

Citeerwijze van dit artikel:

Ronald Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *ARBAC* 2011, juli-september, DOI: 10.5553/ARBAC/.000002

DOI: 10.5553/ARBAC/.000002

Overgang van onderneming en cao

Ronald Beltzer

1 Inleiding

Indien sprake is van een overgang van onderneming in de zin van afdeling 8 van titel 10 van Boek 7 van het BW (art. 7:662 e.v. BW), gaan alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger van de onderneming.¹ Deze wettelijke regeling, voortvloeiend uit Richtlijn 2001/23 (verder: de richtlijn overgang van ondernemingen²), brengt in feite het effect teweeg dat de verkrijger van de onderneming het werkgeverschap van de vervreemder voortzet.³ De regeling beoogt hiermee duidelijk het belang van de werknemer bij het behoud van zijn rechten (maar ook: zijn verplichtingen) te waarborgen, ten koste van het belang van de verkrijgende werkgever deze arbeidsvoorwaarden juist niet te hoeven toepassen. Bedenkt men dit, dan is het niet vreemd dat de overgang ook op collectieve arbeidsvoorwaarden ziet.⁴ Art. 3, lid 3 van de richtlijn overgang van ondernemingen regelt zulks door te bepalen dat na de overgang van een onderneming de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate moet handhaven als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgelegd voor de vervreemder.⁵ De handhavingsplicht 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. Tot het moment dat de handhavingsplicht vervalt mag de verkrijger geen met de collectieve overeenkomst strijdige arbeidsvoorwaarden overeenkomen. De regeling van het derde lid van art. 3 bevestigt de gedachte dat het belang van de werknemers bij handhaving van hetgeen zij aan arbeidsvoorwaarden hebben door de opstellers van de richtlijn hoger is aangeslagen dan het belang van de verkrijger bij het niet tegelijkertijd te hoeven toepassen van verschillende arbeidsvoorwaardenregimes ten aanzien van verschillende groepen werknemers.⁶

Art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv vormen de implementatie van art. 3 lid 3 van de richtlijn overgang van ondernemingen. De hoofdregel van automatische

overgang staat in het eerste lid van beide bepalingen; de respectievelijke tweede leden bepalen dat de bij de vervreemder in een (algemeen verbindend verklaarde) cao(-bepalingen) neergelegde arbeidsvoorwaarden na overgang van een onderneming tussen de verkrijger en de overgegangene werknemer blijven gelden tot het moment dat de oude cao dan wel de termijn van algemeenverbindendverklaring afloopt of de verkrijger zelf na de overgang gebonden wordt aan een cao of aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. 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 (algemeen verbindend verklaarde) cao(-bepalingen) door de verkrijger moeten worden gehandhaafd. Hoewel langlopende cao's in Nederland uitzonderlijk zijn, wordt niettemin in de praktijk het probleem gevoeld dat de verkrijger gedurende lange tijd na de overgang van onderneming gebonden blijft aan de collectieve arbeidsvoorwaarden waaraan de vervreemder voor overgang van onderneming gebonden was. Dit probleem hangt samen met enkele specifieke eigenschappen van het Nederlandse cao-recht: de nawerking en het minimumkarakter van veel cao-bepalingen. De regeling heeft in het verleden in rechtspraak en literatuur vele vragen opgeroepen, zoals de vraag naar hoe om te gaan met “botsende cao's” - de situatie waarin zowel de voor de vervreemder geldende (en overgegangene) cao als die bij de verkrijger geldende cao van toepassing kan zijn op het overgekomen personeel. Deze vragen zullen in dit artikel worden geanalyseerd, waarbij ik steeds zal pogen een antwoord te vinden op deze vragen. Voorts zal ik pogen een oplossing te bieden voor de ongewenste gevolgen die de overgang van cao-bepalingen kan meebrengen.

2 Bepalingen uit collectieve overeenkomsten

De term “collectieve overeenkomst” uit art. 3 lid 3 van de richtlijn overgang van ondernemingen is niet geheel gelijklopend aan “collectieve arbeidsovereenkomst” uit art. 14a Wet Cao respectievelijk art. 2a Wet Avv. Dat de collectieve arbeidsovereenkomst, alsmede de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen onder de reikwijdte van art. 3 lid 3 vallen, staat niet ter discussie. De vraag is of niet evenzeer andere collectieve overeenkomsten, zoals ondernemingsovereenkomsten in de zin van art. 32 WOR, evenzeer onder de term vallen. De totstandkomingsgeschiedenis van de (voorgangers van) Richtlijn 2001/23 biedt onvoldoende duidelijkheid.⁷ Op het eerste gezicht lijkt deze constatering voor het Nederlandse recht niet problematisch, nu ondernemingsovereenkomsten geen direct in de arbeidsovereenkomst doorwerkende bepalingen voor werknemers in het leven roepen.

Voorbeeld: een ondernemer heeft met zijn ondernemingsraad afgesproken dat deze raad dient in te stemmen met een voorgenomen indeling van functies die volgens een bepaald rooster dienen te worden vervuld. Het feit dat de ondernemingsraad instemt, betekent niet dat de betreffende werknemers hiermee contractueel gebonden zijn aan deze indeling - al is vaste rechtspraak dat de ondernemer jegens zijn onwillige werknemers een sterkere casus heeft indien de ondernemingsraad heeft ingestemd. Hebben de werknemers vóór overgang van onderneming ingestemd met de regeling, dan gaat deze afspraak als recht, nu dat deel uitmaakt van de individuele

arbeidsovereenkomst, ingevolge art. 7:663 BW over. Hetzelfde geldt voor andersoortige arrangementen ten behoeve van werknemers, zoals telefoonkosten-, studiekosten- en ziektekostenregelingen.

Een bij mijn weten niet in rechtspraak en literatuur uitgewerkt juridisch probleem is de situatie dat de werknemers dergelijke bepalingen nog niet hebben geaccepteerd, maar dat na de overgang van onderneming alsnog wensen te doen. Dan wordt direct van belang te weten wat onder “collectieve overeenkomst” in de zin van art. 3 lid 3 van de richtlijn overgang van ondernemingen wordt verstaan en of de overeenkomst als in de casus voor overgang vatbaar is. Mij dunkt, dat, in het algemeen, in collectieve overeenkomsten ten behoeve van werknemers in het leven geroepen rechten (arbeidsvoorwaarden) voor overgang vatbaar zijn en dat werknemers daar derhalve nog na de overgang een beroep op kunnen doen.⁸ De regeling van art. 14a Wet Cao en 2a Wet Avv - die alleen voor cao-bepalingen gelden - is daarmee dus niet exclusief. De richtlijn noopt immers niet tot een dergelijke, restrictieve uitleg. Integendeel: de richtlijn wordt ruim uitgelegd wanneer dat voor werknemers gunstig is.⁹ Wellicht ten overvloede merk ik hier op, dat collectieve regelingen, zoals afgesproken met de medezeggenschap, niet op basis van art. 6 van Richtlijn 2001/23 overgaan. Dit artikel regelt het behoud van medezeggenschap in geval van overgang van onderneming. In mijn optiek is hier echter de bescherming van medezeggenschap als gereguleerd instituut aan de orde, en niet de met de medezeggenschapsorganen afgesproken regelingen op arbeidsvoorwaardelijk terrein.¹⁰

Ook ten aanzien van cao's is de regeling echter niet probleemloos wat haar reikwijdte betreft. Men kan zich, bijvoorbeeld, afvragen of het gewenst is sociale plannen die de status van cao hebben wel zouden moeten kunnen overgaan. Sociale plannen zijn, naar hun aard, specifiek afgestemd op de situatie binnen de onderneming in kwestie, hoewel men daartegenover kan stellen dat de maatregelen die in deze plannen staan beschreven tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn aan die, die andere ondernemingen in eenzelfde situatie zouden treffen (zoals het aanbieden van ontslagvergoedingen en doorbetaalde tijd om te solliciteren). Daar komt bij dat het vaste rechtspraak is dat de regeling van overgang van onderneming meebrengt dat alle rechten en verplichtingen overgaan, ook de bedrijfsspecifieke, zoals een winstdelingsregeling. Voor zeer specifieke gevallen is in de lagere rechtspraak aangenomen dat art. 6:248 BW dan wel art. 7:611 BW in de weg staan aan een (ongewijzigde) overgang van bepaalde rechten en verplichtingen.¹¹ Omdat Nederlands recht op dit punt geen onderscheid maakt naar het soort cao, gaan sociale plannen over op de verkrijger. Het is niettemin denkbaar dat een rechter sympathie zou hebben voor het argument dat een sociaal plan duidelijk in het leven is geroepen alleen van kracht te blijven voor de periode dat de betreffende reorganisatie duurt en voor deze specifieke onderneming - in feite het *raison d'être* van deze collectieve regeling. Sommige sociale plannen zien echter niet op een specifieke reorganisatie, maar kunnen “uit de kast worden gehaald” telkens wanneer zich een reorganisatie voordoet. In dat geval gaat het argument niet op. Het Duitse Bundesarbeidsgericht was in 2009 evenmin gevoelig voor dit argument: het oordeelde dat sociale plannen voor overgang vatbaar zijn, hetgeen in lijn is met de hiervoor vastgestelde reikwijdte van het begrip “collectieve overeenkomst”.¹²

Interessant is de overweging van het Bundesarbeitsgericht dat een sociaal plan niet overgaat indien de geldigheid van het plan afhankelijk is gesteld van de identiteit van een bepaalde werkgever. Deze identiteit kan dan beschouwd worden als een contractuele voorwaarde. Toegepast op Nederlands recht brengt dit mee dat indien een sociaal plan bepaalt dat het plan slechts toepassing vindt indien werkgever X de wederpartij is, het plan *de facto* niet van toepassing is in geval van overgang van de onderneming waarvoor het plan geldt naar een andere werkgever dan werkgever X. Hoewel deze gedachtegang overeenstemt met het hierna te behandelen arrest *Juuri*¹³ - waarin aan sociale partners een zekere ruimte is geboden te bepalen tot wanneer een cao geldt - zou een al te ruimhartige toepassing van deze gedachtegang in feite de overgang van cao's kunnen uitschakelen, hetgeen mij in strijd met artikel 3 lid 3 van de richtlijn lijkt.

3 Arbeidsvoorwaarden

Bepalingen uit een collectieve overeenkomst die niet arbeidsvoorwaarden als onderwerp hebben, behoeft de verkrijger niet te eerbiedigen. De richtlijn overgang van ondernemingen beschermt immers werknemers door hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst door de verkrijger te laten eerbiedigen. Obligatoire bepalingen, zoals een vredesplichtclausule of de plicht te heronderhandelen indien zich belangrijke wijzigingen voordoen in de sociaal-economische wetgeving, zullen niet overgaan. Diagonale cao-bepalingen kunnen wel overgaan, mits zij zekere, aan de arbeidsovereenkomst gerelateerde rechten voor de werknemer in het leven roepen. De totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn¹⁴ en de wettekst - art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv spreken over bepalingen “omtrent arbeidsvoorwaarden” - wijzen die kant uit.¹⁵ Het betalen van het zogenoemde vakbondstientje¹⁶ is een voorbeeld van een diagonale bepaling die niet voor overgang vatbaar is, nu deze regeling niet is te beschouwen als een bepaling die samenhangt met de voortzetting van de arbeidsovereenkomst van de individuele werknemer.¹⁷ De voornoemde ruime uitleg brengt wel mee, dat anciënniteitsregelingen, veiligheidsnormen en bepalingen met betrekking tot scholingsfondsen kunnen overgaan.¹⁸ Wat dat laatste voorbeeld betreft, zijn vele situaties met even zovele probleemsituaties denkbaar. Slechts indien en voor zover bepalingen omtrent scholingsfondsen rechten voor werknemers in het leven roepen, kunnen zij overgaan. Hierdoor kan het nodig zijn deze bepalingen te splitsen in een voor overgang vatbaar deel en een deel dat niet kan overgaan. Bepalingen omtrent wie deel uitmaken van het bestuur van een dergelijk fonds, zijn in ieder geval geen bepalingen “omtrent arbeidsvoorwaarden” en zijn dus niet voor overgang vatbaar. De zogenoemde trekkingsrechten zijn dat wel. Tegenover een trekkingsrecht van een werknemer staat een bepaling die plichten voor de werkgever in het leven roept, zoals een bijdrage aan datzelfde scholingsfonds. Zeker indien de verkrijger zich in een andere branche bevindt en de scholing van de werknemer niet bijdraagt aan de werkzaamheden bij de verkrijger, zal hij niet aan deze verplichting willen (of kunnen) voldoen. Een praktische oplossing kan dan zijn, dat de werknemer reeds voor de overgang opgebouwde trekkingsrechten kan verzilveren, maar dat van de verkrijger niet geëist kan worden dat hij aan dat fonds bijdraagt.¹⁹

Het aantal bepalingen dat voor overgang vatbaar is, loopt niet parallel aan de

bepalingen die vatbaar zijn voor algemeenverbindendverklaring: de laatste categorie is ruimer, nu die niet is gebonden aan rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, maar ziet op bepalingen die betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden.²⁰ Bij twijfel dient men terug te grijpen op de hoofdregel dat de gebondenheid van de verkrijger niet verder gaat dan met het oog op het behoud van rechten en verplichtingen van de overgekomen werknemers nodig is. Hieruit valt al af te leiden dat de richtlijn overgang van ondernemingen niet bewerkstelligt dat de verkrijger zelf partij wordt bij de collectieve overeenkomst - dat zal in veel gevallen ook onwenselijk zijn, bijvoorbeeld indien het gaat om de overgang van een ondernemings-cao of van een bedrijfstak-cao van een branche waartoe de verkrijger niet behoort. Art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv roepen evenmin een 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.²¹

Men dient zich te bedenken, dat de overgang van (al dan niet algemeen verbindend verklaarde) rechten en verplichtingen uit de cao dwingend is voorgeschreven - afwijking wordt door het Hof van Justitie met nietigheid gesanctioneerd.²² Slechts voor pensioenen bestaat een uitzondering.²³ Op grond van de artikelen 14a Wet Cao en 2a Wet Avv hebben werknemers ten opzichte van de verkrijger evenzeer aanspraak op door de cao in het vooruitzicht gestelde verbeteringen van arbeidsvoorwaarden, zoals recht op prijscompensatie of loonsverhoging.²⁴ Opeisbaarheid van de arbeidsvoorwaarden op het moment van overgang van onderneming is immers geen vereiste.²⁵

4 “Op dat tijdstip”

De richtlijn stelt vast, dat de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate handhaaft als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder. In art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv staat ook dat de verkrijger de collectieve arbeidsvoorwaarden handhaaft welke op dat tijdstip - het moment van overgang van onderneming - voortvloeien uit (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen.

Is de cao op het moment van overgang van onderneming reeds afgelopen, dan kunnen de bepalingen hieruit uiteraard niet overgaan, al kunnen zij nawerken (waarover hierna meer). Loopt de cao nog, dan is de vraag of men niettemin kan voorkomen dat bepaalde collectieve regelingen overgaan naar de verkrijger. De al aangestipte *Juuri-zaak*²⁶ uit 2008 biedt wellicht een opening. Over de reikwijdte van art. 3 lid 3 oordeelde het Hof als volgt in ro. 33:

“Deze bepaling heeft dus tot doel, te waarborgen dat ondanks de overgang van onderneming alle arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd in overeenstemming met de wil van de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst. Zij kan echter niet derogeren aan de wil van deze partijen zoals die in de collectieve arbeidsovereenkomst tot uitdrukking is gebracht. Zijn deze contracterende partijen overeengekomen om bepaalde arbeidsvoorwaarden niet tot na een bepaald tijdstip te waarborgen, dan kan artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 de verkrijger dus niet verplichten tot naleving van deze voorwaarden na het in de collectieve arbeidsovereenkomst

overeengekomen tijdstip voor het verstrijken daarvan, daar deze overeenkomst na dit tijdstip niet langer van kracht is.”

In casu liep de cao af op exact de datum van overgang van onderneming. Zouden cao-partijen rechtsgeldig kunnen bepalen dat een cao zijn geldigheid verliest op het moment dat zich een overgang van onderneming voordoet?²⁷ Vooralsnog is onduidelijk of bovengenoemd citaat ruimte laat voor een dergelijke handelwijze. De casus in de zaak *Juuri* is daar in mijn optiek te specifiek voor.²⁸ De A-G in deze zaak was argwanend ten aanzien van de feitelijke gang van zaken:

“De tijdspanne tussen het sluiten van de nieuwe overeenkomst en de inwerkingtreding ervan is uitermate kort, amper anderhalve maand. Daarbij werpt ook het gedrag van de vervreemdster in de periode voorafgaand aan de overgang, vooral de aandacht die zij aan de werknemers en hun vertegenwoordigers wijdde, licht op de wijze waarop een en ander in zijn werk is gegaan. De nationale rechter dient te beoordelen of deze opeenvolging van overeenkomsten, het tijdsverloop en de informatie die aan de werknemers is verstrekt, het aannemelijk maken dat de vervreemdster en de verkrijger zich schuldig hebben gemaakt aan ontduiking van de wet en bijgevolg de regels hebben overtreden die wijziging van de arbeidsvoorwaarden bij de overgang van de onderneming verbieden.”

De A-G concludeert dat artikel 3 lid 3 van de richtlijn zich ertegen verzet dat een cao afloopt op de datum van overgang, indien de vervreemder en de verkrijger in strijd met het doel en de strekking van de richtlijn hebben gehandeld (i.e.: het behoud van rechten en verplichtingen uit - in casu: collectieve - arbeidsvoorwaarden en het verbod deze arbeidsvoorwaarden wegens de overgang te wijzigen). Ik lees hierin dat, indien vervreemder en verkrijger erop hebben aangestuurd de cao te laten aflopen op de datum van overgang, dit niet de goedkeuring van de A-G zou hebben weggedragen. In het oordeel van het Hof van Justitie ontbreken de door de A-G opgeworpen nuances.

Aan het vereiste van gebondenheid op het moment van overgang van onderneming kleven ook enkele meer technische aspecten. Indien de vervreemder al wel een cao heeft ondertekend, maar deze pas in werking treedt op een tijdstip dat na de overgang van onderneming ligt, is de verkrijger niet verplicht deze cao te handhaven: er is immers geen sprake van arbeidsvoorwaardelijke bepalingen welke hij op het moment van overgang van onderneming verplicht is *na te komen* - zo luidt de wettekst - ten aanzien van zijn werknemers. Ik lees die wettekst in ieder geval zo, dat met het nakomingsvereiste wordt bedoeld dat de werkgever op het moment van overgang van onderneming ook daadwerkelijk tot nakoming kan worden aangesproken. Een dergelijke uitleg is niet vanzelfsprekend: zo heeft het Hof van Justitie in het arrest *Abels*²⁹ geoordeeld dat reeds bestaande (lees: toegezegde) rechten uit de arbeidsovereenkomst voor overgang vatbaar zijn, ook al zij nog niet opeisbaar zijn. Mijn argument anders te oordelen in de situatie dat sprake is van een nog niet geldende cao, is dat hier nog geen sprake is van een rechtens relevante toezegging. De cao bestaat nog niet. Voorts legt het Hof van Justitie in de hiervoor genoemde *Juuri*-zaak de nadruk op de wens van sociale partners ten aanzien van de geldingsduur van de cao: art. 3 lid 3 van de richtlijn heeft tot

doel, aldus het Hof, “te waarborgen dat ondanks de overgang van onderneming alle arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd in overeenstemming met de wil van de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst”. Welnu, die wens is de cao nog niet in werking te laten treden vóór een bepaald tijdstip.

Een ander vraagstuk betreft dat van de terugwerkende kracht. Hoewel aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen geen terugwerkende kracht kan worden verleend, kan dat wel ten aanzien van cao's. Dat roept de vraag op hoe in de volgende casus geredeneerd dient te worden:

Op 1 maart vindt een overgang van onderneming plaats van A naar B. Op 1 april wordt een cao gesloten voor de branche waartoe wel A, maar niet B behoort. Deze cao krijgt terugwerkende kracht tot 1 februari.

Is B nu alsnog gebonden aan de bepalingen van deze cao? Men kan oordelen dat de cao ingaat op 1 februari - voor overgang van onderneming - en dat de verkrijger daarmee gebonden is. Er zijn echter enkele, mijns inziens doorslaggevende, argumenten op te werpen tegen het aannemen van gebondenheid van B. Allereerst bestaat een juridisch-technisch tegenargument. De werknemers in kwestie zijn op het moment van totstandkoming van de cao niet meer in dienst van A en dus niet meer al diens werknemers te beschouwen. Zij kunnen dus niet meer onder de voor A geldende cao vallen, ook niet met terugwerkende kracht. B heeft in deze redenering simpelweg niets te maken met deze cao. Accepteert men deze redenering niet, dan kan men wijzen op het bezwaar dat B het feit dat later een cao van toepassing wordt aan de totstandkoming waarvan hij part noch deel heeft kunnen hebben, niet heeft kunnen meenemen in de onderhandelingen ten aanzien van de overname van het bedrijf van A. Ook A zelf behoeft niet op de hoogte te zijn geweest van de vorderingen ten aanzien van de cao.³⁰ De richtlijn overgang van ondernemingen legt in art. 3 lid 2 een mededelingsplicht op A, maar die geldt alleen ten aanzien van de rechten en verplichtingen die voor A kenbaar waren op het moment van overgang. Nu behoeft het feit dat A de inhoud van de nieuwe cao niet kende en niet had kunnen kennen geen belemmering te zijn voor overgang ervan met terugwerkende kracht. Men kan er echter wel een argument in vinden voor de stelling dat de Europese wetgever niet heeft bedoeld de verkrijger op te zadelen met arbeidsvoorwaarden die pas na overgang van onderneming tot stand zijn gekomen en waaraan terugwerkende kracht wordt verleend. Ook uit het *Werhof*-arrest³¹ valt een dergelijk argument te halen: de verkrijger is niet gebonden aan een wijziging in de cao indien deze wijziging nog niet gold op het moment van overgang van onderneming.³² Een praktisch bezwaar is nog het volgende: stel dat de verkrijger na de overgang inmiddels nieuwe arbeidsvoorwaarden met het overgekomen personeel is overeengekomen. Dergelijke afspraken zouden dan, indien blijkt dat met terugwerkende kracht een cao is 'overgekomen', alsnog in strijd zijn met art. 14a Wet Cao. Zouden de bepalingen van de cao waaraan terugwerkende kracht is verleend een standaardkarakter dragen, dan zou dit er toe kunnen leiden dat de werknemer het - naar achteraf blijkt: teveel - ontvangene dient terug te betalen. Dergelijke gevolgen lijken mij zozeer ongerijmd, dat men in deze situatie geen gebondenheid van de verkrijger zou moeten aannemen.

5 Gebondenheid aan cao-bepalingen na de overgang

Het probleem van het verschil tussen het tijdstip waarop de cao is aangegaan en het tijdstip dat deze in werking treedt, doet zich ook voor ten aanzien van de eindigingsgrond van art. 14a lid 2 Wet Cao en 2a lid 2 Wet Avv. Ook hier speelt de vraag of het zo kan zijn dat de handhavingsplicht van de verkrijger eindigt op het moment dat de nieuwe cao in werking treedt, of dat het moment waarop hij zich contractueel bindt doorslaggevend is. Even³³ sluit niet aan bij het tijdstip waarop de verplichtingen zijn ingegaan, maar wanneer deze zijn aangegaan. Dat brengt mee, dat indien de verkrijger zich voor de overgang contractueel heeft gebonden aan een cao die pas in werking treedt na de overgang, zich niet een eindigingsgrond als bedoeld in lid 2 van art. 14a Wet Cao of 2a Wet Avv voordoet: de cao bestond immers al op het moment van overgang van onderneming en op die situatie zien deze bepalingen niet. Daar is wat voor te zeggen. Zo zou de verkrijger die van de cao van de vervreemder af wil, dit kunnen bewerkstelligen door vlak voor de overgang een ondernemings-cao af te sluiten om deze vervolgens te laten ingaan op de dag van overgang. Het omgekeerde geval kan zich evenzeer voordoen: de vervreemder sluit na de overgang een nieuwe cao - of wordt gebonden aan een bedrijfstak-cao - die terugwerkt tot een moment gelegen vóór de overgang van onderneming. Volgt men Even consequent, dan is in die situatie sprake van een nieuwe cao: het moment van aangaan ligt immers na de overgang. Het lijkt mij echter in strijd met de bedoeling van de richtlijn aan een dergelijke cao ten aanzien van het overgekomen personeel terugwerkende kracht te verlenen: hiermee zou immers de bescherming van art. 3 lid 3 (en van art. 14a lid 1 Wet Cao en art. 2a lid 1 Wet Avv) uitgehold worden. De terugwerkende kracht heeft wel effect ten opzichte van het niet-overgekomen, reeds zittende personeel, nu ten aanzien van hen voornoemd bezwaar zich niet voordoet - de richtlijn overgang van onderneming beschermt immers niet het zittende personeel.

Aan de tekst van de richtlijn kan men overigens geen argument voor voornoemde redenering ontleen. Die vermeldt immers dat de handhavingsplicht voortduurt “tot op het tijdstip waarop (...) een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.” Dat duidt erop dat het moment van *aangaan* (het sluiten van het contract) niet doorslaggevend is, maar het moment van *ingaan* (de inwerkingstredingsdatum, de datum die geldt als het moment waarop de overeengekomen arbeidsvoorwaarden voor de werknemer daadwerkelijk gaan gelden). De Nederlandse wettekst duidt op het omgekeerde. Zowel art. 14a Wet Cao als art. 2a Wet Avv melden dat de handhavingsplicht voortduurt tot het tijdstip waarop de verkrijger “gebonden wordt aan een na de overgang van de onderneming tot stand gekomen collectieve arbeidsovereenkomst dan wel op het tijdstip waarop de verkrijger ten aanzien van die arbeid krachtens een na de overgang genomen besluit tot verbindendverklaring (...) verplicht wordt bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst na te komen.” Hieruit kan men opmaken, dat het de bedoeling van de wetgever is geweest aan te sluiten bij het moment waarop voor de werkgever een contractuele gebondenheid ontstaat, lees: het moment van *aangaan* van de cao.³⁴ De wetsgeschiedenis is echter ambigue. Zo stelt de wetgever eerst dat met voornoemd citaat uit de wet is bedoeld “het tijdstip waarop de c.a.o. van kracht wordt” - het tijdstip van ingaan (inwerkingtreding)

dus - terwijl de wetgever vervolgens stelt dat “dus niet (is) bedoeld het tijdstip tot hetwelk de c.a.o. terugwerkende kracht is verleend.”³⁵ Mij dunkt dat aan deze laatste verduidelijking het meeste gewicht dient toe te komen.

Het in de vorige en deze paragraaf geanalyseerde aspect met betrekking tot het verschil tussen het aangaan en het ingaan van cao-bepalingen leidt tot de volgende resultaten:

1. Een door de vervreemder voor overgang van onderneming aangegane, maar pas na overgang ingegane cao geldt niet als cao ten aanzien waarvan de handhavingplicht van de verkrijger geldt.
2. Een door de vervreemder na overgang van onderneming aangegane cao die met terugwerkende kracht ingaat op een moment dat ligt voor de overgang, valt niet onder art. 14a Wet Cao.
3. Een cao die de verkrijger voor overgang van onderneming aangaat, maar die na overgang ingaat, valt niet onder de eindigingsgrond van art. 14a Wet Cao/2a Wet Avv.
4. Een cao die de verkrijger na overgang van onderneming aangaat, welke met terugwerkende kracht ingaat op een moment dat ligt voor de overgang, geldt als eindigingsgrond in de zin van art. 14a Wet Cao/2a Wet Avv. De terugwerkende kracht geldt niet ten aanzien van het overgekomen personeel.

Ten slotte zou ik willen aannemen dat de eindigingsgrond wegens het gebonden worden aan een nieuwe cao na overgang van onderneming zich slechts dan voordoet, indien de verkrijger zelf de cao afsluit dan wel indien de werkgeversorganisatie waarbij hij is aangesloten dat voor hem doet. De verkrijger die vrijwillig een cao toepast, is niet gebonden in de zin van de Wet Cao en kan zich daarmee in mijn optiek niet beroepen op de eindigingsgrond van art. 14a lid 2 Wet Cao of art. 2a lid 2 Wet Avv.³⁶ Een andere opvatting zou ook te gemakkelijk misbruik door de verkrijger kunnen uitlokken.³⁷

6 De art. 14-werknemer

Alvorens in de volgende paragraaf de samenloop te behandelen, zal eerst worden ingegaan op de speciale positie die de art. 14-werknemer bij overgang van onderneming inneemt. Deze werknemer is “niet of anders georganiseerd”: hij is niet op grond van de door de Wet Cao voorziene binding aan de cao gebonden, omdat hij geen lid is van de vakbond die de betreffende cao sloot. Men bedenke zich dat de art. 14-werknemer door middel van instemming (zoals door middel van een incorporatiebeding) niettemin aan de cao-bepalingen die bij de vervreemder golden, gebonden kan zijn. De gebondenheid van deze art. 14-werknemer vloeit dan niet voort uit de Wet Cao, maar uit een eventuele instemming - en daarmee uit de individuele arbeidsovereenkomst. Op die situatie ziet art. 7:663 BW.³⁸

Denkbaar is dat de vervreemder de cao niet toepaste op een nietgebonden

werknemer, hoewel hij daar ingevolge art. 14 Wet Cao wel toe verplicht was. Zoals de Hoge Raad reeds oordeelde in het arrest Suk/Brittannia, kan deze werknemer geen rechten ontleen aan de betreffende cao.³⁹ Dat wordt anders zodra hij lid wordt van de cao-sluitende vakbond, hij de toepasselijkheid van de cao aanvaardt na een aanbod daartoe van zijn werkgever (vaak in de vorm van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding) of in geval van algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen - al kan in dat laatste geval geen nawerking plaatshebben.⁴⁰

De vraag is nu of de verkrijger na overgang jegens deze werknemer (alsnog) verplicht is de op grond van art. 14a Wet Cao overgegangene cao-bepalingen toe te passen. Allereerst dient men aan te nemen dat de rechten en verplichtingen uit de cao van de verkrijger ook ten aanzien van deze art. 14-werknemer - die dus nog niet heeft ingestemd met de toepasselijkheid van deze bepalingen op zijn arbeidsovereenkomst - overgaan. Dat lijkt het geval te zijn. Art. 14a Wet Cao stelt immers dat de rechten en verplichtingen die *ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeiën uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een cao waaraan hij gebonden is*, toe te passen. Met andere woorden: het ijkpunt is of de vervreemder gebonden was aan de cao. Niet relevant is of de werknemer in kwestie gebonden was aan de cao en zo ja, hoe. Art. 14a Wet Cao ziet daarmee op de overgang van de cao-bepalingen waaraan de vervreemder gebonden was ten aanzien van al het personeel, inclusief de art. 14-werknemers.

Een volgende vraag is of art. 14a Wet Cao op zichzelf staat, of dat men moet aannemen dat ten aanzien van overgekomen cao-bepalingen voor de verkrijger tevens de overige bepalingen van de Wet Cao gelden. Neemt men dit laatste aan, dan heeft dat een aantal rechtsgevolgen. Zo zouden de vakbonden die deze cao met de vervreemder hadden afgesloten, nu de verkrijger kunnen aanspreken tot nakoming ervan, ook ten opzichte van de art. 14-werknemers. Ook zouden deze vakbonden op grond van art. 15 en 16 Wet Cao schadevergoeding van de verkrijger kunnen vorderen. Mij dunk, dat men deze conclusie inderdaad zou moeten accepteren, hoewel ik direct inzie dat de Wet Cao op dit punt niet bepaald die kant uitwijst - het criterium voor toepasselijkheid van deze wet is immers gebondenheid van de werkgever door het zijn van partij; art. 14a Wet Cao is wat dat betreft een vreemde eend in de bijt. Zou men echter oordelen dat art. 14a Wet Cao dan ook louter op zichzelf beschouwd zou moeten worden en de verkrijger (dus) niet gebonden is aan de overige bepalingen van de Wet Cao, dan zou de verkrijger, bijvoorbeeld, direct na overgang onderscheid mogen maken tussen werknemers die contractueel aan de cao van de vervreemder gebonden waren en werknemers die slechts door instemming of in het geheel (nog) niet gebonden waren - art. 14 Wet Cao geldt immers niet. Men zou echter voor art. 14 Wet Cao ook anders kunnen redeneren: nu dit artikel voor de verkrijger ten aanzien van de overgekomen cao, kan een vóór de overgang niet of anders georganiseerde werknemer op grond van art. 14a Wet Cao toch de overgegangene arbeidsvoorwaarden bij de verkrijger claimen, iets wat hij vóór de overgang - als art. 14-werknemer - niet jegens de vervreemder kon.⁴¹ Die conclusie is alleen al problematisch, nu de richtlijn niet beoogt de positie van werknemers te verbeteren.

Zoals gezegd: de conclusie dat de overige bepalingen van de Wet Cao ook gelden

ten aanzien van de overgegang cao is niet zonder problemen. Om in het eerder genoemde voorbeeld te blijven: men zou de wettekst van art. 15 Wet Cao moeten aanpassen, omdat deze spreekt van het kunnen vorderen van schadevergoeding van “partijen bij die overeenkomst of een der leden van deze”. De verkrijger zal niet onder die categorie vallen: hij is immers niet contractueel gebonden aan de cao van de vervreemder, maar louter door wetsduiding. Art. 14a Wet Cao roept geen contractuele betrokkenheid in het leven.⁴²

Een ander aspect betreft de vraag of de verkrijger na overgang verplicht is zijn eigen cao toe te passen op de overgekomen werknemers. Ten aanzien van het overgegang personeel dat lid is van de vakbond die de cao heeft afgesloten die bij de verkrijger geldt, vloeit die plicht voort uit art. 9 jo. 12 Wet Cao. Dit kan leiden tot het probleem van de zogenoemde botsende cao's - het overgekomen personeel behoudt de rechten en verplichtingen uit de cao zoals die bij de vervreemder gold, maar kan evenzeer rechten uit de bij de verkrijger geldende cao claimen -, waarover meer in de volgende paragraaf. De vraag speelt echter evenzeer ten aanzien van de art. 14-werknemer. Hanteert men de strikte lezing van art. 14 Wet Cao, inhoudende dat de werkgever slechts de voor hem geldende cao-bepalingen dient toe te passen op werknemers met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft - en dus niet op werknemers die ten tijde van het gebonden worden aan de cao al in dienst zijn - dan is het antwoord eenvoudig: de verkrijger behoeft de cao waaraan hij ten tijde van de overgang van onderneming al gebonden was niet toe te passen op het overgekomen art. 14-personeel. Een dergelijke lezing van art. 14 Wet Cao lijkt mij ongewenst en achterhaald.⁴³ Art. 14 Wet Cao ziet op elke werknemer die niet door lidmaatschap van de cao-sluitende vakbond of door instemming met de bepalingen van die cao gebonden is, ongeacht het tijdstip waarop deze werknemer een arbeidsovereenkomst met de werkgever heeft gesloten.⁴⁴ Dit brengt mee dat de verkrijger na overgang op grond van art. 14 Wet Cao door de vakbonden aangesproken kan worden indien hij weigerachtig blijft de cao waaraan hij zelf gebonden is, toe te passen op de overgekomen art. 14-werknemers. In de volgende paragraaf zal ik bezien of deze, toch wat legistische, benadering van het nationale cao-recht juist en gewenst is.

7 Samenloop door overgang van onderneming

Door de overgang van cao-bepalingen kan zich een aantal problemen voordoen. Zo kunnen cao's “botsen”, bijvoorbeeld doordat bij de verkrijger ten tijde van de overgang reeds een cao gold. Door de overgang van onderneming wordt hij verplicht binnen zijn onderneming twee cao's toe te passen. Zoals in de vorige paragraaf is vermeld, is denkbaar dat het overgekomen personeel vervolgens niet alleen de arbeidsvoorwaarden uit de cao meeneemt die golden vóór de overgang in hun relatie tot de vervreemder, maar na de overgang evenzeer onder de cao van de verkrijger vallen. Een dergelijke uitkomst kan men afleiden uit een strikte toepassing van de Wet Cao: art. 14a Wet Cao sluit immers de werking van de overige bepalingen niet uit.⁴⁵ Voorts heeft zich de vraag voorgedaan welke arbeidsvoorwaarden tussen de verkrijger en de werknemer gelden vanaf het moment dat de voor de vervreemder geldende cao afloopt (een grond voor het einde van de handhavingsplicht ingevolge het tweede lid van art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv). Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van een aantal

factoren en is - gezien de tekst van de richtlijn en de Nederlandse wetgeving en de huidige stand van zaken in de rechtspraak - niet eenvoudig te beantwoorden. Dat hangt weer voor een belangrijk deel samen met de in Nederland bestaande, maar niet in de richtlijn geregelde, figuren van de algemeenverbindendverklaring van cao-bepalingen en de nawerking van cao-bepalingen. Daarnaast speelt een rol dat in Nederland - in tegenstelling tot andere landen van de EU - de arbeidsvoorwaarden uit een cao onderdeel worden van de arbeidsovereenkomst en dus individuele rechten van de werknemer worden.⁴⁶ Ten slotte kennen veel cao-bepalingen een minimumkarakter, hetgeen meebrengt dat de verkrijger, ondanks het feit dat er een nieuwe, voor elke werknemer geldende cao is, niettemin oude, betere rechten dient te respecteren.

Voor een antwoord op de vraag welke arbeidsvoorwaarden uit een cao voor de werknemer na de overgang van de onderneming bij de verkrijger gelden, is het nuttig verschillende scenario's te schetsen. Daarbij kan men verschillende onderscheidingen maken.⁴⁷ Hier wordt gekozen voor een onderscheid tussen scenario's waarbij algemeenverbindendverklaring geen rol speelt en die waarbij dat wel het geval is.

I. Overgang van niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

Op het moment van overgang van een onderneming waarbij algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen geen rol spelen, is een aantal scenario's te onderscheiden. Ik hanteer daarbij de voor het eerst door Fase gemaakte onderscheiding:⁴⁸

- A. De vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde cao.
- B. De vervreemder en de verkrijger zijn aan verschillende cao's gebonden.
- C. De vervreemder is aan een cao gebonden, de verkrijger is niet aan een cao gebonden.
- D. De vervreemder is niet aan een cao gebonden, de verkrijger is aan een cao gebonden.

Scenario A - de vervreemder en de verkrijger zijn aan dezelfde cao gebonden

In geval A doet het er vrijwel niet toe of art. 14a Wet Cao van toepassing is of niet. In beide gevallen gelden immers tussen verkrijger en de gebonden werknemer dezelfde in de cao opgenomen arbeidsvoorwaarden.⁴⁹ Na de afloop van de cao staat het de verkrijger en de gebonden werknemer vrij opnieuw te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden.⁵⁰ Tot het moment dat die overeenstemming is bereikt, blijven de arbeidsvoorwaarden uit de afgelopen cao de arbeidsovereenkomst tussen de verkrijger en de gebonden werknemer beheersen, dit omdat deze arbeidsvoorwaarden krachtens de artikelen 9, 12 en 13 Wet Cao de individuele arbeidsovereenkomst hebben gemodelleerd: dit heet

nawerking.

Fase meende (in 1983) dat in geval A art. 14a Wet Cao toepassing mist.⁵¹ Hij stelde dat het gevolg van die opvatting is, dat het de verkrijger in deze situatie niet vrijstaat de werking van de cao te doorbreken door een nieuwe cao af te sluiten. Onduidelijk is waarom hij dit meent: ten eerste is niet goed in te zien waarom art. 14a Wet Cao niet van toepassing zou zijn. Dat het artikel voor deze situatie feitelijk niets toevoegt aan de overige bestaande regels, doet aan toepasselijkheid niet af.⁵² Ten tweede: waarom moet het zo zijn dat als aangenomen wordt dat art. 14a Wet Cao niet van toepassing is, het gevolg daarvan is dat het de verkrijger niet vrijstaat de werking van de cao te doorbreken door een nieuwe cao af te sluiten? De niet-toepasselijkheid van art. 14a Wet Cao doet niets af aan de werking van de overige artikelen van de Wet Cao. Die artikelen verbieden het een verkrijger niet zich aan een andere cao te binden dan die waaraan hij, evenals de vervreemder, op dat moment gebonden is. Art. 14a, tweede lid Wet Cao, dat de tijdstippen aangeeft waarop de verkrijger niet meer gebonden is aan de arbeidsvoorwaarden uit de cao waaraan de vervreemder gebonden is, kan als een bepaling worden beschouwd die het belang van de verkrijger beschermt. Dit belang bestaat hierin dat verkrijger niet tot in lengte van dagen verschillende arbeidsvoorwaardenregimes behoeft te hanteren, waarbij bedacht moet worden dat de verkrijger geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de inhoud van het overgenomen arbeidsvoorwaardenpakket.⁵³ Het tweede lid is in dit opzicht als een verzachting van de hoofdregel van het bepaalde in het eerste lid te beschouwen. Dat maakt de conclusie, dat indien art. 14a Wet Cao toepassing mist, de verzachtende regel uit het tweede lid als het ware omgedraaid wordt tot de ten opzichte van het overige cao-recht strengere regel dat het de verkrijger überhaupt niet vrijstaat een nieuwe cao af te sluiten, onwaarschijnlijk.

Scenario B - de vervreemder en de verkrijger zijn aan verschillende cao's gebonden

In scenario B worden de gevolgen van toepasselijkheid van art. 14a Wet Cao duidelijk. De verkrijger wordt naast zijn gebondenheid aan de cao die reeds voor hem gold op het moment van overgang van onderneming (verder: cao II) ten aanzien van de overgegangene werknemers gebonden aan de cao waaraan de vervreemder op het moment gebonden was (verder: cao I). Deze laatste gebondenheid wordt door Fase pseudobinding genoemd.⁵⁴ Ik zal verder spreken van wettelijke binding. Deze wettelijke binding betekent voor de verkrijger, dat hij voor verschillende groepen werknemers verschillende pakketten arbeidsvoorwaarden moet hanteren. Het staat de verkrijger en de werknemer niet vrij na de overgang van cao I met deze cao strijdige afspraken te maken: dit volgt uit de eindigingsgronden van het tweede lid, die mijns inziens niet door een afspraak opzij gezet moeten kunnen worden.⁵⁵ Ook de artikelen 12 en 13 Wet Cao wijzen in die richting, al is het strikt genomen niet zuiver te stellen dat de in deze artikelen opgenomen plicht overgaat op de verkrijger, nu deze niet door zijn instemming gebonden is aan cao I.⁵⁶ Met andere woorden: de wettelijke binding die art. 14a Wet Cao ten aanzien van cao I introduceert heeft voorrang op de op het tijdstip van overgang reeds bestaande binding van de verkrijger aan de cao II. Niettemin lijkt het mij uit het systeem van de wet

voortvloeiën dat de verkrijger in deze situatie op de overgegangene werkgevers de arbeidsvoorwaarden uit cao II moet toepassen indien deze gunstiger zijn dan vergelijkbare arbeidsvoorwaarden uit cao I. Dit zal in het algemeen ook zo zijn indien cao I als een standaardregeling is te beschouwen en dus afwijking ook ten gunste van de werknemer niet is toegestaan. Het belang van het standaardkarakter van cao I vervalt immers in de meeste gevallen voor de bij de overgang betrokken partijen indien als gevolg van de overgang van een onderneming werknemers met verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten naast elkaar binnen dezelfde onderneming zullen werken.⁵⁷ Zoals ik in de vorige paragraaf reeds meldde, kan de wettelijke binding in mijn optiek niet in die zin verabsoluteerd te worden dat alléén de arbeidsvoorwaardelijke bepalingen uit cao I voor de overgegangene werknemers gelden. De vraag is echter hoe ver het gunstigheidsbeginsel reikt en of op de verkrijger de *plicht* rust gunstiger arbeidsvoorwaarden uit cao II op de overgegangene werknemers toe te passen. Fase beantwoordt die vraag bevestigend. Hij baseert zich op het beschermende karakter van art. 14a Wet Cao en op art. 14 Wet Cao. De overgegangene werknemers zouden ten aanzien van de gunstigere arbeidsvoorwaarden uit cao II als art. 14-werknemers kunnen worden beschouwd.⁵⁸ Terecht hebben Holtzer,⁵⁹ Even⁶⁰ en Verburg⁶¹ erop gewezen dat met “het beschermende karakter” nimmer bedoeld is op de situatie dat de werknemer van twee walletjes kan eten. Het karakter van art. 14 Wet Cao is echter hier problematischer. Redenerend vanuit het juridischtechnische systeem van de wet, acht ik Fases visie zeer verdedigbaar. Het grote bezwaar van de visie van Fase die, zoals gezegd, mijns inziens uit het vigerende stelsel van cao-recht volgt, is dat deze indien de werknemer de arbeidsvoorwaarden uit cao I behoudt en de krenten uit de pap van cao II krijgt, het afgewogen karakter van het arbeidsvoorwaardenpakket van een cao verloren gaat,⁶² althans, indien men ervan uitgaat dat de verkrijger op grond van art. 14 Wet Cao tot daadwerkelijke aanbieding van deze arbeidsvoorwaarden overgaat, al dan niet daartoe aangezet door een vakbond.⁶³ Dit kan tot dermate onaanvaardbare gevolgen leiden, dat de gedachte opkomt dat het toch mogelijk zou moeten zijn dat de verkrijger onder omstandigheden de arbeidsvoorwaarden van de overgegangene werknemer aanpast. Stel dat een werknemer bij de vervreemder op grond van cao I een 40-urige werkweek en 32 vakantiedagen had. Bij de verkrijger geldt op grond van cao II een 35-urige werkweek, maar slechts het wettelijke aantal vakantiedagen (twintig voor een voltijder). Toepassing van de hierboven gegeven regels zou ertoe leiden dat de betreffende werknemer een 35-urige werkweek krijgt én zijn 35 vakantiedagen behoudt. Een oplossing voor dit probleem ligt mijns inziens in een aanpassing van de wet.⁶⁴ Met een uitleg van art. 14 Wet Cao, inhoudende dat deze bepaling niet verplicht tot het aanbieden van de eigen cao lost men het probleem overigens niet op: denkbaar is immers, dat de overgegangene werknemer door lidmaatschap van de vakbond die cao II heeft gesloten, rechten kan ontlenen aan deze cao. Dat de wetgever niet geporteerd is van de gelijktijdige toepasselijkheid van twee cao's kan men afleiden uit het Toetsingkader AVV (art. 6.2) - de daar bedoelde situatie is echter niet geschreven voor botsende cao's als gevolg van een overgang van onderneming.

In situatie B doet zich verder een probleem voor in verband met de nawerking van cao-bepalingen. Volgens het tweede lid van art. 14a Wet Cao eindigen de rechten en verplichtingen uit cao I:

1. zodra de tijdsduur, waarvoor cao I was aangegaan, is verstreken;⁶⁵
2. op het tijdstip waarop de verkrijger gebonden wordt aan een na de overgang van de onderneming tot stand gekomen (algemeen verbindend verklaarde) cao.

De vraag kan gesteld worden of de verkrijger, wanneer zich de situatie onder 1 of 2 voordoet, niettemin met nawerking van de bepalingen van cao I geconfronteerd kan worden.

Ad 1

Men zou op grond van de tekst van art. 14a Wet Cao, alsmede de tekst van art. 3, derde lid van de richtlijn, kunnen beweren dat de verkrijger na het eindigen van de looptijd van cao I niets meer te maken heeft met deze cao en dat de overgegangene werknemers zich ook niet langer op bepalingen uit die cao kunnen beroepen. De Rechtbank Amsterdam volgde in de uitspraak KLM/Van Staveren uit 1996 deze redenering niet.⁶⁶ De casus was als volgt. Begin 1992 besloot KLM N.V. haar activiteiten met betrekking tot de catering te verzelfstandigen. Hiertoe werd KLM Catering Service Schiphol B.V. opgericht (verder: KCS). Op 1 oktober 1993 zou het bedrijfsonderdeel dat zich bij KLM met catering had beziggehouden in KCS worden ingebracht. KLM was met de vakbonden overeengekomen dat werknemers die reeds voor 1 februari 1992 bij KLM in dienst waren en werkzaam waren in het bedrijfsonderdeel catering, in dienst van KLM zouden blijven en op basis van detachering hun werkzaamheden bij KCS zouden gaan verrichten. Ten aanzien van werknemers die na 1 februari 1992 in dienst van KLM zouden treden en werkzaam zouden worden in het bedrijfsonderdeel catering was bepaald dat zij per 1 oktober 1993 in dienst zouden komen bij KCS. Een brief van die strekking werd ook bij de aanstellingsbrief van de betreffende werknemers gevoegd. Op het grondpersoneel, waaronder ook de werknemers in het onderdeel catering vielen, was de cao voor KLM-Grondpersoneel (verder: cao I) van toepassing. Deze cao had een looptijd tot en met 31 december 1993. Tot 1 oktober 1993 zou die cao de arbeidsovereenkomsten beheersen van zowel de werknemers die voor 1 februari 1992 als van de werknemers die na 1 februari 1992 bij KLM in dienst waren getreden. Na 1 oktober 1993 zou echter voor de werknemers die na 1 februari 1992 in dienst waren gekomen de situatie veranderen. Op hen zou dan de cao voor de Contract-Cateringbranche (verder: cao II) van toepassing worden. KLM zou het loon, zoals dat door KCS zou worden betaald, suppleren tot het niveau van voor 1 oktober 1993, indien en voor zover er sprake was van een voor de werknemer nadelig verschil. In mei 1992 trad Van Staveren in dienst van KLM. Hij maakte er bezwaar tegen dat na 1 oktober 1993 op hem cao II van toepassing zou worden. Bij het Kantongerecht Amsterdam vorderde hij, onder andere, dat cao I ook na 1 oktober op hem van toepassing zou blijven. Nu volgens de rechtbank sprake was geweest van overgang van een onderneming, waren KLM en KCS er ten onrechte van uitgegaan dat Van Staveren na 1 oktober geen aanspraken aan cao I kon ontlenen. Dit is immers in strijd met art. 14a Wet Cao, dat nu juist uitgaat van toepasselijkheid van de cao waar de vervreemder ten tijde van de overgang aan gebonden was. De interessantste overweging van de rechtbank betrof het antwoord op de vraag welke arbeidsvoorwaarden van

toepassing zijn na het aflopen van cao I op 31 december 1993. KLM en KCS hadden betoogd dat de toepasselijkheid van cao I na 31 december 1993 ingevolge art. 14a, tweede lid Wet Cao automatisch was geëindigd. Van nawerking was volgens hen geen sprake. De rechtbank achtte die opvatting niet juist:

“De inhoud van de (individuele) arbeidsovereenkomst tussen KCS en Van Staveren werd per 1 oktober 1993 bepaald door de toen toepasselijke KLM-cao. Dat werd niet anders toen die cao eindigde. Weliswaar is vanaf 31 december 1993 die cao als zodanig niet meer van kracht en kan KCS bijvoorbeeld door de bij de totstandkoming van die cao betrokken partijen niet meer tot nakoming daarvan worden gedwongen, maar de bepalingen daarvan die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst werken in de individuele arbeidsovereenkomst door en na totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief hetzij individueel, wijziging is gebracht, of ten gevolge van een algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit een andere cao de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) terzijde is geschoven.”

De conclusie die hieruit kan worden getrokken is dat bepalingen van cao I ten aanzien waarvan voor de verkrijger een binding wegens de overgang bestaat, na het einde van de looptijd van die cao nawerken. Dit verlengt in principe de periode gedurende welke de verkrijger verschillende pakketten arbeidsvoorwaarden moet blijven hanteren.

Van Staveren was overigens geen lid van een vakbond die partij was bij cao II. Dit betekende dat hij niet gebonden was aan de bepalingen uit die cao, zolang hij niet met de inhoud ervan instemde. In dat geval doet het er dus niet toe of cao II voor of na de overgang naar KCS in werking was getreden. KCS was echter ingevolge art. 14 Wet Cao verplicht de bepalingen uit cao II op Van Staveren toe te passen, doch deze laatste kon daar als niet-gebonden werknemer niet toe worden verplicht. Olbers meent dat om uit deze impasse te geraken de verkrijger geen andere mogelijkheden openstaan dan de arbeidsovereenkomst met de werknemer te beëindigen.⁶⁷

Ad 2

Het aflopen van cao I betekent dus niet dat de in die cao opgenomen arbeidsvoorwaarden per definitie hun belang verliezen. Worden na het aflopen van cao I geen nieuwe afspraken ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden gemaakt, dan blijven de arbeidsvoorwaardelijke bepalingen uit cao I de arbeidsovereenkomst van de overgegangene werknemer beheersen. Dat de Hoge Raad op dit punt ook zo oordeelt, blijkt uit het arrest ABVAKABO FNV/Unieke Kinderopvang.⁶⁸ Wensen partijen dit gevolg niet, dan zouden zij nawerking kunnen uitsluiten, aldus de Hoge Raad in dit arrest.⁶⁹ Deze oplossing is overigens veeleer theoretisch dan praktisch van aard. Nawerking wordt immers in het algemeen beschouwd als een nuttig fenomeen, ter overbrugging van de periode tussen twee cao's - de situatie dat een onderneming in de toekomst wellicht zal overgaan en/of onder een ander cao-regime zal komen te vallen, zal veelal niet zijn voorzien

Nawerking kan zich evenzeer voordoen in de situatie dat de verkrijger na de overgang zelf wordt gebonden aan een cao (cao II). Volgens het tweede lid van art. 14a Wet Cao eindigt dan de binding wegens de overgang. Het staat de verkrijger dan vrij de arbeidsvoorwaarden uit cao II nu ook op de overgegangene werknemers toe te passen. Dat is zelfs een plicht: op grond van art. 14 Wet Cao, of, in geval van lidmaatschap van de vakbond die de betreffende cao heeft gesloten, op grond van de artikelen 9 en 12 Wet Cao dan wel op grond van contractuele instemming met de cao. Uit de zojuist behandelde casus in het geschil tussen KLM en Van Staveren volgt dat het feit dat de verkrijger na de overgang aan cao II gebonden wordt niet noodzakelijkerwijs het einde van de werking van cao I betekent: is de werknemer ten aanzien van cao II art. 14-werknemer en stemt hij niet in met de toepasselijkheid van de arbeidsvoorwaarden uit cao II op zijn arbeidsovereenkomst, dan blijven de bepalingen uit cao I nawerken. In navolging van het voorgaande kan worden gesteld dat de verkrijger de voor de werknemer gunstigere voorwaarden uit cao II op die werknemer moet toepassen. Afgezien van de hiervoor genoemde inhoudelijk bezwaren, kan dit leiden tot praktische bezwaren. Door nawerking van de bepalingen van cao I indien en voor zover die beter voor de werknemer zijn, moet steeds per cao-bepaling worden bekeken of er inmiddels een betere bepaling in cao II staat. Haasdijk noemt voorts als niet onbelangrijk argument dat de geloofwaardigheid van de vakbonden op het spel komt te staan, omdat zij na de overgang bij de verkrijger collectieve afspraken zouden maken die vervolgens toch niet aan hun leden kunnen worden tegengeworpen omdat die zich kunnen blijven beroepen op hun oude, betere arbeidsvoorwaarden.⁷⁰ Men kan hier tegen inbrengen dat partijen bij de cao dan maar duidelijk een standaardkarakter aan de betreffende cao-bepalingen dienen te geven.

Scenario C - de vervreemder is aan een cao gebonden, de verkrijger is niet aan een cao gebonden.

In deze situatie geldt gedeeltelijk hetzelfde als hiervoor onder scenario B is vermeld: na de overgang ontstaat voor de verkrijger op grond van art. 14a Wet Cao een binding aan de cao van de vervreemder. De onder B besproken problematiek omtrent de botsing van cao's doet zich hier niet voor. De verkrijger behoeft daarom de bij hem geldende gunstigere arbeidsvoorwaarden niet op de overgegangene werknemers toe te passen, nu die arbeidsvoorwaarden niet in een cao zijn opgenomen en dus de artikelen 9, 12 en 14 Wet Cao niet gelden.⁷¹ Het staat de verkrijger en de werknemer niet vrij met die cao strijdige afspraken te maken, tenzij de cao zelf die ruimte biedt.⁷² Afwijking ten gunste van de werknemer lijkt mij, in navolging van hetgeen ik hiervoor onder scenario B heb gezegd, wel mogelijk. Na afloop van de cao van de vervreemder werken de bepalingen na, maar herleeft de contractsvrijheid.

Scenario D - de vervreemder is niet aan een cao gebonden, de verkrijger is aan een cao gebonden.

In een scenario waarin de vervreemder zelf niet aan een cao is gebonden, geldt art. 14a Wet Cao uiteraard niet, maar geldt de hoofdregel van art. 7:663 BW: in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen arbeidsvoorwaarden gaan over. De overige bepalingen van de Wet Cao spelen wel een rol in de verhouding

tussen de aan een cao gebonden verkrijger en de overgegangene werknemers. Zo zal de verkrijger op grond van art. 14 Wet Cao de verkrijger deze cao moeten aanbieden aan de overgegangene werknemers. Ten aanzien van wegens lidmaatschap van een vakbond aan de cao gebonden werknemers geldt dat de arbeidsvoorwaarden uit de cao automatisch deel uitmaken van hun arbeidsovereenkomst, en wel vanaf het moment van overgang. Hiermee wordt de werking van art. 7:663 BW opzij gezet. Mocht het zo zijn dat de verkrijger de nieuwe cao in het leven heeft geroepen om zo snel van overgekomen arbeidsvoorwaarden af te komen, dan bestaat de kans dat deze handelwijze in strijd komt met de richtlijn. Het Hof van Justitie heeft namelijk meermalen overwogen dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst wegens de overgang verboden is. Is van dit laatste echter geen sprake, dan kan dit betekenen dat de overgegangene, aan de cao van de verkrijger gebonden werknemers direct na de overgang met slechtere arbeidsvoorwaarden geconfronteerd worden. In dit scenario kunnen georganiseerde werknemers na de overgang in een zwakkere positie komen te staan dan hun ongebonden collega's die immers een verslechtering van hun arbeidsvoorwaarden kunnen weigeren.⁷³

II. Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

Bij overgang van een onderneming waarbij een algemeen verbindend verklaarde cao een rol speelt, zijn vergelijkbare scenario's te onderscheiden:

- A. De vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.⁷⁴
- B. De vervreemder en de verkrijger zijn aan verschillende algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden.
- C. De vervreemder is aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden, de verkrijger is aan niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden dan wel überhaupt niet aan enige cao gebonden.
- D. De vervreemder is aan niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden dan wel überhaupt niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden.

Scenario A - de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

In scenario A geldt goeddeels hetzelfde als in scenario A onder I. Ook ten aanzien van deze situatie meent Fase dat de door de wetgever naar aanleiding van de richtlijn speciaal in het leven geroepen regeling - in dit geval art. 2a Wet Avv - toepassing mist. Zie voor mijn commentaar daarop hetgeen ik bij scenario A onder I schreef.⁷⁵ Er is één belangrijk verschil in vergelijking tot niet verbindend verklaarde cao's: de algemeenverbindendverklaring heeft geen nawerking. Hier ga ik nader op in bij de bespreking van scenario B.

Scenario B - de vervreemder en de verkrijger zijn aan

verschillende algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden.

Een duidelijke parallel kan getrokken worden met scenario B onder I: art. 2a Wet Avv regelt de voorrang van de wettelijke binding aan de algemeen verbindend verklaarde bepalingen waaraan de vervreemder gebonden was - cao I - boven die van de bepalingen waaraan de verkrijger gebonden is - cao II. Let wel: ook hier kan cao II evenzeer gelden, nu art. 2a Wet Avv (net als art. 14a Wet Cao) niets regelt omtrent gebondenheid aan de cao van de verkrijger vanaf het moment van overgang. Die gebondenheid geldt ten aanzien van alle overgekomen werknemers, nu de Wet Avv geen onderscheid maakt tussen gebonden en ongebonden werknemers: de algemeenverbindendverklaring geldt immers voor iedereen. Hetgeen hiervoor onder I over de gebondenheid (en het einde ervan) van de verkrijger aan bepalingen van cao I is vermeld, geldt *mutatis mutandis* in deze situatie. Wordt de verkrijger na de overgang gebonden aan niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, dan doet zich het verschijnsel voor dat deze niet algemeen verbindend verklaarde cao een algemeen verbindend verklaarde cao opzij kan zetten. Het tweede lid art. 2a Wet Avv bepaalt immers dat de gebondenheid van de verkrijger aan de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van cao I vervalt zodra de verkrijger gebonden wordt aan een andere cao, ongeacht of deze cao-bepalingen algemeen verbindend worden verklaard.⁷⁶

Er bestaat een belangrijk verschil ten opzichte van scenario B onder I: volgens vaste rechtspraak werken algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet na. Dit betekent dat nadat de tijdsduur is verstreken gedurende welke cao-bepalingen algemeen verbindend zijn, de vóór de algemeenverbindendverklaring geldende bepalingen herleven.⁷⁷ Ter illustratie kan wederom de uitspraak in de zaak KLM/Van Staveren dienen. Cao II - de cao waaraan KCS was gebonden - werd op 17 februari 1994 algemeen verbindend verklaard. Volgens de rechtbank betekende dit, dat de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden alleen gedurende de werking van de algemeenverbindendverklaring voorrang hadden boven de bepalingen van cao I - de cao waaraan KLM op het moment van overgang was gebonden. Na het verstrijken van de periode van verbindendheid herleefden volgens de rechtbank de bepalingen van de arbeidsovereenkomst van Van Staveren, zoals die luiden voor de algemeenverbindendverklaring. In casu betekende dit herleving van de bepalingen uit cao I.⁷⁸ Gevolg hiervan kan zijn dat de verkrijger ten aanzien van bepaalde werknemers tot in lengte van dagen het arbeidsvoorwaardenpakket van de vervreemder moet blijven hanteren.⁷⁹ Op dit verschil in behandeling tussen cao's die algemeen verbindend zijn verklaard en waarvan de bepalingen niet nawerken, en cao's die dat niet zijn en waarvan de bepalingen wel nawerken wordt in de literatuur kritiek geuit.⁸⁰

Bij het bovenstaande dient men nog rekening te houden met het volgende scenario. Indien sprake is van dubbele gebondenheid - zowel aan de cao zelf door lidmaatschap van cao-sluitende vakbond als aan de algemeenverbindendverklaring van bepalingen daarvan - van de overgegangene werknemers, kan het zo zijn dat het aflopen van de periode van algemeenverbindendverklaring niet betekent dat de verkrijger zijn contractsvrijheid herkrijgt. Dit doet zich voor indien de cao zelf nog niet is

geëindigd. Op grond van art. 14a Wet Cao zal de verkrijger na de periode van algemeenverbindendverklaring dan alsnog de cao-bepalingen moeten nakomen, totdat deze cao zelf is afgelopen. Art. 2a lid 2 Wet Avv sluit immers de toepasselijkheid van art. 14a Wet Cao niet uit. Bovendien blijven werknemers zo op dezelfde wijze beschermd als wanneer geen overgang van onderneming had plaatsgevonden: het aflopen van de periode van algemeenverbindendverklaring zou voor de verkrijger evenmin reden zijn geweest af te zien van het toepassen van de cao waaraan hij contractueel gebonden was.

Voorbeeld: De vervreemder en zijn werknemers zijn gebonden aan cao I die een looptijd heeft van 1 januari 2010 tot 1 januari 2012. Bepalingen van deze cao zijn algemeen verbindend verklaard voor de periode van 1 juli 2010 tot en met 1 juli 2011. De onderneming van de vervreemder gaat op 1 januari 2011 over. Op dat moment gelden zowel art. 14a Wet Cao als art. 2a Wet Avv: de verkrijger en zijn werknemers zijn immers dubbel gebonden. Na de periode van algemeenverbindendverklaring op 1 juli 2011 doet zich weliswaar een grond voor als bedoeld in art. 2a lid 2 Wet Avv, maar nog niet de eindigingsgrond van art. 14a lid 2 Wet Cao: de verkrijger herkrijgt zijn contractsvrijheid ten aanzien van het overgegene personeel pas op 1 januari 2012 - op dat moment is voldaan aan de eindigingsgrond van art. 14a lid 2 Wet Cao.

Scenario C - de vervreemder is aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden, de verkrijger is aan niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden dan wel überhaupt niet aan enige cao gebonden

Ook hier geldt de wettelijke binding van art. 2a Wet Avv. Indien de verkrijger aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao gebonden is, doet zich de bij scenario B onder I besproken problematiek omtrent de botsing van cao's voor. Samengevat: de verkrijger dient zijn eigen cao toe te passen op het overgekomen personeel indien en voor zover dit geen strijd oplevert met de overgekomen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Dit geldt ook voor die overgekomen werknemers die ten aanzien van de cao van de verkrijger als art. 14-werknemer zijn te beschouwen.

Is de verkrijger aan geen enkele cao gebonden, dan geldt hetzelfde als hetgeen bij scenario C onder I is gezegd. Verschil met de scenario's B en C onder I is, dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de cao waaraan de vervreemder was gebonden, niet nader werken.⁸¹

Scenario D - de vervreemder is aan niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden dan wel überhaupt niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen gebonden

Indien de vervreemder niet aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen was gebonden, geldt art. 2a Wet Avv niet. Zie voor het geval dat de vervreemder aan een niet algemeen verbindend verklaarde cao is gebonden hetgeen bij scenario B onder I over art. 14a Wet Cao is vermeld.⁸² De situatie dat de

vervreemder aan een ondernemings-cao was gebonden - die uiteraard niet algemeen verbindend is verklaard - en de verkrijger aan een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao deed zich voor in het Rode Kruis Ziekenhuis-arrest.⁸³ Het is de enige mij bekende Hoge Raad-uitspraak over deze specifieke materie en deze biedt een goed inzicht in de problematiek van botsing en nawerking van cao-bepalingen. De casus was de volgende. Werknemer Te Riet was op 1 maart 1979 in dienst getreden bij de Hoogovens Groep B.V. (verder: Hoogovens). Hij was daar verpleegkundige in de verbandkamer. Deze verbandkamer werd op 1 oktober 1995 overgedragen aan het Rode Kruis Ziekenhuis te Beverwijk. Tot dat moment werd op Te Riet als lid van de cao-sluitende vakbond Cao-1 van de Sociale Eenheid IJmuiden (verder: de Hoogovens-cao) toegepast. Deze cao had een looptijd van 1 april 1995 tot 31 maart 1997 en was dus in werking op het moment van de overdracht van de verbandkamer. Op het Rode Kruis Ziekenhuis was ten tijde van de overgang de Cao voor het Ziekenhuiswezen (verder: de Ziekenhuis-cao) van toepassing. Een daaropvolgende Ziekenhuis-cao werd afgesloten op 15 augustus 1996 en deze trad met terugwerkende kracht tot 1 april 1996 in werking. Op 3 mei 1997 werden bepalingen van deze cao algemeen verbindend verklaard. Te Riet was geen lid van een vakbond die deze cao had gesloten, noch had hij ingestemd met toepasselijkheid van deze cao op zijn arbeidsovereenkomst. Uit de eisen van Te Riet blijkt dat hij conform de Hoogovens-cao een hoger loon ontving dan hij zou krijgen indien de Ziekenhuis-cao onverkort op hem van toepassing zou zijn (van welke situatie het Rode Kruis Ziekenhuis uitging); bovendien kende de Hoogovens-cao een 33,6-urige werkweek voor de werknemer, waar de Ziekenhuis-cao uitging van een 36-urige werkweek. Ter compensatie van het verschil tussen de arbeidsvoorwaardenpakketten van Hoogovens en het Rode Kruis Ziekenhuis had Hoogovens conform een met de vakbonden gesloten sociaal plan vlak na de overgang aan de werknemer een bedrag van f 65.000,= betaald. Te Riet vorderde niettemin op 29 maart 1996 voor de kantonrechter te Haarlem betaling van het verschil tussen het salaris dat hem ingevolge de Hoogovens-cao zou toekomen en het hem betaalde volgens de Ziekenhuis-cao, alsmede dat hij niet 36 uur, maar maximaal 33,6 uur per week te werk zou worden gesteld - en dat hij extra loon zou ontvangen over de uren dat hij niettemin meer dan 33,6 uur had gewerkt. Ten slotte vorderde hij een verklaring voor recht dat het Rode Kruis Ziekenhuis gebonden is aan de rechten en verplichtingen die volgen uit zijn arbeidsovereenkomst met Hoogovens. De kantonrechter wees de vorderingen ten dele toe, in hoger beroep wees de Rechtbank Haarlem echter de meeste vorderingen toe.⁸⁴ Voor recht werd verklaard dat het ziekenhuis tot 3 mei 1997 (de datum waarop bepalingen van de Ziekenhuis-cao algemeen verbindend werden verklaard) en zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen zou voortduren, telkens vanaf de datum waarop de geldende Ziekenhuis-cao expireert tot de datum waarop de volgende algemeenverbindendverklaring zou volgen, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens. Dit vloeit voort uit het feit dat de rechten en verplichtingen conform art. 7:663 BW jo. art. 14a Wet Cao uit die arbeidsovereenkomst van rechtswege op het ziekenhuis waren overgegaan en Te Riet niet gebonden was geworden aan de Ziekenhuis-cao. Slechts gedurende de tijd dat de bepalingen van de Ziekenhuis-cao algemeen verbindend waren verklaard, zouden deze bepalingen voorgaan op die van zijn arbeidsovereenkomst met Hoogovens (voor zover de laatste met de

eerste strijdig zouden zijn). Voorts oordeelde de rechtbank dat het Rode Kruis Ziekenhuis Te Riet buiten de periodes van algemeenverbindendverklaring van de Ziekenhuis-cao moest tewerkstellen en belonen conform de Hoogovens-cao zoals deze tot 31 maart 1997 gold (de datum waarop deze cao afliep). Kort samengevat overwoog de rechtbank daartoe:

1. Algemeen aanvaard is dat bepalingen van een cao die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst in die individuele arbeidsovereenkomst door- en nawerken,⁸⁵ totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief, hetzij individueel, wijziging is gebracht, of ten gevolge van een algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit een andere cao de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) ter zijde is geschoven.
2. Nu de werknemer niet is aangesloten bij een partij bij de Ziekenhuis-cao en niet heeft ingestemd met toepassing van deze cao op zijn arbeidsovereenkomst met het Rode Kruis Ziekenhuis, is deze cao niet van toepassing geworden op de arbeidsovereenkomst tussen hem en het Rode Kruis Ziekenhuis. Dat betekent dat ook na 15 augustus 1996 de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het Ziekenhuis ongewijzigd is voortgezet, ook na het verstrijken van de geldingsduur van de Hoogovens-cao per 31 maart 1997.
3. Artikel 14a van de Wet CAO kan aan dit een en ander niet afdoen, evenmin als artikel 3 lid 2 van de richtlijn.
4. Gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring zijn de desbetreffende bepalingen van de Ziekenhuis-cao van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de werknemer met het Rode Kruis Ziekenhuis. De van zijn individuele arbeidsovereenkomst deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens-cao worden voor de duur van de algemeenverbindendverklaring opzijgezet voorzover zij met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de Ziekenhuis-cao onverenigbaar zijn. Na het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring herleeft echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het Rode Kruis Ziekenhuis.⁸⁶

In cassatie klaagde het Rode Kruis Ziekenhuis over dit laatste oordeel van de rechtbank: volgens het ziekenhuis zou de gebondenheid aan de bepalingen van de Hoogovens-cao in ieder geval zijn afgelopen op 3 mei 1997 - de datum van algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de Ziekenhuis-cao - zonder dat daarna de oude arbeidsovereenkomst op basis van de Hoogovens-cao zou herleven, als het al niet zo zou zijn dat die gebondenheid eerder zou zijn afgelopen, te weten op 15 augustus 1996 (de datum waarop de Ziekenhuis-cao was afgesloten) of op 1 april 1997 (de datum waarop de Hoogovens-cao was afgelopen). Het ziekenhuis stelde dus dat de bepalingen van de Hoogovens-cao door deze twee wettelijke eindigingsgronden niet meer konden nawerken. Het ziekenhuis klaagde bovendien dat de rechtbank ten onrechte had overwogen dat algemeen verbindend verklaarde bepalingen zoals die van de Ziekenhuis-cao - in ieder geval in deze omstandigheden - geen nawerking hebben. De Hoge Raad

bevestigde het oordeel van de rechtbank omtrent de werking van art. 14a Wet Cao en hij voegde daar aan toe dat de richtlijn in art. 3 lid 3 weliswaar bepaalt wanneer de gebondenheid van de verkrijger aan de cao-bepalingen van de vervreemder eindigt - namelijk indien de cao van de vervreemder afloopt of de verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe cao - maar dat het antwoord op de vraag welke gevolgen dit heeft voor de individuele arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemer moet worden beantwoord aan de hand van de nationale wetgeving. In casu waren deze gevolgen door de rechtbank op juiste wijze weergegeven.⁸⁷

In het geval de vervreemder aan geen enkele cao is gebonden, kan zich geen botsing van cao-bepalingen voordoen. In dit scenario zal de verkrijger de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao op de overgegangene werknemers moeten toepassen. De betreffende arbeidsvoorwaarden zullen automatisch (tijdelijk) deel uitmaken van hun arbeidsovereenkomsten. Van enig toestemmingsvereiste van de werknemer is hier geen sprake: de betreffende arbeidsvoorwaarden gelden immers automatisch en dwingend voor elke arbeidsovereenkomst in de bedrijfstak, ongeacht of betreffende werkgever en/of werknemer georganiseerd is/zijn. Dit betekent in feite een doorbreking van de werking van art. 7:663 BW.⁸⁸ Loopt de termijn van algemeenverbindendverklaring af, dan herleven de arbeidsvoorwaarden die daarvoor golden.⁸⁹

8 Incorporatiebedingen

Incorporatiebedingen kunnen in theorie de tijdsduur verlengen waarbinnen de verkrijger gehouden is de cao waaraan de vervreemder gebonden is toe te passen. Heeft de overgenomen werknemer immers een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan, luidende dat op zijn arbeidsovereenkomst de cao van de vervreemder van toepassing is (ongeacht welke dat precies is, nu of in de toekomst), dan kan hieraan het argument worden ontleend dat de verkrijger telkens gebonden blijft aan de cao waaraan de vervreemder gebonden is. In dat geval kent men aan incorporatiebedingen een dynamisch karakter⁹⁰ toe, hetgeen buiten gevallen van overgang van onderneming niet ongebruikelijk is.⁹¹ In het *Werhof*-arrest⁹² heeft het Hof van Justitie bepaald dat die verplichte gebondenheid in ieder geval eindigt indien zich een van de eindigingsgronden, genoemd in art. 3, derde lid (in Nederland: het tweede lid van respectievelijk art. 14a Wet Cao en 2a Wet Avv) voordoet. Hoe incorporatiebedingen ook mogen zijn geformuleerd: zij kunnen slechts zien op de op het moment van overgang voor de vervreemder geldende cao, niet op toekomstige versies daarvan of op andere cao's waaraan de vervreemder na overgang gebonden wordt. Van belang is 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 eerder

genoemde 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 was 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.”⁹³

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 art. 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 doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt” (r.o. 31). De opvatting van Werhof zou een inbreuk opleveren op de vrijheid van vereniging, aldus het Hof, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen. Daarbij wijst het Hof niet alleen op enkele EHRM-uitspraken en op art. 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.⁹⁴ Zou aan de contractuele verwijzingsclausule het door Werhof beoogde dynamische karakter moeten worden toegekend, dan zou het fundamentele recht van de verkrijger zich niet te verenigen kunnen worden aangetast.

In het arrest is niet te 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 niet op de vraag wat vervolgens, na *déze* gebondenheid, de status van de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden is. Zoals hiervoor al uiteengezet, zou naar nationaal recht sprake kunnen zijn van (1) het vervallen van deze bepalingen en herleving van de vóór de collectieve regeling geldende arbeidsvoorwaarden, (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. 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, niet zou kunnen losmaken van de handhavingsplicht. In de woorden van A-G Colomer: “the referral cannot continue *sine die*.”⁹⁵

Een andere vraag is of een algemeen geformuleerd incorporatiebeding voor overgang vatbaar is in die zin, dat de verkrijger met een beroep op dit beding de bepaling van de cao waaraan hij zelf gebonden is kan toepassen op het overgekomen personeel. Het Hof 's-Gravenhage beantwoordde deze vraag in 2009 ontkennend.⁹⁶ Na verwijzing naar het Haviltex-criterium⁹⁷ oordeelde het Hof dat, nu het ging om een beding in een individuele arbeidsovereenkomst, het incorporatiebeding naar zijn aard niet bestemd is anderen dan contractanten te binden. De werknemers in kwestie hadden niet hoeven begrijpen dat het beding evenzeer zou zien op de cao van eventuele opvolgende werkgevers. Hiermee is nog niet de vraag beantwoord hoe zou moeten worden geoordeeld over een incorporatiebeding dat zodanig is geformuleerd, dat het wel ziet op toekomstige cao's bij toekomstige werkgevers. Een dergelijke formulering kan van belang zijn binnen grote concerns waarbinnen met werknemers wordt geschoven en die onder verschillende cao's (kunnen) vallen. Mijns inziens is een dergelijk geformuleerd beding in strijd met zowel de negatieve vakverenigingsvrijheid van de werknemer als met de gedachte achter art. 7:613 BW: een werknemer moet zich niet op voorhand kunnen binden aan arbeidsvoorwaarden waarvan hij het bestaan noch kent noch kan vermoeden.

9 Gelijke behandeling

Een probleem dat bij elke overgang van onderneming de kop opduikt, doch in het bijzonder bij botsende cao's, is dat van ongelijke behandeling van groepen werknemers: het bij de verkrijger reeds zittende personeel zal regelmatig moeten dulden dat een groep nieuwe werknemers, meegekomen met de overgenomen onderneming, door de werking van art. 14a Wet Cao, 2a Wet Avv of 7:663 BW met betrekking tot bepaalde arbeidsvoorwaarden beter af is. Omgekeerd kan het overgenomen personeel geconfronteerd worden met collega's die een beter arbeidsvoorwaardenpakket hebben. De vraag die zich dan al snel voordoet, is of de zittende dan wel de overgenomen werknemers met succes een beroep op het gelijkheidsbeginsel kunnen doen en aldus de arbeidsvoorwaarden ten aanzien waarvan zij slechter af zijn kunnen laten wijzigen.

Wat de mogelijkheid van de overgegangene werknemers betreft een beroep te doen op het betere arbeidsvoorwaardenpakket van de verkrijger - uiteraard indien en voor zover dat uit een (algemeen verbindend verklaarde) cao voortvloeit, roep ik in herinnering hetgeen ik bij scenario B heb behandeld. Juridisch wordt de situatie anders indien het zittende personeel een beroep doet op de betere arbeidsvoorwaarden van het overgekomen personeel: het omgekeerde van *cherry picking* derhalve. Uiteraard komt de eersten geen beroep toe op de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming - deze werknemers gaan immers niet over. De vraag is hoe ver het door de Hoge Raad in het Agfa-arrest⁹⁸ geformuleerde rechtsbeginsel gaat, inhoudende dat gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden gelijk beloond dient te worden. Mijns inziens gaat dat beginsel niet zo ver, dat zittend personeel in het kader van een overgang van onderneming de betere arbeidsvoorwaarden van het overgekomen personeel kan

claimen. Voor deze opvatting is steun te vinden in het arrest Parallel Entry/VNV en KLM uit 2004.⁹⁹ In de casus ging het, kort samengevat, om de vraag of een overgekomen groep vliegers bij KLM recht kon doen gelden op bij KLM voor zittende vliegers geldende, betere arbeidsvoorwaarden. Bij de beoordeling van deze vraag stelde de Hoge Raad voorop dat het gelijkheidsbeginsel niet een onderscheid is dat door wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden (zoals het ingevolge art. 5 van de AWGB verboden onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, het door art. 7:646 BW en art. 7 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden of het loon verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen). De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.3:

“In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden. Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap voor een geval als het onderhavige inhouden, moet derhalve (...) het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, ‘in aanmerking worden genomen’. Dit een en ander betekent dat dit beginsel - waaraan, gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (hierna: IVESCR), een zwaar gewicht kan worden toegekend - niet doorslaggevend is, maar dat het naast andere omstandigheden van het geval moet worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Anders gezegd: ook ingeval op zichzelf moet worden aangenomen dat werknemers gelijke arbeid in gelijke omstandigheden verrichten, zonder dat voor een verschil in beloning een objectieve rechtvaardigingsgrond valt aan te wijzen, kan dit nog niet zonder meer tot de slotsom leiden dat zij een gelijke beloning behoren te krijgen. Tevens volgt hieruit dat bij de beoordeling van de vraag of een overeengekomen ongelijkheid in beloning op grond van dit beginsel als ongeoorloofd moet worden beschouwd en derhalve ongedaan gemaakt moet worden, een terughoudende toetsing op haar plaats is, aangezien het hier gaat om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art 6:248 lid 2 BW en dat derhalve deze vraag slechts bevestigend kan worden beantwoord indien de ongelijkheid in beloning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetzelfde geldt eens te meer indien de ongelijke beloning voortvloeit uit een collectieve arbeidsovereenkomst, omdat dan tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is.”

Deze redenering overdenkend, kom ik tot de conclusie dat de door de wet in het leven geroepen ongelijkheid in beloning niet snel voor de verschillende groepen werknemers - zittend en overgegaan - gelijk getrokken behoeven te worden. Het

ligt voor de hand deze redenering door te trekken naar alle voor overgang vatbare rechten uit de arbeidsovereenkomst. De toets is die van art. 6:248 lid 2 BW, welke bepaling een onaanvaardbaarheids criterium hanteert. Velen zullen met mij menen dat veeleer *cherry picking* tot onaanvaardbare resultaten dan het houden van wat men had. Voorts is interessant dat de Hoge Raad een extra terughoudendheid van de rechter verlangt indien het verschil in beloning voortvloeit uit een cao. Zulks doet zich nu precies voor in geval van botsende cao's. Dit is een extra argument voor de stelling dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden na overgang voor het zittende personeel niet omhoog hoeft te trekken naar het niveau van dat van het overgekomen personeel.

10 Slot - een oplossing voor het probleem

Wat de voorgaande analyse duidelijk maakt, is dat de regeling van het behoud van in een cao opgenomen arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming veel vragen openlaat en tot ongewenste situaties kan leiden.¹⁰⁰ Dat vloeit voort uit de onduidelijkheden omtrent de afstemming tussen de richtlijn en het Nederlandse cao-recht. Een aantal problemen is goed op te lossen zonder wettelijk ingrijpen: in voorgaande paragrafen ben ik reeds ingegaan op hoe om te gaan met terugwerkende cao's, ruim geformuleerde incorporatiebedingen en gelijkebehandelingclaims. Lastiger is het systeem van nawerking en de mogelijkheid van *cherry picking*: oplossingen om onbillijke resultaten te voorkomen vereisen een inbreuk op het systeem van het Nederlandse cao-recht.

Luttmer-Kat¹⁰¹ heeft de stelling verdedigd dat overgegangene werknemers - al dan niet gebonden aan de cao van de vervreemder - geen recht meer hebben op handhaving van de op een cao van de vervreemder gebaseerde arbeidsvoorwaarden, zodra voor de verkrijger een nieuwe cao gaat gelden die ook van toepassing zal zijn op die werknemers, alsmede wanneer de cao van de vervreemder afloopt - de eindigingsgronden van art. 14a lid 2 Wet Cao en art. 2a Wet Avv. Dat zou voortvloeien uit de strekking van art. 3 lid 3 van de richtlijn die voor een deel gebaseerd is op het Duitse en, voor haar stelling belangrijker, het Franse recht.¹⁰² Daarnaast zou dit uit de memorie van toelichting bij de artikelen zelf voortvloeien.¹⁰³

Dit idee komt in feite neer op uitschakeling van de Nederlandse nawerkingsleer, althans in de specifieke situatie van overgang van ondernemingen. Dat lijkt mij geen geldend recht; de tekst van de richtlijn, art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv en de positie van deze twee artikelen in genoemde wetten brengen een dergelijk rechtsgevolg niet mee. Het idee vormt echter wel een oplossing voor een aantal problemen en is daarom zeker het doordenken waard. Men zou evenzeer in dit verband kunnen denken aan het maximeren van de handhavingsverplichting tot een jaar na de overgang - een optie die de richtlijn uitdrukkelijk openlaat. Dat hiermee de werkingsduur van de cao in feite zou kunnen worden verkort voor de specifieke groep werknemers die is overgegaan, is een gevolg dat de Europese wetgever heeft voorzien en heeft afgewogen tegen het belang van de verkrijger op enig moment verlost te zijn van de arbeidsvoorwaarden zoals die bij de vervreemder golden en op de totstandkoming waarvan hij geen invloed heeft kunnen uitoefenen.¹⁰⁴ Een vergelijkbare afweging vindt men terug in het *Werhof*-arrest.¹⁰⁵

Men kan zich afvragen of het ontzeggen van nawerking ten aanzien van overgekomen cao-bepalingen zo problematisch is. Werknemers die zijn overgegaan kunnen zo in een slechtere positie komen te verkeren dan werknemers die niet zijn overgegaan: de laatste groep zal zich immers wel op nawerking kunnen beroepen. De Europese wetgever zwijgt. Dat is niet verwonderlijk, nu de in de Lidstaten vigerende systemen ten aanzien van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en de binding daaraan van individuele werknemers verschillen. Kortom: de Europese wetgever is niet op voorhand tegen een systeem waarin wordt bepaald dat na een jaar de vervreemder op geen enkele wijze meer de overgekomen arbeidsvoorwaarden dient na te leven. Het probleem is veeleer van nationaalrechtelijke aard: de Wet Cao en de Wet Avv zullen in mijn optiek voor deze specifieke situatie in het ontzeggen van nawerking moeten voorzien. Het gaat om een relatief kleine inbreuk in het Nederlandse cao-systeem die te rechtvaardigen is omdat er potentieel (zeer) onbillijke situaties mee worden vermeden - ik roep ter illustratie het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet in herinnering.

Het ontzeggen van nawerking aan overgekomen arbeidsvoorwaarden lost nog niet al het leed op: het zogenoemde *cherry picking* blijft mogelijk gedurende de looptijd van de overgekomen (al dan niet algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen, indien de overgekomen werknemers tevens een beroep zouden kunnen doen op de (al dan niet algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen die op het moment van overgang bij de verkrijger gelden. Ook hier lijkt mij een oplossing mogelijk die het Europese recht geenszins verbiedt. *Cherry picking* is zeker geen gevolg dat de Europese wetgever heeft voorzien en is, anders dan het neutralere nawerken van cao-bepalingen, voor velen inherent onbillijk. Denkbaar is in art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv op te nemen dat de overgegangene werknemers geen rechten kunnen ontlenen aan de bij de verkrijger geldende cao-bepalingen - ook indien het gaat om algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen - zolang zij ingevolge art. 14a Wet Cao dan wel art. 2a Wet Avv een beroep kunnen blijven doen op hun oude arbeidsvoorwaarden. Een keuzemogelijkheid na overgang tussen de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder en die van de verkrijger is in theorie goed denkbaar, maar in de praktijk problematisch, nu de richtlijn dwingend is ten aanzien van de gebondenheid aan de cao-bepalingen van de vervreemder: afwijken ten nadele hiervan is een wijziging van arbeidsvoorwaarden wegens de overgang, hetgeen het Hof van Justitie uitdrukkelijk verbiedt.¹⁰⁶

Past men art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet Avv in voornoemde zin aan - geen nawerking in geval van overgang van onderneming, eventueel een maximale periode van gebondenheid van een jaar, geen *cherry picking* - dan wordt daarmee de angel gehaald uit de nu problematische omgang met dit onderwerp in rechtspraak en literatuur.

Noten

1 De vervreemder van de onderneming - na overgang: de voormalige werkgever - blijft evenwel tot een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk tot nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst indien en voor zover deze reeds op het moment van overgang bestonden, zie art.

7:663 BW, laatste zin.

2 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, PbEG 22 maart 2001, L 82/16.

3 Deze redenering is niet juridisch waterdicht, maar geeft in grote lijnen de werkelijkheid weer. Zo behoeven pensioenrechten niet te allen tijde geheel te worden geëerbiedigd (zie art. 7:664 BW en art. 14a lid 3 Wet Cao). Er is geen sprake van contractsoverneming in de zin van art. 6:159 BW.

4 Al dient het belang van overgang van cao-bepalingen voor de Nederlandse situatie gerelativeerd te worden: in veel gevallen zullen deze bepalingen immers toch al deel uitmaken van de *individuele* arbeidsovereenkomst en daardoor op grond van art. 7:663 BW overgaan. Dit kan zo zijn, omdat de cao-bepalingen doorwerken in de arbeidsovereenkomst op grond van art. 9 jo. 12 Wet Cao, of omdat de werknemer heeft ingestemd met de toepasselijkheid van de cao op zijn arbeidsovereenkomst.

5 Dit ziet ook op verplichtingen die de vervreemder nog niet was nagekomen: op het moment van overgang bestaande schulden gaan immers ook over op de verkrijger die overigens op grond van de regeling van de hoofdelijke verbondenheid een regresrecht op de vervreemder heeft (art. 6:10 en 12 BW).

6 Het is overigens maar de vraag of werkgevers het moeten toepassen van verschillende pakketten arbeidsvoorwaarden als iets zien wat koste wat kost vermeden dient te worden. Olbers wees er in 1997 op dat zich de laatste jaren het verschijnsel voordoet, dat werkgevers opteren voor de goedkoopste cao en daarbij het ongerief van het moeten toepassen van verschillende cao's voor lief nemen. Zie ook A.Ph.C.M. Jaspers, "De Gordiaanse knoop van samenlopende CAO's", *SR* 2005, p. 362-375. Anders: A.M. Luttmer-Kat, "Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van een onderneming", *SR* 1997, p. 282 en "Botsende collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming: een blik over de grenzen", *SR* 1998, p. 290, en *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 12: "(...) omdat het niet wenselijk is dat in één onderneming voor een lange periode verschillende samenstellen van arbeidsvoorwaarden voor verschillende groepen werknemers naast elkaar bestaan."

7 Het Explanatory Memorandum bij Richtlijn 77/189 (V/631/74-E) noemt op p. 6 als voorbeelden slechts die overeenkomsten die naar Nederlands recht als cao zouden worden bestempeld. In de Nederlandse vertaling van dit stuk gebruikt zowel de term "collectieve arbeidsovereenkomst" als "collectieve overeenkomst" - daarbij schijnbaar deze begrippen als homoniem behandelend (Memorie van Toelichting p. 7, COM(75)429-N).

8 In het voorbeeld doet zich dan direct een probleem voor indien de verkrijger geen ondernemingsraad heeft (en deze dus ook niet van de vervreemder is overgegaan, vgl. art. 6 van Richtlijn 2001/23): in dat geval kan de ondernemer het besluit over de inroostering mijns inziens niet op basis van deze collectieve overeenkomst nemen.

9 Zie over de richtlijn overgang van ondernemingen in het bijzonder P.W. van

Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999 en R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008.

10 Zie over de reikwijdte van deze bepaling N.P.B. Schmeitz & B. Bassyouni, “Medezeggenschap en overgang van onderneming”, *Arbeid Integraal* 2008-3, p. 27-33, R.M. Beltzer & I. Zaal, “Medezeggenschap na overgang van onderneming”, *Ondernemingsrecht* 2009, 97 en P.H. Burger en C.J. Sprengers, “Behoud van medezeggenschap bij overgang van onderneming”, *TAP* 2009, p. 7-12.

11 Zie de zogenoemde DockING-zaken: Rb. 's-Hertogenbosch (Vzng.) 5 maart 2007, *JAR* 2007/83, Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, *JAR* 2007/211 en Ktr. Amsterdam 10 november 2008, *JAR* 2008/302.

12 Zie BAG 26 augustus 2009, zaaknr. 4 AZR 80/08, *EELC* 2010/26. De uitspraak van het Bundesarbeitsgericht is vrij generiek: men kan uit de uitspraak geen nuances afleiden ten aanzien van de overgang van bepalingen uit sociale plannen.

13 HvJEG 27 november 2008, *JAR* 2009/20.

14 Het Explanatory Memorandum spreekt van “*the automatic transfer of the employment relationship*” als geheel.

15 Vgl. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 940, nr. 3-4, p. 11, dat spreekt over de handhaving van “het samenstel van rechten en verplichtingen dat voor de werkgever uit een collectieve arbeidsovereenkomst ten opzichte van de overgenomen werknemers voortvloeide.”

16 Dit is een bijdrage van de bij het cao-overleg betrokken werkgever(s)organisaties) ter bestrijding van de vakbondskosten van het overleg. Deze vorm van werkgeversbijdrage (ooit tien gulden per georganiseerde werknemer, thans meer) komt in een aantal bedrijfstakken voor.

17 Men dient hier mijns inziens niet te stellen dat deze verplichting wel voor overgang vatbaar is, omdat een financieel sterke bond in het belang van werknemers is. Zo ver reikt noch de richtlijn overgang van ondernemingen, noch de Nederlandse implementatie ervan.

18 Zie hierover W.J.P.M. Fase, *C.a.o.-recht*, Deventer: Kluwer 1982, p. 83, Van Straalen, t.a.p., 1999, p. 172, Jaspers, t.a.p., 2005, p. 369 en J.H. Even, “Toepasselijke cao bij overgang van onderneming - 10 scenario's”, *TAP* 2010, p. 25.

19 Zeker niet indien de verkrijger een vergelijkbare scholingsregeling kent die hij ook toepast op de overgekomen werknemer.

20 Zie het Toetsingskader AVV, par. 1.

21 Dit roept de vraag op de betrokken vakbonden van de verkrijger naleving van deze plicht kunnen vorderen. Het lijkt mij redelijk dat zij dat kunnen. Ik kom hier later op terug. Een actie op grond van artikel 3:305a BW is in ieder geval mogelijk. In gelijke zin Van Straalen, t.a.p., 1999, p. 174.

22 HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*).

23 Zie art. 14a lid 3 Wet Cao, dat verwijst naar art. 7:664 BW. Het bestaan van de Wet Bpf verklaart het ontbreken van een vergelijkbare regeling in art. 2a Wet Avv.

24 Zie J. van der Hulst, *Het sociaal plan* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 109 en de daar aangehaalde literatuur.

25 HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900 (*Abels*).

26 HvJEG 27 november 2008, *JAR* 2009/20 (*Juuri*). Zie over deze zaak uitgebreid R.M. Beltzer, “De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners”, *ArA* 2010/1, p. 81-94.

27 Zie ook hetgeen ik hierover reeds aan het einde van paragraaf 2 schreef.

28 De datum van einde van de cao leek immers toevallig samen te vallen met de overgang van onderneming, althans, van een opzetje leek geen sprake te zijn. Is sprake van een opzetje om afbreuk te doen aan de rechten van het personeel, dan zal men naar Nederlands recht misbruik van recht kunnen aannemen (art. 3:13 BW).

29 HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900 (*Abels*).

30 Uiteraard speelt zulks in het algemeen slechts in het geval van een bedrijfstak-cao.

31 HvJEG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83.

32 Zie in gelijke zin Ktr. Tilburg 16 december 2009, *JAR* 2010/45.

33 Even, t.a.p., 2010, p. 26.

34 De woordkeuze ten aanzien van gebondenheid aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen duidt wel op het moment van ingaan. Dat is niet verwonderlijk, nu het besluit tot algemeenverbindendverklaring geen contractueel karakter heeft, maar een ministerieel besluit is.

35 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 940, nr. 3-4, p. 13.

36 Zie in gelijke zin Even, t.a.p., 2010, p. 26. Zie voor het lot van incorporatiebedingen ten aanzien van door de werkgever vrijwillig gevolgde cao-bepalingen en overgang van onderneming A.F. Bungener & E. Koot, “Cao-recht en incorporatie na overgang van onderneming. De positie van de ongebonden

werkgever nader beschouwd”, *TRA* 2010, 45.

37 En een aantal vragen, zoals: dient de verkrijger dan gekozen te hebben voor de gehele cao of is het genoeg dat hij delen ervan toepast? En in dat laatste geval: om welke delen moet het dan gaan? Dient de cao waarvoor hij kiest toegesneden te zijn op de branche waarin hij opereert?

38 Dit heeft enkele rechtsgevolgen die in de volgende paragraaf, bij de bespreking van de scenario's, aan de orde zullen komen.

39 HR 27 juni 1957, *NJ* 1957, 527.

40 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/438, HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 20, HR 7 juni 2002, *NJ* 2003, 75, HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38.

41 Zo ook Van Straalen, t.a.p., 1999, p. 168.

42 Zie p. 6 van het Explanatory Memorandum: “*although the status of a party to any collective agreement is not imposed on the transferee, he shall respect existing terms of employment reached through collective agreements*”.

43 Dat vond reeds W.J.P.M. Fase in zijn uitgave *C.a.o.-recht* uit 1982 (p. 56).

44 Anders: Even, t.a.p., 2010. Hoewel hij eerst twijfel lijkt te uiten over de juistheid van de strikte lezing van art. 14 Wet Cao (par. 1.3.2), past hij deze lezing niettemin toe bij overgang van onderneming.

45 Anders: L.G. Verburg, “Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van ondernemingen”, *TAP* 2010, p. 113. Verburg stelt dat een exclusieve toepasselijkheid van de op grond van art. 14a Wet Cao overgegangene cao voor het overgekomen personeel niet *contra legem* is. Mijns inziens is van dat laatste juist wel sprake, nu art. 9, 12 en 14 Wet Cao simpelweg gelden voor de verkrijger ten aanzien van de reeds voor hem geldende cao.

46 Vgl. A.M. Luttmer-Kat, “Botsende collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming: een blik over de grenzen”, *SR* 1998, p. 293-294. Dit betekent dat de artikelen 14a Wet Cao en 2a Wet Avv voor Nederland minder vernieuwing brachten dan voor landen waar de arbeidsvoorwaarden uit een cao geen deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst.

47 Zie Even, t.a.p., 2010 voor een verdeling in tien scenario's.

48 W.J.P.M. Fase, “De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers”, *SMA* 1983, p. 346-370. In deze paragraaf maak ik dus geen onderscheid tussen ondernemings-cao's, waarbij veelal één werkgever of slechts een gering aantal werkgevers binnen een groep contractspartij is, en bedrijfstak-cao's, waarbij aan werkgeverszijde vaak een werkgeversvereniging als representant van alle werkgevers binnen een bepaalde bedrijfstak optreedt. De juridische binding is immers dezelfde.

49 In theorie is denkbaar dat de verkrijger aan de uit de voor beiden geldende cao voortvloeiende pensioenregeling een andere invulling heeft gegeven dan de vervreemder. In dat geval wordt het bepaald in art. 14a lid Wet Cao jo. art. 7:664 BW relevant en zou het zo kunnen zijn dat de werknemers weliswaar onder dezelfde cao blijven vallen, maar hun pensioenrechten gewijzigd worden.

50 Onduidelijk is of dit ook bij niet-gebonden werknemers geldt. Zie Van Straalen, t.a.p., 1999, p. 167-169. Hij verdedigt dat de verkrijger op grond van artikel 14a Wet Cao jegens niet-gebonden werknemers gehouden is de uit de cao van de vervreemder voortvloeiende rechten en verplichtingen toe te passen, maar dat de verkrijger met de niet-gebonden werknemers - in tegenstelling tot de gebonden werknemers - direct na de overgang andere arbeidsvoorwaarden kan overeenkomen. Mij lijkt die redenering juist, zie de vorige paragraaf. Het doet er daarbij overigens niet toe of, zoals Even stelt (t.a.p., 2010, p. 32, noot 54) de art. 14-werknemer een beroep kan doen op art. 14a Wet Cao. Dat kan hij niet. Niettemin gaan de cao-bepalingen over en geldt ten aanzien van die bepalingen evenzeer art. 14 Wet Cao. Zie de vorige paragraaf.

51 Fase, t.a.p., 1983, p. 360. Deze opvatting is herhaald in W.J.P.M. Fase & H. van Drongelen, *Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepaling ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 126.

52 Voorts kan er, zoals gezegd, wel degelijk een verschil bestaan ten aanzien van pensioenregelingen. Overigens gingen pensioenrechten ten tijde van Fases artikel niet over. Het huidige art. 7:664 BW (met de benodigde aanpassing in art. 14a Wet Cao) geldt vanaf 2002.

53 Om die reden heeft het Hof van Justitie in het *Werhof*-arrest (HvJEG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83) bepaald dat een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst van een overgegangene werknemer slechts ziet op de op dat moment bij de vervreemder geldende cao, althans niet op de na de overgang tot stand gekomen cao's waaraan de vervreemder gebonden raakt.

54 Fase, t.a.p., 1983. Overigens is er niets “pseudo” aan deze binding; het gaat om een binding op grond van de wet. Wellicht doelde Fase meer op de term “pseudo-contractuele binding”.

55 Wel kan de verkrijger in deze situatie met de niet krachtens de Wet Cao gebonden werknemer (de art. 14-werknemer) afwijkende afspraken maken - ook indien deze in strijd zijn met de betreffende cao, al zal hij dan door de vakbonden kunnen worden aangesproken op grond van art. 14 Wet Cao.

56 Zie hierover paragraaf 6.

57 Dit kan anders zijn indien de overgegangene onderneming relatief zelfstandig opereert en meer ingebed is bij branchegenoten dan bij ondernemingsgenoten.

58 Ook de wetgever lijkt daarvan uit te gaan. Zie *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 12: “Dit (de totstandkoming van een nieuwe cao bij de verkrijger, RMB) houdt slechts dan een wijziging van de bestaande

arbeidsvoorwaarden voor de betrokken werknemers in, indien deze arbeidsvoorwaarden in strijd zouden zijn met de (nieuwe) cao of de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao.”

59 M. Holtzer, “Overgang van cao-bepalingen” in: R.M. Beltzer (red.), *Dertig jaar overgang van onderneming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 44.

60 Even, t.a.p., 2010, p. 33.

61 Verburg, t.a.p., p. 113.

62 De Jong noemt dit niet ten onrechte “een spel zonder nieten” voor de werknemer. Zie A.A. de Jong, “Botsende CAO's bij overgang van onderneming (2)”, *ArbeidsRecht* 1997/4, 31.

63 De art. 14-werknemer kan geen rechten ontlennen aan de cao waaraan hij niet contractueel gebonden is.

64 Van Straalen, t.a.p., 1999, p. 186, pleit er voor de handhavingsverplichting van de verkrijger te laten prevaleren ongeacht of de regeling van de verkrijger gunstiger is. Holtzer en Zondag menen dat de overgegangene werknemer geen rechten kan ontlennen aan de cao van de verkrijger, omdat artikel 14 Wet Cao hun een dergelijk recht niet geeft. Dat is zeker juist, doch gaat niet op indien de overgegangene werknemer tevens gebonden is aan de cao van de verkrijger. Voorts menen Holtzer en Zondag dat de werknemer die het beste uit beide cao's kiest artikel 7:611 BW overtreedt. Hoewel voor het laatste argument inhoudelijk veel te zeggen valt, vind ik dat als basis te mager: de wet verdient aanpassing. Zie M. Holtzer & W.A. Zondag, “Wijziging van arbeidsvoorwaarden”, in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 208.

65 Mochten partijen bij cao I na het moment van de overgang van onderneming besluiten de inhoud en/of looptijd van de cao te verlengen of te verkorten, dan heeft dat volgens de wet geen gevolgen voor de binding van de verkrijger aan de bepalingen van cao I. Fase, t.a.p., 1983, p. 361, merkte over de verkorting op: “De bizarre situatie kan dus ontstaan, dat bepaalde collectieve arbeidsvoorwaarden in een bedrijfstak hun gelding verloren hebben, behalve voor een bepaalde onderneming met betrekking tot overgenomen werknemers.” Zo bizar hoeft dat niet te zijn: het belang van een bepaalde eindigingsdatum gaat toch veelal verloren indien de onderneming overgaat en daarmee de bedrijfstak verlaat.

66 Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228 (KLM/Van Staveren). Zie voor een bespreking van dit vonnis R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 88-90, alsmede de daar aangehaalde literatuur.

67 Zie M.M. Olbers (De Arbeidsovereenkomst, Wet Cao), derde aantekening bij artikel 14. Zie ook Ktg. Wageningen 6 april 1988, *Praktijkids* 1989, 2986. Deze situatie doet zich natuurlijk alleen voor indien cao II ongunstigere bepalingen

bevat dan de bepalingen van de arbeidsovereenkomst van een overgegangene werknemer. Een oplossing is indien cao II de (overgangs)bepaling bevat dat gunstigere arbeidsvoorwaarden van kracht blijven. Zie ook hierna onder II, scenario D.

68 HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135.

69 Zie r.o. 3.8.

70 S.L. Haasdijk, “Gebonden werknemers en nawerking van cao's bij overgang van onderneming”, *SMA* 2003, p. 380.

71 Uiteraard zou een beroep op gelijke behandeling een mogelijkheid zijn. Uit het arrest Parallel Entry is echter op te maken dat de rechter een dergelijke ongelijke behandeling - zeker nu die voortvloeit uit collectieve onderhandelingen - pas aantast indien voortzetting ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW). Zie r.o. 3.3 van de Hoge Raad. Zie over het arrest M. van Eck, Annotatie bij HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68, *ArA* 2004/2, p. 63-83.

72 Ook hier geldt weer dat met de cao strijdige afspraken wel met de louter contractueel gebonden dan wel nog niet gebonden art. 14-werknemers kunnen worden gemaakt.

73 Fase, t.a.p., 1983, p. 361, acht die consequentie onaanvaardbaar. Als Olbers (zie noot 56) gelijk heeft, wordt die onaanvaardbaarheid weer gerelativeerd door het feit dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden uit die cao ook op ongebonden werknemers zal moeten toepassen en dat hij de arbeidsovereenkomst met de werknemer die die toepassing weigert zal (doen) beëindigen.

74 Onder gebondenheid versta ik eveneens de situatie van de dubbele gebondenheid, namelijk dat de verkrijger niet alleen aan de algemeenverbindendverklaring gebonden is, maar tevens aan de cao zelf - bijvoorbeeld vanwege lidmaatschap van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao. Ook werknemers kunnen op deze manier dubbel gebonden zijn.

75 De relativering ten aanzien van pensioenregelingen geldt hier echter niet, omdat art. 2a Wet Avv geen aan art. 14a lid 3 Wet Cao gelijkkluidende bepaling kent. Het algemeen verbindend verklaren van pensioenregelingen verloopt immers niet via de Wet Avv, maar via de Wet Bpf.

76 Onduidelijk is wat Fase & Van Drongelen (t.a.p., 2004) hiervan denken. Zo melden zij op p. 129 het volgende: “Wanneer de verkrijger op het moment van de overgang van (een deel van) de onderneming was gebonden aan verbindend verklaarde CAO-bepalingen en voor de werknemers die overgaan alleen een CAO geldt, dan moet die CAO uiteraard wijken van (bedoeld wordt: voor, RMB) de verbindend verklaarde CAO-bepalingen omdat er dan sprake is van een regeling van een hogere orde.” Op p. 190 schrijven zij echter: “In dat licht bezien is het begrijpelijk waarom een CAO, waaraan de verkrijger na de overgang (van een deel) van de onderneming wordt gebonden, de gebondenheid aan de tot dan

geldende verbindend verklaarde CAO-bepalingen opheft, zoals lid 2 van art. 2a Wet AVV kenbaar maakt. De door de wet opgelegde gebondenheid wijkt dan voor de vrijwillig aanvaarde gebondenheid. Maar wonderlijk is het wel dat art. 2a lid 2 Wet AVV zo ruim is gesteld, dat er een strijdigheid ontstaat met het normaal geldende uitgangspunt dat een CAO verbindend verklaarde CAO-bepalingen niet kan doorbreken.” De laatste opvatting lijkt de juiste.

77 Ervan uitgaande dat geen sprake was van dubbele gebondenheid van het overgekomen personeel: in dat geval kunnen de bepalingen wel nawerken, omdat zij, ondanks de algemeenverbindendverklaring, deel uitmaken van hun individuele arbeidsovereenkomst.

78 Voor zover die bepalingen tijdens de algemeenverbindendverklaring buiten werking waren gesteld. Zoals ik al bij scenario B onder I uiteenzette, blijven de bepalingen uit cao A die niet strijden met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit cao B ook tijdens de algemeenverbindendverklaring hun gelding behouden.

79 Namelijk indien de verkrijger steeds gebonden wordt aan cao's die vervolgens algemeen verbindend worden verklaard. Zodra de ongebonden werknemers gebonden worden aan een cao die niet algemeen verbindend wordt verklaard is dit probleem goeddeels opgelost: in dat geval werken de cao-bepalingen werken wel na. Het probleem blijft echter bestaan ten aanzien van oude arbeidsvoorwaarden die wegens niet-strijdigheid met de (niet algemeen verbindend verklaarde cao) blijven doorlopen.

80 Zie bijvoorbeeld A-G Koopmans in zijn conclusie bij HR 28 januari 1994, *JAR* 1994/47 en A.R. Houweling en G.W. van der Voet, “Het leerstuk nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden op de helling”, *ArA* 2006, p. 55-77. Zie voor een overzicht van de opvattingen in de literatuur de conclusie van A-G Spier bij HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135, alsmede in het bijzonder A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2003, paragraaf 9.10 en E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, paragraaf 3.4.3.

81 Ook in deze situatie geldt dat wanneer de vervreemder en zijn werknemers aan de cao gebonden waren, de betreffende cao-bepalingen toch nawerken of zelfs nog op grond van art. 14a lid 1 Wet Cao kunnen gelden indien de datum waarop de algemeenverbindendverklaring afloopt eerder is dan de datum waarop de cao zelf afloopt.

82 In dit verband is het overigens het opmerken waard dat de rechtbank in de zaak KLM/Van Staveren over het hoofd zag dat de arbeidsvoorwaarden uit de cao voor het KLM-Grondpersoneel ook nog op een andere wijze - dus los van de werking van de regels der nawerking - hun gelding konden blijven behouden en bepalingen uit de cao voor de Contract-Cateringbranche opzij konden zetten. De algemeen verbindend verklaarde overgangsbepaling art. XV, 10 van laatstgenoemde cao luidde immers dat rechtens geldende gunstiger arbeidsvoorwaarden onverkort zouden worden gehandhaafd. KCS had dus op

grond van deze cao de plicht de gunstigere arbeidsvoorwaarden van Van Staveren onverkort op hem toe te passen op straffe van nietigheid van andersluidende bedingen. Zie Olbers, t.a.p., 1997, p. 314.

83 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38.

84 De werknemer had inmiddels zijn vorderingen aangepast in verband met de algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de Ziekenhuis-cao.

85 Uiteraard: indien en voor zover de werknemer aan de betreffende cao gebonden is.

86 Zie rechtsoverwegingen 5.3-5.14 van het tussenvonnis van de rechtbank van 14 maart 2000.

87 Zie voor commentaar op dit arrest D.J. Buijs, “Definitief: geen nawerking algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen”, *SR* 2002, p. 58-60 en R.M. Beltzer, “Botsende en nawerkende CAO-bepalingen”, *ArA* 2003, p. 30-40.

88 Wederom geldt dat de voor de overgegangene werknemer voorheen geldende arbeidsvoorwaarden blijven gelden, indien die geen strijd opleveren met arbeidsvoorwaardelijke bepalingen die algemeen verbindend zijn verklaard.

89 Hier kan zich geen dubbele binding voordoen, omdat de vervreemder niet aan enige cao gebonden was (en daarmee de werknemer evenmin).

90 Het tegenovergestelde wordt een statisch karakter genoemd. Zie hierover, ook in het kader van een overgang van onderneming: A.F. Bungener, “Het incorporatiebeding”, in: A.R. Houweling e.a., *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, hoofdstuk 2, in het bijzonder de paragrafen 2.7 en 2.8.

91 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”.

92 HvJEG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83. Zie over dit arrest o.a. R.M. Beltzer “Overgang van cao-bepalingen: bevroering of dynamiek”, *ArA* 2006, p. 52-62 en F.B.J. Grapperhaus, “De betekenis van de vervreemder-cao in de fase na de overgang van onderneming” in: Antoine Jacobs en Frans Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 41-50.

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

94 HvJEG 15 december 1995, *JAR* 1996/80.

95 Overweging 47 van de conclusie bij het arrest.

96 Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, *JAR* 2009/72.

97 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

98 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704.

99 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

100 Jaspers, t.a.p. 2005, p. 372 spreekt in dit verband van “een echte Gordiaanse knoop”.

101 A.M. Luttmer-Kat, “Botsende collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming: een blik over de grenzen”, *SR* 1998, stelt op p. 294 voor de volgende bepaling aan artikel 14a WCAO toe te voegen: “De collectieve arbeidsvoorwaarden van de vervreemder kunnen door middel van een overeenkomst met de betrokken vakbond(en) worden aangepast aan de in de onderneming van de verkrijger geldende collectieve arbeidsvoorwaarden.” Hiermee zou tegemoet worden gekomen aan de eis dat bij overgang van een onderneming maatwerk nodig is. Luttmer-Kat wijst er in dit verband op dat de cao van de verkrijger en die van de vervreemder niet elkaars “natuurlijke opvolgers” zijn en niet op elkaar zijn afgestemd.

102 Op p. 7 in het Explanatory Memorandum bij de richtlijn uit 1977 wordt vermeld dat de regeling van overgang van collectieve overeenkomsten gebaseerd is op het Franse recht

103 Vgl. *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 12: “De totstandkoming van een nieuwe cao bij de verkrijger of het treffen van een besluit tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van een cao vóórdát de oude cao afloopt, lijkt een redelijk aanknopingspunt te geven voor het overstappen van het ene samenstel van arbeidsvoorwaarden naar het andere.” Hieruit kan ik onvoldoende afleiden dat de wetgever nawerking zou afwijzen.

104 Het Explanatory Memorandum bij de eerste versie van de richtlijn overgang van onderneming, uit 1977, vermeldt dat “*paragraph 3 attempts to provide a compromise*” (p. 6).

105 HvJEG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83.

106 HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*) en HvJEG 6 november 2003, *JAR* 2003/297 (*Martin*).

