Mr. R.M. Beltzer

1. **Overgang van onderneming**

Nogmaals: het werknemersbegrip - wie gaat over?

In de **JAR Verklaard** van september 2005 stelde ik naar aanleiding van een uitspraak van de Haagse kantonrechter (**JAR 2005/63**), dat de regel bij overgang van onderneming is, dat een werknemer op het moment van overgang in dienst moet zijn bij de onderneming die overgaat als hij aanspraak wil maken op de bescherming die de artikelen 7:662 e.v. BW bieden. Dit brengt mee, dat indien een werknemer gedetacheerd is door de moedermaatschappij, maar de dochtermaatschappij waar hij feitelijk werkt overgaat, hij niet mee overgaat, maar in dienst blijft bij de moeder die eventueel voor hem binnen het concern ander werk zal moeten vinden of, in het geval dat niet gevonden kan worden, tot ontslag zal moeten overgaan.
In afwijking hiervan oordeelde de kantonrechter te Utrecht in de zaak tussen FNV en werknemer Roest enerzijds en AlbronCatering BV anderzijds dat de werknemers in dienst van Heineken Nederlands Beheer BV, die gedetacheerd waren bij een dochtermaatschappij, Heineken Nederland BV, rechten konden ontlenen aan de regeling met betrekking tot van overgang van onderneming (de artikelen 7:662 e.v.) toen de cateringactiviteiten van de dochter overgingen naar Albron Beheer BV (**JAR 2006/80**). De kantonrechter doorbreekt hiermee het door zijn Haagse collega wel in acht genomen vereiste dat de werknemer een arbeidsovereenkomst moet hebben bij de onderneming van de werkgever die overdraagt: de werknemers waren immers in casu in dienst van de moedermaatschappij die zélf geen voorwerp van overgang was, dat was immers de dochtermaatschappij, waar slechts gedetacheerde werknemers werkten. Ter ondersteuning van zijn opvatting verwees de Utrechtse kantonrechter naar rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, in het bijzonder het arrest Botzen (HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902), waaruit hij – geparafraseerd - afleidde dat (hoewel de casus anders was dan de voorliggende casus), de feitelijke band tussen onderneming en werknemer belangrijker is dan de formele band van de arbeidsovereenkomst.
De uitspraak verdient extra aandacht, omdat zij grote gevolgen kan hebben voor de praktijk. Veel concerns maken immers gebruik van de mogelijkheid alle werknemers

bij één rechtspersoon in dienst te laten zijn en deze werknemers vervolgens te detacheren naar de dochter- annex werkmaatschappijen. De uitspraak van de kantonrechter dat deze gedetacheerde werknemers niettemin overgaan op grond van overgang van onderneming, staat op gespannen voet met zaken als Heidemij (Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619) en Allen (HvJEG 2 december 1999, **JAR 2000/31**). Zie ook Ktr. Rotterdam 9 februari 2000 (**JAR 2000/143)**, waarin een gedetacheerde manager niet mee overging, omdat hij niet bij de overgedragen onderneming in dienst was. In deze zaken werd uitgegaan van een formeel werknemersbegrip: de werknemer moet in dienst zijn van de onderneming die wordt overgedragen, anders gaat hij niet mee over. Dit begrip staat los van het door de kantonrechter aangehaalde materiële werknemersbegrip uit het arrest Botzen en het HR-arrest Memedovic (HR 11 februari 2005, **JAR 2005/67**). Dat laatste begrip speelt, in mijn optiek, een rol indien moet worden vastgesteld welke werknemers behoren bij het over te dragen *onderdeel* van de onderneming, waarbij alle werknemers in dienst zijn van dezelfde werkgever annex onderneming – en dus het formele werknemersbegrip geen uitkomst biedt. De vraag is of de rechter in de huidige casus niettemin het materiële werknemersbegrip hanteert, waar het formele aangewezen is (ook al ziet hij het verschil tussen die twee, zie r.o. 4.2.1). In feite ontkoppelt de kantonrechter de begrippen "werkgever" en "vervreemder", waarbij de laatste een ruimere definitie krijgt dan de eerste.

Aan de uitleg van de kantonrechter kleven ook principiëlere bezwaren. Een ontkoppeling tussen werkgever (Heineken Nederlands Beheer) en vervreemder (Heineken Nederland) in art. 7:663 BW verhoudt zich zeer matig tot andere onderdelen van het arbeidsrecht. Te wijzen is op de uitzendconstructie waar de wetgever een duidelijke keuze heeft gemaakt voor werkgeverschap van het uitzendbureau (art. 7:690 BW), ook al heeft deze werkgever feitelijk weinig te zeggen over wat zijn uitgezonden werknemers doen – daarvoor staat hij te veel op afstand. De kantonrechter houdt de uitzendrelatie erbuiten (zie r.o. 4.2.2) door (impliciet) te wijzen op het feit dat, in tegenstelling tot bij de moeder/dochterrelatie zoals in deze zaak, geen exclusieve relatie bestaat tussen uitzendbureau en inlener: daar dienen vervreemder en werkgever dus wel te worden gekoppeld, met als gevolg dat indien de onderneming van de inlener annex vervreemder overgaat, de uitzendkrachten niet mee overgaan, maar terugvloeien naar hun werkgever, het uitzendbureau. Bezwaar is dat dit element van exclusiviteit blijkbaar in art. 7:663 BW – althans, de

lezing van dat artikel door de kantonrechter – moet worden gelezen. Maar hoe stellen we die exclusiviteit vast? Ook bij permanente detachering weigert de rechtspraak vooralsnog aan te nemen dat door tijdsverloop een voor het arbeidsrecht relevante relatie met de inlener ontstaat (afgezien van enkele uitzonderingen als art. 7:658 lid 4 BW). Zou deze inlener dan wel de niet met hem gesloten arbeidsovereenkomst kunnen overdragen? Van belang zijn hier uitspraken van de Centrale Raad van Beroep uit 2001 en 2002 (22 februari 2001, *TAR* 2002, 77 en 31 januari 2002, *TAR* 2002, 89), waarin is bepaald dat de permanent gedetacheerde ambtenaar niet zijn ambtenarenstatus verliest. Voor de Hoge Raad is te wijzen op de zaak ABN Amro/Mahli (**JAR 2002/100**), waarin is bevestigd dat de eigen werkgever uiteindelijk degene is die beschikt over de arbeidsrelatie. De inlener vermag dat niet. Deze opvatting, die erop neerkomt dat de werkgever degene is die beschikt en die aansprakelijk is, verhoudt zich lastig met de gedachte dat binnen concerns de dochtermaatschappij niet met haar gesloten arbeidsovereenkomsten zou mogen overdragen door wat in feite een oprekking van art. 7:663 BW is. Ten slotte: stel dat de werknemer weigert mee over te gaan, is hij dan ook, zoals vaste rechtspraak is, van rechtswege zijn baan kwijt? Men bedenke dat hij bij de moeder in dienst is en niet bij de overgedragen onderneming.

Voorts bestaat een probleem met het ondernemingsbegrip, zoals dat door het Hof van Justitie is vormgegeven in arresten als Süzen (HvJEG 11 maart 1997, **JAR 1997/91**), Finse Busmaatschappijen (HvJEG 25 januari 2001, **JAR 2001/68**) en Sodexho (HvJEG 6 november 2003, **JAR 2003/298**). De vraag is of de onderneming in casu haar identiteit heeft behouden. Daartoe dienen ofwel materiële activa van betekenis te worden overgenomen, ofwel een wezenlijk deel van het personeel dat speciaal voor deze taak was ingezet in dienst te worden genomen. Welke van de twee het belangrijkste is, hangt af van de aard van de onderneming. Het gaat hier om de overgang van een cateringactiviteit, voor welke activiteit volgens het EG-Hof van Justitie "heel wat uitrusting" noodzakelijk is (zie arrest Sodexho). De vraag is of Albron materiële activa van betekenis heeft overgenomen. Zo niet, dan is dat een belangrijke aanwijzing dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. De rechter laat dit element geheel buiten beschouwing.

Ten slotte is erop te wijzen dat werknemer Roest akkoord was gegaan met ontslag. Dat verhoudt zich slecht tot de gedachte dat hij niettemin is overgegaan op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW. De vraag is of zijn ontslag "ondubbelzinnig" is

geschied. Dat lijkt immers wel een voorwaarde voor het onthouden van een beroep op de artikelen 7:662 e.v. BW (HR 26 mei 2000, **JAR 2000/152**). Tegen het vonnis is hoger beroep ingesteld.

Onderneming: het overnemen van activa

Wil sprake zijn van overgang van onderneming, dan dient een oordeel te worden gegeven over de vraag of een "lopend bedrijf" is overgegaan, aldus vaste rechtspraak van het Europese Hof. Één van de daarbij van belang zijnde factoren is of materiële activa van betekenis zijn overgedragen. In sommige sectoren – zoals personenvervoer – is dat belangrijker dan in andere sectoren – zoals schoonmaakwerkzaamheden die veeleer arbeidsintensief dan kapitaalintensief zijn. In de zaak Güney-Görres/Securicor (HvJEG 15 december 2005, **JAR 2006/19**) diende het Hof te oordelen over de vraag wat onder "overdracht van materiële activa" kan worden verstaan. Volgens Duits recht was het zo, dat van een dergelijke overdracht slechts sprake kon zijn indien de verkrijger de overgedragen activa voor eigen rekening zou gebruiken. In casu was daarvan geen sprake: de overgedragen beveiligingsapparatuur (het ging om een contractwisseling in de bewakingsbranche) werd de verkrijger slechts ter beschikking gesteld en beleef eigendom van de Duitse Staat. Het Hof oordeelt dat in de richtlijn niet de eis valt te lezen dat de verkrijger de overgedragen bedrijfsmiddelen voor eigen rekening zal gebruiken. Een dergelijk oordeel van het Hof viel in feite al te lezen in het arrest Abler/Sodexho (HvJEG 6 november 2003, **JAR 2003/298)**. Waar het om gaat, is dat de verkrijger de beschikking krijgt over de bedrijfsmiddelen en hij hiermee de onderneming in feite voortzet. De bedrijfsmiddelen behoeven dus niet zijn eigendom te worden: hij kan evenzeer pachter, huurder, vruchtgebruiker of bruiklener zijn.
In de zaak Abler/Sodexho ging het om de overdracht van cateringsactiviteiten. Deze zaak is uitvoerig besproken in **JAR Verklaard** december 2003-april 2004. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie ten aanzien van cateringactiviteiten in een ziekenhuis dat deze niet tot de arbeidsintensieve sector behoren, nu voor catering "heel wat uitrusting noodzakelijk is", zoals in casu ruimten, water, energie en keukenuitrusting. Nu had de verkrijger die ook overgenomen, dus was sprake van een overgang van onderneming. Wellicht kende de Amsterdamse voorzieningenrechter deze uitspraak niet (hij noemt hem immers nergens), wellicht

interpreteert hij deze uitspraak op een wijze die niet direct in de Europese uitspraak te vinden is. In een zeer vergelijkbare casus – de overdracht van cateringactiviteiten vanuit dezelfde locatie - oordeelde deze voorzieningenrechter dat geen sprake was van een overgang van onderneming. De verkrijger maakte gebruik van dezelfde ruimte, dezelfde keukenuitrusting en overige inventaris als zijn voorganger. De aard van de diensten (catering verzorgen) en de klantenkring (her personeel van de onderneming die de opdracht had verstrekt) waren dezelfde als voorheen. Interessant is hetgeen de kantonrechter hieromtrent overweegt: "Bovenbedoelde omstandigheden zijn aanwezig bij de meeste, zo niet bij vrijwel elke overgang van een cateringscontract ten behoeve van een bedrijfskantine of soortgelijke instelling. Aan die omstandigheden kan daarom minder onderscheidend vermogen worden toegekend dan aan andere omstandigheden. Voor de beoordeling van het al dan niet behouden van de identiteit van de cateringonderneming komt derhalve meer gewicht toe aan andere omstandigheden, zoals de samenstelling en variëteit van de gevoerde producten, de wijze van bereiding daarvan, de aankleding van de kantine en de presentatie van de eetwaren, en de (financiële) bedrijfsvoering." De voorzieningenrechter hecht vervolgens een groot belang aan zeer feitelijke omstandigheden, zoals het feit dat de verkrijger een andere productiewijze had dan zijn voorganger (met name omdat de warme maaltijden niet meer zoals voorheen ter plaatse werden bereid), hij een ander, eigen menusysteem had, en dat hij eigen producten had die onderscheidend zijn van die van vervreemder, "met name ten aanzien van de warme maaltijden, dagsnacks, fruitsalades en soepen" en het feit dat de inrichting en presentatie duidelijk anders waren, "met name waar het betreft de kamerschermen met aankondigingen, presentatiemateriaal, saladebar en materialen daarbij." Dit brengt mee dat gerede twijfel bestaat of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. De kantonrechter weigert dus de werknemer die stelt te zijn overgegaan naar de nieuwe cateraar een argument in de schoot te werpen door te stellen dat de voor en na overgang verrichte activiteiten, alsmede de klantenkring dezelfde zijn gebleven. Iets soortgelijks deed de Hoge Raad in het arrest Verbeek/Process House (HR 10 december 2004, **JAR 2005/13,** behandeld in **JAR Verklaard** 22 september 2005) toen hij het oordeel van de rechtbank bevestigde, inhoudende dat het belang dat moet worden gehecht aan het feit dat de voor en na overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen – in het algemeen een aanwijzing dat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden – "op nihil"

moet worden gesteld indien vervreemder en verkrijger in hetzelfde marktsegment opereren.

Onderneming: het overnemen van personeel

Een steeds terugkerende vraag is het gewicht dat moet worden toegekend aan het feit dat de verkrijger (een wezenlijk van het) personeel van de verkrijger heeft overgenomen. In arbeidsintensieve sectoren is het al dan niet overnemen van een wezenlijk deel van het personeel de belangrijkste onderzoeksvraag om te kunnen vaststellen of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, zo blijkt uit een reeks arresten van het Europese Hof (zie o.a. HvJEG 24 januari 2002, **JAR 2002/47** en 6 november 2003, **JAR 2003/298**), alsook uit Nederlandse rechtspraak (Gerechtshof Den Bosch van 7 september 2004, **JAR 2004/275** en Rb. Utrecht 18 november 2005, **JAR 2006/8**). Door de nadruk op het overnemen van personeel, ontstaat de bijzondere situatie dat de vervreemder het in eigen hand kan houden of de overname een overgang van onderneming bewerkstelligt: bevindt de onderneming zich in de arbeidsintensieve sector en wil hij niet al het personeel van de vervreemder in dienst krijgen, dan dient de verkrijger geen wezenlijk deel van het personeel over te nemen. Doet hij dat wel, dan is het gevolg dat ál het personeel mee overgaat. Een tussenweg is er immers niet: iedereen gaat op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW mee, óf niemand gaat ingevolge die artikelen mee. Bij het vaststellen van sommige cao's is dit gevolg niet goed overdacht. Zo bepaalt art. 40 van de cao voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf dat de verkrijger van een opdracht verplicht is een deel van het personeel over te nemen; een deel dat in de meeste gevallen als "wezenlijk" kan worden gekwalificeerd in de betekenis die het Europese Hof daaraan toekent. De cao-bepaling fungeert zo als *trigger* voor overname van al het personeel, zoals ook blijkt uit voornoemde uitspraken van het Gerechtshof en de Rechtbank. De Assense kantonrechter ging dit te ver: hij oordeelde dat een overname van personeel die slechts voortvloeit uit een cao er op zichzelf niet toe kan leiden dat als gevolg daarvan moet worden gesproken van een overgang van onderneming omdat een georganiseerd geheel van werknemers, aan te merken als een economische eenheid overgaat (Ktr. Assen 1 augustus 2005, **JAR 2005/276**). De vraag is of de kantonrechter hiermee niet in strijd handelt met de richtlijn overgang van ondernemingen.

Overgang van incorporatiebedingen

Het belangrijkste rechtsgevolg van overgang van onderneming is het behoud van alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Hieronder vallen ook cao-bepalingen. De verkrijger van de onderneming zal op grond van art. 14a Wet cao, of in geval van een algemeen verbindende verklaarde cao, art. 2a Wet avv, de cao-bepalingen van de verkrijger moeten respecteren ten aanzien van het overgenomen personeel. Die binding eindigt als de cao afloopt (al kan de cao nawerken) of als de verkrijger na de overgang zelf aan een cao (algemeen verbindend verklaard of niet) wordt gebonden. De artikelen 14a en 2a bieden zo een zeker evenwicht: de werknemers behouden hun rechten, maar niet langer dan 'nodig' om de verkrijger niet te lang met het ongemak van toepassing van verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten op te zadelen. De artikelen zijn gebaseerd op een vergelijkbare bepaling uit de richtlijn overgang van onderneming (art. 3).
In de zaak Werhof/FTS (HvJEG 9 maart 2006, **JAR 2006/83**) was sprake van overgang van cao-bepalingen. De werknemer, Werhof, had in zijn arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding dat verwees naar de op dat moment voor de vervreemder geldende regeling. Het incorporatiebeding had daarmee een zogenaamd dynamisch karakter: niet alleen de huidige versie van de cao zou van toepassing zijn maar evenzeer toekomstige versies daarvan. Werhof beriep zich erop dat de verkrijger ook na afloop van de cao van de vervreemder gebonden zou zijn aan de nieuwe versie van die cao. Zo bezien zou de binding van de verkrijger nimmer eindigen, tenzij het incorporatiebeding zelf ongedaan zou worden gemaakt. Het Hof wijst op het contractenrecht ten grondslag liggende beginsel van wilsautonomie. Dit beginsel brengt mee, dat in de situatie dat de verkrijger niet gebonden is aan een cao, de bepalingen daaruit overeenkomst in beginsel niet van toepassing zijn. De communautaire wetgever heeft echter bij overgang van onderneming juist een inbreuk op dit beginsel gemaakt om een verslechtering van de positie van de werknemer te voorkomen. Een afwijking hiervan ten nadele van de werknemer is niet toegestaan; de richtlijn is op dit punt dwingend. Het is volgens het Hof echter geenszins de bedoeling 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." 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. De opvatting van Werhof zou een inbreuk opleveren op de vrijheid van vereniging, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen. Kortom, de uitspraak leert ons in één zin dat de verkrijger van de onderneming slechts gebonden is aan cao's zoals die luiden op het moment van overgang, met dien verstande dat de verkrijger geen rekening behoeft te houden met bepalingen die zien op de toepasselijkheid van toekomstige versies van die (of andere collectieve) regelingen. Wat betekent deze uitspraak voor incorporatiebedingen met een "dynamisch" karakter? Er is, dunkt me, geen reden uit de uitspraak van het Hof de conclusie te trekken dat dergelijke bedingen in het kader van een overgang van onderneming (ver)nietig(baar) zijn. Ik houd het erop dat de incorporatiebedingen die bepalen dat op de arbeidsovereenkomst van de werknemer de dan geldende cao zal gelden zó dienen te worden gelezen, dat zij slechts zien op de op het moment van overgang geldende cao. Met andere woorden: slechts het dynamische element vervalt en krijgt een statisch karakter.

2. Cao-recht

Incorporatie

Buiten de zojuist behandelde situatie van overgang van onderneming lijkt volgens Nederlands cao-recht weinig in de weg te staan aan het behoud van het dynamische karakter van incorporatiebedingen. De formulering van een dergelijk beding luistert niet zo nauw, zo blijkt uit rechtspraak. In **JAR Verklaard** december 2003-juni 2004 wees ik reeds op een uitspraak van het Hof Amsterdam, dat de facto overwoog dat indien een werknemer instemt met een CAO, hij geacht wordt met toekomstige versies van die CAO te hebben ingestemd (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'". Verder ging het Haagse Hof (31 maart 2006, **JAR 2006/136**) met de opvatting dat de naam van de cao in het incorporatiebeding niet doorslaggevend is voor toepasselijkheid van een andere, later in de onderneming geldende cao. In deze casus was op de arbeidsovereenkomst van de werknemer eerst een viertal bedrijfs-cao's van toepassing. Het incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst van de werknemer bevatte de naam van het bedrijf, Bornkamp. Op een zeker moment viel Bornkamp onder de algemeen verbindend verklaarde cao Taxivervoer. Hij was tevens aangesloten bij de betreffende werkgeversvereniging en dus "dubbel gebonden". De werknemer, geen lid van een cao-sluitende vakbond, betwistte de toepasselijkheid van deze cao op zijn arbeidsovereenkomst, nu zijn incorporatiebeding niet zo zou mogen worden gelezen dat ook deze cao zou kunnen gelden. Voorts betwistte de werknemer dat hij onder de werkingssfeer van de Taxi-cao viel (anders had zijn eerste verweer immers geen zin). Het hof volgde de werknemer niet in zijn stellingen: niet alleen viel de werknemer volgens het hof wel degelijk onder de werkingssfeer, partijen bij de arbeidsovereenkomst hadden volgens het hof voorts "nooit bedoeld de toepasselijkheid van een cao afhankelijk te maken van de exacte naam. Beslissend was uiteraard of bonden en werkgevers beoogd hadden in de betreffende cao mede de rechtspositie van het personeel van het zittend ziekenvervoer van Bornkamp te regelen." Kortom: de praktijk behoeft zich niet al te zeer te bekommeren om de formulering van een incorporatiebeding, mits men zich er maar steeds rekenschap van geeft of met een betreffende cao is bedoeld de rechtspositie van een zekere groep werknemers te regelen.
Anders wordt het uiteraard indien in het geheel geen incorporatiebeding is opgenomen en de werkgever niettemin een cao op een werknemer wil toepassen. In die situatie kunnen tijdverloop en feitelijke gedragingen van werkgever en werknemer meebrengen dat de cao niettemin geacht moet worden deel uit te maken van de arbeidsovereenkomst. Een voorbeeld daarvan biedt Hof Arnhem 1 november 2005, **JAR 2005/284** (besproken in **JAR Verklaard** 24 februari 2006), al had men in die zaak de cao niet aangemeld. Ook een sociaal plan kan een cao zijn, en er is geen reden voornoemde regel niet evenzeer toepasselijk te achten bij het antwoord op de vraag of een werknemer geacht kan worden aan een sociaal plan te zijn gebonden. De kantonrechter te 's-Hertogenbosch oordeelde dat de werknemer niet gebonden was aan de in een sociaal plan opgenomen regeling dat de werknemer geacht werd zijn vakantie-, compensatie- en roostervrije dagen die het aantal van vijftien te boven

gaan, te hebben opgenomen bij het einde van de arbeidsovereenkomst. De werknemer was geen lid van een vakbond die het sociaal plan had gesloten, zodat hij niet op grond van art. 9 Wet cao gebonden was. Een incorporatiebeding ontbrak. De werkgever beriep zich op het arrest Bulut/ Troost (HR 14 juni 2002, **JAR 2002/165**), stellende dat uit dat arrest kan worden afgeleid dat een afwijking van een wettelijke regeling (in casu van art. 7:638 lid 2 BW) in een cao "redelijk moet worden geacht". Het ging daar echter om de vraag naar de redelijkheid van een afvloeiingsregeling die afweek van de kantonrechtersformule die niet meer is dan een richtlijn, terwijl het in de voorliggende casus ging om een afwijking van driekwart dwingend recht. Voorts zou uit Bollemeijer/TPG (HR 20 december 2002, **JAR 2003/19**) blijken dat de werkgever de ongebonden werknemer ook kan binden aan afwijkingen van driekwart dwingend recht. Groot verschil met de voorliggende casus was volgens het hof dat een incorporatiebeding geheel ontbrak. Met andere woorden: de werkgever probeerde de twee voor hem gunstigste overwegingen uit beide arresten te gebruiken om zijn stellingen te rechtvaardigen, maar het hof ging daarin niet mee. Ten slotte verwierp het hof de stelling dat de werknemer stilzwijgend zou hebben ingestemd. De werknemer had immers uitdrukkelijk geprotesteerd tegen toepasselijkheid van de regeling en had niet geprofiteerd van het sociaal plan. Ronduit gewaagd is de uitspraak van de Voorzieningenrechter Hilversum inzake de geldigheid van een incorporatiebeding indien dit beding ziet op een cao die wordt afgesloten met een kleine vakbond waarvan de werknemer geen lid is (1 februari 2006, **JAR 2006/57**). De uitspraak raakt aan het belangrijke en veelbesproken probleem van de legitimatie van vakbonden om werknemers – al dan niet georganiseerd – te vertegenwoordigen in cao-onderhandelingen. Dat probleem wordt des te dringender indien de cao is afgesloten met een kleine bond die maar weinig werknemers in de betreffende onderneming of bedrijfstak als lid heeft en als het gaat om niet onafhankelijke bonden ("yellow unions"). De voorzieningenrechter oordeelde dat de werknemer in kwestie niet aan de cao gebonden kon worden, ook al had hij een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst staan. Daartoe eiste de rechter dat op zijn minst sprake was van een cao (het ging om de Horeca-cao) waarbij een grote vakbond betrokken was geweest. Het opmerken waard is dat de werknemer in casu lid was van een (grote) vakbond die de cao expliciet had afgewezen en dat het geschil tussen de werknemer en zijn werkgever was ontstaan

door de vraag naar de toepasselijkheid van een cao-bepaling die afweek van driekwart dwingend recht.

Nawerking van algemeen verbindende verklaarde cao-bepalingen

Algemeen verbindend verklaarde bepalingen werken niet na, daar is de Hoge Raad duidelijk in (zie o.a. HR 10 januari 2003, **JAR 2003/38**). Hieraan mag echter niet de conclusie worden verbonden dat na afloop van de termijn van algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen geen rol meer kunnen spelen.
De Hoge Raad heef immers niettemin in twee gevallen uitzonderingen op het principe toegelaten, en wel in de situatie die in de literatuur is omschreven als die van de "verkregen rechten" (het ging in casu om de doorbetaling van een overwerkvergoeding in de periode, gelegen tussen algemeenverbindendverklaringen, zie HR 2 april 1993, **JAR 1993, 100**) en ten aanzien van de werknemer die gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring ziek wordt dan wel al ziek was op het tijdstip van de algemeenverbindendverklaring en dan een op basis van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling recht op loonsuppletie behoudt. Zie HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420 en HR 7 juni 2002, **JAR 2002/154**. Welke constructie ook wordt gekozen, van nawerking in eigenlijke zin is uiteraard geen sprake: op basis van de feiten kon steeds worden geconcludeerd dat de betreffende cao-bepalingen inmiddels, door gedragingen van partijen, deel waren gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Het Hof Arnhem had in zijn uitspraak van 3 november 2004, **JAR 2004/284**, gekozen voor de volgende redenering: weliswaar werken avv-bepalingen niet na, maar het antwoord op de vraag of de werknemer na afloop niettemin recht behield op overwerkvergoedingen hangt af van een beoordeling van het Haviltex-criterium. In casu waren de cao-bepalingen duidelijk geformuleerd, zij waren gedurende langere tijd algemeen verbindend verklaard en de werknemer had jarenlang structureel overwerk verricht. Onder die omstandigheden zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW) als de werknemer geen betaling zou krijgen voor overwerk, verricht in perioden waarin de cao niet algemeen verbindend was verklaard. De kantonrechter te Zwolle (7 februari 2005 en 2 mei 2006, **JAR 2006/129**) volgde een vrijwel identieke redenering. In casu was sprake geweest van enkele perioden van algemeenverbindendverklaring, doch in de tussenliggende perioden

was van enige binding aan een cao geen sprake. De werkgevers in kwestie weigerden daarom aan werkneemster de volgens de inmiddels niet meer geldende cao-bepalingen overwerkvergoedingen te betalen. De kantonrechter stelde de werknemer in het gelijk: het zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn de werkneemster in de tussenliggende, "avv-loze", perioden geen overwerkvergoeding toe te kennen. Opmerkelijk is wel dat de kantonrechter meent dat het op de weg van werkgevers had gelegen te onderbouwen waarom van nawerking géén sprake zou zijn. Mijns inziens geldt het omgekeerde: geen nawerking is de hoofdregel en slechts bijzondere, door de werknemer te stellen en te bewijzen, omstandigheden kunnen dat anders maken.

Gebondenheid aan wijziging pensioenregeling

In **JAR Verklaard** februari 2006 behandelde ik de mogelijkheid een bij cao overeengekomen wijziging in de pensioenregeling toe te passen op gepensioneerden. Op grond van de Wet cao is zulks niet mogelijk, maar indien een dergelijke wijziging de toets van art. 6:248 lid 2 of 6:258 BW (de toets van art. 7:611 BW is bij het ontbreken van een arbeidsovereenkomst uiteraard irrelevant) kan doorstaan, is wijziging niettemin mogelijk. Die toetsen zijn echter zwaar. Daarom is de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam opmerkelijk (20 januari 2006, **JAR 2006/53**); de uitspraak haalde het nieuws. Sinds jaren paste ABN Amro conform de voor deze bank geldende pensioenreglementen jaarlijks een indexering toe op de ingegane pensioenen, gelijk aan de collectieve loonontwikkelingen binnen het bankbedrijf. Vanaf 2003 past de ABN Amro deze gedragslijn aan: de lonen werden verhoogd met 3%, maar de pensioenuitkeringen stegen slechts met de helft: 1,5%. Twee gepensioneerden en de Belangenvereniging Pensioengerechtigden stelden dat deze wijziging niet voor hen gold. Gepensioneerden zijn immers niet gebonden aan cao-wijzigingen die na het einde van hun arbeidsovereenkomst tot stand zijn gekomen. De kantonrechter overweegt dat de pensioenreglementen bepalen dat bij cao wordt bepaald of en in hoeverre pensioenen worden verhoogd. Omdat de gepensioneerden wel gebonden zijn aan deze reglementen, zijn zij daarmee gebonden aan wat in de cao wordt overeengekomen, ook indien die cao's van na het einde van hun arbeidsovereenkomst zijn. Voorts zouden de pensioenreglementen volgens de kantonrechter meebrengen dat voor wijziging geen toestemming van de

rechthebbenden zou zijn vereist. De bescherming van (ex-)werknemers tegen wijziging van hun arbeidsvoorwaarden (of, bij gepensioneerden: hun pensioen, iets anders hebben ze niet), wordt op deze wijze in mijn optiek behoorlijk uitgehold. Ook vindt de kantonrechter het geen probleem dat de bank een bestendige gedragslijn van 25 jaar wijzigt: de gepensioneerden hadden daar rekening mee moeten houden, gezien de bepalingen in de pensioenreglementen, waarin inderdaad een voorbehoud was gemaakt voor het geval het bestuur van het pensioenfonds meende dat de middelen ontoereikend waren of de loonsverhoging "niet in aanmerking" zou komen voor verwerking in de pensioenen. De formulering van dat voorbehoud is in mijn optiek nauwelijks een rechtvaardiging voor de wijziging in deze zaak.