

Tilburg University

Yellow unions, art. 14 Wet CAO en algemeen verbindend verklaren

Plessen, W.G.M.

Published in:

TRA: Tijdschrift recht en arbeid

Publication date:

2012

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Plessen, W. G. M. (2012). Yellow unions, art. 14 Wet CAO en algemeen verbindend verklaren. *TRA: Tijdschrift recht en arbeid*, 4(6/7), 5-10.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

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

Yellow unions, art. 14 Wet CAO en algemeen verbindend verklaren

54

Een van de klassiekers van het Nederlandse cao-recht is dat niet-georganiseerde werknemers geen aanspraak hebben op toepassing van de cao. Feitelijk valt ruim 85% van de werknemers echter onder een cao. Is dan de regel van de wet inmiddels niet achterhaald? Een van de voornaamste bezwaren tegen automatische doorwerking van een cao wordt ontleend aan het bestaan van cao's van zogenoemde yellow unions. In deze bijdrage wordt de juridische positie van cao's van yellow unions geanalyseerd en worden voorstellen gedaan om de rol van dergelijke 'vakbonden' aan banden te leggen zodat ook automatische doorwerking van cao's mogelijk wordt.

1. Inleiding

Het Nederlandse cao-recht stelt slechts beperkte eisen aan vakbonden die een cao willen sluiten.² De bond moet een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid zijn die in zijn statuten de bevoegdheid tot het aangaan van cao's opgenomen heeft.³ Er worden geen eisen aan de (mate van) representativiteit gesteld. Daardoor komt het in Nederland voor dat zich vakbond noemende organisaties rechtsgeldige cao's afsluiten waarin relevante werknemersrechten worden prijsgegeven zonder dat daar wezenlijke concessies van werkgevers tegenover staan. In het vervolg van dit artikel noem ik dergelijke zich vakbond noemende organisaties yellow unions.

Omdat het Nederlandse arbeidsrecht veel driekwart dwingende regels kent, kunnen zulke cao's het evenwicht in de arbeidsverhoudingen schaden. Problematisch is dat deze cao's ook kunnen doorwerken in arbeidsovereenkomsten van niet-gebonden werknemers en dat zij zelfs de mogelijkheid bieden ontheven te worden van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao in de betreffende bedrijfstak.

Centraal in deze bijdrage staat of automatische doorwerking van een cao in arbeidsovereenkomsten van niet-georganiseerden op (juridische en beleidsmatige) bezwaren stuit en of cao's waarbij yellow unions partij zijn, van doorwerking uitgesloten moeten worden. Als de tweede vraag bevestigend beantwoord wordt, moeten zulke cao's dan

ook uitgesloten worden van dispensatie van avv en hoe ware dat dan te regelen? Daarbij worden ook alternatieven besproken.

In paragraaf 2 komen de werking van art. 14 Wet CAO, de positie van yellow unions en het driekwart dwingend recht aan de orde. In paragraaf 3 worden enkele opvallende rechterlijke uitspraken over de toepassing van cao's met yellow unions besproken. In paragraaf 4 ligt het accent op de positie van yellow unions bij algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen (avv). In paragraaf 5 behandel ik het vraagstuk van avv en yellow unions. In paragraaf 6 komen de lijnen samen en beantwoord ik de vraag of, en onder welke voorwaarden, automatische doorwerking van cao's mogelijk is.

2. De werking van art. 14 Wet CAO; driekwart dwingend recht; yellow union

Een werknemer kan aan art. 14 Wet CAO geen recht ontleenen op toepassing van de cao. Volgens de heersende leer heeft de gebonden werkgever (slechts) de verplichting om het (volledige)⁴ cao-pakket aan te bieden aan de ongeorganiseerde werknemer. Wanneer het niet tot afspraken komt, heeft de werknemer (later) geen vordering tot nakoming van de cao, zoals door de Hoge Raad al jaren geleden is uitgemaakt.⁵

In zijn proefschrift heeft Van Peijpe de parlementaire geschiedenis van art. 14 Wet CAO in beeld gebracht.⁶ Kern is dat de wetgever na ampele discussie besloot dat niet-vakbondsleden niet 'gratis' mochten meeliften op het cao-resultaat dat was behaald door (wel betalende) vakbondsleden. Voor automatische doorwerking van de cao in alle arbeidsovereenkomsten van gebonden werkgevers, zoals het geval is in Frankrijk, België⁷ en de Verenigde Staten,⁸ bestond in het Nederlandse parlement onvoldoende steun. Wel werd de gebonden werkgever verplicht het cao-pakket aan te bieden aan zijn ongeorganiseerde werknemers. Daarmee hoopte men te voorkomen dat de (gebonden) werkgever met ongeorganiseerden een goedkoper arbeidsvoorwaardenpakket dan de cao zou afspreken.

Een in dit verband belangrijk aspect is dat het BW een groot aantal regels van driekwart dwingend recht kent. Daarmee wordt bedoeld dat van wettelijke regels slechts kan worden afgeweken bij cao (of regeling van publiekrechtelijke aard). De achterliggende gedachte is dat werkgever(s)organisaties

1 Mr. dr. W.G.M. Plessen is directeur sociale zaken bij Randstad Groep Nederland BV en hoofddocent sociaal recht en sociale politiek aan de UvT.

2 Dit artikel is mede gebaseerd op mijn bijdrage aan de publicatie van de Vereniging voor Arbeidsrecht, A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, met name I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', p. 225-251.

3 Zie art. 1 en 2 Wet CAO.

4 Aldus terecht W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97.

5 HR 7 juni 1957, *NJ* 1957/527 (*Suk/Brittania*).

6 T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 123 en 186-187.

7 Zie A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p.126.

8 Zie A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 502.

en vakbond(en) samen een goede afweging kunnen maken of in een bedrijf(stak) afwijking van de dwingende regel gewenst is. Met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is het aantal driekwart dwingende normen aanmerkelijk toegenomen.⁹

In de literatuur was het lange tijd de vraag of de artikel 14-werknemer ook gebonden kon worden door in de cao afgesproken afwijkingen van driekwart dwingende regels. Deze vraag is door de Hoge Raad beslist in het arrest *Bollemeijer/TPG*.¹⁰ De TPG-cao voorzag in de optie van (een onbeperkt aantal) voortzetting(en) van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van de reorganisatie van TPG. Die cao was geïncorporeerd in achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met de ongeorganiseerde postbesteller Bollemeijer. De Hoge Raad achtte Bollemeijer aan het bewuste cao-beding gebonden. Hoewel niet 'rechtstreeks gebonden' aan de cao, gold voor Bollemeijer dat de cao was geïncorporeerd en dat 'in de bescherming die is beoogd met het dwingendrechtelijk karakter van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao betrokken zijn geweest'.

Over de bewoordingen van het arrest zijn nog wel wat vragen te stellen, maar de heersende leer gaat ervan uit dat het arrest slechts betrekking heeft op de situatie dat de werkgever gebonden was aan de cao en de (ongebonden) werknemer het hele cao-pakket is voorgelegd en dat hij ermee heeft ingestemd.¹¹ Een gebonden werkgever die selectief winkelt in de cao en bijvoorbeeld alleen een (nadelige) bepaling in de arbeidsovereenkomst van de ongebonden werknemer incorporeert, bindt de laatste daarmee niet. Werkgevers kunnen zich evenmin op een cao-bepaling beroepen als ze daaraan al niet zelf niet gebonden zijn. De Hoge Raad heeft zich overigens over deze laatste twee kwesties nog niet expliciet uitgelaten.¹²

De werking van cao's die aangegaan zijn met yellow unions, blijft zo volgens mij beperkt tot de gevallen waarin de werkgever zelf (cao-)partij is. Als een willekeurige werkgever zo'n cao wenst te incorporeren in contracten met eigen werknemers, kan hij afwijkingen van driekwart dwingende regels daarin derhalve niet geldig overeenkomen.

Er wordt wel verdedigd dat afwijkingen van driekwart dwingend recht alleen afgesproken kunnen worden door vakbonden die voldoen aan voorwaarden in termen van 'onafhankelijkheid, (...) macht, (...) democratisch gehalte en (...) representativiteit'. Voor werknemers voordeliger afspraken kunnen in die opvatting door iedere vakbond ge-

maakt worden. Jacobs meent dat art. 14 Wet CAO eigenlijk in de prullenbak kan en dat in ons cao-systeem ook de ongebonden werknemer eenvoudigweg onder de werking van de cao moet vallen. Niet alleen zou de gebonden werkgever de cao moeten toepassen op alle werknemers; de werknemers zouden ook aanspraak op de toepassing moeten hebben.¹³

Grapperhaus heeft een radicale(re) oplossing. Hij stelt voor art. 14 Wet CAO geheel af te schaffen. In plaats daarvan zou er een cao-systeem moeten komen dat voorziet in automatische binding voor alle werknemers indien de betrokken vakbond een nader te bepalen mate van representativiteit heeft, bijvoorbeeld een krachtens wet vast te stellen ledenpercentage van minimaal 25.¹⁴ Niet-representatieve vakorganisaties zouden dan nog wel cao's aan kunnen gaan, maar die zouden geen doorwerking hebben in de arbeidsovereenkomst van ongeorganiseerden, tenzij een meerderheid van de in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen zich voor de cao uitspreekt. Dergelijke 'onrepresentatieve' cao's zouden nooit algemeen verbindend verklaard kunnen worden (zie de volgende paragraaf).¹⁵

Fase is altijd fel gekant geweest tegen cao's die door yellow unions worden aangegaan.¹⁶ Hij heeft daarom voorgesteld dat de rechter een dergelijke cao iedere rechtskracht zou moeten ontzeggen.¹⁷ Aan vakorganisaties kunnen in zijn visie eisen gesteld worden om uitholling van werknemersrechten te voorkomen en serieuze onderhandelingen zouden vooraf moeten gaan aan het tot stand komen van iedere cao.

In een recente publicatie van de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) worden terecht de risico's benadrukt als yellow unions gebruikmaken van de mogelijkheid om van driekwart dwingend recht af te wijken, ook al is het probleem in kwantitatieve zin beperkt (slechts rond de 40 000 werknemers worden door cao's van dergelijke bonden gebonden).¹⁸ Ondanks die aangebrachte relativering is de kwestie volgens de VvA-publicatie essentieel voor de toekomstbestendigheid van ons cao-systeem.¹⁹ Automatische doorwerking van een cao – hoewel qua eenvoud aantrekkelijk – pakt immers slecht uit wanneer gemaakte afspraken een verslechtering inhouden en op die manier zelfs toepassing krijgen op georganiseerde werknemers die niet langs de

9 G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 121–133.

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

11 Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwartdwingend recht en de niet-rechtstreeks toepasselijke CAO', *ArA* 2003/2, p. 62–81; R.A.A. Duk, 'Wat kan bij CAO geregeld worden?', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 16; C. Rayer, 'Verslag van de plenaire sessie', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 144; W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 96–97.

12 Zo ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 672.

13 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 120–126.

14 Ik kom in par. 4 (ook) terug op dit percentage.

15 F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 117–118.

16 W.J.P.M. Fase, 'De schone CAO-schijn', *SMA* 2004, p. 55.

17 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 212–215.

18 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 236.

19 A.Ph.C.M. Jaspers, 'Toekomstbestendigheid van het cao-recht', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 7.

weg van art. 9 en 12 Wet CAO aan de betreffende cao gebonden zijn.²⁰

In de VvA-publicatie wordt daarom voorgesteld dat een cao automatisch de artikel 14-werknemer bindt als een meerderheid in de onderneming of de bedrijfstak instemt met het cao-onderhandelingsresultaat.²¹ Op deze wijze buigt een brede kring van werknemers zich over een zo belangrijk onderwerp als arbeidsvoorwaardenvorming door cao's. De cao raakt daarmee uit haar anonimiteit, wordt object van discussie, hetgeen de toekomstbestendigheid van het systeem kan bevorderen. Instemming van een meerderheid van de werknemers in een bedrijf(stak) legitimeert bredere doorwerking van de cao.²²

3. Cao's van/met yellow unions en lagere rechtspraak

Soms losten lagere rechters problemen met cao's bij twijfel aan representativiteit van een partij op.²³ Een voorbeeld was de cao waarbij aan werknemerszijde slechts De Unie (met zeer weinig leden in de sector) betrokken was en Koninklijke Horeca Nederland de andere partij was. Door algemeenverbindendverklaring werd de cao voor de hele bedrijfstak horeca verplichtend. Bij eerdere cao's waren ook de (veel grotere) FNV- en CNV-bond betrokken. Enkele kantonrechters zwakten de negatieve effecten van de nieuwe cao, zoals het ontbreken van een recht op doorbetaling van loon bij afwezigheid van werk, af door de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in stelling te brengen. De cao werd wel verbindend geacht, maar kwestieuze bepalingen werden op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing gelaten.²⁴

Een bijzondere uitspraak deed Voorzieningenrechter Amsterdam, die op vordering van een FNV-bond bepaalde dat een door De Unie aangegane cao met betrekking tot de reorganisatie van de HEMA-winkels onverbindend was. Door slaggevende overweging: De Unie had statutair als doelstelling op te treden voor hoger personeel en de betreffende cao betrof slechts het lagere (winkel)personeel.²⁵

Fundamenteel is een al eerder vonnis van Kantonrechter Utrecht over een cao die aangegaan was om een goedkope pensioenregeling te legitimeren, waardoor de regeling van het relevante bedrijfstakpensioenfonds niet van toepassing was (automatische dispensatie). De kantonrechter achtte bewezen dat de door de werkgever opgezette werknemersorganisatie volstrekt afhankelijk was van de werkgever, niet voldeed aan de norm van IAO-verdrag 98 (art. 2) en dus geen rechtsgeldige cao kon afsluiten. Als gevolg daarvan was er ook geen automatische en rechtsgeldige dispensatie van het bedrijfstakpensioen en was de werkgever eenvoudigweg de premies verschuldigd aan het bedrijfstakpensioenfonds.²⁶

De rechter fungeert op die manier als *last resort* tegen cao's die door niet-representatieve organisaties aangegaan worden. De benadering van Kantonrechter Utrecht spreekt mij zeer aan en sluit ook aan bij het voorstel van Fase en Van Drongelen,²⁷ die op basis van criteria ontleend aan beginselen van internationaal cao-recht onder omstandigheden tot nietigheid van een cao concluderen.

4. Avv, art. 14 Wet CAO en dispensatie van een cao waarbij een yellow union betrokken is

Art. 2 Wet AVV vereist voor algemeenverbindendverklaring een 'naar het oordeel van de minister belangrijke meerderheid van het bedrijf of de bedrijfstak, waarvoor de cao geldt'. Die norm is uitgewerkt in het Toetsingskader AVV.²⁸ Paragraaf 4.1 verlangt voor het zonder meer avv-en, dat de het totale aantal van gebonden en artikel 14-werknemers een meerderheid van minimaal 60% oplevert. In de terminologie van het Toetsingskader wordt aldus de 'representativiteit van een cao' bepaald. Als dat percentage tussen de 55 en 60 ligt, is er weliswaar sprake van een op zichzelf belangrijke meerderheid als bedoeld in art. 2 Wet AVV, maar beziet de minister of de cao een voldoende breed draagvlak heeft. Hij onderzoekt dan bijvoorbeeld of alle relevante werknemersorganisaties de cao ondertekenden en of binnen de meerderheid een scheve verdeling te zien valt (bijvoorbeeld uitsluitend of in hoofdzaak werknemers in kleine ondernemingen). Beneden 55% wordt niet ge-avv'd.

In de jaren negentig heeft Zalm in dezen een zeer scherpe positie ingenomen.²⁹ Het doel van avv, voorkomen van loonconcurrentie, achtte Zalm slecht voor de economische ontwikkeling omdat ondernemingen dan onvoldoende scherp hoeven te opereren. Onderhandelaars/werkgevers weten immers dat hun concurrent door avv gebonden zal worden aan (het minimum van) de cao-lonen, zodat lonen 'kunstmatig' hoog zijn. Voor dit artikel is vooral Zalms opvatting relevant dat het principieel onjuist is dat een ge-

20 A.Ph.C.M. Jaspers, 'Toekomstbestendigheid van het cao-recht', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 275-276.

21 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 245 e.v.

22 Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 243 e.v.

23 Zie voor een overzicht ook F.B.J. Grapperhaus & A. Stege, 'De representativiteit van de vakbond in relatie tot de ongebonden werknemer', *SMA* 2008, p. 107-115.

24 Zie Rb. Hilversum (vzr.) 1 februari 2006, *JAR* 2006/57 en Ktr. Utrecht (vzr.) 25 juli 2006, *JAR* 2007/81. Deze vonnissen gingen dus niet zover als door Fase en Van Drongelen bepleit werd. Vgl. ook Ktr. Amsterdam, 24 april 2008, *JAR* 2008/191. De kantonrechter beschouwt de met een yellow union gesloten cao niet als de geïncorporeerde cao die eerder met wel representatieve organisaties was afgesloten.

25 Een voorbeeld dat in de richting komt van het voorstel van Fase en Van Drongelen, maar wel sterk op het verenigingsrecht gebaseerd. Ik denk overigens dat de Voorzieningenrechter ten onrechte een declaratoir vonnis velde, zie Rb. Amsterdam (vzr.) 29 december 2005, *JAR* 2006/27.

26 Ktr. Utrecht 3 november 1994, *JAR* 1995/39.

27 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 212-215.

28 Ministerie van SZW, 'Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV)', Circulaire van 2 december 1998, *Stcrt.* 1998, 240, zoals deze circulaire laatstelijk gewijzigd is bij de Circulaire van 28 november 2006, *Stcrt.* 2006, 232.

29 G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindend verklaring', *ESB* 1992, p. 60-64.

ringe minderheid van georganiseerden een meerderheid van ongeorganiseerden door avv haar wil kan opleggen.³⁰

In de literatuur wordt wel voorgesteld dat cao's alleen ge-avv'd zouden moeten worden, indien partijen aan zowel werkgevers- als werknemerskant een meerderheid van de georganiseerden vertegenwoordigen.³¹

Ook is denkbaar dat bij wet vastgelegd wordt bij welk organisatieminimum nog sprake is van een representatieve vakorganisatie en dat slechts dergelijke organisaties een cao mogen sluiten die langs de weg van avv ook niet of anders georganiseerden bindt.³² Als minimumpercentage is 25 genoemd,³³ maar bij de huidige organisatiegraad is dat maar in enkele sectoren in Nederland haalbaar.³⁴ Misschien moet je dus kiezen voor een veel lagere representativiteitseis (15 à 20%).

De eerder genoemde VvA-publicatie doet een enigszins verwant voorstel als geponeerd wordt dat een cao alleen nog ge-avv'd moet kunnen worden als een meerderheid van de bedrijfstakgenoten het onderhandelingsresultaat van de bonden aanvaardt. Bij een positief resultaat van een referendum komt in die visie ook automatische binding van artikel 14-werknemers tot stand.³⁵

Bij de recente begrotingsbehandeling van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is opnieuw discussie ontstaan over avv. De minister toonde zich voorstander van meer souplesse en maatwerk door middel van cao's en kondigde aan in het voorjaar van 2012 met een voorstel tot aanpassing van het Toetsingskader te komen (zie hierover nader de volgende paragraaf).³⁶

Voorlopig valt te concluderen dat de doctrine een sterke voorkeur aan de dag legt voor representativiteitseisen als wapen tegen yellow unions of bonden zonder basis.

5. Cao's van/met yellow unions en avv

Ik wil kort stilstaan bij de 'oplossing' die het Toetsingskader AVV kiest voor het krachteloos maken van illegitieme cao's

in het kader van de dispensatieprocedure. Om gedispenseerd te worden van de algemene werking van een bedrijfstak-cao was tot 2006³⁷ volgens het toenmalige Toetsingskader³⁸ slechts vereist dat de betrokken cao rechtsgeldig was. Daaronder werd verstaan dat er een kennisgeving van ontvangst als bedoeld in art. 4 Wet LV (Wet op de loonvorming) voor de te dispenserende cao was afgegeven door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De legitimiteit van cao-partijen werd niet getoetst.³⁹

Eind 2006 heeft de minister op advies van de Stichting van de Arbeid⁴⁰ de normen voor dispensatie aanzienlijk verscherpt en bepaald dat slechts dispensatie kan worden gegeven als partijen bij de te dispenserende cao onafhankelijk zijn. Dat 'wil zeggen dat zij vrij moeten zijn van inmenging van de één in de zaken van de ander bij de oprichting, de uitoefening van de werkzaamheden en het beheer van hun organisatie (IAO-verdrag 98)'. In de toetsing kunnen onder andere de geschiedenis van de betrokken vereniging, de lidmaatschapsbasis, de organisatiestructuur en de financiën van de werknemersvereniging onderzocht worden. De minister kan desgewenst nadere inlichtingen verlangen van de betrokken organisaties over de onafhankelijkheid.⁴¹ Bij mijn weten heeft dit onderdeel van het nieuwe Toetsingskader er nog niet toe geleid dat een cao op die grond dispensatie onthouden werd.

Het kader bevat ook een scherp inhoudelijk criterium voor ontheffing: dispensatie is alleen mogelijk indien toepassing van de bedrijfstak-cao door avv op zwaarwegende gronden redelijkerwijze niet geveerd kan worden.

"Van zwaarwegende argumenten is met name sprake als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werksfeer van de avv-cao gerekend kunnen worden. Weging van de afzonderlijke arbeidsvoorwaardenpakketten vindt in het kader van een dispensatieverzoek niet plaats."

Het Toetsingskader zegt niet wat onder die bedrijfsspecifieke kenmerken verstaan wordt. In de praktijk is dispensatie verleend voor payroll-cao's, omdat volgens de minister payroll-ondernemingen een andere bedrijfsvoering hebben dan uitzendondernemingen, waardoor dispensatie van avv van de ABU-cao geïndiceerd was. Payroll-ondernemingen

30 F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 103-104.

31 A.T.J.M. Jacobs, 'Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 55-57.

32 F.B.J. Grapperhaus, 'Representativiteit van werknemersorganisaties', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 117-118.

33 F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO', *SR* 2002, p. 188.

34 Zie ook R. Beltzer 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/1802. Hij is van opvatting dat de legitimiteit van cao's sowieso erodeert vanwege de lage organisatiegraad.

35 I. Blekman e.a., 'Nieuwe vorm van legitimering van het cao-stelsel', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 245 e.v.

36 Brief van de Minister van SZW d.d. 28 november 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, nr. 359, p. 7.

37 *Stcrt.* 28 november 2006, 232, p. 27.

38 Zie hierover ook J.A. Bruins & A.T.J.M. Jacobs, 'Dispensatie', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 50 e.v.

39 Dispensatie van de algemeen verbindend verklaarde cao kan ook door cao-partijen verleend worden. In 1996 adviseerde de Stichting van de Arbeid daartoe een optie op te nemen in bedrijfstakcao's, zie Dispensatieverlening van bepalingen in CAO's, Publicatienummer 6/96. Zie daarover ook W.G.M. Plessen, 'Van een demonstratie, een stoute werkgever en een flexibeler CAO', *SMA* 2004, p. 485-487.

40 Briefadviezen van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van SZW d.d. 22 juni 2006 en 11 september 2006, 'Wijziging dispensatie van Avv'.

41 Ministerie van SZW, 'Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV)', Circulaire van 2 december 1998, *Stcrt.* 1998, 240, zoals deze circulaire laatstelijk gewijzigd is bij de Circulaire van 28 november 2006, *Stcrt.* 2006, 232, par. 7.

hebben immers geen vestigingsnetwerk zoals gewone uitzendondernemingen.⁴²

Geen dispensatie werd verleend voor de cao van de Branchevereniging voor kinderopvang. Die vereniging had aangevoerd dat 'haar' cao zich (meer) richtte op (commerciële) kinderopvang dan het geval was bij reguliere kinderopvanginstellingen die vallen onder de bedrijfstak-cao. Dat argument ging volgens de minister niet op omdat dat de bedrijfsvoering niet wezenlijk anders zou maken.⁴³

Het vermelde criterium werkt als een fijne zeef. Na de invoering ervan werden tot medio 2009 van de 88 in behandeling genomen dispensatieverzoeken er nog slechts om en nabij twintig gehonoreerd.⁴⁴

De regel dat geen weging van het arbeidsvoorwaardenpakket zal plaatsvinden, heeft in het bestek van dit artikel twee kanten. Geen inhoudelijk argument voor dispensatie levert het in de eerste plaats (meer) op dat de te dispenserende cao een ander, beter toegesneden arbeidsvoorwaardenpakket biedt dan de bedrijfstak-cao. Sommige auteurs bepleiten pakketvergelijking wel degelijk onderdeel te maken van de dispensatieprocedure.⁴⁵

In de tweede plaats heeft de regel tot gevolg dat de minister dispensatie verleent aan een cao voor ondernemingen met bedrijfsspecifieke kenmerken die op rechtspositionele punten en/of arbeidsvoorwaarden onderbiedt ten opzichte van de bedrijfstak-cao. Dat geldt bijvoorbeeld voor de payroll-cao van P-Lease. Onderbieding is vaak het wezenskenmerk van cao's die afgesloten worden met een yellow union. Het ontbreken van inhoudelijke weging van arbeidsvoorwaarden draagt dan (vermoedelijk onbedoeld!) bij aan het voortbestaan van onderbieding langs de weg van twijfelachtige cao's.

In de vorige paragraaf ging het vooral over afwijking van driekwart dwingend normen met hulp van yellow unions, tegen de achtergrond van een verkenning van de vraag of de cao ook automatische doorwerking moet hebben voor artikel 14-werknemers.

In deze paragraaf werd de dispensatie van avv voor cao's waarbij niet of minder legitieme partijen betrokken zijn, gerelateerd aan het Toetsingskader en het meetellen van artikel 14-werknemers voor de bepaling van het meerderheidsvereiste. Het moment is daar om te proberen de verschillende lijnen bijeen te brengen.

6. Conclusie artikel 14-werknemer, cao van/ met yellow union en avv

Ik vat mijn voorafgaande bevindingen samen en doe enkele voorstellen. De artikel 14-werknemers zijn in verhouding tot de gebonden werknemers in de meeste cao-gebieden veruit in de meerderheid. In de meeste gevallen zijn zij via een incorporatiebeding gebonden aan de cao waaraan de werkgever ingevolge art. 9 Wet CAO gebonden is. Daarmee staat de artikel 14-werknemer qua rechtspositie in wezen gelijk met de gebonden werknemer en heeft hij een in rechte afdwingbaar vorderingsrecht op toepassing van de cao.

De vraag is of we een stapje verder zouden kunnen gaan door te regelen dat de georganiseerde werkgever de cao automatisch toepast op de artikel 14-werknemer. De wettelijke regeling van art. 14 Wet CAO lijkt immers door de werkelijkheid achterhaald. Door avv wordt nog maar een beperkt extra aantal werknemers gebonden aan de bedrijfstak-cao; de meesten zijn al door incorporatie gebonden. Uit onderzoek blijkt ook dat ruim 70% van de werknemers tevreden is over de cao die voor hen geldt.⁴⁶

Een kernbezwaar tegen automatische doorwerking valt te ontlenen aan cao's met yellow unions en dan vooral als daarbij afgeweken wordt van bepalingen van driekwart dwingend recht (ook al is het bereik van zulke problematische cao's beperkt tot ongeveer 40.000 werknemers). Als zich een probleem met een dergelijke cao voordoet, blijken rechters soms bereid de werking van bezwaarlijke bepalingen buiten werking te stellen langs de weg van redelijkheid en billijkheid of door toepassing van internationale grondbeginselen van cao-recht. Vooral kantonrechters fungeren daarmee als *last resort*, wat niet wegneemt dat het enkele feit dat yellow unions het cao-systeem kunnen ondergraven, ongewenst is. Om die reden doe ik nog enkele aanvullende voorstellen.

Yellow unions wordt al veel wind uit de zeilen genomen als het arbeidsrecht minder afwijkingen van dwingend bepalingen toestaat, vooral afwijking bij cao van belangrijke bepalingen van driekwart dwingend recht. De toegestane afwijking bij cao zou aan een maximum gebonden kunnen worden. In het geval van contracten voor bepaalde tijd (art. 7:668a BW) zou de grens voor cao-partijen kunnen liggen bij vier maal vier,⁴⁷ voor de duur van het uitzendbeding (art. 7:691 BW), bij 78 weken en, in geval van uitsluiting van het recht op loondoorbetaling (art. 7:628 BW), bij een jaar na aanvang van de arbeidsovereenkomst.

Net als de VvA-werkgroep stel ik voorts voor dat een cao automatisch doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten, indien met de cao is ingestemd door een meerderheid van de werknemers van de onderneming of de be-

42 Bij besluit van 15 juni 2007, *Stcrt.* 114, is de Uitzend-cao ge-avv'd, met uitzondering van de ondernemingen die onder Payroll-cao vallen. Per 1 januari 2012 bestaat de Payroll-cao niet meer en vallen payrollondernemingen alsnog onder de ge-avv'de ABU-uitzend-cao.

43 Zie www.kinderopvang.nl, besluit van 3 februari 2009.

44 ECORYS, 'Evaluatie wijziging dispensatieregels Toetsingskader avv', Rotterdam 6 november 2009, p. 25-26.

45 Onder andere A.T.J.M. Jacobs, 'Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 57.

46 Zie L.Hartveld & C.Jansen, 'CAO-analyse: wat werknemers van de CAO vinden', *Zeggenschap* 2007/18 en Regioplan, 'Ervaringen van werkgevers met de CAO en AVV', Amsterdam juni 2007.

47 Ik denk dat de onbeperkte mogelijkheid tot aanpassing door cao-partijen ingevolge art. 7:668a lid 5 BW toch al in strijd is met de Europese Richtlijn inzake contracten voor bepaalde tijd, Richtlijn 1999/70/EG. Zie ook onlangs HvJ EU 26 januari 2012, nr. C-568/10 (*Kücük*).

drijfstuk. Een bijkomend voordeel van dat voorstel is het effect op cao's waar yellow unions bij betrokken zijn. Het ligt immers niet voor de hand dat zulke cao's ter beoordeling worden voorgelegd als rechten van werknemers er flink door in de knel komen. Het aantal leden van die 'organisaties' is immers doorgaans te verwaarlozen, waardoor een groot belang gemoed is met het al dan niet automatisch doorwerken van afspraken in alle arbeidsovereenkomsten. Als de bewuste organisatie het niet aandurft een cao aan alle werknemers voor te leggen om die doorwerking te verkrijgen, zal dat haar in een nog groter isolement brengen.

Opgeworpen kan worden dat er ook principiële bezwaren zijn tegen automatische doorwerking. Ik deel die niet. Als (ook) niet-vakbondsleden de kans hebben (gehad) tegen een cao-resultaat te stemmen en de meerderheid accepteert het niettemin, dan verliezen de principiële bezwaren hun betekenis.

Het destijds door de minister bij het ontwerp van art. 14 Wet CAO geuite bezwaar dat niet-leden gratis meeliften met vakbondsleden, is door de feiten achterhaald: niet-leden liften al in overgrote mate gratis mee. Leden van vakbonden houden verder in mijn voorstellen hun specifieke positie in die zin, dat zij altijd direct betrokken zijn en blijven bij besluiten over de wenselijkheid van een cao in hun hoedanigheid van lid van de cao-sluitende vereniging.

Al met al meen ik dat met deze voorstellen enerzijds de potentiële rol van yellow unions geminimaliseerd wordt, terwijl anderzijds het essentiële bezwaar tegen automatische doorwerking van cao's weggenomen wordt. Met deze voorstellen wordt het wat glibberige pad van het stellen van representativiteitsvereisten vermeden. Moeilijk uit te maken valt immers welke mate van representativiteit realistisch is in een land waarin de gemiddelde organisatiegraad nog maar 23% is en door vergrijzing naar verwachting nog verder zal dalen: is 10% een goede norm – zoals in Frankrijk – of is bijvoorbeeld het algemeen als legitiem beschouwde CNV voldoende representatief met zijn organisatiegraad van nog geen 0,5% van de Nederlandse beroepsbevolking? Mijns inziens is een dergelijke discussie een hachelijke zaak.

Ik zeg ten slotte nog iets over het vraagstuk van avv en yellow unions. Eerder is besproken dat in 2006 de normen van het Toetsingskader voor te dispenserende cao's sterk zijn aanscherpt (alleen specifieke bedrijfskenmerken kunnen leiden tot dispensatie; aan verdachte bonden kunnen door de minister vergaande vragen gesteld worden over hun onafhankelijkheid). Hoogstens leidt het feit dat de minister geen arbeidsvoorwaardelijke weging toepast, ertoe dat nog steeds 'onderbiedende' cao's gedispenseerd worden. De aanscherping van het criterium heeft echter wel geleid tot een sterke afname van het aantal gedispenseerde cao's.

In de sfeer van dispensatie van avv is vrij eenvoudig een nog scherper beleid te voeren. De regels in het Toetsingskader hebben sinds 2006 al behoorlijk effect gesorteerd, maar ik stel voor ze op één punt nog verder te preciseren. Iedere organisatie die zich vakorganisatie noemt, hoort gehouden te zijn – naast de al vastgelegde gegevens – desgevraagd en

tot genoeg van de minister een verklaring af te geven van een registeraccountant over het aantal leden van de betrokken organisatie in de onderneming of de (sub)sector waarvan zij zegt de werknemers te vertegenwoordigen. Yellow unions hebben doorgaans nauwelijks of geen leden en zullen dan gauw door de mand vallen. Het overgrote deel van 'hun' cao's zal hiermee ineffectief worden.

Ook hier kan men zich de vraag stellen of representativiteitsvereisten niet een goede oplossing zouden kunnen bieden. Ik denk dat die discussie niet zinvol is. In plaats daarvan zou het voorstel van de VvA-werkgroep, namelijk alleen avv als een meerderheid van de werknemers in de bedrijfstak met de cao instemt, aanbeveling verdienen.