

ANNOTATIE

# Overgang van nawerkende cao-bepalingen: Rode Kruis/Te Riet of Rode Kruis teniet?

*A.R. Houweling*

## 1. Inleiding

De rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking), gaan door de overgang van onderneming op de verkrijger over. Arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst bij de vervreemder dienen evenzeer door de verkrijger te worden gerespecteerd. Artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 bepaalt dat deze zogenoemde cao-handhavingsplicht eindigt op (1) het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of (2) afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst (3) in werking treedt of (4) wordt toegepast. De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar. Zoals bekend heeft de Nederlandse wetgever niet gekozen voor een beperking van deze handhavingsplicht in tijd. Wel heeft de wetgever met artikel 14a WCAO (en art. 2a WAVV) getracht artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 te implementeren. Getracht, want ‘de wetgever heeft echter met art. 14a lid 2 Wet CAO iets anders bedoeld dan hetgeen er staat’, waarschuwde eens de Kantonrechter Utrecht (23 juli 2008, *JIN* 2008/608, m.nt. Beltzer). Daarmee doelde hij op de gevolgen van de cumulatie van artikel 14a WCAO en artikel 7:663 jo. artikelen 9, 12, 13 en 14 WCAO. Kort gezegd: ook al vervalt de handhavingsplicht ex artikel 14a WCAO, dan wil dat niet zeggen dat een overgegangene werknemer geen beroep meer kan doen op zijn ‘oude rechten’ krachtens nawerkende cao-bepalingen. Zoveel werd duidelijk in het arrest Rode Kruis/Te Riet (HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38, *UJA*\_101996). In de onderhavige zaak laat het Hof van Justitie zich – bij mijn weten voor het eerst – uit over ‘nawerkende cao-bepalingen’ in het licht van artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23. Houdt onze Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie stand of wordt deze teniet gedaan?

## **2. Handhavingsplicht geldt ook voor nawerkende cao...**

Wat was er aan de hand? Het Oostenrijkse arbeidsrecht kent een wettelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid dat de collectieve overeenkomst, na beëindiging ervan, onder de volgende voorwaarden haar rechtsgevolgen behoudt: 'De rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst blijven na beëindiging ervan voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, gelden totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten' (§ 13 van het Arbeitsverfassungsgesetz). Voorts kent de Oostenrijkse wet een bepaling die vrijwel identiek is aan de redactie van artikel 3 lid 3 richtlijn. In casu werd vanwege de grote verliezen die het concern van de werkgever had geleden besloten de luchtvaartactiviteiten van de moederonderneming aan de dochteronderneming over te dragen. Daartoe heeft een overgang van onderneming ten gunste van de dochteronderneming plaatsgevonden met als doel dat de bij de luchtvaartactiviteiten betrokken werknemers zouden vallen onder de ongunstigere arbeidsvoorwaarden van de voor deze dochteronderneming geldende collectieve overeenkomst. Per datum overgang van onderneming heeft de werkgeversvereniging de collectieve overeenkomst van de moederonderneming beëindigd. Overeenkomstig de hiervoor genoemde Oostenrijkse wettelijke regeling blijft de beëindigde collectieve overeenkomst de rechtsgevolgen hebben die het vóór de beëindiging ervan had, te weten een zogenoemde 'nawerking' van de collectieve overeenkomst totdat een nieuwe collectieve overeenkomst of een uitdrukkelijke overeenkomst tussen partijen is gesloten. Na de overgang van onderneming en de beëindiging van de collectieve overeenkomst begon de nieuwe werkgever eenzijdig ondernemingsrichtsnoeren toe te passen waardoor het salaris van de overgegangene werknemers significant verslechterde (tussen 40 en 54% in hun salaris achteruitgegaan). De centrale vraag die door de verwijzende rechter aan het Hof wordt voorgelegd is of artikel 3 lid 3 richtlijn ook geldt voor een 'nawerkende cao'. Het antwoord op deze vraag is nodig, omdat per datum overgang de initiële collectieve overeenkomst was beëindigd, zodat naar de letter van artikel 3 lid 3 richtlijn er geen handhavingsplicht meer bestaat. Ingeval nawerking ook onder artikel 3 lid 3 richtlijn valt, dan blijft de handhavingsplicht gelden.

## **3. Advocaat-generaal**

De advocaat-generaal (Cruz Villalón) overweegt het volgende. Hij wijst erop dat Richtlijn 2001/23 de *gevolgen* en niet de *totstandkoming* van arbeidsvoorwaarden regelt. De vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, een arbeidsbetrekking of een collectieve arbeidsovereenkomst, is aan de lidstaten te beantwoorden. Het Hof concentreert zich, aldus de A-G, op de meer praktische aspecten van de richtlijn, zonder al te zeer stil te staan bij begripsvragen. Bepalend is dat er een recht of een verplichting bestaat, niet wat de formele

oorsprong daarvan is (r.o. 38 en 40). Artikel 3 lid 3 richtlijn legt vooral de nadruk op de handhaving van de 'arbeidsvoorwaarden' die voortvloeien uit een collectieve overeenkomst. Ook hier benadrukt de richtlijn het 'behoud' van de rechten. De specifieke oorsprong van die rechten is minder belangrijk. De nawerking heeft vóór alles tot doel een waarborg te vormen; zij behoudt slechts de status quo ten behoeve van de rechtszekerheid. In dat geval vormen de rechten en verplichtingen die uit een nawerkende collectieve overeenkomst voortvloeien en die simpelweg een voortzetting zijn van de eerdere situatie, de 'vastgelegde arbeidsvoorwaarden'. De A-G erkent dat de letterlijke tekst van artikel 3 lid 3 richtlijn de handhaving beperkt 'tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast'. De A-G is echter van mening dat deze bepaling ziet op situaties van beëindiging of afloop *in enge zin*, waarin het nationale recht niet voorziet in een van tevoren bepaalde vorm van de collectieve overeenkomst ten behoeve van de rechtszekerheid. Oftewel, indien het nationale recht nawerking kent (wettelijk of niet-wettelijk) dan sorteren de beperkingsgronden van artikel 3 lid 3 richtlijn geen effect.

#### **4. Hof van Justitie EU**

De conclusie van de A-G vindt weerklink bij het Hof van Justitie EU: 'Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft aangegeven, verlangt artikel 3, lid 3, van die richtlijn dat de bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd, zonder dat de specifieke oorsprong van de toepassing ervan doorslaggevend is. Bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden vallen bijgevolg in beginsel onder artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23, ongeacht de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden.' Het Hof voegt hier – onder verwijzing naar Scattolon (HvJ EU 6 september 2011, AR 2011-0727, m.nt. J.P.H. Zwemmer, 'Anciënniteit, cao en overgang van onderneming': de overgaande werknemer behoudt zijn anciënniteit wanneer deze van belang is voor zijn bezoldiging op basis van de cao van de verkrijger en hij anders wegens de overgang een wezenlijk salarisverlies zou lijden) – aan toe, dat dit oordeel het doel van de richtlijn dient dat erin bestaat te verhinderen dat de bij de overgang betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren.

Passen we dit oordeel van het Hof van Justitie toe op de Nederlandse rechtssituatie, dan blijkt de veelal door de praktijk als lastig ervaren Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie in overeenstemming met EU-rechtspraak. Nawerking van cao-bepalingen dient namelijk precies hetzelfde doel als de Oostenrijkse wetgeving: voorkoming van het jojo-effect (borgen van

rechtszekerheid). Voor zover hierover nog enige discussie bestaat in Nederland, maakt het Hof duidelijk dat bij een 'getimedede' overgang van onderneming, de verkrijger niet met een Juuri-verweer kan betogen dat de cao van de vervreemder ten tijde van de overgang was beëindigd en de verkrijger derhalve vrij is te doen en laten wat hij wil. Ter toelichting: in het Juuri-arrest viel de datum van de overgang en de expiratie van de cao samen, waarna de werknemer bij de verkrijger aan een andere cao gebonden raakte die aanmerkelijk slechter was. Het betrof in Juuri evenwel een afloop 'in enge zin'. Het Finse recht kende geen (wettelijk) recht van nawerking (vgl. HvJ EG 27 november 2008, *JAR* 2009/20. Zie uitvoerig over dit arrest R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *ArA* 2010-1). Zodra een lidstaat wel een (wettelijk) recht van nawerking kent, dan gaan de 'nawerkende cao-bepalingen' mee over. Uiteraard alleen de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit deze cao. Oftewel normatieve bepalingen en op arbeidsvoorwaarden terug te voeren diagonale bepalingen.

#### **5. ...maar geen onbepaalde en onbeperkte nawerking?**

Tot nu toe brengt het arrest ons niet veel nieuws, zou men kunnen stellen. Het Hof vervolgt evenwel dat zijn uitlegging ook in overeenstemming is met het andere doel van de richtlijn, dat erin bestaat een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger, en waaruit met name volgt dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt (HvJ EU 18 juli 2013, AR 2013-556, m.nt. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling (Parkwood)'). Volgens het Hof heeft een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst, *immers een beperkte werking*, aangezien de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst slechts behouden blijven voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, en totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten. In die omstandigheden blijkt niet dat een dergelijke regel de verkrijger belet de aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. De A-G vatte het zo samen: er is sprake van een in duur beperkt en afgezwakt recht. In duur beperkt omdat de nawerking ophoudt zodra er een nieuwe cao in werking treedt. Afgezwakt omdat tijdens de nawerkingsperiode partijen anders kunnen overeenkomen.

Net als in Parkwood plaats het Hof zijn arrest dus in de sleutel van botsende arbeidsrechtelijke grondslagen: enerzijds het ongelijkheidsbeginsel (behoud van rechten en plichten) en anderzijds het organisatiebeginsel (doorvoeren van aanpassingen en veranderingen die nodig zijn). Dit laatste aspect is van meet af aan in de richtlijn aanwezig

geweest, maar eigenlijk pas sinds kort door het Hof van Justitie EU als zodanig erkend (Parkwood). Uiteindelijk komt het dan aan op een belangenafweging, waarbij in het onderhavige geval het behoud van rechten en plichten zwaar weegt.

Tegelijkertijd plaats deze Parkwood-exceptie onze Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie mogelijk in een iets genuanceerder daglicht. Immers, naar Nederlands recht heeft nawerking in beginsel een permanent karakter (HR 8 april 2011, AR 2011-0279, m.nt. A.R. Houweling, 'Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht?') en is daardoor niet in duur beperkt. Sterker nog, zelfs indien na de overgang van onderneming de overgekomen werknemers aan een nieuwe cao gebonden raken, kunnen cao-bepalingen – tenzij uitdrukkelijk uitgesloten – nog steeds blijven nawerken met alle gevolgen en complicaties van dien (zie uitvoerig J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP Special* 2009/2; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *ARBAC* 2011). Een verkrijger is (lang) niet altijd bij machte invloed uit te oefenen op de eventuele redactie van (toekomstige) cao's die de nawerking van cao's uitsluiten of beperken tot het tijdstip van inwerkingtreding van een nieuwe cao. Daar komt bij dat het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:613 BW of het forceren van een overeenstemming over gewijzigde arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:611 BW, niet gemakkelijk voor een verkrijger valt te bewerkstelligen. Dit alles kan hem belemmeren aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten nopen. Daarbij mogen we niet uit het oog verliezen dat het Hof van Justitie in Parkwood benadrukt dat artikel 3 richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, niet aldus kan worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat maatregelen te nemen die weliswaar gunstiger zijn voor de werknemers, maar de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest Grondrechten EU) van de verkrijger in de kern kunnen aantasten. Kortom, als we na de overgang de verkrijger te veel belemmeren in zijn ondernemingsvrijheid, dan handelen we in strijd met de richtlijn.

Men zou de jurisprudentie van het Hof van Justitie aldus kunnen samenvatten:

- ongeacht de techniek van de doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een cao, dient de werknemer bij een overgang van onderneming zijn oude arbeidsvoorwaarden te behouden (Gewerkschaftsbund);
- de richtlijn beoogt de werknemer niet in gunstigere positie te brengen dan voor de overgang (Scattolon);
- bij de handhaving van de arbeidsvoorwaarden dient steeds een billijk evenwicht gevonden te worden tussen enerzijds werknemersbescherming en anderzijds het belang van de

ondernemer (Parkwood en Gewerkschaftsbund).

Zouden we deze rechtspraak niet zo mogen uitleggen dat het onverkort vasthouden aan nawerkende cao-bepalingen van de vervreemder (al dan niet in combinatie met ‘cherry picking’ van betere arbeidsvoorwaarden uit de cao van de verkrijger) op enig moment in strijd kan zijn met de vrijheid van ondernemerschap? Volgens mij geven zowel Parkwood als Gewerkschaftsbund verkrijgers (iets) meer manoeuvreerruimte te harmoniseren dan wel wijzigingen door te voeren na een overgang van onderneming. Deze ruimte moet niet worden overschat. Het louter wijzigen vanwege de overgang is niet toegestaan, althans het kan niet zo zijn dat werknemers er (sterk) op achteruitgaan bij een overgang van onderneming omdat de sociale partners (toevallig) de expiratie van de cao laten samenvallen met de datum overgang van onderneming (zie Juuri in combinatie met Scattolon). Dat de sociale partners wel aan zet zijn, blijkt uit beide arresten: ‘het is aan sociale partners te bepalen wanneer de cao expireert.’ Kortom, er zullen voor de uitvoering van de bedrijfsactiviteiten benodigde veranderingen en wijzigingen ten grondslag moeten liggen aan een (kort) na de overgang door te voeren wijziging. Een te ruime toepassing van de vrijheid van ondernemerschap als correctie op het behoud van rechten en plichten, zou dit (hoofd)doel van de richtlijn immers teniet doen. De vrijheid van ondernemerschap (waaronder de contractsvrijheid) komt mij evenwel weer ruimer voor dan een in de jurisprudentie en literatuur veelal gepleegd beroep op ETO-redenen (die in beginsel slechts zien op ontslag, maar naar analogie worden toegepast bij wijziging na de overgang). Een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de voortzetting van de activiteiten van de werkgever, waarbij de overgekomen werknemers er per saldo niet op achteruitgaan, zou met een beroep op Parkwood en Gewerkschaftsbund eerder de rechterlijke toets kunnen doorstaan. In die zin nuanceren de arresten Parkwood en Gewerkschaftsbund in zekere zin de rechtspraak van Daddy’s Dance Hall (een zekere pakketvergelijking zou mogelijk moeten zijn na de overgang en zelfs een verslechtering is niet uitgesloten). Bij dit alles lijkt het ‘collectieve aspect’, en daarmee het belang van het onderscheid of sprake is van een artikel 3 lid 1- (individuele arbeidsovereenkomst) of een artikel 3 lid 3- (collectieve rechten) overgang, groot. Is sprake van een artikel 3 lid 3-overgangsrecht, dan lijkt een beroep op Parkwood eerder aan de orde dan wanneer het ‘harde individuele rechten’ betreft.

## **6. Een collectieve arbeidsvoorwaarde blijft een collectieve arbeidsvoorwaarde, ongeacht de techniek van doorwerking**

Met deze slotopmerkingen in de vorige paragraaf, intrigeert ten slotte de overweging van het Hof dat bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in beginsel onder artikel 3 lid 3 richtlijn vallen, *ongeacht de techniek* die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het

voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden (r.o. 25). Dit betekent dat *alle arbeidsvoorwaarden die uit de cao voortvloeien*, onder het bereik van artikel 3 lid 3 richtlijn vallen en niet van artikel 3 lid 1 richtlijn. Vertaald naar de Nederlandse situatie zou men kunnen betogen dat een arbeidsvoorwaarde die krachtens artikel 9, 12 of 13 WCAO onderdeel is gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst, niet krachtens artikel 7:663 BW overgaat (als een recht en plicht die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst), maar uitsluitend krachtens artikel 14a WCAO (inclusief de mogelijke beperkingsgronden). Immers, de arbeidsvoorwaarde is en blijft er een die voortvloeit uit de cao. Dat het nationale recht deze voorwaarde onderdeel laat zijn van de individuele arbeidsovereenkomst, doet niet ter zake (dat is techniek). Bij een overgang dient het collectieve en niet het individuele contract leidend te zijn. Deze benadering sluit ook aan bij de handelwijze van het Hof in Parkwood, waarin een ‘incorporatiebeding’, als zijnde een artikel 3 lid 1-bepaling, werd behandeld in het licht van artikel 3 lid 3 richtlijn (zie J.H. Even, ‘Incorporeren na Parkwood’, *TAP* 2013/8, p. 316-325; N. Jansen, ‘Parkwood: (vooral) oude wijn in nieuwe zakken’, *ArA* 2014-1). Ook hier geldt dat de techniek van de doorwerking niet ter zake doet; het gaat om het behoud van de rechten die uit de collectieve arbeidsovereenkomst voortvloeien.

Hoewel deze benadering past binnen de systematiek van de richtlijn en de uitlegging van het Hof, staat zij op gespannen voet met de doorwerkingsleer van ons cao-recht. Immers, in Nederland geldt de doorwerking (en niet de nawerking) van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst (zie daarover het hierboven genoemde arrest en de annotatie bij Unieke Kinderopvang, HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135). Toch roept dit arrest de vraag op of artikel 14a WCAO en de al dan niet permanente doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een cao in de individuele arbeidsovereenkomst geen herijking behoeven. Wellicht dat we dan opnieuw de Kantonrechter Utrecht in herinnering moeten roepen: wat er staat is niet wat er wordt bedoeld. Zolang wij in Nederland nawerking van cao-bepalingen accepteren (en waarom zouden we dat niet doen?) en de wetgever artikel 14a WCAO ongewijzigd laat, zal dit onderscheid tussen een overgang krachtens artikel 7:663 BW of 14a WCAO geen of nauwelijks materieel effect hebben. Het geeft hooguit iets meer ruimte wijzigingen door te voeren na de overgang van onderneming, mits een succesvol beroep op vrijheid van ondernemerschap wordt gedaan. In een voorkomend geval zou de verkrijgende werkgever kunnen betogen dat hoewel de voorwaarden in Nederland voortvloeien uit de individuele arbeidsovereenkomst, men de collectieve origine van deze voorwaarden niet uit het oog mag verliezen hetgeen met zich brengt dat indien er nieuwe collectieve afspraken zijn gemaakt dat een aspect van enige betekenis is in de afweging tussen behoud van rechten en plichten en vrijheid van ondernemerschap. Wordt Rode Kruis met dit arrest teniet gedaan? Geenszins. Het Hof lijkt onze Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie eerder te bevestigen, met de nuancering van het

billijke evenwicht dat zal moeten worden gevonden tussen enerzijds werknemersbescherming en anderzijds het organisatiebeginsel (de Parkwood-exceptie).