



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Terugwerkende kracht van cao's

Verhulp, E.

Publication date

2014

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2014). *Terugwerkende kracht van cao's*.

General rights

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), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Terugwerkende kracht van cao's

Evert Verhulp¹

In deze bijdrage behandel ik de vraag wat, ten aanzien van cao-bepalingen waarin is afgeweken van bepalingen van driekwartdwingend recht, rechtens is, als de cao met terugwerkende kracht in werking treedt. In cao's wordt regelmatig afgeweken van bepalingen van driekwartdwingend recht.² Gelet op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid zal het belang van het gebruik van bepalingen van driekwartdwingend recht alleen nog maar toenemen.³ Nu cao's heel vaak met terugwerkende kracht in werking treden, lijkt het antwoord op de vraag prangend, terwijl de literatuur geen eenduidig antwoord geeft.

3.6.1 De grondslag van de werking van de cao: contractuele theorie

Voordat ik aan de centrale vraag van deze bijdrage toekom, is het van belang duidelijk te maken hoe de cao de werkgever en werknemer bindt. Soms wordt wel tot uitdrukking gebracht dat de cao moet worden geplaatst in het licht van het subsidiariteitsbeginsel en dat de werkgevers en werknemersorganisaties een algemene regelgevende bevoegdheid zou toekomen. Voor deze wat ik maar noem institutionele benadering is steun te vinden bij de 'uitvinder' van het driekwartdwingend recht, Levenbach. Levenbach stelde in 1939 de afwijking van sommige wettelijke bepalingen voor 'bij collectieve regeling per bedrijfstak, eventueel onder goedkeuring door een centrale overheidsinstantie'.⁴ Hij zag de cao, net als de regeling van een publiekrechtelijk orgaan terzake van de arbeidsvoorwaarden, als normstellend voor de sector. In mijn woorden zou de wetgever zijn dwingend ingrijpen beperken tot die gevallen waarin de werknemer onvoldoende beschermd is, terwijl overigens cao-partijen, daar waar zij een (naar verondersteld wordt evenwichtig) compromis hebben gevonden, zouden optreden als een soort wetgever-plaatsvervanger. De daarbij behorende gedachte is dan dat de cao goed is voor de sector en dus ook voor ongeorganiseerden. Als een ongeorganiseerde werkgever in de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers overeenkomt dat de cao die geldt voor zijn sector, ook in hun rechtsrelatie geldt, kan die werkgever zich ook beroepen op die in de cao voorziene afwijkingen van bepalingen van driekwartdwingend recht.⁵

Naar mijn mening is deze opvatting onjuist omdat een ongebonden werkgever de cao, ook als zijn bedrijf onder de werkingssfeer van die cao valt, de cao niet toepast als cao op grond van de Wet CAO, maar als een soort algemene voorwaarden die hij vrijelijk heeft gekozen en waarvoor hij ook een willekeurig ander document had kunnen kiezen. Daarbij komt dat volgens de institutionele opvatting de ongebonden werkgever het ook zal toekomen om slechts delen van de cao toe te passen. Daar kan tegen worden ingebracht dat de

¹ Hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam

² A.R. Houweling en L.J.M. Langedijk, *Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture*, *ArA* 2011/1, p. 20, schrijven dat van deze bepalingen 'volop' gebruik wordt gemaakt. Zie ook de bijdrage van W. Plessen e.a., in hoofdstuk 4 van dit boek.

³ J.M. van Slooten, 'Het komende driekwart dwingende ontslagrecht', *TRA* 2013, 76.

⁴ M.G. Levenbach, *Organisatievormen in het Nederlandse arbeidsrecht*, inaugurele rede Universiteit Amsterdam, 1939, p. 20. Zie ook zijn: *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, 1954, p. 18 e.v..

⁵ Zie het overzicht van de opvattingen ter zake van W.H.A.C.M. Bouwens, *Driekwart dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke CAO*, *ArA* 2003/2, p. 74 e.v. die deze opvatting onderschrijft (p. 78). In deze zin ook W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *Caorecht*, Deventer 2004, p. 99 en G.J.J. Heerma van Voss, *Driekwart dwingend recht*, in: *CAO-recht in beweging*, Den Haag 2005, p. 130.

werkgever die bevoegdheid dan niet toekomt, en hij de gehele cao moet toepassen om zich te kunnen beroepen op de bepalingen van driekwartdwingend recht. Dit compliceert de institutionele benadering in ieder geval aanzienlijk. Tenslotte steun ik de institutionele opvatting niet omdat daarmee ook de noodzaak van een representativiteitstoets van de werknemersverenigingen evident wordt.⁶ Voor een dergelijke toets is thans onvoldoende grond en onvoldoende draagvlak,⁷ en invoering daarvan zou nopen tot een grondige herziening van het thans bestaande stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

Naar mijn mening betekent driekwartdwingend recht dat alleen de werkgever die gebonden is aan de cao op de afwijking van driekwartdwingend recht in die cao een beroep kan doen.⁸ Ik baseer die mening op de in Nederland duidelijk gemaakte keuze voor een contractueel stelsel, waarbij de cao geldt op grond van een uitdrukkelijke gebondenheid door lidmaatschap van de werkgever en (op zijn minst passieve aanvaarding) van de toepasselijkheid daarvan (of van bepalingen daaruit) door de werknemer.⁹ Soms worden cao's gezien als een soort van buitenaf komend heil of onheil, waarop de gebonden werkgever en de werknemer geen enkele invloed hebben kunnen uitoefenen. Ook als dat in de praktijk al juist zou zijn – de leden van cao-partijen over het verloop van de onderhandelingen op de hoogte worden gehouden en kunnen ze voor aanvaarding van de cao stemmen - geldt als uitgangspunt dat de cao een overeenkomst is die partijen bij de arbeidsovereenkomst zelf hebben gewild. Voor de gebonden werkgever en werknemer is dat evident: door het lidmaatschap van de cao-sluitende organisatie worden de horizontale bepalingen uit de cao onderdeel van hun overeenkomst.¹⁰ Voor de ongebonden werknemer in dienst van de gebonden werkgever waarbij in de arbeidsovereenkomst de toepassing van de cao is overeengekomen, geldt dat uitgangspunt evenzeer: die ongebonden werknemer aanvaardt dat de cao van toepassing is. Als de werkgever die toepasselijkheid niet overeenkomt, geldt de cao niet zonder meer.¹¹ Het arrest Bollemeijer¹² staat aan deze opvatting niet in de weg, alleen al omdat door de verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar de cao op een bepaald punt in ieder geval kan worden aangenomen dat op dat punt de cao gold. Daarmee is de cao dus verworpen tot een overeenkomst van partijen zelf, hetgeen ook de grondslag is voor de gelding van de bepalingen van de cao op de arbeidsovereenkomst.

3.6.2 In werking treden van de cao

Artikel 7 Wet CAO bepaalt dat de werking van de cao aanvangt op het door partijen vastgestelde moment, en dat indien partijen over de aanvang niets afspreken, de cao aanvangt 15 dagen na het sluiten van de cao. Op grond van art. 4 van de Wet op de loonvorming kunnen cao's eerst in werking treden een dag nadat de minister de kennisgeving van ontvangst heeft verzonden. Het enige nuttige van deze bepaling is thans nog dat het ministerie een exemplaar heeft van alle in werking getreden cao's en de inhoud daarvan op de website¹³

⁶ Bouwens en Heerma van Voss (zie vorige noot) trekken die conclusie ook.

⁷ SER-advies 2013/03, Verbreding draagvlak cao-afspraken.

⁸ Ik heb dat eerder uitgeschreven en zal dat hier niet nogmaals doen: ziein: Afwijking van driekwart dwingend recht, in: R.M. Beltzer en E. Verhulp: *Capita selecta cao-recht*, Den Haag 2012. p. 1 -12.

⁹ Zie voor een uitgebreidere uitwerking van de contractuele gedachte mijn bijdrage hierover aan de AWWN-bundel 2013.

¹⁰ Uit *Handelingen II*, 1926/27, 166, nr. 4, p. 3, volgt dat daarover geen misverstand mogelijk is: 'Dit is dus het beginsel: het lidmaatschap der vereeniging brengt mede gebondenheid aan de c.a. (...) Wie lid is eener vereeniging weet van te voren, dat het mogelijk is, dat hij door eene c.a. zal worden gebonden. Wil hij dit gevolg niet, dan trede hij niet tot die vereeniging toe.'

¹¹ Zie bijv. Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008/84.

¹² HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

¹³ www.cao.szw.nl

zet. Tevens vermeldt het ministerie wanneer de cao is aangevangen en wanneer de kennisgeving van ontvangst is verzonden. Uit de overzichten op de website kan de conclusie worden getrokken dat voor reguliere cao's vrijwel nooit tijdig een kennisgeving van ontvangst wordt verzonden. Terugwerkende kracht van enige maanden is gebruikelijk, van meer dan één jaar komt regelmatig voor en soms zelfs treedt een cao pas in werking nadat die al is geëxpireerd.

De verklaring daarvoor is dat de onderhandelingen vaak langer duren dan cao-partijen in eerste instantie inschatten, en dat na de onderhandelingen de bereikte onderhandelingsakkoorden nog in meer concrete teksten moeten worden neergeslagen, hetgeen ook vaak meer tijd kost dan is voorzien. Soms houden cao-partijen al rekening met vertragingen bij de totstandkoming van een nieuwe cao, door in de oude te bepalen dat die cao niet expireert voordat de nieuwe is aangevangen of door de werking van de oude cao op een andere wijze te verlengen. Uiteraard staat dat partijen binnen de grenzen van de wet vrij.

3.6.3 Terugwerking van cao bepalingen

Als de cao is geëxpireerd staat het de gebonden werkgever en zijn werknemers vrij om andere afspraken te maken dan die uit de cao volgden. Indien daarna een cao met terugwerkende kracht aanvangt, en de gemaakte afspraken met die cao in strijd zijn, wordt aangenomen dat die afspraken door de cao weer terzijde worden geschoven.¹⁴ Het terugwerken van cao-bepalingen is over het algemeen geen probleem als de cao geen bepalingen kent die afwijkingen van driekwartdwingend recht mogelijk maken en geen verslechtingen van de in de voorgaande cao voorkomende arbeidsvoorwaarden kent. Voor dat laatste geldt dat indien de cao een verslechting van arbeidsvoorwaarden kent die met terugwerkende kracht aanvangt, de gebonden werkgever en zijn werknemers aan die verslechting zijn gehouden.¹⁵ Dat past mijn inziens ook geheel bij de contractuele gedachte: partijen bij de arbeidsovereenkomst worden geacht de bepalingen van de cao zelf te hebben gewild. Waar ze dus eerst het één afspraken, komen ze daarop met de cao terug en worden ze geacht iets anders te hebben afgesproken. In de literatuur en rechtspraak is dit standpunt breed gedeeld. Zo schrijft A-G Hartkamp:

*'Het merendeel van de schrijvers is van oordeel dat een CAO met terugwerkende kracht in werking kan treden.¹⁶ Men wijst erop dat de duur van CAO-onderhandelingen vaak tot gevolg heeft dat een oude CAO eindigt voordat een nieuwe kan worden afgesloten. Het is wenselijk dat CAO-partijen de contractloze periode die daardoor ontstaat, kunnen overbruggen door te bepalen dat de CAO terugwerkende kracht heeft (...).'*¹⁷

3.6.4 Terugwerking van bepalingen die het toestaan af te wijken van driekwartdwingend recht

Wat opvalt is dat dit standpunt niet wordt volgehouden op het moment dat van ingrijpender gevolgen sprake is. Daarvan is meestal sprake als in de cao die met terugwerkende kracht

¹⁴ HR 27 maart 1998, JAR 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers).

¹⁵ Uiteraard alleen voor zover die verslechting als standaardbepaling in de cao is opgenomen, zie HR 8 april 2011, JAR 2011/135 (AbvaKabo/Unieke Kinderopvang).

¹⁶ Ik wijs er op dat ik steeds spreek van 'aanvangen' als het gaat om het van toepassing worden van de cao op de door cao partijen bepaalde datum en van 'in werking treden' als het gaat om dat dag waarop de cao in werking treedt, zodat ik hier in plaats van de woorden 'in werking kan treden' had geschreven 'kan aanvangen'.

¹⁷ Voor het arrest van 27 maart 1998, JAR 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers).

aanvangt , gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om af te wijken van bepalingen van driekwartdwingend recht, en dat gebeurt soms. Stege maakt voor zijn bijdrage voor het juni/julinummer 2013 van *ArbeidsRecht* van een mooi voorbeeld gebruik. Het gaat om de cao Horeca, waarvoor op 25 september 2012 een kennisgeving van ontvangst is verzonden, zodat deze cao pas op 26 september 2012 in werking is getreden. De aanvangsdatum van de cao is 1 augustus 2012, met uitzondering van art. 2:8 van de cao, waarvoor is bepaald dat dat aanvangt op 1 april 2012. De voorgaande cao expireerde per 1 april 2012. In art. 2:8 van de nieuwe cao en de oude cao is bepaald dat indien meer dan 6 arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd of als de opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten een periode van 60 maanden hebben overschreden, de laatste tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.

Stel dat op 1 juli 2011 een gebonden werkgever met een werknemer een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van drie maanden overeenkomt en de Horeca cao van toepassing verklaart. Deze arbeidsovereenkomst wordt drie keer voortgezet, zodat de vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt aangegaan op 1 april 2012 en loopt tot 1 juli 2012. Omdat de cao ten tijde van het sluiten van de laatste tijdelijke arbeidsovereenkomst is geëxpireerd, is niet meer bij cao afgeweken van art. 7:668a BW en moet worden aangenomen dat op grond van die bepaling de vierde arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Het is de vraag of door de aanvang van de nieuwe Horeca cao met terugwerkende kracht per 1 april 2012, waarin een afwijking van art. 7:668a BW voorkomt, deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd toch weer tijdelijk wordt. Stege beantwoordt die vraag ontkennend. Hij meent dat uit het bepaalde van art. 7:668a lid 5 BW volgt dat partijen bij de cao kunnen beletten dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, maar niet dat partijen bij de cao een arbeidsovereenkomst die wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd kunnen converteren in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ware dat anders, zo stelt Stege, dan 'zou de werknemer ontslagbescherming worden ontnomen die hij onmiskenbaar heeft verworven op het moment dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668a lid 1 onder b BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd.'¹⁸

Ik ben het niet met Stege eens. Ik heb daarvoor verschillende redenen. De eerste is dat het mij onjuist voorkomt om in geval van afwijkingen van driekwartdwingend recht anders te oordelen dan in geval van loonsverhogingen of andere arbeidsvoorwaarden. Daarvoor is systematisch geen rechtvaardiging. Als de bonden hebben ingestemd met een cao, waarvan de aanvangsdatum in het verleden ligt, en waarin een bepaling is opgenomen die het mogelijk maakt af te wijken van driekwartdwingend recht, mag worden aangenomen dat de bonden daarvoor iets in ruil hebben bedongen. Als dat een loonsverhoging is, zou volgens de heersende leer, en ook volgens Stege, ook de werknemer die door de wettelijke conversie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft, daarvoor wel in aanmerking komen. Ook deze vorm van cherry picking lijkt me ongewenst. Het tweede is dat Stege zich beroept op de aan de werknemer toekomende ontslagbescherming, maar daarbij over het hoofd lijkt te zien dat die nu juist voor zover het de tijdelijke arbeidsovereenkomst betreft, ter onderhandeling van cao-partijen is gegeven. Ook is het de vraag of Stege deze mening alleen is toegedaan in het geval de afwijking van driekwartdwingend recht ziet op de conversie van de tijdelijke arbeidsovereenkomst in één voor onbepaalde tijd. Uit de rechtspraak is bekend het geval waarin een werkgever een proeftijd van twee maanden bij een korte tijdelijke arbeidsovereenkomst overeenkwam, terwijl de cao die dat mogelijk maakte pas na het sluiten van de arbeidsovereenkomst tot stand kwam en aanving voor de datum van het sluiten van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter te Rotterdam overwoog dat de werkgever onder

¹⁸ A. Stege, Het einde van de cao en afwijkingen van driekwart dwingend recht, *ArbeidsRecht* 2013/35, p. 36.

verwijzing naar het proeftijdbeding de arbeidsovereenkomst kon opzeggen.¹⁹ Zou deze beslissing in de visie van Stege dan onjuist zijn?

Daarbij geldt dat in het omgekeerde geval, waarin de wet nog geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanneemt maar de cao die aanvangt met terugwerkende kracht wel, ook kennelijk in de visie van Stege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal moeten worden aangenomen. Ik wijs er op dat dit geen theoretisch punt is. Meerdere cao's kennen bepalingen waarin de eerste of tweede verlenging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst al leidt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁰ Hoewel de voor werkgever en werknemer verschillende uitkomst in het voordeel van de werknemer in het arbeidsrecht meer te zien is,²¹ is die wel zeldzaam. In dit geval zie ik er geen rechtvaardiging voor, anders dan dat het erg zuur voor de werknemer kan uitpakken. Voor zover dat het geval is, dient het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW uitkomst te bieden: het kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn de werknemer te houden aan de door hem aanvaarde cao.²² Daarvan lijkt me in het geval van de werknemer die in zijn tijdelijke arbeidsovereenkomsten heeft aanvaard dat de Horeca cao van toepassing is niet snel sprake. Deze werknemer heeft tenslotte door het aanvaarden van de toepassing van de cao geaccepteerd dat de vakbonden (hoewel hij geen lid is) namens hem onderhandelen. Belangrijker is dat de uitkomst van die onderhandelingen voor hem geen verrassing behoort te zijn. In de cao die tot 1 april 2012 gold stond namelijk een gelijke bepaling, zodat de gedachte dat na de expiratie in een nieuwe cao die dan met terugwerkende kracht in werking treedt, een dergelijke bepaling niet zou staan, op zijn minst stevige onderbouwing behoeft.

3.6.5 Terugwerking van bepalingen die het toestaan af te wijken van driekwartdwingend recht en de reeds beëindigde arbeidsovereenkomst

In het vorengaande ligt mijn antwoord op de vraag of een cao ook dient te worden toegepast op arbeidsovereenkomsten die reeds geëindigd zijn ten tijde van het aanvangen van de cao met terugwerkende kracht tot een moment gelegen voor het einde van de arbeidsovereenkomst, reeds besloten. Dat antwoord is bevestigend. Als een arbeidsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een gebonden werknemer of een werknemer die de werking van de cao heeft aanvaard, per 1 januari 2014 eindigt en op 10 januari 2014 een cao met terugwerkende kracht tot 1 juli 2013 aanvangt waarin is voorzien in een loonsverhoging, heeft deze werknemer dan toch recht op die loonsverhoging over de periode van 1 juli 2013 tot 1 januari 2014? Ik zie niet in, als de cao als een overeenkomst ook van de gebonden werkgever met zijn werknemer wordt beschouwd, wat de grondslag kan zijn de werknemer die loonsverhoging te onthouden. Toch wordt daarover wel anders gedacht. Ik citeer opnieuw A-G Hartkamp:

'De toepassing van een CAO op arbeidsovereenkomsten die bij het afsluiten ervan zijn geëindigd, wijst de literatuur overigens af. Mijns inziens verdraagt deze toepassing zich ook niet met het wettelijk stelsel. De normatieve bepalingen in een CAO werken door in arbeidsovereenkomsten die binnen haar werkingsfeer vallen. Voor personen die bij het afsluiten van de CAO niet meer door zodanige

¹⁹ Ktr. Rotterdam 26 april 2001, *JAR* 2001/90.

²⁰ Zie het voorbeeld in E. Verhulp, *Terugwerkende kracht van cao-bepalingen*, in: R.M. Beltzer en E. Verhulp: *Capita selecta cao-recht*, Den Haag 2012, p. 22.

²¹ Bij het vereiste dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn, zie HR 10 juni 2005, *JAR* 2005/105 (Al Hage Hussein/Ramses II).

²² Zie voor een dergelijk geval: Ktr. Hilversum, 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.

overeenkomst zijn verbonden, ontbreekt het kader waarbinnen de terugwerkende kracht van de CAO gestalte kan krijgen.’²³

Het lijkt er dan op of de doorwerking van de cao als een soort stroomschema in de arbeidsovereenkomst vorm moet krijgen, en als dat stroomschema door een beëindiging van de arbeidsovereenkomst is onderbroken, daarmee ook de later gemaakte afspraken niet meer te hoeven worden nagekomen. Naar mijn mening geldt ook hier dat het mogelijk is om na het einde van de arbeidsovereenkomst op de eerder gemaakte afspraken over het loon terug te komen en dat loon alsnog te verhogen. Als dat kan, dan kunnen andere afspraken ook terugwerken op arbeidsovereenkomsten die na de aanvangsdatum maar voor de datum waarop de kennisgeving van ontvangst voor de cao is verzonden, en de cao in werking is getreden, zijn geëindigd.

3.6.6 Conclusie

Naar mijn mening, die overigens niet algemeen gedeeld wordt, kunnen cao-bepalingen die toestaan af te wijken van driekwartdwingende bepalingen terugwerken. Dat kan ook als op grond van de wettelijke bepalingen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en die conversie door de terugwerkende kracht alsnog geacht moet worden niet te hebben plaatsgevonden. De terugwerking kan ook betreffen arbeidsovereenkomsten die na de datum van aanvang van de cao, maar de datum waarop de cao in werking is getreden, is geëindigd. Dit volgt uit de aanvaarding van de contractuele benadering van de cao.

²³ Voor het arrest van 27 maart 1998, *JAR* 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers).