

14

Sociaal Recht/ Februari 1997, afl. 9, p. 262-264). 2 48-50.

Mr. W.J.M. van Tongeren¹

Gebondenheid van de ongebonden werknemer

Gelden in de individuele arbeidsovereenkomst waarin een CAO van toepassing is verklaard ook de bepalingen waarvan de wet zegt dat daarvan alleen bij CAO mag worden afgeweken? Van Tongeren meent dat dit niet het geval is: een niet-gebonden werknemer is niet gebonden. Wetswijziging is nodig om duidelijkheid te bieden.

Inleiding

Onlangs stelde Boot² aan de orde het punt van de gebondenheid van ongebonden werknemers (niet-leden van een vakvereniging) aan bepalingen in een Sociaal Plan. Bijvoorbeeld een bepaling in een Sociaal Plan dat ook de met een werknemer die ziek is bestaande arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd. Op grond van art. 7A:1639h, zevende lid BW kan van het opzegverbod bij ziekte bij - ondermeer - CAO worden afgeweken. Eerder wijdde Van Slooten een beschouwing hieraan.³ Buiten het bestek van deze bijdrage ligt het punt van de gebondenheid van een gebonden -of een niet-gebonden - werknemer aan een afvloeiingsregeling in een Sociaal Plan. De rechter heeft op grond van de art. 7A: 1639s en/of 7A: 1639w BW een bijzondere bevoegdheid. Zie in dat verband nog mijn bijdrage in SMA 1996.^{4 5}

Sociaal Plan = CAO

Dat een Sociaal Plan het karakter -en de kracht- van een CAO kan hebben, is goed verdedigbaar. Het gaat in een Sociaal Plan doorgaans weliswaar (maar niet alleen) over vertrekvoorwaarden, maar die houden zodanig verband met een arbeidsovereenkomst dat zij als arbeidsvoorwaarden kunnen gelden. Een Sociaal Plan zal dus een CAO zijn mits partijen dat beogen en bovendien deze CAO op grond van art. 4, derde lid van de Wet op de Loonvorming in werking is getreden.⁶ Een CAO treedt in werking op en vanaf het moment dat de Minister van Sociale Zaken (en Werkgelegenheid) mededeelt dat hij de CAO heeft ontvangen. Art. 4, eerste lid van de Wet op de Loonvorming bepaalt in dat verband dat partijen bij de CAO van het sluiten, wijzigen of opzeggen schriftelijk mededeling moeten doen aan de Minister van Sociale Zaken. Het is overigens wel belangrijk of 'iets' een CAO is. Als een overeenkomst tussen een werkgever en een vakvereniging geen CAO is dan is - ook - een (normaal gesproken) gebonden werknemer niet gebonden.⁷

¹ Is advocaat bij Derks. Star Busmann. Hanotiau, advocaten, notarissen, belastingadviseurs.

² G.C. Boot, 'De zieke werknemer in het Sociaal Plan', TVVS 1996 nr. 96/8 blz. 218 e.v.

³ Mr. J.M. van Slooten, 'De aard en werking van het Sociaal Plan', SR1995, blz. 362 e.v.

⁴ De vaststellingsovereenkomst in het arbeidsrecht, Sociaal Maandblad Arbeid, Januari 1996, pag. 34 e.v.

⁵ Zie nog Kantongerecht 15 september 1995, JAR1995-223. De kantonrechter overweegt: De Kantonrechter is van mening dat in een geval als het onderhavige, waarin de drie betrokken werknemers lid zijn van de vakbond en deze ten behoeve van hen is opgetreden en een inhoudelijk redelijk resultaat heeft bereikt, een hogere dan de overeengekomen vergoeding niet op zijn plaats is.

⁶ Mr. C.J. Loonstra en mr. G. Boot discussiëren in TVVS 96 nr.96/12 blz.359 e.v. verder over de vraag of een Sociaal Plan een CAO kan zijn.

⁷ Rb. Amsterdam 8 februari 1984, NJ1985/19.

CAO geldt niet als zodanig

De gebondenheid van de ongebonden werknemer aan een CAO (al of niet een Sociaal Plan) is een lastig en netelig punt. De betekenis van deze problematiek moet overigens niet worden overdreven. Art. 14 van de Wet op de CAO bepaalt dat een gebonden werkgever ten opzichte van een niet-gebonden werknemer de CAO moet toepassen. Veelal zal een werknemer daartegen geen bezwaar hebben. In veel gevallen komt daarenboven de gebonden werkgever, de werkgever die zelf een CAO heeft afgesloten dan wel de werkgever die lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij een CAO, met de ongebonden werknemer overeen dat de CAO onderdeel is van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent niet dat de CAO in dat geval als zodanig geldt, maar dat partijen zijn overeengekomen dat in hun individuele arbeidsovereenkomst een pakket arbeidsvoorwaarden geldt zoals de CAO dat formuleert.

Is werknemer gebonden aan -hem onwelgevallige bepalingen in- CAO die niet als zodanig geldt?

De vraag is of in de individuele arbeidsovereenkomst, waarin een CAO van toepassing is verklaard, ook gelden de bepalingen waarvan de wet zegt dat alleen bij CAO mag worden afgeweken. Hierboven is genoemd de opzegging tijdens ziekte, waarvan bij CAO kan worden afgeweken. Kan de niet-gebonden werknemer de nietigheid van de opzegging tijdens ziekte inroepen en zeggen: De opzegging van U, werkgever, is nietig omdat ik -werknemer- ziek ben en omdat de werknemersvereniging waarvan ik géén lid ben, mij niet mijn ontslagbescherming kan ontnemen en/of omdat wij - werkgever en werknemer - door het toepasselijk verklaren van een CAO drie- kwart dwingend recht niet kunnen weg contracteren? In art. 7A:1639f, vijfde lid BW is bepaald dat bij CAO kan worden afgeweken van de regel dat ingeval van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die arbeidsovereenkomst moet worden opgezegd. Kan de niet-gebonden werknemer stellen dat ingeval van een verlenging van een arbeidsovereenkomst die in het kader van de van toepassing verklaarde CAO mogelijk is zonder dat opzegging nodig is, de arbeidsovereenkomst desalniettemin toch moet worden opgezegd en dat bij gebreke daarvan de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd -en wederom is verlengd? In art. 7A: 1639j, vijfde lid BW is bepaald dat (slechts) bij CAO kan worden afgeweken van de duur van de opzegtermijn zoals die voortvloeit uit art. 7A:1639j, tweede en derde lid BW - de verlengde opzegtermijnen als een werknemer 45 resp. 50 jaar oud is. Kan de niet-gebonden werknemer zich desalniettemin beroepen op de wettelijke opzegtermijn?

In art. 16, zesde lid van de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag wordt bepaald dat - in bepaalde situaties - kan worden afgeweken van het wettelijke percentage van 8% van de vakantiebijslag ingeval de werkgever jegens zijn werknemers verplicht is tot toepassing van een CAO. Geldt die afwijking ook voor de niet-gebonden werknemers? Het kan ook gaan over het afschaffen - over verminderen -van een eindejaarsuitkering.⁸ Een bevestigende beantwoording van de gestelde vragen is zuur voor de gebonden werknemer, die zelfs gebonden blijft - zolang de CAO duurt - ook als hij het lidmaatschap van de vakvereniging opzegt.

Opvattingen in de literatuur

In een noot onder een vonnis van de Haagse Rechtbank in de praktijkgids schrijft Mannoury⁹ over een vrij algemeen gehuldigde opvatting dat de ongeorganiseerde werknemer door te aanvaarden dat de CAO in feite wordt toegepast stilzwijgend wordt gebonden. De conclusie van Boot is dat een dergelijke CAO-bepaling - opzegging tijdens ziekte is mogelijk - behoudens

⁸ Rb. Amsterdam 31 mei 1995, JAR 1995/163.

⁹ Praktijkgids 1989/1, blz.43.

ondubbelzinnige verklaringen van de werknemer van het tegendeel, stilzwijgend is deel gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Hekkelman¹⁰ spreekt over een hiërarchische verhouding in de zin dat CAO-normen - opzegging tijdens ziekte is mogelijk - in de hiërarchie van de arbeidsrechtelijke regels bepalingen van semi-dwingende wetgeving, resp. van driekwart dwingende wetgeving te boven gaan. Olbers¹¹ heeft een opvatting in gelijke zin en voegt er aan toe dat de werkgever niet alleen ten opzichte van de bij de CAO betrokken leden van CAO-partijen maar ook ten aanzien van niet aan de CAO gebonden werknemers de CAO moet toepassen. Boot¹² merkt - ook - nog op dat de opvatting dat een ongebonden werknemer gebonden is, in de praktijk ook de enige werkbare is.

Niet gebonden werknemer niet gebonden

Hoewel de (niet)-gebondenheid van de ongebonden werknemer vervelende effecten kan hebben voor de werkgever - opzegging tijdens ziekte is (toch) niet mogelijk - en ook ten opzichte van bijvoorbeeld de gebonden werknemers, omdat de ongebonden werknemers beter af zijn, ben ik van mening dat goede (juridische) gronden om gebondenheid van de ongebonden werknemer te funderen er niet zijn. Het werken met ficties, stilzwijgend aanvaarden van gebondenheid etc., spreekt mij niet aan. De wet stelt niet voor niets het vereiste van een (uitdrukkelijke) regeling bij CAO omdat daarin een waarborg is gelegen van een behoorlijke belangenafweging - voor zover het betreft leden van een vakvereniging. Het gaat om gewichtige belangen van werknemers. Ontslagbescherming tijdens ziekte, ontslagbescherming bij een (voortgezette) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de duur van de opzegtermijn, de hoogte van de vakantiebijslag. De rechten waarvan de ongebonden werknemer in feite -anders gezegd- afstand doet, ontslagbescherming etc., zijn daarvoor te gewichtig. Afstand doen vereist een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verklaring. De ongebonden werknemers staan buiten de hiërarchie van de arbeidsrechtelijke - (CAO)-regels waarover Hekkelman spreekt. En al evenmin spreekt mij het punt van de werkbaarheid in de praktijk aan. Die werkbaarheid staat overigens ook onder druk als werknemers er blijk van geven de CAO niet te wensen. Bovendien moet in dat geval beantwoord worden de vraag of een werknemer één of twee bepalingen uit een CAO kan verwerpen en de overige bepalingen niet. En als hij de CAO helemaal moet verwerpen omdat hem één of twee bepalingen niet bevallen dan doet zich de merkwaardigheid voor dat - desalniettemin - de werkgever op grond van art. 14 van de Wet op de CAO de werkgever de CAO ook ten opzichte van die werknemer moet toepassen. Dat art. 14 van de Wet op de CAO de werkgever verplicht om de CAO toe te passen ook in de arbeidsovereenkomst met de ongebonden werknemer bindt - overigens - de ongebonden werknemer niet. Integendeel, de Hoge Raad¹³ heeft in het verleden bepaald dat de ongebonden werknemer geen nakoming kan vragen van de CAO die de gebonden werkgever verplicht is ten opzichte van hem toe te passen. De opvatting dat aan latere wetgeving - aan de bewoordingen van art. 16, zesde lid van de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag - kan worden ontleend dat een niet-gebonden werknemer is gebonden is in mijn ogen niet overtuigend. Van het in art. 15, eerste lid genoemde percentage van 8% vakantiebijslag kan die werkgever afwijken die jegens zijn werknemers verplicht is tot toepassing van een CAO. De gedachte is dat, nu art. 14 van de Wet op de CAO bepaalt dat de werkgever verplicht is de CAO toe te passen ten opzichte van ongebonden werknemers, de ongebonden werknemers vanwege die verplichting op grond van de CAO

¹⁰ Prof. mr. G. Hekkelman, Sociaal Maandblad Arbeid, 1979, blz. 221.

¹¹ Mr. M.M. Olbers, Sociaal Maandblad Arbeid 1992, blz. 660 e.v.

¹² Blz. 220 van in noot 1 genoemd artikel.

¹³ HR 7 juni 1957. NJ 1957, 527.

gebonden zijn aan het lagere percentage vakantiebijslag. In dat geval kan met de werknemers van de werkgever die buiten de werkingsomvang van de CAO vallen schriftelijk worden overeengekomen dat het verlaagde percentage vakantiebijslag óók voor hen geldt. De Memorie van Toelichting¹⁴ spreekt erover dat door deze voorziening het in beginsel mogelijk wordt om voor alle werknemers in de betreffende onderneming tot een uniforme regeling van de vakantiebijslag te komen ten aanzien van de wel- en niet- CAO (gebonden?)-werknemers. Niet duidelijk is overigens dat met niet-CAO-werknemers zijn bedoeld ongebonden werknemers. Ik zou art. 16, zesde lid van de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag veeleer willen beschouwen als een uitzondering en niet als een bevestiging van een algemene regel. Ik wijs overigens nog op het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake art. 8, eerste lid BBA.¹⁵

Op grond van art. 8, derde lid kan de minister een werkgever toestaan de werktijd van zijn werknemers te verkorten. In het besluit wordt in art. 1 tweede lid bepaald dat het de gebonden werkgever ook is toegestaan een overeenkomstige werktijdverkorting toe te passen ten aanzien van andere bij hem in dienst zijnde werknemers, waarop geen bepalingen van een CAO van toepassing zijn. Zonder deze bepaling zouden de ongebonden werknemers niet zijn gebonden aan de in een CAO voorziene - en door de minister in zijn besluit voor dat geval - namelijk alleen als de CAO de werktijdverkorting toestaat - gesanctioneerde, werktijdverkorting.

Wat is de oplossing?

Om duidelijkheid te krijgen, denk ik, een wetswijziging. Het meest simpel is om van de hiervoor bedoelde bepalingen van drie-kwart dwingend recht half dwingend recht te maken, mits er een CAO is. In dat - laatste - geval zijn wat betreft de gebonden werknemers de belangen - door tussenkomst van een vakvereniging - behoorlijk afgewogen. De niet-gebonden werknemer en de gebonden werkgever moeten dan de vrijheid kunnen hebben (schriftelijk) af te wijken van drie-kwart dwingend recht in hun arbeidsovereenkomst waarbij eveneens - gelijktijdig - de CAO van toepassing kan worden verklaard. Dan is het systeem sluitend. Uiteraard is het ook mogelijk om wettelijk te bepalen dat ongebonden werknemers gebonden zijn.

Slot

Het kopje boven art. 9 van de Wet op de CAO in de editie Cremers zegt in al zijn simpelijkheid: *Wie zijn gebonden? Art. 9 is heel duidelijk: allen, die (...) lid zijn of worden van een vereniging, welke de overeenkomst heeft aangegaan (...) zijn door die overeenkomst gebonden.* Niet dus de *ongebonden werknemers*, om de simpele reden dat zij geen lid zijn van een partij bij de CAO. Boot besluit met op te merken dat Hoge Raad-jurisprudentie over deze kwestie welkom zou zijn.¹⁶ Of de Hoge Raad oordeelt dat de ongebonden werknemer is gebonden, is niet zeker. Als de Hoge Raad gebondenheid afwijst dan is - eventueel - het woord aan de wetgever.

¹⁴ Wetsontwerp 18 865 Memorie van Toelichting, blz.10.

¹⁵ Besluit van 12 juni 1985, Stcrt. 118.

¹⁶ Blz.221 van in noot 1 genoemd artikel