

# JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

**Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV**

Conradstraat 18  
3013 AP Rotterdam  
E-mail: [redactie@futd.nl](mailto:redactie@futd.nl)

**Hoofdredactie**

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen  
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs  
Docent bij de vakgroep Private, Business and Labour Law van de Universiteit van Tilburg

**Uitgever**

Drs. M.P. Hoogerwerf

**Abonnementenadministratie**

Rendement Uitgeverij BV  
Postbus 27020  
3003 LA Rotterdam  
Telefoon: (010) 243 39 33  
E-mail: [info@rendement.nl](mailto:info@rendement.nl)

**Abonnementen**

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op [www.rendement.nl/av](http://www.rendement.nl/av)

**ISSN 0924-9451**

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2024

Margot van Herwerden<sup>1</sup>

# Dynamisch blijft dynamisch

2024-0127

**Een dynamisch incorporatiebeding blijft ook na een overgang van onderneming dynamisch. Het zal u niet ontgaan zijn dat de Hoge Raad dit heeft bepaald op 12 juli 2024. Het is de eerste keer dat de Hoge Raad zich hierover heeft uitgelaten. Wat houdt de uitspraak precies in en wat betekent dit voor de praktijk? U leest het in deze bijdrage.**

## **Wat is het dynamisch incorporatiebeding?**

Werknemers kunnen op verschillende manieren zijn gebonden aan een cao. Ten eerste kunnen werknemer gebonden zijn door middel van lidmaatschap aan een vakbond die partij is bij de cao. Ten tweede kan gebondenheid ook ontstaan door een incorporatiebeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst, waarin is vastgelegd dat een bepaalde cao van toepassing is. Dit kan zowel een statisch als een dynamisch incorporatiebeding zijn. Een statisch incorporatiebeding verwijst naar een specifieke cao die op dat moment geldt, terwijl een dynamisch incorporatiebeding ook toekomstige cao's omvat. Ten derde kunnen werknemer gebonden zijn aan een cao doordat bepalingen daarvan algemeen verbindend zijn verklaard. In dat geval zijn die cao-bepalingen van toepassing op alle werkgevers en werknemers binnen de bedrijfstak of sector waarvoor de cao geldt, ongeacht of zij lid zijn van de cao-partijen.

Als een dynamisch incorporatiebeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst, worden daarmee ook arbeidsvoorwaarden uit toekomstige cao's van toepassing die anders kunnen zijn dan voorgaande cao's. Toch is het dynamisch incorporatiebeding iets anders dan een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW. Een eenzijdig wijzigingsbeding geeft de werkgever de mogelijkheid om zonder instemming van de werknemer de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, mits er een zwaarwichtig belang is dat zwaarder weegt dan het belang van de werknemer. Dit is niet het geval bij een dynamisch incorporatiebeding, waar de wijzigingen voortvloeien uit de cao en de instemming van de werknemer al impliciet is gegeven door het beding in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Men kan hier evenwel ook anders over denken. De vraag is wat de gevolgen zijn van een dynamisch incorporatiebeding als een onderneming wordt overgenomen met werknemers die via een dergelijk beding ook zijn gebonden aan toekomstige cao's. Op grond van artikel 7:663 BW gaan immers alle rechten en verplichtingen uit de arbeids-

overeenkomst over op de verkrijger. Volgens artikel 14a Wet cao gaan de rechten en verplichtingen uit hoofde van een cao van rechtswege over op de verkrijger en eindigen zij op het tijdstip waarop de verkrijger gebonden wordt op een na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao, dan wel het tijdstip waarop de verkrijger verplicht wordt een algemeen verbindend verklaarde cao na te komen. De rechten en verplichtingen eindigen volgens de wettelijke regeling voorts zodra de op het tijdstip van overgang lopende geldingsduur van de cao verstrijkt. Als een (dynamisch) incorporatiebeding is overeengekomen ligt dit anders.

## **Het Asklepios arrest**

Het *Asklepios*-arrest is een belangrijke zaak die speelde in Duitsland en heeft betrekking op de toepassing van dynamische incorporatiebedingen bij de overgang van onderneming.<sup>2</sup> De werknemers waren in dienst van KLS FM. Op hun arbeidsovereenkomsten was een dynamisch incorporatiebeding van toepassing, dat bepaalde dat hun arbeidsverhouding werd beheerst door de federale collectieve overeenkomst voor werknemers van gemeentelijke instanties en bedrijven, de BMT-G II, en door toekomstige versies hiervan. Op 1 juli 2008 is KLM FS overgedragen aan Asklepios. Asklepios is niet als lid gebonden aan de BMT-G II en evenmin aan de cao die per 1 oktober 2005 voor de BMT-G II in de plaats is gekomen of de daarbij behorende overgangsregeling. De werknemers hebben zich tot de rechter gewend om te laten vaststellen dat de nieuwe cao en overgangsregeling op hen van toepassing zijn op grond van het dynamisch incorporatiebeding.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (Europese Hof) overweegt dat als de vervreemder met de werknemers een dynamisch incorporatiebeding is overeengekomen, dit in beginsel overgaat op de verkrijger. Richtlijn 2001/23/EG heeft echter niet alleen tot doel om de belangen van de werknemers te beschermen, maar beoogt een billijk evenwicht te bewerkstelligen tussen

de belangen van de werknemers en de verkrijger. Daaruit volgt dat de verkrijger na de overgang de aanpassingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Hij moet, gelet ook op de vrijheid van ondernemerschap, zijn belangen doeltreffend kunnen doen gelden en kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden. De verkrijger heeft op grond van de Duitse wetgeving mogelijkheden om de op het ogenblik van de overgang geldende arbeidsvoorwaarden tweezijdig of eenzijdig te wijzigen. Daarmee biedt de wetgeving de verkrijger voldoende vrijheid.

In een eerdere zaak oordeelde het Europese Hof nog dat een verkrijger niet gebonden kan worden aan een cao die van toepassing wordt na de overgang (*Werhof-arrest*).<sup>3</sup> Volgens het Europese Hof is de verkrijger niet gebonden aan cao's die tot stand komen na de cao die van kracht was op het moment van deze overgang. Een bepaling die verwijst naar een cao kan niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst. Dit geldt ook voor een cao die met terugwerkende kracht van toepassing wordt verklaard en waarover de verkrijger niet heeft kunnen onderhandelen (*Parkwood-arrest*).<sup>4</sup> Een dynamisch incorporatiebeding beperkt de vrijheid van ondernemerschap en ook de contractsvrijheid van partijen. In het *Asklepios*-arrest is een andere lijn gevolgd en geldt als uitgangspunt dat toekomstige cao's wel van toepassing kunnen zijn als gevolg van de overgang van het dynamisch incorporatiebeding als de verkrijger mogelijkheden heeft om de arbeidsvoorwaarden na de overgang te wijzigen. Hiermee wordt dus nog steeds ruimte geboden om onder toekomstige cao's waarbij de verkrijger niet betrokken is, uit te komen. Dit vereist wel een actief handelen van de verkrijger nadat de overgang heeft plaatsgevonden.

### Hoge Raad-arrest

Op 1 april 2015 zijn de twee werknemers in dienst gekomen van de werkgever als gevolg van overgang van een deel van de onderneming van hun toenmalige werkgever.<sup>5</sup> In de arbeidsovereenkomsten van de werknemers stond een dynamisch incorporatiebeding waarmee de CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen van toepassing was verklaard op de arbeidsovereenkomsten:

*“Op deze arbeidsovereenkomst zijn verder van toepassing de bepalingen zoals vastgelegd in de van kracht zijnde Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg.”*

De werkgever is geen lid van de bij de cao betrokken werkgeversorganisatie. Ook vallen de activiteiten van de werkgever niet onder de werkingssfeer van de cao.

Bij indiensttreding heeft de werkgever aan de werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden waarin de cao niet langer is geïncorporeerd. De werknemers hebben deze arbeidsovereenkomst ondertekend. In 2016 heeft de werkgever aan de werknemers meegedeeld dat de salarisverhoging van 2,75% uit de CAO Beroepsgoederenvervoer met een looptijd van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2016 wordt toegekend. Latere salarisverhogingen zijn afhankelijk van de bedrijfsresultaten.

FNV is mede namens de werknemers een procedure gestart en vordert uitbetaling van de uit de cao voortvloeiende aanvullende loonverplichtingen met een beroep op het *Asklepios*-arrest als gevolg waarvan een dynamisch incorporatiebeding ook na overgang van onderneming van toepassing blijft en niet mag worden weggecontracteerd. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen zonder aan een inhoudelijke beoordeling te zijn toegekomen omdat hij heeft geoordeeld dat het beroep van de werkgever op rechtsverwerking gegrond is. Het hof heeft die uitspraak bekrachtigd maar op een andere grondslag. Volgens het hof is het dynamisch incorporatiebeding mee overgegaan naar de nieuwe werkgever, maar heeft de werkgever gebruik gemaakt van de consensuele mogelijkheid om aanpassing van de arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen waarmee de werknemers welbewust hebben ingestemd door de nieuwe arbeidsovereenkomst te tekenen. FNV heeft cassatie ingesteld. De Hoge Raad overweegt het volgende. In het *Asklepios*-arrest is bepaald dat het behoud van de rechten en verplichtingen die bij een overgang voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien, zich uitstrekt tot een door de vervreemder en de werknemer op basis van de contractsvrijheid overeengekomen dynamisch incorporatiebeding wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet. Het is aan de nationale rechter te beoordelen of naar nationaal recht dergelijke aanpassingsmogelijkheden bestaan en doeltreffend zijn.

De Hoge Raad bespreekt in dat kader eerst de situatie waarin werkgever en werknemer een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW in de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen. Het gaat daarbij om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Vervolgens bespreekt de Hoge Raad de situatie waarin geen wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad kan de werknemer onder omstandig-

heden op grond van de norm van goed werknemerschap van artikel 7:611 BW gehouden zijn een voorstel van de werkgever tot een verandering in de arbeidsovereenkomst te aanvaarden.

Als de verkrijgende werkgever en de werknemers geen overeenstemming kunnen bereiken over een door die werkgever voorgestelde aanpassing in de arbeidsovereenkomst, bieden het wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW en de rechtspraak voldoende doeltreffende mogelijkheden om een dergelijke aanpassing te bewerkstelligen. Volgens de Hoge Raad is dus voldaan aan de voorwaarde voor de overgang van een dynamisch beding die het Europese Hof in het *Asklepios*-arrest heeft geformuleerd. Ten aanzien van het betoog van de werkgever dat de werknemers afstand hebben gedaan van de cao door een nieuwe arbeidsovereenkomst te tekenen heeft de Hoge Raad overwogen dat het dynamisch incorporatiebeding een recht is als bedoeld in artikel 7:663 BW. De werknemers kunnen van dit recht uitsluitend afstand doen na en niet wegens de overgang.

### **Te vergaand?**

Als de lijn van het *Parkwood*-arrest was gevolgd, zou het oordeel geweest moeten zijn dat het dynamisch incorporatiebeding geen gelding meer had omdat de werkgever geen invloed kon uitoefenen op de inhoud van de nieuwe cao's. De strekking van artikel 7:663 BW is dat werknemers na de overgang behouden wat zij hebben. Wat zij nog niet hebben, kunnen zij ook niet behouden. De insteek dat de bescherming van de werknemers niet zover strekt dat zij ook recht hebben op arbeidsvoorwaarden die op het moment van de overgang nog geen onderdeel uitmaakten van de arbeidsovereenkomst, komt mij nog steeds logisch voor.

Met het *Asklepios*-arrest is de insteek echter veranderd. Zelfs toekomstige rechten en verplichtingen gaan mee over via het dynamisch incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst als het nationale recht voorziet in zowel de mogelijkheid van consensuele als van eenzijdige aanpassing door de verkrijger. De Hoge Raad heeft voor de beoordeling terecht deze maatstaf gebruikt. Waar men anders over kan denken is dat de Hoge Raad vindt dat het Nederlandse recht voorziet in de mogelijkheid tot aanpassing van het dynamisch incorporatiebeding. Die mogelijkheid is in elk geval niet verankerd in de Nederlandse wet. Er moet bij eenzijdige wijziging altijd eerst een belangenafweging plaatsvinden waaraan vaak de rechter te pas zal komen. De meeste auteurs alsook de A-G Hartlief nemen een middenpositie in en menen dat het Nederlandse arbeidsrecht met het samenstel van de artikelen 7:613 en 7:611 BW mede in verhouding tot artikel 6:248 lid 2 BW en de rechtspraak die hieraan invulling heeft gegeven, voldoende wijzigingsmogelijk-

heden kent en daarmee dus een de *Asklepios*-regel voldoet.<sup>6</sup> In de besproken zaak heeft de werkgever niet op de juiste manier gebruik gemaakt van de mogelijkheid om onder nieuwe cao's waarbij hij niet betrokken is, uit te komen door dat met de werknemers overeen te komen. Hij heeft deze afspraak gemaakt per de overgangsdatum omdat hij de cao niet wilde toepassen. Daarmee is duidelijk dat er een verband is met de overgang. Als de werkgever de nieuwe arbeidsovereenkomsten later zou hebben voorgelegd, zouden de werknemers wel rechtsgeldig afstand hebben kunnen doen van het dynamisch incorporatiebeding. Maar dat zou pas aan de orde zijn gekomen nadat de werknemers eerst met behoud van rechten en verplichtingen inclusief dynamisch incorporatiebeding zijn overgegaan naar de verkrijger.

### **Belang voor de praktijk**

Voor de arbeidsrechtpraktijk maar ook voor de overnamepraktijk is nu duidelijk dat werknemers met een dynamisch incorporatiebeding die betrokken zijn bij een overgang van onderneming ook rechten kunnen ontlenen aan de na de overgang tot stand gekomen versies van de geïncorporeerde cao. Dat is anders als de verkrijger het incorporatiebeding na de overgang op een rechtmatige manier heeft afgeschaft. Bijvoorbeeld met instemming van de werknemers of via de band van de eenzijdige wijziging. De werknemers kunnen hiervan bovendien geen afstand doen ten tijde van of in verband met de overgang, zelfs niet als de werknemer daarmee instemt. De gevolgen hiervan zijn verstrekkend. Een verkrijger die zelf reeds een cao toepast, moet daarnaast mogelijk een andere cao toepassen waarbij hij niet op enigerlei wijze betrokken is. Dit leidt tot grote administratieve rompslomp en inefficiency. Een ander gevolg is dat de uitspraak werknemers bij andere werkgevers op ideeën kan brengen om ook een claim in verband met een overgang van onderneming in te stellen. Aan juristen de taak om partijen bij een voorgenomen overgang van onderneming goed te adviseren over de (on)mogelijkheden tot wijziging van arbeidsvoorwaarden. Het kan zelfs raadzaam zijn om in een nog vroeger stadium te anticiperen op de uitspraak door de dynamische incorporatiebedingen kritisch onder de loep te nemen. Een opsteker is dat men ervan uitgaat dat de rechter geen al te strenge maatstaf zal hanteren bij een beroep op eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de verkrijger.

### **Noten:**

1. Mevr. mr. M. (Margot) van Herwerden is werkzaam bij Van Herwerden Arbeidsrecht.
2. HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317.
3. HvJ EG, 9 maart 2006, C-499/04.
4. HvJ EU, 18 juli 2013, C-426/11.
5. HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1068.
6. Rov. 3.11 in de conclusie van A-G Hartlief bij ECLI:NL:HR:2024:1068.