De cao-partijen, veelal de vakbond(en), kunnen de werkgever in dat geval tot zowel nakoming als schadevergoeding aanspreken. Wij hebben in deel I betoogd dat zij nakoming in de individuele rechtsverhouding – zelfs tegen de wens van individuele werknemers in – kunnen afdwingen. De cao strekt voor hen tot wet. In dit tweede deel gaan wij na of het sluiten van een vaststellingsovereenkomst voor de werkgever uitkomst biedt. Met een vaststellingsovereenkomst kan namelijk onder omstandigheden van dwingend recht – en dus van een (avv-)cao – worden afgeweken. Wij maken bij het beantwoorden van die vraag onderscheid tussen een vaststellingsovereenkomst op individueel en op collectief niveau. Vervolgens bekijken wij of de werkgever er baat bij heeft als hij of zijn werkgeversvereniging een nieuwe of aangepaste cao aangaat. Wij sluiten deze bijdrage af met een conclusie die betrekking heeft op zowel deel I als dit deel II.

¹ Mr. dr. C.P. (Petra) Robben en mr. dr. S.N. (Simone) de Valk zijn beiden werkzaam als Universitair Docent Arbeidsrecht aan de RuG.

2. Een vaststelling(sovereenkomst) op individueel niveau: rechtsgeldig en effectief?

Soms sluit de aan een cao gebonden werkgever met een werknemer een vaststellingsovereenkomst waarin zij van de cao afwijkende afspraken maken.² Zo heeft werkgever Blue Taxi in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van een aantal chauffeurs met ieder van hen een vaststellingsovereenkomst gesloten. Daarin hebben de chauffeurs afstand gedaan van een eventuele vordering tot betaling van achterstallig loon, indien de uitkomst van de procedure tussen Blue Taxi en de handavingsstichting Stichting Sociaal Fonds Taxi (hierna: SFT) zou zijn dat zij vanwege een onjuiste toepassing van de pauzeregeling van de (algemeen verbindend verklaarde) cao te weinig loon hebben ontvangen. Over deze afstandsverklaringen van de (oud-)werknemers heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zij aan het eigen vorderingsrecht van SFT jegens Taxi Blue niet in de weg staan. De vordering dient of Blue Taxi met betrekking tot de (oud-)werknemers de cao heeft nageleefd. Maar die vaststellingsovereenkomsten zijn volgens de Hoge Raad wel van belang ingeval de vordering zou zien op de vraag of de (oud-)werknemers nog een loonvordering hebben.³ Hiermee lijkt de Hoge Raad de mogelijkheid open te laten dat werknemers door middel van het sluiten van een vaststellingsovereenkomst hun rechten uit de toepasselijke cao rechtsgeldig prijsgeven. In het navolgende onderzoeken wij de mogelijkheden om een afstand van cao-bepalingen in een vaststellingsovereenkomst op te nemen. Voorts gaan wij in op de effectiviteit van zo'n vaststellingsovereenkomst: wordt door het sluiten daarvan de cao-partijen bij de handhaving van de (avv-)cao de pas afgesneden?

2.1 De rechtsgeldigheid van een vaststelling(sovereenkomst)

Een vaststellingsovereenkomst veronderstelt blijkens art. 7:900 BW een geschil tussen de contractspartijen dat op een voor hen bevredigende wijze uit de wereld wordt geholpen.⁴ Zo'n vaststellingsovereenkomst doet aldus een rechtstoestand tussen partijen ontstaan die zij zelf hebben gecreëerd in een zogenoemde vaststelling. Vervolgens zijn ze jegens elkaar gehouden om zich daarnaar te gedragen, ook als die vaststelling afwijkt van hetgeen tot dan toe tussen hen rechtens was. Een vaststellingsovereenkomst is daarmee een obligatoire overeenkomst. Zij is vormvrij⁵ en strekt ertoe om een bestaande onzekerheid⁶ of een be-

² Het voordeel daarvan is dat zo'n afspraak gecombineerd kan worden met een finaal kwijtingsbeding. Zie bijv. Hof Arnhem 13 november 2012, *JAR* 2013/11, m.nt. M.W. Koole, Rb. Den Haag 10 augustus 2017, *JAR* 2017/227.

³ HR 6 januari 2017, *JAR* 2017/36, m.nt. De Laat (*Blue Taxi*).

⁴ *Asser/Van Schaick* 7-VIII 2018/147.

⁵ *Asser/Van Schaick* 7-VIII 2018/138.

⁶ Een objectieve onzekerheid of een gegronde vrees voor een geschil is niet vereist voor een geldige vaststellingsovereenkomst, *Asser/Van Schaick* 7-VIII 2018/142.

staand geschil over hetgeen tussen de contractspartijen rechtens is, te beëindigen of te voorkomen.

Daarvoor zal een spel van geven en nemen gespeeld moeten zijn. Dit betekent dat de vaststellingsovereenkomst niet alleen het standpunt van één van de partijen kan inhouden. Een afstand van recht, een erkenning van een recht of een kwijtschelding, zal daarmee niet snel een vaststellingsovereenkomst kunnen zijn.⁷ Een gebonden werkgever die met een werknemer een van de cao afwijkende afspraak maakt, kan die afspraak dus alléén in een vaststellingsovereenkomst vastleggen als zij een compromis inhoudt ter beëindiging of voorkoming van een daadwerkelijk geschil of onzekerheid tussen hen.⁸ Mocht *naderhand* blijken dat de werknemer daarbij afstand heeft gedaan van hem toekomende cao-rechten of zijn werkgever gekwetend heeft van op hem rustende cao-plichten (bijvoorbeeld omdat in een procedure de rechter een bepaalde uitleg aan de cao heeft gegeven), dan kan art. 7:902 BW van toepassing zijn.

Art. 7:902 BW gaat ervan uit dat er een geldige vaststellingsovereenkomst is gesloten en richt zich op de daarin vastgelegde afspraak, ofwel vaststelling. Het bepaalt dat een vaststelling die een onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied *beëindigt*,⁹ ook geldig is als “*zij in strijd mocht blijken met dwingend recht*”. Het gaat in art. 7:902 BW om het belang dat partijen hebben om hun onzekerheid of geschil buiten rechte op te lossen, teneinde proceskosten en -risico te ontlopen, welk belang zij ook hebben als hun geschil of onzekerheid over een regel van dwingend recht gaat.¹⁰ Als later duidelijkheid ontstaat over de uitleg van die dwingendrechtelijke regel of over het resultaat waartoe die regel leidt, wordt op de koop toegenomen dat er een geldige vaststelling bestaat die naar resultaat in strijd is met dwingend recht. De tussen partijen getroffen afspraak (lees: ‘vaststelling’) is dan dus in rechte afdwingbaar.

Aangezien een cao ten aanzien van een gebonden werkgever en gebonden werknemer als ‘dwingend recht’ is aan te merken, kan art. 7:902 BW in hun rechtsverhouding gelden. Voor een ongebonden werknemer geldt de cao alleen als ‘dwingend recht’ als die algemeen verbindend is verklaard. Bij art. 7:902 BW gaat het om de situatie waarin de gebonden werkgever en werknemer ter beëindiging van een tussen hen bestaand(e) onzekerheid of geschil in der minne afspraken hebben gemaakt die *naderhand* in strijd blijken met die cao. Aangezien zij in dat geval hun rechtspositie rechtsgeldig geregeld hebben, staat voor de werknemer in

beginsel geen beroep op art. 12 Wet CAO (of art. 3 Wet AVV) open. De ten nadele van de gebonden (en in geval van een avv-cao ook ongebonden) werknemer gemaakte afspraken zijn derhalve in beginsel geldig.

Art. 7:902 BW kent echter een belangrijke beperking: de vaststelling mag niet (ook) in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden. Dan is zij *toch* nietig. Een dergelijke situatie doet zich voor als partijen bewust afwijken van de cao. Het staat partijen nu eenmaal niet vrij om regels van dwingend recht waarvan zij weten dat die van toepassing zijn, opzij te zetten. De vaststellingsovereenkomst waarin deze vaststelling is opgenomen, treft alsdan hetzelfde lot: zij is nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW.¹¹ Een aan de cao gebonden werkgever die met zijn eveneens aan die cao gebonden werknemers voor hen nadelige afspraken vastlegt onder het mom van een vaststellingsovereenkomst, loopt derhalve een gereede kans op nietigheid. Ten aanzien van een ongebonden werknemer is die kans er echter niet (tenzij de cao algemeen verbindend is verklaard).

In *Blue Taxi* heeft de Hoge Raad de geldigheid van de individuele vaststellingsovereenkomsten niet beoordeeld. De A-G wel, zij heeft erop gewezen dat de contracterende partijen niet jegens elkaar in geschil of onzekerheid verkeerden (een vereiste voor een vaststellingsovereenkomst), maar dat slechts één van hen, Blue Taxi, met een derde, de handhavingsstichting, een geschil had. In feite waren er dus geen vaststellingsovereenkomsten gesloten. Met die ‘vaststellingsovereenkomsten’ beoogde Blue Taxi, mocht hij ongelijk hebben, te bereiken dat hij dan toch de cao niet hoefde na te leven jegens zijn (oud-)werknemers. Hiermee beoogde Blue Taxi het dwingende karakter van de cao opzij te zetten. Dat is in strijd met de openbare orde. De A-G heeft onzes inziens terecht de overeenkomsten dan ook nietig geacht.¹²

2.2 De effectiviteit van een vaststelling(overeenkomst): handhavingsmogelijkheden?

Wat betekent dit alles voor eventuele handhavingsacties van cao-partijen? Cao-partijen hebben er belang bij dat de regeling die zij op collectief niveau hebben afgesproken, ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Ook als sprake is van een vaststellingsovereenkomst kunnen zij tot handhaving van de cao overgaan, *tenzij* aan de voorwaarden van art. 7:902 BW is voldaan: indien een aan de cao gebonden werkgever en gebonden werknemer hun geschil of onzekerheid beëindigd hebben op een wijze waarbij, *naar achteraf blijkt*, de laatste afstand heeft gedaan van cao-rechten zonder daarbij in strijd gehandeld te hebben met de goede zeden of open-

7 Asser/*Van Schaick* 7-VIII 2018/47.

8 Als het geschil gaat over de toepasselijk cao en die cao een geschillenregeling verplicht voorschrijft, dan dienen partijen deze route te volgen. Met inachtneming van de uitspraak van die commissie kunnen partijen vervolgens hun rechtspositie regelen. In dat geval hebben zij echter geen vaststellingsovereenkomst gesloten.

9 Strekt de vaststelling ter voorkoming van een onzekerheid of geschil dan is art 7:902 BW niet van toepassing. Zie HR 9 januari 2015, *JAR* 2015/36, m.nt. A. van Zanten-Baris (*Coenraad/Heesen Yachts Builders*) en HR 6 januari 2017, *JAR* 2017/36, m.nt. J.M.M. de Laat (*Blue Taxi*).

10 HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schmitz/Caspers*).

11 HR 6 januari 2017, *JAR* 2017/36 (*Blue Taxi*), m.nt. J.J.M. de Laat. In het geval dat de vaststelling in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen (dat is doorgaans het geval), valt de toetsing aan openbare orde en goede zeden van art. 7:902 BW samen met de toetsing aan art. 3:40 BW van de vaststellingsovereenkomst (GS Bijzondere overeenkomsten, art. 902 Boek 7 BW, aant. 2).

12 Conclusie A-G De Bock 7 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:987, nr. 3.13 en 3.15 (*Blue Taxi*).

bare orde, menen wij dat de cao-partijen de werkgever niet met succes tot nakoming van de cao en/of schadevergoeding kunnen aanspreken.¹³ Datzelfde geldt in relatie tot ongebonden werknemers als de cao algemeen verbindend is verklaard. Betreft het een vaststellingsovereenkomst die met een ongebonden werknemer is gesloten, waarbij wordt afgeweken van een niet algemeen verbindend verklaarde cao, dan ontbeert art. 7:902 BW toepassing. Een dergelijke cao is ten opzichte van deze werknemer immers geen 'dwingend recht'. Hoewel cao-partijen in zo'n geval nakoming in de individuele rechtsverhouding niet kunnen afdwingen, de van de cao afwijkende afspraken met een ongebonden werknemer zijn immers geldig, kunnen zij de werkgever wél ex art. 14, 15 en 16 Wet CAO in rechte aanspreken tot het betalen van schadevergoeding.

2.3 Tussenconclusie

Wij concluderen dat een vaststellingsovereenkomst alleen onder bepaalde voorwaarden uitkomst biedt voor een aan een cao gebonden werkgever om rechtsgeldig af te wijken van de (avv-)cao. Hij moet daadwerkelijk een geschil (of onzekerheid) hebben met zijn werknemer dat (of die) met die vaststellingsovereenkomst wordt beëindigd. Bovendien mag het voor partijen bij het sluiten van die vaststellingsovereenkomst niet al duidelijk zijn dat zij daarmee in strijd handelen met de toepasselijke (avv-)cao. Als aan deze voorwaarden niet is voldaan, loopt de werkgever een gerede kans dat de cao-partijen hem kunnen dwingen om de in de cao opgenomen arbeidsvoorwaarden alsnog na te komen en/of schadevergoeding te betalen. Daarmee rijst de vraag of werkgevers of de werkgeversvereniging waar zij lid van zijn, niet beter op collectief niveau een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten waarin zij met de vakbond een van de cao afwijkende afspraak vastleggen.

3. Een vaststelling(sovereenkomst) op collectief niveau: rechtsgeldig en effectief?

Een voorbeeld waarin een aan een cao gebonden werkgever met een vakbond een vaststellingsovereenkomst sluit en zijn werknemers daaraan gebonden acht, betreft de zaak *Datelnets/Schagen*.¹⁴ Werkgever Datelnets had een conflict met FNV over de toepassing van de voor Datelnets geldende avv-cao en had dit conflict in der minne geregeld door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met FNV, waarin ook – in verband met een reorganisatie bij Datelnets – van de cao afwijkende arbeidsvoorwaarden waren opgenomen; het ging om een loonsverlaging voor de werknemers. De vraag rijst of een dergelijke vaststellingsovereenkomst rechtsgeldig is en ook tot resultaat heeft dat daarmee de arbeidsvoorwaarden van de werknemers zijn gewijzigd.

13 Vgl. noot A.W.A. Kap-Knippels bij HR 6 januari 2017, *JIN* 2017/68 (*Blue Taxi*). Anders: Rb. Midden-Nederland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6600, r.o. 3.4.

14 HR 30 november 2001, *JAR* 2002/16 (*Datelnets/Schagen*). Zie over deze zaak uitgebreid A. Stege, 'De vaststellingsovereenkomst en de cao', *SMA* 2002 (hierna: Stege 2002) en R.S. van Coevorden, 'De collectieve gebondenheid aan een vaststellingsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2002/10.

3.1 De rechtsgeldigheid van een vaststellingsovereenkomst

Voor de rechtsgeldigheid van een dergelijke vaststellingsovereenkomst gelden dezelfde eisen als die in paragraaf 2.1 zijn besproken. Komen partijen daarbij een regeling overeen die ten nadele van de werknemers afwijkt van de geldende cao, dan kan die regeling alleen binnen de grenzen van art. 7:902 BW geldig zijn. Daarvoor is nodig dat de werkgever en de vakbond een onzekerheid of geschil over de uitleg of toepassing van een (arbeidsvoorwaardelijke) cao-bepaling in der minne hebben beëindigd en later tot de ontdekking komen dat zij daarmee in strijd met de cao hebben gehandeld. Als partijen een afwijkende regeling in een vaststellingsovereenkomst gieten om de dwingende werking van de (avv-)cao te omzeilen, wordt de vaststelling(sovereenkomst) getroffen door nietigheid wegens strijd met openbare orde en goede zeden. Ook op collectief niveau kan niet in een vaststellingsovereenkomst bewust van dwingend recht worden afgeweken. Op dit punt zetten wij vraagtekens bij de geldigheid van de vaststellingsovereenkomst in *Datelnets/Schagen*. Partijen zijn waarschijnlijk bewust afgeweken van de avv-cao. Deze kwestie is in cassatie echter niet aan de orde gekomen.

3.2 De effectiviteit van een vaststellingsovereenkomst: handhavingsmogelijkheden?

Stel dat er wel een (rechtsgeldige) vaststellingsovereenkomst op collectief niveau is gesloten, is die vaststellingsovereenkomst dan ook effectief voor werkgever? Hierbij spelen twee problemen. In de eerste plaats het risico van nalevingsacties vanuit andere cao-partijen. Als niet alle cao-partijen bij die vaststellingsovereenkomst zijn betrokken, kan de werkgever alsnog tot naleving van de (avv-)cao en/of tot schadevergoeding worden aangesproken.¹⁵ Dit betekent dat als de werkgever zelf met meer dan één vakbond een cao heeft gesloten, hij alle vakbonden tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst moet zien te bewegen. Nog moeilijker wordt het als de werkgever aan een bedrijfstak- of sector-cao is gebonden, immers dan dient hij ook de partijen aan werkgeverszijde hiertoe bereid te vinden. Dit zal alleen kunnen slagen als het resultaat van de vaststellingsovereenkomst verder reikt dan het belang van de werkgever(svereniging) en de werknemers. Een rechtsgeldige vaststellingsovereenkomst lijkt ons in deze situatie moeilijk voorstelbaar.

Een tweede probleem betreft de werking van die vaststellingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomsten; zijn die door de vaststellingsovereenkomst gewijzigd? Voor werknemers die lid zijn van de betrokken vakbond geldt dat zij op grond van art. 9 lid 2 Wet CAO aan de vaststellingsovereenkomst zijn gebonden als deze als cao is aangemeld conform art. 4 lid 3 Wet op de loonvorming.¹⁶ In andere gevallen kunnen zij gebonden zijn op grond van

15 Zie ook Stege 2002, p. 519-520.

16 HR 30 november 2002, *JAR* 2002/16 (*Datelnets/Schagen*).

art. 2:46 BW (ledencontract). In *Datelnets/Schagen* is dit in feitelijke instanties onvoldoende naar voren gebracht, waardoor binding van werknemer Schagen, lid van FNV, aan die vaststellingsovereenkomst niet kon worden aangenomen.¹⁷ Of ongebonden werknemers met een incorporatiebeding in hun individuele arbeidsovereenkomst aan een dergelijke, al dan niet als cao te kwalificeren, vaststellingsovereenkomst kunnen worden gebonden, zal afhangen van de formulering van dat beding.¹⁸ Voor beide situaties – of de vaststellingsovereenkomst nu wel of niet als cao kan worden aangemerkt – bepaalt art. 7:903 BW echter het volgende:

“Een vaststelling van hetgeen in het verleden reeds is geweest, kan geen afbreuk doen aan inmiddels verkregen rechten van derden”.

Deze regel van art. 7:903 BW heeft tot gevolg dat niet met een vaststellingsovereenkomst kan worden bewerkstelligd dat bijvoorbeeld de werkgever *met terugwerkende kracht* een lager loon aan zijn werknemers mag betalen of minder vakantiedagen mag toekennen.¹⁹ Een dergelijke vaststelling heeft geen effect en het maakt daarbij niet uit of werknemers al dan niet door de werking van art. 9 lid 2 Wet CAO, art. 2:46 BW dan wel een incorporatiebeding aan de vaststellingsovereenkomst zijn gebonden. Het resultaat is dan ook dat niet met terugwerkende kracht ten nadele van werknemers in een vaststellingsovereenkomst kan worden afgeweken van de cao.

3.3 Tussenconclusie

De conclusie is dus dat slechts in uitzonderingssituaties een vaststellingsovereenkomst op collectief niveau uitkomst kan bieden, namelijk als alle cao-partijen bij de vaststellingsovereenkomst betrokken worden, er daadwerkelijk een geschil of onzekerheid bestaat over een of meer cao-bepalingen en alleen voor zover niet met terugwerkende kracht afbreuk wordt gedaan aan inmiddels verkregen rechten van werknemers.

4. Is het wijzigen van of het aangaan van een nieuwe cao (wel) effectief?

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst op collectief niveau de gebonden werkgever weinig oplevert, zeker als hij daarmee wenst te bereiken dat aanspraken van werknemers uit de cao, bijvoorbeeld het recht op een (overwerk)toeslag of een loonsverhoging die al enige tijd geleden is ingegaan, met terugwerkende kracht tenietgedaan worden. Niet alleen het bepaalde in art. 7:903 BW blijkt een struikelblok

te zijn, maar ook het feit dat voor een geldige vaststellingsovereenkomst sprake dient te zijn van een bestaand geschil of een bestaande onzekerheid en dat niet bewust van dwingend recht (i.c. de cao) mag worden afgeweken. Deze voorwaarden gelden niet voor het aangaan of wijzigen van een cao. Zouden voornoemde problemen kunnen worden ondervangen door het wijzigen²⁰ van de cao of het aangaan van een nieuwe cao, waaraan terugwerkende kracht wordt verleend en waarin de betreffende bepaling als een standaardbepaling²¹ is geformuleerd?

4.1 De effectiviteit van een nieuwe of gewijzigde cao

Ook hier geldt dat *alle* cao-partijen bij deze gewijzigde of nieuwe cao moeten worden betrokken, omdat de gebonden werkgever anders door de andere cao-partijen kan worden aangesproken tot naleving en/of schadevergoeding wegens schending van de oude cao, zolang de looptijd daarvan nog niet is verstreken. Mocht de werkgever, of de werkgeversvereniging waarbij hij is aangesloten, ervoor kiezen om na afloop van de oude cao met andere vakbonden een nieuwe cao aan te gaan waarin verslechtingen worden afgesproken, dan dient hij erop bedacht te zijn dat die nieuwe partij(en) aan werknemerszijde voldoende representatief is (zijn).²²

Als door een opvolgende standaard-cao voorheen geldende arbeidsvoorwaarden komen te vervallen, dienen gebonden werknemers én werknemers met een (dynamisch geformuleerd) incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst de gevolgen daarvan in beginsel te accepteren.²³ Dat geldt óók als aan een cao(-bepaling) terugwerkende kracht wordt verleend. Zij hebben immers hun contractsvrijheid overgedragen en/of met de toepassing van die cao uitdrukkelijk ingestemd.²⁴ Dat cao-partijen aan een cao(-bepaling) terugwerkende kracht kunnen verlenen, is vaste rechtspraak.²⁵ Voor een avv-cao is terugwerkende kracht wegens het in art. 2 lid 3 Wet AVV neergelegde verbod echter niet mogelijk. De arbeidsvoorwaarden kunnen dus, als sprake is van een gewone cao, met terugwerkende kracht verslechteren.²⁶

17 Volgens A-G Bakels in zijn conclusie nr. 2.12 voor HR 30 november 2002, *JAR* 2002/16 (*Datelnets/Schagen*) is dan wel vereist dat in de statuten van de vakbond de aard van die verplichtingen (i.c. de binding aan een vaststellingsovereenkomst) expliciet is omschreven.

18 Uitleg dient te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium, zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 1 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10525.

19 Het eerste voorbeeld is ontleend aan Stege 2002, p. 520.

20 Een wijziging van de cao moet schriftelijk geschieden en ter kennis gesteld worden aan de leden, zo blijkt uit de artikelen 3 tot en met 5 Wet CAO. Indien sprake is van een avv-cao dient ingevolge art. 7 Wet AVV de gehele procedure van algemeen verbindend verklaring opnieuw te worden gevolgd, hetgeen dus omslachtig is. Zie nader Jacobs 2017, p. 147.

21 Indien dit niet aldus wordt geformuleerd, hebben de als gevolg van de vorige cao in de individuele arbeidsovereenkomst doorgewerkte, voor werknemers gunstiger, arbeidsvoorwaarden nawerking, zie HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135 (*AbvaKabo/Unieke Kinderopvang*).

22 Zie nader o.a. S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's', *ArbeidsRecht* 2006/44 (hierna: Sagel 2006) en Ktr. Amsterdam 24 april 2008, *JAR* 2008/191 (*FNV Bondgenoten/H&M*).

23 Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:645; Rb. Limburg 6 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1101 en Hof Amsterdam 19 februari 2019, *AR updates* 2019-0209.

24 Zie o.a. E. Verhulst, 'Caleidoscopische blik op het cao-recht 2012-2013', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 42), Deventer: Kluwer 2014 (hierna: Verhulst 2014), p. 60 die dit plaatst in de contractuele leer.

25 HR 27 maart 1998, *NJ* 1998/709, m.nt. Koopman (*FNV/Kuyppers*).

26 Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1947, *RAR* 2013/131 en Rb. Limburg 5 december 2018, *AR updates* 2019-0029. Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 15 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5907, *JIN* 2013/191, m.nt. G. Leijten, *JAR* 2013/259, m.nt. E. Koot-van der Putte.

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en/of het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) kunnen/kan zich echter onder bijzondere omstandigheden tegen die werking verzetten.²⁷ Die toets dient door de rechter evenwel met grote terughoudendheid te worden toegepast; er moet immers sprake zijn van *onaanvaardbaarheid* en daaraan is, zeker als het gaat om een cao,²⁸ niet snel voldaan.²⁹

In onze situatie gaat het om de toepassing van een gewijzigde of nieuwe afspraak die *reeds verkregen rechten* van werknemers met terugwerkende kracht teniet doet gaan. Het gevolg daarvan zou zijn dat de werknemer zijn uit de oude cao verkregen en wellicht reeds genoten recht(en), bijvoorbeeld een loonsverhoging die al enige tijd geleden is ingegaan, weer zou moeten inleveren. Zou dit niet als een 'onaanvaardbaar' gevolg van de nieuwe of gewijzigde cao kunnen worden gekwalificeerd? Aangezien sprake is van een verslechtering van arbeidsvoorwaarde(n) waarop werknemers *niet bedacht* konden zijn, immers (een) dergelijke bepaling(en) kwam niet in de vorige cao voor, en zij als gevolg daarvan zelfs verkregen rechten weer zouden moeten inleveren, is terugwerkende kracht problematisch en zou deze moeten afstuiten op strijd met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁰ Ook Verhulp ziet in deze situatie een mogelijke grondslag voor toepassing van de onaanvaardbaarheidsmaatstaf.³¹ Volgens Stege dient een cao-bepaling die met terugwerkende kracht rechten van werknemers beperkt, kritisch te worden beoordeeld.³² Jacobs is stilliger en verdedigt dat terugwerkende kracht dient te worden afgewezen als dit nadelig uitpakt voor werknemers en cao-partijen niet of onvoldoende via overgangsbepalingen de scherpe randjes van die werking hebben weggenomen.³³ In de door ons beschreven situatie is dat het geval en wij menen dan ook dat, mede gelet op het beschermingskarakter van het (collectieve) arbeidsrecht en met het oog op de rechtszekerheid, een dergelijke handelwijze niet acceptabel is. Ook Koot-van der Putte acht het in strijd met de

rechtszekerheid als met terugwerkende kracht ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van de 'oude' cao.³⁴ De zeer schaarse rechtspraak waarin dit probleem van nadelige gevolgen voor werknemers door de terugwerkende kracht aan de orde is gekomen, laat ook zien dat de rechter niet veel voelt voor onverkorte toepassing van zo'n nieuwe cao als er in die cao geen overgangsregeling is getroffen.³⁵

Maar ook als zou (moeten) worden aangenomen dat een dergelijke cao(-bepaling) wel met terugwerkende kracht van toepassing is, vanwege het argument dat een cao nu eenmaal een afgewogen pakket van maatregelen bevat en op collectief niveau door gelijkwaardige partijen is 'uitonderhandeld', zou de verslechtering onzes inziens niet met succes in rechte door de werkgever kunnen worden afgedwongen. Een werkgever zou daartoe een vordering moeten instellen tegen zijn werknemer(s) op basis van onverschuldigde betaling, maar de kans is groot dat een dergelijke vordering zal stranden op toepassing van art. 6:248 lid 2 BW, juist vanwege het feit dat werknemers op dit alles niet bedacht hoefden te zijn.³⁶

4.2 Tussenconclusie

Gelet op voornoemde standpunten in de literatuur en de (schaarse) rechtspraak over dit onderwerp concluderen wij dat de cao-route voor de werkgever niet zonder risico is. Als de werknemer geen bezwaar heeft tegen toepassing van de voor hem nadelige cao, is er voor de werkgever geen probleem. Maar als dat wel het geval is, en dat is heel wel denkbaar, schatten wij de kans op succes voor werkgever niet hoog in. De toets van art. 6:248 lid 2 BW c.q. art. 7:611 BW is er weliswaar een waarbij *alle* omstandigheden van het geval moeten worden gewogen, waardoor niet op voorhand met zekerheid is te zeggen hoe een rechter in een concreet geval zal oordelen. De werkgever moet er echter ernstig rekening mee houden dat een door hem ingestelde vordering tot terugbetaling op grond van onverschuldigde betaling zal worden afgewezen wegens strijd met art. 6:248 lid 2 BW of dat een vordering van de werknemer tot bijvoorbeeld toekenning van extra vergoedingen of snipperdagen, die volgens de cao zouden moeten worden ingeleverd, juist op die grond wordt toegewezen.

27 Zie o.a. C.E.M. Schutte, *Overzicht van het cao-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998 (hierna: Schutte 1998), p. 46. Ook wegens de aard van de bepaling is terugwerkende kracht soms niet mogelijk, bijvoorbeeld art. 7:671a lid 2 BW: *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 132. Zie ook W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 57-58 en E. Verhulp, 'Caput 2. Terugwerkende kracht van cao-bepalingen', in: R.M. Beltzer & E. Verhulp, *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 21-24. Zie in dit verband o.a. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 1 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10525.

28 Dit in verband met het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van collectief onderhandelen, zie HR 30 januari 2004, *JAR 2004/68 (Parallel Entry/KLM)*.

29 Zie o.a. Sagel 2006 en Verhulp 2014, p. 62-63.

30 Vgl. in dit verband HR 27 maart 1998, *NJ 1998/709*, m.nt. Koopman (*Kuypers I*) en HR 28 mei 1999, *JAR 1999/131 (Kuypers II)*, waarin de Hoge Raad onverkorte toepassing van de terugwerkende kracht van de nieuwe cao niet onaanvaardbaar achtte onder meer omdat de betreffende bepaling ook in de oude cao voorkwam. Zie over deze arresten: J.J.M. de Laat, 'Redelijkheid en billijkheid en de collectieve arbeidsovereenkomst', *SR 2002/3*, p. 65-70.

31 Verhulp 2007, p. 108-109.

32 A. Stege, 'Het einde van de cao en afwijkingen van driekwart dwingend recht', *ArbeidsRecht 2013/35*.

33 Jacobs 2017, p. 129. Zie ook S.E.M. Meijer, 'De terugwerkende kracht van de cao: beperken door uitleg?', *TRA 2017/8*.

34 E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 115.

35 Ktr. Utrecht (vzr.) 16 februari 1995, ECLI:NL:KTGUTR:1995:AH5179, *KG 1995/173*. Zie ook Rb. Amsterdam 26 februari 1992, ECLI:NL:RBAMS:1992:AG0379 *JAR 1992/17*.

36 Vgl. Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5303. Het hof overweegt dat in strijd met de standaard-cao aan werkneemster in het verleden te veel slaapdienstvergoeding is uitbetaald, maar dat het terugvorderen of verrekenen daarvan op grond van onverschuldigde betaling door werkgeefster naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, nu het voor de werknemer *niet kenbaar* was dat te veel werd betaald. Omgekeerd kan het beroep van een werkgever op de nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO ingeval jarenlang in strijd met de cao betalingen zijn verricht onder omstandigheden in strijd worden geacht met art. 6:248 lid 2 BW: Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5635, *RAR 2014/39*. Vgl. Hof Amsterdam 14 augustus 2008, *JAR 2008/274*. Zie ook: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 526.

5. Conclusie (bij delen I en II)

In deze in twee delen gepubliceerde bijdrage hebben wij gekeken naar de mogelijkheden voor een aan een cao gebonden werkgever om rechtsgeldig en effectief ten nadele van zijn werknemers van die cao af te wijken. Van belang is dat deze werkgever op twee niveaus rechten en plichten heeft: op het individuele niveau van de arbeidsovereenkomst en op het collectieve niveau van de cao sluitende partijen. In *CNV/Pennwalt* en *FNV/Inretail* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze cao-partijen de gebonden werkgever alleen met succes tot nakoming kunnen aanspreken als zijn werknemers daarop aanspraak kunnen en willen maken. Omdat aangenomen kan worden dat de werknemers niet allemaal aan de cao gebonden zullen zijn, hebben wij onderscheid gemaakt tussen gebonden en ongebonden werknemers. Wij komen tot de conclusie dat de wil van de gebonden werknemer in dezen irrelevant is.

Het verschil tussen deze categorieën van werknemers is dat ongebonden werknemers hun contractsvrijheid behouden. Zij kunnen rechtsgeldig met de werkgever overeenkomen dat op hun arbeidsovereenkomst geïncorporeerde of toegepaste cao-bepalingen buiten toepassing blijven. Bij de cao betrokken partijen kunnen echter deze werkgever tot schadevergoeding aanspreken. Gebonden werknemers hebben daarentegen hun contractsvrijheid aan het collectief overgedragen en zien hun arbeidsovereenkomst van rechtswege 'gemodelleerd' door de cao. Zij kunnen niet in hun nadeel afstand doen van cao-bepalingen, ook al zouden zij dat wensen. De cao-partijen kunnen de werkgever daarom dwingen om de cao ten aanzien van deze werknemers na te komen. Is de cao algemeen verbindend verklaard, dan kunnen zij dat ook ten aanzien van ongebonden werknemers.

Een afspraak waarbij werknemers instemmen met slechtere arbeidsvoorwaarden, biedt de gebonden werkgever derhalve onvoldoende zekerheid in zijn relatie tot de cao-partijen. Omdat hij wel degelijk legitieme redenen kan hebben, denk aan zijn economische situatie, om met werknemers van de cao afwijkende afspraken te maken en de werknemers eveneens redenen kunnen hebben om daarmee in te stemmen (baanbehoud), hebben wij gekeken of een afstandsverklaring of kwijtschelding in een vaststellingsovereenkomst voor de werkgever een oplossing zou kunnen zijn. Dat blijkt niet het geval, ten eerste omdat niet snel sprake zal zijn van een rechtsgeldige vaststellingsovereenkomst. Daarvoor is namelijk vereist dat deze strekt tot beëindiging of voorkoming van een geschil of onzekerheid omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt. Ten tweede mag de daarin opgenomen regeling blijkens art. 7:902 BW alleen in strijd zijn met dwingend recht (lees: een cao) als partijen daarmee een ten tijde van het overeenkomen bestaande onzekerheid of geschil over de uitleg of toepassing van de cao beëindigen op een wijze die niet strijdt met de openbare orde of goede zeden. Aangezien de cao voor een gebonden werknemer (en in geval van algemeenverbindendverklaring ook voor de ongebonden werknemer) als 'dwingend recht' geldt, is er een geldige afwijking van de cao en hebben de cao-partijen geen handhavingsacties jegens de

gebonden werkgever als aan de voorwaarden van art. 7:902 BW is voldaan. Wij menen echter dat deze situatie zich niet vaak voor zal doen, waardoor de cao-partijen jegens de gebonden werkgever handhavingsacties kunnen instellen. Nu art. 7:902 BW – los van algemeenverbindendverklaring – niet voor ongebonden werknemers geldt (de cao is voor hen geen 'dwingend recht'), kunnen de cao-partijen de gebonden werkgever tot schadevergoeding aanspreken als in de rechtsgeldige vaststellingsovereenkomst is afgeweken van die cao. Daarom hebben wij ten slotte onderzocht of een werkgever niet beter de uit de cao voortvloeiende arbeidsvoorwaarden terzijde kan stellen door een vaststellingsovereenkomst op collectief niveau met de vakbond(en) te sluiten of door het wijzigen dan wel aangaan van een nieuwe cao.

Ook hier zien wij weinig mogelijkheden. Een vaststelling in een vaststellingsovereenkomst kan, zo volgt uit art. 7:903 BW, geen afbreuk doen aan inmiddels verkregen rechten van derden. Bovendien: zolang niet alle cao-partijen betrokken zijn bij een dergelijke vaststellingsovereenkomst, kunnen deze andere partijen de werkgever (in rechte) dwingen om de cao na te leven. Deze beide bezwaren zou de werkgever kunnen tackelen door een nieuwe cao of een wijziging van een lopende cao aan te gaan met alle cao-partijen en daaraan terugwerkende kracht te verbinden. Maar het aangaan van een nieuwe cao of het wijzigen van een lopende cao met het doel om reeds verkregen rechten uit de cao teniet te doen, zal waarschijnlijk afstuiten op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW. Het feit dat er zo weinig gepubliceerde rechtspraak is waarin de terugwerkende kracht van nadelige cao-bepalingen aan de orde is gesteld, lijkt er overigens op te wijzen dat deze handelwijze in de praktijk weinig voorkomt. Dat fatsoenlijke vakbonden zouden meewerken aan een dergelijke cao, waarin geen deugdelijke overgangsregeling is opgenomen, ligt ook niet in de lijn der verwachting. Een opvolgende standaard-cao, met als gevolg dat voor de toekomst bepaalde aanspraken komen te vervallen, zal daarentegen veel moeilijker in rechte zijn aan te tasten. Zelfs als geen afbouwregeling is overeengekomen, hoeft onverkorte toepassing van de cao niet onaanvaardbaar te zijn; dat hangt sterk af van de omstandigheden van het geval.

Onze eindconclusie is derhalve dat de mogelijkheden voor een gebonden werkgever om gedurende de looptijd van de cao ten nadele van werknemers rechtsgeldig en effectief van die cao af te wijken, vrijwel nihil zijn. Weliswaar blijkt er een verschil te zijn in rechtspositie tussen gebonden en ongebonden werknemers, wat van invloed is op de handhavingsmogelijkheden van de cao-partijen, maar de vraag is wat de werkgever daar in de praktijk aan heeft. Gezien de privacywetgeving kan hij immers niet op de hoogte zijn van eventueel vakbondslidmaatschap van zijn werknemers. Hij zal daarom gedwongen zijn om zijn werknemers gelijk te behandelen. Kortom, gebonden werkgever: bezint eer ge begint als u wilt afwijken van de cao!