

VVA 18 JUNI 2024



HET INCORPORATIEBEDING OVO EN ASKLEPIOS

RAMON SEVERIJN, FNV ADVOCATEN

CASUS ID LOGISTICS



Werknemers in dienst van MOL

- Cao Beroepsgoederenvervoer van toepassing
- Cao geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst
- Dynamisch beding (*zie bv ECLI:NL:GHARL:2020:4049*).
'een bepaling in een arbeidsovereenkomst die regelt dat op de arbeidsovereenkomst zowel de huidige als toekomstige versies van een bepaalde cao van toepassing zijn'

Overname door ID Logistics per 1 maart 2015

- Overgang van onderneming
- Geen cao van toepassing
- Eigen arbeidsvoorwaardenregeling met de OR

HARMONISATIE



IDL wenst te harmoniseren

Afspraken met de OR

- Eigen arbeidsvoorwaardenregeling van toepassing
- Lopende cao 2015-2017 wordt nog gevolgd: loonsverhoging 1 januari 2016 zal worden toegepast
- Daarna loonsverhoging afhankelijk van bedrijfsresultaat
- Werknemers mogen tekenen bij het kruisje

Onderhandelingen met FNV lopen op niets uit

3

GEVOLGEN OVO?



Nieuwe cao 1 januari 2017

Loonsverhoging uit de cao wordt niet toegepast door IDL

OVO: op moment van overname geldende rechten en plichten gaan van rechtswege mee over.

Geldt dat ook voor het incorporatiebeding en het dynamische karakter daarvan?

4

ARTIKEL 3 RICHTLIJN



Richtlijn 2001/23 EG → artikel 7:662 e.v. BW.

Artikel 3 lid 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.

Lid 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.

5

BINDING CAO EN OVO



Artikel 14a Wet Cao en artikel 2a Wet AVV

- Door ovo gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voortvloeien uit een cao van rechtswege over op de verkrijger.
- Tot er een nieuwe cao van kracht wordt (door gebondenheid dan wel AVV).
- De rechten en verplichtingen eindigen voorts zodra de op het tijdstip van de overgang lopende geldingsduur van de collectieve arbeidsovereenkomst verstrijkt.

6

NAWERKING?



- Richtlijn houdt geen rekening met nawerking cao.
- Nawerking verlengt de periode waarin een verkrijger verschillende pakketten arbeidsvoorwaarden moet blijven hanteren.
- Botsende cao's.
- Voor gevolgen en complicaties die op grond van het Nederlandse cao-recht (kunnen) ontstaan:

J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', TAP Special 2009/2;

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', ARBAC 2011.

7

ARBEIDSVOORWAARDEN NA OVERNAME (I)



- Gebonden / ongebonden werknemer
- Gebonden werkgever of AVV
- Tijdstip van afloop 'oude' cao en inwerkingtreding 'nieuwe' cao.
- Karakter cao (standaard of minimum)

8

ARBEIDSVOORWAARDEN NA OVERNAME (II)



Cao verkrijger is minimum cao:

- gunstigere bepalingen van oude cao blijven gelden
(*Kinderopvang-arrest, Hoge Raad 8 april 2011, JAR 2011/135*)
 - totdat arbeidsvoorwaarden zijn 'ingeaald'
 - NB: geen pakketvergelijking (HR Boonen/Quicken), dus cherrypicking is mogelijk

Cao verkrijger is standaard cao:

- gebonden werknemer: oude rechten vervallen
- AVV: oude rechten vervallen, maar herleven bij einde AVV
(*St. Rode Kruisziekenhuis / Te Riet, HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386*)

9

SCATTALON



HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, JAR 2011/262

- De richtlijn beoogt uitsluitend te vermijden dat werknemers als gevolg van de overgang naar een andere werkgever in een minder gunstige positie dan voorheen terechtkomen.
- Het strookt niet met de door de richtlijn beoogde bescherming wanneer de werknemer zich als gevolg van de overgang kan beroepen op betere arbeidsvoorwaarden.

10

IDL - HET INCORPORATIEBEDING



- Het dynamisch incorporatiebeding brengt een extra dimensie -> cao vervreemder kan een rol blijven spelen, nu bij IDL geen cao geldt
- Maar werknemers hebben afstand gedaan van oude cao door nieuwe afspraken met IDL te maken.

11

NIETIGHEID



Daddy's Dancehall (*HvJ EG 10-02-1988, ECLI:NL:XX:1988:AC1290*)

Aangezien deze bescherming van openbare orde is en de partijen bij de arbeidsovereenkomst er dus niet over kunnen beschikken, zijn de bepalingen van de richtlijn, en met name die inzake de bescherming van werknemers tegen ontslag bij overgang, in zoverre als dwingend te beschouwen voor de werknemers dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken. Hieruit volgt, dat de werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent, en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, *ook niet met hun instemming.*

12

NIET WEGENS OVO



Martin/SBU (*HvJ EG 6 november 2003, ECLI:EU:C:2003:594*)

Wijziging wegens ETO-redenen?

De richtlijn verzet zich er evenwel niet tegen dat hij met de nieuwe ondernemer een wijziging van de arbeidsverhouding overeenkomt, voor zover het nationale recht een dergelijke wijziging toestaat *in andere gevallen* dan dat van overgang van een onderneming.

De enkele wens tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden over te gaan kwalificeert in ieder geval niet als ETO-redenen.

13

INCORPORATIEBEDING RECHTSPRAAK HVJ EU



Werhof-arrest (*HvJ EG 9 maart 2006, JAR 2006/83*)

Parkwood-arrest (*HvJ EU 18 juli 2013, JAR 2013/216*)

Afweging grondrechten, contractsvrijheid en vrijheid van ondernemerschap/vereniging van de verkrijger (artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de EU).

- incorporatiebedingen hebben op het moment van ovo slechts betrekking op de op dat moment geldende cao;
- een verkrijger kan niet aan de toekomstige versies daarvan gebonden worden, maar moet kunnen onderhandelen over factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.

14

DUS ...



... juridische situatie in 2015/2016: dynamisch wordt statisch.

De op dat moment lopende cao geldt nog wel tot einde looptijd.

IDL heeft na de overname in maart 2015 de cao-verhoging uit 2016 toegepast.

Geen recht op toepassing toekomstige cao's.

Advies in 2017 aan de betrokken werknemers: niet procederen.

15

OF ZIT HET TOCH ANDERS?



Asklepios-arrest (*HvJ EG 27 april 2017, JAR 2017/152*)

Hoofregel is dat een dynamisch incorporatiebeding in beginsel na de overgang zijn dynamische karakter behoudt, mits het nationale recht zowel in tweezijdige als eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.



16

ASKLEPIOS ZET DE BOEL IN GANG



Sommatie in 2019, gevolgd door procedure op naam van FNV en twee werknemers. Dagvaarding februari 2020, bijna vijf jaar na datum OVO.

Insteek:

Akkoord werknemers met nieuwe arbeidsvoorwaarden is nietig. Dynamisch beding blijft dynamisch. Nederlandse wetgeving biedt voldoende mogelijkheden tot wijziging.

17

EENZIJDIGE WIJZIGING



Wijzigingsmogelijkheden werkgever

- consensus
- 611 (*Stoof/Mammoet, HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847*).
- 613 zwaarwichtig belang (*Fairplay-arrest, HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864*).
- 6:248 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

18

DE KANTONRECHTER



Vonnis Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Tilburg, 16 december 2020

Geen inhoudelijke beoordeling, want Rechtsverwerking

Uit niets is gebleken dat de werknemers op een aantal belangrijke momenten hebben laten blijken dat zij het niet eens waren met het feit dat er geen loonsverhogingen op grond van de cao zouden worden toegekend.

Ook in de periode na OVO is er nooit iets door de werknemers aangekaart, ondanks het feit dat eisers als kaderlid van FNV en lid van de OR daarvoor de aanleiding en mogelijkheden hebben gehad.

Dit 'stilzitten' heeft tot gevolg dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet een aanspraak op de arbeidsovereenkomst en de geïncorporeerde cao te gelde kan worden gemaakt.

19

HOGER BEROEP



Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2022, *ECLI:NL:GHSHE:2022.*

Asklepios heeft werking in NL: Nederlands arbeidsrecht kent voldoende wijzigingsmogelijkheden

Dus: dynamisch beding heeft haar karakter behouden.

De werknemers hebben evenwel geen recht meer op de loonsverhogingen uit de toekomstige cao's, omdat IDL na overgang van onderneming gebruik had gemaakt van de consensuele mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen.

20

HOF



Het hof onderschrijft het uitgangspunt dat bij ovo geen afstand van rechten kan worden gedaan. Maar oordeelt ook dat hiervan geen sprake is geweest.

Doorslaggevende overweging onder 3.5.10:

'IDL heeft niet van de werknemers verlangd dat zij afstand deden van hun op het moment van overgang geldende rechten. IDL heeft immers laten weten dat zij de op de datum van overgang nog toekomstige loonsverhoging die in de toen geldende cao was vastgelegd (per 1 januari 2016) zou uitvoeren. Zij heeft die loonsverhoging ook daadwerkelijk toegepast. Dat betekent dat IDL de bestaande rechten van de werknemers heeft gehandhaafd, conform de bedoeling van die richtlijn.'

21

HOF



- IDL mocht andere voorwaarden voor de toekomst met de werknemers overeenkomen, en de werknemers hebben daarmee ingestemd door een nieuwe arbeidsovereenkomst met IDL te sluiten.
- Wijziging niet vanwege de overgang van onderneming, maar IDL wilde niet gebonden worden aan ten tijde van de overgang nog niet bestaande arbeidsvoorwaarden. Dat is niet in strijd met de openbare orde.
- Het doel van de richtlijn strekt er enkel toe om bestaande rechten van werknemers te handhaven, maar niet om loutere verwachtingen en hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten te beschermen

22

RECHTSVERWERKING



Hoe zit het dan met rechtsverwerking?

Hof: daar hoeven we geen uitspraak over te doen want de vorderingen worden toch al afgewezen.

23

CASSATIE



Drie middelen FNV

Incidenteel cassatieberoep IDL

- IDL legt de principiële rechtsvraag voor of het Nederlandse arbeidsrecht wetgeving wel voldoende wijzigingsmogelijkheden biedt.
- Betwist wordt dat 'Asklepios' toepassing heeft.

24

CONCLUSIE PG



Conclusie PG 12 januari 2024 (ECLI:NL:PHR:2024:41)

- Geoordeeld wordt dat een verkrijgende onderneming met artikel 7:613 BW, artikel 7:611 BW (Stoof-Mammoet) en artikel 6:248 lid 2 BW reële voldoende ruime mogelijkheden heeft om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Het incidenteel cassatieberoep van de werkgever wordt hiermee verworpen, met als gevolg dat het dynamisch incorporatiebeding na overgang van onderneming haar karakter heeft behouden.

25

CONCLUSIE PG



- Het beding, inclusief het dynamische deel, valt onder de werking van artikel 3 lid 1 Richtlijn. Het hof heeft miskend dat het recht op (nakoming van) het incorporatiebeding een recht is in de zin van artikel 7:663 BW;
- Het hof heeft miskend dat afstand van rechten wegens of in verband met overgang van onderneming niet is toegestaan;
- Op 1 maart 2015 nog geen noodzaak om te wijzigen, want cao liep nog tot 2016;
- Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat een arbeidsovereenkomst in het kader van overgang van onderneming niet ten nadele van een betrokken werknemer kan worden gewijzigd. Gelet op de werknemersbeschermingsgedachte is ook een wijziging ná de overgang nog steeds niet toegestaan als die wijziging tot de overgang is te herleiden.

26

SAMENVATTEND



Asklepios werkt in NL bij OVO, want er zijn voldoende wijzigingsmogelijkheden.

Dynamisch blijft dynamisch

Wijziging mag geen verband houden met OVO.

HR: arrest aangehouden tot 30 augustus.

27



VRAGEN?

28