

De overgang van een incorporatiebeding: een stand van zaken

J.H. Even, datum 13-04-2022

Datum	13-04-2022
Auteur	J.H. Even ^[1]
JCDI	JCDI:ADS643435:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Arbeidsrecht / Collectief arbeidsrecht
Wetgeving	Art. 2b Wet AVV; art. 3 lid 1 en 3 Richtlijn 2001/23/EG; art. 14a Wet CAO; art. 7:611, 7:613 en 7:663 BW.

De cao neemt een speciale rol in bij overgang van een onderneming. Hetzelfde geldt voor het incorporatiebeding. Hierover is al veel bekend, vooral door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ'), maar niet alles. Er zijn vragen over de onderlinge verhouding tussen de uitspraken van het HvJ en over de uitwerking van deze EU-jurisprudentie op nationaal niveau. Hieronder volgt een stand van zaken, waarbij in onderdelen 1 en 2 deze materie eerst vanuit EU-perspectief wordt besproken en daarna in onderdelen 3 en 4 vanuit nationaal perspectief, waarbij alleen de jurisprudentie wordt besproken die is verschenen na de meest recente uitspraak van het HvJ over dit thema, *Asklepios*. In onderdeel 5 wordt die nationale jurisprudentie getoetst aan de EU-jurisprudentie en verder geanalyseerd. Tot slot worden in onderdeel 6 enkele gezichtspunten gegeven voor de beoordeling of een incorporatiebeding na overgang van onderneming dynamisch overgaat en wat de ruimte is voor wijziging van (de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit) dat dynamische incorporatiebeding.

1. Cao en overgang van onderneming volgens de Richtlijn

Bij overgang van onderneming gaan de rechten en plichten van de betrokken werknemer over van de vervreemder op de verkrijger. Dat is geregeld in art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG betreffende overgang van onderneming ('Richtlijn'). ^[2] Bij cao's is dat op grond van art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG genuanceerder:^[3] na de overgang is de verkrijger weliswaar verplicht de in de cao vastgelegde rechten en verplichtingen te handhaven in dezelfde mate als in de cao vastgesteld voor de vervreemder (de handhavingsverplichting), maar deze verplichting is in tijd beperkt. De handhavingsverplichting geldt tot op het tijdstip waarop de cao wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere cao in werking treedt of wordt toegepast. Het artikellid geeft de lidstaten bovendien een mogelijkheid om het tijdvak waarin genoemde rechten en plichten moeten worden gehandhaafd te beperken, zolang dat tijdvak maar niet korter is dan een jaar.

Voor deze beperking in tijd van de overgang van rechten en plichten die uit de cao voortvloeien, is een reden. Het overgaan van rechten en plichten uit de cao op de verkrijger stond volgens de Europese Commissie op gespannen voet met de negatieve vakverenigingsvrijheid van de verkrijger. Die situatie was niet ideaal en pleitte voor het niet overgaan van die rechten en plichten bij overgang van onderneming. Maar dát stond nu juist weer op gespannen voet met het hoofddoel van de Richtlijn: het beschermen van de (arbeidspositie van) werknemers bij overgang van onderneming. De oplossing werd gevonden in een in tijd beperkte overgang van dergelijke rechten en plichten, zoals thans bepaald in art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG.^[4]

Toch kan deze beperking in tijd de overgang van rechten en plichten uit de cao illusoir maken. Het HvJ had er

geen moeite mee dat de overgang van een onderneming plaatsvond op hetzelfde moment dat de cao afliep, zodat er de facto geen rechten en verplichtingen uit de cao werden overgedragen.^[5] Ook onmiddellijke toepassing van de cao van de verkrijger in plaats van handhaving van de cao van de vervreemder vond het HvJ niet problematisch, mits de beëindiging van de handhavingsverplichting van de cao van de vervreemder niet als doelstelling of gevolg had dat aan de overgegangene werknemers arbeidsvoorwaarden worden opgelegd ‘ *die globaal minder gunstig zijn dan de voorwaarden die vóór de overgang van toepassing waren*’. ^[6] Wel stelt het HvJ de eis dat de verkrijger daadwerkelijk de eigen cao toepast op de overgekomen werknemers wil dit tot gevolg hebben dat de handhavingsverplichting van de cao van de vervreemder stopt: past de verkrijger niet daadwerkelijk zijn eigen cao toe, dan stopt het hebben van een eigen cao de handhavingsverplichting van de cao van de vervreemder niet.^[7] De handhavingsverplichting geldt volgens het HvJ niet alleen voor op het moment van overgang van onderneming lopende cao's, maar ook voor op basis van de wet nawerkende cao's. ^[8]

Dit systeem is duidelijk en werkt waarschijnlijk best in lidstaten waarin de cao een *erga omnes*-effect heeft. Lidstaten dus waar de toepasselijkheid van de cao op arbeidsovereenkomsten een gegeven is als de werkgever is gebonden aan die cao.^[9] Maar wat nu als een cao een dergelijk effect niet heeft en moet worden geïncorporeerd om werking te krijgen? Wat is het effect van dergelijke incorporatiebedingen bij een overgang van onderneming?

Hier staan het HvJ enkele opties ter beschikking. Zo kan (1) het HvJ bepalen dat de wijze van binding aan de cao niet uitmaakt: of een cao nu van toepassing is op grond van het *erga omnes*-effect ervan in bepaalde lidstaten of door de werking van het incorporatiebeding in andere lidstaten, zou dan niet tot een verschil in rechtsgevolg moeten leiden. Op beide situaties is art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG van toepassing. Maar andere keuzes zijn ook voorstelbaar. Het HvJ kan evenzeer beargumenteren dat (2) het incorporatiebeding een recht is dat voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst en dat daardoor het regime van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is. Dat wil zeggen dat de rechten en plichten uit de via een incorporatiebeding van toepassing verklaarde cao in tijd onbeperkt moeten overgaan. Het beperkende regime van lid 3 is dan niet van toepassing. Tot slot kan het HvJ (3) voor een tussenoplossing kiezen: een beetje van dit en een beetje van dat.

2. De status van het incorporatiebeding bij overgang van een onderneming volgens het HvJ

Oorspronkelijk leek het HvJ voor de eerste optie te gaan. Dat was in elk geval de conclusie die velen trokken na het arrest van het HvJ inzake Werhof.^[10] Werknemer Werhof had in zijn arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding. Hij vroeg de verkrijger de na de overgang van onderneming tot stand gekomen nieuwe versie van de geïncorporeerde cao toe te passen, welke cao anderszins niet op de verkrijger van toepassing was. Het HvJ stak daar met een uitgebreide motivering een stokje voor: de verkrijger kan niet gebonden zijn aan de bepalingen van de nieuwe na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao in een geval als deze. Ter onderbouwing van dat oordeel verwees het HvJ onder meer naar de negatieve vakverenigingsvrijheid: als het incorporatiebeding een dynamische uitlegging zou krijgen, dan zou dat als gevolg hebben dat toekomstige cao's van toepassing zouden worden op een verkrijger die geen partij was bij de cao en dat zou het fundamentele recht van de verkrijger om zich niet te verenigen aantasten. Dit was, als eerder gememoreerd, precies de reden waarom de EU-wetgever destijds de handhaving van de bij overgang van onderneming overgekomen rechten en plichten uit cao in tijd had beperkt in de Richtlijn. De conclusie was in dit geval dat de binding aan een cao via een incorporatiebeding hetzelfde rechtsgevolg heeft bij overgang van onderneming als de binding aan een cao met een *erga omnes*-effect: in beide gevallen is deze binding in tijd beperkt gedurende de in art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG bepaalde periode.

Op deze uitspraak is kritiek gekomen, onder meer op de zware rol die de negatieve vakverenigingsvrijheid van het HvJ kreeg.^[11] Maar ook kritiek op de omstandigheid dat een incorporatiebeding, hoewel onderdeel van de arbeidsovereenkomst, een stiefmoederlijke behandeling zou krijgen in vergelijking met de andere rechten en verplichtingen die op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG overgaan. Een voor onbepaalde tijd afgesproken indexatiebepaling gaat bijvoorbeeld in duur onbeperkt over, maar een incorporatiebeding blijkbaar ^[12]

niet.

Advocaat-generaal ('A-G') Cruz Villalón leek geen voorstander van deze stiefmoederlijke behandeling van het incorporatiebeding. In zijn conclusie bij de uitspraak *Parkwood* maakte hij zich hard voor een in tijd onbepaalde duur van de overgang van het incorporatiebeding.^[13] Hij attendeerde er onder andere op dat dit voor de (Britse) verkrijger niet zo ernstig zou zijn, omdat die verkrijger (naar Engels recht) in staat zou zijn het incorporatiebeding te wijzigen. Ook wees hij erop dat de zaak *Werhof* andere feiten kende dan over het algemeen werd aangenomen. Het incorporatiebeding van *Werhof* bleek statisch te zijn geformuleerd, zodat toewijzing van de vordering van *Werhof* zou hebben betekend dat vanwege de overgang van onderneming dat incorporatiebeding van kleur zou zijn verschoten, van statisch naar dynamisch. Het is logisch dat het HvJ zo'n consequentie niet heeft willen aanvaarden. Maar in *Parkwood* ging het om een werkelijk dynamisch geformuleerd incorporatiebeding.

Het HvJ volgde de A-G niet, maar ging evenmin verder op de ingezette weg van de negatieve vakverenigingsvrijheid van de verkrijger. Het oordeelde dat het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding bij de overgang van onderneming statisch was geworden, omdat verkrijger *Parkwood* niet kon deelnemen aan de onderhandelingen over de nieuwe cao. *Parkwood* was namelijk een particuliere onderneming, terwijl de cao-onderhandelingen exclusief waren voorbehouden aan publieke instanties. Omdat *Parkwood* niet aan de onderhandelingen kon deelnemen, zou aanvaarding van het dynamische karakter van het incorporatiebeding de contractsvrijheid van *Parkwood* ernstig aantasten. Dat zou haar vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest Grondrechten EU) in de kern raken. Dat vond het HvJ niet aanvaardbaar en zo werd het incorporatiebeding van dynamisch naar statisch omgezet.

De wijziging van aandacht van 'negatieve vakverenigingsvrijheid' naar 'vrijheid van ondernemerschap' kon een signaal zijn van een veranderde koers van het HvJ, maar noodzakelijk was dat niet. Immers, de negatieve vakverenigingsvrijheid kon in de zaak *Parkwood* niet aan de orde zijn, aldus A-G Cruz Villalón, omdat *Parkwood* überhaupt niet kon meedoen aan de cao-onderhandelingen. Het probleem zat hem dus niet in de omstandigheid dat *Parkwood* verplicht zou zijn zich bij een organisatie aan te sluiten wanneer zij over de arbeidsvoorwaarden van haar werknemers wilde meeonderhandelen (negatieve vakverenigingsvrijheid), maar in het feit dat *Parkwood* als particuliere onderneming helemaal geen vertegenwoordiging had en kon hebben in de cao-onderhandelingen.

De derde en vooralsnog laatste zaak over de status van het incorporatiebeding was weer Duits, maar met nu een duidelijk dynamisch geformuleerd incorporatiebeding: *Asklepios*.^[14] Bleef dat beding dynamisch of werd het vanwege de overgang van onderneming statisch? A-G Bot was hierover helder: hoewel een dynamisch incorporatiebeding op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG overgaat op de verkrijger, moet dat beding niettemin worden begrensd door het bepaalde in art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG. Een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding kan geen verdergaande consequenties hebben voor de toepasselijkheid van een cao dan geformuleerd in art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG. Dat brengt mee dat uitsluitend de op de dag van de overgang bestaande rechten en plichten uit de cao overgaan. Verdergaande verplichtingen zouden in strijd zijn met art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG en daarmee niet aanvaardbaar.

Het HvJ vervolgde echter het ingezette pad van art. 16 Handvest Grondrechten EU en ging hierin een stap verder: een dynamisch incorporatiebeding blijft dynamisch, tenzij de verkrijger hierdoor geen doeltreffende mogelijkheden heeft om zijn arbeidsvoorwaarden aan te passen. Als de verkrijger op basis van nationaal recht niet in staat is om zowel consensueel als eenzijdig de arbeidsvoorwaarden van het overkomend personeel te kunnen wijzigen, dan wordt de vrijheid van ondernemerschap in te grote mate beknot en wordt het oorspronkelijk dynamisch geformuleerde incorporatiebeding statisch.

Op deze manier heeft het HvJ een (naar mijn mening: nieuw^[15]) evenwicht willen aanbrengen tussen enerzijds de belangen van de overgegangene werknemers bij behoud van hun bestaande arbeidsvoorwaarden, waaronder het recht op toepassing van een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding, en anderzijds de rechten van de verkrijger om na de overgang van onderneming veranderingen te kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. In het bijzonder moet de verkrijger, volgens het HvJ, mede in het licht van de vrijheid van ondernemerschap, zijn belangen doeltreffend kunnen doen gelden en kunnen onderhandelen over factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers.

Het is de vraag hoe *Parkwood* en *Asklepios* zich tot elkaar verhouden. Vervangt het *Asklepios*-arrest het *Parkwood*-arrest? Of scherper gesteld, kan gezegd worden dat, zelfs als de verkrijger niet kan deelnemen aan nieuwe cao-onderhandelingen, een dynamisch incorporatiebeding toch dynamisch blijft, zolang de verkrijger de arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers maar consensueel en eenzijdig kan aanpassen? Het HvJ zegt niets over de verhouding tussen beide uitspraken, maar het ligt wel voor de hand dat het voorgaande de juiste benadering is.^[16] Door de mogelijkheid van aanpassing van de arbeidsvoorwaarden is immers voorzien in de vrijheid van ondernemerschap: de verkrijger kan dan onderhandelen over factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.^[17] Enige ruimte voor twijfel blijft. In *Parkwood* heeft de A-G namelijk helder onderbouwd dat naar Brits recht een wijziging van arbeidsvoorwaarden goed mogelijk was, waardoor hij vond dat het incorporatiebeding dynamisch kon blijven. Toch is het HvJ tot een andere oplossing gekomen. De eenvoudige 'Britse' mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen, bracht het HvJ er dus uitdrukkelijk niet toe om het incorporatiebeding dynamisch te laten. Mogelijk is het HvJ ondanks de heldere conclusie van de A-G in *Parkwood* toch niet uitgegaan van de optie dat verkrijger *Parkwood* de arbeidsvoorwaarden kon aanpassen.^[18] Dan is de uitkomst in *Parkwood* goed te verklaren: als de verkrijger geen wijzigingen met werknemers kan overeenkomen en ook niet kan deelnemen aan collectieve onderhandelingen, dan blijft van de vrijheid van ondernemerschap weinig over.

In elk geval staat vast dat toepassing van een cao door middel van een incorporatiebeding niet (meer) de weg volgt van art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG. Het beding gaat conform het bepaalde in art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG over, waarbij een dynamisch geformuleerd beding als hoofdregel dynamisch blijft. Wel lijkt het beding daarbij een status aparte te hebben, omdat het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding van kleur verschiet naar statisch als de nieuwe cao-arbeidsvoorwaarden voortvloeiende uit dat beding naar nationaal recht, niet consensueel en eenzijdig kunnen worden aangepast.^[19]

Nog een opmerking over de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. Een dergelijke aanpassing is normaal gesproken geen sinecure bij rechten en verplichten die overgaan op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Aanpassing van arbeidsvoorwaarden vanwege een overgang van onderneming is immers in principe niet toegestaan.^[20] Het lijkt er dan ook op dat het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding een positie inneemt tussen art. 3 leden 1 en 3 Richtlijn: het is niet in tijd beperkt zoals de werking van de cao op grond van lid 3, tenzij de gevolgen van onverkorte toepassing van dit beding naar nationaal recht niet zijn aan te passen door de verkrijger, waarbij in afwijking van de gebruikelijke regels bij toepassing van lid 1 de Richtlijn kennelijk niet aan die wijziging van arbeidsvoorwaarden in de weg staat.^[21]

Dit laatste kan overigens worden genuanceerd. Hoewel het bekend is dat rechten en plichten niet vanwege de overgang van onderneming kunnen worden gewijzigd, kan bij het dynamische incorporatiebeding worden gesteld dat de wijziging niet vanwege de overgang van onderneming is, maar vanwege het feit dat de verkrijger zich na de overgang van onderneming geconfronteerd ziet met een nieuwe versie van de cao (waarnaar het dynamische incorporatiebeding verwees) en daardoor met mogelijk nieuwe, ten tijde van de overgang van onderneming nog niet bestaande, arbeidsvoorwaarden voor de overgegangene werknemers. Die toekomstige omstandigheid, en niet de overgang van onderneming op zichzelf, noopt de verkrijger tot de wens tot het doorvoeren van aanpassingen.

3. Cao en overgang van onderneming in Nederland

Het beschreven EU-systeem werkt niet makkelijk uit op Nederlands cao-recht. Rechten en plichten uit cao's gaan als bekend naar Nederlands recht over, maar op grond van art. 14a Wet CAO en art. 2b Wet AVV is de handavingsverplichting in tijd beperkt. In Nederland is, anders dan EU-recht toestaat, niet de mogelijkheid geïntroduceerd dat de verkrijger meteen exclusief zijn eigen cao toepast.^[22]

Zoals evenzeer bekend kan de door overgang van onderneming overgekomen werknemer gebonden raken aan de cao van de verkrijger. Dat kan op de gebruikelijke wijze op grond van de Wet CAO (wederzijdse gebonden- en betrokkenheid), bij aanvaarding van de cao (incorporatie) en op grond van de Wet AVV. Let in

dat laatste geval erop dat, na afloop van de algemeen verbindend verklaarde cao, de oorspronkelijk overgekomen arbeidsvoorwaarden 'herleven'. Die les heeft de Hoge Raad ons geleerd in *Rode Kruis/Te Riet*.^[23]

De uitkomst in de zaak *Rode Kruis/Te Riet* (en uiteraard ook in andere zaken) is in het licht van *Asklepios* complexer geworden. De werknemer kan gezien *Asklepios* na ommekomst van de algemeen verbindend verklaarde cao bij de verkrijger immers niet alleen terugvallen op nawerkende cao-arbeidsvoorwaarden van de vervreemder van toepassing op het moment van de overgang van onderneming, maar mogelijk ook op de arbeidsvoorwaarden die volgen uit een nieuwe cao, als daarnaar is verwezen in een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder. Dat is anders als in Nederland de wet een consensuele en eenzijdige wijziging van (de gevolgen van) dat incorporatiebeding niet zou toelaten. In die gevallen zou het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding volgens het HvJ in *Asklepios* immers statisch worden.

4. Nationale jurisprudentie over het dynamisch geformuleerde incorporatiebeding bij overgang van onderneming

Er is na *Asklepios* maar één gepubliceerde nationale uitspraak die specifiek gaat over het antwoord op de vraag of een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding na de overgang van onderneming dynamisch blijft of statisch wordt. Een andere uitspraak lijkt hierop en gaat over de gevolgen van een op het moment van de overgang van onderneming geïncorporeerde cao voor toekomstige loonontwikkeling, waarbij die loonontwikkeling is gekoppeld aan het voortduren van die cao in de toekomst.

De eerste zaak betreft een werknemer in dienst bij vervreemder De Alliantie.^[24] Op zijn arbeidsovereenkomst was de sector-cao Woondiensten van toepassing door middel van een incorporatiebeding dat door de rechter dynamisch geformuleerd werd geacht. Een overgang van onderneming vond plaats naar verkrijger MVGM. MVGM meent dat de loonsverhogingen uit de na de overgang van onderneming overeengekomen nieuwe cao Woondiensten niet zijn verschuldigd. De kantonrechter stelt vast dat (1) MVGM niet kon deelnemen aan de onderhandelingen over de nieuwe cao Woondiensten. Op grond van *Parkwood* zou dat betekenen dat het incorporatiebeding statisch is geworden. Maar dan beslist de kantonrechter onder verwijzing naar *Asklepios* dat (2) het incorporatiebeding na de overgang van onderneming toch dynamisch is gebleven. De arbeidsovereenkomst van de werknemer had een eenzijdig wijzigingsbeding. Hoewel de rechter erkent dat een strenge maatstaf geldt voor toepassing hiervan, staat het Nederlandse recht niettemin een wijziging toe. Hierbij tekent de kantonrechter aan dat het HvJ de laatste jaren heeft benadrukt dat het de verkrijger niet onmogelijk moet worden gemaakt om de arbeidsvoorwaarden aan te passen aan het niveau binnen zijn onderneming en dat hij met name die aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Dat alles brengt de rechter tot de conclusie dat, gelet op *Asklepios*, richtlijnconforme toepassing van art. 7:663 BW meebrengt dat het dynamische karakter van het incorporatiebeding behouden blijft na de overgang van onderneming, totdat MVGM een al dan niet eenzijdige wijziging bewerkstelligt.

De tweede zaak betreft vijf werknemers die door een overgang van onderneming in dienst zijn getreden bij verkrijger Centric.^[25] Daarvoor waren zij in dienst op de ICT-afdeling bij vervreemder, de Nederlandsche Bank ('DNB'). Op hun arbeidsovereenkomst met DNB was de op ondernemingsniveau overeengekomen DNB-cao van toepassing, die naar het oordeel van de kantonrechter was geïncorporeerd. De DNB-cao voorziet onder meer in een indexatie van het loon in juli van elk jaar op basis van CBS-uurloongegevens, waarbij de hoogte van indexatie afhangt van de relatieve salarispositie van de werknemer (dat wil zeggen: de verhouding tussen het daadwerkelijke salaris en het schaalmaximum), tenzij de cao is opgezegd. In dat laatste geval geldt geen verplichte indexatie.^[26] Op het moment van overgang van onderneming kregen de werknemers de keuze om bij Centric te werken op basis van geharmoniseerde arbeidsvoorwaarden of op basis van de overgekomen geldende arbeidsvoorwaarden. De betreffende werknemers kozen voor dat laatste. Zij eisen nakoming van indexatie van het salaris per 1 juli van elk jaar conform de DNB-cao. De rechter wijst deze vordering toe. Dat Centric niet werkt met de loonschalen van DNB, dat de loonschalen *an sich* niet mee over zijn gegaan en dat Centric niet op de hoogte is van de (toekomstige) relatieve salarispositie van de vijf werknemers, maakt hierbij

niet uit. Centric kan die gegevens volgens de kantonrechter verkrijgen. Deze uitkomst is volgens de kantonrechter niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, zoals Centric had betoogd. Dat de kosten voor Centric hierdoor hoger worden, maakt dat niet anders. Dit was bovendien voorzienbaar op het moment van overgang van onderneming. Dat het verschil in salarisontwikkeling effecten zal hebben voor collega's maakt dit alles evenmin anders.

5. Een analyse van deze uitspraken

Voordat ik beide uitspraken analyseer, eerst een opmerking vooraf. Beide zaken zien op toekomstige loonsverhogingen die voortvloeien uit (het bestaan van) nieuwe cao's van de vervreemder. Naar mijn inschatting zal een geschil over een dynamisch incorporatiebeding na overgang van onderneming vaak over loonsverhogingen gaan. Het staat in de Nederlandse situatie immers buiten kijf dat de cao zoals die gold op het moment van overgang van onderneming blijft gelden. In de praktijk wijzigen cao's vaak niet fors, behalve op het gebied van loon. Dat daarom de aandacht uitgaat naar loonsverhogingen lijkt logisch. Het betalen van hoger loon is bovendien organisatorisch (ik heb het dus niet over economisch) in principe mogelijk, zodat niet eenvoudig een verweer zal kunnen worden gevoerd dat toepassing van de gewijzigde cao in de organisatie tot problemen zal leiden. Dat kan mogelijk anders liggen als cao-wijzigingen zien op rechten en plichten die de organisatie van het werk anders maken, zoals het doorvoeren van bepalingen over arbeidsomstandigheden en -tijden. Ik kan me voorstellen dat de verkrijger zich makkelijker tegen dergelijke wijzigingen kan verzetten: het toepassen van verschillende arbeidsomstandigheden en -tijden op het personeel zal in de praktijk eerder interfereren met de goede voortzetting van de activiteiten van de verkrijger dan het betalen van verschillend loon. Toch is een exclusieve focus op loonsverhogingen in nieuwe cao's niet steeds logisch. Een hele cao is immers geïncorporeerd, niet alleen bepalingen over loon. Hogere of lagere loonwijzigingen kunnen zijn uitgeruild tegen andere cao-arbeidsvoorwaarden. Dan is het niet logisch dat alleen wijzigingen van loon blijven doorwerken in de arbeidsovereenkomsten van de overgekomen werknemers.

In de zaak *De Alliantie* wordt eerst getoetst aan *Parkwood* en dan aan *Asklepios*. De eerste toets blijkt niet relevant. Het gaat om de toets aan *Asklepios*. De kantonrechter gaat er dus van uit dat *Parkwood* is vervangen door *Asklepios*. Die beslissing lijkt mij, zoals al uiteengezet, goed te rechtvaardigen. Om te bezien of de arbeidsvoorwaarden kunnen worden gewijzigd, speelt in de onderhavige uitspraak het eenzijdige wijzigingsbeding een belangrijke rol. De kantonrechter merkt hierover op dat, hoewel de toets aan 7:613 BW een strenge is, een eenzijdige wijziging wel mogelijk is, zodat aan de eisen van *Asklepios* is voldaan waardoor het incorporatiebeding dynamisch blijft. Dat sluit aan bij de visie van Van Schadewijk dat het eenvoudigweg bestaan van eenzijdige of consensuele wijzigingsmogelijkheden al voldoet om tot conformiteit met de ondernemingsvrijheid te concluderen, althans dat het hier zou gaan om een belangenafweging van de lidstaten.^[27] Dat een specifieke belangenafweging aan de (rechter van de) lidstaten wordt overgelaten wil ik wel geloven, maar dat het loutere bestaan van een wijzigingsmogelijkheid al voldoet gaat mij te ver. Een slechts theoretische mogelijkheid tot wijziging past niet bij de ratio van het HvJ om de mogelijkheid tot wijziging van arbeidsvoorwaarden te eisen om het incorporatiebeding dynamisch te kunnen houden: de verkrijger moet volgens het HvJ immers zijn belangen doeltreffend kunnen doen gelden en kunnen onderhandelen over factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. Dat kan niet met een uitsluitend theoretische mogelijkheid tot wijziging. Dat de Nederlandse wet geen mogelijkheid tot eenzijdige wijziging kent, omdat art. 7:613 BW een eenzijdige wijziging koppelt aan het hebben van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst, en dat hieruit eerder volgt dat een wijziging niet mag in plaats van wel, terwijl art. 7:611 BW leidt tot onderhandeling en niet tot eenzijdige wijziging - een standpunt van Stege in zijn annotatie in de *JAR* bij deze uitspraak -, gaat mij ook te ver. Nog los van de omstandigheid dat een wijziging ook via de weg van art. 6:248 BW en art. 6:258 BW kan worden gerealiseerd,^[28] lijkt mij dat art. 7:611 BW en de daarop gebaseerde 'wijzigingsjurisprudentie' ^[29] wel degelijk waarde heeft. Toegegeven: strikt genomen brengt een beroep op art. 7:611 BW geen eenzijdige wijziging tot stand maar een verplichting tot overleg, welk overleg tot wilsovereenstemming kan leiden. Toch lijkt mij dat artikel wel degelijk relevant, al was het maar omdat toepassing van art. 7:611 BW bepaald doeltreffend kan zijn. Niet zonder reden vraagt Van Slooten zich af:

'Wat is het onderscheid tussen overeenstemming en eenzijdige wijziging indien een werknemer gedwongen kan zijn een voorstel te accepteren?' [30]

Bouwens draagt daarnaast juridische middelen aan voor de werkgever om op grond van art. 7:611 BW wijziging juridisch af te dwingen.^[31] Dit geeft de verkrijger in het licht van de vrijheid van ondernemerschap mogelijkheden tot wijziging van arbeidsvoorwaarden. Bovendien, aangezien het HvJ in de *Asklepios*-zaak juist de *individuele* mogelijkheid tot wijziging voorop stelt waar het in de *Parkwood*-zaak nog hing aan de (on)mogelijkheid tot *collectieve* wijziging door deelname aan de cao-onderhandelingen,^[32] lijkt een rol voor het meer op het individu gerichte art 7:611 BW mij voor de hand te liggen.^[33] Daarnaast is de toets aan art. 7:611 BW lichter dan die aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW,^[34] en daarmee voor de praktijk relevant.

Dat gezegd hebbende, lijkt mij dat de rechter bij toepassing van art. 7:613 BW of art. 7:611 BW rekening moet houden met genoemde ratio van het HvJ bij het in stand houden van het dynamische incorporatiebeding bij overgang van onderneming. De vervreemder moet zelf over toekomstige arbeidsvoorwaarden kunnen beschikken en niet aan de leiband lopen van voor hem vreemde cao-partijen bij de bepaling daarvan.^[35] De rechter moet dus met enige welwillendheid de door de verkrijger gewenste wijziging beoordelen. Ik heb de indruk dat de kantonrechter daar in de onderhavige zaak wel oog voor had, nu deze tamelijk omstandig ingaat op de mogelijkheid die de verkrijger moet hebben om arbeidsvoorwaarden te kunnen wijzigen, om daarna te concluderen dat in die zaak de verkrijger eenvoudigweg niet *heeft* gewijzigd. Dat doet me denken aan het oordeel van het HvJ in de genoemde zaak *Unionen*,^[36] waarin het HvJ als gezegd oordeelde dat de verkrijger wel eerst zijn eigen cao moet toepassen om de handhavingsverplichting van de cao van de vervreemder te kunnen stoppen. Anders gezegd: als de vervreemder niet poogt de arbeidsvoorwaarden aan te passen, kan hij geen beroep doen op *Asklepios*. Bij de beoordeling van zo'n poging zal de rechter echter wél rekening moeten houden met de door het HvJ gegeven ratio. De nationale rechter moet immers de uitleg van het HvJ volgen, dus de uitleg met inbegrip van de rol van art. 16 Handvest Grondrechten EU.

Dat brengt mij bij de tweede uitspraak. Het lijkt onlogisch dat Centric voor toekomstige loonontwikkelingen gebonden zou moeten blijven aan de DNB-cao. Maar is dat het gevolg van een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding? Op het eerste gezicht lijkt de zaak daarop geen betrekking te hebben. In de uitspraak wordt ook geen debat gevoerd over de mogelijke toepassing van *Parkwood* of *Asklepios*. Toch lijkt mij dat deze uitspraak daar niet geheel los van kan worden gezien. De salarisverhoging voor de toekomst hangt immers af van de omstandigheid dat de DNB-cao doorloopt. Omdat een cao per definitie voor bepaalde tijd is gesloten (art. 18 Wet CAO), heeft deze bepaling een dynamisch karakter: pas bij (stilzwijgende) opvolging van de cao komt de loonsverhoging aan de orde. Daarmee wordt het lot van het wel of niet moeten betalen van loonsverhoging, in de handen gelegd van andere partijen dan de verkrijger. De verkrijger kan hier zodoende niet zelf over beschikken. Juist omdat DNB en Centric bepaald andere bedrijven zijn en werkzaam in een andere sector, is het op voorhand niet logisch dat Centric de loonontwikkeling van DNB heeft te volgen. Toch geldt hier in zekere zin hetzelfde als wat gold in de voorgaande zaak. Centric heeft de werknemers de mogelijkheid gegeven om te kiezen tussen aanvaarding van een geharmoniseerd arbeidsvoorwaardenpakket dan wel continuering van het bestaande pakket. Bij de keuze van dat laatste leek Centric echter niet bereid om het salaris te verhogen: het lijkt een 'bevroren' pakket te zijn. Dat oogt niet bij voorbaat als een redelijk voorstel voor de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. Zeker niet nu de verhoging van salaris op grond van de DNB-cao was gekoppeld aan CBS-informatie: een op zichzelf genomen acceptabele manier om periodiek salaris te verhogen,^[37] in elk geval een manier die losstaat van de economische ontwikkeling van de vervreemder. Zou Centric hebben voorgesteld dat deze manier van indexatie zou moeten worden vervangen door een loonontwikkeling die verband houdt met de financiële ontwikkelingen van het bedrijf zelf, dan zou de uitkomst van deze zaak er wel eens heel anders hebben kunnen uitzien. Een dergelijke wijziging lijkt mij op voorhand niet onredelijk en in het licht van *Asklepios* misschien wel dermate redelijk dat de werknemers zo'n wijziging wel zouden moeten accepteren.

6. Gezichtspunten

Dat brengt mij tot de volgende gezichtspunten voor de beoordeling of een incorporatiebeding na overgang van onderneming dynamisch overgaat en wat de ruimte is voor wijziging van (de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit) dat dynamische incorporatiebeding.

De toets lijkt mij die van *Asklepios*: een dynamisch incorporatiebeding blijft dynamisch, tenzij de verkrijger hierdoor geen doeltreffende mogelijkheden heeft om zijn arbeidsvoorwaarden zowel consensueel als eenzijdig aan te passen. Dat betekent dat de oorspronkelijke collectieve toets van *Parkwood* (de verkrijger moet kunnen meedoen aan cao-onderhandelingen) is verworpen tot een meer individuele toets (de verkrijger moet arbeidsvoorwaarden van de overgekomen werknemer(s) kunnen aanpassen).

Mij lijkt dat de Nederlandse wetgeving voorziet in dergelijke wijzigingsmodaliteiten. De mogelijkheid tot het op consensuele wijze aanpassen van arbeidsvoorwaarden spreekt voor zich, voor de mogelijkheid tot het eenzijdig aanpassen zijn met name art. 7:613 BW en art. 7:611 BW relevant. Hoewel die laatste bepaling strikt genomen geen recht biedt op eenzijdige wijziging, is het praktische gevolg van toepassing ervan wel met eenzijdige wijziging gelijk te stellen.

Gegeven de in de zaak *Asklepios* gegeven ratio van het HvJ om de mogelijkheid tot wijziging van arbeidsvoorwaarden te verlangen om het incorporatiebeding dynamisch te kunnen houden, zal de verkrijger daadwerkelijk zijn belangen doeltreffend moet kunnen laten gelden, en moeten kunnen onderhandelen over factoren die bepalend zijn voor de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. De verkrijger moet hier een reële positie hebben, de rechter mag de lat niet te hoog leggen bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden.

Dat neemt niet weg dat de verkrijger wel moet pogen die arbeidsvoorwaarden te wijzigen en zich niet enkel op het standpunt moet stellen dat de betwiste arbeidsvoorwaarden die volgen uit een opvolgende cao, niet gelden. Er moet een redelijk alternatief worden geboden. Dat kan er soms toe leiden dat een cao voor de toekomst helemaal niet meer wordt toegepast als die te veel gaat knellen voor de verkrijger, terwijl een passend alternatief wordt geboden. Soms zal het ertoe leiden dat bepaalde nieuwe arbeidsvoorwaarden uit een opvolgende cao van de vervreemder niet meer hebben te gelden. Hierbij zullen steeds de belangen tussen de verkrijger en de betrokken werknemer(s) moeten worden afgewogen. Dat laatste is uiteraard de kern van de hele discussie: er moet een balans worden gevonden tussen de rechten en belangen van de overgekomen werknemers en die van de verkrijger.

Voetnoten

[1] Prof. mr. dr. J.H. (Zef) Even is advocaat bij SteensmaEven te Rotterdam.

[2] Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 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 of vestigingen (*PbEG* 2001, L 82/16).

[3] De Richtlijn 2001/23/EG spreekt overigens niet van cao's maar algemener van collectieve overeenkomsten.

[4] COM(74) 351 def. Zie voor een overzicht van de Europese wetsgeschiedenis van het huidige art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG: A.M. Luttmer-Kat, 'Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming', *SR* 1997/10, p. 185.

[5] HvJ EG 27 november 2008, C-396/07, *JAR* 2009/20 (*Juuri*).

[6] HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, *JAR* 2011/262 (*Scattolon*).

[7] HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, *JAR* 2017/118 (*Unionen*).

[8] HvJ EU 11 september 2014, C-328/13, *JAR* 2014/263 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund/Wirtschaftskammer Österreich*). De relevantie van deze uitspraak voor de Nederlandse

arbeidsrechtpraktijk lijkt overigens beperkt. In een situatie als deze zouden de arbeidsvoorwaarden uit de geëxpireerde cao in principe zijn doorgewerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten. Dat is immers de Nederlandse vorm van 'nawerking'.

[9] Zie hierover bijvoorbeeld hoofdstuk 13 van mijn dissertatie, J.H. Even, *Transnational collective bargaining in Europe. A proposal for a European regulation on transnational collective bargaining* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

[10] HvJ EG 9 maart 2006, C-499/04, *JAR* 2006/83.

[11] Zie bijvoorbeeld F. Dorssemont, 'De vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM, méér dan een sequeel van de vrijheid van vereniging?', *ArA* 2006/2.

[12] Zie voor kritiek en dat voorbeeld R.M. Beltzer in zijn annotatie van *Parkwood* in *AR-Updates*, 'Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling', 22 augustus 2013.

[13] HvJ EU 18 juni 2013, C-426/11, *JAR* 2013/216.

[14] HvJ EU 27 april 2017, C-680/15, C/681-15, *JAR* 2017/152.

[15] Beltzer vindt dat de uitspraken *Werhof*, *Parkwood* en *Asklepios* in elkaars lijn liggen. Zie R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Corel 2020, p. 173. Ik kan me echter niet aan de indruk onttrekken dat het HvJ in *Werhof* oorspronkelijk een algemeen antwoord heeft willen geven op de vraag hoe om te gaan met een incorporatiebeding bij overgang van onderneming, op welk antwoord het later is teruggekomen. Waarom anders zo veel woorden wijden aan de positie van de verkrijger en de rol van negatieve vakverenigingsvrijheid, als het HvJ uitsluitend antwoord had willen geven op de vraag of een statisch incorporatiebeding vanwege de overgang van onderneming dynamisch zou worden? Die vraag was simpel te beantwoorden en is door het HvJ inmiddels meermaals simpel beantwoord: de vervreemder kan niet meer overdragen dan hij heeft. Zie in die zin bijvoorbeeld de al genoemde uitspraken *Juuri* en *Scattolon*. Over de verhouding *Parkwood* en *Asklepios* kom ik zo te spreken.

[16] Veldman typeert *Asklepios* m.i. terecht als breuk met het verleden. Zie A.G. Veldman, 'Dynamisch incorporeren na *Asklepios*', *TAP* 2017/339.

[17] Zie in die zin A. Stege in zijn annotatie onder de uitspraak van de Rechtbank Overijssel, 23 juni 2020, *JAR* 2020/190.

[18] Dat is in elk geval de lezing van B. Degelink in L. Verburg (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 6.9.3.

[19] Ik zal niet apart toetsen aan het criterium van *Parkwood*, omdat dat criterium als gezegd achterhaald lijkt door *Asklepios*.

[20] HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, *NJ* 1990/423 (*Daddy's Dance Hall*) en HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, *JAR* 2003/297 (*Martin/SBU*).

[21] Zie uitgebreid over het verschil in aanpassen van individuele en collectieve arbeidsvoorwaarden M. van Schadewijk, 'Wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming', *ARA* 2021/3.

[22] Zie over dit Nederlandse systeem uitgebreid A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 570-572.

[23] HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38.

[24] Rb. Overijssel 23 juni 2020, *JAR* 2020/190.

[25] Rb. Amsterdam 22 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6355.

[26] Ook voorziet de DNB-cao in een salarisverhoging binnen de salarisschaal, afhankelijk van de beoordeling van de werknemer. De desbetreffende werknemers eisten ook toepassing van die salarisverhoging bij goed functioneren conform het bepaalde in de DNB-cao. Omdat toepassing van die vordering geen verband houdt met een eventuele nieuwe DNB-cao, zal ik die eis niet verder bespreken.

[27] M. van Schadewijk, a.w., p. 15.

[28] Hoewel de lat voor wijziging bij toepassing van die artikelen wel erg hoog ligt, zo hoog zelfs dat die wijzigingsoptie misschien wel als te theoretisch moet worden afgedaan.

[29] HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

[30] J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *ArA* 2008, nr. 3, p. 64.

[31] W. Bouwens, 'Niet-aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen', *ArA* 2021, nr. 3, p. 20-29.

[32] Zie hierover A.G. Veldman, 'Dynamisch incorporeren na Asklepios', *TAP* 2017/339.

[33] Art. 7:613 BW ziet volgens de HR in vergelijking met art. 7:611 BW 'veeleer' op een collectieve wijziging. Zie HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3.3.2.

[34] HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3.3.2.

[35] Vergelijk met de wens tot meer interne wendbaarheid van de Commissie Regulering van Werk (Commissie Borstlap), *In wat voor land willen wij werken?*, p. 65.

[36] HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, *JAR* 2017/118 (*Unionen*).

[37] Zie ook de eerdere verwijzing naar een indexatiebepaling in de arbeidsovereenkomst bij voetnoot 12.