

Cao in concernverband: één voor allen...?

FLOOR HINTZEN

De toepasselijkheid van een cao brengt voor werkgevers belangrijke verplichtingen met zich mee op het arbeidsvoorwaardelijk vlak. Het is echter lang niet altijd duidelijk of een onderneming onder het toepassingsbereik van een cao valt. Uit de rechtspraak blijkt dat werkgevers en vakbonden sterk uiteenlopend kunnen kijken naar het toepassingsbereik van een cao. Hoe zit het met de toepasselijkheid van cao's indien er meerdere bedrijfsonderdelen bestaan binnen concernverband?

Een cao kan op een beperkt aantal manieren van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst die tussen een werkgever en een werknemer wordt gesloten. Allereerst kan een werkgever een eigen cao overeenkomen met (representatieve) vakbonden, die alleen geldt voor het eigen bedrijf (bedrijfs-cao). Daarnaast kan een werkgever vrijwillig besluiten om een cao van toepassing te verklaren in de arbeidsovereenkomst (incorporatie).

Als een werkgever niet zelf een cao heeft afgesloten of heeft geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomsten, bestaat in de volgende gevallen toch een verplichting om een cao toe te passen:

1. de werkgever is lid van een werkgeversvereniging die een bedrijfstak-cao heeft gesloten waarbij de werkgever betrokken is; of
2. een bedrijfstak-cao waarbij de werkgever betrokken is, is algemeen verbindend verklaard.

Een werkgever is – kortgezegd – bij een cao betrokken als zijn onderneming in overwegende mate de in de werkingsfeerbepaling gedefinieerde activiteiten verricht. Meestal moet het gaan om meer dan 50% van de activiteiten, waarbij wordt gekeken naar het aantal werknemers, de gewerkte uren of de loonsom. De cao hoeft slechts te worden nageleefd ten aanzien van de in de cao gedefinieerde werknemers.

Cao-norm

Of een onderneming al dan niet onder de werkingsfeerbepaling, en daarmee het toepassingsbereik van een cao, valt, moet volgens vaste rechtspraak worden beoordeeld aan de hand van de zogeheten cao-norm. Dit brengt met zich dat een cao-bepaling naar objectieve maatstaven moet

worden uitgelegd. De bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst, zijn in beginsel van doorslaggevende betekenis. Deze objectieve uitleg houdt niet in dat de letterlijke (grammaticale) betekenis van een bepaling altijd doorslaggevend is, maar dat de uitleg alleen kan plaatsvinden aan de hand van de naar objectieve maatstaven kenbare bedoeling van partijen die de cao sloten. De bestaansgrond van de cao-norm is gelegen in de bescherming van zowel werkgevers als ook werknemers die niet bij de totstandkoming aanwezig zijn geweest (en daardoor de bedoeling van partijen die de cao hebben opgesteld niet kennen) en voorts in de noodzaak van een eenvormige uitleg voor alle door de cao gebonden partijen.

Er kan een interessante situatie ontstaan als een onderneming is ingericht als een concern met meerdere rechtspersonen met verscheidene bedrijfsactiviteiten. In een dergelijk geval speelt de vraag of de rechtspersonen binnen het concern voor de beoordeling van de van toepassing zijnde cao(s) moeten worden aangemerkt als één onderneming (gezamenlijke toets), of dat per afzonderlijke rechtspersoon apart (afzonderlijke toets) moet worden beoordeeld of een, en zo ja welke, cao van toepassing is.

Afzonderlijke en gezamenlijke toets

In de kwestie die een aantal jaren geleden speelde tussen FNV en het Van Oers-concern ging het om de vraag of de cao Gemaksvoedingsindustrie slechts door Van Oers Snacks BV (de rechtspersoon die gemaksvoeding produceert als omschreven in de werkingsfeerbepaling) of door het gehele concern moet worden nageleefd. Volgens FNV vormen de rechtspersonen binnen het concern tezamen één onderneming in de zin van de werkingsfeerbepaling,

omdat de andere rechtspersonen (met name) aan Van Oers Snacks BV ondersteunende werkzaamheden verrichten, zoals inkoop, opslag, verkoop, opslag en logistiek van de binnen van Oers Snacks BV geproduceerde producten. In de werkingsfeerbepaling is opgenomen dat de cao van toepassing is op '(onderdelen van) ondernemingen' die de in de cao genoemde bedrijfsactiviteiten (in overwegende mate) verrichten.

De kantonrechter oordeelde dat voor iedere rechtspersoon afzonderlijk moet worden beoordeeld of deze onder de werkingsfeerbepaling valt. In hoger beroep werd daarentegen geoordeeld dat de activiteiten van de rechtspersonen tezamen kunnen worden aangemerkt als één onderneming in de zin van de werkingsfeerbepaling. Dit omdat Van Oers Snacks BV, gezien de onderlinge samenhang en wederzijdse afstemming van de activiteiten, afhankelijk is van de werkzaamheden die binnen de overige rechtspersonen van het concern worden verricht. Daarnaast werd overwogen dat de ratio van een werkingsfeerbepaling geweld zou worden aangedaan, als de toepasselijkheid van een cao zou kunnen worden omzeild door op elkaar afgestemde activiteiten onder te brengen in afzonderlijke rechtspersonen. In cassatie oordeelde de Hoge Raad echter dat uit de tekst en strekking van de cao volgt dat, ook indien sprake is van samenwerking binnen een concern door meerdere rechtspersonen, voor iedere rechtspersoon afzonderlijk moet worden bezien of de cao van toepassing is. De omschrijving in de werkingsfeerbepaling '(onderdelen van) ondernemingen' zou anders geen begrijpelijke betekenis hebben doordat deze, naar objectieve maatstaven uitgelegd, betrekking heeft op het geval dat onderdelen van ondernemingen zijn ondergebracht in verschillende rechtspersonen. Voorts achtte de Hoge Raad van belang dat een beoordeling per rechtspersoon aansluit op het in de cao gedefinieerde werkgeversbegrip: 'een (natuurlijke of rechts-)persoon die op basis van een arbeidsovereenkomst één of meer werknemers in dienst heeft in zijn onderneming.'

In deze zaak kwamen niet alle rechterlijke instanties tot hetzelfde oordeel doordat zowel de afzonderlijke als gezamenlijke toets werd toegepast. Daaruit blijkt hoe lastig de beoordeling van de toepasselijkheid van cao's in concernverband kan zijn. Uit het oordeel van de Hoge Raad volgt in ieder geval dat de Hoge Raad het werkgevers-/ondernemingsbegrip in het kader van de rechtszekerheid bij voorkeur letterlijk, en daarmee eng, uitlegt.

Afzonderlijke toets

In december 2019 stelde FNV in een gerechtelijke procedure dat het volledige Picnic-concern de algemeen verbindend verklaarde cao voor het Levensmiddelenbedrijf moest naleven. De Picnic-organisatie presenteert en profileert zich als 'online supermarkt'. Daarbij is ervoor gekozen om de verschillende met de exploitatie van de online supermarkt samenhangende activiteiten binnen de organisatie, waaronder het bepalen van het assortiment en de prijzen, de distributie, de bezorging bij consumenten, de ontwikkeling van software en de zakelijke dienstverlening, onder te

brengen in verschillende rechtspersonen. Volgens FNV zijn desondanks ook deze rechtspersonen verplicht om de cao toe te passen, omdat de activiteiten die daarbinnen worden verricht, alleen maar zijn gericht op de exploitatie van de online supermarkt.

De werkingsfeerbepaling bepaalt dat de cao van toepassing is op alle werkgevers die een winkel exploiteren in de zin van de cao. Onder 'werkgever' wordt hierbij verstaan: 'iedere natuurlijke of rechtspersoon die één of meer winkels in de zin van deze cao exploiteert (...)'.
De kantonrechter overwoog dat in de definitiebepalingen, noch elders in de cao, een aanknopingspunt is te vinden dat het begrip 'werkgever' in de werkingsfeerbepaling zo moet worden opgevat dat daaronder ook rechtspersonen vallen die weliswaar niet zelf een winkel in de zin van de cao exploiteren, maar wiens activiteiten wel samen zouden kunnen hangen met het exploiteren van een winkel.

Volgens de kantonrechter geldt er geen uitzondering als deze activiteiten in concernverband worden uitgevoerd ten behoeve van de rechtspersoon die een winkel in de zin van de cao exploiteert. Er zal dan ook per rechtspersoon apart moeten worden beoordeeld of de cao van toepassing is. FNV heeft niet onderbouwd welke activiteiten wel en welke niet als onderdeel van de cao zouden moeten worden beschouwd. Die duidelijkheid is vereist omdat het voor werkgever en werknemers (die geen partij zijn bij de totstandkoming van de cao) helder moet zijn of zij onder het toepassingsbereik van de cao vallen.

Ook hier wordt het werkgevers-/ondernemingsbegrip – in het kader van de rechtszekerheid – naar de letterlijke betekenis van het woord uitgelegd.

Gezamenlijke toets

Stichting Joyce-House vroeg de rechtbank vorig jaar om zich uit te spreken over de vraag of zij onder het toepassingsbereik van het verplichtstellingsbesluit Zorg en Welzijn valt. Zij stelt dat zij – in tegenstelling tot de twee dochterstichtingen die zij bestuurt – niet onder de werkingsfeer valt omdat haar activiteiten niet bestaan uit het verlenen van zorg als opgenomen in de werkingsfeerbepaling, maar uit het verlenen van zakelijke diensten, aangezien zij nagenoeg alleen ondersteunende (kantoor)werkzaamheden verricht. Op grond van de werkingsfeerbepaling is het verplichtstellingsbesluit (onder meer) van toepassing op 'werkgevers in de zorg' waaronder wordt verstaan: 'de rechtspersoon die zorg of hulp verleent in een of meer van de volgende vormen (...)'.
De kantonrechter oordeelde dat het concern als één geheel moet worden gezien voor de reikwijdte van de werkingsfeerbepaling. Als gevolg daarvan gelden de verplichtingen die volgen uit de verplichtstelling voor het gehele concern. Bij dit oordeel werd van belang geacht dat Stichting Joyce-House haar werkzaamheden – die naar het oordeel van de kantonrechter inderdaad niet direct zorgverlenend zijn – verricht ten behoeve van haar dochterstichtingen, dat dit met name een praktische reden heeft, dat zij geen werkzaamheden verricht ten behoeve van andere werk-

gevers en dat de dochterstichtingen geen feitelijke zorg kunnen verlenen zonder dat Stichting Joyce-House ondersteunende werkzaamheden verricht. Daaruit concludeerde de kantonrechter dat Stichting Joyce-House enerzijds en de dochterstichtingen anderzijds niet zonder elkaar kunnen opereren, waarmee Stichting Joyce-House indirect ook zorg verleent. De kantonrechter voegde daaraan toe dat een ander oordeel ertoe zou leiden dat een onderneming zelf zou kunnen bepalen welke werknemers bij het bedrijfstak-pensioenfonds pensioen opbouwen en welke niet, enkel door bepaalde – niet bestaande uit het feitelijk verrichten van de in de werkingsfeer opgenomen bedrijfsactiviteiten – werkzaamheden in een andere rechtspersoon onder te brengen.

Uit deze uitspraak volgt dat een dusdanige verwevenheid van de door de rechtspersonen binnen een concern verrichte werkzaamheden, onder omstandigheden kan leiden tot het oordeel dat een gezamenlijke cao-toets moet plaatsvinden.

Belang voor de praktijk

Uit de besproken rechtspraak volgt dat de beoordeling van het al dan niet van toepassing zijn van een cao (dan wel een verplichtstellingsbesluit waarvan de bepalingen op overeenkomstige wijze wordt uitgelegd) in concernverband in de praktijk erg complex kan uitwerken. Het is dus zaak om zorgvuldig in kaart te brengen of, en zo ja welke, rechtspersonen van het concern onder het toepassingsbereik van een cao vallen.

Het is echter lastig om uit de besproken rechtspraak een algemene conclusie te trekken over de wijze waarop het van toepassing zijn van cao's in concernverband wordt beoordeeld. De tekst van de werkingsfeerbepaling luidde in alle uitspraken namelijk anders. Of een cao van toepassing is op het gehele concern of slechts op onderdelen daarvan, is afhankelijk van het in de cao gedefinieerde (letterlijke) ondernemings-/werkgeversbegrip, en moet daarom per individueel geval beoordeeld worden. Als dit begrip betrekking heeft op het concern in zijn geheel, moet de cao – voor zover het concern in zijn geheel onder de werkingsfeer valt – worden toegepast binnen het gehele concern. Wanneer het begrip betrekking heeft op de afzonderlijke rechtspersoon, moet dan per rechtspersoon worden nagegaan of de bedrijfsactiviteiten al dan niet onder de werkingsfeer vallen. De werkgever is dan alleen maar ten aanzien van de rechtspersonen die onder de werkingsfeer vallen verplicht om de cao toe te passen. In dat geval kunnen binnen één concern verschillende arbeidsvoorwaarden gelden.

Hoewel het werkgevers-/ondernemingsbegrip in de cao zodanig is gedefinieerd dat per rechtspersoon moet worden beoordeeld of de cao van toepassing is, kan tóch geoordeeld worden dat het concern voor het toepassingsbereik van de cao als één geheel moet worden gezien. Daartoe zal alleen aanleiding bestaan als er sprake is van dusdanige verwevenheid van rechtspersonen van het concern dat deze feitelijk niet zonder elkaar kunnen opereren, en daarmee het niet toepassen van de cao op het gehele concern leidt tot (bewuste of onbewuste) omzeiling van arbeidsrechtelijke regels.

Het is voor werkgevers van groot belang om de concrete situatie regelmatig zorgvuldig te beoordelen, omdat een wijziging binnen het concern (van bijvoorbeeld de bedrijfsactiviteiten of de verdeling van werknemers binnen de bedrijfsonderdelen) kan leiden tot wijziging van de van toepassing zijnde cao(s). Indien een (andere) cao van toepassing wordt, kan het voorkomen dat arbeidsvoorwaarden moeten worden aangepast, met alle vergaande (financiële) gevolgen van dien. Individuele afspraken tussen een werkgever en een werknemer in strijd met de cao zijn in beginsel immers nietig. In een dergelijk geval moet een (pakket)vergelijking plaatsvinden tussen de oude arbeidsvoorwaarden en de arbeidsvoorwaarden die gelden (dan wel golden) op grond van de van toepassing zijnde cao. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat het in de cao opgenomen loon met terugwerkende kracht aan werknemers moet worden uitbetaald. Het tijdig inwinnen van advies kan ervoor zorgen dat nog ten halve gekeerd kan worden in plaats van ten hele gedwaald!

Bronnen

Wet: art. 9 Wet CAO; art. 2 Wet AVV.

Jurisprudentie: HR 17-9-1993 (ECLI:NL:HR:1993:ZC1059); HR 23-9-2016 (ECLI:NL:HR:2016:2171); Hof Den Bosch 3-2-2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:294); Ktr. Utrecht 28-8-2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:4029); Ktr. Amsterdam 3-12-2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8968)



Over de auteur



Mr. F. Hintzen
Pallas Advocaten, www.pallasadvocaten.nl