

Citeerwijze van dit artikel:

Ronald Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', *ARBAC* 2012, januari-maart, DOI: 10.5553/ARBAC/.000007

DOI: 10.5553/ARBAC/.000007

Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst

Ronald Beltzer

1 Inleiding

Een belangrijk doel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming is het vaststellen van arbeidsvoorwaarden die, als uitgangspunt, voor alle werknemers binnen een bepaalde bedrijfstak of onderneming, in gelijke situaties gelijkkluidend zullen zijn. Door gelijkschakeling van arbeidsvoorwaarden wordt arbeidsonrust voorkomen. Het collectieve arbeidsrecht biedt de juridische middelen om aan die wens invulling te geven. Werkgevers kunnen een ondernemings-cao sluiten of toetreden tot een werkgeversvereniging die mede namens hen een cao voor de sector sluit. Een andere weg voor de werkgever is het overeenkomen van collectieve regelingen met de ondernemingsraad (waarvoor hij al dan niet hun instemming ex art. 27 en 32 zou behoeven). Is er geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, dan kan de werkgever ook op eigen houtje collectieve regelingen in het leven roepen.

De te kiezen weg heeft gevolgen voor de mogelijkheid werknemers als collectief aan (wijzigingen van) arbeidsvoorwaarden te binden. Een werkgever die geen gebruik maakt van de weg die de cao biedt, zal in principe van elke werknemer afzonderlijk instemming moeten vragen voor wat in feite een wijziging van de arbeidsovereenkomst is.¹ Maakt de werkgever gebruik van een cao om binding aan collectieve arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen, dan heeft hij het gemakkelijker: nog afgezien van de mogelijkheid van algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen zoals geregeld in de Wet Avv, zijn werknemers die lid zijn van de vakbond die de cao hebben afgesloten via de werking van art. 9 jo. 12 Wet Cao rechtstreeks aan deze cao gebonden. Deze relatief eenvoudige binding van werknemers aan cao-bepalingen vindt haar rechtvaardiging in de (vertegenwoordigende) kracht van de vakbonden en het belang dat de wetgever hecht aan collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

In Nederland ligt het percentage werknemers dat lid is van een vakbond al jaren zo rond de 25%. Niettemin is een substantieel groter deel van de werknemers gebonden aan een cao. Dat komt door het bestaan van een contractuele

tussenfiguur – de binding aan een cao door middel van een zogenoemd incorporatiebeding. Het incorporatiebeding kent geen wettelijke regeling in het arbeidsrecht; het wordt in gereguleerd door het vermogens- en verbintenissenrecht uit de Boeken 3 en 6 van het BW.

Dergelijke bedingen, zoals ik in de volgende paragrafen zal laten zien, zien veelal ook op toekomstige versies van de cao (of zelfs op andere cao's). De werkgever kiest voor deze bedingen om twee redenen: ten eerste weet hij niet wie wel en geen lid zijn van de cao-sluitende vakbond en wie daarmee wel en wie niet door lidmaatschap van de vakbond gebonden zijn. Zoals gezegd: het overgrote deel van de werknemers is niet (of anders) georganiseerd. Door een incorporatiebeding in alle arbeidsovereenkomsten op te nemen, weet de werkgever dus zeker dat iedereen onder de cao valt. Ten tweede voldoet de werkgever zo aan zijn wettelijke plicht van art. 14 Wet Cao, dat bepaalt dat de werkgever ook de ongebonden werknemers conform de cao dient te behandelen – dit om onderbieding te voorkomen.² Veel art. 14-werknemers stemmen overigens zonder meer met de geldende of nieuwe cao in, omdat de meeste cao's een stijgende lijn vertonen: elk jaar komt er weer een loonsverhoging bij. Juridisch interessant wordt het uiteraard pas indien een cao een wijziging ten nadele van de werknemer ondergaat – het afschaffen van een secundaire arbeidsvoorwaarde, het versoberen van de pensioenregeling. De werkgever beoogt ook dergelijke wijzigingen door middel van het incorporatiebeding te ondervangen. Omdat het incorporatiebeding in rechtspraak een ruim bereik kent, slaagt hij daar meestal in.³

De kracht van het huidige cao-systeem berust hiermee in feite op zijn zwakte: een relatief gering deel van de werknemers is lid van een vakbond – het scharnier van de Wet Cao dat binding aan de cao mogelijk maakt – maar niettemin is het grootste deel van de werknemers aan een cao gebonden doordat zij met behulp van een incorporatiebeding instemmen met de toepasselijkheid van de cao. Er is dan, zo zou men kunnen menen, reden deze laatste binding vooral contractueel te benaderen. Een andere benadering is immers juridisch problematisch, omdat men dan een rechtvaardigingsgrond zal moeten hanteren voor andere overwegingen, zoals het ordeningsbelang van de werkgever en het belang van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in het algemeen, welke belangen een inbreuk zouden kunnen maken op een strikt contractuele benadering.

In de volgende paragrafen zal ik aantonen dat van een zuiver contractuele benadering van het incorporatiebeding geen sprake is. Dat blijkt indien men de reikwijdte van een dergelijk beding bekijkt. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen een temporeel aspect (hoe ver in tijd reikt het beding?), een materieel aspect (welke bepalingen kan men incorporeren?) en een soort-bepaling-aspect (is afwijking van $\frac{3}{4}$ -dwingend recht te incorporeren?). In paragraaf 5 zal de relatie met het wijzigingsbeding, opgenomen in art. 7:613 BW, worden behandeld. Deze bijdrage eindigt met een beschouwing over de gevolgen van de behandelde reikwijdtes. Daarbij zal de juridische status quo worden afgezet tegen ontwikkelingen op het terrein van representativiteit, dat als ijkpunt zal fungeren voor de vraag of het incorporatiebeding in ongewijzigde vorm in de toekomst kan blijven functioneren. Komt het incorporatiebeding onder druk te

staan, dan zal, bij een lager wordende, maar ook bij een gelijkblijvende organisatiegraad, het cao-systeem als zodanig immers evenzeer onder druk komen te staan.

2 De temporele reikwijdte

Idealiter, gezien vanuit de positie van de werkgever, ziet een incorporatiebeding niet alleen op de op het moment van aangaan van de arbeidsovereenkomst geldende cao, maar evenzeer op de opvolgende versies daarvan, alsmede op eventuele andere cao's die niet als de opvolger van de vorige kunnen worden beschouwd – denk aan de situatie dat de werkgever uit een bedrijfstak-cao stapt en vervolgens een ondernemings-cao sluit. Wil men discussie over de reikwijdte van het beding voorkomen, dan lijkt het zaak de formulering zorgvuldig te kiezen: een werkgever zal er daarom niet snel voor kiezen in een arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding op te nemen dat “cao X 2011-2012” deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst: is de opvolgende versie op sommige punten minder gunstig voor de werknemer, dan zou deze zich op de tekst van het beding kunnen beroepen en daar de bedoeling van partijen uit laten afleiden dat het beding slechts op die ene cao zag.

Heeft de werknemer een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan, luidende dat op zijn arbeidsovereenkomst “de binnen het bedrijf geldende cao” van toepassing is (ongeacht welke dat precies is, nu of in de toekomst), dan kan hieraan het argument worden ontleend dat de werknemer telkens gebonden blijft aan de cao waaraan de werkgever gebonden zal worden. In dat geval kent men aan incorporatiebedingen een dynamisch karakter toe. De formulering van het beding zou de werknemer ook bij het accepteren ervan al ervan moeten hebben doordrongen dat hij tekent voor arbeidsvoorwaarden waarvan hij nu niet weet of kan weten hoe deze eruit zullen komen te zien. Buiten het arbeidsrecht is een dergelijke dynamische benadering niet problematisch: men is immers vrij te contracteren met wie men wil en waarover men wil. In het arbeidsrecht zal men, door de ongelijkheid van partijen waardoor de arbeidsovereenkomst vaak een adhesiecontract is, anders kunnen oordelen.

De formulering van een incorporatiebeding in een arbeidsovereenkomst luistert echter niet zo nauw, zo blijkt uit rechtspraak. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in 2003 dat toen een werknemer instemde met een cao, hij geacht werd met toekomstige versies van die cao te hebben ingestemd.⁴ Het hof wees daarbij op de bedoeling van partijen, die overigens uit niet veel meer bleek dan dat werkneemster door het ondertekenen van haar arbeidsovereenkomst tevens akkoord ging met de passage “Op de met u bestaande arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Bankbedrijf van toepassing. Een exemplaar daarvan treft u aan in de ‘Personeelsgids’”. Verder ging het Hof Den Haag in 2006, met de opvatting dat de naam van de cao in het incorporatiebeding niet doorslaggevend is voor toepasselijkheid van een andere, later in de onderneming geldende cao.⁵ In deze casus was op de arbeidsovereenkomst van de werknemer eerst een viertal bedrijfs-cao's van toepassing. Het incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst van de werknemer verwees zeer specifiek naar de binnen “Bornkamp” (het taxibedrijf in kwestie) geldende ondernemings-cao waarvan in de titel ook de naam van het bedrijf was opgenomen. Op een zeker moment viel

Bornkamp onder cao Taxivervoer waarvan bepalingen algemeen verbindend verklaard waren. Hij was tevens aangesloten bij de betreffende werkgeversvereniging en dus “dubbel gebonden”. De werknemer, geen lid van een cao-sluitende vakbond, betwistte de toepasselijkheid van deze cao op zijn arbeidsovereenkomst, nu zijn incorporatiebeding niet zo zou mogen worden gelezen dat ook deze cao zou kunnen gelden. Voorts betwistte de werknemer dat hij onder de werkingssfeer van de Taxi-cao viel (anders had zijn eerste verweer immers geen zin). Het hof volgde de werknemer niet in zijn stellingen: niet alleen viel de werknemer volgens het hof wel degelijk onder de werkingssfeer, partijen bij de arbeidsovereenkomst hadden volgens het hof voorts “nooit bedoeld de toepasselijkheid van een cao afhankelijk te maken van de exacte naam. Beslissend was uiteraard of bonden en werkgevers beoogd hadden in de betreffende cao mede de rechtspositie van het personeel van het zittend ziekenvervoer van Bornkamp te regelen.”

Volgt men deze redenering van het hof consequent, dan zou men ook kunnen beargumenteren dat het incorporatiebeding ziet op cao's die met terugwerkende kracht in werking treden op een datum die ligt vóór de datum dat de werknemer het incorporatiebeding accepteerde: het gaat er dan immers vooral om of partijen hebben bedoeld de positie van het betreffende personeel te regelen. Men kan zich bij deze redenering afvragen of de individuele contractsvrijheid zo gemakkelijk kan worden opgeofferd voor een ander, collectief belang. Men had immers evengoed de vraag kunnen stellen of de werknemer bij acceptatie van het incorporatiebeding had mogen verwachten dat dit beding evenzeer zou zien op andere cao's – in feite is dit toepassing van het Haviltexcriterium. Het gevolg van 's hofs arrest is dat de werknemer contractueel in feite minder wordt beschermd dan een contractspartij die buiten het arbeidsovereenkomstenrecht opereert. Hiertegen kan men uiteraard inbrengen dat de werknemer wordt vertegenwoordigd door vakbonden, maar daarbij dient men niet uit het oog te verliezen dat deze vakbonden niet per se de belangen van *deze* werknemer optimaal zullen dienen. Zeker indien de nieuwe cao is afgesloten met minder representatieve vakbonden, knelt bovenstaande redenering. De soep behoeft overigens dan niet zo heet te worden gegeten: toen de nieuwe cao bij modeketen Hennes & Mauritz, anders dan voorheen, met niet-representatieve bonden was gesloten, behoefden de werknemers niet te begrijpen dat hun incorporatiebeding ook op deze cao zou zien, aldus de Kantonrechter Amsterdam in 2008.⁶

Voorts verhoudt de oplossing in de Bornkamp-zaak zich matig tot de wens van de wetgever werknemers niet op voorhand zich te laten vastleggen op arbeidsvoorwaarden waarvan zij aard en omvang nog niet kunnen kennen: art. 7:613 BW is juist in het leven geroepen om deze praktijk in betere banen te leiden.⁷ Wat hier van zij – en ik kom aan het eind van deze bijdrage hierop terug – de praktijk behoeft zich blijkbaar niet al te zeer te bekommeren om de formulering van een incorporatiebeding, mits men zich er maar steeds rekenschap van geeft of met een betreffende cao is bedoeld de rechtspositie van een zekere groep werknemers te regelen. De vraag is of die situatie zal voortduren indien de organisatiegraad van werknemers verder afneemt en werkgevers vaker cao's zullen afsluiten met niet-representatieve vakbonden.

Bij overgang van onderneming is de situatie overigens aanmerkelijk anders. Hier

treffen wij een – door het Hof van Justitie van de EU gecreëerd - verschil aan met de hiervoor behandelde normaalsituatie. Art. 14a Wet Cao bepaalt dat in geval van overgang van onderneming de cao waaraan de vervreemdende werkgever gebonden was, overgaat naar de verkrijgende werkgever en wel in die zin, dat de laatste gehouden is deze cao na te leven tot deze afloopt of tot de verkrijger aan een nieuwe cao wordt gebonden.⁸ Ook incorporatiebedingen zijn voor overgang vatbaar. Zij zouden in theorie de tijdsduur kunnen verlengen waarbinnen de verkrijger gehouden is de cao waaraan de vervreemder gebonden is toe te passen. Heeft de overgenomen werknemer immers een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan, luidende dat op zijn arbeidsovereenkomst de cao van de vervreemder van toepassing is (ongeacht welke dat precies is, nu of in de toekomst), dan zou men hieraan het argument kunnen ontleenen dat de verkrijger telkens gebonden blijft aan de cao waaraan de vervreemder – ook na de overgang van onderneming - gebonden is. In dat geval kent men aan incorporatiebedingen hetzelfde dynamische karakter toe als in de normaalsituatie. In het Werhof-arrest⁹ heeft het Hof van Justitie bepaald dat die verplichte gebondenheid in ieder geval eindigt indien zich een van de eindigingsgronden, genoemd in art. 3, derde lid (in Nederland: het tweede lid van respectievelijk art. 14a Wet Cao en 2a Wet Avv) voordoet. Hoe incorporatiebedingen ook mogen zijn geformuleerd: zij kunnen slechts zien op de op het moment van overgang voor de vervreemder geldende cao, niet op toekomstige versies daarvan of op andere cao's waaraan de vervreemder na overgang gebonden wordt. Van belang is hetgeen het Hof in r.o. 28 stelt:

“Voor de uitlegging van artikel 3, lid 1, van de richtlijn kan een clausule die verwijst naar een collectieve overeenkomst niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst. Bijgevolg moet rekening worden gehouden met artikel 3, lid 2, van de richtlijn, dat beperkingen aanbrengt op het beginsel dat de collectieve overeenkomst waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst toepasselijk is.” Naar deze beperkingen had de commissie reeds verwezen. Het Hof leidt uit het eerder genoemde beginsel, in combinatie met het bestaan van daarop in de richtlijn opgenomen beperkingen, af dat het geenszins de bedoeling van de communautaire wetgever is geweest de verkrijger te binden aan “andere collectieve overeenkomsten dan die welke van kracht was op het tijdstip van de overgang en hem bijgevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door middel van toepassing van een nieuwe, na de overgang gesloten overeenkomst.”¹⁰

Ter ondersteuning van zijn stelling wijst het Hof in r.o. 31-33 op de belangen van de verkrijger “die de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt” (r.o. 31). De opvatting van Werhof zou een inbreuk opleveren op de vrijheid van vereniging, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen. Daarbij wijst het Hof niet alleen op enkele EHRM-uitspraken en op art. 11 van het Verdrag van Rome, maar ook op het feit dat het genoemde recht een van de grondrechten is die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde bescherming genieten. Daarbij verwijst hij naar, onder andere, het veelbesproken Bosman-arrest.¹¹ Zou aan de contractuele verwijzingsclausule het door Werhof beoogde dynamische karakter moeten worden toegekend, dan zou het fundamentele recht van de

verkrijger zich niet te verenigen kunnen worden aangetast. In de woorden van A-G Colomer: “the referral cannot continue *sine die*.”¹²

Een min of meer omgekeerde situatie betreft de vraag of een algemeen geformuleerd incorporatiebeding voor overgang vatbaar is in die zin, dat de verkrijger met een beroep op dit beding de bepaling van de cao waaraan hij zelf gebonden is kan toepassen op het overgekomen personeel. Het Hof 's-Gravenhage beantwoordde deze vraag in 2009 ontkennend.¹³ Na verwijzing naar het Haviltex-criterium¹⁴ oordeelde het Hof dat, nu het ging om een beding in een individuele arbeidsovereenkomst, het incorporatiebeding naar zijn aard niet bestemd is anderen dan contractanten te binden. De werknemers in kwestie hadden niet hoeven begrijpen dat het beding evenzeer zou zien op de cao van eventuele opvolgende werkgevers. Dat lijkt mij, bezien vanuit een contractuele benadering van het incorporatiebeding, een juiste conclusie. Ook hier zou men de overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de negatieve contractsvrijheid kunnen toepassen: de werknemer heeft de vrijheid zich niet te binden aan een cao. De automatische overgang van het incorporatiebeding naar de verkrijger zou een te grote inbreuk op dit beginsel maken indien deze overgang zou meebrengen dat de overgegangene werknemer automatisch gebonden zou worden aan een cao waarvan hij het bestaan niet kon vermoeden en met de inhoud waarvan hij zich op voorhand wellicht nooit zou hebben willen verenigen.

Met het arrest van het Hof 's-Gravenhage is nog niet de vraag beantwoord hoe zou moeten worden geoordeeld over een incorporatiebeding dat zodanig is geformuleerd, dat het wel ziet op toekomstige cao's bij toekomstige werkgevers. Een dergelijke formulering kan van belang zijn binnen grote concerns waarbinnen met werknemers wordt geschoven en die onder verschillende cao's (kunnen) vallen. Mijns inziens is een dergelijk geformuleerd beding in strijd met zowel de negatieve vakverenigingsvrijheid van de werknemer als met de gedachte achter art. 7:613 BW: een werknemer moet zich niet op voorhand kunnen binden aan arbeidsvoorwaarden waarvan hij het bestaan noch kent, noch kan vermoeden. Een contractuele benadering van het incorporatiebeding dient hier in mijn optiek de overhand te hebben.

3 De materiële reikwijdte

Een andere vraag is of een incorporatiebeding kan zien op alle mogelijke (normatieve) bepalingen in een cao. Er is mijns inziens geen reden op dit punt anders te oordelen dan ten aanzien van de normale cao-binding op grond van de Wet Cao. Ook sociale plannen kunnen onder de reikwijdte van een incorporatiebeding vallen: men zal steeds, aan de hand van de in de vorige paragraaf behandelde rechtspraak, moeten bezien of daarvan sprake is. De incorporatie is echter niet beperkt tot arbeidsvoorwaarden en daarmee kan zij verder gaan dan art. 14 Wet Cao. Zo oordeelde de Hoge Raad in een arrest uit 2003 dat een in een cao opgenomen arbitraal beding evenzeer onder de reikwijdte van het overeengekomen incorporatiebeding viel.¹⁵

In vergelijking tot binding op grond van de Wet Cao is het eenvoudiger af te wijken van de cao indien binding louter door incorporatie is bewerkstelligd: art.

12 Wet Cao geldt dan immers niet in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Men kan dus zeer goed overeenkomen dat, bijvoorbeeld, de bepalingen uit een cao op het gebied van overwerk en scholing niet van toepassing zullen zijn. Hierbij dient men overigens wel een juridische onderscheiding aan te brengen tussen de werkgever die zelf wel aan de cao als zodanig gebonden is – hij sloot de cao zelf af of werd vertegenwoordigd door een werkgeversvereniging – en de werkgever die zelf niet gebonden is, maar de cao niettemin wenst toe te passen op zijn personeel. De eerste verzaakt zijn plicht uit art. 14 Wet Cao indien hij afwijkt van die cao, de laatste niet. De niet-gebonden werkgever valt immers niet onder de Wet Cao. Dat brengt bijvoorbeeld evenzeer mee, dat de artikelen 15 en 16 van die wet niet gelden. In een arrest uit 2010 oordeelde het Hof Amsterdam dat een vordering tot nakoming van een in een arbeidsovereenkomst geïncorporeerde cao zich niet leent voor een collectieve actie, “omdat van geval tot geval bekeken zal moeten worden of inderdaad toepasselijkheid van een cao is overeengekomen en zo ja, welke.” De vordering van de ABVAKABO tot nakoming van Cao Kinderopvang kon op die grond niet slagen.¹⁶

De conclusie kan kort zijn: het staat de werkgever en de werknemer vrij alle mogelijk bepalingen van een cao – of zelfs van meer cao’s - te incorporeren in de arbeidsovereenkomst. De artikelen 9 en 12 Wet Cao zijn niet van toepassing. Een specifieke vraag betreft die naar de mogelijkheid in de arbeidsovereenkomst af te wijken van driekwart dwingend recht.

4 Afwijking van driekwart dwingend recht mogelijk?

De wet opent op meerdere plaatsen de mogelijkheid bij cao af te wijken van het gegeven voorschrift: het zogenoemde driekwart dwingend recht. Voorbeelden hiervan zijn opgenomen in art. 7:664 lid 1 sub c BW, art. 7:668a lid 5 en art. 7:691 lid 7 BW. In feite vormt de mogelijkheid tot afwijken een (werkgevers)premie op het collectieve onderhandelen.¹⁷

De vraag of door middel van een incorporatiebeding ook kan worden afgeweken van driekwart dwingend, lijkt inmiddels te zijn beantwoord. In een conflict tussen werknemer Bollemeijer en zijn werkgever TNT Post, betrof de vraag of TNT Bollemeijer kon binden aan cao-bepalingen waaraan TNT wel, maar Bollemeijer niet op grond van het cao-recht gebonden was. De Hoge Raad oordeelde:

“Het gaat hier om een geval dat afwijking van een bepaling van dwingend recht (slechts) bij CAO mogelijk is, terwijl een CAO die niet rechtstreeks van toepassing is, een zodanige afwijking inhoudt. Aangenomen moet dan worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een CAO, ook ingeval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.”¹⁸

Strikt genomen was in deze zaak geen sprake van een incorporatiebeding: Bollemeijer had zich echter – hoewel “onder protest”- door ondertekening van een brief waarin een verlenging van de betreffende cao werd aangekondigd akkoord verklaard met “het gebruik maken van de afspraken met de vakbonden met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd”, waarmee werd bedoeld op afwijking van de hoofdregels van art. 7:668a BW.¹⁹

Het arrest is in de juridische literatuur kritisch ontvangen en heeft veel vragen opgeroepen.²⁰ De kernvraag is of het nu mogelijk is een willekeurige cao toe te passen op de arbeidsovereenkomst, inclusief afwijkingen van de wettelijke regeling. Een letterlijke lezing van het citaat wijst die kant op. Zou dat zo zijn, dan staat de deur open voor het toepassen van voor de werkgever zeer gunstige cao-bepalingen (zoals loonuitsluiting in de Uitzend-cao en de ketenregeling in de horeca-cao). Een dergelijk lezing lijkt mij onnodig en onwenselijk. Onnodig, omdat in deze zaak de werkgever zelf wel gebonden was en de incorporatie van geheel andere cao's dan de binnen de onderneming gebruikelijke niet voor de hand ligt; onwenselijk, omdat sociale partners bij de introductie van de mogelijkheid tot afwijking van de wettelijke regeling bij cao het oog hadden op de specifieke behoeften in de betreffende branche/onderneming. Het gaat, bijvoorbeeld, niet aan de Uitzend-cao van toepassing te verklaren in een arbeidsovereenkomst die wordt gesloten in de vleesverwerkende industrie.

Een andere vraag is of afwijking van driekwart dwingend recht ook mogelijk is zonder de gehele cao toe te passen. Met Heerma van Voss ben ik van mening dat het toelaten van een partiële toepassing van de cao met afwijking van driekwart dwingend recht onwenselijk is.²¹ Ongetwijfeld zal de werkgever iets hebben moeten toegeven aan de vakbonden om de afwijking van driekwart dwingend recht mogelijk te maken. De balans wordt verstoord indien de werkgever de krenten uit de pap van een cao zou mogen halen. Ik beoordeel deze situatie dus anders dan de situatie waarin geen afwijkingen van driekwart dwingend recht aan de orde zijn: het staat de werkgever en de werknemer mijns inziens dan geheel vrij, zoals ik in de vorige paragraaf al opmerkte, die zaken uit een cao of zelfs meerdere cao's te halen die hun goeddunken.

Meer in het algemeen is van belang of het arrest meebrengt dat het enkele feit dat vakorganisaties zijn betrokken, voldoende is om (ongebonden) werknemers te binden. De Hoge Raad lijkt dit te suggereren. Een vertrouwen *tout court* in de onafhankelijkheid van de vakbonden lijkt mij problematisch: onafhankelijkheid zegt immers niets over de vraag welke belangen de vakbonden zouden moeten dienen. Daarbij is de vraag naar de onafhankelijkheid *per se* een terechte. De Wet Cao stelt zelf op dit punt geen enkele eis aan de vakbonden die de cao sluiten – een met een zogenoemde *yellow union*²² afgesloten cao heeft ingevolge de Wet Cao net zoveel juridische waarde als een met een grote, onafhankelijke vakbond afgesloten cao.

In de lagere rechtspraak zijn wel voorbeelden vinden van situaties waarin de rechter meent dat het rechtsgevoel “een handje moet worden geholpen” omdat een strikte toepassing van het systeem van het cao-recht tot ongewenste gevolgen zou leiden. Opmerkelijk is een uitspraak van de Voorzieningenrechter Hilversum uit 2006.²³ De voorzieningenrechter oordeelde dat de werknemer in

kwestie niet aan de cao gebonden kon worden, ook al had hij een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan. Daartoe eiste de rechter dat op zijn minst sprake was van een cao (het ging om de Horeca-cao) waarbij een grote vakbond betrokken was geweest. Het opmerken waard is dat de werknemer in casu lid was van een (grote) vakbond die de cao expliciet had afgewezen en dat het geschil tussen de werknemer en zijn werkgever was ontstaan door de vraag naar de toepasselijkheid van een cao-bepaling die afweek van driekwart dwingend recht. Het shoppen door werkgevers om zo een zo gunstig mogelijke cao te sluiten betekent dus niet dat daarmee werknemers automatisch gebonden worden, ook al zijn zij akkoord gegaan met een incorporatiebeding dat op de betreffende cao ziet.

Een andere situatie deed zich voor bij de Kantonrechter Utrecht in zijn uitspraak van 12 december 2007.²⁴ In casu was bij (in de arbeidsovereenkomst van de werknemer geïncorporeerde) cao afgeweken van de ketenregeling van art. 7:668a BW en de werkgever beriep zich op deze cao-bepaling ter ondersteuning van zijn stelling dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was afgelopen. Naar het oordeel van de kantonrechter was een beroep op de betreffende cao naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, onder andere omdat aan de werknemer geen duidelijke mededelingen waren gedaan omtrent de (verslechterde) inhoud van deze cao, die nog niet gold op het moment dat de werknemer in dienst trad en het incorporatiebeding aanvaardde. Ook ontbraken verklaringen van partijen ter accordering en bevestiging van deze afwijkende, nieuwe afspraken in de cao. Een vergelijkbare redenering volgde Ktr. Utrecht anderhalf jaar eerder: weliswaar was afwijking van art. 7:628 BW overeengekomen in de cao en was de werknemster aan die afwijking gebonden doordat zij een incorporatiebeding had getekend, maar dat nam niet weg dat in casu van de werkgever had mogen worden verwacht dat hij deze afwijking in de arbeidsovereenkomst had opgenomen. Nu dat niet was gebeurd, was een beroep de cao-bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.²⁵

Deze laatste zaken laten zien dat de lagere rechtspraak bereid is de scherpe kanten van de grote reikwijdte van het incorporatiebeding af te halen. Men zou bij de genoemde zaken aansluiting kunnen zoeken bij art. 7:655 BW, dat de werkgever verplicht een aantal – in belang variërende – zaken in de arbeidsovereenkomst op te nemen.²⁶ Het zou in mijn optiek aanbeveling verdienen de A-G in de Bollemeijer/TPG-zaak te volgen in zijn eis dat de werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst de werknemer uitdrukkelijk heeft gewezen op de gebondenheid aan deze van de wet afwijkende bepaling in de cao en dat de werknemer door middel van een uitdrukkelijke wilsverklaring een dergelijke afwijking accepteert. Uit het hiervoor genoemde arrest inzake de incorporatie van een arbitragebeding accepteerde de Hoge Raad die eis niet. Art. 9 Wet Cao stelt die eis immers ook niet.²⁷

5 De relatie met art. 7:613 BW

De vorige paragrafen schetsen het beeld van een relatief gemakkelijke binding van de werknemer aan de cao die de werkgever wenst toe te passen op de arbeidsovereenkomsten van zijn werknemers. Datzelfde gemak lijkt te gelden

ten aanzien van toekomstige cao's (zie paragraaf 2). De vraag is of het vrijwel ontbreken van enige toets in overeenstemming is met het systeem ten aanzien van aanpassing van arbeidsvoorwaarden in bredere zin. Zoals bekend brengt art. 7:613 BW, het enige arbeidsrechtelijke wetsartikel dat specifiek over wijziging van arbeidsvoorwaarden gaat, beperkingen aan ten aanzien van de mogelijkheid de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Heeft de werkgever een schriftelijk wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen, dan kan hij slechts daarop een beroep doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het artikel is in het leven geroepen naar aanleiding van wijzigingen van de WOR en luidde de afschaffing van het reglement in, dat vooral door rechtspraak van de Hoge Raad zijn langste tijd had gehad.²⁸

Door Koning, Fase en Beltzer is de stelling verdedigd dat de werkgever die een uit een cao voortvloeiende wijziging wil doorvoeren in de arbeidsovereenkomsten van werknemers die geen lid zijn van een cao-sluitende vakbond, maar wel contractueel door middel van een incorporatiebeding aan die cao (en eventuele toekomstige cao's) gebonden zijn, evenzeer met art. 7:613 BW rekening dient te houden als in het geval hij met de ondernemingsraad overeengekomen of eenzijdig opgelegde collectieve regelingen wil wijzigen.²⁹ Kortom: art. 7:613 BW ziet op elke wijziging van arbeidsvoorwaarden ten aanzien waarvan de ongeorganiseerde werknemer geen inspraak heeft gehad. Het feit dat de werkgever die zich bedient van een incorporatiebeding niet zélf eenzijdig wijzigt zou het in hun opvatting moeten afleggen tegen de gedachte dat het erom gaat da de werknemer beschermd wordt tegen eenzijdige wijziging. Wat er van deze opvatting zij – en ik merk hier op dat voornoemde auteurs voldoende weerwoord hebben gekregen³⁰ – ik acht het juridisch aanvechtbaar de werknemer zonder enige toets – anders dan in geval van de hiervoor genoemde, krasse gevallen waarin de kantonrechter art. 6:248 lid 2 BW toepaste – gebonden te achten aan toekomstige cao-wijzigingen waarvan hij aard noch inhoud kan kennen op het moment van tekenen van de arbeidsovereenkomst. Een ander oordeel leidt in mijn optiek tot een te groot contrast met de zorgvuldig tot stand gekomen regeling in art. 7:613 BW. Overigens behoeft de opvatting dat het incorporatiebeding steeds bij toepasselijkheid van een nieuwe cao de toets van art. 7:613 BW moet doorstaan, niet problematisch te zijn. In veel gevallen, zeker indien de opvolgende cao de “natuurlijke opvolger” is van de vorige cao, en de nieuwe cao weinig (ingrijpende) wijzigingen meebrengt, zal de werkgever een zwaarwegend belang als bedoeld in art. 7:613 BW kunnen aantonen.

6 Een blik vooruit

Het incorporatiebeding neemt een bijzondere plaats in het cao-recht in: geen enkele regeling is in de praktijk zo belangrijk als juist dit beding. Paradox is dat het incorporatiebeding op geen enkele wijze wettelijk is geregeld in het cao-recht. Dit is te verklaren door het feit dat de Wet Cao voor het leeuwendeel van de daar opgenomen bepalingen uitgaat van binding van zowel de werkgever als de werknemer aan de cao (dus: zonder dat een incorporatiebeding nodig is): de bijzondere vorm van binding die de cao voor de werknemer in het leven roept,

alsmede de bijzondere positie van de vakbonden als partij bij de cao, vormen een belangrijke bestaansgrond voor de regelingen in de Wet Cao. Het incorporatiebeding dient vooral een praktisch belang: de graad van vakbondslidmaatschap was nimmer zo hoog dat men zonder het beding kon. In de praktijk behandelt men gebonden en ongebonden werknemer hetzelfde: de werkgever weet immers veelal niet wie lid is en wie niet. Van de cao afwijkende afspraken komen bij mijn weten weinig voor in ondernemingen waar de werkgever de cao toepast.

Het huidige cao-stelsel is een contractueel stelsel met sterk institutionele trekken. Art. 14 Wet Cao is daarvan het duidelijkste voorbeeld. De werkgever dient de ongebonden werknemer conform de cao te behandelen (institutioneel), doch de laatste behoeft deze aanbieding niet te aanvaarden; evenmin kan de ongebonden werknemer rechten ontleen aan de cao (contractueel). In de rechtspraak ten aanzien van het incorporatiebeding zien we hetzelfde resultaat: een contractuele benadering met institutionele trekken. Het Haviltexcriterium lijkt een ondergeschikte rol te spelen bij het antwoord op de vraag of een incorporatiebeding mede ziet op toekomstige, andere cao's. In de hiervoor behandelde Bornkamp-zaak werd immers van doorslaggevend belang geacht of het de bedoeling van *sociale partners* was geweest ook *déze* werknemer aan de cao te binden. Past men het Haviltex-criterium toe, dan zal men zich ook moeten bezighouden met de vraag wat de *werknemer* had mogen verwachten. Een ander voorbeeld biedt de zaak Bollemeijer/TPG. De werknemer was gebonden aan de voor TPG geldende cao, ook al ging het om afwijking van driekwart dwingend recht – een afwijking waarvan men zich kan afvragen of deze ook schriftelijk (tussen werkgever en werknemer) kan worden overeengekomen. De onafhankelijkheid van de vakbond werd hier als legitimatie voor binding gehanteerd.

In de lagere rechtspraak is men zo af en toe genegen de niet-gebonden werknemer tegemoet te treden. Is de cao afgesloten met een niet-representatieve of niet-onafhankelijke vakbond, dan zijn rechters soms bereid het incorporatiebeding buiten werking te stellen, zo bleek uit enkele behandelde uitspraken. De rechtvaardiging voor een institutionele benadering neemt in die gevallen af.

Biedt het voorgaande voldoende balans voor de toekomst van het incorporatiebeding als steunpilaar voor de cao? In de praktijk lijkt het incorporatiebeding vrij goed te functioneren. Ondanks het feit dat het percentage leden al jaren rond de 25% schommelt, is er in de huidige tijd meer reden voor alertheid dan voorheen. Het zijn enkele maatschappelijke veranderingen die de vraag opwerpen of wij een zelfde jurisprudentiële lankmoedigheid mogen verwachten in de komende jaren. Het zijn, in mijn optiek, ook deze veranderingen die hebben geleid tot voornoemde, lagere rechtspraak die in feite barsten veroorzaken in het huidige stelsel. Ik doel hier op tendensen die al enkele jaren gaande zijn, in het bijzonder de individualisering en de flexibilisering op het terrein van de vormgeving van de arbeid.³¹ De positie van de vakbonden en hun legitimatie vanuit representatief oogpunt alle werkenden te vertegenwoordigen en te binden is in dit licht onderwerp van discussie. Die legitimatie is wellicht in de toekomst niet meer zo vanzelfsprekend

en dit zet het institutionele element van het cao-recht onder druk.³² De logische vervolgstap is dan dat het incorporatiebeding steeds meer zuiver contractueel zal worden benaderd. Dat zet de bijl aan de wortel van het systeem van binding aan de cao, dat immers juist afhankelijk is van een niet zuiver contractuele benadering van het incorporatiebeding. Wenst men dit gevolg niet, dan ligt aanpassing van het cao-recht – bijvoorbeeld naar een stelsel met meer institutionele kenmerken - voor de hand.³³

Noten

1 Wel zal het feit dat een ondernemingsraad inmiddels met de voorgestelde wijziging akkoord is een belangrijke aanwijzing vormen voor de redelijkheid ervan. De wetgever stelt zware eisen aan het gebruik maken van bedingen die de werkgever in feite de bevoegdheid geven de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen: zie art. 7:613 BW. Bestaat geen eenzijdig wijzigingsbeding en wenst de werkgever te wijzigen, dan kan hij onder omstandigheden een beroep doen op art. 7:611 BW (goed werkgever-/goed werknemerschap).

2 In deze bijdrage ga ik niet in op de vraag of art. 14 We Cao alleen geldt voor arbeidsovereenkomst die worden aangegaan – zoals de wettekst suggereert – of dat het bereik ervan ruimer is, in die zin dat het artikel ziet op alle arbeidsovereenkomsten, oud of nieuw.

3 Men dient hier echter rekening te houden met nawerking van de oude, betere regeling. Zie HR 8 april 2011, JAR 2011/135.

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

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

6 Ktr. Amsterdam 24 april 2008, JAR 2008/191.

7 Zie o.a. E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele vrijheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer, p. 254, alsmede de daar opgenomen verwijzing naar de wetsgeschiedenis. Zie ook paragraaf 6.

8 In art. 2a Wet Avv is een vergelijkbare regeling opgenomen ten aanzien van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

9 HvJEG 9 maart 2006, JAR 2006/83. Zie over deze zaak A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte, “Cao-recht en incorporatie na overgang van onderneming. De positie van de ongebonden werkgever nader beschouwd”, TRA 2010, 45, R.M. Beltzer, “Overgang van cao-bepalingen: bevroering of dynamiek”, ArA 2006, p. 52-62 en F.B.J. Grapperhaus, “De betekenis van de vervreemder-cao in de fase na de overgang van onderneming” in: Antoine Jacobs en Frans Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 41-50.

10 R.o. 29. Lees: een overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is geweest.

- 11** HvJEG 15 december 1995, JAR 1996/80.
- 12** Overweging 47 van de conclusie bij het arrest.
- 13** Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, JAR 2009/72.
- 14** HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.
- 15** HR 17 januari 2003, JAR 2003/40.
- 16** De overwegingen van het hof zijn kenbaar uit de conclusie van AG Spier bij HR 8 april 2011, JAR 2011/135.
- 17** Afwijkingen van driekwart dwingend recht baten de werknemer nimmer, althans, de mogelijkheid tot afwijking betreft steeds een inbreuk op een de werknemer beschermende regel. Door goedkeuring van de vakbonden is een dergelijke afwijking niettemin te billijken.
- 18** HR 20 december 2002, JAR 2003/19.
- 19** Een dergelijk protest heeft mijns inziens weinig juridische waarde: men gaat akkoord, of men gaat het niet.
- 20** Ik noem hier, ter illustratie, D.J.B. de Wolff, “De binding van de ongebonden werknemer aan een cao”, SMA 2003, p. 168-171.
- 21** G.J.J. Heerma van Voss, “Driekwart dwingend recht”, in: Cao-recht in beweging, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2005, p. 132-133.
- 22** Een kleine bond die geen of slechts enkele werknemers in de betreffende onderneming of bedrijfstak als lid heeft en in het algemeen niet onafhankelijk is.
- 23** Vzv. Hilversum 1 februari 2006, JAR 2006/57.
- 24** Ktr. Utrecht 12 december 2007, JAR 2008/30.
- 25** Ktr. Utrecht 25 juli 2006, JAR 2007/81.
- 26** Overigens kan vermelding van een aantal zaken achterwege blijven indien deze zijn geregeld in een cao: verwijzing naar die cao volstaat dan (zie art. 7:655 lid 2 BW). Het is de vraag of deze regel ook geldt indien de werknemer slechts door incorporatie gebonden is.
- 27** HR 17 januari 2003, JAR 2003/40.
- 28** Voor de geschiedenis van de mogelijkheid eenzijdig wijzigingen door te voeren verwijs ik naar J.M. van Slooten, Arbeid en loon (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, par. 2.3.3.
- 29** F. Koning, “De CAO, de gebonden werknemer en het wijzigingsbeding”, SMA

1998, p. 476, W.J.P.M. Fase, “Recente cao-perikelen”, SMA 2006, p. 231-234, R.M. Beltzer, “Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt”.

30 R.A.A. Duk, “Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW” in SMA 2006, p. 308-313 met reactie van A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte in SMA 2006, p. 512-515, alsmede R. Hansma, “Een geïncorporeerde cao zomaar veranderen?”, SMA 2006, p. 507-511.

31 Zie over deze wijzigingen – bij mijn weten: voor het eerst uitgebreid - het preadvies van P.F. van der Heijden & F.M. Noordam voor de Nederlandse Juristen-Vereniging: De waarde(n) van het sociaal recht, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2001. Hoewel al weer enigszins gedateerd, zijn de meeste van de geïdentificeerde, gewijzigde waarden en tendensen relevant voor deze bijdrage.

32 Zie hierover R.M. Beltzer, “Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert”, NJB 2010, 1802, p. 2275-2278.

33 Het gaat het bereik van deze bijdrage te buiten daar uitgewerkte voorstellen voor te doen. Zie voor een overzicht van de argumenten voor en tegen een dergelijk stelsel W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 5.3.

© Boom Juridische uitgevers

