

Het leerstuk nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden op de helling

A.R. Houweling en G.W. van der Voet*

1 Inleiding

Het leerstuk nawerking van cao-bepalingen is een fenomeen dat de juridische gemoederen al sinds de jaren dertig van de vorige eeuw bezighoudt. Het is een sluimerend probleem, dat zich om de zoveel jaar uit zijn slaapstonde verheft om de discussie in de literatuur opnieuw te doen oplaaien.¹ Deze discussie spitst zich vooral toe op vragen als: heeft nawerking van cao-bepalingen ook betrekking op de zogenoemde artikel 14-werknemer en in hoeverre werken algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen na? Omtrent het eerste vraagstuk lijken de meningen in de literatuur nog steeds verdeeld te zijn.² Met betrekking tot de tweede vraag heeft de rechtspraak de strenge leer uit het arrest Hop/Hom³ inmiddels langs diverse wegen genuanceerd. Ondanks de hoofdregel dat een algemeen verbindend verklaarde cao geen nawerking heeft, lijkt het erop dat zowel via het leerstuk van het verkregen recht als via de weg van de redelijkheid en billijkheid, indirect toch een vorm van nawerking wordt aanvaard. Het leerstuk van nawerking dreigt hierdoor een complex samenspel van regels en uitzonderingen te worden. Betreft men in deze discussie ook nog eens de minder vaak gestelde vraag naar de juridisch-dogmatische legitimatie van het fenomeen nawerking, dan lijkt dit leerstuk voor de gemiddelde jurist nauwelijks meer te doorgronden te zijn. Reden genoeg om het fenomeen nawerking nog eens kritisch tegen het licht te houden.

* Universitair docent Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Zie bijvoorbeeld de discussie die ontstond na de uitspraken van het Hof van Justitie, Nederlandse Antillen 5 juli 1977, NJ 1978, 134 en van de Centrale Raad van Beroep 27 juli 1978, RSV 1978/338, waarnaar Frenkel in 1979 verwees in zijn bijdrage aan SMA (B.S. Frenkel, De nawerking van de collectieve arbeidsovereenkomst, SMA 1979, p. 293 e.v.). Zie voorts de reactie van Olbers op de visie van Frenkel eveneens in SMA: M.M. Olbers, De nawerking van bepalingen der c.a.o., SMA 1979, p. 485 e.v. Zie verder: C.E.M. Schutte, Overzicht van het cao-recht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81; R. van de Water, Nawerking van CAO-bepalingen, SR 1999, p. 308; W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, p. 107-110; A.T.J.M. Jacobs, Collectief arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 140.

2 Zie bijvoorbeeld F.B.J. Grapperhaus, De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot hun CAO, SR 2002/6, p. 185 versus C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 530.

3 HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 m.nt. PAS.

In dit artikel zullen daarbij de volgende twee stellingen worden beproefd:

- 1 Wat in de jurisprudentie en literatuur wordt aangeduid met de term 'nawerking', is in feite niets anders dan de werking van de nietigheidssanctie en de daarmee verband houdende vervangende en aanvullende werking uit de artikelen 12 en 13 Wet cao. De term 'nawerking' is dus overbodig en kan uit het juridisch jargon worden geschrapt.
- 2 De nietigheidssancties en de daarmee verband houdende vervangende en aanvullende werking uit de artikelen 12 en 13 Wet cao en uit artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv dienen hetzelfde te worden uitgelegd.

Bij de bespreking van de stellingen zal eerst worden ingegaan op hetgeen wordt aangeduid als nawerking van cao-bepalingen na de expiratie van een cao (par. 2). Vervolgens zal de nawerking bij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen aan de orde worden gesteld (par. 3). Daarna zal de balans worden opgemaakt en zal worden bekeken in hoeverre de stellingen juist zijn (par. 4).

2 Nawerking van cao-bepalingen na de expiratie van een cao

Het begrip 'nawerking' laat zich niet eenduidig uitleggen. Het is van oorsprong afkomstig uit de Duitse literatuur, waarin reeds sinds de jaren twintig van de vorige eeuw de term 'Nachwirkung' of 'Weiterwirkung' van de cao of de algemeenverbindendverklaring wordt gehanteerd.⁴ In het woordenboek van Van Dale wordt het begrip omschreven als 'langer werken dan de daartoe bepaalde tijd' en als 'zijn werking of invloed nog na de eigenlijke werking doen voelen'.⁵ Bij nawerking van cao-bepalingen dient dus te worden gedacht aan het na afloop van de looptijd van de cao – of na afloop van de periode van algemeenverbindendverklaring (zie hierover par. 3) – nog van invloed zijn van cao-bepalingen op de inhoud van de onderliggende, door hen geconformeerde arbeidsovereenkomsten. Over het antwoord op de vraag hoe die invloed er precies uitziet – of althans juridisch-dogmatisch dient te worden gekwalificeerd – bestaat verschil van mening in de literatuur.⁶ Omdat het begrip nawerking verband houdt met de nietigheidssanctie die de Wet cao en de Wet avv verbinden aan het in strijd zijn van bepalingen uit individuele arbeidsovereenkomsten met collectieve arbeidsvoorwaarden, hebben wij ervoor gekozen om de nulliteitenleer uit titel 3.2

4 S. Mok, Het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon NV 1939, p. 172.

5 C.A. den Boon en D. Geeraerts (hoofddred.), Van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2005.

6 Zie noot 1.

BW in deze discussie te betrekken. Wij hopen daarmee tevens voor een deel tegemoet te komen aan de toenemende belangstelling voor de verhouding tussen het algemeen vermogensrecht en het arbeidsrecht.⁷ In deze paragraaf zal eerst de nulliteitenleer worden uiteengezet (par. 2.1). Daarna zullen artikelen 12 en 13 Wet cao aan deze nulliteitenleer worden gespiegeld (par. 2.2). Ten slotte zal enige bijzondere aandacht worden geschonken aan de ‘artikel 14-werknemer’ (par. 2.3).

2.1 De nulliteitenleer uit titel 3.2 BW

Het nieuwe BW bevat een systematische behandeling van het leerstuk der nietigheden. Dit leerstuk is terug te vinden in de aan rechtshandelingen in het algemeen gewijde titel 3.2 BW, meer in het bijzonder in de artikelen 3:39 tot en met 3:42 BW. In het oude BW ontbrak een dergelijke systematische behandeling.⁸ Daarin werden de termen nietig en vernietigbaar willekeurig door elkaar heen gebruikt. Sinds de invoering van het nieuwe BW op 1 januari 1992 wordt tussen deze twee begrippen echter een principieel onderscheid gemaakt.

Met de term ‘nietig’ wordt in de artikelen 3:39 en 3:40 BW geduid op rechtshandelingen waaraan de wet het beoogde rechtsgevolg zonder meer ontzegt.⁹ Voorts is kenmerkend voor de nietigheidssanctie dat de rechter deze ambtshalve moet toepassen en dat eenieder er een beroep op kan doen. Soms wordt een nietige rechtshandeling van rechtswege omgezet in een geldige rechtshandeling. In zo’n geval is sprake van conversie. Conversie doet zich voor wanneer de strekking van de nietige rechtshandeling in dusdanige mate beantwoordt aan de strekking van een als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die geldige rechtshandeling was verricht indien van de eerstgenoemde rechtshandeling wegens haar nietigheid was afgezien (artikel 3:42 BW).

7 Zie bijvoorbeeld het proefschrift van Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999 en de verschillende bijdragen over dit onderwerp in het Tijdschrift voor Sociaal Recht (zie in dat verband vooral de bijdrage van W. Snijders, *Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht*, SR 2002/5, p. 137 e.v., die ingaat op de verhouding tussen titel 3.2 BW en het arbeidsovereenkomstenrecht in titel 7.10 BW).

8 Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 457.

9 Van Hamel omschreef nietigheid aan het begin van de vorige eeuw als ‘de volkomen krachteloosheid eener feitelijk verrichte, maar rechtens als niet verricht beschouwde handeling’. Zie J.A. van Hamel, *De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1902, p. 3. Hijma omschreef nietigheid als ‘(...) een negatieve uitspraak omtrent een in eerste instantie positief te bejegenen rechtshandeling. Inherent aan het nietigheidsvraagstuk is derhalve een conflict tussen enerzijds de rechtsgevolg-toekennende zelfbeschikkingsregel en anderzijds de rechtsgevolg-ontzeggende regel van algemeen belang: het is in dit krachtenveld, dat waarde en inhoud van het nietigheidsbegrip zullen moeten worden bepaald.’ Zie J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer: Kluwer 1988, p. 52 (zie ook p. 118-120).

Kenmerkend voor de vernietigbare rechtshandeling is dat het van de wil van een bepaalde aangewezen persoon afhankelijk is of de rechtshandeling geldig is of niet. De rechtshandeling komt met andere woorden in beginsel geldig tot stand, de gevolgen worden met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt indien de betrokken persoon besluit de rechtshandeling te vernietigen (artikel 3:53 BW).

Is sprake van strijd met een dwingende wetsbepaling, dan is de rechtshandeling volgens de hoofdregel van artikel 3:40 lid 2 BW nietig. Strekt de bepaling echter uitsluitend ter bescherming van een van de partijen bij een meerszijdige rechtshandeling, dan is sprake van vernietigbaarheid, tenzij uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit (artikel 3:40 lid 2 BW).

Naast dit onderscheid in soorten onvolmaakte rechtshandelingen, wordt in de literatuur de nietigheid ook los gezien van de vraag of deze van rechtswege is ingetreden of het gevolg is van een vernietiging.¹⁰ De nietigheid dus *als gevolg* van de onvolmaaktheid van de rechtshandeling. In die zin wordt nietigheid onderscheiden in 'absolute nietigheid' enerzijds en 'relatieve nietigheid' anderzijds. Met 'absolute nietigheid' wordt bedoeld nietigheid die de rechtshandeling van begin af aan volledig ongeldig maakt en ten aanzien van eenieder werkt. De term relatieve nietigheid laat zich onderscheiden in 'subjectief relatieve nietigheid' (de rechtshandeling is ten aanzien van de één geldig, ten aanzien van de ander nietig), 'objectieve relatieve nietigheid' (ook wel aangeduid als 'partiële nietigheid' waarmee wordt bedoeld dat de rechtshandeling slechts gedeeltelijk nietig is) en 'temporele nietigheid' (de nietigheid is in tijd beperkt).¹¹

De wetgever kan van de regels uit de artikelen 3:39 en 3:40 BW afwijken. Deze bepalingen bevatten namelijk slechts hoofdregels, waarop de wetgever uitzonderingen kan maken. Bovendien is titel 3.2 BW niet vanzelfsprekend buiten het vermogensrecht van toepassing, maar slechts voor zover de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (artikel 3:59 BW). Snijders wijst er echter ons inziens terecht op dat de wetgever er met het oog op de duidelijkheid goed aan zou doen zijn formuleringen op de betreffende regels uit het BW af te stemmen en de daaraan ten grondslag liggende gedachten tot uitgangspunt te nemen, uiteraard met de mogelijkheid van afwijking daar waar er behoefte aan is.¹² In dat verband is

10 Asser-Hartkamp 4-II (2005), nrs. 464 tot en met 466.

11 Een voorbeeld van 'subjectieve relatieve nietigheid' is te vinden in artikel 3:45 BW (de actio Pauliana). De partiële nietigheid is terug te vinden in artikel 3:41 BW. Als voorbeeld van temporele relatieve nietigheid wordt artikel 1:77 BW genoemd, waarin wordt bepaald dat de nietigverklaring van een huwelijk over het algemeen terugwerkende kracht heeft (lid 1), maar in bepaalde gevallen slechts rechtsgevolg heeft vanaf het moment dat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan (lid 2).

12 W. Snijders, a.w. (noot 7), p. 138.

ook het pleidooi van Polak voor het bevorderen van *eenheid* en *eenvoud* in het recht noemenswaardig.¹³ Polak wijst erop dat dit in het belang is van essentiële waarden als rechtszekerheid, van een zo veel mogelijk gelijke behandeling van gelijke gevallen en zeker ook van de doelmatigheid in het recht.

Bepaalt de wet niet duidelijk welke gevolgen de ingetreden nietigheid heeft, dan dient men zich te laten leiden door de strekking van de overtreden bepaling en door overwegingen van doelmatigheid.¹⁴ Volgens Snijders komt het er in zo'n geval op aan de gedachten te achterhalen die aan de betreffende regels van dwingend recht ten grondslag zijn gelegd.¹⁵

2.2 De nulliteitenleer uit titel 3.2 BW versus de artikelen 12 en 13 Wet cao

Artikel 12 lid 1 Wet cao bepaalt dat elk beding tussen een werkgever en een werknemer, strijdig met een cao door welke zij beiden gebonden zijn, nietig is. Volgens de memorie van toelichting heeft de wetgever gekozen voor de nietigheidssanctie, omdat nietigheid van rechtswege de meest logische consequentie zou zijn van de hegemonie van de cao over het individuele contract.¹⁶ Zoals aan niet-inachtneming van wettelijke bepalingen nietigheid is verbonden als de beste sanctie, diende ook bij afwijking van de cao – die voor een bepaalde groep als wet geldt – nietigheid van de bepaling het gevolg te zijn.¹⁷

De nietigheid in artikel 12 Wet cao is blijkens de memorie van toelichting absoluut van karakter, in die zin dat iedere belanghebbende er een beroep op kan doen.¹⁸ Ten aanzien van de cao-partijen is deze mogelijkheid voor de duidelijkheid expliciet opgenomen in lid 2 van artikel 12. De nietigheid is echter niet absoluut wanneer men kijkt naar het object van de nietigheid. Niet de gehele rechtshandeling – in casu de arbeidsovereenkomst – is namelijk nietig, maar slechts het strijdige beding uit de arbeidsovereenkomst. Wat dat betreft, is er dus sprake van partiële nietigheid (artikel 3:41 BW).

13 J.M. Polak, Aandachtspunten voor de wetgever, Bestuurswetenschappen 1980, p. 276.

14 Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 467.

15 W. Snijders, a.w. (noot 7), p. 147.

16 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 6.

17 Voordat de Wet cao in werking trad, was in het BW een bepaling opgenomen (artikel 1637n lid 1 (oud) BW) die inhield dat iedere bepaling uit de arbeidsovereenkomst, die in strijd was met een cao-bepaling waaraan werkgever en werknemer waren gebonden, vernietigbaar was in die zin dat de betrokken cao-partijen (met uitsluiting van de betrokken werkgever) een vordering tot nietigverklaring kon indienen bij de rechter. Deze regeling bleek echter niet efficiënt te zijn en werd daarom volgens Kamphuisen in de praktijk vrijwel niet toegepast. Zie P.W. Kamphuisen, De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1956, p. 27.

18 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 6.

Aangezien het kennelijk niet de bedoeling is geweest van de wetgever dat de nietigheid uit artikel 12 Wet cao terugwerkende kracht heeft, is tevens sprake van temporele nietigheid. De nietigheid werkt namelijk pas vanaf het moment dat de cao in werking is getreden en zowel werkgever als werknemer aan de cao gebonden zijn (en niet vanaf het moment dat de nietige arbeidsvoorwaarden tot stand kwamen).¹⁹ Noch uit de wettekst, noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat de nietigheid ook in de tijd beperkt is, in die zin dat van nietigheid slechts sprake zou zijn gedurende de looptijd van de cao. Om die reden wijzen wij het in de jaren zeventig van de vorige eeuw wel verdedigde standpunt dat de nietigheidssanctie uit artikel 12 Wet cao een tijdelijk karakter zou hebben omdat dit beter zou aansluiten bij het systeem van de Wet cao, van de hand.²⁰ Wij stellen ons daarentegen – met vele andere auteurs – op het standpunt dat wat krachtens artikel 12 Wet cao nietig is, nietig blijft, ook na de expiratie van de cao.²¹ Deze visie is in 1987 ook door de Hoge Raad bevestigd in het Aruba-arrest.²²

De nietigheidssanctie in artikel 12 Wet cao is volgens de Hoge Raad bovendien dusdanig sterk, dat deze tevens afspraken treft die door een gebonden werkgever en werknemer tijdens de looptijd van de cao zijn gemaakt met betrekking tot met de cao in strijd zijnde arbeidsvoorwaarden die dienen te gelden na afloop van de cao.²³ Met de cao in strijd zijnde arbeidsvoorwaarden kunnen door een gebonden werkgever en werknemer dus pas na afloop van de cao geldig worden overeengekomen. Immers, na expiratie van de cao-looptijd herleeft de contractsvrijheid weer tussen partijen.

Artikel 12 Wet cao bepaalt voorts dat de cao-bepalingen gelden in plaats van de nietige bedingen. Dit fenomeen – dat ook wel wordt aangeduid met de term ‘vervangende werking’ – lijkt op conversie in de zin van artikel 3:42 BW. Het nietige beding wordt immers van rechtswege vervangen door een gel-

19 Dit is uiteraard anders indien cao-partijen zijn overeengekomen dat aan de cao terugwerkende kracht toekomt. Zie HR 28 mei 1999, JAR 1999/131.

20 Zie voor deze opvatting o.a. B.S. Frenkel, a.w. (noot 1), p. 559.

21 Zie o.a. ook P.W. Kamphuisen, a.w. (noot 17), p. 33; J. Mannoury, De collectieve arbeidsovereenkomst, Alphen aan den Rijn: Samsom 1961, p. 68; G. Heida, De collectieve arbeidsovereenkomst in de landbouw, Amsterdam: Van Gorcum & comp. nv 1964, p. 103; M.M. Olbers, a.w. (noot 1), p. 488; M.G. Rood, De collectieve arbeidsovereenkomst, in: W.J.P.M. Fase (red.), Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd, Deventer: Kluwer 1984, p. 28-29; F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, Deventer: Kluwer 1987, p. 143; C.E.M. Schutte, a.w. (noot 1), p. 81; R. van de Water, a.w. (noot 1), p. 308; A.T.J.M. Jacobs, a.w. (noot 1), p. 140; W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 107-110.

22 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70 m.nt. PAS. In deze zaak werden de vakbonden die partij waren bij de inmiddels geëxpireerde cao op grond van artikel 9 lid 2 Wet cao ontvankelijk verklaard in hun vordering tot naleving van de cao-bepalingen die op grond van de artikelen 12 en 13 Wet cao onderdeel waren gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten van de bij hen aangesloten werknemers.

23 HR 28 mei 1999, JAR 1999/131 (Kuypers II).

dig (cao-)beding, waarbij men ervan uit mag gaan dat het laatste beding zou zijn overeengekomen, wanneer van het eerste beding vanwege de nietigheid was afgezien. Dat deze conversie definitief is, spreekt vanzelf, aangezien de nietigheidssanctie ook definitief is. Dit lijkt tevens te kunnen worden afgeleid uit het bestaan van artikel 9 lid 2 Wet avv, waarin arbeidsvoorwaarden die het gevolg zijn van onverbindend verklaarde cao-bepalingen nietig worden verklaard. Als de cao-bepalingen na het eindigen van de gebondenheid aan de cao geen onderdeel meer zouden uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten, dan was deze bepaling immers niet nodig.²⁴ In de literatuur komt men op dit punt slechts één afwijkende mening tegen, namelijk die van Molenaar.²⁵ Hij meent dat de nietigheid uit artikel 12 definitief is (zodat de oude arbeidsvoorwaarden definitief zijn opgehouden te bestaan), maar dat de vervangende werking slechts tijdelijk is, zodat de cao-bepalingen die voor de nietige arbeidsvoorwaarden in de plaats zijn getreden, na afloop van de looptijd van de cao eveneens ophouden deel uit te maken van de individuele arbeidsovereenkomst. Het gevolg is dat de arbeidsovereenkomst na afloop van de cao is veranderd in een 'gatenkaas'.²⁶ Deze visie wijkt niet alleen af van de huidige nulliteitenleer uit titel 3.2 BW, maar is voor de praktijk ook uiterst onwenselijk.

Artikel 13 Wet cao heeft eveneens betrekking op de situatie waarin zowel werkgever als werknemer gebonden zijn aan de cao. Dit artikel bepaalt dat wanneer de individuele arbeidsovereenkomst geen bepalingen bevat ter zake van in de cao geregelde aangelegenheden, de cao-bepalingen ter zake gelden. Dit wordt wel de 'aanvullende werking' genoemd. De ontbrekende arbeidsvoorwaarden gaan van rechtswege onderdeel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Maken de betreffende cao-bepalingen eenmaal deel uit van de individuele arbeidsovereenkomst, dan ligt het voor de hand dat zij – tenzij de arbeidsovereenkomst na expiratie van de cao door werkgever en werknemer wordt gewijzigd – daar ook na afloop van de duur van de cao deel van blijven uitmaken. Noch uit de wettekst, noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat het de bedoeling van de wetgever was, dat de cao-bepalingen slechts voor de duur van de looptijd deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Een andere uitleg van artikel 13 Wet cao zou bovendien niet corresponderen met de zojuist gegeven uitleg van artikel 12 Wet cao.

24 Zie W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 109.

25 Zie A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, tweede deel, A, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 396-397.

26 Molenaar wilde de aldus ontstane leemtes opvullen aan de hand van het gebruik in de betreffende bedrijfstak. Dat dit leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid, behoeft geen verdere uitleg.

2.3 De positie van de ‘artikel 14-werknemer’

Artikel 14 Wet cao heeft betrekking op de situatie dat alleen de werkgever gebonden is aan de cao en de betrokken werknemer niet. Artikel 14 Wet cao bepaalt namelijk dat de werkgever de cao-bepalingen tijdens de duur van de cao ook moet nakomen bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten met niet door de cao gebonden werknemers. De bedoeling van de wetgever met deze bepaling was te voorkomen dat werkgevers bij sollicitatieprocedures de voorkeur zouden geven aan ongebonden werknemers.²⁷

Aan de overtreding van deze bepaling heeft de wetgever bewust niet de nietigheidssanctie verbonden. De bepaling zou anders namelijk een inbreuk betekenen op de contractsvrijheid van de ongebonden werknemer. Van de werkgever wordt volgens Fase verwacht dat hij zijn, bij de cao betrokken, maar ongebonden werknemers aanbiedt hun arbeidsovereenkomsten aan te passen aan de cao.²⁸ Stemmen zij daarmee in, dan wordt hun contract gewijzigd en in overeenstemming gebracht met de cao. Past de werkgever de arbeidsvoorwaarden uit de cao op de betreffende werknemers toe zonder hierover uitdrukkelijk met hen gesproken te hebben, dan is sprake van een stilzwijgende wijziging mits de werknemers daar niet tegen hebben geprotesteerd.²⁹ Komt de werkgever de verplichting uit artikel 14 Wet cao niet na, dan is hij schadeplichtig jegens de vakbond(en) die partij is (zijn) bij de cao op grond van artikel 9 lid 2 jo. artikel 15 Wet cao.³⁰

Omdat aan de verplichting uit artikel 14 Wet cao geen nietigheidssanctie is verbonden – en de cao de arbeidsovereenkomsten met de ongebonden werknemers dus niet rechtstreeks normeert – speelt de nawerkingskwestie zoals omschreven in paragraaf 2.2 hier geen rol.³¹ Is de werkgever zijn verplichting nagekomen en heeft hij ervoor gezorgd dat de arbeidsovereenkomsten met zijn ongebonden werknemers in overeenstemming zijn gebracht met de cao, dan heeft de expiratie van de cao uiteraard geen invloed op de inhoud van deze arbeidsovereenkomsten. Wat rechtens de verhouding is tussen partijen, kan dan immers worden afgeleid uit de (gewij-

27 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 7.

28 W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 94. Fase meent dat de verplichting uit artikel 14 Wet cao zowel betrekking heeft op werknemers die al voor de inwerkingtreding van de cao bij de werkgever in dienst waren, als op werknemers die tijdens de looptijd van de cao bij hem in dienst treden. De praktijk gaat hier eveneens van uit. De bewoordingen van artikel 14 Wet cao en de ratio van deze bepaling doen echter vermoeden dat de verplichting alleen betrekking heeft op de werknemers die tijdens de looptijd van de cao bij de werkgever in dienst treden. Zie hierover: A.T.J.M. Jacobs, a.w. (noot 1), p. 123 en 124 en P.W. Kamphuisen, a.w. (noot 17), p. 33.

29 W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 95.

30 Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 7.

31 Zie o.a. M.M. Olbers, a.w. (noot 1), p. 491; C.E.M. Schutte, a.w. (noot 1), p. 52 en F.B.J. Grapperhaus, a.w. (noot 2), p. 185.

zigde) individuele arbeidsovereenkomst.³² Is de werkgever zijn verplichting niet nagekomen en heeft hij de arbeidsovereenkomsten met zijn ongebonden werknemers niet aangepast, dan blijven de arbeidsovereenkomsten ook na de expiratie van de cao ongewijzigd. Door de expiratie van de cao vervalt bovendien de verplichting uit artikel 14 Wet cao en herleeft de contractsvrijheid. De werkgever is vanwege zijn nalatigheid gedurende de looptijd van de cao hooguit schadeplichtig geworden jegens de cao-partijen.

Ten onrechte wordt in de literatuur evenwel aangenomen dat de verplichting uit artikel 14 Wet cao zou nawerken of dat nawerking tevens gebaseerd zou zijn op artikel 14 Wet cao.³³ Wellicht zijn deze auteurs op het verkeerde been gezet door de noot van Stein bij het Aruba-arrest.³⁴ Stein suggereert in zijn annotatie namelijk dat de Hoge Raad in het betreffende arrest zou hebben aanvaard dat nawerking betrekking heeft op horizontale cao-bepalingen die krachtens de artikelen 12 tot en met 14 Wet cao in de individuele arbeidsovereenkomsten zijn overgegaan en daarvan deel zijn gaan uitmaken. In het Aruba-arrest komt artikel 14 Wet cao echter helemaal niet aan de orde. Het arrest handelt uitsluitend over de situatie waarin cao-bepalingen op grond van de artikelen 12 en 13 Wet cao rechtstreeks deel zijn gaan uitmaken van de onderliggende arbeidsovereenkomsten.

Men zou deze opvatting wellicht nog kunnen baseren op een enkele overweging uit het hierna te behandelen arrest Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet (par. 3.2). Daarin stelde de Hoge Raad met zoveel woorden vast dat het leerstuk nawerking zijn grondslag vindt in het systeem van de Wet cao en dit in het bijzonder zou blijken uit de artikelen 1, 9, 12, 13 én 14.³⁵ Men kan zich echter afvragen of het een bewuste en doordachte keuze is geweest van de Hoge Raad om artikel 14 Wet cao expliciet in dit rijtje op te nemen en welke betekenis men aan deze vaststelling moet toekennen. Temeer, nu de Hoge Raad in dezelfde overweging besluit dat de doorwerking van de cao-bepalingen, *die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de cao gebonden zijn*, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de cao is aangegaan. Daarbij verwijst hij zelfs expliciet naar het Aruba-arrest. Ons inziens pleit met name het slot van deze rechtsoverweging voor de door ons hiervoor verdedigde opvatting, te weten dat nawerking zich slechts voor kan doen in de situatie waarin cao-bepalingen de onderliggen-

32 In gelijke zin S.F. Sagel, *Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's*, *ArbeidsRecht* 2006/8/9, p. 29; F.B.J. Grapperhaus 2004, (T&C Arbeidsrecht), art. 14 WCAO, aant. 9. Zie tevens conclusie van A-G Bakels onder HR 13 september 2002, *JAR* 2002/248 punten 2.3 en 2.4.

33 Zie o.a. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, a.w. (noot 2), p. 530.

34 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70 m.nt. PAS.

35 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38; RvdW 2003, 12 (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet) r.o. 3:4:3.

de arbeidsovereenkomsten rechtstreeks normeren. Bij de ‘artikel 14-werknemer’ doet zich derhalve geen nawerking voor.

2.4 Conclusie

Op basis van het voorgaande lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat stelling 1 juist is, in die zin dat met datgene wat in de jurisprudentie en literatuur wordt aangeduid als ‘nawerking’, niets anders wordt bedoeld dan de *werking* van de nietigheidssanctie en de daarmee verband houdende vervangende en aanvullende werking uit de artikelen 12 en 13 Wet cao. De basis van hetgeen met de term ‘nawerking’ wordt aangeduid, is ons inziens dan ook gelegen in het overeenkomstenrecht en het algemeen vermogensrecht en niet zozeer in het cao-recht, hetgeen wel wordt gesuggereerd door te spreken van ‘de nawerking van de cao’.³⁶ De cao werkt niet na, maar de cao-bepalingen zijn via de weg van nietigheid en conversie onderdeel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst en blijven daarvan – los van het al dan niet eindigen van de cao – onderdeel uitmaken, totdat de partijen bij de arbeidsovereenkomst deze na afloop van de looptijd van de cao besluiten te wijzigen. Ten onrechte spreekt de Hoge Raad in het Aruba-arrest dan ook over verplichtingen die uit een reeds geëindigde cao blijven voortvloeien en waarvan de naleving door cao-partijen op grond van artikel 9 lid 2 Wet cao kan worden afgedwongen.³⁷ Daarbij dient te worden opgemerkt dat een consequente toepassing van de nulliteitenleer in het collectief arbeidsrecht meer inhoudt dan alleen een naamsverandering ten opzichte van ‘nawerking’. Neemt men het stelsel van nietigheden als uitgangspunt in plaats van het leerstuk van nawerking, dan is daarmee bijvoorbeeld onmiddellijk de discussie omtrent de positie van de artikel 14-werknemer beslecht. Artikel 14 Wet cao kent immers geen nietigheidssanctie.

3 Nawerking bij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

In de situatie waarin cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, is eveneens sprake van een directe normering van de onderliggende arbeidsovereenkomsten, namelijk door de werking van de bepalingen uit artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv. In deze paragraaf zal worden onderzocht of de wijze waarop de nietigheidssanctie en de daarmee verband houdende vervangende en

³⁶ Zie tevens R.M. Beltzer, Overgang van cao-bepalingen: bevroering of dynamiek, ArA 2006/2, p. 59; C.E.M. Schutte, a.w. (noot 1), p. 53; zie ook de noot van Houweling bij de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle 2 mei 2006, JIN 2006/352.

³⁷ HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70 m.nt. PAS.

aanvullende werking uit deze bepalingen door de Hoge Raad worden uitgelegd conform de nulliteitenleer uit titel 3.2 BW en zo niet, of deze niet conform de nulliteitenleer uitgelegd zouden moeten worden. Daartoe zullen eerst de bepalingen in artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv worden gespiegeld aan de nulliteitenleer uit titel 3.2 (par. 3.1). Vervolgens zal worden ingegaan op de hoofdregel die de Hoge Raad inzake nawerking bij algemeenverbindendverklaringen heeft geformuleerd in het arrest Hop/Hom (par. 3.2), waarna ten slotte zal worden ingegaan op de ‘uitzonderingen’ die op deze regel zijn ontstaan (par. 3.3).

3.1 De nulliteitenleer uit titel 3.2 BW versus artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv

Wanneer we de wettekst van artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv bestuderen, dan blijkt deze vrijwel letterlijk overeen te komen met de wettekst van artikel 12 respectievelijk 13 Wet cao. Dit doet vermoeden dat de wetgever met deze artikelen dezelfde rechtsgevolgen voor ogen heeft gehad. Slaat men de memorie van toelichting bij de Wet avv erop na, dan blijkt dit vermoeden juist te zijn. Op pagina 5 van de memorie van toelichting staat namelijk:

‘De gevolgen van de verbindend verklaarde bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst voor de individuele arbeidsovereenkomst zijn blijkens het eerste en het derde lid van artikel 3 geheel gelijk aan die, welke, volgens de artikelen 12, eerste lid, en 13 der Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, deze overeenkomst voor de individuele arbeidsovereenkomst heeft (...).’³⁸

Aangezien net als bij de Wet cao, bij de Wet avv noch uit de wettekst, noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het de bedoeling is geweest van de wetgever een bijzondere – namelijk een tijdelijke – vorm van nietigheid te creëren, lijkt het standpunt gerechtvaardigd dat het in artikel 3 lid 1 Wet avv gaat om een gewone, definitieve vorm van nietigheid. Zeker vanuit juridisch-dogmatisch oogpunt bezien, lijkt deze redenering consequent.³⁹ Mok ging hier in zijn proefschrift over de Wet avv in 1939 dan ook van uit.⁴⁰ Olbers meende in 1979 zelfs nog dat er voor een andere benadering geen plaats was.⁴¹ Al gauw zou echter blijken dat de Hoge Raad een andere opvatting was toegedaan.

38 Kamerstukken II 1936/37, 274, nr. 3, p. 5.

39 Dit wordt tevens onderkend door Fase in: W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 165.

40 S. Mok, a.w. (noot 4), p. 172.

41 M.M. Olbers, a.w. (noot 1), p. 491. Zie thans: E. Verhulp, Nawerking: het volle pond graag!, *ArbeidsRecht* 2002/10, p. 13-14.

3.2 Geen nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

Hoewel de inhoud van artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv overeenstemt met de artikelen 12 en 13 Wet cao, neemt de Hoge Raad sinds het Hop/Hom-arrest uit 1980 als uitgangspunt dat van nawerking bij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen geen sprake kan zijn.⁴² Gebondenheid aan cao-bepalingen krachtens een algemeenverbindendverklaring kan slechts voor beperkte duur worden aangenomen, te weten enkel voor de duur van de algemeenverbindendverklaring. In navolging van P-G Berger overweegt de Hoge Raad dat dit valt af te leiden uit het feit dat een algemeenverbindendverklaring doorgaans slechts voor een termijn van maximaal twee jaar kan worden uitgesproken (ex artikel 2 lid 2 Wet avv) en de minister gebruik kan maken van zijn intrekingsbevoegdheid (ex artikel 6 Wet avv). Is de termijn verstreken of de algemeenverbindendverklaring ingetrokken, dan werken de bepalingen voortvloeiende uit de Wet avv niet na. Wat rechtens te gelden heeft tussen partijen na het verstrijken van de termijn van algemeenverbindendverklaring, is, volgens de Hoge Raad, afhankelijk van hetgeen partijen waren overeengekomen of alsnog overeenkomen, behoudens de mogelijke invloed van andere wettelijke bepalingen (lees: gebondenheid aan Wet cao).⁴³ In de conclusie van P-G Berger treft men nog een ander argument aan voor het afwijzen van nawerking bij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Volgens Berger ontbreekt bij gebondenheid aan een cao enkel krachtens de Wet avv, anders dan bij gebondenheid krachtens de Wet cao, een belangrijk element: de partijwil. Een algemeenverbindendverklaring is een daad van materiële wetgeving waardoor de contractsvrijheid onvrijwillig wordt beperkt, terwijl gebondenheid aan een cao krachtens de Wet cao op de veronderstelling wordt gebaseerd dat betrokkenen met de inhoud van deze cao (via hun vertegenwoordigers) hebben ingestemd.⁴⁴ In het meest recente arrest over nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

42 HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 m.nt. PAS. Sinds het Hop/Hom-arrest lijkt het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen geen nawerking toekomt. Zie (impliciet) HR 2 april 1993, JAR 1993/100; NJ 1993, 612 m.nt. PAS (Bongers/KSB); HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 m.nt. PAS (Beenen/Vanduh) en HR 7 juni 2002, JAR 2002/154; NJ 2003, 175 m.nt. G.J.J. Heerma van Vos (Luitjens/JB), waarin de Hoge Raad het leerstuk nawerking omzeilde via het leerstuk van de 'verkregen rechten' dan wel via de weg de redelijkheid en billijkheid (zie hierover par. 3.3). Zie voorts Rb. Amsterdam 18 september 1996, JAR 1996/228. Zie ten slotte ook de conclusies van de P-G bij de reeks belastingkamerarresten bij HR 5 mei 2005, LJN: AU6913, CPG 525.

43 HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348, r.o. 3 t/m 5.

44 De P-G ontleent deze opvatting aan P.W. Kamphuisen, a.w. (noot 17), p. 61.

gen, herhaalde de Hoge Raad de Hop/Horn-leer en maakte zich ook het tweede argument van de P-G Berger eigen, door te oordelen:

‘(...) Onderdeel 5 klaagt dat de Rechtbank met dit oordeel heeft miskend dat (ook) bepalingen van algemeen verbindend verklaarde CAO's nawerking hebben, in elk geval in omstandigheden als hier aan de orde. Het onderdeel beoogt de Hoge Raad in zoverre te doen terugkomen van zijn arrest van 18 januari 1980, nr. 11453, NJ 1980, 348. Er is, aldus het betoog in de toelichting op het onderdeel, geen goede grond om in dit opzicht de gevolgen van toepasselijkheid van CAO-bepalingen op grond van de Wet AVV anders te behandelen dan die van toepasselijkheid van CAO-bepalingen op grond van de Wet CAO. De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat, wanneer zowel de werkgever als de werknemer op grond van artikel 9 lid 1 Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, de bepalingen daarvan omtrent arbeidsvoorwaarden deel gaan uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, vindt zijn grond in het systeem van de Wet CAO, in het bijzonder de artikelen 1, 9, 12, 13 en 14. De gebondenheid aan de CAO wordt door de wet gebaseerd op de hoedanigheid van partij bij de CAO onderscheidenlijk het lidmaatschap van een vereniging die partij bij de CAO is, en het naar de inhoud van de CAO bij die CAO betrokken zijn. Het strookt hiermee om te aanvaarden dat de doorwerking van de CAO-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de CAO gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de CAO is aangegaan (vgl. HR 19 juni 1987, nr. 6995, NJ 1988, 70). De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend (artikel 2 lid 3) en gelden – behoudens een beperkte uitzondering – voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (artikel 2 lid 2; zie ook artikel 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold. In de toelichting op het onderdeel wordt voorts gewezen op praktische problemen die voor werkgevers kunnen ontstaan, wanneer na het einde van de periode waarvoor de betreffende CAO-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, weer andere arbeidsvoorwaarden gaan gelden. Het gaat daarbij kennelijk om werknemers die niet voldoen aan de vereisten van artikel 9 e.v. Wet CAO en die niet wensen in te stemmen met van toepassing verklaren van de betreffende CAO-bepalingen op hun arbeidsovereen-

komst. De Wet AVV geeft evenwel geen ruimte voor een doorbreking van het erin vervatte stelsel op grond van de door dit betoog gewenste belangenafweging.⁴⁵

Kortom, aan het einde van de looptijd van een algemeenverbindendverklaring valt men terug in de arbeidsverhouding zoals die gold voor het tijdstip van de litigieuze algemeenverbindendverklaring. Van nawerking is geen sprake. Strikt genomen leidt de Hoge Raad een soort tijdelijke nietigheid (en tijdelijke aanvullende werking) af uit het systeem van de Wet avv. Een consequentie van dit door de Hoge Raad ingenomen standpunt is dat het hiervoor betoogde in paragraaf 3.1 kennelijk niet opgaat. Doorwerking van titel 3.2 BW is blijkens de huidige jurisprudentie immers niet mogelijk. Men kan zich echter afvragen of dit standpunt van de Hoge Raad wel juist is. Reeds naar aanleiding van het Hop/Hom-arrest heeft deze benadering van de Hoge Raad namelijk veel kritiek ontvangen. Deze kritiek kan men onderverdelen in twee categorieën: (1) inhoudelijke kritiek ten aanzien van de gebruikte argumenten, en (2) kritiek met betrekking tot de praktische consequenties van deze benadering.

Ad 1. Inhoudelijke kritiek

Met name A-G Koopmans heeft in zijn conclusie bij het arrest Beenen/Vanduho gewezen op een 'dogmatische zwakte' in de benadering van de Hoge Raad. Het komt hem onjuist voor het systeem van dwingende en aanvullende werking van de Wet cao en de Wet avv verschillend uit te leggen wat betreft het vraagstuk van de nawerking. Het systeem – met name de nietigheidssanctie – is immers in beide wetten vrijwel gelijklopend neergelegd en komt eenzelfde betekenis toe. Als het einde van de cao-looptijd enkel betekent dat tussen partijen de contractsvrijheid weer herleeft, maar de inhoud van de cao onverkort blijft gelden totdat men anders overeengekomen is, waarom zou dit dan niet het geval zijn na afloop van een algemeen verbindend verklaarde cao?⁴⁶ Hij ontleent de grondslag voor dit dogmatische bezwaar aan Mok en Olbers en wordt daarin onder andere bijgevallen door Rood.⁴⁷ Het behoeft – onder verwijzing naar subparagraaf 3.1 – geen toelichting dat ook wij deze kritiek onderschrijven.

45 HR 10 januari 2003, IAR 2003/38; RvdW 2003, 12 (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet) r.o. 3.4.3. Zie hieromtrent uitvoerig D.J. Buijs, Definitief: geen nawerking algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, SR 2003-2, p. 58-60 en R.M. Beltzer, Botsende en nawerkende CAO-bepalingen, ArA 2003/1, p. 30 e.v.

46 Conclusie A-G onder punt 6 bij HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 m.nt. PAS (Beenen/Vanduho).

47 S. Mok, a.w. (noot 4), p. 171-175; M.M. Olbers, a.w. (noot 1), p. 491; M.G. Rood, Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen, TVVS 1994/5, p. 132-134.

Naast deze dogmatische zwakte, lijkt ook het argument dat de Hoge Raad zowel in het Hop/Horn-arrest als in het Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet-arrest zo nadrukkelijk ten grondslag legt aan de stelling dat het tijdelijke karakter van de Wet avv zich tegen nawerking verzet, niet overtuigend. De Hoge Raad leidt dit af uit het systeem van de wet. Meer in het bijzonder uit de artikelen 2 lid 2 Wet avv (de beperkte duur van de algemeenverbindendverklaring) en 6 Wet avv (de intrekingsbevoegdheid van de minister). Hij wordt daarin onder andere gesteund door Sagel. Zou de Hoge Raad nawerking hebben aanvaard, dan zou dit, aldus Sagel, de 'algemeenverbindendverklaring als beleidsmiddel' ontkrachten.⁴⁸ Met Verhulpmenen wij echter dat de maximering van de duur der algemeenverbindendverklaring *en* de mogelijkheid van intrekking door de minister geheel losstaan van het vraagstuk nawerking.⁴⁹ De genoemde bepalingen zeggen slechts iets over het moment van herleving van de contractsvrijheid. Door de algemeenverbindendverklaring hebben alle (onder de verbindendverklaring vallende) partijen hun contractsvrijheid verloren. Na afloop van de algemeenverbindendverklaring herleeft, net als bij het systeem van de Wet cao, deze contractsvrijheid weer tussen partijen (tenzij de partijen op basis van de Wet cao nog gebonden zijn aan een cao). Wanneer de minister gebruikmaakt van zijn intrekingsbevoegdheid geldt precies hetzelfde. Vanaf het moment van de intrekking herleeft de contractsvrijheid en kunnen partijen derhalve anders overeenkomen dan hetgeen gold ten tijde van de algemeenverbindendverklaring. Het dogma nawerking laat deze (herleving van) contractsvrijheid onverlet, maar reguleert enkel de situatie waarin partijen verkeren na expiratie van een algemeenverbindendverklaring. Het inhoudelijke argument van de Hoge Raad dat nog overblijft, is dat bij algemeenverbindendverklaring van een cao sprake is van een daad van materiële wetgeving waardoor partijen hun contractsvrijheid wordt ontnomen, terwijl binnen het systeem van de Wet cao partijen gebonden raken aan een cao door middel van vrijwillige instemming (al dan niet via een vereniging). Dit argument, ook wel de 'contractuele benadering' of 'Vertrags-theorie' genoemd, wordt met name door Fase onderschreven.⁵⁰ De vraag is echter of nawerking van cao-bepalingen afhankelijk moet worden gesteld van de vrijwillige gebondenheid (wilsovereenstemming) van de betrokken partijen aan een cao. Volgens Verhulp is dit niet het geval. Hij heeft in dit kader gewezen op de wetsgeschiedenis, waaruit uitdrukkelijk blijkt dat in het kader van de Wet avv rekening wordt gehouden met de wilsovereen-

48 S.F. Sagel, Nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen; een evenwichtige oplossing, SMA 1996, p. 671.

49 E. Verhulp, a.w. (noot 41), p. 13.

50 W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 165. Zie ook: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, a.w. (noot 2), p. 532; P.W. Kamphuisen, a.w. (noot 17), p. 60-61.

stemming van de meerderheid die een algemeenverbindendverklaring wenst, welke wens de minderheid kan worden opgelegd.⁵¹ Ons inziens geeft Verhulp hiermee nog geen sluitend antwoord op de hiervoor gestelde vraag, maar toont hij slechts aan dat de wetgever bij het systeem van de Wet avv geen wilsovereenstemming verlangde. Een sterker argument is ons inziens te vinden bij Frenkel. Volgens hem kan het ontbreken van de wilsovereenstemming juist als argument *voor* nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen worden beschouwd. Hij licht dit als volgt toe:

‘Theoretisch is bijvoorbeeld denkbaar dat iemand die meent dat de cao zelf wel nawerkt, toch niet zover wil gaan, dat hij die conclusie ook doortrekt voor de verbindendverklaring, dus ten aanzien van degenen, die niet rechtstreeks door eigen wil of lidmaatschap door de cao gebonden waren. Wellicht is echter evenzeer de omgekeerde redenering mogelijk: partijen bij een cao hebben hun overeenkomst bewust op een bepaalde datum willen laten aflopen, dus dan werkt de cao tussen hen niet na. Maar de verbindendverklaring, die gezien de volgens ons rechtssysteem geldende wetstheorie, deze eigen wilsbepaling van partijen buiten spel heeft gezet, werkt om laatstgenoemde reden juist wel na.’⁵²

Met andere woorden: wanneer bij de Wet cao, ondanks de expliciete wil van de cao-partijen de cao op een bepaald tijdstip te doen eindigen, nawerking wordt aanvaard, waarom zou dit a fortiori dan niet het geval zijn bij de Wet avv, waarbij de expiratie van een algemeenverbindendverklaring losstaat van de wil van de cao-partijen? Is het juist niet eerder in strijd met het systeem van de Wet cao om nawerking te aanvaarden, dan met het systeem van de Wet avv? Als een van beide cao-partijen duidelijk aangeeft de cao te willen opzeggen, waarom werkt deze dan toch na? Kortom, ook de ‘contractuele benadering’ legt onvoldoende gewicht in de schaal, is althans niet overtuigend genoeg, om onthouding van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen te legitimeren.

Ad 2. Praktische bezwaren

In de meergenoemde conclusie bij het arrest Beenen/Vanduhoe wees A-G Koopmans ook op een praktisch bezwaar dat kleeft aan de Hop/Hom-benadering van de Hoge Raad. Algemeenverbindendverklaring van elkaar in de tijd opvolgende collectieve arbeidsovereenkomsten kan niet leiden tot een aaneensluitend arbeidsvoorwaardenregime. Er moet immers steeds een artikel 4 Wet avv-procedure worden gevolgd, alvorens over te kunnen gaan

⁵¹ E. Verhulp, a.w. (noot 41), p. 12.

⁵² B.S. Frenkel, a.w. (noot 1), p. 293.

tot het algemeen verbindend verklaren van een bepaalde cao, terwijl daaraan geen terugwerkende kracht kan worden verleend (artikel 2 lid 3 Wet avv). Hierdoor is een aaneensluiting van algemeen verbindend verklaarde cao's onmogelijk en zal er altijd een avv-loze periode ontstaan.⁵³ Door het onthouden van nawerking valt men in deze periodes steeds terug op de oude arbeidsregimes. Rood heeft dit bezwaar treffend aangeduid als het 'jojo-effect'.⁵⁴ Hierbij komt nog dat het lang niet altijd helder is welke de 'oude arbeidsverhoudingen' waren. Dit kan het geval zijn wanneer zowel de werkgever als werknemer een slechte administratie voert en simpelweg niet meer weet wat de inhoud van hun oorspronkelijke arbeidsovereenkomst ook alweer precies was. Het kan echter ook zo zijn dat er helemaal geen oude arbeidsvoorwaarden bestaan. Welke zijn bijvoorbeeld de 'oude arbeidsvoorwaarden' bij een werkgever en een ongeorganiseerde werknemer die in dienst is getreden ten tijde van een algemeen verbindend verklaarde cao? Op deze werknemer worden de bepalingen uit die cao toegepast, maar wat heeft rechtens te gelden na expiratie van de algemeenverbindendverklaring?⁵⁵ Waren partijen wel gebonden krachtens de Wet cao, dan zullen zij na expiratie terugvallen op deze arbeidsverhouding. Eindigt met de algemeenverbindendverklaring tevens de cao, dan blijven de georganiseerde werknemers nawerking krachtens de Wet cao genieten, terwijl de ongeorganiseerde werknemers terugvallen op hun 'oude arbeidsvoorwaarden'. Het onthouden van nawerking bij algemeenverbindendverklaringen kan hierdoor volgens sommigen tot rechtsonzekerheid, onduidelijkheid en arbeidsonrust leiden.⁵⁶ Jacobs voegt hieraan toe dat werkgevers om die reden in de praktijk vaak op basis van stilzwijgendheid of gebruik ook na expiratie van de algemeenverbindendverklaring de arbeidsvoorwaarden uit de algemeen

53 Conclusie A-G onder punt 7 bij HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 m.nt. PAS (Beenen/Vanduho).

54 M.G. Rood, a.w. (noot 47), p. 132-134.

55 W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, a.w. (noot 1), p. 108. Hier zou men tegenin kunnen brengen dat op grond van artikel 7:655 BW de werkgever verplicht is een aantal voorwaarden vast te leggen op schrift. Op basis van lid 2 kan de werkgever ten aanzien van een specifiek aantal voorwaarden (waaronder loon en vakantietoeslag) echter volstaan met een verwijzing naar de cao. Treedt een werknemer in een avv-periode in dienst, dan kan dus naar de toepasselijke cao worden verwezen. Het is onduidelijk hoe (volgens de wetgever) een dergelijke verwijzing dient te worden opgevat. Strikt genomen zou men deze verwijzing kunnen opvatten als een incorporatiebeding. Na het expireren van de algemeenverbindendverklaring zou de inhoud dan toch kunnen blijven gelden op basis van dit incorporatiebeding. Of daarmee het probleem is opgelost is vervolgens weer een tweede vraag. Dit is immers afhankelijk van de gebruikte formulering van de verwijzing. Zie hieromtrent recentelijk A.F. Bungener en E. Koot-van der Putte, Incorporeren van een cao door een ongebonden werkgever, SR 2006-7/8, p. 228. Anderzijds kan men zich afvragen welke betekenis een dergelijke verwijzing toekomt, wanneer men beseft dat partijen met betrekking tot de inhoud van die verwijzing geen keuze hadden. De contractsvrijheid gedurende de avv-termijn ontbreekt ten slotte.

56 R. van de Water, a.w. (noot 1), p. 308 en p. 310.

verbindend verklaarde cao blijven toepassen. Hij vraagt zich dan ook terecht af waarom het recht deze praktijk niet bevestigt en noemt de rechtspraak van de Hoge Raad waarin nawerking aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wordt onthouden 'niet zo slim'.⁵⁷ Het zijn met name deze praktische bezwaren geweest die onder anderen de advocaten-generaal Koopmans en De Vries Lentsch-Kostense en diverse auteurs in de literatuur ertoe hebben gebracht de Hoge Raad te adviseren zijn Hop/Hom-standpunt te herzien en nawerking te aanvaarden.⁵⁸

Toch is in de literatuur niet iedereen overtuigd van deze praktische bezwaren. Fase poogt bijvoorbeeld het argument van de rechtsonzekerheid te weerleggen door te wijzen op de relatief korte duur van een algemeenverbindendverklaring. Hierdoor zullen partijen vaak niet al te grote moeite hebben om zich de oude arbeidsvoorwaarden weer voor de geest te halen. Ook ten aanzien van de niet of anders georganiseerde werknemers die tijdens de algemeenverbindendverklaring in dienst zijn getreden, ziet Fase geen probleem. Op de vraag welke arbeidsvoorwaarden na expiratie van de algemeenverbindendverklaring rechtens hebben te gelden, dient het commune recht uitkomst te brengen.⁵⁹ Men kan zich echter afvragen of deze weerlegging wel afdoende is. Het zogenoemde 'jojo-effect' wordt door Fase in ieder geval niet weggenomen. Ook de oplossing ten aanzien van de niet of anders georganiseerde werknemers roept eerder vragen op dan dat deze worden beantwoord. Als de arbeidsverhouding door het gebruik wordt geconstrueerd, hoe wordt dan de inhoud van dit gebruik vastgesteld? Aan de hand van de toepassing van arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming of binnen de bedrijfstak?

Het zal kortom geen verbazing wekken dat wij ook op basis van de argumenten van praktische uitvoerbaarheid, rechtszekerheid en rust op de arbeidsmarkt menen dat het onthouden van nawerking bij algemeenverbindendverklaringen onwenselijk is.

3.3 De uitzonderingsgevallen

Het strikte uitgangspunt uit het Hop/Hom-arrest is in latere rechtspraak langs twee wegen enigszins genuanceerd. De eerste uitzondering op de

57 A.T.J.M. Jacobs, a.w. (noot 1), p. 194-196. Als alternatief stelt Jacobs voor om nawerking gedurende één jaar te aanvaarden. Sterker nog, hij bepleit een wettelijke basis voor nawerking. Hierdoor zou in ieder geval het probleem van terugvallen in de oude situatie gedurende de termijn tussen twee opeenvolgende algemeenverbindendverklaringen worden ondervangen. Zie ook A.T.J.M. Jacobs, *Herijking van de algemeen verbindend verklaring van cao's*, in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in Beweging*, Den Haag: Sdu 2005, p. 53-55.

58 C.G. Boot, *Hoge Raad Beenen/Vanduh: nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?*, SR 1994-7/8, p. 202.

59 W.J.P.M. Fase, *Cao-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 124.

hoofdregeel dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet nawerken bestaat uit het leerstuk der ‘verkregen rechten’.⁶⁰ In het arrest Beenen/Vanduho heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een werknemer de tijdens de algemeenverbindendverklaring verkregen rechten ook na expiratie van de algemeenverbindendverklaring behoudt.⁶¹ Een beperkt aantal rechten kan dus toch nawerken. In de noot onder dit arrest wijst Stein echter op het problematische karakter van het leerstuk der ‘verkregen rechten’.⁶² Het begrip ‘verkregen rechten’, zo stelt Stein, valt moeilijk te omschrijven, waardoor het spoedig onttaardt in een toverformule welke, naargelang men een bepaalde situatie als wenselijk of onwenselijk ziet, niet onomstreden uitkomst biedt.⁶³ In het Luitjens/JB-arrest werd opnieuw het leerstuk der verkregen rechten gehanteerd om aan een zieke werknemer buiten het tijdvak van de algemeenverbindendverklaring een suppletie recht toe te kennen.⁶⁴ Opmerkelijk aan dit laatstgenoemde arrest is dat de Hoge Raad het verworven recht ook aanwezig achtte bij een werknemer die reeds voorafgaande aan de algemeenverbindendverklaring ziek was geworden. Het tijdstip waarop het recht ‘wordt verkregen’ is dus niet (meer) doorslaggevend.⁶⁵ Ogenschijnlijk geheel in strijd met het systeem van de Wet avv – althans met de bepaling in artikel 2 lid 3 Wet avv – werd in deze zaak zelfs terugwerkende kracht toegekend aan de algemeenverbindendverklaring van de betreffende cao-bepaling. Het ‘verworven recht’ liep namelijk terug tot aan het tijdstip waarop de betrokken werknemer ziek was geworden.

Het leerstuk der verkregen rechten zorgt ervoor dat de arbeidsverhouding tussen partijen na afloop van de algemeenverbindendverklaring bepaald niet op voorhand duidelijk zal zijn. Men valt terug in de oude situatie, maar blijft verkregen rechten uit de algemeenverbindendverklaring genieten. Vanwege de onduidelijkheid rondom de inhoud van het begrip ‘verkregen rechten’, leidt dit alleen maar tot rechtsonzekerheid en toename van het aantal procedures omtrent de te hanteren arbeidsregimes.

Dit geldt temeer ten aanzien van de tweede uitzondering welke in de jurisprudentie is ontwikkeld, te weten: (na)werking van algemeen verbindend

60 De toepassing van het leerstuk der verkregen rechten bij cao- en avv-perikelen was reeds door Kamphuisen en Frenkel beproefd. Zie: B.S. Frenkel, a.w. (noot 1), p. 299 en de verwijzing aldaar naar Kamphuisen.

61 HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 m.nt. PAS (Beenen/Vanduho) r.o. 3.2.

62 Zie in gelijke zin ook het preadvies van H. Stein voor de Nederlandse Juristen-Vereniging uit 1985. H.A. Stein, Brood-NODI-gheden bij de toepassing van de overgangswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, in: Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 250.

63 Zie in gelijke zin ook E. Verhulp, a.w. (noot 41), p. 12; Conclusie A-G onder punt 10 bij HR 7 juni 2002, JAR 2002/154; NJ 2003, 175 m.nt. G.J.J. Heerma van Vos (Luitjens/JB).

64 HR 7 juni 2002, JAR 2002/154; NJ 2003, 175 m.nt. G.J.J. Heerma van Vos (Luitjens/JB).

65 Zie omtrent het tijdstip van verkregen rechten m.n.: S.F. Sagel, a.w. (noot 48), p. 671.

verklaarde cao-bepalingen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Na afloop van de looptijd van de algemeenverbindendverklaring kan een werkgever gehouden zijn de bepalingen uit een algemeen verbindend verklaarde cao op zijn werknemer te blijven toepassen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Zo lijkt althans op het eerste gezicht uit het arrest Bongers/KSB te kunnen worden afgeleid.⁶⁶ In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of de werknemer recht had op overwerkvergoeding, beantwoord moest worden aan de hand van wat partijen redelijkerwijs over en weer uit elkaars handelingen en gedragingen hadden mogen afleiden. Volgens Schutte betekent dit dat de Hoge Raad onder omstandigheden nawerking op grond van redelijkheid en billijkheid heeft aanvaard.⁶⁷ De Laat daarentegen merkt terecht op dat de Hoge Raad simpelweg de Haviltex-formule toepast en leest in het genoemde arrest geen nawerking op grond van de redelijkheid en billijkheid, maar *inwerking* van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in de arbeidsovereenkomst op grond van het vertrouwensbeginsel (ex artikel 3:35 BW).⁶⁸ Ons inziens past de Hoge Raad weliswaar de Haviltex-formule toe, door aan te geven dat voor het antwoord op de vraag of een werknemer recht op overwerkvergoeding toekomt, onder andere van belang is hoe vaak de werknemer op basis van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling dit recht was toegekend, maar staat dit geheel los van de vraag of sprake is van nawerking.

Onjuist is dan ook een recentelijk gewezen vonnis van de Kantonrechter Zwolle, waarin, onder verwijzing naar het arrest van het Hof Arnhem in de zaak Leenders/Bouwmeester,⁶⁹ wordt gesteld dat cao-bepalingen inzake overwerkvergoedingen die slechts via een algemeenverbindendverklaring van toepassing zijn op een individuele arbeidsovereenkomst, in de avv-loze periode kunnen *nawerken* op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁷⁰ De algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen werken niet na, maar het feit dat de werknemer meerdere malen onder de werking van een algemeenverbindendverklaring recht had op overwerkvergoeding en het feit dat over dit recht niets stond opgenomen in zijn arbeidsovereenkomst, kunnen er in combinatie met andere feiten en omstandigheden toe leiden dat de redelijkheid en billijkheid doorbetaling van deze overwerkvergoeding gebieden.

66 HR 2 april 1993, JAR 1993/100; NJ 1993, 612 m.nt. PAS (Bongers/KSB). Zowel Beltzer als Buijs menen echter dat de Hoge Raad in dit arrest het leerstuk der verkregen rechten zou hebben gehanteerd. Zie D.J. Buijs, a.w. (noot 45), p. 58-60 en R.M. Beltzer, a.w. (noot 45), p. 35.

67 C.E.M. Schutte, a.w. (noot 1), p. 79.

68 J.J.M. de Laat, Redelijkheid en billijkheid en de collectieve arbeidsovereenkomst, SR 2002-3, p. 67.

69 Hof Arnhem 3 augustus 2004, JAR 2004/284.

70 Kantonrechter Zwolle 2 mei 2006, JIN 2006/352 m.nt. A.R. Houweling.

Ongeacht de opvatting die men huldigt ten aanzien van de vraag of nawerking op grond van de redelijkheid en billijkheid wel of niet een zuivere vorm van nawerking is, is het resultaat in de praktijk echter per saldo precies eender. Na expiratie van een algemeenverbindendverklaring kan de werkgever gehouden zijn een aantal arbeidsvoorwaarden te blijven toepassen. Samen met het leerstuk der verkregen rechten ontstaat hierdoor een toenemende onduidelijkheid ten aanzien van de vraag wat rechtens heeft te gelden na afloop van een algemeenverbindendverklaring en worden rechtsonzekerheid en arbeidsonrust slechts gevoed.

3.4 Conclusie

Geheel tegenstrijdig aan hetgeen de letterlijke tekst van artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv en de daarbij behorende toelichting doen vermoeden – en bovendien in strijd met de nulliteitenleer uit titel 3.2 BW – weigert de Hoge Raad dezelfde werking aan de nietigheidssanctie (en de daarmee verband houdende vervangende en aanvullende werking) bij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen toe te kennen, als aan de nietigheidssanctie in de artikelen 12 en 13 Wet cao. In deze paragraaf is betoogd dat het dogmatische argument dat de Hoge Raad voor deze benadering hanteert, niet sterk is. Andere dogmatische argumenten lijken dit argument zelfs te ontkrachten. Tegelijkertijd zijn er sterke argumenten van praktische aard die pleiten voor het aanvaarden van ‘nawerking’ van deze bepalingen (lees: die pleiten voor eenzelfde interpretatie van de nietigheidssanctie als bij de artikelen 12 en 13 Wet cao). De lapmiddelen van de ‘leer van het verkregen recht’ en de ‘redelijkheid en billijkheid’ die de Hoge Raad hanteert, komen in ieder geval onvoldoende aan de bestaande praktische problemen tegemoet. Sterker nog, ze creëren slechts nog meer onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Het leerstuk nawerking kraakt in zijn voegen ...

4 Het leerstuk nawerking op de helling

In het kader van de eerste stelling stellen wij onszelf aan het eind van deze bijdrage nogmaals de vraag: wat is nu eigenlijk ‘nawerking’? Op het eerste gezicht lijkt het begrip ‘nawerking’ binnen het arbeidsrechtelijke taalcorpus uitsluitend gehanteerd te worden in verband met de gelding van cao-bepalingen. In die zin zou men de term nawerking kunnen opvatten als een ‘hapax’.⁷¹ Bij het zoeken naar de betekenis van zo’n woord stuit men op het

71 Met deze uit het Grieks afkomstige term wordt een woord aangeduid dat in een tekst of een compleet taalcorpus slechts één keer voorkomt. ‘Hapax’ betekent ‘éénmaal’. Het is afgeleid van de term ‘hapax legomenon’, hetgeen betekent ‘wat éénmaal gezegd wordt’.

probleem dat niet vergeleken kan worden met de wijze waarop het woord elders binnen de tekst of het taalcorpus wordt uitgelegd. Men gaat in zo'n geval op zoek naar de meest aannemelijke uitleg, waarbij de kracht van de argumenten de doorslag geeft. Toch blijkt het begrip nawerking onder meer ook voor te komen in het sociaalverzekeringsrecht (zie bijvoorbeeld artikel 3:10 Wet arbeid en zorg (WAZ)) en in het algemeen verzekeringsrecht (waarbij het 'na-risico'⁷² nog onder de dekking van de verzekering valt, ook al is deze reeds geëindigd). Kenmerkend voor deze vormen van nawerking is dat deze strikt in tijd beperkt en doorgaans van korte duur zijn.

In het collectief arbeidsrecht daarentegen krijgt de term nawerking een geheel andere invulling. Is er sprake van nawerking van cao-bepalingen, dan blijft van nawerking sprake totdat men de individuele arbeidsovereenkomst wijzigt, of totdat er een nieuwe cao wordt afgesloten. Deze nawerking is in beginsel van onbepaalde duur. In deze bijdrage hebben wij ervoor gepleit om het leerstuk nawerking niet vanuit het cao-recht te benaderen, maar vanuit het algemeen vermogensrecht. Volgens ons wordt met nawerking namelijk niets anders bedoeld dan de werking van de nietigheidssanctie conform titel 3.2 BW (zie par. 2.4). Als we die lijn verder doortrekken, dan resulteert dit in een pleidooi voor afschaffing van het hele leerstuk nawerking – dat al vele decennia voor onduidelijkheid zorgt en in die zin een beladen term is geworden – en voor de benadering van deze problematiek voortaan alleen nog maar te benaderen vanuit de werking van de nietigheidssanctie, conversie en aanvullende werking van de bepalingen uit de Wet cao (en de bepalingen uit de Wet avv). Daarbij dient te worden opgemerkt dat het dan gaat om meer dan enkel een naamswijziging van wat men nu nawerking noemt (zie par. 2.4). De eerste stelling is naar onze mening dus juist.

Ten aanzien van stelling 2 komen wij tot de conclusie dat – hoewel in strijd met de huidige jurisprudentie – de nietigheidssanctie (en de daarmee verband houdende vervangende en aanvullende werking) uit artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv inderdaad hetzelfde zou moeten worden uitgelegd als die uit de artikelen 12 en 13 Wet cao. Wetshistorische en vooral argumenten van praktische aard pleiten voor eenzelfde benadering. Deze uitleg sluit ook goed aan bij de nulliteitenleer uit titel 3.2 BW. Aangezien de wet niet duidelijk regelt welke gevolgen de ingetreden nietigheid heeft, dient men zich volgens deze leer te laten leiden door de strekking van de overtreden bepaling en door overwegingen van doelmatigheid (zie par. 2.1). Nu de strekking van artikel 3 lid 1 en 3 Wet avv zich hier niet tegen lijkt te verzetten en sterke argumenten van doelmatigheid hiervoor pleiten (zie: par. 3.2 en 3.3), ligt het voor de hand de nietigheidssanctie op deze wijze uit te leggen. De doorwerking en uitleg

72 Schade die zich voordoet na afloop van de verzekering, maar waarvan de oorzaak nog in de periode van verzekering lag.

van de nietigheidssanctie conform titel 3.2 BW zorgen bovendien voor meer eenheid binnen het recht en bieden een uitstekend uitgangspunt om de status van de betrokken partijen juridisch te kwalificeren. In ieder geval een beter en juridisch sterker uitgangspunt dan het huidige nawerkingsleerstuk.