

ANNOTATIE

Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling

R.M. Beltzer

1. Inleiding

Dat in geval van overgang van onderneming tevens op dat moment lopende cao's mee overgaan naar de verkrijger, zal menige arbeidsjurist inmiddels wel weten. Deze regel, opgenomen in artikel 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 inzake overgang van ondernemingen (hierna: de richtlijn) en geïmplementeerd in artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV, heeft al menige pen in beweging gebracht. Het risico een ondernemingsvreemde cao binnen de eigen onderneming te moeten toepassen, eventueel naast de eigen cao, of zelfs twee cao's op een en dezelfde werknemer te moeten toepassen – het probleem van 'botsende' cao's – is een voor de verkrijger weinig aantrekkelijk vooruitzicht, zeker indien men bedenkt dat de overgekomen cao na afloop ervan kan nawerken. Niettemin is het lastig aan dit risico te ontkomen, zoals de Hoge Raad heeft verduidelijkt in zijn arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet (HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38).

Het is onwaarschijnlijk dat de richtlijnwetgever op de hoogte is van de verschillende manieren waarop binnen de – inmiddels – EU-28 is geregeld hoe collectieve arbeidsvoorwaarden de individuele relatie tussen werkgever en werknemer kunnen beïnvloeden. Het systeem van door- en nawerking, zoals dat in Nederland bestaat, is zeker niet de EU-standaard. Zo kent men in België nationale cao's, die in feite de status van wetgeving hebben. In Duitsland is het systeem vergelijkbaar met dat in Nederland (de aartsvader van de cao, Hugo Sinzheimer, stond aan de wieg van de vormgeving van de regeling van de cao in beide landen), maar daar kent men niet het systeem van (langdurige) nawerking. In het Verenigd Koninkrijk roepen cao's zelf in het geheel geen juridische binding in het leven en is een incorporatiebeding noodzakelijk om de collectieve arbeidsvoorwaarden contractuele werking te verschaffen. Uit de zaak-Scattolon (HvJ EU 6 september 2011, *JAR* 2011/262) blijkt dat de Italiaanse wet het mogelijk maakt de eigen cao direct na overgang op het overgekomen personeel toe te passen, met opzijetting van de cao van de vervreemder (zie hierover mijn bijdrage aan *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, 2012/2, p. 55-62: 'Botsende cao's na overgang van onderneming – een blik voorbij Lobith'). Artikel 3 lid 3 van de richtlijn zal daarom in de lidstaten verschillende (interpretatie)vragen oproepen.

In veel EU-landen is het zo dat de cao normatieve werking kent voor vakbondsleden;

niettemin heeft de cao in de praktijk een aanmerkelijk grotere dekking dan het aantal vakbondsleden zou doen vermoeden. De verklaring van deze discrepantie zit in het bestaan van zogenoemde incorporatiebedingen: de werkgever hanteert in de individuele arbeidsovereenkomsten het beding dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door de bij de werkgever geldende cao. Veelal hebben dergelijke bedingen een dynamisch karakter: het beding ziet niet alleen op de bij het sluiten ervan geldende cao, maar ook op opvolgende versies ervan. De Nederlandse rechter treedt de werkgever welwillend tegemoet: zelfs indien nadien een andere cao bij de werkgever gaat gelden, is de rechter geneigd het beding tevens op die cao te laten zien (Hof Den Haag 31 maart 2006, *JAR* 2006/136). Daar valt wat voor te zeggen. De werkgever en de werknemer beogen immers in het algemeen de voor de onderneming dan wel de bedrijfstak gebruikelijke collectieve arbeidsvoorwaarden op hun arbeidsovereenkomst van toepassing te laten zijn. In *Haviltex*-termen: partijen mogen dat van elkaar verwachten op het moment dat zij het beding overeenkomen. Daaruit vloeit voort dat een incorporatiebeding na overgang van onderneming naar Nederlands recht niet de verkrijger het recht geeft diens eigen cao met een beroep op dit eveneens overgegangene beding direct toe te passen op het overgekomen personeel. Díe cao had het personeel immers niet behoeven te verwachten (zeker indien de verkrijger zich in een andere branche beweegt). De *Haviltex*-norm verzet zich tegen een dergelijke, ruime uitleg van het incorporatiebeding (Hof Den Haag 20 januari 2009, *JAR* 2009/72).

2. Het Hof van Justitie en de statische leer: Werhof

De vraag heeft zich voorgedaan of de werknemer zich ten opzichte van de verkrijger kan blijven beroepen op zijn voor de overgang met de vervreemder gesloten incorporatiebeding in die zin, dat tevens na de overgang gesloten cao's waaraan de vervreemder gebonden raakt, de verhouding tussen de werknemer en de verkrijger kunnen beheersen. *Haviltex* of niet: de wet schrijft dwingende overgang van alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst voor en de verkrijger zal zich deze arbeidsovereenkomst simpelweg moeten laten welgevalven (artikel 7:663 BW). Een dergelijke uitkomst zou zich echter lastig verhouden tot de tevens in artikel 3 lid 3 van de richtlijn opgenomen eindigingsgronden: de verkrijger behoeft de cao van de vervreemder niet langer toe te passen indien deze cao afloopt, of indien de verkrijger na de overgang aan een cao gebonden wordt of een cao op het overgekomen personeel toepast. In het Werhof-arrest (HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83) heeft het Hof van Justitie bepaald dat die verplichte gebondenheid inderdaad in ieder geval eindigt indien zich een van deze eindigingsgronden (voor Nederland: zie het tweede lid van respectievelijk artikel 14a Wet CAO en 2a Wet AVV) voordoet. (Zie over deze zaak A.F. Bungener en E. Koot-van der Putte, 'Cao-recht en incorporatie na overgang van onderneming. De positie van de ongebonden werkgever nader beschouwd', *TRA* 2010, 45, 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.) 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 van het Werhof-arrest overwoog:

‘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 [nu: lid 3; RMB], dat beperkingen aanbrengt op het beginsel dat de collectieve overeenkomst waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst toepasselijk is.’

Het Hof oordeelde 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’ (r.o. 29; lees: een overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is geweest).

Ter ondersteuning van zijn stelling wees 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, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen. Daarbij wees het Hof niet alleen op enkele EHRM-uitspraken en op artikel 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. 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 de woorden van A-G Colomer: ‘the referral cannot continue *sine die*’ (overweging 47 van de conclusie bij het arrest).

Het arrest is in Nederland zo opgevat, dat incorporatiebedingen in geval van overgang van onderneming een statisch karakter hebben. Het arrest heeft wel enkele vragen opgeroepen. Zo gaat het in geval van overgang van een incorporatiebeding om overgang van een contractuele afspraak en niet om overgang van een cao als zodanig. Contractuele afspraken zijn niet in tijdsduur beperkt en men kan verdedigen dat artikel 3 lid 3 van de richtlijn daar in het geheel niet op ziet – men valt voor contractuele afspraken terug op de hoofdregel van artikel 3 lid 1, dat simpelweg stelt dat alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst overgaan, zonder enige (tijds)beperking. Dat brengt bijvoorbeeld mee dat indien op het moment van overgang in een arbeidsovereenkomst staat dat de betreffende werknemer de komende vijf jaar elk jaar 5% loonsverhoging krijgt, dat een voor overgang vatbaar recht is. Het recht behoeft immers niet direct afdwingbaar te zijn, het behoeft slechts te bestaan (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels)). Cao's duren meestal geen vijf jaar, en voor de meeste cao's geldt in de praktijk dat de loonparagraaf de belangrijkste is. Waarom zou de juridische situatie een andere zijn wanneer dat recht op loonsverhoging op basis van een geïncorporeerde cao bestaat – nu en, het gebruik volgend, in nog niet bestaande, maar zeker te verwachten, toekomstige cao's? Wordt de verkrijger daardoor al te zeer geschaad? Of zit het verschil in het

feit dat men artikel 3 lid 3 zo dient te lezen, de onder 2 genoemde verschillen tussen de lidstaten indachtig, dat de bepaling ziet op elke overgang van arbeidsvoorwaarden die collectief zijn *gevormd*, ongeacht welke juridische status deze in enige lidstaat hebben?

3. Parkwood: dynamisch wordt statisch

De uitkomst in de zaak *Alemo Herron e.a./Parkwood Leisure Ltd.* (HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-426/11), onderwerp van deze annotatie, lijkt deze laatste stelling te bevestigen. Een korte schets van de casus moge volstaan. In 2002 vond overdracht plaats van de werkzaamheden gemeentelijke dienst ‘vrije tijd’ van de London Borough of Lewisham (The Council) aan CCL – een particuliere onderneming. De werknemers kwamen in dienst bij CCL. In mei 2004 droeg CCL de dienst c.q. onderneming over aan de eveneens particuliere onderneming Parkwood Leisure Ltd. (hierna: Parkwood). Voor overgang bepaalden de arbeidsovereenkomsten van het betreffende personeel dat de binnen de National Joint Council for Local Government Services (NJC) overeengekomen arbeidsvoorwaarden van toepassing waren op de werknemers van deze dienst. Hetzelfde gold voor ‘overeenkomsten die op lokaal niveau door de onderhandelingscommissies van [Lewisham] worden gesloten’. Het incorporatiebeding had een onmiskenbaar dynamisch karakter.

Binnen de NJC werd in juni 2004 een nieuwe cao gesloten, die met terugwerkende kracht van 1 april 2004 tot 31 maart 2007 van kracht werd. Parkwood – dat op 1 mei 2004 de onderneming had overgenomen – concludeerde dat de nieuwe cao haar niet zou binden omdat deze tot stand was gekomen na de overgang van de onderneming. Hier zit overigens voor Parkwood nog een juridische complicatie die in de procedure niet uit de verf komt. De cao werd weliswaar na overgang (die in mei plaatsvond) overeengekomen, maar trad met terugwerkende kracht in werking op een datum die nog voor de overgang lag (april). Denkbaar is dat hieruit geconcludeerd mag worden dat deze cao op grond van de hoofdregel van artikel 3 lid 3 door de verkrijger gerespecteerd diende te worden. (Zie over deze problematiek R.M. Beltzer en E. Verhulp, *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, caput 6.)

Omdat Parkwood weigerde de binnen de NJC overeengekomen arbeidsvoorwaarden na te komen, startten de werknemers een procedure. De zaak kwam bij het Employment Tribunal (2008: verwerping eisen), het Employment Appeal Tribunal (2009: toewijzing eisen) en het Court of Appeal (2010: bevestiging beslissing Employment Tribunal). Het laatste college verwees naar de Werhof-zaak ter afwering van de stelling dat het incorporatiebeding ook kon zien op na overgang overeengekomen cao's. The Supreme Court schorste de zaak en stelde, geparafraseerd, de volgende prejudiciële vragen:

Vragen 1 en 2: Verlangt, veroorlooft of verbiedt artikel 3 lid 3 van de richtlijn de lidstaten in geval van overgang van onderneming dynamische clausules die verwijzen naar toekomstige cao's over te laten gaan? Wat is hierbij de reikwijdte van het in 2006 gewezen arrest Werhof?

Vraag 3: Indien de dynamische verwijzingsclausules verenigbaar zijn met de richtlijn, zijn deze dan niettemin in strijd met artikel 11 van het EVRM?

A-G Cruz Villalón stelde in zijn conclusie (van 19 februari 2013) voorop dat lidstaten een ruime vrijheid van handelen hebben bij het uitvoeren en toepassen van de richtlijn. Het doel van de richtlijn is immers de materie slechts gedeeltelijk te harmoniseren. Een dergelijke handelsvrijheid blijkt ook uit artikel 8 van de richtlijn. De A-G concludeerde dat het de lidstaten niet verboden is op basis van de richtlijn het mogelijk te maken dat bij de overgang van een onderneming dynamische verwijzingsclausules (= incorporatiebedingen) worden overgedragen en deze clausules daarbij hun dynamische karakter behouden. Daarbij stelde de A-G vast dat het Hof niet in algemene zin heeft verklaard dat het behoud van de effecten van dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten in strijd zou zijn met de richtlijn. Voorts verwees de A-G naar twee belangrijke verschillen in de zaak-Werhof ten opzichte van de Parkwood-zaak. Ten eerste was de verwijzingsclausule uit de arbeidsovereenkomst van Werhof naar de collectieve overeenkomst statisch van karakter. De richtlijn legt in dat geval geen dynamische bescherming op, aldus de A-G. Een beperking ten aanzien van deze stelling zit in het feit dat in de officiële stukken die online zijn gepubliceerd de tekst van het verwijzingsbeding uit de arbeidsovereenkomst van Werhof niet is opgenomen. De stelling van de A-G kan dus niet door niet-ingewijden worden gecontroleerd. Een ander verschil zag de A-G in het feit dat in Duitsland een beperking van de duur van de gebondenheid aan de cao van de vervreemder geldt, en wel tot een jaar na de overgang. (Een interessante vraag is of de beperking tot een jaar ook op het incorporatiebeding zelf kan zien. In mijn optiek is dat zo.) Het Hof oordeelde in Werhof: 'een clausule die verwijst naar een collectieve overeenkomst kan niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst.' In het licht van de casus was dat volgens de A-G een begrijpelijke redenering: wat statisch is, wordt niet door overgang van onderneming ineens dynamisch. Naar het oordeel van de A-G heeft het Hof in de Werhof-zaak dus alleen een verplicht dynamisch karakter afgewezen.

Ten aanzien van de derde vraag stelde de A-G vast dat in casu niet artikel 11 EVRM (verenigingsvrijheid) in het geding is, nu het probleem is dat Parkwoord binnen NJC überhaupt geen vertegenwoordiging heeft of had. De situatie staat wel op gespannen voet met de vrijheid van ondernemerschap, opgenomen in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze vrijheid, die in het geding zou zijn als te zware eisen aan een overname worden gesteld, moet worden afgewogen tegen andere grondrechten, hetgeen een taak van de nationale rechter is. De A-G nam vast een voorschot op de uitkomst door te overwegen dat het Britse recht zeer flexibel is en dynamische clausules heronderhandeld kunnen worden – cao's hebben uit zichzelf geen bindende kracht, maar zijn slechts contractueel bindend als partijen bij de arbeidsovereenkomst dat overeenkomen. Artikel 16 van het Handvest is dus, als ik het goed lees, naar het oordeel van de A-G niet in geding.

Zou het Hof de A-G hebben gevolgd, dan zou naar Nederlands recht het incorporatiebeding na overgang van onderneming vaker wel dan niet een dynamisch karakter worden toegekend. Dergelijke bedingen hebben immers, zoals ik reeds vermeldde, traditioneel een zeer ruim bereik. Zo ver is het echter niet gekomen. Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 18 juli

2013 aansluiting gezocht bij zijn overwegingen uit het Werhof-arrest. Het Hof stelt bij de beantwoording van de prejudiciële vragen – die hij tezamen beantwoordt – al snel voorop dat de richtlijn weliswaar de werknemer meer rechten kan bieden (artikel 8), maar dat de richtlijn evenzeer beoogt een evenwicht te creëren tussen de belangen van de werknemer en die van de verkrijger: de verkrijger moet de aanpassingen en veranderingen kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.

Het Hof lijkt belang te hechten aan de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak. Zo overweegt hij onder 26 dat het in casu gaat om de overgang van een onderneming tussen een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke rechtspersoon. In een dergelijk geval, aldus het Hof, moet worden aangenomen dat de verkrijger zijn activiteiten 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. Een dynamische clausule die verwijst naar collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld, die worden vastgesteld na de betrokken overgang van de ondernemingen die de evolutie van de arbeidsvoorwaarden in de publieke sector beogen te regelen, kan de manoeuvreerruimte die een particuliere verkrijger nodig heeft om dergelijke aanpassingsmaatregelen te treffen, echter aanmerkelijk beperken. In die situatie kan een dergelijke clausule het evenwicht tussen de belangen van de verkrijger als werkgever en die van de werknemers verstoren’ (r.o. 27-29).

Over de verhouding tussen artikel 16 van het Handvest en artikel 3 lid 3 van de richtlijn oordeelt het Hof dat de verkrijger, overeenkomstig de vrijheid van ondernemerschap, 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 (r.o. 33). In deze zaak kon Parkwood echter onmogelijk bij de collectieve onderhandelingen worden betrokken en dus zijn belangen niet doeltreffend doen gelden; evenmin kon hij ‘met het oog op zijn toekomstige economische activiteit onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers’ (r.o. 34). De contractsvrijheid van die verkrijger is dus zodanig beperkt dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast (r.o. 35). Artikel 3 van de richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, kan niet zo worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat maatregelen te nemen die weliswaar gunstiger zijn voor de werknemers, maar de vrijheid van ondernemerschap van de verkrijger in de kern kunnen aantasten (r.o. 36).

Het Hof besluit: ‘Gelet op een en ander moet op de drie vragen worden geantwoord dat artikel 3 van Richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen bepalingen van een lidstaat op grond waarvan, bij overgang van een onderneming, de verkrijger gebonden is aan dynamische clausules die verwijzen naar collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld en die worden vastgesteld na de datum van overgang, wanneer die verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen over dergelijke na de overgang gesloten collectieve overeenkomsten.’

4. Enkele punten ter overdenking

De zaak heeft in het Verenigd Koninkrijk tot discussie geleid. Het arrest heeft zelfs inmiddels een eigen pagina op Wikipedia:

(http://en.wikipedia.org/wiki/Parkwood_Leisure_Ltd_v_Alemo-Herron). Daar kan men lezen dat het gevoelen is dat het Hof van Justitie incorporatiebedingen in zekere zin als 'tweederangs' beschouwt: 'The Alemo-Herron decision of the Court of Appeal would imply that a collective agreement would rank with secondary status compared to other "dynamic" contract terms, such as an inflation-linked index of pay increases.' Ik roep in herinnering (par. 2) mijn vergelijking met het individueel overeengekomen beding waarin op de lange termijn (periodiek) arbeidsvoorwaarden in het vooruitzicht worden gesteld.

Enkele zaken vallen aan het arrest op. Ten eerste kan men zich afvragen in hoeverre het feit dat de overgang van een publiekrechtelijke naar een privaatrechtelijke rechtspersoon was, gewicht in de schaal heeft gelegd. In Nederland zou een dergelijke overgang overigens snel stranden zodra het betrokken personeel van de vervreemder de ambtelijke status heeft: dat wordt immers niet ingevolge artikel 7:662 e.v. BW beschermd (HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia) en HvJ EG 26 september 2000, *JAR* 2000/239 (Mayeur/APIM)). Het Hof lijkt te impliceren dat de verkrijger in een dergelijke situatie vrijwel steeds de nodige aanpassingen zal moeten (kunnen) verrichten, omdat de verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten uiteen zullen lopen. Een dergelijk uiteenlopen zien we echter bij elke overgang van onderneming waarbij vervreemder en verkrijger zich in verschillende bedrijfstakken bevinden. Denk aan de overdracht van de catering van Schiphol of een onderneming als Heineken (eerst zelf uitgevoerd) naar een professionele cateraar (outsourcing). Met wat goede wil voor werkgevers is in het arrest te lezen dat de verkrijger meer (ver)mag ten aanzien van de wijziging van arbeidsvoorwaarden indien hij zich in een substantieel andere arbeidsvoorwaardelijke situatie bevindt dan de vervreemder.

Ten tweede lijkt het Hof, voor zijn stelling dat de vrijheid van ondernemerschap prevaleert, belang te hechten aan het feit dat Parkwood niet vertegenwoordigd kón worden bij het collectieve-arbeidsvoorwaardenoverleg, daarbij verwijzend naar het feit dat Parkwood niet vertegenwoordigd werd in de NJC, een publiekrechtelijk lichaam. In Nederland zal feitelijk ook steeds van die situatie sprake zijn (waarbij het feit dat de vervreemder zich in de publieke sector bevindt en de verkrijger niet, in mijn optiek van minder groot belang is). Partijen kiezen immers zelf hun contractpartijen uit. In geval van een ondernemings-cao is het vrijwel uitgesloten dat een derde-werkgever zich daar als (vertegenwoordigde) partij in mengt. Zou een buiten de bedrijfstak opererende werkgever met succes toegang tot cao-overleg kunnen afdwingen met een beroep op dit arrest in het geval hij overgang van onderneming-perikelen verwacht? En is 'erbij zitten' dan genoeg, of moet hij daadwerkelijke onderhandelingsmacht krijgen? Dat laatste is zeker niet eenvoudig in het systeem te passen. De situatie is anders indien het gaat om een bedrijfstak-cao ten aanzien van de bedrijfstak waarin ook de verkrijger opereert. De verkrijger kan zich dan gemakkelijker laten vertegenwoordigen. Zou de conclusie dan mogen zijn dat indien een verkrijger ervoor kiest niet mee te doen aan het collectieve-arbeidsvoorwaardenoverleg, hij niettemin zich na overgang van onderneming een dynamisch

incorporatiebeding moet laten welgevallen ('dan had hij maar moeten meedoen')? Dat lijkt mij niet in alle gevallen een bevredigende oplossing. Het is ook maar de vraag of het Hof dit zo heeft willen zeggen.

Eerder verwees ik naar het feit dat het in casu niet ging om de overgang van collectieve arbeidsvoorwaarden als zodanig (hoe deze ook juridisch gereguleerd mogen zijn), maar om de overgang van een beding dat verwijst naar collectieve arbeidsvoorwaarden. De vraag is of artikel 3 lid 3 van de richtlijn ook op die laatste categorie ziet. Dat lijkt, gezien de overwegingen van het Hof, inderdaad het geval te zijn. De vervolgvraag is dan of incorporatiebedingen die verwijzen naar andere, door derden vastgestelde regelingen die gevolgen hebben voor het niveau van de arbeidsvoorwaarden voor een collectief, evenzeer een statisch karakter hebben na overgang van onderneming. Men denke hierbij aan het aansluiten bij bepaalde prijsindexcijfers. Lees ik het arrest goed, dan is dat inderdaad het geval. Hier bestaat overigens wel een verschil met de geïncorporeerde cao. Ook de vervreemder had en heeft geen invloed op, bijvoorbeeld, de vaststelling van een prijsindexcijfer. Dat verschil lijkt mij echter voor het Hof niet relevant, althans, het Hof geeft geen blijk ervan deze situatie anders te beoordelen. Het Hof verwijst ter onderbouwing van zijn antwoorden immers op de vrijheid van ondernemen die in een situatie waarin de werkgever zich niet kan laten vertegenwoordigen, prevaleert ten aanzien van werknemersbescherming.

Ten slotte de vrijheid van ondernemen zelf. Niet eerder zag ik in een arrest met betrekking tot de uitleg van Richtlijn 2001/23 een afweging tussen dit grondrecht en de bescherming die de richtlijn aan werknemers biedt, daarbij de extra ruimte die lidstaten op basis van artikel 8 hebben expliciet betrekking. Uit de preambule bij de richtlijn kan men een dergelijke afweging ook niet afleiden: deze verwijst slechts naar de bescherming van werknemers. Interessant is dat het Hof de vrijheid van ondernemen als ruimer ziet dan de contractsvrijheid: de laatste is onderdeel van de eerste (r.o. 32). Hebben arbeidsjuristen deze vrijheid te lang over het hoofd gezien of is het belang dat het Hof aan dit grondrecht hecht een gevolg van de toetreding van de EU tot het EVRM, of een teken des tijds waarin werknemersbescherming niet meer zo vanzelfsprekend is?