



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2003-01-10

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2006). Annotation: Hoge Raad 2003-01-10. *Nederlandse Jurisprudentie*, 41, 4965-4984. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14726>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14726>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2006, 516

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

10 januari 2003, nr. C01/146HR

(Mrs. G.G. van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, A.E.M. van der Putt-Lauwers, J.B. Fleers, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman; A-G Verkade)

m.nt. prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

IJN AE9386

JOL 2003, 16

RvdW 2003, 12

Wet CAO art. 1, 9, 12, 13, 14, 14a; Wet AVV art. 2, 6; Richtlijn 77/187/EEG art. 3; Richtlijn 2001/23/EG art. 3

CAO en overgang van de onderneming: einde geldingsduur algemeen verbindendverklaring; nawerking CAO-bepalingen.

Art. 14a Wet CAO strekt tezamen met art. 2a Wet AVV ter implementatie van Richtlijn 77/187/EEG betreffende de overgang van ondernemingen. Ingevolge art. 14a lid 1 gaan de rechten en verplichtingen welke voor de werkgever t.t.v. de overgang van de onderneming t.a.v. zijn werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een CAO waaraan hij gebonden is, van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming. Art. 14a lid 2 moet aldus worden verstaan dat de verplichting om de arbeidsvoorwaarden te handhaven eindigt op het tijdstip waarop zich één van de in lid 2 omschreven gevallen voordoet, waaronder het geval dat de geldingsduur van de algemeen verbindendverklaring eindigt, en dat de vraag of daarmee ook de in lid 1 bedoelde rechten en verplichtingen eindigen moet worden beantwoord aan de hand van de overigens geldende bepalingen van de wet. De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat wanneer zowel de werkgever als de werknemer o.g.v. art. 9 Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, de bepalingen daarvan omtrent arbeidsvoorwaarden deel gaan uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, vindt zijn grond in het systeem van de Wet CAO. Het

strookt hiermee te aanvaarden dat de doorwerking van de CAO-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de CAO gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de CAO is aangegaan. Het is met het stelsel van de Wet AVV evenwel niet te verenigen om de geldingsduur van de desbetreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold.

Op de arbeidsovereenkomst van een werknemer is de Hoogovens CAO van toepassing. Het bedrijfs-onderdeel waar werknemer werkzaam is, wordt overgedragen – zoals bedoeld in art. 7:662 (voorheen: art. 7A:1639aa) BW – aan een ziekenhuis, dat partij is bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Deze CAO schrijft voor dat op alle arbeidsovereenkomsten deze CAO van toepassing wordt verklaard. De werknemer is niet aangesloten bij een partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen en heeft niet ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst met het ziekenhuis. Het ziekenhuis heeft de CAO voor het Ziekenhuiswezen op de arbeidsovereenkomst toegepast; deze CAO is na enige tijd algemeen verbindend verklaard. De werknemer heeft nakoming van de Hoogovens CAO gevorderd aangezien die CAO voor hem aanzienlijk voordeliger is. De Rechtbank heeft geoordeeld dat de CAO voor het Ziekenhuiswezen niet op de arbeidsovereenkomst van de werknemer van toepassing is geworden, doch dat gedurende de periode van algemeen verbindendverklaring de desbetreffende bepalingen van die CAO van toepassing zijn; de toepasselijke bepalingen uit de Hoogovens CAO worden voor de duur van de algemeen verbindendverklaring opzijgezet. Na het verstrijken van de duur van de algemeen verbindendverklaring herleeft de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het ziekenhuis, inclusief de van deze overeenkomst deeluitmakende bepalingen uit de Hoogovens CAO. Aldus de Rechtbank. Hiertegen keert zich het middel.

Art. 14a Wet CAO strekt, tezamen met art. 2a Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet AVV), ter implementatie van, voorzover thans van belang, het bepaalde in art. 3 lid 2 van Richtlijn 77/187/EEG betreffende de overgang van ondernemingen (in Richtlijn 98/50/EG vernummerd tot lid 3 en ongewijzigd opgenomen in Richtlijn 2001/23/EG).

Lid 1 van art. 14a bepaalt dat door de overgang van een onderneming als bedoeld in art. 7:662 (voorheen: art. 7A:1639aa) BW de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst waaraan hij gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de

onderneming. Lid 2 bepaalt vervolgens naar de letter genomen dat de bedoelde rechten en verplichtingen eindigen op het tijdstip waarop zich een van de vervolgens omschreven gevallen voordoet. Uit de wetsgeschiedenis en het verband met de Richtlijn moet evenwel worden afgeleid dat hiermee bedoeld wordt dat de in lid 1 neergelegde verplichting om de betreffende arbeidsvoorwaarden, zoals art. 3 lid 2 van de Richtlijn het uitdrukt, te handhaven eindigt, en dat de vraag of daarmee ook de in lid 1 bedoelde rechten en verplichtingen eindigen, moet worden beantwoord aan de hand van de overigens geldende bepalingen van de wet.

De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat, wanneer zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 9 lid 1 Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, de bepalingen daarvan omtrent arbeidsvoorwaarden deel gaan uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, vindt zijn grond in het systeem van de Wet CAO, in het bijzonder de artikelen 1, 9, 12, 13 en 14. De gebondenheid aan de CAO wordt door de wet gebaseerd op de hoedanigheid van partij bij de CAO onderscheidenlijk het lidmaatschap van een vereniging die partij bij de CAO is, en het naar de inhoud van de CAO bij die CAO betrokken zijn. Het strookt hiermee om te aanvaarden dat de doorwerking van de CAO-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de CAO gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de CAO is aangegaan (vgl. HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70).

De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend (art. 2 lid 3) en gelden – behoudens een beperkte uitzondering – voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (art. 2 lid 2; zie ook art. 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold.

Stichting Rode Kruis Ziekenhuis, te Beverwijk, eiseres tot cassatie, adv. mr. T.H. Tanja-van den Broek,
tegen

W.J. te Riet, ook genaamd Scholten, te Heerhugowaard, verweerder in cassatie, niet verschenen.

Rechtbank (tussenvonnis d.d. 14 maart 2000):

5. Beoordeling van de grieven

Uitgangspunten bij de beoordeling

5.1. Tussen partijen is niet in geschil dat de overdracht van de verbandkamer door Hoogovens aan het Ziekenhuis moet worden aangemerkt als een overgang van een (deel van een) onderne-

ming als bedoeld in het op dat tijdstip geldende artikel 7A:1639aa, eerste lid onder b. BW, thans genummerd 7:662 onder b. BW (welke nummering de rechtbank verder zal volgen), zodat de daarop volgende artikelen toepassing vinden. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:663 BW zijn derhalve door de overgang van de verbandkamer van Hoogovens naar het Ziekenhuis de rechten en verplichtingen die tot 1 oktober 1995 voor Hoogovens voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst met Te Riet van rechtswege overgegaan op het Ziekenhuis. Tot die rechten en verplichtingen behoren op grond van het bepaalde in artikel 14a Wet CAO, eerste volzin, ook die rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de Hoogovens CAO.

5.2. Naar de kern genomen betreft het geschil tussen partijen het antwoord op de vraag op welk tijdstip het Ziekenhuis niet langer gehouden is om de Hoogovens CAO jegens Te Riet na te komen, met name gelet op de totstandkoming van de nieuwe CAO voor het Ziekenhuiswezen per 15 augustus 1996, met terugwerkende kracht tot 1 april 1996.

5.3. Het Ziekenhuis heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat het in rechtsoverweging 5.2 bedoelde tijdstip ligt op 15 augustus 1996, zijnde de datum waarop definitieve overeenstemming werd bereikt over de nieuwe CAO voor het Ziekenhuiswezen, aan welke CAO het Ziekenhuis is gebonden. Het Ziekenhuis beroept zich daartoe op de tekst van artikel 14a Wet CAO, tweede volzin, op het oogmerk van dit artikel zoals dat blijkt uit de Memorie van Toelichting en op de daarin gegeven toelichting op het ontbreken van een beperking in de Wet CAO van de doorwerking van de oude CAO in tijd, die op de voet van de Europese Richtlijn had kunnen worden opgenomen. Het door Te Riet voorgestane systeem, waarbij verschillende CAO's wisselend van toepassing kunnen zijn, is al te ingewikkeld en bovendien niet waterdicht, aldus het Ziekenhuis, dat betoogt dat het in redelijkheid niet met een dergelijk systeem kan worden opgezadeld; het systeem staat, volgens het Ziekenhuis, op gespannen voet met de wet, die immers mede tot doel heeft een oplossing te bieden voor gevallen als de onderhavige, waarin verschillende CAO's met elkaar in conflict kunnen komen.

5.4. Deze opvatting van het Ziekenhuis kan onder de thans geldende wettelijke bepalingen niet worden gevolgd. Algemeen aanvaard is dat bepalingen van een CAO die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst in die individuele arbeidsovereenkomst door- en nawerken, totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief, hetzij individueel, wijziging is gebracht, of ten gevolge van een algemeen verbindend verklaring van bepalingen uit een andere CAO de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) terzijde is geschoven.

5.5. Door het Ziekenhuis is niet betwist dat Te

Riet niet is aangesloten bij een partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Evenmin is met zoveel woorden gesteld of gebleken dat Te Riet heeft ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst met het Ziekenhuis. Wel heeft het Ziekenhuis aangevoerd dat de Industriebond FNV had ingestemd met de sociale overgangsregeling en dat Te Riet op dat tijdstip was aangesloten bij de Industriebond. Voor zover al uit deze stelling kan worden afgeleid dat het Ziekenhuis zich op het standpunt stelt dat dit meebrengt dat Te Riet heeft ingestemd met toepassing van de CAO voor het Ziekenhuiswezen, verwerpt de rechtbank dat standpunt, reeds omdat uit deze brief niet blijkt dat de daarin genoemde sociale overgangsregeling toepassing van de CAO voor het Ziekenhuiswezen insluit.

5.6. De voorgaande overwegingen leiden tot de conclusie dat de CAO voor het Ziekenhuiswezen niet van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis. Dat betekent dat ook na 15 augustus 1996 de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis ongewijzigd is voortgezet. Het betekent ook dat – behoudens het hierna overwogene omtrent algemeen verbindend verklaring – na het verstrijken van de geldingsduur van de Hoogovens CAO per 31 maart 1997 de arbeidsovereenkomst tussen partijen evenzeer ongewijzigd is voortgezet.

5.7. Aan het voorgaande doet niet af het beroep van het Ziekenhuis op de tekst van artikel 14a Wet CAO. Alhoewel die tekst spreekt van het eindigen van de rechten en verplichtingen, blijkt uit de Nota van Wijzigingen dat het vervallen van de verplichting van de werkgever tot handhaving van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer niet betekent dat de bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst die door de CAO werden beheerst ook komen te vervallen. Het betekent slechts dat (in dit geval) het Ziekenhuis en Te Riet voortaan andere arbeidsvoorwaarden mogen overeenkomen.

5.8. Ook de omstandigheid dat artikel 14a Wet CAO blijkt de Memorie van Toelichting mede beoogt een oplossing te geven voor de gevallen waarin de verschillende collectieve arbeidsovereenkomsten met elkaar in conflict kunnen komen, maakt de in rechtsoverweging 5.6 vermelde conclusie niet anders, omdat ook bij deze het Ziekenhuis minder welgevallige uitleg van artikel 14a Wet CAO dat doel wordt bereikt.

5.9. Voorts kan in het ontbreken van een beperking van de doorwerking in tijd als bedoeld in artikel 3, tweede lid van de Richtlijn, geen aanknopingspunt worden gevonden voor de juistheid van het standpunt van het Ziekenhuis. Dit argument ziet eraan voorbij dat een zodanige beperking ertoe zou leiden dat de handhavingsverplichting wordt begrensd, zonder dat daarmee de bepalingen in de onderliggende individuele arbeidsovereenkomst komen te vervallen, zoals overwogen in rechtsoverweging 5.7.

5.10. Op zich betoogt het Ziekenhuis met

juistheid dat het huidige systeem zoals dat uit artikel 14a Wet CAO voortvloeit, tot voor de verkrijgende werkgever ingewikkelde situaties kan leiden. Dat is evenwel een probleem van administratieve aard en weegt niet op tegen het recht van de werknemer op behoud van zijn aanspraken bij overgang van de onderneming. Voorts zijn omstandigheden denkbaar, naar het Ziekenhuis evenzeer met juistheid heeft aangevoerd, waarin de hier gevolgde uitleg van artikel 14a Wet CAO tot een onwenselijke uitkomst leidt, doch in die gevallen zal moeten worden bezien of specifieke correctiemechanismen kunnen en behoren te worden toegepast; in deze omstandigheid vindt de rechtbank in elk geval geen aanleiding tot een andersluidende uitleg van genoemd artikel.

5.11. In verband met het voorgaande dient nog te worden bezien welke betekenis toekomt aan de betaling van het bedrag van f65 000 door Hoogovens aan Te Riet. Uit de met stukken gestaafde stellingen van partijen leidt de rechtbank af dat deze betaling is verricht als vergoeding voor het nadeel dat naar verwachting van Hoogovens en Te Riet het gevolg zou zijn van een toekomstig minder gunstig arbeidsvoorwaardenregime voor Te Riet, zonder dat dit nadeel tevens expliciet is verwoord. Gelet op de hiervoor onder 4.f weergegeven opmerking van Te Riet onder de arbeidsovereenkomst tussen hem en het Ziekenhuis, heeft het Ziekenhuis, dat zich jegens Te Riet niet kenbaar heeft opgesteld als partij bij de overeenkomst die aan de betaling van genoemde f65 000 door Hoogovens ten grondslag lag, aan die betaling niet de verwachting mogen ontlelen dat Te Riet door de aanvaarding daarvan afzag van zijn rechten uit de artikelen 7:662 en volgende BW.

5.12. Bij het voorgaande neemt de rechtbank in aanmerking dat dit oordeel onverlet laat dat de betaling door Hoogovens tot compensatie kan leiden van door Te Riet te lijden nadeel, als gevolg van de overgang van de verbandkamer van Hoogovens naar het Ziekenhuis, nu – blijkens hetgeen hierna nog zal worden overwogen – Te Riet (telkens) als gevolg van algemeen verbindendverklaring(en) van de CAO(s) voor het Ziekenhuiswezen substantieel nadeel van die overgang lijdt. Voorts is in dit kader van gewicht dat uit de overgelegde (vergader)stukken kan worden afgeleid dat partijen zich bij de besprekingen voorafgaand aan de overgang van de verbandkamer onvoldoende hebben gerealiseerd hoe artikel 14a Wet CAO dient te worden verstaan en welke rechten Te Riet daaraan kan ontlelen. Daarmee laat zich bezwaarlijk rijmen de stelling van het Ziekenhuis dat partijen niettemin thans met de betalingen door Hoogovens moeten worden geacht toentertijd niet onderkende, voor Te Riet aan de overgang verbonden nadelen te hebben willen compenseren.

5.13. Op juiste gronden heeft Te Riet aangenomen dat gedurende de periode van algemeen verbindend verklaring de desbetreffende bepalingen

gen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen van toepassing zijn op zijn arbeidsovereenkomst met het Ziekenhuis. De van zijn individuele arbeidsovereenkomst deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens CAO worden voor de duur van de algemeen verbindend verklaring opzij gezet voor zover zij met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen onverenigbaar zijn. Na het verstrijken van de duur van de algemeen verbindend verklaring herleeft echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis.

Beoordeling per grief

5.14. De voorgaande overwegingen leiden ertoe dat de wederzijds opgeworpen grieven als volgt worden beoordeeld.

5.15. De eerste grief van Te Riet slaagt, nu de rechten en verplichtingen van Te Riet die voortvloeien uit de Hoogovens CAO niet per 15 augustus 1996 zijn geëindigd, maar slechts in perioden van algemeen verbindend verklaring van daarmee strijdige bepalingen uit de CAO voor het Ziekenhuiswezen opzij gezet worden om na die algemeen verbindend verklaring weer te herleven, totdat partijen tot andersluidende afspraken zijn geraakt.

5.16. De tweede grief van Te Riet en de tweede grief van het Ziekenhuis falen. In de stukken kan geen steun worden gevonden voor de opvatting dat de compensatieregeling uitsluitend betrekking heeft op de secundaire arbeidsvoorwaarden. Blijkens de door het Ziekenhuis overgelegde notulen is bij de besprekingen die aan de betaling door Hoogovens vooraf zijn gegaan niet alleen gesproken over secundaire arbeidsvoorwaarden, maar ook over de wijziging van het salaris van de betrokken werknemers als gevolg van de overgang. Evenmin is juist de opvatting dat de betaling van f 65 000 de toepasselijkheid met zich brengt van de CAO voor het Ziekenhuiswezen per 1 oktober 1995 en dat die betaling in mindering strekt op hetgeen waartoe het Ziekenhuis in deze procedure veroordeeld mocht worden. De rechtbank verwijst in dit verband naar hetgeen zij heeft overwogen in rechtsoverweging 5.11, waaruit voortvloeit dat de betaling van f 65 000 door Hoogovens strekt tot (gedeeltelijke) compensatie van het nadeel dat Te Riet telkens weer lijdt, wanneer een CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend wordt verklaard.

5.17. Ook de derde grief van Te Riet faalt. De strekking van de wettelijke verhoging is om de werkgever een prikkel te bieden voor tijdige uitbetaling van het loon. In de onderhavige situatie is niet zozeer sprake van betalingsonwil aan de zijde van het Ziekenhuis, maar van een verschil van inzicht in de rechtsgevolgen van de overgang van de verbandkamer. Onder die omstandigheden acht de rechtbank – mede in aanmerking genomen dat de door Te Riet geleden schade wordt vergoed door toekenning van de wettelijke rente, terwijl in dit verband aan de

door Hoogovens reeds betaalde f 65 000 evenmin voorbij kan worden gegaan – matiging van de wettelijke verhoging tot nihil aangewezen. Te Riet heeft overigens miskend dat de kantonrechter ook ambtshalve bevoegd is tot matiging van de wettelijke verhoging en slechts tot motivering gehouden is in het geval een verzoek tot matiging wordt afgewezen.

5.18. De derde grief van het Ziekenhuis faalt voor zover het Ziekenhuis erover klaagt dat de betaling van f 65 000 niet is meegewogen bij de toewijzing van de genoemde bedragen. De rechtbank verwijst hiertoe naar rechtsoverweging 5.16.

5.19. De derde grief van het Ziekenhuis voor het overige en zijn eerste grief zijn terecht voorgedragen. Tegenover de betwisting door het Ziekenhuis heeft Te Riet onvoldoende aangetoond hoe hoog zijn laatstverdiende salaris bij Hoogovens is geweest en welke CAO voor hem van toepassing was. Het door Te Riet overgelegde afschrift van de Hoogovens CAO 1995-1997 is immers niet compleet. Terecht merkt het Ziekenhuis op dat uit deze stukken niet kan worden afgeleid welke van de genoemde CAO's (CAO-1 of CAO-2) gold voor Te Riet. De rechtbank zal de zaak daarom verwijzen naar de rol, teneinde Te Riet in de gelegenheid te stellen om bij akte een salarisstrook of vergelijkbaar stuk in het geding te brengen, waaruit zijn laatstverdiende bruto salaris inclusief vaste ploegentoeslag blijkt. Te Riet zal zich bij die akte eveneens – voor zover mogelijk gestaafd met stukken – kunnen uitlaten over de voor hem toepasselijke Hoogovens CAO. Het Ziekenhuis zal bij antwoordakte kunnen reageren. Tot na deze aktewisseling zal iedere verdere beslissing worden aangehouden.

(enz.)

Rechtbank (eindvonnis d.d. 27 februari 2001):

2. De verdere beoordeling van de grieven

2.1. Partijen zijn het thans erover eens dat Te Riet onder de CAO-1 van Hoogovens viel.

Voorts kan als vaststaand worden aangenomen dat het in aanmerking te nemen bruto-maandsalaris onder die CAO vanaf 1 april 1996 f 6390 bedraagt, zodat – op de voet van de berekening van het Ziekenhuis – van een uurloon van f 43,89 zal worden uitgegaan.

2.2. Duidelijkheidshalve zal de rechtbank het vonnis van de kantonrechter – ook voorzoveel dit inhoudelijk in stand blijft – in zijn geheel vernietigen en op alle punten een nieuwe – derhalve deels gelijklopende – beslissing geven.

2.3. Een en ander brengt mee dat zal worden beslist als volgt, waarbij het Ziekenhuis zal worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, zoals door Te Riet gevorderd.

3. Beslissing

De Rechtbank, rechtdoende in hoger beroep in beide zaken:

3.1. Vernietigt het tussen partijen gewezen

vonnis van de kantonrechter te Haarlem van 12 maart 1997, en opnieuw beslissende;

3.2. Verklaart voor recht dat het Ziekenhuis tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuis algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens, omdat de rechten en plichten uit die arbeidsovereenkomst van rechtswege op het ziekenhuis zijn overgegaan;

3.3. Beveelt het Ziekenhuis om Te Riet, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, ten hoogste 33,6 uren per week te werk te stellen;

3.4. Veroordeelt het Ziekenhuis tot aanvulling van het loon van Te Riet tot:

- f 6311,11 bruto per maand vanaf 1 oktober 1995 tot en met 31 maart 1996;
- f 6390 bruto per maand vanaf 1 april 1996 tot 15 augustus 1996;
- f 6390 bruto per maand vanaf 15 augustus 1996 tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot het moment waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard;

3.5. Veroordeelt het Ziekenhuis tot betaling aan Te Riet van f 43,89 bruto voor ieder uur dat hij in de periode van 1 oktober 1995 tot 15 augustus 1996 meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt, alsmede voor ieder uur dat hij, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt, dan wel zal werken;

3.6. Veroordeelt het Ziekenhuis tot voldoening van de wettelijke rente over de uit hoofde van de vorenstaande betalingsveroordeling aan Te Riet verschuldigde bedragen vanaf 1 maart 1996 voor zoveel het Ziekenhuis deze bedragen op die datum was verschuldigd en voor het overige vanaf de datum dat het Ziekenhuis met de betaling ervan in verzuim is gekomen, tot de dag der algehele voldoening;

3.7. Matigt de wettelijke verhoging tot nihil;

3.8. Veroordeelt het Ziekenhuis in de kosten van het hoger beroep, tot op deze uitspraak aan de zijde van Te Riet begroot op f 428,92 aan verschotten en op f 2580 aan salaris procureur;

3.9. Verklaart dit vonnis ten aanzien van vorenstaande betalingsveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

3.10. Wijst af het meer of anders gevorderde.

Cassatiemiddel:

Inleiding

Tot 1 oktober 1995 was Te Riet als verpleegkundige werkzaam bij de verbandkamer van Hoogovens Groep BV ('Hoogovens'). In de arbeidsovereenkomst tussen Hoogovens en Te Riet wordt voor wat betreft de arbeidsvoorwaarden verwezen naar de CAO's voor het personeel van de Sociale Eenheid IJmuiden ('Hoogovens-CAO').

Per 1 oktober 1995 heeft Hoogovens haar verbandkamer overgedragen aan het Ziekenhuis. Tussen de Industriebond FNV en Hoogovens is een overgangsregeling ten behoeve van de bij de verbandkamer werkzame werknemers uitonderhandeld, uit hoofde waarvan Te Riet een bedrag van f 65 000 heeft ontvangen. Het Ziekenhuis heeft per 1 oktober 1995 (uitsluitend) de bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen ('Z-CAO') op Te Riet toegepast.

Op 15 augustus 1996 is een nieuwe CAO voor het Ziekenhuiswezen van kracht geworden, waaraan het Ziekenhuis (als lid van een CAO-partij) gebonden werd. Deze is op 3 mei 1997 algemeen verbindend verklaard. Per 31 maart 1997 is de geldingsduur van de Hoogovens-CAO verstreken.

Het geschil tussen partijen betreft de vraag of, c.q. in hoeverre, het Ziekenhuis gehouden is om de bepalingen uit de Hoogovens-CAO, zoals deze golden op 1 oktober 1995, te blijven toepassen op het dienstverband met Te Riet, zulks (hoofdzakelijk) in verband met het bepaalde in art. 14a van de Wet CAO.

De Kantonrechter was van oordeel dat Te Riet tot 15 augustus 1996 aanspraak heeft behouden op toepassing van de bepalingen uit de Hoogovens-CAO en dat de arbeidsverhouding tussen Te Riet en het Ziekenhuis vanaf die datum wordt beheerst door de Z-CAO.

In r.o.5.6 van haar tussenvonnis oordeelt de Rechtbank dat de CAO voor het Ziekenhuiswezen niet van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis, hetgeen betekent i) dat ook na 15 augustus 1996 de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis ongewijzigd is voortgezet en ii) dat – behoudens de perioden van algemeen verbindend verklaring – ook na het verstrijken van de geldingsduur van de Hoogovens-CAO per 31 maart 1997 de arbeidsovereenkomst tussen partijen evenzeer ongewijzigd is voortgezet. In de r.o.5.7 tot en met 5.10 motiveert de Rechtbank dit oordeel (nader). In r.o.5.13 geeft de Rechtbank aan dat de van de arbeidsovereenkomst van Te Riet deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens-CAO telkens voor de duur van de algemeen verbindend verklaring van de Z-CAO opzij zijn, resp. worden gezet, voor zover zij met die CAO onverenigbaar zijn. In haar eindvonnis volhardt de Rechtbank bij deze oordelen en verklaart zij voor recht dat het Ziekenhuis tot 3 mei 1997 en telkens vanaf de datum waarop de geldende Z-

CAO expireert tot de datum waarop de volgende Z-CAO algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens (en spreekt zij een daarmee corresponderende veroordeling ten laste van het Ziekenhuis uit). Het RKZ formuleert tegen die oordelen de navolgende:

Klachten

1. Voor zover de Rechtbank met haar oordeel, dat de Z-CAO (ook na 15 augustus 1996) niet van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis, bedoelt dat het Ziekenhuis niet gehouden is de bepalingen (omtrent arbeidsvoorwaarden) uit die CAO ook ten aanzien van Te Riet na te komen, is dat oordeel in het licht van art. 14 Wet CAO rechte onjuist, althans zonder nadere motivering niet begrijpelijk. Immers, in r.o.4.1 van haar tussenvonnis heeft de Rechtbank onder d. met juistheid vastgesteld dat het Ziekenhuis is aangesloten bij een partij bij de Z-CAO en dat deze CAO voorschrijft dat deze op alle arbeidsovereenkomsten van toepassing wordt verklaard. Daarmee is de verplichting tot toepassing van de Z-CAO op de arbeidsovereenkomst met Te Riet gegeven, waaraan niet afdoet dat Te Riet niet aan die CAO gebonden is of met de toepasselijkheid daarvan heeft ingestemd (zie r.o.5.5).

2. Voorts geeft het oordeel van de Rechtbank, dat Te Riet ook voor wat betreft de periode na 15 augustus 1996 aanspraak kan maken op toepassing van de bepalingen uit de Hoogovens-CAO, in het licht van de tekst en de strekking van art. 14a lid 2 van de Wet CAO, alsmede in het licht van art. 3 lid 2 van EG-Richtlijn 77/78/EEG (PB 5 maart 1977, L61/26; hierna: 'de Richtlijn:'), blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de uitleg en/of juiste toepassing van art.14a Wet CAO.

De Rechtbank miskent aldus immers dat in het tweede lid van art.14a Wet CAO, ter uitvoering van genoemde Richtlijn-bepaling, met zoveel woorden is bepaald dat de rechten en verplichtingen die ingevolge het eerste lid zijn overgegaan op de verkrijger *eindigen* op het tijdstip waarop de verkrijger ten aanzien van de arbeid, verricht door de overgenomen arbeiders, gebonden wordt aan een na de overgang van de onderneming tot stand gekomen collectieve arbeidsovereenkomst. Nu tussen partijen vaststaat en ook de Rechtbank er, onder meer blijkens r.o.5.5, vanuit gaat dat het Ziekenhuis (als verkrijger) op 15 augustus 1996 gebonden werd aan de nieuwe Z-CAO, die ook op de arbeid van Te Riet van toepassing is, eindigden de rechten en verplichtingen uit de Hoogovens-CAO (in de verhouding tussen Te Riet en het Ziekenhuis) mitsdien op die datum. Het feit dat Te Riet niet aan die CAO gebonden is, doet daaraan niet af.

3. Eveneens/althans geeft, in het licht van art. 14a Wet CAO en art. 3 lid 2 van de Richtlijn, blijk van een onjuiste rechtsopvatting het oordeel van

de Rechtbank dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen ook na 31 maart 1997 ongewijzigd is voortgezet.

De Rechtbank miskent dat de rechten en verplichtingen als bedoeld in art. 14a lid 1 Wet CAO ingevolge (de tweede zin van) het tweede lid van die bepaling (mede gelet op art. 3 lid 2 van de Richtlijn) in elk geval *eindigen* zodra de op het tijdstip van de overgang lopende geldingsduur van de CAO waaraan de vervreemder gebonden was, verstrijkt, i.c. 31 maart 1997.

4. Voorts/althans geeft (mede in het licht van art. 3 lid 2 van de Richtlijn) blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het bepaalde in art. 14a Wet CAO het oordeel van de Rechtbank, in r.o.5.13, dat na het verstrijken van de duur van de algemeen verbindend verklaring van de Z-CAO de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst (bestaande uit de bepalingen uit de Hoogovens-CAO) herleeft.

Ook hier miskent de Rechtbank dat lid 2 van art. 14a Wet CAO ongeclausuleerd bepaalt dat de rechten en verplichtingen, voortvloeiend uit de 'oude' CAO *eindigen* op het tijdstip waarop de verkrijger krachtens een besluit tot algemeen verbindend verklaring aan een (andere) CAO wordt gebonden.

5. Althans miskent de Rechtbank met haar in onderdeel 4 bestreden oordeel dat (ook) bepalingen van algemeen verbindend verklaarde CAO's nawerking hebben, in elk geval in omstandigheden als hier aan de orde.

(enz.)

Conclusie A-G mr. Verkade:

1. Inleiding

1.1. Deze zaak stelt wederom aan de orde de zgn. nawerking van CAO-bepalingen, waarover de Hoge Raad reeds menigmaal heeft moeten oordelen. Thans gaat het om nawerking via zgn. handhaving van rechten van werknemer Te Riet uit de Hoogovens-CAO, in de opvolgende arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Rode Kruis Ziekenhuis te Beverwijk, nadat een bedrijfsonderdeel van Hoogovens, en wel de verbandkamer, onder toepasselijkheid van art. 7:662 BW en art. 14a Wet CAO was overgegaan op dit Ziekenhuis.

1.2. Te Riet was destijds aan de Hoogovens-CAO gebonden ingevolge art. 9, lid 1, Wet CAO: kort gezegd als vakbondslid. Te Riet is daarentegen *geen* lid van een vereniging die de Ziekenhuis-CAO is aangegaan. Zou dat laatste wél het geval zijn (of zou Te Riet ermee hebben ingestemd dat de Ziekenhuis-CAO op hem zou worden toegepast), dan zou de kwestie van nawerking van bepalingen uit de Hoogovens-CAO niet meer aan de orde zijn. Maar de feiten liggen dus anders.

1.3. Nawerking van de Hoogovens-CAO is gunstig voor Te Riet. Het Ziekenhuis meent evenwel dat van nawerking van de Hoogovens-CAO geen sprake (meer) behoort te zijn, nu

- het Ziekenhuis op 15 augustus 1996 gebonden

werd aan de nieuwe Ziekenhuis-CAO die ook op de arbeid van Te Riet toepasselijk is;

- de geldigheidsduur van de lopende Hoogovens-CAO op 31 maart 1997 is verstreken;
- de Ziekenhuis-CAO op 3 mei 1997 algemeen verbindend is verklaard.

2. Feiten¹

2.1. Te Riet is op 1 maart 1979 in dienst getreden van Hoogovens als verpleegkundige in de verbandkamer.

Op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en Hoogovens was CAO-1² voor het personeel van de Sociale Eenheid IJmuiden (hierna: de Hoogovens-CAO) van toepassing, zoals laatstelijk overeengekomen voor de periode van 1 april 1995 tot 31 maart 1997.

2.2. Hoogovens heeft de verbandkamer per 1 oktober 1995 overgedragen aan het Ziekenhuis.

Het Ziekenhuis is (aangesloten bij een) partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen (hierna: de Ziekenhuis-CAO). De Ziekenhuis-CAO schrijft voor dat deze op alle arbeidsovereenkomsten van toepassing wordt verklaard.

2.3. Op grond van de Hoogovens-CAO had Te Riet een werkweek van 33,6 uur, terwijl hij door het Ziekenhuis voor meer uren te werk werd gesteld. Voorts is het loon van de Ziekenhuis-CAO voor werknemers als Te Riet lager dan dat krachtens de Hoogovens-CAO.

2.4. Het Ziekenhuis heeft vanaf de overgang op 1 oktober 1995 op de arbeidsovereenkomst met Te Riet uitsluitend de Ziekenhuis-CAO toegepast.

2.5. Op 15 augustus 1996 is, met terugwerkende kracht per 1 april 1996, een nieuwe Ziekenhuis-CAO totstandgekomen.

2.6. De geldigheidsduur van de Hoogovens-CAO is op 31 maart 1997 verstreken.³

2.7. De Ziekenhuis-CAO is op 3 mei 1997 algemeen verbindend verklaard.⁴

2.8. Te Riet is niet aangesloten bij een partij bij de Ziekenhuis-CAO, noch heeft Te Riet ermee ingestemd dat de Ziekenhuis-CAO op hem zou worden toegepast.⁵

2.9. Ten overvloede, want in cassatie niet meer van belang, meld ik dat Hoogovens aan Te Riet in verband met de overdracht een bedrag van f 65 000 heeft betaald.⁶

Eveneens ten overvloede merk ik op dat Te Riet volgens de pleitnota van het Ziekenhuis voor het pleidooi bij de rechtbank d.d. 27 januari 2000 (§ 22) in het Ziekenhuis niet meer zijn oude werk doet, maar aldaar een opleiding tot OK-verpleegkundige volgt.

3. Procesverloop

3.1. Te Riet heeft zich bij dagvaarding op verkorte termijn van 29 maart 1996 tot de kantonrechter te Haarlem gewend.⁷ Hij heeft na vermeerdere van eis (samengevat) gevorderd dat de kantonrechter:

I. voor recht zal verklaren dat het Ziekenhuis is gebonden aan de rechten en plichten die volgen uit zijn arbeidsovereenkomst met Hoogovens;

II. het Ziekenhuis zal veroordelen tot aanvulling van het loon dat zij hem heeft betaald of zal betalen:

a. vanaf 1 oktober 1995 tot en met 31 maart 1996 tot f 6311,11 per maand;

b. vanaf 1 april 1996 tot het einde van de arbeidsovereenkomst tot primair f 6390, - en subsidiair f 6311,11 per maand;

III. het Ziekenhuis zal bevelen om Te Riet tewerk te stellen voor maximaal 33,6 uur per week;

IV. het Ziekenhuis zal veroordelen tot betaling van f 46,82 (bruto) per extra uur vanaf 1 oktober 1995;

een en ander te vermeerderen met de wettelijke verhoging en wettelijke rente; kosten rechtens.

3.2. Nadat een door de kantonrechter bij tussenvonnis bevolen comparitie niet tot een schikking had geleid, heeft de kantonrechter op 12 maart 1997 eindvonnis gewezen. Hij overwoog dat de rechten en verplichtingen uit de Hoogovens-CAO zijn geëindigd op het tijdstip waarop het Ziekenhuis werd gebonden aan een nieuwe CAO, derhalve op 15 augustus 1996. Voor zover Te Riet zijn vordering vanaf 15 augustus 1996 heeft gebaseerd op de Hoogovens-CAO, diende deze volgens de kantonrechter dan ook te worden afgewezen (r.o. 5.3).

Voor de periode tot 15 augustus 1996 veroordeelde de kantonrechter het Ziekenhuis tot de gevorderde suppleties, met matiging van de wettelijke verhoging tot nihil.

3.3. Te Riet heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Haarlem. Ook het Ziekenhuis heeft hoger beroep ingesteld.

De rechtbank heeft bij vonnis van 14 juli 1998 de voeging van beide appelzaken bevolen.

Het hoger beroep van het Ziekenhuis is in cassatie niet relevant.

3.4. Te Riet heeft in hoger beroep onder meer gevorderd:

'(...) dat de rechtbank het beroepen vonnis gedeeltelijk zal vernietigen, namelijk voor zover de vorderingen van Te Riet daarbij zijn afgewezen onder instandhouding van dat vonnis voor het overige, en opnieuw rechtdoende, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

(1) voor recht zal verklaren dat het Ziekenhuis, tot 3 mei 1997 en, zo lang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO

1 Tussenvonnis rechtbank, r.o.4 onder verwijzing naar r.o.2 van het vonnis van de kantonrechter te Haarlem van 12 maart 1997.

2 Eindvonnis rechtbank van 27 februari 2001, r.o.2.1.

3 Tussenvonnis rechtbank, r.o.5.6.

4 Dictum eindvonnis rechtbank onder 3.2.

5 Tussenvonnis rechtbank, r.o.5.5.

6 Tussenvonnis rechtbank, r.o.5.11.

7 Er was ook een parallelle procedure tussen zes andere verbandkamermedewerkers en het Ziekenhuis. Daarvan bevindt zich alleen een tussenvonnis van de kantonrechter te Haarlem van 25 september 1996 in het dossier (zaaknr. 40564).

voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens – primair – omdat de rechten en plichten uit die arbeidsovereenkomst van rechtswege op het Ziekenhuis zijn overgegaan, althans – subsidiair – omdat die rechten en plichten deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst tussen het Ziekenhuis en Te Riet; (...)'

Daarnaast vorderde Te Riet (onder 3) een tewerkstelling van maximaal 33,6 uur per week. Te Riet vorderde voorts met een en ander samenhangende nadere betalingen, alsmede een aantal nevenveroordelingen.

3.5. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 14 maart 2000 onder meer overwogen:

'(...) Algemeen aanvaard is dat bepalingen van een CAO die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst in die individuele arbeidsovereenkomst door- en nawerken, totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief, hetzij individueel, wijziging is gebracht, of ten gevolge van een algemeen verbindend verklaring van bepalingen uit een andere CAO de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) terzijde is geschoven.' (r.o. 5.4)

'Door het Ziekenhuis is niet betwist dat Te Riet niet is aangesloten bij een partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Evenmin is met zoveel woorden gesteld of gebleken dat Te Riet heeft ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst met het Ziekenhuis. Wel heeft het Ziekenhuis aangevoerd dat de Industriebond FNV had ingestemd met de sociale overgangsregeling en dat Te Riet op dat tijdstip was aangesloten bij de Industriebond. Voor zover al uit deze stelling kan worden afgeleid dat het Ziekenhuis zich op het standpunt stelt dat dit meebrengt dat Te Riet heeft ingestemd met toepassing van de CAO voor het Ziekenhuiswezen, verwerpt de rechtbank dat standpunt, reeds omdat uit deze brief niet blijkt dat de daarin genoemde sociale overgangsregeling toepassing van de CAO voor het Ziekenhuiswezen insluit.' (r.o. 5.5)

'De voorgaande overwegingen leiden tot de conclusie dat de CAO voor het Ziekenhuiswezen niet van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis. Dat betekent dat ook na 15 augustus 1996 de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis ongewijzigd is voortgezet. Het betekent ook dat – behoudens het hierna overwogene omtrent algemeen verbindend verklaring – na het verstrijken van de geldingsduur van de Hoogovens CAO per 31 maart 1997 de arbeidsovereenkomst tussen partijen evenzeer ongewijzigd is voortgezet.' (r.o. 5.6)

'Op juiste gronden heeft Te Riet aangenomen

dat gedurende de periode van algemeen verbindend verklaring de desbetreffende bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen van toepassing zijn op zijn arbeidsovereenkomst met het Ziekenhuis. De van zijn individuele arbeidsovereenkomst deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens CAO worden voor de duur van de algemeen verbindend verklaring opzij gezet voor zover zij met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen onverenigbaar zijn. Na het verstrijken van de duur van de algemeen verbindend verklaring herleeft echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis.' (r.o. 5.13)

3.6. De rechtbank heeft op 27 februari 2001 eindvonnis gewezen en de vorderingen van Te Riet hoofdzakelijk toegewezen. Zij heeft ter wille van de duidelijkheid, het vonnis van de kantonrechter geheel vernietigd, doch een gedeeltelijk gelijkkluidende beslissing gegeven, en wel:

'3.2. Verklaart voor recht dat het Ziekenhuis tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens, omdat de rechten en plichten uit die arbeidsovereenkomst van rechtswege op het Ziekenhuis zijn overgegaan;

3.3. Beveelt het Ziekenhuis om , zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, ten hoogste 33,6 uren per week te werk te stellen;

3.4. Veroordeelt het Ziekenhuis tot aanvulling van het loon van Te Riet tot:

– f 6311,11 bruto per maand vanaf 1 oktober 1995 tot en met 31 maart 1996;

– f 6390, – bruto per maand vanaf 1 april 1996 tot 15 augustus 1996;

– f 6390, – bruto per maand vanaf 15 augustus 1996 tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot het moment waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard;

3.5. Veroordeelt het Ziekenhuis tot betaling aan Te Riet van f 43,89 bruto voor ieder uur dat hij in de periode van 1 oktober 1995 tot 15 augustus 1996 meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt, alsmede voor ieder uur dat hij, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen

expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt, dan wel zal werken.'

De rechtbank heeft het Ziekenhuis voorts veroordeeld in de wettelijke rente; de wettelijke verhoging gematigd tot nihil; het Ziekenhuis in de kosten van het hoger beroep veroordeeld; het vonnis ten aanzien van de betalingsveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard en het meer of anders gevorderde afgewezen.

3.7. Het Ziekenhuis heeft (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen de vonnissen van 14 maart 2000 en 27 februari 2001. Tegen Te Riet is verstek verleend. Het Ziekenhuis heeft het cassatieberoep schriftelijk toegelicht.

4. Juridisch kader

- Nawerking in verband met algemeen verbindend verklaarde CAO's

4.1. De rechtbank heeft in de hierboven geciteerde r.o.5.4 van het tussenvonnis van 14 maart 2000 een juiste uiteenzetting gegeven van datgene waartoe de toepassing van de heersende leer in Nederland met betrekking tot de 'door- en nawerking' van CAO's aanleiding geeft. Het komt erop neer dat na het verstrijken van de periode waarvoor de CAO gesloten is, de inhoud ervan die betrekking heeft op de rechten en verplichtingen van de individuele werknemers en werkgevers (men spreekt wel van normatieve of horizontale verplichtingen) tussen hen blijven gelden (door- en nawerken). Deze arbeidsvoorwaarden zijn krachtens de artt. 12-13 Wet CAO deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten.⁸

Zij behouden werking totdat hetzij (i) er een opvolgende CAO is die partijen bindt, hetzij (ii) tussen een bepaalde individuele werkgever en een bepaalde individuele werknemer anders overeengekomen is, hetzij (iii) de krachtens de Wet AVV algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO de betrokken bepalingen opzij schuiven.

Ook als de CAO op een niet georganiseerde werknemer (de zgn. 'art.14-werknemer') is toegepast, hebben deze horizontale of normatieve bepalingen 'nawerking'.⁹

In r.ovv. 5.5 en 5.6 heeft de rechtbank aangeven waartoe zulks in de onderhavige zaak aanleiding geeft.

4.2. De rechtbank heeft haar uiteenzetting in r.o. 5.13 van hetzelfde tussenvonnis (eveneens hierboven geciteerd) voortgezet ten aanzien van de (standaard)complicatie dat algemeen-verbindend-verklaringen van CAO-bepalingen op basis van de wet AVV tijdelijk zijn. In de praktijk wisselen perioden waarin een AVV wél resp. niet geldt zich elkaar (vaak jaar-in-jaar-uit) af.

Aansluitend bij de vaste jurisprudentie¹⁰ over nawerking heeft de rechtbank aangegeven dat tijdens de periode van de algemeen-verbindend-verklaring het desbetreffende CAO-regime geldt, maar dat daarna (tot de volgende periode waarin

een CAO algemeen verbindend verklaard is), weer (als hoofdregel) het individuele regime geldt overeenkomstig hetgeen laatstelijk voor partijen gold op basis van hun individuele overeenkomst of op basis van de 'door- en nawerkende' CAO van vóór de algemeen-verbindendverklaring.

4.3. Dit systeem is evenwel niet onomstreden, en wordt ook in deze zaak weer ter discussie gesteld. Dat geldt met name (ook) voor de onder 4.2 omschreven nawerking: de omstandigheid dat na tijdelijke algemeen-verbindendverklaring jaar-in-jaar-uit om en om het AVV-regime en het herlevende/nawerkende voorafgaande regime gelden.¹¹ In de literatuur is gesproken over een jojo¹², die voor het bedrijfsleven onwerkbaar zou zijn. Het cassatiemiddel haakt daarop in. In plaats van nawerking van het voorafgaande regime, zou juist het laatstgeldende algemeen-verbindendverklarde CAO-regime moeten gelden, aldus de critici en aldus het middel.

4.4. De Hoge Raad heeft evenwel – hoewel daartoe door zijn A-G's meer dan eens uitdrukkelijk uitgelokt¹³ – in beginsel géén nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO geaccepteerd. Voor bepalingen van een CAO die algemeen verbindend zijn verklaard en langs die weg tussen partijen van kracht zijn geworden, geldt dan ook dat werknemer en werkgever na het einde van de a.v.v. niet (zonder meer) aan die bepalingen gebonden blijven. Hun wederzijdse rechten en verplichtingen hangen sinds 1980 in beginsel onverminderd af van wat zij waren overeengekomen of alsnog overeengekomen.¹⁴ Dat brengt m.i. voorts mee dat herleeft wat voordien krachtens de (door- en nawerkende) CAO-bepalingen gold.

4.5. De Hoge Raad kon uitnodigingen van A-G Koopmans in 1994 en A-G De Vries Lentsch-Kostense in 2002 tot 'omgaan' terzijde laten, omdat het door de A-G's én door de Hoge Raad gewenste resultaat in die twee zaken ook op andere wijze bereikt kon worden, nl. via de constructie van 'verkregen rechten'.

4.6. Het straks te bespreken cassatiemiddel doet

8 Zie over de nawerking bijv. HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70, m.nt. PAS, r.o. 3; Fase, C.a.o.-recht, 1982, p. 75 e.v.; Schutte, Overzicht van het cao-recht, 1995, p. 48-50; Rood, Introductie in het sociaal recht, 2000, p. 95-96. Zie ook R. van de Water, Nawerking van CAO-bepalingen, SR 1999-12, p. 308 e.v.

9 Zie over de 'art. 14-werknemer' bijv. F.B.J. Grapperhaus, De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO, SR 2002-6, p. 184 e.v.

10 Zie hierna §4.4 en 4.5 met verwijzingen.

11 Aan de s.t. zijdens het Ziekenhuis is een illustratief chronologisch overzicht met betrekking tot de CAO voor het Ziekenhuiswezen gehecht.

12 Vgl. Rood, TVVS 1994, p. 132 e.v.

13 Zie de conclusies van A-G Koopmans voor HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 (Beenen/Vanduhoe) m.nt. PAS, resp. van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 7 juni 2002, NJ 2003, 175 (X J.B. Vlees). Deze conclusies zijn rijk aan verdere gegevens.

14 HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348, m.nt. PAS, r.o.6 (Hop/Hom).

andermaal een poging Uw Raad te doen 'omgaan'. Nu de voordelen en nadelen van de nawerkingsleer – afgezien van de complicatie van overgang van de onderneming – ampel besproken zijn in de even genoemde conclusies, resp. in de literatuur waarnaar zij verwijzen, behoeft ik die in deze conclusie niet herhalen.

Hoewel ik, met de schrijvers en met oud-collega Koopmans en collega De Vries Lentsch-Kostense de nadelen van het geldende systeem onderken, zie ik (met hen) ook wel de bezwaren van het regime waarbij de laatste algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen tot nawerkingsuitgangspunt worden genomen. In het onderhavige geval betekent het voor de betrokken werknemer een aanzienlijke teruggang, naar blijkt uit de door de rechtbank toegekende supplementen.

Nawerking in verband met overgang van een onderneming

4.7. Ik kom vervolgens toe aan het juridisch kader bij de vraag of er in het geval van overgang van de onderneming overeenkomstig art. 7:662 BW en art. 14a Wet CAO reden is voor een afwijking van het hierboven besproken gangbare nawerkingsregime (als voorgestaan in middelonderdelen 2-5).

Dat er in casu sprake is van een zodanige overgang, is niet in geschil.

4.8. Art. 14a Wet CAO luidt voor zover hier van belang:

'(1) Door de overgang van een onderneming, als bedoeld in artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, gaan de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst waaraan hij gebonden is, van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming.

(2) De rechten en verplichtingen die ingevolge het eerste lid overgaan, eindigen op het tijdstip waarop de verkrijger ten aanzien van de arbeid, verricht door de in het eerste lid bedoelde werknemers, gebonden wordt aan een na de overgang van de onderneming tot stand gekomen collectieve arbeidsovereenkomst dan wel op het tijdstip waarop de verkrijger ten aanzien van die arbeid krachtens een na de overgang genomen besluit tot verbindendverklaring op grond van artikel 2 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten verplicht wordt bepalingen na te komen van een collectieve arbeidsovereenkomst. De rechten en verplichtingen eindigen voorts zodra de op het tijdstip van de overgang lopende geldingsduur van de collectieve arbeidsovereenkomst verstrijkt.'

4.9. Het doel van deze (op de hierna te bespreken EG-Richtlijn gebaseerde) bepaling is

tweeledig. De MvT bij het desbetreffende wetsvoorstel (15.940) zegt daarover:

'Enerzijds wordt de handhaving voorgeschreven van het samenstel van rechten en verplichtingen dat voor de werkgever uit de collectieve arbeidsovereenkomst ten opzichte van de overgenomen werknemers voortvloeide, anderzijds wordt beoogd een oplossing te geven voor de gevallen waarin de verschillende betrokken collectieve arbeidsovereenkomsten of algemeen verbindend verklaarde bepalingen daarvan met elkaar in conflict kunnen komen.¹⁵

Het woord 'handhaving' in de eerste regel moet verstaan worden als: *behoud* of *voortzetting*. 4.10. Over het regime voor de periode na het eindigen van de rechten en verplichtingen die ingevolge het eerste lid van art. 14a Wet CAO overgaan, valt aan de wetsgeschiedenis van totstandkoming van art. 14a Wet CAO het volgende te ontleen.

In de Memorie van Toelichting lezen wij:

'De totstandkoming van een nieuwe c.a.o. bij de verkrijger of het treffen van een besluit tot algemeen verbindendverklaring van bepalingen van een c.a.o. vóórdat de oude c.a.o. afloopt, lijkt een redelijk aanknopingspunt te geven voor het overstappen van het ene samenstel van arbeidsvoorwaarden naar het andere. Dit houdt slechts dan een wijziging van de bestaande arbeidsvoorwaarden voor de betrokken werknemers in, indien deze arbeidsvoorwaarden in strijd zouden zijn met de (nieuwe) c.a.o. of de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een c.a.o. Zou bij voorbeeld het loon voor de desbetreffende arbeid volgens de nieuwe c.a.o. bij de verkrijger minder bedragen dan het loon waarop de werknemer volgens de oude c.a.o. aanspraak kon maken, dan blijft deze aanspraak in beginsel behouden. Er bestaat echter geen recht op handhaving van het – voor de werknemer gunstige – verschil: na verloop van tijd zal in het algemeen het c.a.o.-loon bij de verkrijger het loon van de overgenomen werknemer hebben 'ingehaald'.¹⁶

Uit dit citaat kan worden afgeleid dat bij strijdigheid aanspraak blijft bestaan op de voor de werknemer gunstigere voorwaarden uit de oude CAO, met dien verstande dat deze aanspraken worden bevroren.¹⁷

4.11. In de toelichting bij de Nota van wijzigingen is nog vermeld:

¹⁵ Kamerstukken II 1979-1980, 15 940, nrs. 3-4, p. 11. Zie voorts Kamerstukken II 1979-1980, 15 940, nr. 7, p. 4-5 en Kamerstukken II 1979-1980, 15 940, nr. 8, p. 1.

¹⁶ Kamerstukken II 15 940, nrs 3-4, p. 12.

¹⁷ In dezelfde zin: Van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, diss. RUG, 1999, op o.m. p. 184. Voor de samenloop van CAO's verwijs ik naar Fase, C.a.o.-recht, 1982, pp. 64-67; Fase, De wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, p. 359, en Schutte, Overzicht van het cao-recht, 1995, pp. 50-52.

'Het eindigen van de gebondenheid van de verkrijger betekent overigens niet dat de bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst, die door de c.a.o. werden beheerst, vervallen. Het betekent slechts dat werkgever en werknemer voortaan andere bepalingen kunnen overeenkomen.¹⁸

4.12. Dat sluit aan bij het eerder besproken Nederlandse leerstuk van de *nawerking*. Dit is voor het onderhavige cassatieberoep van belang. Kortom: hoewel de tekst van art. 14a, lid 2, Wet CAO anders doet vermoeden, heeft de wetgever dus niet bedoeld dat individuele rechten en verplichtingen die door de CAO werden beheerst, vervallen. Dat het leerstuk van de *nawerking* onverminderd geldt na overgang van een onderneming, is – dienovereenkomstig – in Nederland de gangbare opvatting.¹⁹

4.13. Een consequentie hiervan is wel, dat de conflictregeling (de tweede doelstelling van de Wet CAO, zie § 4.9) wordt ondergraven.²⁰ Er zullen gevallen blijven bestaan waarin verschillende betrokken collectieve arbeidsovereenkomsten of algemeen verbindend verklaarde bepalingen daarvan met elkaar in conflict kunnen komen. Dit is in de literatuur dan ook als belangrijkste bezwaar aangevoerd.

4.14. De in Nederland gangbare opvatting komt goed tot uitdrukking in het zgn. KLM-vonniss van Rechtbank Amsterdam 18 september 1996, JAR 1996, 228. Deze uitspraak is in de literatuur veel besproken.²¹ Ik citeer de belangrijkste overwegingen, met enige door mij aangebrachte cursiveringen:

'11. Door de overgang van de onderneming van KLM naar KCS zet KCS de arbeidsovereenkomst met Van Staveren voort zonder dat daarin anders dan ten aanzien van de persoon van de werkgever en behoudens hetgeen met betrekking tot een pensioentoezegging dan wel een spaarregeling in art. 7A:1639cc BW is bepaald, enige wijziging optreedt. Dat wil zeggen dat Van Staveren niet alleen de afspraken uit zijn arbeidsovereenkomst per 1 oktober 1993 behield die toen uit de CAO voor het grondpersoneel van de KLM voortvloeiden, maar ook alle afspraken op grond van zijn arbeidsovereenkomst die niet (rechtstreeks) op die CAO berustten (...)

13. KLM en KCS betogen dat de KLM CAO heeft gegolden tot en met 31 december 1993, zodat volgens de slotzin van artikel 14a lid 2 Wet CAO de toepasselijkheid daarvan in de verhouding tussen KCS en Van Staveren toen is geëindigd.

14. Die opvatting is niet juist: de inhoud van de (individuele) arbeidsovereenkomst tussen KCS en Van Staveren werd per 1 oktober 1993 bepaald door de toen toepasselijke KLM CAO. Dat werd niet anders toen die CAO eindigde. Weliswaar is vanaf 31 december 1993 die CAO als zodanig niet meer van kracht en kan KCS bijvoorbeeld door de bij de totstandkoming van die CAO betrokken partijen niet meer tot nakoming daarvan worden gedwongen, maar

de bepalingen daarvan die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst werken in de individuele arbeidsovereenkomst door en na totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief, hetzij individueel, wijziging is gebracht, of tengevolge van een Algemeen Verbindend Verklaring van bepalingen uit een andere CAO de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) terzijde is geschoven.

Artikel 14a Wet CAO is een uitwerking van artikel 3, lid 2 van Richtlijn 77/187. Evenals artikel 1 van deze richtlijn, waarop art. 7A:1639aa BW berust, beoogt deze bepaling zoveel als mogelijk te verzekeren dat een arbeidsovereenkomst na overgang van een onderneming ongewijzigd wordt voortgezet, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren.

Artikel 14a lid 1 WCAO bepaalt dan ook dat de verkrijger van een onderneming door de verkrijging een op het tijdstip van de overgang geldende CAO dient toe te passen, ook indien de verkrijger niet is aangesloten bij de partijen die die CAO hebben afgesloten.

Die gehoudenheid van de verkrijger aan die CAO eindigt blijkens artikel 14a tweede lid van de Wet CAO door het verstrijken van de geldingsduur van de ten tijde van de overgang lopende CAO, derhalve in dit geval op 31 december 1993.

Dat wil echter niet zeggen – anders dan KLM en KCS hebben doen betogen – dat daardoor ook de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst

18 Kamerstukken II 1979-1980, 15940, nr. 8, p. 2

19 Vgl. bijv. Fase in de Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, p. 361; M.M. Olbers, SMA 1997, p. 319; A.M. Luttmer-Kat in o.m. Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming, SR 1997-10, pp. 284, 285, 287 en 288 (hoewel zij zelf een andere stelling verdedigt); L.A.J. Schut, CAO-recht langs lijnen van geleidelijkheid, SMA 1998-5, p. 222 e.v.; R. van de Water, Nawerking van CAO-bepalingen, SR 1999-12, p. 308 e.v.; J.C.A.T. Frima, Overgang van onderneming en werknemers – de laatste ontwikkelingen, Juridisch up to date, 2001/24, p. 17 en Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, (2002), p. 234. Zie voorts Rechtbank Amsterdam, 18 september 1996, JAR 1996, 228.

20 Vgl. in dezelfde zin A.M. Luttmer-Kat, Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming, SR 1997-10, p. 288.

21 L.A.J. Schut deelt in haar hierna te melden artikel mee dat dit vonnis tijdens de viering van het eerste lustrum van het tijdschrift JAR in 1997 door een jury unaniem werd uitgeroepen tot de 'best gemotiveerde uitspraak' van vijf jaar JAR-jurisprudentie. Zie over het vonnis: M.M. Olbers, SMA 1997, p. 311 e.v.; T.S. Pieters, Botsende CAO's bij overgang van onderneming, *ArbeidsRecht* 1997/2, p. 3 e.v.; A.A. de Jong, Botsende CAO's bij overgang van onderneming (2), *ArbeidsRecht* 1997/4, p. 29 e.v.; A.M. Luttmer-Kat, Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming, SR 1997-10, p. 284 e.v.; L.A.J. Schut, CAO-recht langs lijnen van geleidelijkheid, SMA 1998-5, p. 222 e.v. en R. van de Water, Nawerking van CAO-bepalingen, SR 1999-12, p. 308 e.v.

sten, die door die CAO werden beheerst, zijn gewijzigd.

Totdat een andere individuele of collectieve arbeidsovereenkomst die wijziging brengt in de individuele arbeidsovereenkomst is gesloten, of totdat tengevolge van Algemeen Verbindend Verklaring van (delen van) een andere CAO wijziging in de arbeidsovereenkomst is gebracht, wordt de arbeidsovereenkomst ook na het verstrijken van de geldigheidsduur van de KLM CAO voortgezet met als inhoud de bepalingen van die verstreken CAO voorzover deze zien op de regeling van de individuele arbeidsovereenkomst, met inachtneming van het bepaalde in art. 7A:1639cc BW.

Door KCS is niet betwist dat Van Staveren niet is aangesloten bij een partij bij de CAO voor de Contract-Cateringbranche of bij enige vakbond die hem zou kunnen vertegenwoordigen. Dat betekent dat die CAO, nu KCS en Van Staveren een andersluidende arbeidsovereenkomst hadden en niet is gesteld of gebleken dat Van Staveren met toepassing van die CAO op zijn arbeidsovereenkomst met KCS heeft ingestemd, niet van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst met KCS.

Indien KCS wel bij een werkgeversorganisatie is aangesloten die partij is bij die CAO is zij weliswaar zelf op grond van art. 14 Wet CAO verplicht vanaf 1 januari 1994 die CAO op de arbeidsovereenkomst met Van Staveren toe te passen, maar zij kan daarin slechts slagen indien de niet bij een werknemersorganisatie die partij is bij die CAO aangesloten werknemer daarmee instemt. Dat wil zeggen dat ook na 31 december 1993 de arbeidsovereenkomst tussen KCS en Van Staveren ongewijzigd werd voortgezet.

15. Dit leidt echter niet tot volledige toewijsbaarheid van dit deel van het gevorderde. Krachtens AVV van 17 februari 1994 (Staatscourant no. 37 d.d. 22 februari 1994) is op de arbeidsovereenkomst tussen Van Staveren en KCS vervolgens de CAO voor de Contract-Cateringbranche van toepassing geworden.

Dit betekent dat gedurende de periode van de algemeen verbindend verklaring de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor de Contract-Cateringbranche van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst tussen Van Staveren en KCS.

De in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen bepalingen uit de KLM CAO worden voor de duur van AVV opzij gezet voorzover ze, met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor de Contract-Cateringbranche onverenigbaar zijn.

Na het verstrijken van de duur van de AVV herleeft echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen KCS en Van Staveren. (HR 18 jan. 1980, NJ 1980, 348).

Omstandigheden op grond waarvan van deze regel in dit geval zou moeten worden afge-

weken zijn niet gesteld of gebleken (HR 2 april 1993, JAR 1993/100).

Europese context

4.15. Art. 14a van de Wet CAO vormt (evenals de (huidige) artt. 7:662-666 BW en art. 2a van de Wet AVV) een implementatie van de 'Overgang van ondernemingen-richtlijn' 77/187/EEG.²² Ik citeer hieruit artikel 3:

(1) De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

De Lid-Statens mogen bepalen dat de vervreemder ook na het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, en naast de verkrijger aansprakelijk is voor de verplichtingen welke voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding.

(2) Na de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgesteld voor de vervreemder tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De Lid-Statens mogen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar.

4.16. Richtlijn 77/187/EEG is in 1998 gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG.²³ De inhoud van het zo-even aangehaalde artikel 3, lid 2 vindt men nu in art. 3, lid 3. Het daarbij opgetreden redactiever- schil is voor de onderhavige zaak niet van belang.²⁴

Richtlijn 77/187/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/50/EG, is vervolgens vervangen door Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 (PbEG L

²² Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, PbEG L 61/26. Zie over de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn 77/187/EEG uitgebreid C. von Alvensleben, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Eine Studie zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen des § 613a BGB (1992), en met het oog op het onderwerp van deze zaak i.h.b. p. 107 en p. 124 e.v.

²³ De lidstaten moesten op grond van art. 2, lid 1, voor 17 juli 2001 uitvoering geven aan deze Richtlijn. Dit heeft in ons land geleid tot de wet van 18 april 2002, Stb. 2002, 215, i.w.tr. 1 juli 2002 (zie Stb. 2002, 245). De leden 1 en 2 van art. 14a Wet CAO hebben geen wijziging ondergaan.

²⁴ Volledigheidshalve vermeld ik de nieuwe tekst van die volzin: '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.'

82/16). De voor deze zaak relevante bepalingen zijn ten opzichte van Richtlijn 98/50/EG niet gewijzigd.

4.17. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de optie van het hierboven geciteerde aanvaankelijk tweede, later derde lid, het handhavingstijdvak te beperken.

4.18. De toelichting bij het cassatiemiddel (pp. 7-8) omhelst een door Luttmer-Kat naar voren gebrachte 'stelling'. Luttmer-Kat wijst op het belang dat een eindtermijn van de handhavingverplichting voor ondernemers heeft, en duidt ook het belang van harmonisering van zo'n eindtermijn aan. Zij heeft aan de hand van de ontstaansgeschiedenis van de Richtlijn de – in haar eigen woorden – 'nogal hypothetische' stelling verdedigd dat art. 3 van de Richtlijn (en daarmee ook art. 14a Wet CAO) een lex specialis is, die de gewone regels van het collectieve arbeidsrecht opzij zet, nu de EG-wetgever 'kennelijk' de periode waarop de overgenomen werknemers een beroep kunnen doen op hun 'collectieve' arbeidsvoorwaarden heeft willen harmoniseren.²⁵ Luttmer-Kat heeft zich bij haar interpretatie vooral geconcentreerd op art. 31c, zevende lid van de Franse Code du Travail dat model zou hebben gestaan voor de oorspronkelijke versie van – thans art. 3 lid 3 van de Richtlijn.

Overigens onderkent Luttmer-Kat dat de vraag of met het tweede (thans derde) lid van art. 3 van de Richtlijn inderdaad mede beoogd is om het beroep van de werknemers op handhaving van de arbeidsvoorwaarden uit de collectieve arbeidsovereenkomst van de vervreemder te beperken:

'Jammer genoeg (...) niet ondubbelzinnig met ja of met nee (is) te beantwoorden. Daarvoor is de richtlijnbeepaling te summier en de ontstaansgeschiedenis te ondoorzichtig.²⁶

Zij geeft aldus geen (overtuigende) vindplaatsen aan dat een en ander ook werkelijk het oogmerk van de Richtlijngever zou zijn. Ik kan dat ook niet lezen in de (uiterst algemeen gestelde) considerans van Richtlijn 77/18/EEG.

4.19. Veeleer aannemelijk acht ik de bevindingen in het vaker genoemde proefschrift van Van Straalen. Hoewel blijkens zijn bevindingen aanvankelijk de vergemakkelijking van het vestigen van ondernemingen in andere lidstaten een nevendoelestelling van de richtlijn is geweest, constateert Van Straalen op p. 10 dat het door de Commissie ingediende voorstel voor de richtlijn op 'bescherming van de werknemersbelangen is gegrond:

'Met dit voorstel wordt beoogd, middels de invoering van beschermende en waarborgen biedende bepalingen, de werknemer de rechten en voordelen welke hij heeft verworven alvorens van werkgever te veranderen niet te verliezen.'²⁷

Van Straalen vervolgt: 'Daardoor is het vergemakkelijken van het vestigen van ondernemingen naar de achtergrond verdwenen en ligt

het accent op het behoud van rechten van werknemers.'²⁸

Van de Water heeft in dit verband in een reactie op het artikel van Luttmer-Kat het minimum-karakter van de werknemersbelangen beschermende richtlijn benadrukt 'waarbij een afwijking ten positieve is toegestaan'.²⁹

4.20. Wat leert de jurisprudentie van het Hof van Justitie der EG?

In o.m. het arrest van 12 november 1992, zaak C-209/91, Watson Rask en Christensen, Jurispr. 1992, blz. I-5755, r.ovv. 26-27, oordeelde het HvJEG over doel en strekking van de Richtlijn:

'Volgens de rechtspraak van het Hof (zie inzonderheid het arrest van 25 juli 1991, zaak C-362/89, D'Urso e.a., Jurispr. 1991, blz. I-4105, r.o. 9) heeft de richtlijn ten doel, te verzekeren dat de bij de overgang van een onderneming betrokken werknemers de voor hen uit hun overeenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten behouden.

Zoals het Hof echter reeds in het arrest van 10 februari 1988 (zaak 324/86. Daddy's Dance Hall, Jurispr. 1988, blz. 739, r.o. 16) heeft overwogen, wil de richtlijn de betrokken materie slechts gedeeltelijk harmoniseren, doordat zij in wezen bepaalt dat de bescherming die de werknemers autonoom aan de wetgeving van de verschillende Lid-Staten ontleen, ook wordt uitgebreid tot het geval van overgang van de onderneming. Met de richtlijn wordt niet beoogd, een uniforme bescherming voor de hele Gemeenschap in te voeren op basis van gemeenschappelijke criteria. Op de richtlijn kan dus slechts een beroep worden gedaan om te verzekeren dat de werknemer ten opzichte van de verkrijger dezelfde bescherming geniet als waarop hij ingevolge het recht van de betrokken Lid-Staat aanspraak had ten opzichte van de vervreemder.'

Latere jurisprudentie van het HvJEG geeft niet blijk van een afwijken van deze lijn.³⁰

4.21. Ik constateer nog dat Luttmer-Kat een nader artikel over het onderwerp afsluit met de woorden 'Om effectief te zijn zou een dergelijke CAO (sc. een CAO waarin de arbeidsvoorwaarden

25 Luttmer-Kat, Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming, SR 1997-10, p. 284 e.v. (vooral pp. 287-288). Zie kritisch over de 'stelling' van Luttmer-Kat: R. van de Water, Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van onderneming. Een reactie, SR 1998-2, p. 59 e.v. met naschrift van Luttmer-Kat op pp. 60-61, alsmede L.A.J. Schut, CAO-recht langs lijnen van geleidelijkheid, SMA 1998/5, p. 222 e.v. Zie voor een nadere studie van Luttmer-Kat nog: Botsende collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming: een blik over de grenzen, SR 1998-10, p. 290 e.v.

26 A.w., p. 287.

27 Toelichting van de Commissie, doc. Nr. V/631/74-N, p. 3.

28 Van Straalen, a.w., p. 10 (zie ook pp. 8-9). Vgl. ook Von Alvensleben, a.w., p. 124 e.v.

29 Van de Water, SR 1988-2, p. 59 (60).

30 Vgl. het arrest van 14 september 2000, zaak C-343/98, Collino en Chiappero/Telecom Italia SpA, Jurispr. 2000, blz. I-6659.

van het overgenomen personeel en het zittende personeel op elkaar afgestemd worden) alle betrokken werknemers (dus ook de niet-gebonden werknemers) automatisch en dwingend moeten binden. *Dit laatste kan niet zonder ingrijpen van de wetgever.*³¹

5. Behandeling van het cassatiemiddel

5.1. Na de voorafgaande bespreking van het juridisch kader op nationaal en EG-niveau kan de bespreking van het cassatiemiddel betrekkelijk kort zijn.

Onderdeel 1

5.1. Onderdeel 1 ziet op de eerste volzin van r.o. 5.6 van het tussenvonnis van de rechtbank van 14 maart 2000, luidende:

'De voorgaande overwegingen leiden tot de conclusie dat de CAO voor het Ziekenhuiswezen niet van toepassing is geworden op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis.'

Het onderdeel klaagt erover dat voor zover de rechtbank daarmee bedoelt dat het Ziekenhuis niet gehouden is de bepalingen (omtrent arbeidsvoorwaarden) uit de Ziekenhuis-CAO ook ten aanzien van Te Riet na te komen, dat oordeel in het licht van art. 14 Wet CAO rechtens onjuist is, althans zonder nadere motivering niet begrijpelijk is.

5.2. Artikel 14 Wet CAO luidt:

'Wanneer bij de collectieve arbeidsovereenkomst niet anders is bepaald, is de werkgever, die door die overeenkomst gebonden is, verplicht, tijdens den duur der overeenkomst hare bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in die collectieve arbeidsovereenkomst bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn.'

Krachtens dit artikel is de werkgever verplicht de CAO ook toe te passen op niet gebonden (niet georganiseerde) werknemers. Het betreft een verplichting *tussen de CAO-partijen*. De verplichting heeft voor de individuele 'art. 14-werknemer' pas gevolg als deze (al of niet stilzwijgend) ermee instemt dat de CAO op hem wordt toegepast. In dat geval kan ook deze werknemer naleving van de CAO-bepalingen vorderen.³²

5.3. Het onderdeel faalt daarmee bij gebrek aan feitelijke grondslag. De rechtbank heeft zich niet uitgelaten over de vraag of het Ziekenhuis verplicht is de Ziekenhuis-CAO ook na te komen jegens een ongebonden werknemer zoals bedoeld in art. 14 Wet CAO en zoals in casu *Te Riet* is. De rechtbank heeft slechts onderzocht of Te Riet aan die CAO gebonden was, doordat hij was aangesloten bij een partij bij de Ziekenhuis-CAO of had ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst, des neen: zie r.o. 5.5 van het tussenvonnis.

Onderdelen 2-5, algemeen

5.4. De rechtsklachten onder 2 t/m 5 omvatten de hiervóór in onderdeel 4, §§4.1 t/m 4.21 aangesneden materie.

De onderdelen klagen erover dat de rechtbank in strijd met art. 14a, lid 2, Wet CAO (dat bepaalt dat de rechten en verplichtingen die ingevolge het eerste lid zijn overgegaan op de verkrijger *eindigen* op het tijdstip waarop de verkrijger ten aanzien van de arbeid, verricht door de overgenomen werknemers, gebonden wordt aan een na de overgang van de onderneming totstandgekomen CAO), geen beëindiging heeft aangenomen, terwijl vaststaat

– dat het Ziekenhuis op 15 augustus 1996 gebonden werd aan een nieuwe Ziekenhuis-CAO die ook op de arbeid van Te Riet van toepassing is (onderdeel 2);

– dat op 31 maart 1997 de geldingsduur van de Hoogovens-CAO verstreek (onderdeel 3);

– dat op 3 mei 1997 de nieuwe Ziekenhuis-CAO algemeen verbindend werd verklaard (onderdelen 4-5).

Het feit dat Te Riet niet door lidmaatschap van een partij bij de Ziekenhuis-CAO aan die CAO gebonden is, doet aan een en ander niet af, aldus het middel.

5.5. Voor zover deze klachten argumenten willen ontleenen aan de grammaticale tekst van art. 14a Wet CAO ('... met zoveel woorden...'), moet ten algemene gelden dat grammaticale argumenten bij de interpretatie – natuurlijk – een rol spelen, maar – even natuurlijk – niet doorslaggevend zijn.

5.6. De redenen *waarom* zij in dit geval *naar nationaal recht* niet doorslaggevend zijn, heb ik in onderdeel 4, §§4.1-4.12 van deze conclusie uiteengezet.

In §4.13 heb ik onderkend dat door het 'door-en nawerkingssysteem' de conflictregeling van art. 14a Wet CAO wordt ondergraven. Dat is onmiskenbaar een bezwaar, maar het is een onvermijdelijk bezwaar als aan de bescherming van de werknemer bij overgang van een onderneming de voorrang wordt gegeven. Ik beken kleur: ik zie onvoldoende reden om aan de kennelijke keuze van de wetgever voor het zwaarder gewicht van dit belang boven het belang van de verkrijger van de onderneming te tornen.³³

5.7. Mijn bespreking van Europeesrechtelijke argumenten in §§4.15-4.20 om art. 14a Wet CAO (toch) anders te interpreteren, heeft wellicht al geïndiceerd dat ik die argumenten niet sterk acht. Na nadere weging acht ik ze inderdaad te licht.

5.8. De in §4.20 weergegeven jurisprudentie van het HvJ EG geeft aan dat het bij de onderhavige

31 In SR 2000-7/8, p. 195 (197); mijn cursivering, A-G.

32 Vgl. bijv. Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 20e druk 2002, pp. 42-43 en R. van de Water, *Nawerking van CAO-bepalingen*, SR 1999-12, p. 309.

33 Ik verwijs nog naar Schut, *SMA* 1998, p. 222 (224), die m.i. terecht enige relativerende opmerkingen maakt over het belang van gelijke arbeidsvoorwaarden boven het belang van bescherming van de werknemer na overgang van de onderneming.

Richtlijn inderdaad gaat om een op werknemersbelangen gerichte Richtlijn met een minimumkarakter. Ik kan mij dan ook aansluiten bij de woorden van Van Straalen:

'Voor zover in het collectief arbeidsrecht van de lidstaten wordt ingegrepen, gebeurt dit slechts om zeker te stellen dat de in collectieve overeenkomsten neergelegde arbeidsvoorwaarden niet ten gevolge van de enkele overgang veranderen. Voor het overige tracht de Europese regelgever zo min mogelijk in te grijpen in het nationale (collectieve) arbeidsrecht. Wat er na het einde van de handhavingsverplichting met de arbeidsvoorwaarden gebeurt, behoort tot de bevoegdheid van de nationale wetgever.³⁴

Zo bezien levert de in Nederland gangbare leer dat het leerstuk van de nawerking ook na de overgang van een onderneming geldt, geen strijd met gemeenschapsrecht op.

5.9. Terzijde merk ik nog op dat het leggen van een zo zwaar accent bij de interpretatie van de richtlijnbeeping op een *nationaal* (in casu Frans) wetshistorisch gegeven (ofschoon dat gegeven niet te bagatelliseren is), zoals Luttmer-Kat doet, moeilijk strookt met het hogere beginsel van autonome uitleg van het EG-recht en m.i. onvoldoende rekening houdt met de omstandigheid dat het Franse CAO-recht heel andere uitgangspunten kent dan bijvoorbeeld ons Nederlandse CAO-recht.

5.10. Ten overvloede merk ik nog op dat de omstandigheid dat Nederland géén gebruik maakt heeft van de mogelijkheid die art. 3 lid 2 (thans lid 3), tweede volzin biedt, niet een doorslaggevend, maar wél een bijkomend argument vormt voor de wens van de Nederlandse wetgever om niet in tijd beperkte 'door- en nawerking' aanvaardbaar te achten.

5.11. Naar mijn mening brengt de boven besproken uitleg van art. 3 van de Richtlijn door het HvJEG mede dat ten deze gesproken kan worden van een 'acte éclairé'. Het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof kan m.i. dan ook achterwege blijven.

5.12. Op het vorenstaande stuiten m.i. de klachten 2 t/m 5 af. Ten overvloede merk ik bij de onderscheiden klachten nog het volgende op.

Nader over onderdeel 2

5.13. Voor zover de klacht ervan uitgaat dat de rechtbank heeft geoordeeld dat Te Riet na 15 augustus 1996 ononderbroken aanspraak kon blijven maken op de bepalingen uit de Hoogovens-CAO, mist de klacht feitelijke grondslag. De rechtbank maakt immers een uitzondering voor de periode waarin de desbetreffende bepalingen door algemeen-verbindendverklaring van de Ziekenhuis-CAO opzij worden gezet: zie de r.ovv. 5.6 en 5.13 van het tussenvonnis.

Nader over onderdeel 5

5.14. Onderdeel 5 betoogt nog dat de rechtbank miskent dat (ook) bepalingen van algemeen

verbindend verklaarde CAO's nawerking hebben, in elk geval in omstandigheden als hier aan de orde.

5.15. Zoals aangegeven in §4.4 aanvaardt de Hoge Raad in beginsel geen nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO.

De Hoge Raad zag slechts reden voor afwijking van deze regel onder de volgende omstandigheden, op basis van de constructie van een 'verkrege recht'.

(i) Bij de vraag of uit een arbeidsovereenkomst voortvloeit dat ook in de periode waarin de CAO niet van toepassing was, recht op vergoeding van overwerk bestond, zal bij de invulling van het Haviltex-criterium – naast andere omstandigheden – betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de CAO in de perioden waarin deze wel gold, in elk geval recht op vergoeding van overwerk gaf (HR 2 april 1993 (Bongers/KSB), JAR 1993, 100, r.o.3.2).

(ii) Een werknemer die gedurende de a.v.v. ziek wordt, maar ook degene die op het tijdstip van de a.v.v. reeds ziek/arbeidsongeschikt is, behoudt een via de a.v.v. verkrege recht op suppletie (resp. HR 28 januari 1994 (Beenen/Vanduhö BV), NJ 1994, 420, m.nt. PAS, r.o.3.2 en HR 7 juni 2002 (X/J.B. Vlees BV), NJ 2003, 175, r.o.3.3).³⁵

Nu in dit geval geen feiten en omstandigheden zijn gesteld die tot een afwijking van de hoofdregel nopen, wordt de klacht tevergeefs voorgesteld.

Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerder in cassatie – verder te noemen: Te Riet – heeft bij exploit van 29 maart 1996 eiseres tot cassatie – verder te noemen: het Ziekenhuis – op verkorte termijn gedagvaard voor de Kantonrechter te Haarlem. Na vermeerdering van eis heeft Te Riet, kort samengevat, gevorderd:

- i. voor recht te verklaren dat het Ziekenhuis is gebonden aan de rechten en plichten die volgen uit zijn arbeidsovereenkomst met Hoogovens Groep B.V. (hierna: Hoogovens);
- ii. het Ziekenhuis te veroordelen tot aanvulling van het loon dat het hem heeft betaald of zal betalen: a. vanaf 1 oktober 1995 tot en met 31 maart 1996 tot f 6311,11 per maand;
- b. vanaf 1 april 1996 tot het einde van de arbeidsovereenkomst tot primair f 6390 en subsidiair f 6311,11 per maand;

³⁴ Van Straalen, a.w., p 182 (zie ook pp. 181, 197 en 199).

³⁵ Zie over HR 18 januari 1980, HR 2 april 1993 en HR 28 januari 1994: S.F. Nagel, Nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, een evenwichtige oplossing, SMA 1996, p. 663 e.v.

- iii. het Ziekenhuis te bevelen Te Riet tewerk te stellen voor maximaal 33,6 uur per week;
- iv. het Ziekenhuis te veroordelen tot betaling van f 46,82 (bruto) per extra uur vanaf 1 oktober 1995;

een en ander te vermeerderen met de wettelijke verhoging en wettelijke rente.

Het Ziekenhuis heeft de vordering bestreden.

Na een ingevolge een tussenvonnis van 25 september 1996 op 23 oktober 1996 gehouden comparitie van partijen heeft de Kantonrechter bij eindvonnis van 12 maart 1997 het Ziekenhuis veroordeeld tot:

I. aanvulling van het loon van Te Riet tot:

- a. f 6311,11 bruto per maand vanaf 1 oktober 1995 tot en met 31 maart 1996;
- b. f 6390 bruto per maand vanaf 1 april 1996 tot 15 augustus 1996;

II. betaling aan Te Riet van f 46,82 bruto voor ieder uur dat deze in de periode 1 oktober 1995 tot 15 augustus 1996 meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt;

een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 maart 1996 voor zover het Ziekenhuis deze bedragen op die datum verschuldigd was en voor het overige vanaf de datum dat het Ziekenhuis met de betaling ervan in verzuim is gekomen, tot de dag der algehele voldoening. Het Kantonrechter heeft voorts de wettelijke verhoging gematigd tot nihil en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen beide vonnissen van de Kantonrechter heeft Te Riet hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Haarlem (ingeschreven onder rolnummer 97/1188). Daarbij heeft hij gevorderd de vonnissen van de Kantonrechter te vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

1) voor recht te verklaren dat het Ziekenhuis tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens – primair – omdat de rechten en plichten uit die arbeidsovereenkomst van rechtswege op het Ziekenhuis zijn overgegaan, althans – subsidiair – omdat die rechten en plichten deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst tussen het Ziekenhuis en Te Riet;

2) het Ziekenhuis alsnog te veroordelen om vanaf 15 augustus 1996 tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert, tot het moment waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, het loon van Te Riet aan te vullen tot f 6390 bruto per maand, met de wettelijke verhoging daarover ex artikel 7:625 BW.;

3) het Ziekenhuis te bevelen om Te Riet, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voort-

duurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, ten hoogste 33,6 uren per week te werk te stellen, althans om hem voor ieder méér te werken uur f 46,82 (bruto) te betalen;

4) het Ziekenhuis alsnog te veroordelen om vanaf 15 augustus 1996 tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, aan Te Riet f 46,82 (bruto) per uur te betalen voor ieder uur dat hij in die periode(s) meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt althans zal werken, met de wettelijke verhoging daarover ex artikel 7:625 BW.;

5) het Ziekenhuis te veroordelen om aan Te Riet te betalen de wettelijke rente over de sub 2 en 4 gevorderde bedragen vanaf de datum waarop het Ziekenhuis met de betaling van die bedragen in verzuim is gekomen, tot de dag van de algehele voldoening.

Het Ziekenhuis heeft hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis van de Kantonrechter van 12 maart 1997 (ingeschreven onder rolnummer 97/1210).

Bij tussenvonnis van 14 juli 1998 heeft de Rechtbank de voeging van beide appelzaken bevolen. Het hoger beroep van het Ziekenhuis is in cassatie niet relevant.

Na tussenvonnis van 14 maart 2000 heeft de Rechtbank bij eindvonnis van 27 februari 2001, rechtdoende in hoger beroep in beide zaken het tussen partijen gewezen vonnis van de Kantonrechter van 12 maart 1997 vernietigd, en opnieuw beslissende:

1. voor recht verklaard dat het Ziekenhuis tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuis algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens, omdat de rechten en plichten uit die arbeidsovereenkomst van rechtswege op het Ziekenhuis zijn overgegaan;

2. het Ziekenhuis bevolen om Te Riet, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, ten hoogste 33,6 uren per week te werk te stellen;

3. het Ziekenhuis veroordeeld tot aanvulling van het loon van Te Riet tot:

- f 6311,11 bruto per maand vanaf 1 oktober 1995 tot en met 31 maart 1996;
- f 6390 bruto per maand vanaf 1 april 1996 tot 15 augustus 1996;

- f 6390 bruto per maand vanaf 15 augustus 1996 tot 3 mei 1997 en, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot het moment waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard;

4. het Ziekenhuis veroordeeld tot betaling aan Te Riet van f 43,89 bruto voor ieder uur dat hij in de periode van 1 oktober 1995 tot 15 augustus 1996 meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt, alsmede voor ieder uur dat hij, zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO voor het Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO voor het Ziekenhuiswezen algemeen verbindend is verklaard, meer dan 33,6 uur per week heeft gewerkt, dan wel zal werken;

5. het Ziekenhuis veroordeeld tot voldoening van de wettelijke rente over de uit hoofde van de vorenstaande betalingsveroordeling aan Te Riet verschuldigde bedragen vanaf 1 maart 1996 voor zoveel het Ziekenhuis deze bedragen op die datum was verschuldigd en voor het overige vanaf de datum dat het Ziekenhuis met de betaling ervan in verzuim is gekomen, tot de dag der algehele voldoening;

6. de wettelijke verhoging gematigd tot nihil;

7. het meer of anders gevorderde afgewezen.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Te Riet is op 1 maart 1979 in dienst getreden van Hoogovens Groep B.V. (hierna: Hoogovens) als verpleegkundige in de verbandkamer.

(ii) Op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en Hoogovens was de CAO-1 voor het personeel van de Sociale Eenheid IJmuiden (hierna de Hoogovens CAO) van toepassing, zoals laatstelijk overeengekomen voor de periode van 1 april 1995 tot 31 maart 1997.

(iii) Hoogovens heeft haar verbandkamer per 1 oktober 1995 overgedragen aan het Ziekenhuis. Deze overdracht hield een overgang van een onderneming in, zoals bedoeld in art. 7A:1639aa e.v. (oud) (thans: art. 7:662 e.v.) BW.

(iv) Het Ziekenhuis is (aangesloten bij een) partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Deze CAO schrijft voor dat op alle arbeidsovereenkomsten deze CAO van toepassing wordt verklaard. Te Riet is niet aangesloten bij een partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen en heeft niet ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst met het Ziekenhuis.

(v) Het Ziekenhuis heeft vanaf 1 oktober 1995

op de arbeidsovereenkomst met Te Riet de CAO voor het Ziekenhuiswezen toegepast.

(vi) In de loop van 1996 is overleg gevoerd over een nieuwe CAO voor het Ziekenhuiswezen, welk overleg heeft geresulteerd in definitieve overeenstemming per 15 augustus 1996. Deze CAO is met terugwerkende kracht tot 1 april 1996 in werking getreden. Zij is op 3 mei 1997 algemeen verbindend verklaard.

3.2.1. Aangezien de Hoogovens CAO voor hem aanzienlijk voordeliger is dan de CAO voor het Ziekenhuiswezen heeft Te Riet de hiervóór onder 1 weergegeven vorderingen ingesteld teneinde, kort gezegd, nakoming van de Hoogovens CAO door het Ziekenhuis te verkrijgen. De Kantonrechter heeft deze vordering slechts zeer ten dele toegewezen.

In hoger beroep heeft Te Riet zijn stellingen en zijn vordering aangepast aan de algemeen verbindendverklaring van de CAO voor het Ziekenhuiswezen, die inmiddels had plaatsgevonden.

3.2.2. De Rechtbank heeft de vordering, zoals in hoger beroep gewijzigd, grotendeels toegewezen. Zij heeft daartoe in rov. 5.4-5.13 van haar tussenvonnis van 14 maart 2000, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

(1) Algemeen aanvaard is dat bepalingen van een CAO die betrekking hebben op de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst door- en nawerken, totdat daarin krachtens nadere overeenkomsten, hetzij collectief, hetzij individueel, wijziging is gebracht, of ten gevolge van een algemeen verbindendverklaring van bepalingen uit een andere CAO de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst (deels) ter zijde is geschoven.

(2) Nu Te Riet niet is aangesloten bij een partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen en niet heeft ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst met het Ziekenhuis, is deze CAO niet van toepassing geworden op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis. Dat betekent dat ook na 15 augustus 1996 de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis ongewijzigd is voortgezet, ook na het verstrijken van de geldingsduur van de Hoogovens CAO per 31 maart 1997.

(3) Art. 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: Wet CAO) kan aan dit een en ander niet afdoen, evenmin als art. 3 lid 2 van de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 februari 1977, nr. 77/187/EEG, inzake het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (hierna: de Richtlijn).

(4) Gedurende de periode van algemeen verbindendverklaring zijn de desbetreffende bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen van toepassing op de arbeidsovereenkomst van Te Riet met het Ziekenhuis. De van zijn individuele

arbeidsovereenkomst deel uitmakende bepalingen uit de Hoogovens CAO worden voor de duur van de algemeen verbindendverklaring opzijgezet voorzover zij met de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen onverenigbaar zijn. Na het verstrijken van de duur van de algemeen verbindendverklaring herleeft echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis.

3.3. Onderdeel 1 kan niet tot cassatie leiden bij gebrek aan feitelijke grondslag. Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, heeft de Rechtbank niet geoordeeld dat het Ziekenhuis niet door de CAO voor het Ziekenhuiswezen gebonden is.

3.4.1. De onderdelen 2-4 komen op tegen de uitleg die de Rechtbank heeft gegeven aan art. 14a Wet CAO, en klagen dat de Rechtbank met haar hiervóór in 3.2.2 onder (2), (3) en (4), laatste volzin, weergegeven oordelen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens de onderdelen 2 en 3 volgt bij een juiste toepassing van art. 14a uit de hiervóór in 3.1 weergegeven feiten dat de CAO voor het Ziekenhuiswezen op de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis van toepassing is geworden op 15 augustus 1996 (de datum waarop deze CAO tot stand is gekomen), althans op 1 april 1997 (de datum waarop de geldingsduur van de Hoogovens CAO was verstreken), althans op 3 mei 1997 (de datum van de algemeen verbindendverklaring van de CAO voor het Ziekenhuiswezen) zonder dat na afloop van de algemeen verbindendverklaring de oude arbeidsovereenkomst (op basis van de Hoogovens CAO) herleeft.

3.4.2. Art. 14a Wet CAO strekt, tezamen met art. 2a Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet AVV), ter implementatie van, voorzover thans van belang, het bepaalde in art. 3 lid 2 van de Richtlijn (in Richtlijn 98/50/EG van de Raad vernummerd tot lid 3 en ongewijzigd opgenomen in Richtlijn 2001/23/EG van de Raad).

Lid 1 van art. 14a bepaalt dat door de overgang van een onderneming als bedoeld in art. 7:662 (voorheen: art. 7A:1639aa) BW de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst waaraan hij gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming. Lid 2 bepaalt vervolgens naar de letter genomen dat de bedoelde rechten en verplichtingen eindigen op het tijdstip waarop zich een van de vervolgens omschreven gevallen voordoet. Uit de wetsgeschiedenis en het verband met de Richtlijn moet evenwel worden afgeleid dat hiermee bedoeld wordt dat de in lid 1 neergelegde verplichting om de betreffende arbeidsvoorwaarden, zoals art. 3 lid 2 van de Richtlijn het uitdrukt,

te handhaven eindigt, en dat de vraag of daarmee ook de in lid 1 bedoelde rechten en verplichtingen eindigen, moet worden beantwoord aan de hand van de overigens geldende bepalingen van de wet.

Hetgeen de Rechtbank ten aanzien van dit laatste heeft geoordeeld, is in cassatie slechts op één punt bestreden.

3.4.3. Dit betreft het oordeel van de Rechtbank dat na het verstrijken van de duur van een algemeen verbindendverklaring de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het Ziekenhuis herleeft. Onderdeel 5 klaagt dat de Rechtbank met dit oordeel heeft miskend dat (ook) bepalingen van algemeen verbindend verklaarde CAO's nawerking hebben, in elk geval in omstandigheden als hier aan de orde. Het onderdeel beoogt de Hoge Raad in zoverre te doen terugkomen van zijn arrest van 18 januari 1980, nr. 11453, NJ 1980, 348. Er is, aldus het betoog in de toelichting op het onderdeel, geen goede grond om in dit opzicht de gevolgen van toepasselijkheid van CAO-bepalingen op grond van de Wet AVV anders te behandelen dan die van toepasselijkheid van CAO-bepalingen op grond van de Wet CAO.

De door de Hoge Raad aanvaarde regel dat, wanneer zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 9 lid 1 Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, de bepalingen daarvan omtrent arbeidsvoorwaarden deel gaan uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, vindt zijn grond in het systeem van de Wet CAO, in het bijzonder de artikelen 1, 9, 12, 13 en 14. De gebondenheid aan de CAO wordt door de wet gebaseerd op de hoedanigheid van partij bij de CAO onderscheidenlijk het lidmaatschap van een vereniging die partij bij de CAO is, en het naar de inhoud van de CAO bij die CAO betrokken zijn. Het strookt hiermee om te aanvaarden dat de doorwerking van de CAO-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de CAO gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de CAO is aangegaan (vgl. HR 19 juni 1987, nr. 6995, NJ 1988, 70).

De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend (art. 2 lid 3) en gelden – behoudens een beperkte uitzondering – voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (art. 2 lid 2; zie ook art. 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold.

In de toelichting op het onderdeel wordt voorts gewezen op praktische problemen die voor

werkgevers kunnen ontstaan, wanneer na het einde van de periode waarvoor de betreffende CAO-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, weer andere arbeidsvoorwaarden gaan gelden. Het gaat daarbij kennelijk om werknemers die niet voldoen aan de vereisten van art. 9 e.v. Wet CAO en die niet wensen in te stemmen met van toepassing verklaren van de betreffende CAO-bepalingen op hun arbeidsovereenkomst. De Wet AVV geeft evenwel geen ruimte voor een doorbreking van het erin vervatte stelsel op grond van de door dit betoog gewenste belangenafweging.

3.4.4. Het vorenoverwogene brengt mee dat de onderdelen 2-5 tevergeefs zijn voorgesteld.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;
veroordeelt het Ziekenhuis in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Te Riet begroot op nihil.

NOOT

1. In deze zaak worden enkele belangrijke problemen van ons stelsel van CAO-recht fraai gedemonstreerd. Verpleegkundige Te Riet was werkzaam in de verbandkamer van Hoogovens. Het Rode Kruis Ziekenhuis te Beverwijk nam deze verbandkamer over, waarna de werknemers, onder wie Te Riet, van rechtswege mee overgingen met de onderneming met al hun rechten en verplichtingen (art. 7:663 BW). In plaats van de Hoogovens CAO zou nu op hen de (minder gunstige) Ziekenhuis CAO van toepassing moeten worden. In de Wet CAO (art. 14a) is voorzien dat dit het geval is vanaf het van kracht worden van de eerstvolgende nieuwe CAO. Hetzelfde geldt voor de algemeen verbindend verklaring vanaf de eerstvolgende algemeen verbindend verklaring door de minister (art. 5a Wet AVV). Te Riet was echter wel lid van een vakbond die partij is bij de Hoogovens CAO, maar niet van een vakbond die partij is bij de Ziekenhuis CAO. Hij stapte ook niet over naar die andere vakbond en raakte daardoor niet gebonden aan de Ziekenhuis CAO. Vanaf het moment van algemeen verbindend verklaring werd deze echter wel op hem van toepassing. Aangezien volgens de heersende leer aan de algemeen verbindend verklaring van CAO-bepalingen geen nawerking toekomt, kon Te Riet zich er echter na afloop van de periode van algemeen verbindend verklaring op beroepen dat hij weer terugviel op zijn vroegere arbeidsvoorwaarden, zijnde de bepalingen van de Hoogovens CAO, die onderdeel waren geworden van zijn arbeidsovereenkomst en van rechtswege mee waren overgegaan op de verkrijgende ondernemer. Een ingewikkelde constructie, maar een logisch gevolg van ons stelsel van CAO-recht, zoals al eerder in lagere rechtspraak was vastgesteld (Rb. Amsterdam 18 september 1996, JAR 1996/228, KLM). De Hoge Raad volgt dan ook dezelfde gedachtegang

als de Rechtbank Amsterdam destijds: de Ziekenhuis CAO is niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst van Te Riet en na het aflopen van de algemeen verbindend verklaring herleeft dus de oude arbeidsovereenkomst (op basis van de Hoogovens CAO), r.o. 3.4.1.

2. Ons CAO-recht kent een zgn. contractueel stelsel. Dit brengt mee dat werkgever en werknemer in principe slechts aan een CAO zijn gebonden indien zij (als werkgever) zelf de CAO hebben gesloten of (als werkgever of werknemer) lid zijn van een vereniging die partij is bij de CAO. Pas door algemeen verbindend verklaring van bepalingen van een bedrijfstak-CAO worden alle werknemers en werknemers in dezelfde bedrijfstak verplicht de CAO-bepalingen na te leven. In andere landen is dikwijls gekozen voor een institutioneel stelsel waarbij alle werknemers in dezelfde onderneming automatisch aan een CAO zijn gebonden. In Nederland wordt in veel ondernemingen praktisch hetzelfde resultaat bereikt door de CAO in alle individuele arbeidsovereenkomsten te incorporeren. Bij overnemingen is dat echter niet mogelijk, omdat de bestaande arbeidsovereenkomsten in stand blijven. Nu overnemingen en fusies aan de orde van de dag zijn, zou dit een reden moeten vormen, naast andere, om de omslachtigheid van dit stelsel te heroverwegen (zie over deze discussie Grapperhaus, SR 2002, p. 184-190; tegen heroverweging zijn Fase & van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 216-223).

3. De tweede problematiek betreft die rond art. 14 Wet CAO. Dit artikel bepaalt dat de CAO door een gebonden werkgever moet worden nagekomen bij de arbeidsovereenkomsten welke hij aangaat met ongebonden werknemers. Maar deze laatsten kunnen zich niet rechtstreeks op de CAO beroepen. De werkgever kan hierdoor in een spagaat komen indien de betrokken werknemer weigert de arbeidsvoorwaarden volgens de CAO te aanvaarden. In dat geval komt hij in een conflict van plichten. Indien hij artikel 14 Wet CAO schendt, kan hij daarop worden aangesproken door CAO-partijen, maar anderzijds heeft hij te maken met de contractsvrijheid van de ongebonden werknemer. Werknemer Te Riet maakte slim gebruik van deze situatie door zich niet aan te sluiten bij een vakbond die partij is bij de Ziekenhuis-CAO.

4. Het derde probleem is het feit dat in ons systeem algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen geen nawerking kennen. Dit is vaste rechtspraak van de Hoge Raad, hoewel de literatuur over het algemeen pleit voor de erkenning van deze nawerking. Die rechtspraak dateert uit 1980 (HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348, Hop/Hom). Theoretisch wordt het ontbreken van nawerking verdedigd met het argument dat de opgelegde algemeen verbindend verklaring niet verder moet strekken dan de Minister heeft bepaald. Maar theoretisch zou er ook veel voor te zeggen zijn om aan te nemen dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen nawerken,

omdat zij inmiddels onderdeel zijn geworden van de arbeidsovereenkomsten. Zie nader het fraaie betoog van A-G Koopmans voor HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420, JAR 1994/47 (Beenen/Vanduhö) en recentelijk A.T.J.M. Jacobs, 'Herijking van de algemeen verbindend verklaring van CAO's', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu 2005, p. 53-55. Het huidige systeem levert ook veel mogelijkheden op voor moeilijk doen van kwaadwillende werkgevers en (nu dus ook) werknemers en in dat geval tot schoksgewijze veranderingen van arbeidsvoorwaarden. De Hoge Raad heeft in incidentele arresten ad hoc oplossingen gevonden voor dit probleem: in genoemd arrest Beenen/Vanduhö werd bijvoorbeeld doorbetaling van loon tijdens ziekte verdedigd met het argument dat het hier een reeds ingegaan en daardoor verkregen recht betrof. Maar in dit geval weigert de Hoge Raad de nawerking als algemeen principe nog eens resoluut te aanvaarden: 'De Wet AVV geeft evenwel geen ruimte voor een doorbreking van het erin vervatte stelsel op grond van de door dit betoog gewenste belangenafweging.' (r.o. 3.4.3) Daarmee gooit de Hoge Raad de deur wel erg hard dicht voor de oplossing van deze problematiek, waar velen vinden dat de wet ook mogelijkheden laat voor een minder rigide uitleg.

5. De mogelijkheden tot harmonisering van arbeidsvoorwaarden in ondernemingen waarin verschillende regelingen van toepassing zijn, worden door het boven geschetste stelsel sterk beperkt, hetgeen met name speelt na een overgang van onderneming. Terwijl de EG-Richtlijn waarop deze regeling is gebaseerd, duidelijk beoogt dat harmonisering na enige tijd mogelijk is, laat de omzichtigheid waarmee het Nederlandse CAO-stelsel bij de implementatie van de Richtlijn is ontzien dit niet volledig toe. In theorie is het voor het Rode Kruisziekenhuis in de gegeven situatie tot in lengten van dagen onmogelijk om de arbeidsvoorwaarden van Te Riet te harmoniseren met die van de andere medewerkers van het ziekenhuis. Dit gegeven kan meebrengen dat ondernemingen die enkele malen met overnemingen te maken hebben gehad, verplicht worden tot toepassing van een veelvoud van afzonderlijke arbeidsvoorwaardenregelingen. Het zal met enige creativiteit en welwillendheid van werknemers wel mogelijk zijn om daar vereenvoudiging in aan te brengen, maar van een samenhangende regeling op dit punt is geen sprake. Het ontbreken van een heldere wettelijke regeling voor de wijziging van arbeidsovereenkomsten is daar mede debet aan (zie voor uitvoeriger beschouwingen en een overigens terughoudende opvatting hierover S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003).

G.J.J. Heerma van Voss