

Sociaal recht in conflict met de vrijheid van ondernemerschap: het Hof van Justitie van de EU een nieuwe constitutionele rechter?

Geschreven door mr. dr. B.P. ter Haar

Vrijheid van ondernemerschap is één van de fundamentele vrijheden die de Europese Unie (EU) heeft erkend in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU Handvest). Het EU Handvest, aangenomen door de lidstaten in december 2000, heeft sinds 2009 dezelfde juridische status als de verdragen van de EU en is dus juridisch bindend. Daarmee heeft het EU Handvest aan betekenis gewonnen. Zo wordt er in toenemende mate een beroep gedaan op de verschillende grondrechten die in het EU Handvest zijn opgenomen voor de interpretatie van bepalingen in richtlijnen of het nationale recht van de lidstaten.¹ Niet onbekend in het arbeidsrecht zijn de zaken waarbij een beroep wordt gedaan op het recht om niet gediscrimineerd te worden (art. 21 EU Handvest)² en het recht op vakantie met doorbetaling van loon (art. 31 lid 2 EU Handvest).³ Sinds 2013 kan aan dit rijtje ook de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 EU Handvest) worden toegevoegd. Meer in het bijzonder gaat het hierbij om de zaken *Parkwood*⁴, *Asklepios*,⁵ *Iraklis*⁶ en *Achbita*.⁷ Deze arresten staan centraal in deze bijdrage met de vraag: hoe gaat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) om met de vrijheid van ondernemerschap in deze sociaal rechtelijke zaken. Alvorens ik deze zaken bespreek zet ik nader uiteen wat de vrijheid van ondernemerschap inhoudt en in hoeverre we dit in het Nederlands recht ook (er)kennen. Daarna bespreek ik hoe het in het Europese beleid en recht is geïntegreerd en wat we op grond daarvan mogen verwachten van de vrijheid van ondernemerschap in relatie tot sociaal recht. Hierop volgt de analyse van de arresten van het HvJ EU, waarna afsluit reflecties wat dit voor het Nederlands arbeidsrecht kan betekenen. In dit artikel ga ik niet in op hoe er in de horizontale situatie tussen werkgever en werknemer een beroep kan worden gedaan op de grondrechten uit het EU Handvest, zie hierover o.a. Peters en Verburg.⁸

De vrijheid van ondernemerschap

¹ In 2009 waren er nog geen geschillen waarin een beroep op een grondrecht uit het EU Handvest werd gedaan. In 2010 waren dit er 30, waarna het gestaag oploopt naar 58 in 2011, 84 in 2012, 134 in 2013 en 161 in 2014, 245 in 2015, 267 in 2016 en 229 in 2017. Het aantal beroepen op artikel 16 is 0 in 2009 en 2010, 2 in 2011, 4 in 2012, 9 in 2013, 12 in 2014, 19 in 2015, 20 in 2016 en 10 in 2017. De cijfers over 2015, 2016 en 2017 komen uit eigen onderzoek volgens dezelfde methode als toegepast in door de European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): FRA, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, Report, Augustus 2015, p. 22 (figuur 5).

² HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*); HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*); en HvJ EU 10 mei 2011, zaak C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286 (*Römer*).

³ HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (*BECTU*); HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

⁴ HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*).

⁵ HvJ EU 27 april 2017, zaak C-689/15, ECLI:EU:C:2017:317 (*Asklepios*).

⁶ HvJ EU 21 december 2016, zaak C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (*Iraklis*).

⁷ HvJ EU 14 maart 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Achbita*).

⁸ Bijvoorbeeld: S.M.M. Peters, 'Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming', *TAO* 2014/2; L.G. Verburg, 'Grondrechten in het Arbeidsrecht', in J. Gerards en C. Sieburg (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Kluwer: Deventer, 2013, pp. 67-100; en meer praktisch: B.P. ter Haar, 'Doorwerking Europese sociale grondrechten in de nationale rechtsorde. Een eenvoudig stappenplan voor de praktijk', *ArbeidsRecht* 23(1), pp. 14-17.

Het recht op vrijheid van ondernemerschap is op zichzelf niet nieuw. In zijn rapport meldt de *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA) het bestaan van de vrijheid, of variaties daarop, tot in de 18^e en midden 19^e eeuw. In 1971 introduceerde Frankrijk met het *Décret d'Allarde* en de *loi Le Chapelier* bijvoorbeeld de vrijheid om een eigen handel, beroep, vak, of onderneming te bedrijven ter bestrijding van de gilden.⁹ De meeste lidstaten van de EU hebben de vrijheid, al dan niet expliciet, erkend in de 20^{ste} eeuw. Opvallend hierbij is dat vergeleken met de west-Europese landen Nederland dit eigenlijk vrij laat doet, namelijk in 1992.¹⁰ We bevinden ons daarmee in het gezelschap van de Midden en Oost-Europese lidstaten van de EU die de vrijheid pas erkenden na de val van de Berlijnse muur in 1989.¹¹ Hoewel in de FRA stelt dat Nederland de vrijheid van ondernemerschap erkent, moet worden opgemerkt dat dit slechts zeer indirect is, namelijk als onderdeel van het recht op vrije keuze van arbeid (art. 19 lid 3 Grondwet). Dit recht is van toepassing op alle werkenden en werkzoekenden, ongeacht de status als werknemer of zelfstandige.¹² Het tweede lid van art. 19 Grondwet bepaalt dat de wet regels stelt omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bewust is gekozen voor de formulering 'hen die arbeid verrichten' en niet voor 'werknemers', zodat het op verschillende categorieën werkenden van toepassing is, waaronder zzp-ers¹³ en mogelijk ook ondernemers.¹⁴

De vrijheid van ondernemerschap is dus in zekere zin ook in Nederland erkend en daarmee niet geheel onbekend. Niettemin zijn we er in Nederland niet heel erg bekend mee. Wellicht vanwege die vage en indirecte erkenning die in art. 19 van de Grondwet kan worden gelezen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de vier arresten van het HvJ EU waarin de vrijheid van ondernemerschap wordt ingezet 'tegen' sociaalrechtelijke maatregelen de nodige vragen oproepen over de betekenis hiervan voor het arbeidsrecht in Nederland.¹⁵ Terechte speculaties, want, zoals blijkt uit het toenemende aantal zaken waarin een beroep wordt gedaan op de vrijheid van ondernemerschap en de daarmee toenemende zichtbaarheid waar Verburg op wijst in zijn 'Ter Visie' in *TAO*,¹⁶ is het zeer waarschijnlijk dat dit recht een steeds prominentere rol zal gaan spelen. Om een beter begrip te krijgen van de vrijheid van ondernemerschap zoals dit door de EU wordt gezien ga ik in de volgende paragraaf na wat de beleidsmatige en juridische inbedding van de vrijheid is.

Juridische en beleidsmatige inbedding van de vrijheid van ondernemerschap op EU-niveau

Artikel 16 EU Handvest luidt: "De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken." Het is daarmee uitermate vaag, want wat betekent dat, wat is dan het recht van de Unie en wat zijn de nationale wetgevingen en praktijken als het om deze vrijheid gaat? In dit deel ga ik daarom in op wat de juridische en beleidsmatige context is waarin de vrijheid van ondernemerschap op EU-niveau is ingebed. Deze

⁹ FRA Rapport 2015, *op cit.* noot 1, p. 26.

¹⁰ Hoewel de vrijheid van arbeidskeuze wel al voor kwam in de Staatsregeling voor het Bataafse Volk van 1798, waarmee de gilden werden afgeschaft. Het komt pas terug in 1992. Vgl. M. Houwerzijl & N. Zekic, 'Commentaar op artikel 19 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2018: <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?categorie=8>

¹¹ Vgl. FRA Rapport 2015, *op cit.*, p. 26 (figuur 7).

¹² Houwerzijl & Zekic, *op cit.* noot 10.

¹³ Ibid.

¹⁴ Een interpretatie die is gekozen in het rapport van FRA 2015, *op cit.* noot 1, p. 27.

¹⁵ Onder meer: Peters, *op cit.* noot 8; R.M. Beltzer, 'Het Parkwood-arrest: over statische incorporatie, noodzakelijke aanpassingen en vrijheid van onderneming', *ArbeidsRecht* 2014/20; en L.G. Verburg, 'Ter Visie – Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap: een nieuw geluid', *TAO* 2017/3.

¹⁶ *op cit.* noot 15.

analyse is ontleend aan het rapport '*Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*', van de *EU Agency for Fundamental Rights (FRA)*.¹⁷

Het rapport stelt allereerst vast dat grondrechten in het hart van de EU staan. De vrijheid van ondernemerschap is er daar één van en is van groot belang voor de ontwikkeling van ondernemerschap, innovatie en sociale en economische ontwikkeling. De vrijheid kan derhalve bijdragen aan het verminderen van werkloosheid, aansporen tot ondernemerschap en innovatie en inclusieve groei stimuleren. Dit komt overeen met de doelstellingen van de beleidsstrategie *Europa 2020*.¹⁸ In deze context zet de EU sterk in op het creëren van een (meer) ondernemersvriendelijk klimaat, met name door ondernemerschap (*entrepreneurship*) te stimuleren en een aanhoudende aandacht voor (het verminderen van) administratieve lasten voor ondernemers. Art. 16 EU Handvest wordt in deze context gezien als ondersteunend voor de vele beleidsinitiatieven op het gebied van ondernemerschap die in het kader van de strategie *Europa 2020* worden ondernomen. De vrijheid van ondernemerschap speelt tevens een belangrijke rol in de (verdere ontwikkeling van de) interne markt, in het bijzonder de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten. Deze vrijheden – vrijheid van ondernemerschap enerzijds en vrijheid van vestiging en diensten anderzijds - werken op elkaar in en kunnen zonder elkaar niet functioneren dan wel ten volle worden begrepen. Ten slotte wordt in het rapport nog een link gelegd tussen de vrijheid van ondernemerschap en sociaal ondernemerschap gebaseerd op de Commissie's *Social Business Initiative*. (SBI)¹⁹

Juridisch gezien is art. 16 EU Handvest gepositioneerd in titel II waarin de vrijheden zijn opgenomen. Daar is het te vinden tussen art. 15 (vrijheid van beroep en het recht te werken) en art. 17 (het recht op eigendom). Zoals Peters aantoont in haar bespreking van de ontwikkeling van de vrijheid op ondernemerschap in de jurisprudentie van het HvJ EU, zijn deze vrijheden aan elkaar verwant. Hoe precies wordt enigszins in het midden gelaten, zowel door Peters als door FRA. Wat eruit opgemaakt kan worden is dat zonder vrijheid van beroep het ook niet mogelijk is om vrij te ondernemen, immers dit zou dan ook aan banden liggen. Zoals dit vroeger bijvoorbeeld het geval was met de gilden die bepaalden wie en onder welke voorwaarden een beroep kon en mocht uitoefenen. De link met het recht op eigendom lijkt voor hand te liggen in de zin van bescherming van bezit en het gebruik van eigendom. Zoals Peters betoogt lijkt het echter meer te zien op de ontwikkeling van economische initiatieven en activiteiten. De waarborging dus van een bepaald minimum van handelingsvrijheid, of het ontplooiën van activiteiten.²⁰ Deze interpretatie komt overeen met de inbedding van de vrijheid in het EU beleid zoals beschreven hierboven en de inhoudelijke interpretatie die de FRA er aan toekent zoals beschreven in de volgende paragraaf.

Meer inhoudelijk stelt het rapport dat de vrijheid van ondernemerschap een ruime vrijheid betreft. Zo zijn er geen restricties in de personele reikwijdte van de vrijheid; deze is van toepassing op natuurlijke en rechtspersonen. Verder vallen er alle wettelijk toegestane (of niet verboden) activiteiten onder met een winst oogmerk die worden uitgevoerd door één of meerdere individuen in bedrijfsverband.²¹ De vrijheid omvat daarom: a) de vrijheid een economische of commerciële

¹⁷ Het rapport is beschikbaar op: <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/freedom-conduct-business-exploring-dimensions-fundamental-right>

¹⁸ Europa 2020 is de lange termijn visie van de EU voor economische groei en werkgelegenheid. Zie uitgebreider: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/europese-unie/europa-2020>.

¹⁹ http://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl

²⁰ Peters, *op cit.* noot 8.

²¹ FRA Rapport 2015, *op cit.* noot 1, p. 11.

activiteit uit te oefenen; b) de vrijheid van contract; en c) de vrijheid van concurrentie.²² Hoewel hier sterk aan gerelateerd, hoeft er, anders dan voor de vrijheid van vestiging of diensten, voor de vrijheid van ondernemerschap geen sprake te zijn van een grensoverschrijdende situatie.²³ Het doel van de vrijheid van ondernemerschap is dan ook de bescherming van het recht van elk persoon om een bedrijf te starten zonder te worden onderworpen aan discriminatie of disproportionele beperkingen.²⁴ Het is geen absoluut recht, wat betekent dat het moet worden afgewogen tegen andere rechten, waaronder in elk geval die van het Handvest, en dat inperkingen mogelijk zijn. Om een goede afweging te kunnen maken tussen de vrijheid van ondernemerschap enerzijds en een ander grondrecht anderzijds, dienen alle specifieke omstandigheden van het geval in acht te worden genomen.²⁵ Inperkingen dienen een legitiem doel na te streven en moeten passend en noodzakelijk zijn in relatie tot het te bereiken doel.²⁶ Daarnaast moet de inperkende maatregel relevant zijn voor het onderwerp en de karakteristieke kenmerken van de beroepsactiviteit.²⁷ Een aantal inperkingen lijkt algemeen te zijn geaccepteerd in de lidstaten, bijvoorbeeld regels met betrekking tot openingstijden, arbeidstijden en (arbeids)veiligheid.²⁸ Een aantal inperkingen wordt wel geaccepteerd, maar nogal eens als belemmerend of rigide ervaren, waaronder regels op het gebied van arbeidsrecht.²⁹

Figuur 1 drukt de juridische en beleidsmatige inbedding van de vrijheid van ondernemerschap uit. Opvallend is dat de vrijheid van ondernemerschap dus breed is ingebed in de meer economische activiteiten van de EU: *Europa 2020*, de vrijheden van de interne markt en het beleid voor sociaal ondernemerschap. Voor deze beleidsgebieden wordt de vrijheid van ondernemerschap geacht mogelijkheden en opties te creëren en dus een positieve bijdrage te leveren aan de ontwikkeling ervan. Opmerkelijk is dat sociaal beleid hier eigenlijk niet in voorkomt, terwijl dit wel nauw samenhangt met de beleidsgebieden waaraan FRA de vrijheid van ondernemerschap linkt in zijn rapport. Op zijn best wordt gerefereerd aan het sociaal beleid in termen van geaccepteerde beperkingen op de vrijheid van ondernemerschap. Het gaat dan bijvoorbeeld om regels met betrekking tot openingstijden, maximum arbeidsduur en andere aan (arbeids)veiligheid gerelateerde regels. Deze indirect gemaakte link met het sociaal beleid verschilt van de andere beleidsgebieden omdat de andere beleidsgebieden bijdragen aan een positief beleidsklimaat voor vrij ondernemerschap, terwijl het sociaal beleid hier inperkingen op maakt. Vanwege de indirecte link met het sociaal beleid en de andere rol die het speelt ten aanzien van de vrijheid van ondernemerschap is dit beleidsgebied in de figuur wat vaag gemaakt.

Figuur 1. Juridische en beleidsmatige inbedding van de vrijheid van ondernemerschap op EU-niveau

²² Ibid., p. 21.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

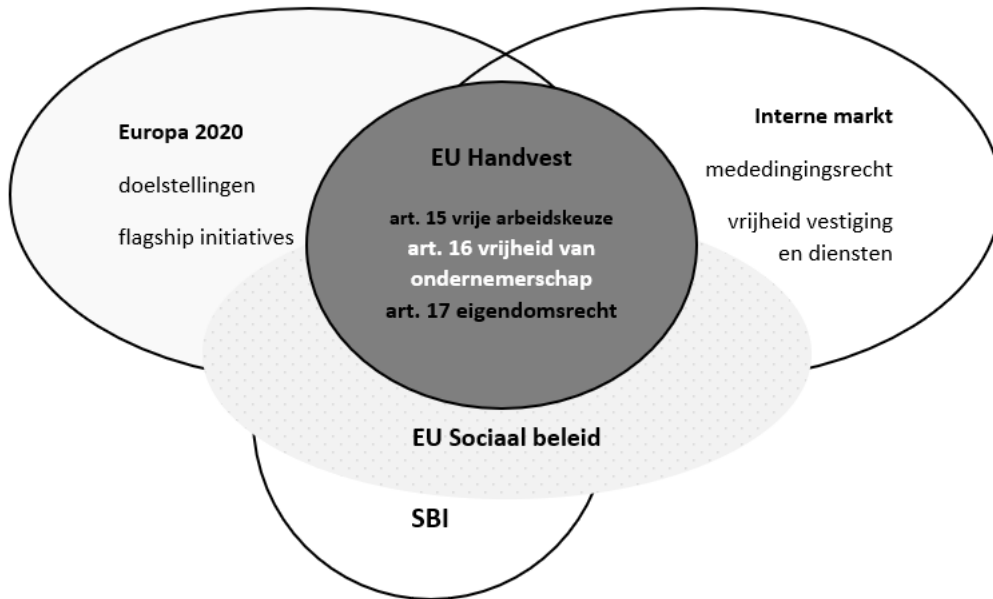
²⁵ Ibid., p. 25.

²⁶ Ibid., p. 23. Dit komt overeen met de algemene mogelijkheid om grondrechten te beperken zoals bepaald in art. 51 lid 1 EU Handvest.

²⁷ Ibid., p. 30.

²⁸ Ibid., p. 34.

²⁹ Ibid., p. 37.



Nu naar de zaken. Hoe is de vrijheid van ondernemerschap gebruikt? Met welk doel? En hoe verhoudt zich dit met wat er van de vrijheid van ondernemerschap werd verwacht dan wel mocht worden verwacht dat het HvJ EU ermee zou doen?

Artikel 16 EU Handvest in het (Europees) sociaal recht

Van de in totaal 76 zaken waarin artikel 16 EU Handvest een rol speelt zijn er vier op het gebied van het arbeidsrecht, te weten *Parkwood*, *Asklepios* (beiden overgang van onderneming), *Iraklis* (collectief ontslag) en *Achbita* (gelijke behandeling op grond van geloofsovertuiging). Over deze zaken afzonderlijk is al het nodige geschreven. Voor een bespreking van de feiten verwijs ik naar de bestaande literatuur.³⁰ Hier houd ik het kort en ga ik alleen in op de overwegingen van het Hof.

Werhof, Parkwood en Asklepios

De essentie van de zaken *Parkwood* en *Asklepios* kan eigenlijk niet worden besproken zonder ook te refereren aan *Werhof*. In alle drie de zaken gaat het namelijk om een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) die is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. Op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23 gaan de rechten en plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger. Via het incorporatiebeding gaan de rechten en plichten die voortvloeien uit de cao dus mee over naar de verkrijger. Ten aanzien van cao's bepaalt art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 in hoeverre die rechten en plichten overgaan naar de verkrijger. Met name van belang in deze bepaling is de mogelijkheid om de werkingsduur van de cao te beperken tot één jaar na de overgang.

³⁰ Over *Parkwood*: Peters *op cit.* noot 8; en J.H. Even, 'Incorporeren na *Parkwood*', *TAP* (2013) 8. Over *Asklepios*: A. Veldman, 'Dynamisch incorporeren na *Asklepios*', *TAP* (2017) 8. Over *Iraklis*: H.H. Voogsgeerd, 'Griekse collectief ontslag regeling getoetst aan het vrije vestigingsrecht en de vrijheid van ondernemerschap', *TAP* (2017) 3. Over *Achbita*: W.L. Roozendaal, 'Neutraliteit op de werkvloer en het hoofddoekverbod', *TAP* 2017(5). Zie over alle vier met een focus op de vrijheid van ondernemerschap: L.G. Verburg, *op cit.* noot 15.

In de zaak *Werhof* ging het om de vraag of een cao die (statisch) was geïncorporeerd na overgang van onderneming dynamische werking zou krijgen. Het Hof oordeelde dat dit niet het geval is, want een dergelijke werking zou een inperking opleveren van de negatieve vrijheid van vereniging. Meer precies oordeelde het Hof dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.³¹ Dit zou de werkgever niet kunnen doen als hij gebonden blijft aan een cao waar hij niet bij betrokken is. Om invloed uit te kunnen oefenen op de inhoud van de cao zou de werkgever betrokken moeten zijn bij de onderhandelingen daarover, en dat gaat, aldus het Hof, in tegen de vrijheid van vereniging zoals neergelegd in art. 12 EU Handvest. In de literatuur is vervolgens uit dit arrest afgeleid dat de overgang van een geïncorporeerde cao statisch is, inhoudende dat alleen die rechten overgaan die op het moment van de overgang voortvloeien uit de cao en niet ook latere wijzigingen in die cao.³²

In *Parkwood* ging het om een cao die dynamisch was geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst. *Parkwood*, een private organisatie, had een voormalige publieke dienst overgenomen van een andere private organisatie, die de dienst had overgenomen van de gemeente. In de overgegangene arbeidsovereenkomsten is een dynamisch incorporatiebeding opgenomen dat verwijst naar de (toekomstige) lokale overheids-cao. Als private organisatie is *Parkwood* niet betrokken bij die cao en kan ook niet betrokken raken. Als zodanig stond in deze zaak de vrijheid van vereniging niet centraal. Wel werd een beroep gedaan op de vrijheid van ondernemerschap, neergelegd in art. 16 EU Handvest. Dit is geen absoluut recht, maar dient te worden afgewogen tegen andere in het geding zijnde rechten.³³ Met andere woorden, de vrijheid van ondernemerschap kan worden begrensd omwille van doelstellingen van algemeen belang die de EU nastreeft, zolang aan het wezen van de vrijheid geen afbreuk wordt gedaan.³⁴ In dit kader benadrukt het Hof dat Richtlijn 2001/23 niet alleen de belangen van werknemers beschermt, maar een billijk evenwicht tracht te verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger. Daarbij herhaalt het Hof het gestelde in *Werhof*, namelijk dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.³⁵ Doordat *Parkwood* niet betrokken is en kan zijn bij de cao, kan *Parkwood* ook geen invloed uitoefenen op die cao. Het gevolg daarvan was dat *Parkwood* met het oog op zijn toekomstige economische activiteiten niet kon onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.³⁶ Daarmee wordt de contractsvrijheid van *Parkwood* dusdanig beperkt dat de vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast.³⁷ Een dynamisch incorporatiebeding verstoort het evenwicht tussen de belangen van de verkrijger als werkgever en die van de werknemers, aldus het Hof.³⁸ Art. 3, in samenhang met art. 8 Richtlijn 2001/23, kan daarom niet zo worden uitgelegd dat het lidstaten toestaat maatregelen te nemen die weliswaar gunstiger zijn voor de werknemers, maar de vrijheid van ondernemerschap van de verkrijger in de kern aantasten.³⁹

³¹ Punt 33, *Werhof*.

³² Bijvoorbeeld: R.M. Beltzer, 'Overgang van cao-bepalingen: bevroering of dynamiek', *ArA* 2006/2; en J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP* special 2, 2009.

³³ HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, *Nold*. Zie hierover ook: Peters, *op cit.* noot 8.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Punt 25, *Parkwood*.

³⁶ Punt 33, *Parkwood*.

³⁷ Punten 34 en 35, *Parkwood*.

³⁸ Punt 29, *Parkwood*.

³⁹ Punt 36, *Parkwood*.

De feiten in de zaak *Asklepios* zijn vergelijkbaar met die van *Parkwood*: een publieke dienst (een ziekenhuis) wordt geprivatiseerd en na verloop van tijd nog eens overgedragen aan een andere private organisatie. Ook in deze zaak is sprake van een cao die dynamisch is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die zijn overgegaan. Verschil met *Parkwood* is dat de Duitse wetgeving mogelijkheden laat om, in elk geval vanaf een jaar na de overgang van onderneming, de inhoud van het incorporatiebeding die een cao behelst te wijzigen.⁴⁰ Dit wijzigen kan zowel in consensuele zin als eenzijdig. Daarmee biedt de Duitse wetgeving volgens het HvJ EU voldoende mogelijkheden aan de verkrijger om 'zijn belangen doeltreffend te doen gelden en kan hij met het oog op zijn toekomstige economische activiteit onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers'.⁴¹

Los van de inhoudelijke afwegingen in de zaken *Werhof*, *Parkwood* en *Asklepios*, die, vooral ook in de Nederlandse context nog veel vragen oproepen,⁴² kunnen de implicaties van deze drie uitspraken in een beslisboom worden weergegeven (zie figuur 2). In alle drie de uitspraken benadrukt het HvJ EU dat de richtlijn niet alleen beoogt de belangen van de werknemers te beschermen, maar ook die van de verkrijgende werkgever.⁴³ De laatste moet in staat zijn om 'met het oog op zijn toekomstige economische activiteit, te kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.' In hoeverre de werkgever dit kan doen wordt door het HvJ EU gewogen aan de hand van art. 3 lid 1 en 3 Richtlijn 2001/23 aan de ene kant en art. 16 EU Handvest aan de andere kant. Maatgevend daarbij is in hoeverre de essentie van de ondernemersvrijheid wordt aangetast. De beslisboom (figuur 2) is de uitkomst van die weging. Op deze manier beschouwd en de beslisboom indachtig, lijkt het erop dat het HvJ EU op de stoel van de wetgever is gaan zitten om een leemte in de wetgeving op te vullen, namelijk hoe om te gaan met een geïncorporeerde cao in de situatie van een overgang van onderneming? Maatgevend lijkt daarbij te zijn de mate waarin de verkrijger in staat zal zijn om zelf invulling te geven aan voor de voortzetting van zijn economische activiteit bepalende factoren, waaronder in elk geval arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.

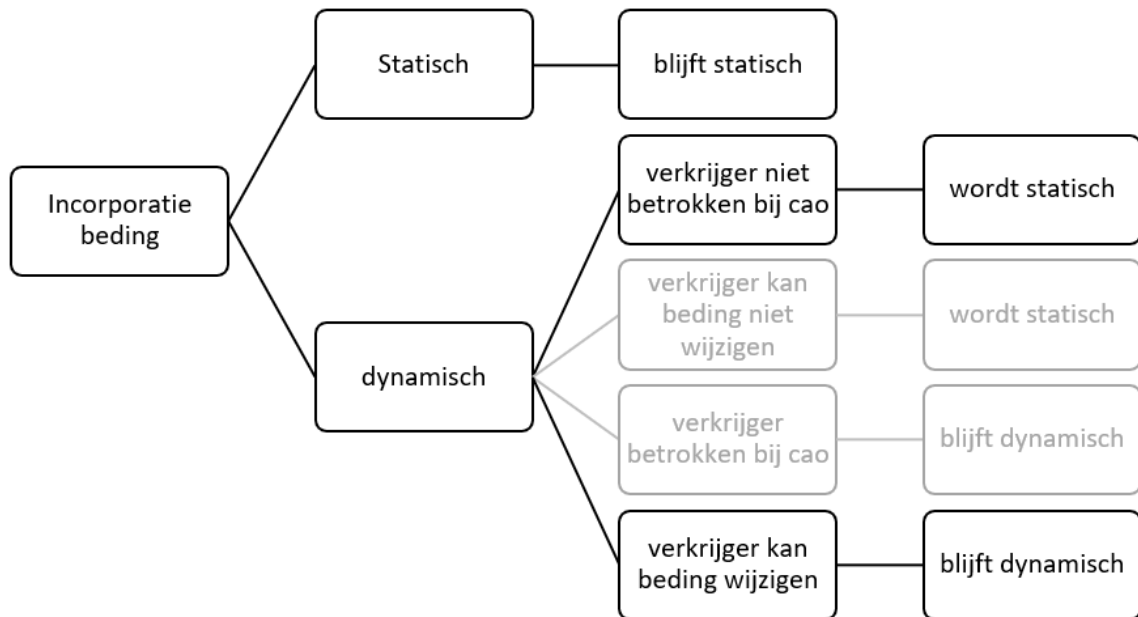
⁴⁰ Punt 24, *Asklepios*.

⁴¹ Punten 23 en 25, *Asklepios*.

⁴² Zie hierover de eerder aangehaalde literatuur in voetnoten 16 en 18.

⁴³ Punt 22, *Asklepios*; en indirecter, punt 29, *Parkwood*.

Figuur 2 Beslisboom *Werhof, Parkwood en Asklepios*⁴⁴



Iraklis

In de zaak *Irakles* boog het HvJ EU zich over een situatie van collectief ontslag, op EU-niveaugeregeld in Richtlijn 98/59/EG. De Griekse wetgeving voorziet in een mogelijkheid vervangende toestemming te vragen bij de minister ingeval de werkgever en werknemersvertegenwoordigers geen overeenstemming kunnen bereiken over het voorgenomen collectief ontslag. In principe voorziet de richtlijn niet direct in een dergelijke mogelijkheid, maar een grondslag hiervoor zou gevonden kunnen worden in art. 5 Richtlijn 98/59, aangezien deze gunstiger is voor de werknemers dan waar de richtlijn in voorziet. De verwijzende rechter wil van het HvJ EU weten of een dergelijke maatregel een onevenredige beperking is van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en van de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 EU Handvest). De verwijzende rechter wil tevens weten of de mogelijke impact op deze vrijheden kan worden gerechtvaardigd dooreen dwingende reden van algemeen belang aangezien de werkloosheid als gevolg van de crisis extreem hoog is.⁴⁵

Het HvJ EU gaat in deze zaak gedegen te werk en onderbouwt elke overweging uitgebreid. Ik beperk me hier tot de overwegingen die voor de vrijheid van ondernemerschap van belang zijn. Het HvJ EU overweegt ten eerste dat de richtlijn zich in beginsel niet verzet tegen een maatregel als die van Griekenland. Een dergelijke maatregel mag echter niet tot gevolg hebben dat het de nuttige werking van de maatregelen van de richtlijn zelf ontnemt, ook al biedt die regeling meer bescherming.⁴⁶ In de Griekse situatie lijkt dit het geval te zijn, omdat de maatregel ertoe leidt dat in de praktijk de vertegenwoordigers van de werknemers er van afzien in overleg te treden met de werkgeven (zoals voorgeschreven in art. 2 Richtlijn 98/59), omdat het bestuursorgaan, de minister, zich stelselmatig tegen plannen voor collectief ontslag verzet.⁴⁷

⁴⁴ De in het grijs aangegeven 'beslissingen' zijn ingevuld als logische (of te verwachte) gevolgen van de uitspraken *Parkwood en Asklepios*.

⁴⁵ Punten 21-25, *Irakles*.

⁴⁶ Punten 35-37, *Irakles*.

⁴⁷ Punt 42, *Irakles*.

De werkgever, AGET Irakles, stelt derhalve dat hij in zijn vrijheid van vestiging en vrijheid van ondernemerschap wordt beperkt, omdat de maatregel ertoe leidt dat hij *de facto* niet over kan gaan tot het sluiten van de vestiging en het daarmee gepaard gaande collectief ontslag. Dit zijn activiteiten die naar het oordeel van het HvJ EU eveneens vallen binnen de aard en de omvang van de vrijheid van vestiging.⁴⁸ De nationale maatregel vormt een substantiële inmenging in die vrijheid en vormt dus een ernstige belemmering.⁴⁹ Omdat de situatie binnen het EU-recht valt, treft de belemmering ook de vrijheid van ondernemerschap.⁵⁰ De belemmering dient te worden gerechtvaardigd met een dwingende reden van algemeen belang, in casu de bescherming van de werknemers, werkloosheidsbestrijding en het belang van de nationale economie.⁵¹ In dit kader benadrukt het Hof dat naast het tot stand brengen van een interne markt, ook werkgelegenheid en sociaal beleid kerndoelen van de EU zijn.⁵² Die doelen dienen tegen elkaar te worden afgewogen.⁵³ Er dient dus te worden nagegaan in hoeverre het doel van de maatregel (bescherming van werknemers en werkgelegenheidsbeleid) de belemmering van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap kan rechtvaardigen. Daartoe moeten de beperkingen passend en noodzakelijk zijn.⁵⁴ Bij die weging gelden twee uitgangspunten. Ten eerste hebben de lidstaten een ruime beoordelingsmarge bij de keuze van de maatregelen ter verwezenlijking van hun sociaal beleid. En ten tweede, moeten die beperkingen de essentie van de grondrechten respecteren.⁵⁵

Het Hof concludeert dat de (Griekse) maatregel art. 16 EU Handvest niet in zijn essentie aantast. Immers, de ondernemer wordt niet iedere mogelijkheid ontnomen om tot collectief ontslag over te gaan.⁵⁶ Het Hof acht de regeling in beginsel ook passend om het doel te bereiken – bescherming van werknemers en werkgelegenheidsbeleid.⁵⁷ Het wordt pas problematisch bij de uitvoeringsbepalingen die kenmerkend zijn voor de regeling, in casu de drie criteria waarmee het bevoegde overheidsorgaan rekening moet houden met het oog op zijn besluit zich al dan niet te verzetten tegen collectief ontslag.⁵⁸ Van het eerste criterium, nationaal economisch belang, oordeelt het Hof dat dit de belemmering van de vrijheden niet kan rechtvaardigen. De overige twee criteria – situatie van de onderneming en omstandigheden op de arbeidsmarkt – acht het Hof te algemeen en vaag geformuleerd, waardoor de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan niet kan worden getoetst. Bijgevolg leiden die criteria ertoe dat de vrijheden in hun essentie kunnen worden geraakt.⁵⁹ Het feit dat sprake is van een acute economische crisis en een bijzonder hoge werkloosheid verandert hier niets aan, omdat dan het nuttig effect van de richtlijn zou worden ondermijnd.⁶⁰

In deze zaak is het HvJ EU dus heel expliciet in de afwegingen die het maakt om tot een oordeel te komen. Het is in deze zaak interessant dat het Hof erkent dat de EU niet alleen economische

⁴⁸ Punt 53, *Irakles*.

⁴⁹ Punten 54-60, *Irakles*.

⁵⁰ Punt 68, *Irakles*, met verwijzing naar punt 33, *Parkwood*.

⁵¹ Punt 71, *Irakles*.

⁵² Punt 76, *Irakles*.

⁵³ Punten 77 en 78, *Irakles*.

⁵⁴ Punt 80, *Irakles*.

⁵⁵ Punten 83-84, *Irakles*.

⁵⁶ Punten 84 en 88, *Irakles*.

⁵⁷ Punt 92, *Irakles*.

⁵⁸ Punt 95, *Irakles*.

⁵⁹ Punt 99, *Irakles*.

⁶⁰ Punt 106, *Irakles*.

doelstellingen nastreeft, waaronder de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap, maar ook sociale doelstellingen. Wanneer deze doelstellingen botsen, zoals in de zaak *Irakles* moeten deze tegen elkaar worden afgewogen. Zoals gebruikelijk binnen de EU gaat het dan om een afweging in hoeverre de maatregel die een sociale doelstelling nastreeft inbreuk kan maken op de economische vrijheid.⁶¹ Dat is niet anders in deze zaak waarin het HvJ EU afweegt in hoeverre de Griekse maatregel ter bescherming van werknemers en werkgelegenheid een inbreuk kan maken op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap. In beginsel kan een dergelijke maatregel als die van Griekenland wel, maar dan moet die maatregel wel duidelijke criteria hebben op basis waarvan het besluit wordt genomen. Dit besluit kan namelijk uiteindelijk een inperking vormen op de vrijheid van de ondernemer wanneer deze niet tegemoet komt aan het verzoek van ondernemer een collectief ontslag uit te voeren. Indien die criteria voldoende duidelijk zijn, dan kan de ondernemer daar rekening mee houden op het moment dat hij een verzoek indient voor een vervangend besluit. In de onderhavige situatie bleken die criteria te vaag en vormde de maatregel daarom een niet te rechtvaardigen beperking op de vrijheden van de ondernemer.

In deze zaak heeft het HvJ EU de vrijheid van ondernemerschap dus gebruikt om een werknemers beschermende maatregel te torpederen. De wijze waarop het Hof zijn oordeel onderbouwt past in de interpretatie van de vrijheid van ondernemerschap waarin een minimum aan handelingsvrijheid wordt gewaarborgd die een grens stelt aan wetgevende en uitvoerende handelingen. Vanwege de vage criteria waarop het vervangende besluit door de minister is gebaseerd, gaat de Griekse maatregel over de grens van de handelingsvrijheid van de werkgever en vormt daarom een niet te rechtvaardigen inperking van de vrijheid van ondernemerschap. In de termen van het HvJ EU raakte de Griekse maatregel aan de essentie van de vrijheden van vestiging (en de negatieve versie daarvan om een vestiging te sluiten) en ondernemersvrijheid. De handelswijze van het HvJ EU in deze zaak lijkt dus erg veel op die van een constitutioneel hof dat oordeelt of lagere wetgeving wel in overeenstemming is met de constitutionele normen, in dit geval de vrijheid van ondernemerschap.

Achbita

In de zaak *Achbita* gaat het om een door de ondernemingsraad goedgekeurd arbeidsreglement, waarin is bepaald dat het werknemers verboden is om “op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daaruit voortvloeit te manifesteren.”⁶² *Achbita*, die nadrukkelijk geïnformeerd is over deze maatregel, confirmeert zich hier niet aan en wordt daarom ontslagen.⁶³ Zij laat het er niet bij zitten en vecht het ontslag aan. Het Belgische Hof van Cassatie stelt het HvJ EU een prejudiciële vraag om te vernemen of een dergelijke maatregel verboden discriminatie oplevert.⁶⁴ Volgens het HvJ EU leidt deze maatregel niet tot directe discriminatie, omdat die op dezelfde manier op alle werknemers van toepassing is en zich niet op een bepaalde geloofsovertuiging richt.⁶⁵ Wel leidt de maatregel volgens het Hof tot indirecte discriminatie, omdat personen die een bepaalde godsdienst aanhangen meer geraakt worden dan anderen.⁶⁶ Dit kan objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, waarvoor de maatregel

⁶¹ Zoals dit ook is gedaan in bijvoorbeeld de zaken *Viking* en *Laval* waarin een afweging werd gemaakt in hoeverre het stakingsrecht een inperking kon maken op respectievelijk de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten. HvJ EG 11 december 2007, zaak C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (*Viking*); HvJ EG 18 december 2007, zaak C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*).

⁶² Punt 15, *Achbita*.

⁶³ Punt 16 *Achbita*.

⁶⁴ Punten 20 en 21, *Achbita*.

⁶⁵ Punten 30-32, *Achbita*.

⁶⁶ Punt 34, *Achbita*.

passend en noodzakelijk is. Het legitieme doel in deze zaak is de wens van de werkgever om ten aanzien van klanten van neutraliteit blijk te geven.⁶⁷ Volgens het HvJ EU hangt dit samen met de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 EU Handvest), hetgeen een legitiem doel is.⁶⁸ Het Hof acht de maatregel tevens passend om het doel van volledige neutraliteit te bewerkstelligen en noodzakelijk indien de maatregel zich beperkt tot alleen de werknemers die direct contact hebben met de klanten van de werkgever.⁶⁹

Terwijl het HvJ EU in de zaak *Irakles* uitgebreid ingaat op de verhouding tussen de sociale doelstellingen van de EU en de interne markt doelstellingen, met name de vrijheden, waaronder art. 16 EU Handvest, lijkt het Hof er in de zaak *Achbita* met zevenmijlslaarzen doorheen te gaan.⁷⁰ Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is het positief dat de vraag is of vrijheid van ondernemerschap de vrijheid van godsdienst kan inperken, en niet andersom. In de zaak *Irakles* bijvoorbeeld was de vraag in hoeverre de maatregel die een sociale doelstelling nastreefde een inperking kon vormen op de vrijheid van ondernemerschap. Van een echte afweging tussen twee grondrechten lijkt in deze zaak echter weinig sprake te zijn. Het Hof maakt de afweging of de maatregel passend en noodzakelijk is totaal ongemotiveerd en neemt dit aan zonder daar woorden aan vuil te maken. Dit staat in schril contrast met de hiervoor besproken zaak *Irakles* waarin het Hof juist gedetailleerd afweegt en motiveert. In deze zaak is de vrijheid van ondernemerschap dus met succes gebruikt om een ander grondrecht, de vrijheid van godsdienst, in te perken.

Een opmerkelijk verschil tussen de zaken *Achbita* en *Irakles* is dat in laatstgenoemde zaak het ging om een werknemers beschermende maatregel die de handelingsvrijheid van de werkgever beperkte, terwijl het in de zaak *Achbita* ging om een maatregel die de handelingsvrijheid van de werkgever juist vergroete. In de zaak *Achbita* ging het dus om een economische doelstelling. Dit werpt de vraag op of het HvJ EU meer genegen is een dergelijke maatregel te accepteren als passend en noodzakelijk om die economische doelstelling te bewerkstelligen. Het is lastig om dit uit alleen deze zaak op te maken. Het is op zijn minst opvallend dat het HvJ EU weinig moeite doet om zijn argumenten te onderbouwen en daarmee inzichtelijk te maken waarop de overwegingen zijn gebaseerd.

Reflecties en het belang van de vrijheid van ondernemerschap voor het Nederlands (arbeids)recht

Als we nu kijken naar de beleidsmatige en juridische inbedding van de vrijheid van ondernemerschap, was dan te verwachten dat het HvJ EU dit ook in arbeidsrechtelijke zaken zou toepassen? Eigenlijk niet. De vrijheid lijkt niet te zijn ingebed in het Europese sociaal beleid. Voor zover dit wel het geval is, is het vooral in de vorm van algemeen geaccepteerde beperkingen die voor alle sectoren of professies gelden, zoals openingstijden, arbeidstijden en (arbeids)veiligheid. De link tussen de vrijheid van ondernemerschap en sociaal beleid en het arbeidsrecht is dus vooral een waarin het laatste het eerste beperkt. De vrijheid van ondernemerschap dient een aantal van die beperkingen ook te dulden. Zeker als we de interpretatie blijven volgen van de vrijheid van ondernemerschap als een waarborg aan de ondernemer voor een bepaald minimum aan handelingsvrijheid. Hierin komt tot uiting dat de vrijheid niet absoluut is en dus inperkingen moet dulden. Die inperkingen mogen echter niet zo ver gaan dat ze aan de essentie van de vrijheid raken.

⁶⁷ Punt 38, *Achbita*.

⁶⁸ Ibid. Met verwijzing naar EHRM 15 januari 2013, *Eweida e.a. v Verenigd Koninkrijk*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, punt 94.

⁶⁹ Punt 42, *Achbita*.

⁷⁰ Roozendaal, *op cit.* noot 30, kwalificeert dit terecht als gemakzuchtig.

Dat wil zeggen dat de inperking niet voorbij mag gaan aan de grens van de minimum handelingsvrijheid, of positiever geformuleerd, de werkgever moet in staat zijn om, met het oog op zijn toekomstige economische activiteit, te kunnen (onder)handelen over de factoren die bepalend zijn voor zijn bedrijfsvoering, waaronder de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.

In de zaken *Parkwood* en *Asklepios* is een beroep gedaan op de vrijheid van ondernemerschap om een leemte in de wetgeving op te vullen. Art. 3 Richtlijn 2001/23 voorziet, gegeven de prejudiciële vragen aan het HvJ EU, onvoldoende in de situatie waarin een cao is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die mee overgaan naar de verkrijgende werkgever. Op zich is dit geen verrassende toepassing van de vrijheid van ondernemerschap: er is een leemte in de wet, die moet worden opgevuld en daar is een norm of maatstaf voor nodig. Waarom niet de vrijheid van ondernemerschap? Is dit niet ook wat de wetgever zou doen: het afwegen van de belangen van de werknemers tegenover die van de werkgever?

In de zaak *Irakles* ligt dit anders. Richtlijn 98/59 laat ruimte aan de lidstaten om maatregelen te treffen die meer bescherming bieden dan de richtlijn doet (art. 5 van de richtlijn). De Griekse overheid heeft dit gedaan met de maatregel die het mogelijk maakt voor de werkgever om vervangende toestemming te vragen aan de minister indien deze er niet uit kan komen in de onderhandelingen met de werknemersvertegenwoordiging. Er is hier dus geen sprake van een leemte in de wetgeving en ook niet van botsende grondrechten. Wat het Hof in deze zaak doet is volle constitutionele toetsing, namelijk of de Griekse maatregel wel in overeenstemming is met de vrijheid van ondernemerschap. Op zich is dit niet nieuw. In de zaak *Kücükdeveci*⁷¹ bijvoorbeeld, toetste het HvJ EU ook een nationale maatregel (jaren gewerkt voor de leeftijd van 25 jaar tellen niet mee voor de berekening van de opzegtermijn) aan een EU grondrecht (leeftijdscriminatie). Het verschil is echter dat leeftijdscriminatie is uitgewerkt in een richtlijn waarvan de implementatietermijn is verstreken. Van lidstaten mag dus worden verwacht dat ze hun wetgeving in overeenstemming hebben gebracht met de vereisten van de richtlijn. Vrijheid van ondernemerschap is niet nader uitgewerkt in EU wetgeving. Het is wel onderdeel van de vrijheid van vestiging, maar het is twijfelachtig of dit kan gelden als een uitwerking van de vrijheid van ondernemerschap. Teruggrijpend op de beleidsmatige en juridische inbedding van de vrijheid van ondernemerschap lijkt dit recht breder te zijn dan de vrijheid van vestiging. Omdat de vrijheid van ondernemerschap redelijk vaag is en aan voorwaarden is onderworpen (namelijk overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken),⁷² is het verrassend dat het HvJ EU hier toch zoveel betekenis aan toekent.

In de zaak *Achbita* ging het om een afweging tussen twee grondrechten: non-discriminatie op grond van geloofsovertuiging versus de vrijheid van ondernemerschap. Ook in deze zaak is de handelswijze van het HvJ EU verrassend. Misschien niet eens zozeer omdat het HvJ EU de vrijheid van ondernemerschap accepteert als een legitiem doel. De vrijheid van ondernemerschap is één van de algemene beginselen van de EU en kan op basis daarvan alleen al als legitiem doel worden gezien. Het verrassende is misschien meer gelegen in het gebrek aan motivering, vooral op het punt waar het eigenlijke doel van de maatregel (de wens van de werkgever om neutraliteit uit te stralen naar klanten) wordt gelinkt aan de vrijheid van ondernemerschap. Het HvJ EU verwijst hiervoor weliswaar

⁷¹ HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

⁷² Art. 16 EU Handvest.

naar een zaak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM),⁷³ waarin de wens van de werkgever om een bepaald bedrijfsimago te handhaven als legitiem doel werd geaccepteerd in een vergelijkbare situatie. Echter, de toets van het EHRM in hoeverre een dergelijk bedrijfsimago ook noodzakelijk is, is veel zwaarder dan die het HvJ EU toepast (in het geheel niet). Met het EHRM vergeleken lijkt het HvJ EU dus veel ruimte te geven aan de vrijheid van ondernemerschap in de afweging met een ander grondrecht, in casu de non-discriminatie op grond van geloofsovertuiging.

De vrijheid van ondernemerschap heeft in de vier zaken waarin sociale rechten in geding waren dus een aardige impact. Wat betekent dit nu voor de Nederlandse (arbeids)rechtspraak. Met Verburg⁷⁴ ben ik het eens dat de toename in aandacht voor de vrijheid van ondernemerschap op Europees niveau ertoe zal leiden dat deze vrijheid ook voor de Nederlandse (arbeids)rechtspraak meer zal gaan betekenen. Wellicht niet nationaal, omdat we geen constitutionele toetsing kennen, maar wel met de mogelijkheid om via de nationale rechter prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Voor de nationale rechter kan een werkgever claimen dat een Nederlandse arbeidsrechtelijke maatregel zijn vrijheid van ondernemerschap te veel inperkt. Betreft de Nederlandse arbeidsrechtelijke maatregel ook een Europese maatregel, dan dient de nationale rechter het Nederlandse recht overeenkomstig het Europese recht te interpreteren (richtlijn conforme interpretatie). Is het Europese recht niet duidelijk genoeg, dan is de (hoogste) Nederlandse rechter verplicht om een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU over hoe het Europese recht moet worden geïnterpreteerd. De Nederlandse rechter dient daarna het Nederlandse recht te interpreteren in overeenstemming met de door het HvJ EU gegeven interpretatie van het Europese recht. Betreft de situatie een algemeen beginsel van de EU, waaronder de grondrechten uit het EU Handvest en dus ook de vrijheid van ondernemerschap, dan kan dit er zelfs toe leiden dat nationaal recht dat daarmee in strijd is buitenwerking dient te worden gesteld.

Wat betekent dit nu materieel rechtelijk? Kunnen we in Nederland een vergelijkbare zaak verwachten als *Iraklis* of *Achbita*? Ik denk van wel. Ik kan me voorstellen dat bijvoorbeeld een te ruime interpretatie van de herplaatsingsplicht in geval van reorganisatie ontslag (met name collectief ontslag) kan worden ingeperkt met een beroep op de vrijheid van ondernemerschap. Ik kan me ook voorstellen dat we een zaak als *Asklepios* krijgen. In haar commentaar op deze zaak vraagt Veldman zich terecht af of de Nederlandse mogelijkheid om een incorporatiebeding met een cao te wijzigen wel voldoende mogelijkheid tot wijzigen biedt zoals bedoeld door het HvJ EU.⁷⁵ Meer algemeen, denk ik dat we dergelijke zaken kunnen verwachten, omdat het HvJ EU er kennelijk niet voor terugdeinst om als constitutionele rechter op te treden. Dit dwingt de Nederlandse rechter om het ook te doen en maakt het voor de rechtspraak dus mogelijk om vaker een beroep te doen op grondrechten, zeker de vrijheid van ondernemerschap.

⁷³ EHRM 15 januari 2013, *op cit.* noot 68.

⁷⁴ Verburg, *op cit.* noot 15.

⁷⁵ Veldman, *op cit.* noot 30.