

Week 6 hoorcollegeaantekeningen Inleiding Sociaal Recht

HC 11, 21-05-2019, Collectief AR: cao-en stakingsrecht

Arbeidsrechtelijke regels

Sinds het akkoord van Wassenaar proberen we binnen het arbeidsrecht tot overeenstemming te komen. Hierna kwam ook het Poldermodel, waarbij werknemers en werkgevers met elkaar moesten overleggen op verschillende niveaus en samen afspraken maken. Op Europees niveau speelt het Europees Sociaal Handvest een grote rol. In Nederland spelen werkgeversverenigingen en vakbonden een grote rol.

De **cao's (collectieve arbeidsovereenkomsten)** zijn het resultaat van collectieve onderhandelingen. Het recht om collectief te handelen is een internationaal gewaarborgd grondrecht van werknemers. Het is neergelegd in artikel 6 ESH en art. 11 EVRM. Het stakingsrecht is een sluitstuk op het recht op collectief onderhandelen. Zonder stakingsrecht is er ook geen cao-recht. Die cao's hebben voordelen. De werknemers kunnen tegenwicht bieden aan de belangen van de werkgever, maar ook voor werkgevers is het belangrijk. Er zijn regels gevormd door de eigen kring van werkgever, wat zorgt voor meer draagvlak en dus meer arbeidsrust. Dit is een belangrijk voordeel voor de werkgever. Een ander voordeel is dat bij cao kan worden afgeweken van de ontslagregels die gelden bij bedrijfseconomische ontslagen, en daarbij is er een toetsing door de cao-ontslagcommissie. Cao regelingen komen sneller tot stand dan wetgeving. De cao is eigenlijk een eenheidsregeling voor de werkgever en hoeft niet met elke werknemer apart te worden onderhandeld. Dus er gelden ook lage transactiekosten.

De mooie gedachte is dat er gestreefd wordt naar harmonie tussen partijen die best wel tegengestelde belangen hebben. Er wordt gezocht naar een balans die voor beide partijen bevredigend is. De balans moet worden gevonden, door te onderhandelen. In de praktijk lukt het altijd niet geweldig maar het idee is goed.

Een cao is eigenlijk een soort boekje, waarin verschillende soorten afspraken staan. De cao bevat normatieve regels, die gelden tussen de werkgever(vereniging) en de werknemer(vereniging). De **normatieve bepalingen** halen vaak de krant. Dan weet je vaak ook waar voor gestaakt is. Het zijn echte arbeidsvoorwaardelijke bepalingen. Maar de werkgeversverenigingen moeten onderling ook afspraken maken. Dit geldt tevens voor de werknemersverenigingen. Dit zijn eigenlijk een soort huishoudelijke afspraken, hoe gaan we met elkaar om. Ze worden **obligatoire bepalingen** genoemd. Dan heb je nog een restcategorie, dat zijn de **diagonale bepalingen**. Dit zijn afspraken van de werkgeversverenigingen of werknemersverenigingen met derden (zoals fondsen). Alleen de normatieve- en diagonale bepalingen lenen zich voor algemene verbindende bepalingen. Deze zijn in de praktijk het belangrijkste. De obligatoire bepalingen zijn niet zo interessant.

We kijken even naar een casus:

Jan is vakbondslid bij CNV en begint als werknemer in een speciaal bedrijf dat een uitvinding heeft gedaan op het gebied van onderhoud aan schepen: een start up. Dit bedrijf heeft zich niet verdiept in cao's maar Jan komt erachter dat het bedrijf (onder de Metalektro-Cao thuishoort. De werkgever heeft al die tijd een eigen arbeidsvoorwaardenregeling gehad. Sommige zaken zijn gunstiger dan de Cao, andere niet. Sommige zaken zijn niet geregeld. De werkgever is niet blij met Jans ideeën en zegt:

1. "Ik ben geen lid van een werkgeversclub"
2. "In de arbeidsovereenkomst staat niets over een cao"
3. ik val niet onder de avv

Wat denkt u: *zullen deze verwerpen van de werkgever voldoende zijn?* We komen hier later op terug.

In principe is een partij gebonden aan de cao. Maar de ene vorm van binding is sterker dan de andere. Er zijn **5 vormen van binding**. De eerste weegt het zwaarst en de vijfde het lichtst. Hoe hoger, hoe sterker de inbreuk op de individuele contractsvrijheid:

1. AVV (art. 3): art. 3 lid 1 van de wet AVV regelt de normatieve werking: “Elk beding tussen den werkgever en den werknemer, strijdig met verbindend verklaarde bepalingen, is nietig; in plaats van zodanig beding gelden de verbindend verklaarde bepalingen”. De enige eis is dat de onderneming valt onder de werkingssfeer. De AVV komt dus in plaats van de andere bepalingen die tussen partijen gelden. De AVV geldt voor iedereen in de bedrijfstak, ongeacht het lidmaatschap (het geldt dus ook voor de ongebonden werkgevers). De looptijd is niet langer dan 2 jaar. De AVV heeft geen terugwerkende kracht en ook geen nawerking. De werkgever wordt toch geraakt, dus moeten de normatieve bepalingen ook niet langer duren dan het AVV-besluit zelf. Er kan nakoming af worden gedwongen bij de kantonrechter. De minister zet eigenlijk zijn stempel op de cao, waardoor het een soort besluit van algemene strekking wordt. Maar wel een civiel effect omdat het kan worden afgedwongen bij de kantonrechter. De cao werkt door op de arbeidsovereenkomst, waardoor je je dus bij de kantonrechter kan beroepen op de arbeidsovereenkomst. De AVV heeft dus ook geen nawerking (zie bijvoorbeeld arrest Hop/Hom en arrest Rode Kruis Ziekenhuis).

In het **arrest Beenen/Vanduh** is een uitzondering genoemd: als een werknemer op het tijdstip waarop hij ziek werd, op grond van de avv-cao-bepalingen recht heeft op loondoorbetaling of suppletie van zijn uitkering over een in die bepalingen omschreven tijdvak, wordt het aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden avv te zijn.

2. Cao (art. 9 en 12 Wet CAO): art. 9 en 12 wet CAO horen eigenlijk bij elkaar. Art. 9 definieert het begrip gebondenheid: “Allen, die tijdens den duur der collectieve arbeidsovereenkomst (...), lid zijn of worden eener vereeniging, welke de overeenkomst heeft aangegaan, en bij de overeenkomst zijn betrokken, zijn door die overeenkomst gebonden”. Er geldt dus een dubbele eis. Voor gebondenheid is dus belang dat je lid bent of wordt van een vakbond of werknemersvereniging en moet je betrokken zijn bij de overeenkomst. De activiteiten van de onderneming moeten vallen onder de werkingssfeer voor betrokkenheid. Art. 12 Wet CAO gaat over normatieve werking: “Elk beding tusschen een werkgever en een werknemer, strijdig met eene collectieve arbeidsovereenkomst door welke zij beide gebonden zijn, is nietig; in plaats van zodanig beding gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst”. Het gaat over de voorrangsregel van de cao op de arbeidsovereenkomst. Art. 13 Wet CAO geeft een aanvullende regeling. We noemen de invloed van art. 9 en 12 op de arbeidsovereenkomst ook wel de **stempelwerking**. Zonder de doorwerking kun je ook geen nawerking van de arbeidsovereenkomst hebben. De doorwerking noemt men ook wel normatieve werking.

3. Art. 14 Wet CAO: het is een bepaling om te voorkomen dat de werkgever in zee ging met niet-vakbondsleden, omdat dit goedkoper zal zijn. De werkgever moet de cao ook toepassen op niet-georganiseerde werknemers. De werkgever zal anders de niet-vakbondsleden voor minder geld laten werken. De niet georganiseerde werknemer krijgt een aanbod die hij kan aanvaarden. Maar er zijn situaties waarin de niet-georganiseerde werknemer het aanbod niet zal aanvaarden. De plicht van art. 14 Wet CAO ligt heel erg op de werkgever. Het artikel voorkomt onderbieding en beschermt eigenlijk de cao zelf. Alle werknemers moeten gelijk behandeld worden. Maar het is niet hetzelfde als algemeen gelijke behandeling bescherming. De werkgever moet de plicht heel feitelijk uitvoeren. Hij hoeft niet een heel incorporatiebeding te toepassen. Uit de administratie moet blijken, of de betaling goed is uitgevoerd. De cao moet dus gewoon netjes in acht worden genomen. Vroeger wilden vakbonden niet veel doen met meldingen van niet-vakbond leden. Tegenwoordig zijn de vakbonden wel actief omdat ze graag leden willen.

4. Incorporatie wegens art. 14 Wet CAO: we hebben art. 14 Wet CAO dus gezien als een soort beschermingsartikel. Maar nu verlaten we het CAO recht en komen we terecht in het verbintenissenrecht. CAO normen zijn eigenlijk een soort contractnormen. Het zijn dus **individuele contractnormen** die van invloed zijn op de arbeidsovereenkomst. De cao wordt onderdeel van de arbeidsovereenkomst. Dit is dus eigenlijk verbintenissenrecht. Vakbonden kunnen nakoming vragen.

Maar van een geïncorporeerd cao kan niet door vakbonden nakoming worden gevorderd, alleen door de individuele werknemers.

5. Onverplichte incorporatie ('volgen'): Niet voor alles in Nederland geldt een werkingssfeer, vooral voor de vrije beroepen. Maar ze willen vaak wel meeliften op een arbeidsvoorwaardenpakket, ondanks dat er geen cao regelingen voor gelden. Het kan vooruitlopen op een lidmaatschap voor de werknemersverenigingen. De cao regelingen worden nu ook weer individuele contractnormen. In de cao staan vaak bepalingen waarmee is afgeweken van dwingend recht. Je mag bijv. bij de cao afwijken van de ketenregeling. In het systeem van het cao moet je thuis horen om daar gebruik van te mogen maken.

Hieronder is een kort overzicht van de vijf trappen weergeven:

Type binding	Lidmaatschapsvereiste	Werkingsfeer vereiste	Nawerking
1. art. 3 Wet AVV	nee	ja	Nee
2. Art. 9 + 12 Wet CAO	Ja, tweezijdige lidmaatschapseis (wn + wg)	ja	ja
3. art. 14 Wet CAO (enkel toepassen)	Ja, eenzijdige lidmaatschapseis werkgever	ja	nee
4. Incorporatie <u>wegens</u> art. 14 Wet CAO	Ja, eenzijdige lidmaatschapseis werkgever	ja	Hangt af van redactie
5. Onverplicht volgen	nee	...	Hangt af van redactie

Terug naar de casus van Jan:

De werkgever zei:

1. "Ik ben geen lid van een werkgeversclub"
2. "In de arbeidsovereenkomst staat niets over een cao"
3. ik val niet onder de avv

- 1.) Maakt lidmaatschap uit? Langs welke weg kan ook binding ontstaan? → in dit geval zal dat via de AVV kunnen
- 2.) Er staat niets in de arbeidsovereenkomst? Langs welke weg kan toch binding ontstaan? → Er kan wel een AVV zijn, ondanks dat de werkgever daar niks mee wilt. De werkgever kan zich hier niet aan onttrekken.
- 3.) Niet onder AVV? Hoe weten we dat? → Dit kan inderdaad en valt over te discussiëren. We moeten kijken naar de werkingssfeer. Valt het bedrijf binnen de werkingssfeer van de cao.
- 4.) Heeft AVV nawerking? Nee, de AVV werkt alleen tijdens de looptijd van het AVV-besluit zelf (zie ook het schema)
- 5.) En als werkgever dispensatie heeft? Deze wordt niet vaak verleend omdat de cao partijen hier vaak geen belang bij hebben.
- 6.) Waarop kan Jan een eventuele vordering baseren? Dit doet hij op zijn arbeidsovereenkomst, waarop de cao doorwerkt. Met zijn arbeidsovereenkomst in de hand kan hij naar de kantonrechter stappen.
- 7.) Waarop zou hij zijn vordering hebben kunnen baseren als zijn werkgever lid was van de werkgeversvereniging, partij bij de cao? De cao zal kunnen doordrukken op zijn arbeidsovereenkomst.

Hij kan zijn vordering instellen. Het is belangrijk dat het systeem altijd aanhaakt bij de werkgever. De werkgever moet altijd gebonden zijn. De werkgever moet lid zijn en de werknemer ook (art. 9 Wet CAO). Pas dan krijg je stempelwerking.

8.) Is er nawerking na afloop cao? Ja, we zagen dat de stempelwerking hier op gaat. Op het moment dat de cao is afgelopen, staat hij nog 'afgedrukt in de klei'. Dus er is wel nawerking.

Stakingsrecht

Het stakingsrecht is eigenlijk het **sluitstuk van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming**. In 2017 zijn er veel stakingen geweest. Er waren een paar specifieke stakingen, waardoor dit veroorzaakt is. Tevens is het stakingsrecht versoepeld in de jaren daarvoor, vanwaar ook waarschijnlijk de piek. In Nederland hebben wij vrij weinig arbeidsonrust. Frankrijk heeft de meeste arbeidsonrust, en met name stakingen. Zij hebben daar een ander systeem, waardoor iedereen onder de cao valt. Iedereen is dus betrokken bij de cao. De balans tussen werknemers en werkgevers is daar anders.

Maar waarvoor wordt eigenlijk gestaakt? Allereerst als **drukmiddel om te onderhandelen** over de cao en om onderhandelingen af te dwingen. Er kan ook worden gestaakt om de vastgelopen onderhandelingen een duwtje te geven. Maar welke thema's spelen hierbij een rol?

- Loon- en arbeidsvoorwaarden;
- Werkdrukverlaging;
- Meer vaste banen;
- Gezond de pensioensleeftijd halen.

Art. 6 Europees Sociaal Handvest stelt het recht op staking centraal. Het stelt teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen en te erkennen. Op grond van het vierde lid hebben werkgevers en werknemers recht om collectief op te treden in het geval van belangenverschillen. In Nederland is het een soort rechtersrecht. Wij moeten het hebben van de jurisprudentie, waar spelregels staan voor staking. We kenden oorspronkelijk het **NS arrest**.

In het **NS arrest** zei de Hoge Raad, dat voor het vaststellen of de collectieve acties rechtmatig waren, moet worden getoetst aan art. 6 lid 4 ESH. Deze bepaling kan een ieder verbinden. De acties keerden zich tegen de werkgever, maar richtten zich ook tegen de overheid, namelijk stiptheidsacties, werkonderbrekingen en stakingen. Onder art. 6 lid 4 ESH kunnen dit soort acties, die zich tegen de overheid richten, vallen. De acties waren dan ook rechtmatig. Maar dit is tegenwoordig wat achterhaald. Dit lezen we zometeen in het **Enerco arrest**.

Het stakingsrecht kan in principe geen beperkingen ondergaan gelet op **art. 6 Europees Sociaal Handvest**, met uitzondering van de beperkingen die in de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden.

Er gelden verschillende stappen om te oordelen of de **staking onrechtmatig** is:

1. Is art. 6 lid 4 ESH van toepassing (of slechts art. 6:162 BW)?

1.1 Is sprake van een collectieve actie? Er moet sprake zijn van een groep van werknemers.

1.2 Is sprake van een collectief belangengeschil? (stakingreden) criteria:

- Het geschil raakt alle of vele werknemers in de onderneming
- Het geschil kan door collectieve onderhandelingen worden opgelost (geschil over arbeidsvoorwaarden en is dus geen politieke staking).

1.3 De collectieve actie moet zich richten tegen de werknemer. Ook een actie die zich richt tegen een ander dan de werkgever (zoals de overheid) maar zich wel keert tegen de werkgever, kan onder de bescherming van het ESH vallen. De voorwaarde is dat de staking gaat om arbeidsvoorwaarden en niet zuiver politiek is.

Sommige groepen kunnen moeilijker staken dan andere groepen. Denk aan ZZP'ers of mensen in de zorg. Het is belangrijk dat de collectieve actie bijdraagt aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Zoals is neergelegd in art. 6 ESH (Enerco arrest).

In het **Enerco arrest** (aanvulling op het NS arrest) ging het om een staking in de haven van Amsterdam. De Hoge Raad zei dat de staking slechts kan worden beperkt via de weg van art. G ESH. Maar dit geldt overigens niet alleen voor stakingen, maar ook voor andere secundaire acties als flashmobs, besmetverklaringen, stiptheidsacties et cetera. Zolang zij maar bijdragen aan het doel van de werknemersorganisaties: collectief onderhandelen. Poortblokkades en bedrijfsbezittingen vallen ook onder dit artikel (**Amsta arrest**).

Als er geen belangengeschil is tussen de werkgever en de werknemer, zoals bij een politieke staking, dan is het Europees Sociaal Handvest niet van toepassing en wordt slechts getoetst aan nationaalrechtelijke bepalingen. Het optreden van stakende werknemers wordt getoetst aan de plichten uit de arbeidsovereenkomst (wanprestatie) en het optreden van de vakbond wordt getoetst aan de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid: dat wil zeggen 6:162 BW (en niet 6 lid 4 ESH).

Als het ESH wel van toepassing is, dan rechtstreekse toetsing aan art. 6 lid 4 ESH en de daarop door art. G ESH gemaakte uitzonderingen. Het uitgangspunt is dan dat de uitoefening van het stakingsrecht in beginsel rechtmatig is. De collectieve actie kan niettemin onrechtmatig zijn en tot beperkingen of verbod aanleiding geven en tot verbod of beperkingen leiden, indien: Er in strijd is gehandeld met de vredesplichtclausule (art. 6 lid 4 ESH) en voldaan is aan de maatstaf van art. G ESH. In Nederland kennen we art. 6:162 BW hiervoor.

Bij de **belangenafweging** moeten alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Bij een disproportionele inbreuk op belangen van derden als algemeen belang, is de actie alsnog onrechtmatig! De kernvraag bij misbruiktoetsing is: maakt de actie, gelet op de zorgvuldigheidseisen van art. 6:162 BW, in zodanige mate inbreuk op rechten van derden of algemene belangen (bedoeld als in art. G ESH), dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn?

In het **Amsta arrest** werd bepaald: Bij beoordeling of **beperkingen** aan het recht op collectieve actie maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk zijn (art. G ESH), spelen alle omstandigheden een rol, onder andere:

- de aard en duur van de actie,
 - de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel,
 - de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden,
 - en de aard van die belangen en die schade;
 - of de 'spelregels' zijn nageleefd (tijdig aanzeggen staking en staking mag slechts als ultimum remedium).
- ➔ Deze regels zijn tegenwoordig niet meer leidend maar we gebruiken het Amsta arrest wel als gezichtspunt. Het Amsta arrest is een vervolg op het Enerco arrest.