

JAR 2017/152, HvJ EU, 27-04-2017, ECLI:EU:C:2017:317, C-680/15, C-681/15, (annotatie)**Gegevens**

Instantie	Hof van Justitie EU
Datum uitspraak	27-04-2017
Publicatie	
Zaaknummer	C-680/15, C-681/15
Rechtsgebied	
Rechters	mr. Bay Larsen mr. Vilaras mr. Malenovský mr. Safjan mr. Šváby
Partijen	Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH, tegen Ivan Felja (C-680/15), en Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH, tegen Vittoria Graf (C-681/15).
Regelgeving	Richtlijn 2001/23/EG - 3 <u>BW Boek 7 - 662</u> <u>Wet CAO - 14a</u> Handvest EU - 16

Inhoudsindicatie

Overgang van onderneming, Dynamisch incorporatiebeding, Ruimte voor verkrijger om arbeidsvoorwaarden te wijzigen

Ga direct naar

Samenvatting

Uitspraak

Beslissing/besluit

Noot

Samenvatting

De werknemers waren in dienst van KLS FM. Op hun arbeidsovereenkomsten was een dynamisch verwijzingsbeding (incorporatiebeding) van toepassing, dat bepaalde dat hun arbeidsverhouding werd beheerst door de federale collectieve overeenkomst voor werknemers van gemeentelijke instanties en bedrijven, de BMT-G II, en door toekomstige versies hiervan. Op 1 juli 2008 is KLM FS overgedragen aan Asklepios. Asklepios is niet als lid gebonden aan de BMT-G II en evenmin aan de cao die per 1 oktober 2005 voor de BMT-G II in de plaats is gekomen, de CAO TvöD, of de daarbij behorende overgangsregeling (TVÜ-VKA). De werknemers hebben zich tot de rechter gewend om te doen vaststellen dat de TvöD en de TVÜ-VKA op hen van toepassing zijn op grond van het dynamisch incorporatiebeding. Asklepios betwist dit. Volgens haar zijn alleen de op het moment van de overgang bij KLM FS geldende arbeidsvoorwaarden op haar overgegaan. Het Bundesarbeitsgericht heeft prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU.

Het Hof overweegt dat het in het arrest Werhof heeft verduidelijkt dat in geval van een "statisch" incorporatiebeding, dat alleen verwijst naar de rechten en verplichtingen in de cao die van kracht was op het moment van de overgang, richtlijn 77/178/EEG de verkrijger niet heeft willen binden aan andere cao's dan die golden op het moment van de overgang. Art. 3 Richtlijn 2001/23/EG vereist dus geen dynamische invulling van een statisch beding. Partijen zijn echter vrij om wederzijds

verbintenissen aan te gaan en art. 3 Richtlijn 2001/23/EG staat niet in de weg aan het overeenkomen van een dynamisch incorporatiebeding. Als de vervreemder met de werknemers een dergelijk beding is overeengekomen, dan gaat dit in beginsel over op de verkrijger. De richtlijn heeft echter niet louter tot doel om de belangen van de werknemers te beschermen, maar beoogt een billijk evenwicht te bewerkstelligen tussen de belangen van de werknemers en de verkrijger. Daaruit volgt dat de verkrijger na de overgang de aanpassingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Hij moet, gelet ook op de vrijheid van ondernemerschap, zijn belangen doeltreffend kunnen doen gelden en kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden. In onderhavige zaak blijkt uit het dossier dat de verkrijger op grond van de Duitse wetgeving mogelijkheden heeft om de op het ogenblik van de overgang geldende arbeidsvoorwaarden tweezijdig of eenzijdig te wijzigen. Daarmee biedt de wetgeving de verkrijger voldoende vrijheid. Voor zover Asklepios betwist dat dit het geval is, is het aan de nationale rechter om zich daarover uit te spreken.

NB. De zaak Werhof («JAR» 2006/83) zag op een statisch incorporatiebeding. In Parkwood («JAR» 2013/216) oordeelde het HvJ EU dat richtlijn 2001/23/EG zich verzette tegen de binding van de verkrijger aan een dynamisch incorporatiebeding. Hier ligt dit blijkbaar anders, omdat het HvJ EU ruimte ziet voor Asklepios tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden.

Uitspraak

1. De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 3 van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L 82, blz. 16) en van artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: "Handvest").

2. Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van geschillen die Ivan Felja en Vittoria Graf (hierna, samen: "werknemers") hadden met Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH, respectievelijk Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH (hierna, samen: "Asklepios"), over de toepassing van een collectieve arbeidsovereenkomst.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Bij richtlijn 2001/23 is overgegaan tot codificatie van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 1977, L 61, blz. 26), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PB 1998, L 201, blz. 88) (hierna: "richtlijn 77/178").

4. Artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/23 luidt:

"Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie."

5. Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

"1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

[...]

3. Na de overgang handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar.

[...]"

Duits recht

6. In Duitsland worden de rechten en verplichtingen bij overgang van een vestiging geregeld door par. 613a van het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek), waarvan lid 1 luidt:

“Wanneer een vestiging of een onderdeel daarvan ten gevolge van een rechtshandeling overgaat op een andere eigenaar, treedt deze in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de ten tijde van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen. Voor zover deze rechten en verplichtingen worden beheerst door bepalingen van een collectieve overeenkomst of door een ondernemingsovereenkomst, gaan zij deel uitmaken van de arbeidsverhouding tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer en mogen zij niet eerder dan een jaar na de datum van overgang ten nadele van de werknemer worden gewijzigd. De tweede volzin is niet van toepassing wanneer de rechten en verplichtingen bij de nieuwe eigenaar worden beheerst door de bepalingen van een andere collectieve overeenkomst of door een andere ondernemingsovereenkomst. Vóór het verstrijken van de in de tweede volzin genoemde termijn kunnen de rechten en verplichtingen worden gewijzigd wanneer de collectieve overeenkomst of de ondernemingsovereenkomst niet langer van toepassing is, dan wel bij gebreke van wederzijdse gebondenheid aan een andere collectieve overeenkomst waarvan de toepassing tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer wordt overeengekomen.”

Hoofding en prejudiciële vragen

7. De werknemers werkten in het ziekenhuis van Dreieich-Lange (Duitsland), dat destijds onder de verantwoordelijkheid van een gemeentelijke overheid viel. Felja werkte er als klusjesman/tuinman sinds 1978 en Graf als verpleeghulp sinds 1986. Nadat die gemeentelijke overheid in 1995 het ziekenhuis had overgedragen aan een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (GmbH), is het onderdeel van de vestiging waar de werknemers werkten, in 1997 overgegaan op KLS Facility Management GmbH (hierna: “KLS FM”).

8. De arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en KLS FM, die niet was aangesloten bij een werkgeversorganisatie die was betrokken bij onderhandelingen over en de vaststelling van een collectieve arbeidsovereenkomst, bevatten een “dynamisch” verwijzingsbeding, waarin was bepaald dat hun arbeidsverhouding net als vóór de overgang zou worden beheerst door de Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (federale collectieve overeenkomst voor werknemers van gemeentelijke instanties en bedrijven; hierna: “BMT-G II”) maar ook, in de toekomst, door de collectieve overeenkomsten waarbij die overeenkomst zou worden aangevuld, gewijzigd of vervangen.

9. Vervolgens is KLS FM onderdeel geworden van een concern in de ziekenhuissector.

10. Op 1 juli 2008 is het deel van de vestiging waar de werknemers werkten, overgegaan op een andere vennootschap binnen dat concern, namelijk Asklepios. Asklepios is, net zoals KLS FM, niet gebonden door de BMT-G II als lid van een werkgeversorganisatie, noch door de op 1 oktober 2005 daarvoor in de plaats gekomen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (collectieve overeenkomst voor de openbare dienst; hierna: “TVöD”) of de Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (collectieve overeenkomst tot regeling van de overgang van werknemers van gemeentelijke overheden naar de TVöD en houdende overgangsbepalingen; hierna: “TVÜ-VKA”).

11. De werknemers hebben zich tot de rechter gewend om te doen vaststellen dat de bepalingen van de TVöD en van de ter aanvulling daarop gesloten collectieve overeenkomsten, alsmede die van de TVÜ-VKA, overeenkomstig het beding in hun respectieve arbeidsovereenkomsten dat op dynamische wijze verwijst naar de BMT-G II, op hun arbeidsverhouding van toepassing zijn, in de versie zoals van kracht op het ogenblik van hun verzoek.

12. Asklepios stelt zich op het standpunt dat richtlijn 2001/23 en artikel 16 van het Handvest zich verzetten tegen het in het nationale recht vastgestelde rechtsgevolg van een dergelijke “dynamische” toepassing van collectieve overeenkomsten voor de openbare dienst waarnaar in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen. Volgens haar moeten die overeenkomsten na de overgang van de betrokken werknemers naar een andere werkgever op “statische” wijze worden toegepast, in die zin dat enkel de in de arbeidsovereenkomst met de overdragende werkgever overeengekomen arbeidsvoorwaarden die zijn ontleend aan de in deze overeenkomst genoemde collectieve overeenkomsten, de verkrijgende werkgever kunnen binden.

13. De lagere rechters hebben de werknemers in het gelijk gesteld, waarop Asklepios beroep in Revision heeft ingesteld bij de verwijzende rechter.

14. In deze omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1)a) Verzet artikel 3 van richtlijn [2001/23] zich tegen een nationale regeling op grond waarvan bij overgang van een onderneming of vestiging alle arbeidsvoorwaarden die de vervreemder en de werknemer in contractuele vrijheid en individueel zijn overeengekomen, onveranderd op de verkrijger overgaan alsof hij deze zelf in een individuele overeenkomst met de werknemer was overeengekomen, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet?

b) Indien de eerste vraag[, onder a),] in het algemeen dan wel voor een bepaalde categorie individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden uit de arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en de werknemer bevestigend wordt beantwoord:

Volgt uit de toepassing van artikel 3 van richtlijn [2001/23] dat bepaalde arbeidsvoorwaarden die de vervreemder en de werknemer in contractuele vrijheid zijn overeengekomen, van de onveranderde overgang op de verkrijger moeten worden uitgesloten en louter op grond van de overgang van onderneming of vestiging moeten worden aangepast?

c) Wanneer volgens de antwoorden van het Hof op de [eerste vraag, onder a) en b),] een in een individuele overeenkomst opgenomen verwijzing op grond waarvan bepaalde regelingen uit een collectieve overeenkomst op dynamische wijze in contractuele vrijheid in de arbeidsovereenkomst worden geïncorporeerd, niet in onveranderde vorm overgaat op de verkrijger:

i) Geldt dit ook wanneer de vervreemder noch de verkrijger partij is bij een collectieve overeenkomst of bij een dergelijke partij is aangesloten, dat wil zeggen wanneer de regelingen uit de collectieve overeenkomst reeds vóór de overgang van de onderneming of vestiging zonder een contractueel incorporatiebeding niet op de arbeidsverhouding met de vervreemder van toepassing zouden zijn geweest?

ii) Zo ja:

Geldt dit ook wanneer de vervreemder en de verkrijger tot hetzelfde concern behoren?

2) Verzet artikel 16 van het [Handvest] zich tegen een ter omzetting van richtlijn [77/187] of richtlijn [2001/23] vastgestelde nationale regeling volgens welke bij overgang van een onderneming of vestiging de verkrijger ook aan de door de vervreemder en de werknemer vóór de overgang in contractuele vrijheid en individueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden gebonden is alsof hij deze zelf was overeengekomen, wanneer deze voorwaarden bepaalde regelingen uit een collectieve overeenkomst die anders niet op de arbeidsverhouding van toepassing zou zijn, op dynamische wijze in de arbeidsovereenkomst incorporeren, voor zover het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

15. Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3 van richtlijn 2001/23, gelezen in samenhang met artikel 16 van het Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat bij de overgang van een vestiging het behoud van de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien, zich uitstrekt tot een door de vervreemder en de werknemer op basis van de contractvrijheid overeengekomen beding op grond waarvan hun arbeidsverhouding niet alleen wordt beheerst door de op het ogenblik van de overgang geldende collectieve overeenkomst, maar ook door latere overeenkomsten waarbij die overeenkomst wordt aangevuld, gewijzigd of vervangen, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.

16. Vooraf dient te worden opgemerkt dat een arbeidsovereenkomst door middel van contractuele bedingen kan verwijzen naar andere rechtsinstrumenten, zoals collectieve arbeidsovereenkomsten. Dergelijke bedingen kunnen zoals “statische” verwijzingsbedingen enkel verwijzen naar de rechten en verplichtingen die zijn vastgesteld in de tekst van de collectieve overeenkomst die van kracht was op het ogenblik van de overgang van de onderneming, dan wel, zoals de “dynamische” verwijzingsbedingen in het hoofdgeding, ook verwijzen naar toekomstige ontwikkelingen van de overeenkomst waardoor die rechten en verplichtingen worden gewijzigd.

17. In dat verband heeft het Hof in het geval van een “statisch” contractueel beding en in de context van richtlijn 77/178

verduidelijkt dat uit de bewoordingen van die richtlijn geenszins volgt dat de Uniewetgever de verkrijger heeft willen binden aan andere collectieve overeenkomsten dan de overeenkomst die van kracht was op het tijdstip van de overgang en hem bijgevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door de toepassing van een nieuwe, na de overgang gesloten collectieve arbeidsovereenkomst (zie in die zin arrest van 9 maart 2006, Werhof, C-499/04, EU:C:2006:168, punt 29).

18. Het doel van richtlijn 77/178 was immers enkel om de op de dag van de overgang bestaande rechten en verplichtingen van de werknemers te handhaven en niet om loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten te beschermen (zie in die zin arrest van 9 maart 2006, Werhof, C-499/04, EU:C:2006:168, punt 29).

19. Uit de in het vorige punt van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak van het Hof volgt weliswaar dat artikel 3 van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het geen “dynamische” invulling van een “statisch” beding vereist, maar het Hof heeft daarin ook in herinnering gebracht dat een overeenkomst wordt gekenmerkt door het beginsel van de wilsautonomie, volgens hetwelk partijen vrij zijn om wederzijds verbintenissen aan te gaan (arrest van 9 maart 2006, Werhof, C-499/04, EU:C:2006:168, punt 23).

20. Uit de bewoordingen van richtlijn 2001/23, en in het bijzonder van artikel 3 daarvan, blijkt geenszins dat de Uniewetgever van dit beginsel heeft willen afwijken. Bijgevolg kan richtlijn 2001/23, en met name artikel 3 daarvan, niet aldus worden begrepen dat daarbij in elk geval wordt belet dat een “dynamisch” contractueel beding gevolgen heeft.

21. Indien de vervreemder en de werknemers vrij een “dynamisch” beding zijn overeengekomen en dat beding van kracht is op het ogenblik van de overgang, dan moet richtlijn 2001/23, en met name artikel 3 daarvan, derhalve in die zin worden gelezen dat die uit een arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting in beginsel overgaat op de verkrijger.

22. Het Hof heeft evenwel, in het geval van een “dynamisch” contractueel beding, benadrukt dat richtlijn 2001/23 niet louter tot doel heeft om de belangen van de werknemers te beschermen, maar beoogt een billijk evenwicht tussen de belangen van laatstgenoemden en die van de verkrijger te verzekeren. Daaruit volgt met name dat de verkrijger na de overgang de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt (zie in die zin arresten van 18 juli 2013, Alemo-Herron e.a., C-426/11, EU:C:2013:521, punt 25, en 11 september 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-328/13, EU:C:2014:2197, punt 29).

23. Meer bepaald volgt uit artikel 3 van richtlijn 2001/23, gelezen in het licht van de vrijheid van ondernemerschap, dat de verkrijger bij de totstandkoming van een overeenkomst waarbij hij partij is, zijn belangen doeltreffend moet kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers (zie in die zin arrest van 18 juli 2013, Alemo-Herron e.a., C-426/11, EU:C:2013:521, punt 33).

24. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing, en met name uit de bewoordingen van de prejudiciële vragen, dat de verkrijger op grond van de nationale wettelijke regeling in het hoofdgeding mogelijkheden heeft om de op het ogenblik van de overgang geldende arbeidsvoorwaarden na de overgang consensueel of eenzijdig te wijzigen.

25. De nationale wettelijke regeling in het hoofdgeding voldoet dus aan de vereisten die voortvloeien uit de in punt 23 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak.

26. Aangezien in die rechtspraak rekening wordt gehouden met artikel 16 van het Handvest, hoeft niet meer te worden onderzocht of de nationale wettelijke regeling in het hoofdgeding verenigbaar is met dat artikel.

27. Asklepianos lijkt te betwisten dat de betrokken aanpassingsmogelijkheden bestaan of doeltreffend zijn. In dat verband kan er evenwel mee worden volstaan op te merken dat het niet aan het Hof staat zich daarover uit te spreken.

28. De verwijzende rechter is immers als enige bevoegd om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving uit te leggen (zie in die zin met name arrest van 4 februari 2016, Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, punt 88).

29. Gelet op een en ander moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 3 van richtlijn 2001/23, gelezen in samenhang met artikel 16 van het Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat bij de overgang van een vestiging het behoud van de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien, zich uitstrekt tot een door de vervreemder en de werknemer op basis van de contractvrijheid overeengekomen beding op

grond waarvan hun arbeidsverhouding niet alleen wordt beheerst door de op het ogenblik van de overgang geldende collectieve overeenkomst, maar ook door latere overeenkomsten waarbij die overeenkomst wordt aangevuld, gewijzigd of vervangen, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.

Kosten

30. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht

Artikel 3 van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, gelezen in samenhang met artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moet aldus worden uitgelegd dat bij de overgang van een vestiging het behoud van de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien, zich uitstrekt tot een door de vervreemder en de werknemer op basis van de contractvrijheid overeengekomen beding op grond waarvan hun arbeidsverhouding niet alleen wordt beheerst door de op het ogenblik van de overgang geldende collectieve overeenkomst, maar ook door latere overeenkomsten waarbij die overeenkomst wordt aangevuld, gewijzigd of vervangen, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.

Noot

Het arrest is het derde in een rij over de vraag naar de reikwijdte van incorporatiebedingen na overgang van onderneming, en in onze optiek het meest interessante arrest. In de zaak Werhof (<<JAR>> 2006/83) werd geoordeeld dat art. 3 lid 1 van de Richtlijn “zich niet ertegen verzet dat wanneer een arbeidsovereenkomst verwijst naar een collectieve overeenkomst die de vervreemder bindt, de verkrijger die geen partij is bij een dergelijke overeenkomst niet gebonden is aan collectieve overeenkomsten die tot stand komen na die welke van kracht was op het moment van de overgang van de onderneming”. Het Hof oordeelde tevens (r.o. 28) dat een clause die verwijst naar een collectieve overeenkomst niet geacht kan worden een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst. “Bijgevolg moet rekening worden gehouden met artikel 3, lid 2 [thans lid 3], van de richtlijn, dat beperkingen aanbrengt op het beginsel dat de collectieve overeenkomst waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst toepasselijk is”. Het gaat voorts niet alleen om werknemersbescherming. De verkrijger moet de mogelijkheid hebben “aanpassingen door te voeren waartoe de voortzettingen van zijn activiteiten noopt”. Het Hof verwees daarbij naar de negatieve verenigingsvrijheid. Hieruit werd over het algemeen de conclusie getrokken dat een incorporatiebeding door de overgang sowieso statisch wordt.

Die opvatting werd na het arrest Parkwood (<<JAR>> 2013/216) nog steeds gehuldigd. De vraag was of een dynamisch geformuleerd beding statisch werd. Dat was in die zaak het geval, omdat de belangen van de verkrijger anders teveel zouden worden geschaad. In het bijzonder was de vrijheid van ondernemerschap van art. 16 van het Handvest in het geding. Die vrijheid brengt met zich (r.o. 33) dat “de verkrijger bij de totstandkoming van een overeenkomst waarbij hij partij is, zijn belangen doeltreffend moet kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.” Dat kon Parkwood in casu niet. Ten slotte overwoog het Hof dat de private verkrijger die een onderneming uit de publieke sector overneemt deze niet zal kunnen voortzetten “zonder aanzienlijke aanpassingen en veranderingen door te voeren, aangezien er tussen die twee sectoren onvermijdelijk verschillen bestaan op het vlak van de arbeidsvoorwaarden.”

Na Asklepios lijkt de conclusie die in de praktijk uit Werhof werd getrokken genuanceerd te moeten worden. Het Hof herhaalt (r.o. 18) dat de richtlijn enkel beoogt te verzekeren, dat de arbeidsvoorwaarden op het moment van overgang behouden blijven. Nieuw is dat het Hof overweegt dat contractvrijheid uitgangspunt is en dat een dynamisch beding niet automatisch statisch wordt bij overgang. Vrijheid van ondernemerschap kan reden zijn de overgang van het dynamische karakter te beperken. Die vrijheid stond in casu echter niet onder druk, omdat het nationale (Duitse) recht zowel in consensuele als eenzijdige wijzigingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet. De conclusie die uit Werhof over het algemeen werd getrokken, namelijk dat een incorporatiebeding door overgang statisch wordt, lijkt dus niet houdbaar.

Wellicht heeft het Hof dat in Werhof ook nooit bedoeld te zeggen; duidelijk is dat het in Werhof om een statisch beding ging en dat wordt – logischerwijs – door overgang niet ineens dynamisch. In Parkwood ging het wel om een dynamisch beding, maar stond de vrijheid van ondernemerschap te zeer onder druk. De vraag naar de invloed van een wijzigingsmogelijkheid na overgang werd simpelweg niet gesteld.

Uit Asklepios volgt helder dat overgang van de arbeidsvoorwaarden op het moment van overgang, inclusief een eventueel overeengekomen dynamisch karakter van een incorporatiebeding, het uitgangspunt is. Het Hof neemt de contractvrijheid tussen vervreemder en werknemer als uitgangspunt en verwijst ter onderbouwing hiervan naar r.o. 23 van Werhof. Hoewel wij het uitgangspunt op zichzelf kunnen volgen, vinden wij de onderbouwing opmerkelijk. In Werhof en Parkwood werd contractvrijheid namelijk niet vanuit de relatie vervreemder-werknemer benaderd, maar vanuit de verkrijger. In Werhof werd overwogen dat de contractvrijheid in principe met zich brengt dat de verkrijger geen cao hoeft na te leven waaraan hij niet gebonden is, zij het dat dit bij overgang anders ligt vanwege de met de Richtlijn beoogde werknemersbescherming. In Parkwood (r.o. 32) wordt de contractvrijheid genoemd als onderdeel van de vrijheid van ondernemerschap van de verkrijger die kan belemmeren dat een incorporatiebeding zijn dynamische karakter na overgang behoudt.

Wat daar ook van zij, het uitgangspunt dat een dynamisch incorporatiebeding overgaat omdat partijen dat karakter zijn overeengekomen, is niet absoluut. Die nuancering geldt nog steeds na Asklepios. Overgang van het dynamisch karakter is niet aan de orde als de belangen van de verkrijger anders te veel geschaad zouden worden. In het bijzonder gaat het dan om schending van de negatieve verenigingsvrijheid (waar in Werhof ten overvloede op gewezen werd) of vrijheid van ondernemerschap, zoals in Parkwood. In Asklepios waren deze grondrechten volgens het Hof niet in het geding vanwege de door het Hof veronderstelde wijzigingsmogelijkheden naar Duits recht.

Feitelijk is het Asklepios-arrest dus in lijn met Werhof en Parkwood, maar zit de crux in de aanname dat de vrijheid van ondernemerschap (en van vereniging) niet is geschaad vanwege de wijzigingsmogelijkheden onder het Duitse recht. Of deze wijzigingsmogelijkheden daadwerkelijk bestaan of doeltreffend zijn, beoordeelt het Hof uiteindelijk niet – dat is ter bepaling van de nationale rechter.

Dat is een gemiste kans. Het is immers onduidelijk of het feit dat er formeel wijzigingsmogelijkheden voor de verkrijger zijn voldoende is voor behoud van het dynamische karakter van een incorporatiebeding of dat dit karakter toch verkleurt naar een statisch beding als de wijziging in de praktijk juridisch niet of nauwelijks te realiseren is. In Duitsland is bijvoorbeeld met gemor gereageerd op deze uitspraak, omdat de wijzigingsmogelijkheden niet bepaald soepel voor de werkgever/verkrijger zijn vormgegeven.

Het antwoord op voornoemde vraag is ook voor groot belang voor de Nederlandse situatie. Ook in Nederland is wijziging van arbeidsvoorwaarden erg lastig in de praktijk, maar bestaat er in elk geval op papier wel een consensuele en eenzijdige mogelijkheid tot wijziging van arbeidsvoorwaarden. Als deze formele wijzigingsmogelijkheid doorslaggevend moet worden geacht, zal een dynamisch incorporatiebeding op basis van Asklepios zijn dynamische karakter behouden bij overgang.

prof. mr. R.M. Beltzer en mr. B.C.L. Kanen
