



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht?

Jansen, N.

Publication date

2014

Document Version

Final published version

Published in

ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2014). Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht? *ArbeidsRecht*, 21(11), 24-29. Article 52. <http://www.vaan-arbeidsrecht.nl/images/ArbeidsRecht%202014-11.pdf>

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.

Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht?

ArbeidsRecht 2014/52

Het cao-recht is complex; het is gevestigd op een contractuele bodem maar heeft institutionele trekken. Vakbonden zijn ledenorganisaties en kunnen alleen leden aan de cao binden, maar niettemin worden zij in de onderhandelingen over cao's soms geacht op te komen voor de belangen van alle werkenden. In de WWZ lijkt de regering zich onvoldoende rekenschap te hebben gegeven van de contractuele grondslag van de cao. De WWZ maakt het mogelijk dat bij cao alternatieve selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag worden vastgesteld. Het is echter maar de vraag of het cao-recht voldoende waarborgt dat alle werknemers in een onderneming zonder meer onder de werking van zo'n cao kunnen worden gebracht. Naar mijn mening is dat niet het geval. Dat zou betekenen dat de poging van de regering om bij bedrijfseconomisch ontslag meer maatwerk te kunnen leveren, voor de praktijk weinig op zal leveren.

1. De polder als petrischaal

Het Nederlandse overlegmodel dat in de vorige eeuw heeft vorm gekregen, is – onbetwistbaar – van waarde geweest voor Nederland. Het heeft onder meer bijgedragen aan relatief lage werkloosheidscijfers, een goed gecoördineerde inzet van maatregelen om de arbeidsmarkt beter te laten functioneren en een goede concurrentiepositie van Nederland door een gematigde loonontwikkeling.² Niettemin is er ook kritiek op het overlegmodel en die kritiek wordt luider.³ De achterban van werknemersverenigingen wordt kleiner en eenzijdiger, zodat de vraag blijft opkomen of het overlegmodel nog wel voldoet. Hebben de SER en de Stichting van de Arbeid, als belangrijkste instituties van het overlegmodel, nog voldoende legitimiteit om in het kader van sociaaleconomisch beleid en wet- en regelgeving afspraken te maken met de overheid en haar adviezen te geven, als een van de pijlers van het overlegmodel niet meer zo robuust lijkt? Voornoemde kritiek heeft ontegenzeggelijk effect op de samenwerking in de polder⁴, maar van het einde van de polder kan zeker nog niet gesproken worden. Sterker nog: het in april 2013 tussen kabinet en sociale partners bereikte

Sociaal Akkoord met als doel de arbeidsmarkt klaar te stomen voor de uitdagingen van de 21^{ste} eeuw⁵, is door minister Asscher zelfs bestempeld als het begin van 'hernieuwde samenwerking'. Volgens minister Asscher laat de 'vernieuwde vitaliteit van de polder' zien dat overheid en sociale partners ook in de 21^{ste} eeuw samen bouwen aan de toekomst van Nederland.⁶ Voornoemd akkoord is de basis geweest voor de Wet werk en zekerheid (WWZ), waarin de speerpunten van het akkoord, waaronder de wijziging van het ontslagrecht, zijn uitgewerkt. Eén van de in het akkoord aangekondigde maatregelen die in de WWZ is verwezenlijkt, is het openen van de mogelijkheid bij cao geheel af te wijken van het afspiegelingsbeginsel teneinde bedrijven en sectoren mogelijkheden tot maatwerkoplossingen te bieden wanneer wegens bedrijfseconomisch redenen werknemers gedwongen moeten afvloeien.⁷ Het is in het Nederlandse poldermodel bepaald niet ongebruikelijk dat afspraken die in het algemeen belang worden gemaakt, nadere concretisering en invulling krijgen door het afsluiten van cao's. Vanwege de contractuele grondslag van het cao-recht, rijst evenwel de vraag of de cao (of het sociaal plan) wel een geschikt middel is om af te wijken van de wettelijke, en daarmee voor iedere werknemer geldende, selectiecriteria bij ontslag. Alternatieve selectiecriteria bij ontslag lijken immers slechts zinvol wanneer alle werknemers van een onderneming daaraan zijn onderworpen en de vraag is of dat via het cao-recht te realiseren is. Kan een cao met afwijkende selectiecriteria zonder meer worden toegepast op alle werknemers in een onderneming?

2. Het huidige ontslagregime bij bedrijfseconomisch ontslag en de wijzigingen in de WWZ

Een werkgever heeft de vrijheid beslissingen te nemen die hij nodig acht om zijn onderneming gezond te maken en te houden. Die vrijheid brengt meer concreet mee dat een werkgever zelf gaat over de vraag welke en hoeveel functies nodig zijn voor een gezonde bedrijfsvoering. Hij mag in dat kader de door hem noodzakelijk geachte beslissingen nemen, ook als die leiden tot het verval van arbeidsplaatsen. Vanwege deze ondernemingsvrijheid past een terughoudende toetsing van het UWV. De vrijheid van ondernemerschap gaat echter niet zo ver dat een werkgever ook de vrijheid heeft werknemers te selecteren die hij voor ontslag wenst voor te dragen. Bij die selectie dient de werkgever het zogenoemde afspiegelingsbeginsel in acht te nemen, dat bepaalt welke werknemers voor ontslag in

1 Mr. N. Jansen, docent/onderzoeker arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam

2 Zie onder meer: *Kamerstukken II 2011/12, 33000 XV, nr. 70; Welvaartsgroei door en voor iedereen: Themadocument Arbeidsverhoudingen* (advies van 20 oktober 2006, SER 06/08 II), Den Haag: SER 2006; *Verschuivende economische machtsverhoudingen* (advies van juni 2012, SER 12/04), Den Haag: SER 2012, pp. 83-88; *Verbreiding draagvlak cao-afspraken* (advies van augustus 2013, SER 13/03), Den Haag: SER 2013.

3 Zie onder meer *Kamerstukken II 2011/12, 29544, nr. 391*.

4 Zie onder meer *Kamerstukken II 2011/12, 33000 XV, nr. 70, p. 2*.

5 Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*.

6 *Kamerstukken II 2013/14, Kamerbrief 11 april 2013, Resultaten sociaal overleg*.

7 Artikel 7:669 lid 6 BW (nieuw).

aanmerking komen. Het afspiegelingsbeginsel voorkomt willekeur en heeft als voordeel dat de werkgever niet specifiek hoeft te motiveren waarom hij een bepaalde werknemer ontslaat en anderen niet.⁸ Gezegd kan worden dat dit beginsel de rechtszekerheid bij ontslag dient en bij die rechtszekerheid past dat alleen in nader omschreven gevallen van het afspiegelingsbeginsel kan worden afgeweken en dat die afwijkingmogelijkheden beperkt zijn qua aantal en omvang. Het laat geen ruimte voor kwaliteitsselectie terwijl daaraan in de praktijk wel behoefte bestaat.⁹ In de WWZ is de regering aan deze behoefte tegemoetgekomen door de afwijkingmogelijkheden van het afspiegelingsbeginsel te verruimen.¹⁰ Daarnaast is in de WWZ voorzien in de mogelijkheid dat sociale partners bij cao volledig andere selectiecriteria overeenkomen.¹¹ Als sociale partners daarvoor opteren, dienen zij wel een onafhankelijke ontslagcommissie in te stellen die de ontslagtaak van het UWV overneemt.¹² Zo'n cao kan overigens slechts tot stand kan komen met een vakbond die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder haar leden kent, ten minste twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid en opkomt voor de belangen van haar leden in de onderneming of bedrijfstak.¹³ Voor een goede werking van selectiecriteria bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen dienen voor alle werknemers binnen een onderneming dezelfde criteria te gelden. Op dit uitgangspunt lijkt mij niet veel af te dingen en de vraag is of deze algemene werking van alternatieve selectiecriteria kan worden bereikt indien deze voortvloeien uit een cao.

3. De grondslag van het Nederlandse cao-recht

De cao is een bijzondere overeenkomst, omdat bij cao arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld die bestemd zijn te gelden voor individuele arbeidsovereenkomsten. Het bijzondere karakter van de cao roept evenwel vragen op met betrekking tot de invloed die de cao heeft (of zou moeten hebben) op de individuele arbeidsovereenkomst. Immers, voor welke arbeidsovereenkomsten geldt een cao? Deze vraag betreft de draagwijdte van de cao.¹⁴ Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 1637n BW – en later de Wet CAO – stelde de regering zich op het standpunt dat een ruime draagwijdte van de cao, in die zin dat een cao voor alle arbeidsovereenkomsten die onder haar bereik vallen geldt, niet past bij een privaatrechtelijke regeling van de cao en dat de cao als overeenkomst slechts normerende werking kan hebben ten aanzien van arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan tussen werkgevers en werknemers die rechtstreeks als partij of via het lidmaatschap van een

cao-sluitende vakvereniging aan de cao zijn gebonden.¹⁵ Een vakvereniging kan alleen werkgevers of werknemers binden die uit vrije wil lid van die vereniging zijn geworden. Van deze leden kan gezegd worden dat zij uit vrije wil de vakbond een mandaat hebben verleend namens hen te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden.¹⁶ De cao heeft geen normerende werking ten aanzien van arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan tussen werkgevers en werknemers die 'buiten' de cao zijn gebleven. De wetgever achtte een ruime draagwijdte van de cao, in die zin dat een cao ook geldt voor arbeidsovereenkomsten tussen werkgevers en werknemers die buiten de cao zijn gebleven, in strijd met de individuele contractsvrijheid.¹⁷ De gebondenheid aan de cao krachtens lidmaatschap van een vakvereniging volgt uit artikel 9 Wet CAO. Op grond van artikel 12 en 13 Wet CAO modelleert en fatsoeneert de cao arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten tussen werkgevers en werknemers die beiden aan de cao zijn gebonden en met het oog hierop lijken gebonden werknemers zich niet tegen de toepasselijkheid van alternatieve selectiecriteria te kunnen verzetten, anders dan door opzegging van het lidmaatschap van hun vakbond voordat die een cao aangaat waarin alternatieve selectiecriteria worden opgenomen.

4. Contractuele binding en de afwijking van driekwart-dwingend recht

De invloed van de cao blijft in de praktijk niet beperkt tot de arbeidsovereenkomsten tussen werkgevers en werknemers die beiden aan de cao zijn gebonden. Uit onderzoek blijkt dat ruim 80% van de werknemers onder de werking van een cao valt, terwijl maar ongeveer 20% van de werknemers lid is van een werknemersvereniging.¹⁸ De ruimere draagwijdte van de cao kan met name worden verklaard doordat cao's in de praktijk door werkgevers en werknemers van toepassing worden verklaard op hun rechtsverhouding (contractuele binding).¹⁹ De mogelijkheid andere selectiecriteria bij een bedrijfseconomisch ontslag vast te stellen, is in de WWZ voorbehouden aan sociale partners doordat dit slechts bij cao kan geschieden. Wanneer bij cao gebruik is gemaakt van de mogelijkheid af te wijken van driekwart-dwingend recht en die cao vervolgens contractueel van toepassing is verklaard op de arbeidsovereenkomst, komt de vraag op of die afwijking ook werking heeft in de relatie tussen een gebonden werkgever en een ongebonden werknemer. Kan in zo'n geval immers nog gesproken worden van een afwijking bij cao?

In het arrest *TPG/Bollemeijer*²⁰ heeft de Hoge Raad deze vraag weliswaar bevestigend beantwoord, maar het arrest

8 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 83.

9 Zie onder meer: M.E. Lips en A. Meulenveld, 'Stoelendans in het land van de bollebozen', *ArbeidsRecht* 2011/22.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 83-84.

11 Artikel 7:669 lid 6 BW (nieuw). Zie ook: *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 84.*

12 Artikel 7:669 lid 6 BW (nieuw) juncto artikel 7:671a lid 2 BW (nieuw).

13 Artikel 7:671a lid 3 BW (nieuw).

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

15 *Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 3.*

16 *Kamerstukken II 1926/27, 166, nr. 3, p. 5.*

17 Zie ook Bles 1907, Deel I, p. 500.

18 Verbreding draagvlak cao-afspraken (advies van augustus 2013, SER 13/03), Den Haag: SER 2013, p. 11 en 12.

19 R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', *AR-BAC* maart 2012.

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

roept wel een aantal vervolgvragen op.²¹ Een van die vragen is of het voor het beroep van een gebonden werkgever op een afwijking van driekwart-dwingend recht nodig is dat de ongebonden werknemer de toepasselijkheid van de cao uitdrukkelijk heeft aanvaard. Op basis van drie argumenten zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden.²² In de eerste plaats verwijs ik naar rechtsoverweging 3.3 van het arrest *TPG/Bollemeijer* waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat partijen in die zaak de toepasselijkheid van de cao uitdrukkelijk waren overeengekomen. Op basis van deze rechtsoverweging kan gezegd worden dat het voor een beroep op een afwijking van driekwart-dwingend recht kennelijk noodzakelijk is dat de toepasselijkheid van de cao (waarin de afwijking is opgenomen) uitdrukkelijk is overeengekomen. Een tweede argument is dat de afwijking van driekwart-dwingend recht in de regel ongunstig is voor werknemers. De Hoge Raad heeft weliswaar overwogen dat in de bescherming van de werknemer (in het algemeen) is voorzien doordat vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest, maar in concreto hoeft daarvan geen sprake te zijn. Het is maar zeer de vraag – mede in het licht van de aard van de vakbond als ledenorganisatie – of de vakbeweging bij cao-onderhandelingen (altijd) rekening houdt met de belangen van (alle) werknemers. Vanwege de onduidelijkheid die daarover te allen tijde zal blijven bestaan, omdat onderhandelingen nu eenmaal achter gesloten deuren plaatsvinden, acht ik de eis dat ongebonden werknemers uitdrukkelijk moeten hebben ingestemd met de toepasselijkheid van een cao waarin wordt afgeweken van driekwart-dwingend recht, niet onredelijk. Tot slot wijs ik erop dat uitdrukkelijke instemming met de cao dogmatisch beter past bij de grondslagen van het Nederlandse cao-recht. Het cao-recht respecteert de individuele contractsvrijheid van werknemers, in die zin dat een cao slechts van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten met werknemers die uit vrije wil lid zijn geworden van een vakbond en daardoor aan de cao zijn gebonden (ik noem dat: goedkeuring vooraf) of wanneer ongebonden werknemers uit vrije wil hebben ingestemd met de toepassing van de cao (ik noem dat: goedkeuring achteraf). Als de goedkeuring vooraf (het lidmaatschap) niet stilzwijgend kan geschieden,

zou dat dan ook niet moeten gelden voor de goedkeuring achteraf?²³

Ten aanzien van de toepasselijkheid van een in de cao opgenomen arbitraal beding op de rechtsverhouding met een ongebonden werknemer heeft de Hoge Raad weliswaar overwogen dat, voor de toepasselijkheid van dat beding niet nodig was dat de werknemer uitdrukkelijk met het beding moest hebben ingestemd, omdat die eis ook niet geldt voor een gebonden werknemer, maar dat maakt mijn oordeel niet anders.²⁴ Een arbitraal beding kan ook via een gewone overeenkomst worden gerealiseerd en betreft dus geen afwijking van driekwart-dwingend recht. In de tweede plaats heb ik niet betoogd dat werknemers uitdrukkelijk met een afzonderlijke cao-bepaling moeten instemmen, maar slechts met de cao waarin de cao-bepaling voorkomt en in het arrest *ABN AMRO/Teisman* was aan die voorwaarde wel voldaan. Tot slot lijkt het argument van de Hoge Raad, dat de eis van uitdrukkelijke instemming ook niet geldt voor de gebonden werknemer, niet helemaal goed doordacht. Voor een gebonden werknemer is niet nodig dat hij uitdrukkelijk met een cao instemt, omdat hij al uitdrukkelijk heeft ingestemd met (lees: heeft geopteerd voor) het lidmaatschap van de vakbond. Door het lidmaatschap is de werknemer aan de cao gebonden en als daarvan sprake is, is aparte instemming met de cao niet meer nodig.²⁵

Voor de praktijk is relevant dat op basis van het voorgaande gezegd kan worden dat ongebonden werknemers niet zomaar onderworpen kunnen worden aan alternatieve selectiecriteria. Ongebonden werknemers kunnen zich verzetten tegen alternatieve selectiecriteria door niet in te stemmen met de toepasselijkheid van de cao waarin deze criteria zijn opgenomen.²⁶ Toepasselijkheid van een cao met alternatieve selectiecriteria kan niet stilzwijgend geschieden of uit de loop der dingen worden afgeleid; voor toepasselijkheid is naar mijn mening steeds uitdrukkelijke instemming met de cao vereist.

5. Het incorporatiebeding: uitdrukkelijke instemming, maar waarmee?

Het gebruik in de praktijk van zogenoemde dynamisch incorporatiebedingen komt tegemoet aan de hiervoor besproken bindingsproblematiek van ongebonden werknemers. Partijen – meestal op initiatief van de werkgever – kunnen bij aanvang van de arbeidsovereenkomst – maar ook later – een beding opnemen dat niet alleen de op dat moment

21 In de literatuur bestaat bijvoorbeeld discussie over het antwoord op de vraag of ook een ongebonden werkgever een beroep toekomt op een afwijking van driekwart-dwingend recht. Zie voor een bevestigend antwoord: W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO recht. Het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 96; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke CAO', *ArA* 2003-2, p. 80. Zie voor een nog ruimere toepassing van cao's met een afwijking van driekwart-dwingend recht: E. Koot-van der Putte & A. Bungener, 'Arbeidsvoorwaardenvorming na het arrest TPG/Bollemeijer', *SR* 2005-1, p. 23. Voor een negatief antwoord op deze vraag zie onder meer: E. Verhulst, 'Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart-dwingend recht?', *SMA* 2008-2, p. 91 e.v. en R.A.A. Duk, 'Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart-dwingend recht', *TAP* 2010-4, p. 162-166.

22 Zie ook: R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', *ARBAC* maart 2012; W.G.M. Plessen e.a., 'Driekwart-dwingend recht in wetsvoorstel werk en zekerheid.', in L.C.J. Sprengers & G.W. Van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (VvA-bijdrage nr. 42), Deventer: Kluwer 2014, p. 83. Zie anders: R.A.A. Duk, 'Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart-dwingend recht', *TAP* 2010-4, p. 162-166.

23 Zie voor de goedkeuring vooraf en achteraf ook het werk van Lotmar: P. Lotmar, 'Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern', *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, XV, 1900, p. 1-122. Zie ook J. Rückert, *Philipp Lotmar Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Mein: Keip Verlag 1992, p. 433-554. Zie anders HR 17 januari 2003, *JAR* 2003, 40.

24 HR 17 januari 2003, *NJ* 2003/40 (*ABN AMRO/Teisman*).

25 Zie ook: *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3, p. 5.

26 Hoewel de zuivere artikel 14-werknemer (dat wil zeggen de ongebonden werknemer zonder incorporatiebeding) in de praktijk zeldzaam is, zal deze problematiek wel van belang zijn bij een overgang van onderneming omdat in die situatie een incorporatiebeding ontbreekt, althans een bestaand incorporatiebeding niet ziet op de cao van de verkrijger. Zie ook: HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38 (*Rode Kruis/Te Riet*).

geldende cao van toepassing verklaart, maar ook alle toekomstige versies van die cao (of nog ruimer: alle toekomstige cao's waaraan de werkgever gebonden raakt). Van een werknemer die akkoord is gegaan met een dynamisch incorporatiebeding kan gezegd worden dat hij zijn uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven voor de toepasselijkheid van toekomstige cao's, zodat niet steeds opnieuw zijn toestemming hoeft te worden gevraagd. De vraag welke toekomstige cao's precies onder de reikwijdte van het beding vallen is echter niet eenvoudig te beantwoorden maar voor de praktijk wel erg relevant.

Uit de rechtspraak blijkt dat dynamische incorporatiebedingen aan de hand van de Haviltex-norm ruim worden uitgelegd. Het Hof Amsterdam oordeelde in 2003 dat partijen met een expliciete verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar de cao voor het bankbedrijf, bedoeld hadden ook te verwijzen naar opvolgende cao's.²⁷ In 2006 oordeelde het Hof 's-Gravenhage bovendien dat voor de reikwijdte van een incorporatiebeding de exacte naam van de cao waarnaar het beding verwijst niet doorslaggevend is.²⁸ Volgens het Hof was voor de toepasselijkheid van een opvolgende cao (in casu werd een ondernemingscao opgevolgd door een branche-cao) van belang of bonden en werkgevers beoogd hadden in de branche-cao mede de rechtspositie van het zittende personeel van werkgever te regelen.

Een ruime uitleg van incorporatiebedingen past bij een institutionele benadering van het cao-recht en kan worden verklaard door de waarde die in het algemeen aan collectieve arbeidsvoorwaardenvorming wordt toegekend en de kracht van de bonden. Op grond van een zuiver contractuele benadering van het cao-recht (een benadering die past bij de grondslag van het cao-recht) kunnen naar mijn mening nuances worden aangebracht op de ruime uitleg van incorporatiebedingen. Voor de praktijk zijn deze nuances (of beperkingen) van belang omdat daarmee de in paragraaf 4 behandelde bindingsproblematiek weer ten volle geldt.

De eerste nuance ten aanzien van de reikwijdte van incorporatiebedingen houdt verband met de samenstelling van cao-partijen aan werknemerszijde. Van werknemers die akkoord gaan met een dynamisch incorporatiebeding kan gezegd worden dat zij vrijwillig hun arbeidsvoorwaardenlot in handen van de cao-partijen hebben gelegd.²⁹ Deze redenering, die stoelt op een contractuele benadering van het cao-recht, brengt mee dat wanneer dezelfde cao-partijen een nieuwe cao aangaan, deze nieuwe cao in beginsel steeds valt binnen het bereik van het incorporatiebeding. Deze redenering schuurt echter wanneer aan werknemerszijde een wijziging van partijen optreedt bij het aangaan van een nieuwe cao.³⁰ Onder verwijzing naar de grondgedachte van het cao-recht, dat wil zeggen het respecteren van de individuele contractsvrijheid bij de binding aan de cao (zie paragraaf 3), zou immers gezegd kunnen worden

dat een ongebonden werknemer zijn arbeidsvoorwaardenlot slechts in handen heeft gelegd van de partijen die op het moment van aangaan van het incorporatiebeding onderhandelden over de arbeidsvoorwaarden. Het gaat te ver deze overdracht van de onderhandelingsbevoegdheid zodanig op te rekken dat daardoor iedere werknemersvereniging een onderhandelingsmandaat heeft gekregen. Een zodanige oprekking lijkt mij overigens moeilijk verenigbaar met de vrijheid van vakvereniging.

De tweede nuance heeft betrekking op de inhoud van een nieuwe cao. De redenering dat een ongebonden werknemer zijn arbeidsvoorwaardenlot in handen van cao-partijen heeft gelegd, is naar mijn mening ook niet meer sluitend indien een opvolgende cao weliswaar door dezelfde cao-partijen is aangegaan, maar de rechtspositie van werknemers onvoorzienbaar wijzigt. Een werknemer die cao-partijen het mandaat heeft verleend te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, weet of behoort te weten dat zijn rechtspositie op enig moment kan wijzigingen. Een rechtspositie is niet in beton gegoten. Problematisch wordt het in mijn ogen wanneer wijzigingen in de rechtspositie onvoorzienbaar waren. Als een werknemer op een wijziging niet bedacht had moeten zijn, kan dan nog gezegd worden dat een werknemer aan die wijziging zijn instemming heeft verleend?³¹ Een bevestigend antwoord op deze vraag doet naar mijn mening de individuele contractsvrijheid van een ongebonden werknemer te veel geweld aan. Voor een inbreuk op die contractsvrijheid zie ik nog minder aanleiding indien de onvoorzienbare wijziging voorts een fundamenteel onderdeel van de rechtspositie van de werknemer betreft.³²

Het voorgaande brengt mee dat de uitleg van incorporatiebedingen naar mijn mening niet zo ruim zou moeten zijn dat toekomstige cao's die zijn gesloten tussen andere cao-partijen dan die onderhandelden bij aanvang van het incorporatiebeding of die een wezenlijke en onvoorziene wijziging in de rechtspositie van werknemers meebrengen, ook onder de reikwijdte van het incorporatiebeding vallen. Dit heeft voor de praktijk tot gevolg – en daarmee spring ik terug naar de vorige paragraaf – dat een werkgever voor de toepasselijkheid van zo'n nieuwe cao afzonderlijk uitdrukkelijke instemming van zijn ongebonden werknemer moet vragen indien daarin wordt afgeweken van driekwartdwingend recht en hij op die afwijking een beroep wil doen. Los daarvan geldt dat een ongebonden werknemer ook een beroep zou kunnen doen op de redelijkheid en billijkheid teneinde te ontkomen aan de toepasselijkheid van een nieuwe cao, die wordt aangegaan door andere cao-partijen dan die onderhandelden bij aanvang van het incorporatiebeding of die een wezenlijke en onvoorziene wijziging in zijn rechtspositie. Overigens is er wel wat voor te zeggen in het (cao-)recht een soort terugtrekingsrecht voor werknemers.

27 Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12.

28 Hof 's-Gravenhage 31 maart 2006, *JAR* 2006/136.

29 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO recht. Het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98.

30 Zie in dit kader ook: Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.

31 Zie ook: J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingend ontslagrecht', *TRA* 2013/76.

32 Zie ook: R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/1, p. 75.

mers met een dynamisch incorporatiebeding op te nemen.³³ Gebonden werknemers worden door opzegging van hun lidmaatschap ongebonden en waarom zou iets soortgelijks niet voor werknemers met een dynamisch incorporatiebeding kunnen gelden?

Het opnemen van alternatieve selectiecriteria bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen brengt een wezenlijke wijziging in de rechtspositie van werknemers.³⁴ Deze wijziging was bovendien onvoorzienbaar voor werknemers die vóór invoering van de WWZ reeds hebben ingestemd met een dynamisch incorporatiebeding. Het een en ander brengt naar mijn mening mee dat, een werkgever niet zonder meer ervan zal kunnen uitgaan dat de toepasselijkheid van een nieuwe cao, waarin alternatieve selectiecriteria zijn opgenomen, volgt uit een reeds bestaand dynamisch incorporatiebeding en – als de toepasselijkheid daaruit wel volgt – dat een werknemer zich overigens niet tegen de toepasselijkheid van zo'n cao zal kunnen verzetten. Een gebonden werkgever die er zeker van wil zijn dat ook zijn ongebonden werknemers vallen onder de werking van alternatieve selectiecriteria doet er in de praktijk wat mij betreft verstandig aan uitdrukkelijke instemming van zijn ongebonden werknemers te vragen. Een werkgever zal deze instemming vermoedelijk sneller krijgen indien er voldoende draagvlak binnen de onderneming is voor de door hem gewenste alternatieve selectiecriteria. In dit verband zal een werkgever er goed aan doen bij de totstandkoming van deze criteria niet alleen vakbonden en de bij hem in dienst zijnde gebonden werknemers te betrekken, maar ook de ongebonden werknemers, teneinde het draagvlak voor de cao te vergroten.³⁵ Een andere stimulans om werknemers te laten instemmen met een cao waarin alternatieve selectiecriteria zijn opgenomen is om daartegenover een flinke loonsverhoging te stellen.

6. Varia

De bindingsproblematiek zou kunnen worden opgelost via de algemeenverbindendverklaring. Hoewel deze figuur met name bedoeld is om ongebonden werkgevers onder de werking van de cao te brengen, leidt algemeenverbindendverklaring er ook toe dat ongebonden werknemers in dienst van gebonden werkgevers automatisch onder de werking van een cao(-bepaling) worden gebracht. Cao-bepalingen komen voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking wanneer deze gelden voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen. Bij het berekenen van die meerderheid wordt rekening gehouden met het aantal werknemers dat werkzaam is bij gebonden werkgevers,

dus inclusief ongebonden werknemers. De vraag is of deze berekening in het licht van de hiervoor besproken bindingsproblematiek en de mogelijkheden voor ongebonden werknemers om zich tegen de toepasselijkheid van een cao met afwijkende selectiecriteria te verzetten, overeind blijft, indien ongebonden werknemers (of vakbonden die niet hebben ingestemd met de cao) bedenkingen indienen tegen de algemeenverbindendverklaring wegens het ontbreken van het meerderheidsvereiste? Voor zover wel tot algemeenverbindendverklaring wordt gekomen, brengt dat overigens weer nieuwe problemen mee. Het leerstuk van nawerking van cao-bepalingen ziet namelijk niet op cao-bepalingen die door middel van algemeenverbindendverklaring van toepassing zijn, omdat deze bepalingen geen onderdeel van de arbeidsovereenkomst worden. De werking van deze bepalingen eindigt in beginsel op het moment dat de algemeenverbindendverklaring afloopt. Het cao-recht noch de WWZ geeft antwoord op de vraag wat rechtens is wanneer een algemeenverbindendverklaring afloopt als een reorganisatieproces gaande is. De nawerkingsproblematiek speelt ook zonder algemeenverbindendverklaring. Van nawerking van cao-bepalingen is namelijk alleen sprake wanneer het cao-bepalingen betreft die bestemd zijn onderdeel te worden van de individuele arbeidsovereenkomst, de zogenoemde horizontale of normatieve cao-bepalingen, en het is zeer de vraag of alternatieve selectiecriteria (en de daaraan gekoppelde ontslagcommissies) als normatieve cao-bepalingen kunnen worden gekwalificeerd en dus nawerken.³⁶

7. Tot slot

De contractuele grondslag van het Nederlandse cao-recht brengt mee dat niet iedere werknemer zonder meer gebonden is aan een cao die voor zijn onderneming of sector bestemd is. De vraag of een cao juridisch gezien wel of niet toepasselijk is op een arbeidsverhouding speelt altijd, maar het antwoord op die vraag blijkt in de praktijk vaker niet dan wel relevant. Zolang een cao louter voordelen voor werknemers biedt, dan zullen werknemers de toepasselijkheid van een cao niet ter discussie willen stellen en werkgevers zullen dat om hun moverende redenen ook niet snel doen. Geschillen kunnen ontstaan wanneer op enig moment een cao de bestaande rechtspositie van werknemers negatief gaat beïnvloeden, omdat werknemers dan een belang hebben de toepasselijkheid van een cao niet te accepteren. Wanneer een werknemer zich met succes verzet tegen de toepasselijkheid van een cao, leidt dat overigens nog niet meteen tot grote problemen in de onderneming. Of een werkgever in een incidenteel geval wel of geen beroep kan doen op een afwijking van de ketenregeling bijvoorbeeld, zal in de regel geen of weinig effect hebben op de bedrijfsvoering of het functioneren van de onderneming. Anders is dit met de in deze bijdrage besproken alternatieve selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag. Een succesvol individueel verzet tegen deze alternatieve selectiecriteria raakt namelijk alle werknemers in de onderneming. In dit kader

33 Teneinde de rechtspositie van de gebonden werknemer en de ongebonden werknemer meer in overeenstemming te brengen zou door de wetgever kunnen worden overwogen het incorporatiebeding een wettelijke basis te geven en ten aanzien van het incorporatiebeding op te nemen dat werknemers het recht toekomt dit beding eenzijdig te beëindigen.

34 Van Slooten heeft het ontslagrecht gekwalificeerd als een fundamenteel onderdeel van het arbeidsrecht. Zie J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76.

35 Zie in dit verband ook: Verbreding draagvlak cao-afspraken (advies van augustus 2013, SER 13/03), Den Haag: SER 2013

36 Zie ook: R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/1, p. 75.

hebben Plessen e.a. de ontslagvolgorde vergeleken met een dominospel: valt de ene om dan volgt de ander.³⁷ Alternatieve selectiecriteria kunnen pas werkbaar zijn indien deze criteria zonder meer gelden voor alle werknemers in een onderneming en daarvoor biedt het cao-recht op voorhand onvoldoende garanties. Concluderend kan gezegd worden dat de WWZ op dit punt onvoldoende rekening houdt met de contractuele grondslag van het cao-recht, hetgeen in de praktijk ertoe kan leiden dat slechts zelden gebruikgemaakt gaat worden van alternatieve selectiecriteria.

37 W.G.M. Plessen e.a., 'Driekwartdwingend recht in wetsvoorstel werk en zekerheid', in L.C.J. Sprengers & G.W. Van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (VvA-bijdrage nr. 42), Deventer: Kluwer 2014, p. 83. Zie ook: J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76.