



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: HvJ EG (Overgang van cao-bepalingen: bevroering of dynamiek)

Beltzer, R.M.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. M., (2006). Case note: HvJ EG (Overgang van cao-bepalingen: bevroering of dynamiek), Mar 09, 2006. (Arbeidsrechtelijke Annotaties; Vol. 2006, No. 5-2).

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Overgang van cao-bepalingen: bevriezing of dynamiek

HvJ EG 9 maart 2006, JAR 2006/83

*Overgang van onderneming, behoud rechten en verplichtingen uit
collectieve arbeidsvoorwaarden, reikwijdte incorporatiebeding*

1 Inleiding

Het belangrijkste doel van de Richtlijn overgang van ondernemingen¹ is het verzekeren van het behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking²) in geval van overgang van een onderneming. Dit behoud ziet niet alleen op individuele afspraken tussen werkgever en werknemer, maar evenzeer op collectieve afspraken tussen (vertegenwoordigers van) werkgever(s) enerzijds en (vertegenwoordigers van) werknemerscollectieven anderzijds, zo blijkt uit artikel 3 lid 3 van de richtlijn. Ditzelfde artikel stelt grenzen aan de gebondenheid van de verkrijger aan collectieve bepalingen bij de totstandkoming waarvan hij, in veel gevallen, op geen enkele wijze betrokken is geweest. In zijn arrest van 9 maart 2006, gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Duitse rechter in een geschil tussen een overgegangene werknemer en zijn (verkrijgende) werkgever, heeft het Hof van Justitie van de EG uitleg gegeven over de reikwijdte van artikel 3 lid 3. Hoewel het antwoord op de vraag wanneer de binding van de verkrijger aan collectieve afspraken na overgang van onderneming eindigt mede afhankelijk is van het nationale recht te dier zake,³ is de uitspraak niettemin van belang voor de Nederlandse rechtspraak.

Na het behandelen van het procesverloop en de uitspraak van het Hof van Justitie, zal ik in mijn annotatie ingaan op zowel algemene aspecten van overgang van collectieve regelingen als op enkele specifieke aspecten van

1 Voluit: Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16) inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen van vestigingen. Deze richtlijn is voorafgegaan door de Richtlijn van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), welke op haar beurt is voorafgegaan door Richtlijn 77/189/EEG (PbEG 5 maart 1977, L 61/26).

2 Zie artikel 2 lid 1 sub d en lid 2 van de richtlijn. De Nederlandse wetgever heeft geen plaats ingeruimd voor het begrip 'arbeidsbetrekking'. De richtlijn is derhalve slechts geïmplementeerd ten aanzien van personen met een arbeidsovereenkomst.

3 Zie mijn bijdrage 'Botsende en nawerkende CAO-bepalingen', ArA 2003/1, p. 30-40.

het arrest, met name indien en voor zover deze aspecten raken aan ons nationale rechtstelsel.

2 Feiten en procesverloop tot het Hof van Justitie EG

Hans Werhof trad op 1 april 1985 in dienst van de Duitse vennootschap DUEWAG AG. Zijn arbeidsovereenkomst bevatte de bepaling dat op de relatie met zijn werkgever de bepalingen van de algemene collectieve overeenkomst inclusief het toen geldende loonakkoord voor de Eisen-, Metall- und Elektroindustrie (staalverwerkende, metaalverwerkende en elektronische industrie) van Nordrhein-Westfalen (verder: SME-cao) van toepassing was. Door de verwijzing naar de op dat moment geldende regeling had het incorporatiebeding een zogenoemd dynamisch karakter: niet alleen de huidige versie van de collectieve overeenkomst zou van toepassing zijn, maar evenzeer toekomstige versies daarvan.

DUEWAG AG was lid van het Arbeitgeberverband der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (verder: AGV), partij bij deze collectieve overeenkomst. Werhof was geen lid van de wederpartij van AGV bij de overeenkomst, de Industriegewerkschaft Metall (hierna: IGM). DUEWAG AG werd op 1 april 1999 omgezet in Siemens DUEWAG GmbH. Een half jaar later werd een onderdeel van deze onderneming overgedragen aan Freeway Traffic Systems GmbH (verder: FTS). Werhof was werkzaam bij dit onderdeel. Deze overdracht was te kwalificeren als een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn. FTS was zelf niet aangesloten bij een werkgeversorganisatie en was ook niet partij bij enige cao.

Op 2 augustus 2001 sloot FTS met de eigen ondernemingsraad een ondernemingsovereenkomst betrekking hebbende op de inschaling van werknemers. Daartoe werd de SME-cao als uitgangspunt gehanteerd. Anderhalve week later volgde een tweede ondernemingsovereenkomst, waarin werd voorzien in een eenmalige salarisuitkering. Daaraan gekoppeld was de verklaring van de werknemer dat hij zou afzien van alle eventueel bestaande individuele aanspraken uit loonsverhogingen krachtens een collectieve overeenkomst over een tijdvak van vóór de datum van de tweede ondernemingsovereenkomst (13 augustus 2001). Op 29 augustus werd vervolgens een aanvullende overeenkomst gesloten tussen Werhof en FTS, waarin de omvang van zijn salaris en de componenten daarvan werden vastgelegd.

IGM en AGV sloten op 23 mei 2002 een nieuwe collectieve overeenkomst. Deze overeenkomst voorzag in een loonsverhoging van 2,6% per 1 juni 2003, alsmede in een aanvullende uitkering. Werhof maakte aanspraak op deze loonsverhoging, FTS weigerde deze door te voeren.

Voor het Arbeitsgericht Wuppertal vorderde Werhof veroordeling van FTS tot betaling van de verhoging en de aanvullende uitkering. Deze vordering

werd afgewezen. In hoger beroep twijfelde het Landesarbeitsgericht Düsseldorf aan de verenigbaarheid van het Duitse recht⁴ met artikel 3 van de richtlijn. De rechter legde het Hof daarom de volgende prejudiciële vragen voor:

- ‘1 Is het verenigbaar met artikel 3, lid 1,⁵ van Richtlijn 98/50 (...) tot wijziging van Richtlijn 77/187 (...) wanneer de niet aan een cao gebonden verkrijger van een onderneming op zodanige wijze gebonden is aan een tussen de aan een cao gebonden vervreemder van een onderneming en de werknemer gesloten overeenkomst volgens welke de geldende collectieve loonovereenkomsten toepasselijk zijn die de vervreemder van de onderneming binden, dat de op het moment van de overgang van de onderneming geldende collectieve overeenkomst toepasselijk is, maar niet later in werking tredende collectieve loonovereenkomsten?
- 2 Indien het antwoord op deze vraag ontkennend luidt: is het verenigbaar met artikel 3, lid 1, van Richtlijn 98/50 wanneer de niet aan een cao gebonden verkrijger van een onderneming slechts gebonden is aan na het tijdstip van de overgang van de onderneming in werking getreden collectieve overeenkomsten zolang de vervreemder van een onderneming daaraan gebonden is?’

3 Hof van Justitie EG⁶

Werhof stelde voor het Hof dat de verkrijger gebonden was aan de bepalingen van de op 23 mei 2003 – drieënhalf jaar na de overgang van Siemens naar FTS – voor de branche gesloten SME-cao. Zijn ten tijde van de overgang naar FTS geldende arbeidsovereenkomst bevatte immers de bepaling dat dié cao, zonder vermelding van de versie daarvan, van toepassing zou zijn op de arbeidsovereenkomst. Die bepaling zag volgens Werhof dus ook op een na de overgang overeengekomen versie van de SME-cao. Deze uitleg zou stroken met de strekking van de richtlijn, ‘te weten de bescherming van de werkne-

4 Het ging in het bijzonder om de rechtspraak op basis van par. 613a lid 1 BGB.

5 Op de casus was Richtlijn 77/187 van toepassing, de eerste versie van de huidige richtlijn. Het ging immers om het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overgang op 1 oktober 1999, op welk tijdstip de termijn voor het implementeren van Richtlijn 98/50 nog niet verstreken was. Inhoudelijk maakt dat echter geen verschil. Zuiverder ware mijns inziens geweest niet te verwijzen naar het eerste lid van artikel 3, maar naar het tweede lid (nu: het derde lid), dat immers specifiek over de overgang van collectieve rechten gaat.

6 De conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 15 november 2005 behoeft, naar mijn bescheiden mening, geen aparte behandeling. Het Hof volgt in zijn arrest immers de conclusie van de A-G op alle van belang zijnde punten.

mers wanneer de onderneming van eigenaar wisselt en met name de verzekering van hun aanspraken.' FTS betoogde dat zij slechts gebonden was aan de SME-cao zoals die gold op het moment van overgang en dus niet aan na de overgang overeengekomen regelingen waarbij zij niet zelf partij was of anderszins aan gebonden zou zijn. De opvatting van Werhof zou meebrengen dat de contractsvrijheid van FTS belemmerd zou worden op een wijze 'die gelijk zou staan aan onteigening'. Voorts moest rekening worden gehouden met het beginsel van negatieve verenigingsvrijheid: de vrijheid geen lid te zijn van een cao-sluitende werkgeversorganisatie. Ten slotte zou de opvatting van Werhof over de strekking van de richtlijn berusten op een verkeerde lezing van de richtlijn in het algemeen en van artikel 3 lid 1 van de richtlijn in het bijzonder.

De Commissie voegde aan de stellingen van FTS nog toe dat de richtlijn twee relevante voorschriften bevat met betrekking tot het einde van de binding van de verkrijger aan collectieve regelingen die op het moment van overgang voor de vervreemder en de werknemer golden. Daarmee doelde de Commissie op de twee eindigingsgronden, alsmede op de beperkingsmogelijkheid die artikel 3 van de richtlijn biedt. Deze gronden houden in dat de verkrijger gebonden blijft aan de op het moment van de overgang voor de vervreemder geldende in een collectieve regeling opgenomen arbeidsvoorwaarden 'tot het moment waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast'. Voorts kunnen lidstaten het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar. Volgens de Commissie was FTS om die reden niet gehouden de nieuwe versie van de SME-cao te respecteren: de oude – op het moment van de overgang geldende – versie was immers afgelopen (de eerste eindigingsgrond). Daarnaast had Duitsland gebruikgemaakt van de beperkingsmogelijkheid en was inmiddels de termijn van een jaar overschreden.

Ter beantwoording van de hem voorgelegde prejudiciële vragen begint het Hof met het formuleren van het aan het contractenrecht ten grondslag liggende beginsel van wilsautonomie. Dit beginsel brengt mee dat in de situatie dat de verkrijger geen lid is van een werkgeversorganisatie en niet gebonden is aan een collectieve overeenkomst, de bepalingen uit een collectieve overeenkomst in beginsel niet van toepassing zijn. Anders zou sprake zijn van schending van het beginsel dat overeenkomsten geen verplichtingen aan derden kunnen opleggen.⁷ Het Hof vervolgt met de stelling dat de communautaire wetgever bij overgang van onderneming juist een inbreuk op dit beginsel heeft gemaakt om een verslechtering van de positie van de

7 *Pacta tertiis nec nocent (nec prosunt)*, aldus A-G Colomer (overweging 52).

werknemer te voorkomen.⁸ Een afwijking hiervan ten nadele van de werknemer is niet toegestaan; de richtlijn is op dit punt dwingend.⁹ Dit brengt mee dat ingevolge artikel 3 lid 1 van de richtlijn inderdaad de cao-bepalingen zoals op het moment van overgang naar FTS van toepassing op de arbeidsovereenkomst tussen Werhof en Siemens, na overgang dwingend golden in de arbeidsovereenkomst tussen Werhof en FTS. Van belang is vervolgens 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 eerdergenoemde 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 waren 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 Dat zou ook strijden met het doel van de richtlijn: het handhaven van *bestaande* rechten en verplichtingen. De richtlijn beoogt niet de bescherming van loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten. Voorts oordeelt het Hof dat de beperkingsmogelijkheid van artikel 3 lid 2 van de richtlijn, inhoudende dat lidstaten mogen bepalen dat de gebondenheid van de verkrijger eindigt na een jaar na de overgang, subsidiair van aard is: zij speelt slechts een rol indien en voor zover zich niet de eindigingsgronden voordoen, te weten het eerder aflopen van de cao van de vervreemder, dan wel het eerder gebonden worden aan een nieuwe cao.

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

8 Het Hof verwijst hierbij naar eigen uitspraken waarin is uitgemaakt dat werknemers bij de verkrijger in dienst treden op dezelfde voorwaarden als bij de vervreemder golden, zie o.a. HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (Daddy’s Dance Hall) en 12 november 1998, JAR 1999/15 (Europièces).

9 Hier verwijst het Hof naar HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/297 (Martin e.a.).

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

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 artikel 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 FTS zich niet te verenigen kunnen worden aangetast.¹² De opvatting van de Duitse regering waarborgt dat recht juist. Om die redenen oordeelt het Hof dat op de eerste vraag kan worden geantwoord dat artikel 3 lid 1 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat wanneer een arbeidsovereenkomst verwijst naar een collectieve overeenkomst die de vervreemder bindt, de verkrijger die geen partij is bij een dergelijke overeenkomst niet gebonden is aan collectieve overeenkomsten die tot stand komen na die welke van kracht was op het moment van de overgang van de onderneming.

4 Annotatie

Zou men de kern van de uitspraak in één zin willen vatten, dan zou zij als volgt kunnen luiden: de verkrijger van de onderneming is slechts gebonden aan collectieve regelingen zoals die luiden op het moment van overgang, met dien verstande dat de verkrijger geen rekening behoeft te houden met bepalingen die zien op de toepasselijkheid van toekomstige versies van die (of andere collectieve) regelingen. Aansluitend bij de titel: er is veeleer sprake van bevrozing dan de door de werknemer in casu gewenste dynamiek. Deze uitkomst lijkt mij, in het licht van de door het Hof geformuleerde argumenten, redelijk. De uitspraak lijkt mij zonder meer direct toepasbaar op de Nederlandse situatie. Enkele aspecten verdienen nadere beschouwing.

5 Collectieve overeenkomst/cao

Het derde lid van artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat na de overgang van een onderneming de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastge-

¹¹ HvJ EG 15 december 1995, JAR 1996/80.

¹² In deze noot ga ik niet in op de reikwijdte van de vrijheid van (vak)vereniging, hoewel daarover, zeker gezien het Hof in dit arrest daarover naar voren brengt, wel het een en ander te zeggen valt. Ik verwijs hiervoor naar het in deze uitgave opgenomen artikel van F. Dorssemont.

legde arbeidsvoorwaarden¹³ in dezelfde mate moet handhaven als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgelegd voor de vervreemder. De verkrijger wordt hiermee niet zelf partij bij de collectieve overeenkomst, hij heeft een handhavingplicht.¹⁴ Deze plicht geldt tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast. De lidstaten mogen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar. De Commissie en het Hof wezen op deze regels ter ondersteuning van hun stelling dat het niet de bedoeling is geweest de contractsvrijheid van de verkrijger verder aan banden te leggen dan uit de bepaling zelf voortvloeit.

Artikel 3, derde lid is in Nederland uitgewerkt in artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (verder: Wet cao) en artikel 2a van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: Wet avv). Ook deze bepalingen roepen geen gebondenheid van de verkrijger aan de cao van de vervreemder in het leven; de verkrijger dient slechts de in de cao van de vervreemder opgenomen arbeidsvoorwaarden na te leven.¹⁵ De bij de vervreemder in een (algemeen verbindend verklaarde) cao neergelegde arbeidsvoorwaarden blijven na overgang van een onderneming tussen de verkrijger en de overgegangene werknemer gelden tot het moment dat de oude cao afloopt of de verkrijger zelf na de overgang gebonden wordt aan een (algemeen verbindend verklaarde) cao. De Nederlandse wetgever heeft geen gebruik gemaakt van de in de richtlijn opgenomen mogelijkheid het tijdvak te beperken waarbinnen de arbeidsvoorwaarden uit de voor de vervreemder geldende cao door de verkrijger moeten worden gehandhaafd.

De eerste vraag die bij lezing van het derde lid van artikel 3 rijst, is of met 'collectieve overeenkomst' hetzelfde wordt bedoeld als met de Nederlandse cao. Dat hoeft niet zo te zijn. Sociale plannen die geen cao zijn en afspraken met de ondernemingsraad (bijvoorbeeld op grond van artikel 32 WOR) zijn ook te beschouwen als collectieve overeenkomsten. Van Straalen meent onder andere op grond van de ontstaansgeschiedenis van de bepaling dat

13 Bepalingen uit een collectieve overeenkomst die niet arbeidsvoorwaarden als onderwerp hebben, behoeft de verkrijger niet te eerbiedigen. Hierbij valt te denken aan in een cao opgenomen obligatoire bepalingen.

14 Door Fase & Van Drongelen 'pseudo-gebondenheid' genoemd, zie W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, par. 2.13.2 en 2.13.3. De gebondenheid is overigens niet *pseudo*, maar reëel.

15 Dit roept de vraag op of de betrokken vakbonden van de verkrijger naleving van deze plicht kunnen vorderen. Het lijkt mij redelijk dat zij dat kunnen, al zal dat niet op grond van artikel 9 lid 2 Wet cao kunnen, nu de verkrijger geen partij is bij de cao. Een actie op grond van artikel 3:305a BW is wel mogelijk. In gelijke zin P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999, p. 174.

deze twee overeenkomsten ook onder het richtlijnbegrip ‘collectieve overeenkomst’ vallen. Hij wijst daarbij op een vroegere versie van de richtlijn, waarin een onderscheid werd gemaakt tussen bedrijfsakkoorden, ondernemings-cao’s en bedrijfstak-cao’s.¹⁶

Uit het feit dat het derde lid van artikel 3 van de richtlijn alleen in de Wet cao en de Wet avv is uitgewerkt, kan de conclusie worden getrokken dat de Nederlandse wetgever het begrip ‘collectieve overeenkomst’ heeft uitgelegd als (slechts) ‘collectieve arbeidsovereenkomst’. Een speciale regeling voor sociale plannen die niet als cao zijn te kwalificeren of voor afspraken met de ondernemingsraad lijkt mij niet een gemis. Voor deze regelingen geldt dat daarin opgenomen rechten en verplichtingen niet dwingend en automatisch deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Alleen als de werknemer instemt met dergelijke regelingen, kunnen zij deel uitmaken van zijn arbeidsovereenkomst. Vervolgens gaan deze rechten en verplichtingen in geval van een overgang van onderneming ingevolge artikel 7:663 BW over op de verkrijger. Aan artikel 3 derde lid van de richtlijn behoeft men dan niet toe te komen.

6 Nawerking

Reeds eerder wees ik erop dat de eindigingsgronden van artikel 3 lid 3 van de huidige versie van de Richtlijn overgang van ondernemingen en de Nederlandse uitwerking daarvan in artikel 14a lid 2 Wet cao en artikel 2a lid 2 Wet avv niet meebrengen dat naar Nederlands recht de verkrijger niet langer *contractueel* gebonden zou zijn aan de arbeidsvoorwaardelijke bepalingen uit de ‘overgenomen’ cao.¹⁷ Omdat naar Nederlands recht cao-bepalingen worden geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst van de individuele werknemers – tenminste, indien de werknemer gebonden is op grond van zijn lidmaatschap van de cao-sluitende vakbond of op grond van een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst – blijven deze bepalingen hun gelding behouden op het moment dat de betreffende cao afloopt. Zij gelden immers niet op grond van de cao zelf, maar op basis van de arbeidsovereenkomst waarin zij zijn geïncorporeerd. Het aflopen van de cao doet aan de geldigheid van de inmiddels geïncorporeerde bepalingen niets af. De verkrijger zal, indien hij een wijziging wenst door te voeren in deze bepalingen, met de werknemers tot overeenstemming moeten komen.¹⁸ Ook indien de verkrijger gebonden raakt aan een nieuwe cao betekent dit niet per definitie het

16 Van Straalen, t.a.p., p. 162-164.

17 Zie ook mijn noot ‘Botsende en nawerkende CAO-bepalingen’, ARA 2003/1, p. 37-39.

18 Lukt dat niet, dan zal de verkrijger een beroep kunnen doen op artikel 7:611 BW of artikel 6:248 BW. Artikel 7:613 BW is slechts een optie indien daadwerkelijk een schriftelijk wijzigingsbeding is overeengekomen.

einde van de bepalingen uit de ‘overgenomen’ cao. De overgenomen werknemers dienen dan immers wel onder de werkingssfeer van de nieuwe cao te vallen. Zelfs indien dat het geval is, kan het nog steeds zo zijn dat de nieuwe cao bepalingen van de oude cao niet opzijzet, bijvoorbeeld omdat de nieuwe cao niet in een dergelijke bepaling voorziet of omdat de nieuwe cao weliswaar een dergelijke bepaling wel kent, maar deze een minimumkarakter draagt. In dat laatste geval is het niet het doel van de nieuwe cao andere – ook oude – afspraken opzij te zetten. Concluderend kan gesteld worden dat het systeem van het Nederlandse cao-recht – met zijn incorporatie en zijn cao’s met een minimumkarakter – de eindigingsgronden van artikel 14a lid 2 Wet cao en artikel 2a Wet avv sterk relativeert.

Heeft het arrest Werhof/FTS gevolgen voor (deze relativering van) ons systeem? In feite verlegt dit systeem immers de door de richtlijn voorziene levensduur van cao-bepalingen van de vervreemder bij de verkrijger. In het arrest kan ik echter niet lezen dat ons nationale systeem van door- en nawerking onder druk zou zijn komen te staan. De nadruk in het arrest ligt immers op de gebondenheid aan de *collectieve regelingen in hun hoedanigheid van collectieve regelingen* zoals die bij de vervreemder golden. Het arrest ziet mijns inziens niet op de vraag wat vervolgens, na déze gebondenheid, de status van de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden is. Naar nationaal recht zou sprake kunnen zijn van (1) het vervallen van deze bepalingen en herleving van de vóór de collectieve regeling geldende arbeidsvoorwaarden,¹⁹ (2) het vervallen van deze bepalingen en toepasselijkheid van andere (in een wet of andere regeling – zoals een eigen cao – opgenomen) arbeidsvoorwaarden, (3) het nawerken van deze bepalingen tot daarin contractueel verandering wordt gebracht.²⁰ Uit de richtlijn kan geen voorkeur voor een van deze of andere opties worden afgelezen. Dat is ook niet vreemd, omdat in alle drie de situaties geen sprake is van een verlenging van de handhavingsplicht van de collectieve regeling. Voor dit standpunt kan tevens worden gewezen op het grote belang dat het Hof hecht aan het grondrecht van (negatieve) verenigingsvrijheid. Die vrijheid is louter in het geding indien de verkrijger zich, ook in de situatie dat zich een van de eindigingsgronden voordoet of de termijn van maximaal een jaar voorbij is,

19 Deze situatie kan zich in Nederland voordoen indien de overgegangene werknemer slechts op grond van algemeenverbindendverklaring gebonden was aan de cao van de vervreemder. Loopt deze cao af, dan herleven de vóór algemeenverbindendverklaring geldende arbeidsvoorwaarden. Algemeenverbindendverklaring heeft immers geen door- en nawerking, zie HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 (Hop/Hom), HR 2 april 1993, JAR 1993/100 (Bongers/KSB), HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 (Beenen/Vanduhö) en HR 7 juni 2002, JAR 2002/154 (Luitjens/JB Groothandel in vlees) en HR 10 januari 2003, JAR 2003/38 (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet).

20 Dit is de Nederlandse situatie indien de in de cao opgenomen arbeidsvoorwaarden zijn geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst.

niet zou kunnen losmaken van de handhavingsplicht. In de woorden van A-G Colomer: ‘the referral cannot continue *sine die*’.²¹

7 De formulering van het incorporatiebeding

Incorporatiebedingen zijn in Nederland een bekend verschijnsel. Omdat een relatief gering percentage werknemers lid is van een vakbond,²² maken werkgevers gebruik van deze bedingen om zo toch een gebondenheid van werknemers aan de eigen cao te bewerkstelligen. Hiermee ontstaat weliswaar geen exact gelijke gebondenheid tussen werknemers die wel en die niet lid zijn van een cao-sluitende vakbond – zo heeft de werknemer die louter door een incorporatiebeding aan de cao gebonden is niets te maken met artikel 9 jo. 12 Wet cao – maar in de praktijk ontstaat hierdoor niettemin de situatie dat de cao op alle werknemers gelijkelijk van toepassing is. Omdat cao’s een beperkte levensduur hebben en de werkgever niet telkens nieuwe incorporatiebedingen wil overeenkomen, zijn dergelijke bedingen vaak zo opgesteld dat zij tevens zien op de automatische toepasselijkheid van toekomstige versies van de betreffende cao, of zelfs op de toepasselijkheid van de ‘op enig moment in de onderneming toepasselijke cao’. Over de rechtsgeldigheid van dergelijke bepalingen kan men twisten. In mijn optiek verhoudt een dergelijke formulering zich matig tot artikel 7:613 BW. Nog afgezien van de discussie of de hiervoor bedoelde incorporatiebedingen onder deze bepaling vallen,²³ de wetgever heeft bij de introductie van deze bepaling in ieder geval gemeend dat een werknemer zich niet op voorhand zou moeten kunnen binden aan arbeidsvoorwaarden waarvan hij de inhoud niet kan overzien.²⁴ Deze stelling boet niet aan belang in indien het gaat om toekomstige – en dus nog niet bekende – in een cao opgenomen arbeidsvoorwaarden. De Nederlandse rechtspraak lijkt er in de praktijk echter weinig moeite mee te hebben ‘over hun graf heen regerende’ incorporatiebedingen te accepteren.²⁵

21 Overweging 47 van de conclusie bij het arrest.

22 Fase & Van Drongelen (t.a.p., p. 34) stellen dat 29% van de werknemers lid is van een vakbond.

23 Ik meen dat dat zo is. Het vaker gehoorde argument dat het incorporatiebeding niet onder artikel 7:613 BW valt, nu de werkgever niet zelf, dus eenzijdig, wijzigt – zoals artikel 7:613 BW lijkt te eisen – maar zijn werkgeversvereniging dat doet of in ieder geval een vakbond medeverantwoordelijk is voor de wijziging, overtuigt mij niet. De werkgever blijft (mede)verantwoordelijk voor het resultaat.

24 Zie voor de argumenten van de wetgever Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21-22.

25 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 december 2003 (JAR 2004/12). 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”’.

Wat er zij van de rechtsgeldigheid en wenselijkheid van dergelijke bepalingen, zij kunnen niet meebrengen dat de verkrijger langer gebonden wordt aan de cao van de vervreemder dan de geldingsduur van die cao zélf.²⁶ Artikel 14a Wet cao en artikel 2a Wet avv dienen dus ook zo te worden geïnterpreteerd. Het Hof maakt duidelijk dat de ruimere, door Werhof gevolgde opvatting strijd met de negatieve vakverenigingsvrijheid van de verkrijger zou betekenen; voorts verhoudt Werhofs lezing zich niet met de door de richtlijn toegestane inbreuken op die vrijheid, te weten de in artikel 3 lid 2 van de richtlijn opgenomen eindigingsgronden en de beperkingsmogelijkheid.

8 Het lot van het incorporatiebeding

Wat betekent deze uitspraak voor incorporatiebedingen met een ‘dynamisch’ karakter? Er is, dunkt me, geen reden uit de uitspraak van het Hof de conclusie te trekken dat dergelijke bedingen in het kader van een overgang van onderneming (ver)nietig(baar) zijn. Een dergelijke ‘ijzeren’ opvatting lees ik niet in het arrest. Ik houd het erop dat de incorporatiebedingen die bepalen dat op de arbeidsovereenkomst van de werknemer de dan geldende cao zal gelden, zó dienen te worden gelezen dat zij slechts zien op de op het moment van overgang geldende cao. Met andere woorden: slechts het dynamische element vervalt en krijgt een statisch karakter. Op die wijze wordt een balans gevonden tussen bescherming van de werknemer – hij is er gedurende zekere tijd van verzekerd dat zijn nieuwe werkgever de cao-bepalingen van zijn vorige werkgever zal toepassen – en de belangen van de verkrijger, die niet tot in lengte van dagen een handhavingplicht heeft ten aanzien van cao’s aan de totstandkoming waarvan hij part noch deel heeft gehad.

R.M. Beltzer

26 Het gaat hier in mijn optiek om de geldingsduur zoals die gold op het moment van overgang. Komen cao-partijen nadat de onderneming reeds is overgegaan naar de verkrijger een nieuwe – langere of kortere – duur van de cao overeen, dan regardeert dat de verkrijger niet. Zie ook Fase & Van Drongelen, t.a.p., p. 129.