© AR Updates commentaar 2011-14, PDF gemaakt voor

AR UPDATES arbeidsrecht

commentaar op	Hof van Justitie EU 6-9-2011, EUR C-108/10, (Scattolon/Ministero dell?Istruzione, dell?Università e della Ricerca)
datum	27-09-2011
auteur	J.P.H. Zwemmer

Anciënniteit, cao en overgang van onderneming: de overgaande werknemer behoudt zijn anciënniteit als deze van belang is voor zijn bezoldiging op basis van de cao van de verkrijger en hij anders wegens de overgang een wezenlijk salarisverlies zou lijden

1. Inleiding

Op 6 september 2011 beantwoordde het Hof van Justitie door de Italiaanse rechter aan hem voorgelegde vragen naar aanleiding van een reorganisatie van het Italiaanse overheidsapparaat. Hierbij nam de Italiaanse staat op 1 januari 2000 op grond van een wetsbesluit ondersteunend personeel in dienst, dat daarvoor in dienst was geweest bij lagere overheden (gemeenten en provincies). Een van deze personeelsleden, Scattolon, stelt dat haar twintig dienstjaren bij haar oorspronkelijke werkgever (de gemeente Scorzè in Italië) na haar indiensttreding bij de staat niet volledig werden erkend, haar salaris als gevolg daarvan daalde en dit onder meer in strijd is met (nu:) Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming. Het Hof wordt gevraagd zijn rechtspraak te verduidelijken met betrekking tot enerzijds het toepassingsgebied van de richtlijn bij de overgang van een onderneming van de ene publiekrechtelijke entiteit naar een andere publiekrechtelijke entiteit en anderzijds de erkenning door de verkrijger van de door het overgegane personeel bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit. Omdat de overgang van het personeel in casu plaatsvond op 1 januari 2000 beantwoordt het Hof de aan hem voorgelegde vragen aan de hand van de oorspronkelijke versie van de richtlijn (Richtlijn 77/187/EG) en niet aan de hand van de huidige richtlijn. In casu heeft dit echter geen invloed op de beantwoording door het Hof van de aan hem voorgelegde prejudiciële vragen.

2. Feiten en prejudiciële vragen

Tot 1 januari 2000 was een deel van het administratieve, technische en toezichthoudende personeel (ATH-personeel) dat toezicht houdt in Italiaanse openbare scholen in dienst bij lokale overheden en een ander deel in dienst van de staat. Op hen was van toepassing de cao voor de sectorregio's en lokale overheden. Het ATH-personeel dat in dienst was bij lokale overheden trad met ingang van 1 januari 2000 krachtens een wetsbesluit in dienst bij de staat. Op basis van een bij ministerieel besluit goedgekeurd akkoord tussen een vertegenwoordiging van overheidsorganen en de vakbonden ging het bij de staat in dienst gekomen ATH-personeel met ingang van die datum vallen onder de cao voor de onderwijssector. Deze laatste cao was op dat moment reeds van toepassing op het ATH-personeel dat daarvoor al in dienst was bij de staat. In de cao voor de onderwijssector was de bezoldiging voor een groot deel gebaseerd op anciënniteit, terwijl in de cao voor de sectorregio's en lokale overheden een andere bezoldigingsstructuur werd gehanteerd die rekening hield met de uitgeoefende functie en die salaristoeslagen kende. Scattolon was sinds 1980 als ATH-personeelslid werkzaam geweest bij de gemeente Scorzè en trad krachtens voormeld wetsbesluit met ingang van 1 januari 2000 in dienst van de staat. In de cao voor de onderwijssector werd Scattolon in een salaristrap ingedeeld die in de desbetreffende schaal overeenkwam met een anciënniteit van negen jaar. Scattolon stelt dat haar salaris met € 790 is gedaald (zie de conclusie van de A-G van 5 april 2011) en vordert, onder meer op grond van de richtlijn, erkenning van haar volledige anciënniteit en, op basis daarvan, indeling in de salaristrap die voor het ATH-personeel dat vóór 1 januari 2000 reeds in dienst was bij de staat overeenkomt met vijftien tot twintig jaar. Aan het Hof wordt gevraagd of de richtlijn van toepassing is op een situatie als deze, waarin personeel van lagere overheden overgaat naar de staat, en of art. 3 van de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat de staat bij de bezoldiging van de overgegane werknemers rekening moet houden met de door deze werknemers bij de lagere overheden opgebouwde anciënniteit. Het Hof beantwoordt beide vragen bevestigend. Op grond van het oordeel van het Hof moet de staat Scattolon met inachtneming van haar bij de gemeente Scorzè opgebouwde anciënniteit van twintig jaar op dezelfde wijze inschalen als het reeds voor de overgang bij de staat in dienst zijnde ATH-personeel aangezien zij anders – in vergelijking met haar salaris vóór de overgang – een wezenlijk salarisverlies zou lijden.

3. Overgang van onderneming in de publieke sector

Het Hof oordeelt dat de indienstneming door de staat van het ATH-personeel dat daarvoor in dienst was bij de lagere overheden kan worden gekwalificeerd als een overgang van een arbeidsintensieve onderneming in de zin van art. 1 van de richtlijn. Elke duurzaam georganiseerde economische eenheid kan een onderneming zijn in de zin van de richtlijn, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Van een dergelijke economische eenheid is, zo overweegt het Hof onder verwijzing naar onder andere de arresten Hernandez Vidal e.a. (HvJ EG 10 december 1998, *JAR* 1999/16) en Abler e.a./Sodexho (HvJ EG 20 november 2003, *NJ* 2004, 265 en *JAR* 2003/298), sprake bij een voldoende gestructureerd en zelfstandig geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. De richtlijn kan eveneens van toepassing zijn op de overgang van een onderneming in de publieke sector, mits daarbij sprake is van de

overgang van een economische activiteit. De richtlijn beoogt immers werknemers te beschermen tegen ongunstige gevolgen van economische ontwikkelingen op nationaal en Europees gebied. Het Hof bevestigde en verduidelijkte dit in het arrest Henke (HvJ EG 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 464 en *JAR* 1996/254), waarin hij overwoog dat de richtlijn niet van toepassing is op de reorganisatie van de structuur van openbare lichamen of de overgang van bestuurstaken tussen openbare lichamen omdat daarbij geen economisch doel wordt nagestreefd.

Naar het oordeel van het Hof valt de overgang van het ATH-personeel naar de staat in het kader van de reorganisatie van het Italiaanse overheidsapparaat onder de toepassing van de richtlijn omdat de werkzaamheden van het ATH-personeel een economisch karakter hebben, hiermee een eigen doelstelling werd nagestreefd en het ATH-personeel een entiteit vormde die relatief vrij en onafhankelijk haar taken kon organiseren en uitvoeren. Dat in het kader van de indiensttreding van het ATH-personeel bij de staat geen activa zijn overgedragen maakt dit naar het oordeel van het Hof niet anders omdat de werkzaamheden van het ATH-personeel worden verricht zonder dat daarbij activa van betekenis worden gebruikt. Uit het arrest blijkt niet op basis van welke rechtsverhouding – een arbeidsovereenkomst, ambtelijke aanstelling of andersoortige arbeidsverhouding of -betrekking – het ATH-personeel in dienst was bij de lagere overheden. Dat is wel van belang omdat uitsluitend personen die in de betrokken lidstaat op grond van de nationale arbeidswetgeving als werknemer bescherming genieten een beroep kunnen doen op de bescherming van de richtlijn (zie o.a. HvJ EG 11 juli 1985, *NJ* 1988/907 (Mikkelsen) en HvJ EG 10 december 1998, zaken 9-173/96 en C-247/97 (Hidalgo e.a.)). Deze arresten werden gecodificeerd in respectievelijk art. 1 lid 1 sub c en art. 2 lid 1 sub d van de richtlijn. Het Hof neemt aan dat het ATH-personeel krachtens de Italiaanse arbeidswetgeving als werknemers bescherming geniet, omdat uit de verwijzingsbeschikking van de Italiaanse rechter blijkt dat het ATH-personeel is onderworpen aan het commune arbeidsrecht zoals geregeld in de Italiaanse ‘codice civile’. Indien deze zaak in een Nederlandse context had gespeeld, was voor de vraag of dit personeel een beroep kon doen op de bescherming van de richtlijn van belang geweest of de werkzaamheden werden verricht op basis van een arbeidsovereenkomst met een publiekrechtelijk lichaam dan wel een (ambtelijke) aanstelling bij de lagere overheid. In afwijking van art. 7:615 BW bepaalt art. 7:662 lid 1 BW namelijk dat de art. 7:662 e.v. BW eveneens van toepassing zijn op werknemers met een arbeidsovereenkomst met een publiekrechtelijk lichaam. Op basis van de Nederlandse arbeidswetgeving kunnen deze arbeidscontracten, anders dan ambtenaren die op grond van een aanstelling in dienst zijn bij het publiekrechtelijke lichaam, een beroep doen op de art. 7:662 e.v. BW.

4. Anciënniteit en overgang van onderneming

De anciënniteit van de werknemer is op verschillende wijzen van belang voor de werknemer. In het Nederlandse arbeidsrecht speelt de anciënniteit een rol bij de opbouw van ontslagbescherming door de werknemer, de hoogte van de ontslagvergoeding en, zoals aan de orde in deze Italiaanse zaak, bij het in aanmerking komen voor een salaristrap of salarisschaal in een cao. In de literatuur werd lange tijd aangenomen dat ook de rechten verbonden aan de door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit mee overgingen naar de verkrijger (zie o.a. W.J.P.M. Fase, ‘De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers’, *SMA* 1983/6, p. 355; H. Pasman, ‘Rechtspositie werknemers bij overgang van een onderneming’, in: H. Pasman, G.M.F. Snijders en W.J.M. van Andel (red.), *Overnemen, een hele onderneming*, Deventer: Kluwer 1998, p. 29; R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Kluwer: Deventer 2000, p. 67-69). In het arrest Collino (HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225) heeft het Hof hierin echter enige nuanceringen aangebracht. In dit arrest legde (eveneens) een Italiaanse rechter prejudiciële vragen voor aan het Hof naar aanleiding van de privatisering van een overheidsdienst die belast was met het beheer van telecommunicatievoorzieningen. Het Hof werd gevraagd of art. 3 lid 1 van de richtlijn zo moest worden uitgelegd ‘dat de verkrijger bij de berekening van de financiële rechten die bij hem aan de anciënniteit van de werknemer worden verbonden, zoals een vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst of salarisverhogingen, alle jaren moet meetellen die het overgedragen personeel, zowel in dienst bij hemzelf als bij de vervreemder, heeft vervuld’. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend maar overwoog daarbij dat de anciënniteit die de overgegane werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd, op zich geen recht is dat overgaat en bij de verkrijger geldend kan worden gemaakt. Nu echter de anciënniteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemers en, zo overwoog het Hof, deze financiële rechten krachtens art. 3 van de richtlijn overgaan, dient de verkrijger deze financiële rechten op dezelfde voet als de vervreemder te handhaven. Dat impliceerde naar het oordeel van het Hof dat de verkrijger bij de berekening van de rechten van financiële aard, zoals ‘een vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst of salarisverhogingen’, gehouden was de dienstjaren die de overgegane werknemers bij de vervreemder hadden vervuld mee te tellen. Het Hof benadrukte dat in deze situatie de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit alleen moet worden meegeteld door de verkrijger, indien deze (in het geval de werknemer nog steeds in dienst zou zijn geweest van de vervreemder) ook door de vervreemder in aanmerking had moeten worden genomen op grond van de arbeidsovereenkomst met de werknemer.

5. Verkrijger neemt anciënniteit in acht wanneer deze van belang is bij bezoldiging en werknemer anders een wezenlijk salarisverlies zou lijden

In de voor de staat geldende cao voor de onderwijssector was de bezoldiging voor een groot deel gebaseerd op anciënniteit, terwijl de cao voor de sectorregio’s en lokale overheden een andere bezoldigingsstructuur hanteerde die rekening hield met de functie van de werknemer en die salaristoeslagen kende. Bij het toepassen van de cao voor de onderwijssector op het overgegane ATH-personeel erkende de staat niet de gehele anciënniteit maar berekende hij voor elk ATH-personeelslid een fictieve anciënniteit die doorslaggevend was voor de beloning die vanaf dat moment voor het overgegane ATH-personeel ging gelden. Omdat de taken van het overgegane ATH-personeel (vrijwel) dezelfde waren geweest als de taken van het ATH-personeel dat reeds in dienst was bij de staat, merkte het Hof de anciënniteit van het overgegane ATH-personeel aan als gelijkwaardig aan de anciënniteit van het ATH-personeel dat reeds vóór de overgang van het (andere) ATH-personeel in dienst was bij de staat. In deze omstandigheden acht het Hof het in strijd met de doelstelling van de richtlijn met deze anciënniteit geen rekening te houden voor zover dit nodig is

voor de handhaving, bij benadering, van het salaris dat deze werknemers bij de vervreemder ontvingen. Die doelstelling van de richtlijn bestaat erin, zo herhaalt het Hof als eerder overwogen in de arresten D'Urso e.a. (HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168), Celtec (HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205) en recentelijk nog in het arrest Briot (HvJ EU 15 september 2010, *JAR* 2011/32), te verhinderen dat de bij de overgang van de onderneming betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. Op deze grond moet de verkrijger bij de toepassing van de bij hem geldende cao rekening houden met de door de overgegane werknemers bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit bij de bepaling van hun aanvankelijke salaristrap. Hiermee bevestigt het Hof zijn oordeel in het arrest Collino dat de door de werknemer opgebouwde anciënniteit op zich geen recht is dat hij bij de verkrijger geldend kan maken. Bij de toepassing van een bij hem geldende cao hoeft de verkrijger de door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit slechts in acht te nemen wanneer (1) in de cao van de verkrijger de voorwaarden voor beloning voornamelijk zijn gekoppeld aan de anciënniteit van de werknemer en (2) de overgaande werknemers in vergelijking met hun salaris onmiddellijk voorafgaande aan de overgang een wezenlijk salarisverlies zouden lijden wanneer bij de bepaling van hun aanvankelijke salaristrap bij de verkrijger geen rekening zou worden gehouden met de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit.

6. Uitsluitend overgaan van aan anciënniteit verbonden financiële rechten leidt tot nadelige gevolgen voor (overgegane) werknemers

Het opnieuw in het Scattolon-arrest bevestigde oordeel van het Hof, dat de door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit niet onverkort geldend kan worden gemaakt tegenover de verkrijger en uitsluitend de aan de anciënniteit verbonden financiële rechten overgaan, kan nadelige gevolgen hebben voor de positie van de overgaande werknemer. Dit zou aan de orde zijn wanneer de werknemer door de overgang sneller in aanmerking komt voor ontslag, omdat in zijn geval bij de berekening van de ontslagvolgorde wordt aangeknoopt bij het tijdstip van de overgang van zijn arbeidsovereenkomst in plaats van bij de datum waarop hij destijds bij de vervreemder in dienst trad. Werknemers die reeds voor de overgang in dienst waren bij de verkrijger, verkeren dan in een gunstigere positie dan de overgegane werknemers, zij het dat zij niet beschermd worden tegen ontslag wegens overgang van onderneming (art. 7:670 lid 8 BW). Als dit ontzien van de werknemers die voor de overgang reeds in dienst waren bij de verkrijger al een rechtvaardiging zou zijn voor het niet mee overgaan van de anciënniteit als zodanig, maar slechts in financiële zin, dan ontbreekt daarvoor elk aanknopingspunt in de richtlijn. Integendeel, het artikel uit het voorstel voor de latere 'fusierichtlijn' (Richtlijn 78/855/EEG van 9 oktober 1978) waarin de overgang van werknemers bij fusie werd geregeld, bepaalde dat de werknemer na de overgang de door hem opgebouwde anciënniteit behield en de rechtsgevolgen van deze anciënniteit werden bepaald door de arbeidsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Dit artikel werd uit het voorstel voor de fusierichtlijn gelicht en vormde de basis voor Richtlijn 77/187/EG. Een onderscheid tussen de opgebouwde anciënniteit en de daarop gebaseerde financiële rechten werd destijds dus niet gemaakt.

Het oordeel van het Hof, dat uitsluitend de aan de door de werknemer opgebouwde anciënniteit verbonden financiële rechten overgaan, kan voorts tot nadelige gevolgen leiden voor zowel de overgegane werknemers als voor de werknemers die voor de overgang reeds in dienst waren bij de verkrijger. Waren de overgegane werknemers veel langer in dienst geweest van de vervreemder dan de werknemers van de verkrijger in dienst zijn bij de verkrijger, dan komen de overgegane werknemers bij een collectief ontslag weliswaar sneller in aanmerking voor ontslag, maar dient de verkrijger bij de berekening van de ontslagvergoedingen van deze werknemers wel rekening te houden met de dienstjaren bij de vervreemder. De verplichting tot het betalen van de hieraan verbonden aanzienlijke ontslagvergoedingen zou de verkrijger van reorganisatie van de onderneming kunnen weerhouden, hetgeen een bedreiging zou kunnen vormen voor het voortbestaan van de onderneming als zodanig (zie ook R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008). Wellicht heeft het UWV WERKbedrijf er op deze grond voor gekozen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel uit art. 4:2 Ontslagbesluit de door de werknemer opgebouwde dienstjaren bij de vervreemder wel mee te tellen bij de bepaling van de duur van het dienstverband bij de verkrijger (zie Beleidsregels Ontslagtaak UWV, december 2009, Hoofdstuk 24-8).

Een andere vraag is wat bij de overgang van de arbeidsovereenkomst gebeurt met de opzegtermijn voor de werkgever, ingeval bij de vervreemder de wettelijke opzegtermijn van art. 7:672 lid 2 BW gold. Wordt deze vanaf het moment van overgang weer één maand voor beide partijen en ontvangt de werknemer dan bij opzegging door de verkrijger het loon over het verschil tussen de vóór de overgang en de ná de overgang voor de werkgever geldende opzegtermijn? Ik denk het niet. De in mijn voorbeeld door partijen in acht te nemen opzegtermijn vloeit weliswaar voort uit de wet, maar is een op het moment van de overgang bestaande, concrete arbeidsvoorwaarde. Daarnaast staat tegenover het recht op loon gedurende de opzegtermijn de verplichting van de werknemer om de (bedongen) werkzaamheden te verrichten, waardoor van een aan de anciënniteit verbonden financieel recht geen sprake is.

7. Overgang van uit een cao voortvloeiende rechten en verplichtingen

Het Hof herhaalt zijn overwegingen in het arrest Collino in het Scattolon-arrest, maar betrekt daarbij tevens art. 3 lid 2 van Richtlijn 77/187/EG (art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23/EG). Hierin is bepaald dat de verkrijger de in een cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate moet handhaven als de vervreemder daartoe verplicht was geweest tot het tijdstip waarop de cao wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere cao in werking treedt of wordt toegepast. Deze laatste situatie was aan de orde in het arrest Scattolon. Op grond van het bij ministerieel besluit goedgekeurde akkoord tussen de vertegenwoordiging van overheidsorganen en de vakbonden was met ingang van het tijdstip van overgang de cao voor de sectorregio's en lokale overheden niet meer van toepassing op het overgaande ATH-personeel en werd op hen vanaf dat moment de bij de staat geldende cao voor de onderwijssector van toepassing. Hoewel op grond van de hiervoor aangehaalde bepaling uit de richtlijn de arbeidsvoorwaarden van de overgaande werknemers kunnen worden aangepast aan die bij de verkrijger, maakt het Hof daarbij wel de kanttekening

dat gebruikmaking van deze mogelijkheid (de bij de vervreemder geldende cao met onmiddellijke werking te vervangen door de bij de verkrijger geldende cao) niet als doelstelling of gevolg mag hebben dat aan de overgegane werknemers arbeidsvoorwaarden worden opgelegd 'die globaal minder gunstig zijn dan de voorwaarden die vóór de overgang van toepassing waren'. Anders zou de beschermende werking van de richtlijn worden ondergraven in sectoren waarin arbeidsvoorwaarden in cao's worden vastgesteld, zo overweegt het Hof. Dit vind ik een opmerkelijke overweging. Deze overweging komt niet voor in het arrest Juuri (HvJ EG 27 november 2008, *JAR* 2009/20). In dit arrest liep de cao van de vervreemder af op het tijdstip van de overgang, terwijl in het Scattolon-arrest de arbeidsvoorwaarden uit de door de vervreemder toegepaste cao krachtens een bij ministerieel besluit goedgekeurd akkoord met de vakbonden op het tijdstip van de overgang werden vervangen door de arbeidsvoorwaarden uit de door de verkrijger toegepaste cao. In het arrest Juuri overwoog het Hof dat art. 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23/EG er niet toe verplicht dat wordt gewaarborgd dat de met de vervreemder overeengekomen arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd tot na het tijdstip waarop de cao afloopt, ook al valt dit tijdstip samen met dat van de overgang van de onderneming. Wanneer de cao van de vervreemder eindigt (of is geëindigd) op het tijdstip van de overgang, speelt dus volgens het Hof geen rol de omstandigheid dat de na dat tijdstip op de overgaande werknemers van toepassing zijnde cao van de verkrijger door de bank genomen minder gunstig is, terwijl dit wel van belang is wanneer op grond van een akkoord met de vakbonden de cao van de vervreemder met ingang van het tijdstip van overgang wordt vervangen door de cao van de verkrijger. Praktisch gezien vind ik dit onderscheid moeilijk te verdedigen.

Art. 3 lid 2 van Richtlijn 77/187/EG werd door Nederland geïmplementeerd in art. 14a WCAO en art. 2a WAVV. Op grond van deze bepalingen is de verkrijger verplicht de in de cao van de vervreemder opgenomen arbeidsvoorwaarden na te leven tegenover de overgegane werknemers. Als gevolg van het Nederlandse cao-recht, alsmede de wijze waarop deze bepaling uit de richtlijn door Nederland werd geïmplementeerd, is een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden in die zin dat vanaf het tijdstip van overgang uitsluitend de op dat moment reeds geldende cao van de verkrijger van toepassing is op de overgaande werknemers niet mogelijk. Op grond van art. 14a WCAO en art. 2a WAVV eindigt de gebondenheid van de verkrijger aan de cao van de vervreemder ofwel op het tijdstip waarop die cao afloopt, ofwel wanneer de verkrijger gebonden wordt aan een na de overgang tot stand gekomen of algemeen verbindend verklaarde cao. Los daarvan is op grond van het Nederlandse cao-recht een volledige vervanging van de cao van de vervreemder door een cao van de verkrijger – zoals het uitgangspunt vormt van art. 3 lid 2 van Richtlijn 77/187/EG – problematisch, omdat de cao nawerking heeft en de arbeidsvoorwaarden uit de cao, al dan niet door middel van een incorporatiebeding, deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer. Voor analyses van de problemen die op grond van het Nederlandse cao-recht (kunnen) ontstaan bij de overgang van de uit de cao voortvloeiende rechten en verplichtingen verwijs ik naar bijdragen van J.H. Even (*TAP*-special overgang van onderneming, oktober 2009), L.G. Verburg (*TAP* 2010/3) en R.M. Beltzer (*ARBAC/Academie voor Arbeidsrecht*, juli-september 2011). Voor de Nederlandse praktijk acht ik wel van belang wat het Hof in r.o. 77 van het Scattalon-arrest overweegt. Ik doel hier op de situatie waarin de vervreemder is gebonden aan cao I en de verkrijger aan cao II en de vraag of de overgegane werknemer, terwijl de verkrijger op grond van art. 14a WCAO cao I op hen toepast, een beroep kan doen op gunstigere bepalingen uit de bij de verkrijger geldende cao II. Het Hof overweegt in voormelde r.o. dat de richtlijn 'niet met succes (kan) worden ingeroepen met het oog op een verbetering van de bezoldigingsvoorwaarden of van andere arbeidsvoorwaarden naar aanleiding van de overgang van een onderneming', alsmede dat 'deze richtlijn (er) echter uitsluitend op (ziet) te vermijden dat werknemers uitsluitend op grond van de overgang naar een andere werkgever in een minder gunstige positie dan voorheen terechtkomen'. Het beroep op gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de bij de verkrijger geldende cao in de hiervoor beschreven situatie is echter gebaseerd op het Nederlandse cao-recht en een gevolg van de combinatie van het Nederlandse cao-recht en de richtlijn. Hoewel het de lidstaten is toegestaan ten gunste van de werknemer af te wijken bij de toepassing van de richtlijn, is deze onbedoelde consequentie van de combinatie van het Nederlandse cao-recht en de richtlijn mijns inziens in strijd met de aan de richtlijn ten grondslag liggende ratio. De overwegingen van het Hof in het Scattalon-arrest, dat het niet strookt met de door de richtlijn beoogde bescherming wanneer de werknemer zich als gevolg van de overgang kan beroepen op betere arbeidsvoorwaarden en dat de richtlijn uitsluitend beoogt te vermijden dat werknemers als gevolg van de overgang naar een andere werkgever in een minder gunstige positie dan voorheen terechtkomen, vormen naar mijn mening voldoende aanleiding de WCAO bij overgang van onderneming aldus uit te leggen dat een beroep door de overgegane werknemer op gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de cao van de verkrijger niet mogelijk is, wanneer deze op grond van art. 14a WCAO verplicht is de cao van de vervreemder op hem toe te passen.