



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 19 februari 2013¹

Zaak C-426/11

**Mark Alemo-Herron,
Sandra Tipping,
Christopher Anderson,
Stacey Aris,
Audrey Beckford,
Lee Bennett,
Delroy Carby,
Vishnu Chetty,
Deborah Cimitan,
Victoria Clifton,
Claudette Cummings,
David Curtis,
Stephen Flin,
Patience Ijelekhai,
Rosemarie Lee,
Roxanne Lee,
Vivian Ling,
Michelle Nicholas,
Lansdail Nugent,
Anne O'Connor,
Shirley Page,
Alan Peel,
Mathew Pennington,
Laura Steward
tegen
Parkwood Leisure Ltd**

[verzoek van de Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Overgang van ondernemingen — Behoud van rechten van werknemers — Richtlijn 2001/23/EG — Artikel 3, lid 3 — Collectieve overeenkomst die op het moment van overgang van toepassing is op vervreemder en werknemer — Dynamische clausules die verwijzen naar bestaande en toekomstige collectieve overeenkomsten — Reikwijdte van het arrest Werhof van het Hof — Grondrecht om zich niet bij een vakvereniging aan te sluiten — Vrijheid van ondernemerschap — Artikelen 12 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”

¹ — Oorspronkelijke taal: Spaans.

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing stelt de Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk het Hof drie vragen over de uitlegging van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen². De verwijzende rechter vraagt het Hof of richtlijn 2001/23 verbiedt, toestaat of verlangt dat de lidstaten de overdracht van de zogenoemde dynamische verwijzingsclausules naar collectieve overeenkomsten aanvaarden. Deze clausules, die vóór de overgang van een onderneming tussen de werknemers en de vervreemdende werkgever zijn overeengekomen, hebben tot gevolg dat de verkrijgende werkgever gebonden is aan de voorwaarden die in toekomstige collectieve overeenkomsten worden vastgesteld, zelfs wanneer die werkgever niet aan de onderhandelingen over die collectieve overeenkomst kan deelnemen.

2. Binnen het recht van het Verenigd Koninkrijk is van oudsher een ruime handelingsvrijheid aan de sociale partners toegekend, en is toegestaan dat bij overgang van een onderneming ook de dynamische clausules die verwijzen naar collectieve overeenkomsten worden overgedragen. Op deze wijze wordt de verkrijgende werkgever, blijkbaar zonder enige tijdslimiet, gebonden aan collectieve overeenkomsten ten aanzien waarvan hij niet aan de onderhandelingen heeft deelgenomen, maar ook aan die ten aanzien waarvan hij niet aan de onderhandelingen kán deelnemen. In het arrest in de zaak Werhof³, gewezen in de specifieke context van het Duitse arbeidsrecht, heeft het Hof geoordeeld dat richtlijn 2001/23 de lidstaten niet dwingt te waarborgen dat bij overgang van een onderneming de dynamische verwijzingsclausules naar collectieve overeenkomsten worden overgedragen. Deze beslissing heeft in het Verenigd Koninkrijk tot tegengestelde uitspraken geleid, want sommige rechterlijke instanties menen dat het arrest van het Hof de overdracht van een dynamische verwijzingsclausule verbiedt, terwijl andere van oordeel zijn dat dit arrest alleen betrekking heeft op een heel specifieke situatie, namelijk die van het Duitse recht, welk recht de reikwijdte van die clausules beperkte. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing verzoekt de Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk het Hof de reikwijdte van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 af te bakenen, rekening houdend met de uitlegging die het in de zaak Werhof aan die bepaling heeft gegeven.

I – Rechtskader

A – *Unierecht*

3. Richtlijn 2001/23, die richtlijn 77/187/EEG⁴ heeft vervangen, bepaalt in artikel 3, in hoofdstuk II, „Behoud van de rechten der werknemers”, het volgende:

„1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

De lidstaten kunnen bepalen dat de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen welke vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.

2 — Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 (PB L 82, blz. 16).

3 — Arrest van 9 maart 2006 (C-499/04, Jurispr. blz. I-2397).

4 — Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB L 61, blz. 26).

2. De lidstaten kunnen passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de vervreemder de verkrijger in kennis stelt van alle rechten en verplichtingen die uit hoofde van dit artikel op de verkrijger zullen overgaan, voor zover deze rechten en verplichtingen de vervreemder op de datum van overgang bekend zijn of hadden moeten zijn. Het feit dat de vervreemder nalaat de verkrijger in kennis te stellen van een dergelijk recht of een dergelijke verplichting, laat de overgang van dat recht of die verplichting en de rechten van werknemers tegenover de verkrijger en/of vervreemder ten aanzien van dat recht of die verplichting onverlet.

3. Na de overgang handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar.

4.

- a) Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de leden 1 en 3 niet van toepassing op de rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten.
- b) Zelfs indien zij overeenkomstig het bepaalde sub a niet bepalen dat de leden 1 en 3 van toepassing zijn op dergelijke rechten, stellen de lidstaten de nodige maatregelen vast om de belangen van de werknemers, alsmede van de personen die de vestiging van de vervreemder reeds hebben verlaten op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van de in het bepaalde sub a van dit lid bedoelde aanvullende stelsels.”

4. Artikel 8 van richtlijn 2001/23 bevat een minimumharmonisatiebepaling:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers of om de toepassing van collectieve overeenkomsten of tussen de sociale partners gesloten akkoorden te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers.”

B – *Nationaal recht*

5. Het Verenigd Koninkrijk heeft richtlijn 77/187, de voorganger van richtlijn 2001/23, in nationaal recht omgezet middels de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (hierna: „TUPE”). Regulation 5 TUPE zet de inhoud van artikel 3 van richtlijn 2001/23 om. In het bijzonder bepaalt Regulation 5, lid 2, sub a, TUPE het volgende:

„Alle rechten, bevoegdheden en verplichtingen van de vervreemder die uit de overeenkomst voortvloeien of daaraan zijn verbonden, gaan krachtens deze Regulation over op de verkrijger.”

6. Tot aan het arrest van het Hof in de zaak Werhof hebben de Britse arbeidsgerechten steeds een *dynamische* uitlegging aan richtlijn 2001/23 en aan Regulation 5, lid 2, sub a, TUPE gegeven. Daarom waren, krachtens de richtlijn en haar omzettingbepalingen, de contractuele clausules waarin uitdrukkelijk werd verwezen naar toekomstige collectieve overeenkomsten die binnen een bepaald

orgaan voor loononderhandelingen worden vastgesteld, na de overgang van de onderneming bindend voor de verkrijgende werkgever.⁵ Op vragen ter terechtzitting over dat onderwerp bevestigden zowel de vertegenwoordiger van Parkwood als die van de werknemers dat punt en beschreven zij het als een praktijk die vooral bij contracten in de publieke sector wijd verbreid is.

II – Feiten en procedure voor de Britse gerechten

7. In 2002 werden de werkzaamheden van de gemeentelijke dienst vrije tijd van de London Borough of Lewisham (hierna: „Council”) overgedragen aan CCL Limited, een onderneming uit de particuliere sector, en zijn de werknemers van de Council in dienst gekomen bij CCL. In mei 2004 droeg CCL Limited het bedrijf over aan Parkwood Leisure Limited (hierna: „Parkwood”), een eveneens particuliere onderneming.

8. Toen de onderneming nog onderdeel was van de Council, bepaalden de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de Council dat de binnen de National Joint Council for Local Government Services (hierna: „NJC”) overeengekomen arbeidsvoorwaarden ook voor die werknemers moesten gelden. De NJC is een orgaan voor collectieve onderhandeling ten behoeve van de lokale overheid. Dat de werkgever gebonden was aan de collectieve overeenkomsten die binnen de NJC waren vastgesteld, vloeide niet voort uit de wet maar uit een contractuele clausule uit de betreffende arbeidsovereenkomst, die luidde:

„Zolang uw arbeidsverhouding met de Council duurt, worden uw arbeidsvoorwaarden aangepast aan de periodiek binnen de NJC [...] vastgestelde collectieve overeenkomsten, aangevuld met overeenkomsten die op lokaal niveau door de onderhandelingscommissies van de Council worden gesloten.”

9. Op het moment van de overgang naar CCL was de collectieve overeenkomst van toepassing die door de NJC voor de periode van 1 april 2002 tot en met 31 maart 2004 was vastgesteld. In mei 2004 vond de overgang van de onderneming naar Parkwood plaats.

10. Binnen de NJC werd in juni 2004 een nieuwe collectieve overeenkomst bereikt, die met terugwerkende kracht vanaf 1 april 2004 tot en met 31 maart 2007 van kracht was. De collectieve overeenkomst kwam dus tot stand na de overgang van de onderneming in handen van Parkwood. Daarom concludeerde Parkwood dat de nieuwe collectieve overeenkomst haar niet bond en stelde zij de werknemers daarvan op de hoogte. Parkwood weigerde hun de salarisverhoging te betalen die binnen de NJC voor de periode van april 2004 tot april 2007 was vastgesteld.

11. Parkwood is niet aangesloten bij de NJC en kan zich er sowieso niet bij aansluiten, omdat Parkwood een particuliere onderneming is en geen overheidsdienst.

12. De weigering van Parkwood om zich te houden aan de voorwaarden die binnen de NJC waren vastgesteld, heeft geleid tot een vordering van de werknemers bij het Employment Tribunal. Die vordering werd in 2008 afgewezen. Het Employment Tribunal was van mening dat het Hof in het arrest Werhof had geoordeeld dat bij overgang van een onderneming geen dynamische verwijzingsclausules naar collectieve overeenkomsten konden worden overgedragen. Deze beslissing werd door de werknemers aangevochten en later, in beroep vernietigd door het Employment Appeal Tribunal, op grond van de overweging dat de uitspraak in de zaak Werhof niet van toepassing was op de situatie binnen de Britse rechtsorde.

5 — Dit was de vaste rechtspraak van het Employment Appeal Tribunal, neergelegd in onder andere de arresten Whent/Cartledge [1997] IRLR 153 EAT; BET Catering Services Ltd/Ball & Others EAT/637/96, en Glendale Grounds Management/Bradley EAT/485/97.

13. Parkwood vocht met succes de beslissing van het Employment Appeal Tribunal aan bij de Court of Appeal, die in haar arrest van 2010 het standpunt van het Employment Tribunal inzake de uitlegging van de richtlijn en de reikwijdte van het arrest Werhof deelde.

14. Ten slotte zijn de werknemers in cassatie gegaan bij de Supreme Court, die de procedure heeft geschorst en het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend.

III – Procesverloop voor het Hof en prejudiciële vragen

15. Op 12 augustus 2011 is krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU het verzoek om een prejudiciële beslissing ter griffie van het Hof ingekomen, waarin de volgende prejudiciële vragen worden gesteld:

- „1) Dient, in de omstandigheden van de onderhavige zaak, waarin een werknemer jegens de vervreemder een contractueel recht heeft op voorwaarden waarover door een derde, te weten een orgaan voor collectieve onderhandeling, periodiek wordt onderhandeld en die door deze derde worden vastgesteld, en waarin dat recht in de betrekking tussen de werknemer en de vervreemdende werkgever naar nationaal recht niet statisch maar dynamisch van aard is, artikel 3 van richtlijn [2001/23], in samenhang met het arrest van het Hof [...] Werhof [...], aldus te worden uitgelegd:
- a) dat het verlangt dat een dergelijk recht bij een overgang waarop de richtlijn van toepassing is, wordt beschermd en de verkrijger bindt; of
 - b) dat de nationale rechters op basis daarvan kunnen oordelen dat een dergelijk recht bij een overgang waarop de richtlijn van toepassing is, beschermd is en de verkrijger bindt, of
 - c) dat het zich ertegen verzet dat de nationale rechters van oordeel zijn dat een dergelijk recht bij een overgang waarop de richtlijn van toepassing is, beschermd is en de verkrijger bindt?
- 2) Mogen de rechters van een lidstaat, wanneer deze lidstaat zijn verplichtingen tot uitvoering van de minimumvereisten van artikel 3 van richtlijn 2001/23 is nagekomen, maar de vraag rijst of de uitvoeringsmaatregelen aldus moeten worden uitgelegd dat zij ten gunste van de beschermde werknemers verder gaan dan die vereisten voor zover zij hun dynamische contractuele rechten jegens de verkrijger verlenen, bij de uitlegging van de uitvoeringsregeling het nationale recht toepassen, mits die uitlegging niet met het gemeenschapsrecht in strijd is, of dient voor de uitlegging een andere invalshoek te worden gekozen en, zo ja, welke?
- 3) Staat het de nationale rechter in de onderhavige zaak vrij, de door de werknemers aangevoerde uitlegging van de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 [regeling van 1981 inzake de bescherming van werknemers bij overgang van ondernemingen] toe te passen, gelet op het feit dat de werkgever niet heeft gesteld dat zijn rechten ex artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden worden geschonden doordat de werknemers naar nationaal recht over een dynamisch recht op collectief vastgestelde voorwaarden beschikken?”

16. Alemo-Herron e.a., Parkwood en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

17. Ter terechtzitting van 20 september 2012 zijn de vertegenwoordigers van Alemo-Herron e.a. en van Parkwood, alsmede de gemachtigde van de Commissie gehoord in hun pleidooien.

IV – Eerste en tweede prejudiciële vraag

18. De Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk wenst middels haar eerste twee vragen, die gezamenlijk dienen te worden beantwoord, te vernemen of artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 van een lidstaat verlangt, deze toestaat of juist verbiedt dat, bij overgang van een onderneming, dynamische clausules worden overgedragen die verwijzen naar toekomstige collectieve overeenkomsten. De Supreme Court heeft vragen over de reikwijdte van het in 2006 gewezen arrest Werhof, waarin het Hof een dynamische uitlegging van artikel 3, lid 3, afwees in de zaak van een Duitse werknemer, wiens arbeidsovereenkomst een statische verwijzingsclausule naar een concrete collectieve overeenkomst bevatte.

19. Er bestaat voldoende aanleiding voor de vragen van de verwijzende rechter. Weliswaar werd in het arrest Werhof scherp van de hand gewezen dat richtlijn 2001/23 de lidstaten zou verplichten te bepalen dat dynamische clausules die naar toekomstige collectieve overeenkomsten verwijzen, worden overgedragen, maar de overwegingen van het Hof werden toen sterk bepaald door de specifieke omstandigheden van die zaak. Die omstandigheden verschilden wezenlijk van die in de zaak die nu bij de Supreme Court dient. De vragen omtrent de dynamische verwijzing naar toekomstige collectieve overeenkomsten rijzen in deze zaak niet onder dezelfde omstandigheden als in de zaak Werhof, want Parkwood is, in tegenstelling tot de verkrijgende werkgever van Werhof, een particuliere onderneming die een onderneming heeft overgenomen die eerst overheidsbedrijf was. Parkwood kan dus in geen geval deelnemen aan of indirect invloed uitoefenen op het proces van collectieve onderhandeling binnen de NJC, daar dit orgaan uitsluitend dient voor collectieve onderhandeling binnen de gemeentelijke overheid.

20. Tegen de achtergrond van deze verschillen zal ik eerst gedetailleerd de letterlijke tekst van richtlijn 2001/23 en van het arrest Werhof behandelen. Daarna zal ik stilstaan bij de feitelijke en juridische verschillen tussen de zaak Werhof en de onderhavige zaak. Ik geef nu al aan dat ik neig naar de tweede door de Supreme Court geopperde uitlegging van de richtlijn, namelijk dat het de lidstaten niet verboden is om op basis van richtlijn 2001/23 mogelijk te maken dat bij de overgang van een onderneming dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten worden overgedragen. Volgens het arrest Werhof mogen de maatregelen van de lidstaten echter niet de grondrechten aantasten die door de Unie worden beschermd. Bij dat aspect zal ik stilstaan in mijn antwoord op de derde prejudiciële vraag.

A – Richtlijn 2001/23, de toepassing van collectieve overeenkomsten bij de overgang van een onderneming en de vrijheid van handelen van de lidstaten

21. Richtlijn 2001/23, die richtlijn 77/187 vervangt, heeft tot doel de werknemers te beschermen bij wisseling van werkgever, in het bijzonder om het behoud van hun rechten te waarborgen.⁶ Naast andere maatregelen, garandeert de richtlijn in artikel 3 dat de rechten en verplichtingen van de vervreemder op grond van de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, na de overgang van de onderneming behouden blijven. Zoals het Hof reeds heeft benadrukt, is het doel van die bepaling te waarborgen dat, ondanks de overgang van onderneming, alle arbeidsvoorwaarden, ook die welke zijn vastgesteld in een collectieve overeenkomst, worden gehandhaafd in overeenstemming met de wil van de partijen bij de collectieve overeenkomst.⁷

6 – Zie onder andere arresten van 10 februari 1988, Tellerup, „Daddy’s Dance Hall” (324/86, Jurispr. blz. 739, punt 9); 25 juli 1991, D’Urso e.a. (C-362/89, Jurispr. blz. 1-4105, punt 9), en 12 november 1992, Watson Rask en Christensen (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755, punt 26).

7 – Zie onder andere arrest D’Urso e.a., reeds aangehaald, punt 9, en arresten van 27 november 2008, Juuri (C-396/07, Jurispr. blz. I-8883, punt 33), en 12 november 1998, Europièces (C-399/96, Jurispr. blz. I-6965, punt 37).

22. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, is artikel 3 van richtlijn 2001/23 geen dwingende bepaling, maar een bepaling waarin het evenwicht tussen de bescherming van de belangen van de werknemer en die van de verkrijgende werkgever tot uitdrukking komt. Zo staat lid 1, tweede alinea, van dat artikel de lidstaten toe te bepalen dat de vervreemder en de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen welke voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Ook lid 3, tweede alinea, over de gevolgen van collectieve overeenkomsten, maakt het de lidstaten mogelijk het tijdvak te beperken waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd, mits dat tijdvak niet korter is dan één jaar.

23. Het is duidelijk dat het behoud van de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die op het moment van de overgang van kracht was, inclusief die welke voortvloeien uit een collectieve overeenkomst die op de arbeidsverhouding van toepassing is, een behoud is dat *aan voorwaarden is gebonden*. De lidstaten hebben bovendien een ruime vrijheid van handelen bij het uitvoeren en toepassen van richtlijn 2001/23. Dat komt doordat de richtlijn, zoals het Hof heeft opgemerkt, „de betrokken materie [...] slechts gedeeltelijk [wil] harmoniseren”.⁸ Met de richtlijn „wordt niet beoogd, een uniforme bescherming voor de hele [Unie] op basis van gemeenschappelijke criteria in te voeren”, maar te verzekeren dat de werknemer „ten opzichte van de verkrijger dezelfde bescherming geniet als waarop hij ingevolge het recht van de betrokken lidstaat aanspraak had ten opzichte van de vervreemder”.⁹

24. Deze handelingsvrijheid van de lidstaten blijkt zo mogelijk nog duidelijker uit artikel 8 van richtlijn 2001/23, waarin wordt bepaald dat de richtlijn „geen afbreuk [doet] aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers”.¹⁰ Artikel 8 voegt dan meteen daarna toe – bijzonder belangrijk voor de onderhavige zaak – dat de richtlijn ook geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de lidstaten om „de toepassing van collectieve overeenkomsten of tussen de sociale partners gesloten akkoorden te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers”.¹¹

25. Nu ik op dit punt ben aangekomen, is het nodig de inhoud van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23, dat onderwerp is van de vragen van de Supreme Court, te onderzoeken. Die bepaling verlangt dat de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden handhaaft 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”. De gebiedende formulering van die bepaling kan de reden zijn van de vragen van de verwijzende rechter, omdat hij daaruit zou kunnen afleiden dat elke dynamische vorm van bescherming – op grond waarvan de collectieve overeenkomst die van kracht was op het moment van de overgang, of latere collectieve overeenkomsten de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de verkrijger beheersen – verboden is. Bij de uitlegging van die bepaling kan echter ook niet worden voorbijgegaan aan artikel 8 van de richtlijn, waarin aan de lidstaten uitdrukkelijk wordt toegestaan om niet alleen bepalingen toe te passen die gunstiger zijn voor de werknemers, maar ook de „toepassing” mogelijk te maken van collectieve overeenkomsten die gunstiger zijn voor de werknemers.

8 — Zie onder andere arrest *Watson Rask en Christensen*, reeds aangehaald, punt 27, en arrest van 6 november 2003, *Martin e.a.* (C-4/01, Jurispr. blz. I-12859, punt 41).

9 — *Ibidem*.

10 — Onder „gunstiger bepalingen” moet volgens het Hof mede worden verstaan de uitlegging daarvan door de nationale rechter, zoals in de onderhavige zaak het geval is. Zie hierover arrest van 16 december 1992, *Katsikas e.a.* (C-132/91, C-138/91 en C-139/91, Jurispr. blz. I-6577, punt 40).

11 — Merk op dat deze zinsnede een van de nieuwe elementen is van richtlijn 2001/23, in vergelijking met haar voorganger, richtlijn 77/187. In die laatstgenoemde richtlijn bepaalde artikel 7 slechts: „Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers.”

26. Nu moet de aandacht worden gericht op het arrest dat het Hof in de eerdergenoemde zaak Werhof heeft gewezen, dat de overdracht van dynamische clausules die verwijzen naar toekomstige collectieve overeenkomsten lijkt te verbieden. Zoals ik echter hierna zal aantonen, houdt deze uitlegging van het arrest geen rekening met de feitelijke omstandigheden van de zaak waarin het werd gewezen, noch met de eendoelen van richtlijn 2001/23.

B – Arrest Werhof

27. De reden waarom aan het arrest Werhof een radicale afwijzing van de dynamische bescherming van in toekomstige collectieve overeenkomsten vastgestelde arbeidsvoorwaarden wordt toegeschreven, is gelegen in de bijzondere feitelijke en juridische omstandigheden van de zaak. Werhof was een Duitse werknemer in de metaalsector, wiens arbeidsovereenkomst op het moment van overgang van de onderneming een statische verwijzingsclausule naar een collectieve overeenkomst bevatte. De arbeidsovereenkomst van Werhof verwees dus naar de loonvoorwaarden die in een specifieke, op het moment van de overgang geldende, collectieve overeenkomst waren vastgelegd.¹² Ook had de Bondsrepubliek Duitsland gebruikgemaakt van de bevoegdheid die richtlijn 2001/23 de lidstaten in artikel 3, lid 3, tweede alinea, toekent en aldus de duur van de op het moment van overgang toepasselijke collectieve overeenkomsten beperkt tot maximaal één jaar.¹³

28. De zaak Werhof werd dus gekenmerkt door twee zeer belangrijke omstandigheden die de redenering van het Hof verklaren: een statische verwijzingsclausule naar een concrete collectieve overeenkomst en een beperking *ex lege* van de duur van de gevolgen van de collectieve overeenkomsten na de overgang van de onderneming. In deze situatie vorderde Werhof op grond van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 een dynamische bescherming waarmee hij zich kon beroepen op een collectieve overeenkomst, gesloten na de collectieve overeenkomst die van kracht was op het moment van overgang, ondanks het feit dat zijn contract geen dynamische clausule bevatte. Het is dus niet verwonderlijk dat het Hof de vordering van Werhof afwees.

29. Het Hof benadrukte allereerst dat de verwijzingsclausule uit de arbeidsovereenkomst van Werhof naar de collectieve overeenkomst statisch van karakter was. Daarom kan volgens het Hof „een clausule die verwijst naar een collectieve overeenkomst niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan *de [collectieve] overeenkomst waarnaar zij verwijst*”.¹⁴ Dezelfde redenering is zichtbaar als het Hof artikel 3, lid 2, van de richtlijn aanhaalt, waarin beperkingen worden aangebracht op het beginsel dat „*de collectieve overeenkomst waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst*” toepasselijk is.¹⁵ Met andere woorden, het Hof is van oordeel dat de richtlijn geen dynamische bescherming oplegt wanneer de op het moment van de overgang geldende arbeidsovereenkomst verwijzingsclausules bevat naar een specifieke collectieve overeenkomst. Het is dus duidelijk dat richtlijn 2001/23 statische clausules die op het moment van de overgang van kracht zijn, *niet verandert* in dynamische clausules.

30. Vervolgens heeft het Hof erop gewezen dat de Bondsrepubliek Duitsland het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd heeft beperkt, hetgeen was toegestaan op grond van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2001/23.¹⁶ Het feit dat de lidstaat van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt is belangrijk, aangezien, zoals het Hof opmerkt, sprake is van een „subsidiare” beperking die toepassing vindt wanneer zich binnen de minimumtermijn van één jaar geen van de in lid 3 genoemde situaties voordoet (de beëindiging of afloop van de bestaande collectieve

12 — Voor een gedetailleerde beschrijving van de feiten van de zaak Werhof, zie de conclusie in die zaak van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer, punten 16-23.

13 — Zie de conclusie aangehaald in de vorige voetnoot, punten 14 en 15. Over het Duitse rechtskader dat op de situatie van Werhof van toepassing was, zie de analyse van Rémy, P., „Le renvoi à la convention collective dans le contrat de travail en droit allemand et la directive transfert”, *Droit Social*, nr. 3, 2007, blz. 342-346.

14 — Arrest Werhof, reeds aangehaald, punt 28 (mijn cursivering).

15 — Ibidem (mijn cursivering).

16 — Arrest Werhof, reeds aangehaald, punt 30.

overeenkomst, dan wel de inwerkingtreding of toepassing van een nieuwe collectieve overeenkomst).¹⁷ Daarom houden de lidstaten altijd de bevoegdheid om, zelfs wanneer de contracten dynamische verwijzingsclausules naar bestaande en toekomstige collectieve overeenkomsten bevatten, het effect daarvan te beperken, mits de werking ervan ten minste één jaar blijft gehandhaafd. Dat was in de zaak Werhof het geval in het Duitse recht.

31. Uit het voorgaande blijkt dat het Hof in het arrest Werhof niet in algemene zin heeft verklaard dat het behoud van de effecten van dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten in strijd zou zijn met de richtlijn. Het arrest Werhof wijst enkel een uitlegging van de richtlijn af waarin deze de lidstaten zou *opleggen* een dynamische bescherming te bieden, zelfs wanneer de arbeidsovereenkomst een statische verwijzingsclausule bevat en wanneer bovendien de betrokken lidstaat de effecten van de op het moment van de overgang geldende collectieve overeenkomsten tot één jaar na de overgang beperkt. De vordering van Werhof viel buiten de bedoelingen van richtlijn 2001/23, en om die reden voegde het Hof, op bijzonder strenge toon, toe dat het doel van de richtlijn „niet de bescherming [is] van loutere verwachtingen en derhalve hypothetische voordelen ten gevolge van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten”.¹⁸

32. De kwestie ligt anders, wanneer het voordeel – namelijk het vooruitzicht dat de binnen de NJC overeengekomen voorwaarden uitdrukkelijk zullen worden overgenomen – niet louter hypothetisch is maar uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, en de nationale rechtsorde dat toestaat. Dat is het geval in de onderhavige zaak, waarvan ik de kenmerken gedetailleerd zal behandelen.

C – De onderhavige zaak tegen de achtergrond van richtlijn 2001/23 en het arrest Werhof

33. Tegen de achtergrond van de bepalingen van richtlijn 2001/23 en rekening houdend met de precieze reikwijdte van het arrest in de zaak Werhof, dienen nu de feiten en het nationale rechtskader van de zaak te worden onderzocht die door de Supreme Court naar het Hof is verwezen.

34. Conform hetgeen door partijen is uiteengezet, is richtlijn 2001/23 in de Britse rechtsorde omgezet middels de TUPE Regulations, waarin artikel 3 van de richtlijn in praktisch gelijklopende bewoordingen is overgenomen. De Britse regeling heeft de wijze waarop de rechten en plichten van de werkgever en de werknemer bij de overgang van een onderneming worden beschermd, niet bijzonder gedetailleerd uitgewerkt, maar heeft deze verantwoordelijkheid overgelaten aan de arbeidsrechter. De Britse arbeidsrechter heeft, zoals uit de stukken blijkt, de mogelijkheid toegelaten dat die overgang ook de overdracht van een dynamische verwijzingsclausule naar latere collectieve overeenkomsten inhoudt.¹⁹ Tot op het moment van het arrest Werhof was deze uitlegging van de TUPE Regulations constant en onweersproken. Op vragen hierover ter terechtzitting bevestigden beide partijen in het hoofdgeding dat dit vaste rechtspraak was. De vertegenwoordiger van de werknemers voegde toe dat de overdracht van dit soort clausules vooral vaak voorkwam bij overgang van overheidsbedrijven.

35. Bovendien heeft het Verenigd Koninkrijk geen gebruik gemaakt van de uitzondering van artikel 3, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2001/23, krachtens welke de lidstaten het tijdvak kunnen beperken waarin de arbeidsvoorwaarden uit vóór de overgang gesloten overeenkomsten ook na die overgang moeten worden gehandhaafd, mits dat tijdvak niet korter is dan één jaar. Dat feit, plus de bovengenoemde rechtspraak van de Britse arbeidsrechter, zou kunnen bevestigen dat het Verenigd Koninkrijk een duidelijke voorkeur heeft voor overdraagbaarheid van dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten.

17 – Ibidem.

18 – Arrest Werhof, reeds aangehaald, punt 29.

19 – Zie de rechtspraak van het Employment Appeal Tribunal, aangehaald in voetnoot 5 van deze conclusie.

36. Deze opvatting kan volgens partijen voortvloeien uit het flexibele systeem van collectieve onderhandelingen in het Verenigd Koninkrijk. In tegenstelling tot andere nationale rechtsordes, erkent het Verenigd Koninkrijk niet ex lege de rechtsgevolgen van collectieve overeenkomsten. In die lidstaat zijn het de arbeidsovereenkomsten die, als gevolg van een uitdrukkelijke of stilzwijgende verwijzing naar de collectieve overeenkomst, effecten aan collectieve overeenkomsten toekennen.²⁰ Als algemene regel vloeien de effecten van collectieve overeenkomsten dus uitsluitend voort uit de arbeidsovereenkomst, met de reikwijdte van de daarin geformuleerde verwijzingsclausule. Deze opvatting van een collectieve overeenkomst geeft partijen een enorme vrijheid van handelen, ook wanneer zij besluiten zich aan toekomstige overeenkomsten te binden, want, zoals partijen in deze procedure hebben opgemerkt, niets belet hen opnieuw te onderhandelen over de clausule van het arbeidscontract waarin naar de collectieve overeenkomst wordt verwezen.

37. Aangezien een dynamische verwijzingsclausule naar een toekomstige collectieve overeenkomst het resultaat is van een akkoord tussen partijen dat op elk moment kan worden gewijzigd, was de Britse rechter dus van mening dat deze clausules de vrijheid van vereniging van de ondernemer of andere bepalingen van het Britse recht niet kunnen schenden. Het flexibele en „contractuele” Britse systeem van arbeidsverhoudingen zou er juist toe leiden dat dit soort clausules bij de overgang van een onderneming kunnen worden overgedragen.

38. In de onderhavige zaak staat vast dat de arbeidsovereenkomst die op het moment van de overgang van kracht was, een dynamische verwijzingsclausule bevatte naar de collectieve overeenkomsten die binnen de NJC worden vastgesteld. Op het moment van de overgang hadden de werknemers van de onderneming dus de uitdrukkelijke en precieze toezegging dat zij zouden vallen onder de arbeidsvoorwaarden die in collectieve onderhandeling, toen en in de toekomst, binnen dat orgaan tot stand zouden komen. In tegenstelling tot in de zaak Werhof, gaat het dus om een arbeidsovereenkomst die een dynamische clausule bevat waarin wordt aanvaard wat in toekomstige collectieve overeenkomsten zal worden vastgesteld. In de woorden van het Hof in de zaak Werhof verschillen de „verwachtingen” die door deze clausule bij de werknemers van de overgegangene onderneming worden gewekt, nadrukkelijk van die welke door een statische clausule als die in de zaak Werhof worden gecreëerd. Het gaat nu veeleer om zekerheden, want de clausules zijn vrijwillig en uitdrukkelijk door partijen binnen het bestaande rechtskader overeengekomen en aldus in de arbeidsovereenkomst opgenomen.

39. Op grond van dit alles ben ik van mening dat richtlijn 2001/23 het Verenigd Koninkrijk niet belet mogelijk te maken dat partijen dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten in hun contract opnemen en dat zulke clausules als gevolg van de overgang van de onderneming worden overgedragen. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is in het arrest Werhof bevestigd dat die richtlijn de lidstaten geen dynamische uitlegging van verwijzingen naar collectieve overeenkomsten oplegt. Met andere woorden, een statische verwijzing in een contract naar een collectieve overeenkomst verandert door de richtlijn niet in een dynamische verwijzing. Deze richtlijn belet de lidstaten in beginsel echter niet om het bestaan van dynamische verwijzingsclausules toe te staan. Niets in de letterlijke tekst van de richtlijn verbiedt dat, en artikel 8 bevestigt het door te bepalen dat de lidstaten de bevoegdheid behouden om „de toepassing van collectieve overeenkomsten [...] te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers”. Kennelijk is het doel van de Britse rechtspraak waarin de zogenoemde dynamische verwijzingsclausules worden toegestaan, te bevorderen dat voorwaarden worden behouden die gunstiger zijn voor de werknemers, door de toepassing daarvan via een verwijzing naar een collectieve overeenkomst.

20 — Dat collectieve overeenkomsten niet bindend zijn, is een beginsel dat stevig verankerd ligt in het Britse arbeidsrecht. Dit heeft zijn wortels in de 19e eeuw, in Section 4 van de Trade Union Act van 1871. Ook heeft de common law de effecten van collectieve overeenkomsten slechts erkend wanneer die voortvloeien uit een uitdrukkelijke verwijzing in een clausule van de arbeidsovereenkomst (zie *Ford Motor Co Ltd/AUEFW* [1969] 2 QB 303). Zo wordt dat volgens Deakin, S., en Morris, G., *Labour Law*, 5e druk, uitg. Hart, Portland – Oxford, 2009, blz. 237 en 238, in het Britse recht nog steeds gezien.

40. Bovendien verzet het feit dat de richtlijn het Verenigd Koninkrijk toestaat een dergelijke bescherming te verlenen, zich er geenszins tegen dat de Britse wetgever gebruikmaakt van de bevoegdheid van artikel 3, lid 3, tweede alinea, namelijk dat het tijdvak waarin de bij de overgang overeengekomen arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd, kan worden beperkt, mits dat tijdvak niet korter is dan één jaar. Ook is er niets op tegen als de Britse wetgever of de Britse rechter de reikwijdte van de TUPE wijzigt met het doel te beperken of te verbieden dat dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten worden overgedragen. Dat is kortom een beslissing die binnen de vrijheid van handelen van de lidstaat valt.

41. Op grond van bovenstaande argumenten kom ik dus tot de conclusie dat artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23 aldus dient te worden uitgelegd dat het zich in beginsel niet ertegen verzet dat lidstaten toestaan dat dynamische clausules die verwijzen naar bestaande en toekomstige collectieve overeenkomsten en vrijwillig door de partijen bij de arbeidsovereenkomst zijn vastgesteld, als gevolg van de overgang van een onderneming worden overgedragen.

V – Derde prejudiciële vraag

42. Met haar derde vraag wenst de Supreme Court te vernemen of, als de dynamische verwijzingsclausules verenigbaar zijn met richtlijn 2001/23, deze dan niettemin in strijd zijn met artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”). Aangezien ik het Hof voorstel te erkennen dat dynamische verwijzingsclausules verenigbaar zijn met richtlijn 2001/23, dient antwoord te worden gegeven op de derde vraag, maar dan enigszins anders geformuleerd.

43. De Supreme Court vraagt zich af of artikel 11 EVRM, en daarmee ook artikel 12 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, op deze zaak betrekking hebben. Dit artikel, dat de vrijheid van vereniging vaststelt, beschermt het individu niet alleen tegen mogelijke verboden of beperkingen van zijn recht om zich bij een vakvereniging aan te sluiten of die op te richten, maar ook tegen de directe of indirecte verplichting om zich erbij aan te sluiten.²¹ De verwijzende rechter wenst dus te vernemen of de TUPE, zoals deze op dit moment door de Britse rechter worden uitgelegd, verenigbaar zijn met de vrijheid van de ondernemer om zich niet bij een vakvereniging aan te sluiten.

44. Weliswaar kan een situatie als die van Parkwood binnen het toepassingsgebied van artikel 12 van het Handvest vallen, maar de onderhavige zaak heeft een bijzonder kenmerk waardoor zij naar mijn mening geen betrekking heeft op de vrijheid om zich niet bij een vakvereniging aan te sluiten. Zoals ik in punt 8 van deze conclusie heb opgemerkt, is de NJC, het orgaan voor collectieve onderhandeling waar de bestreden clause uit het contract naar verwijst, een overheidsorgaan waarbinnen de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de lokale overheidssector worden overeengekomen. Door zijn publiekrechtelijke aard en zijn strikt omkaderde werkterrein kan de NJC moeilijk de belangen van Parkwood formuleren of verdedigen, ondanks het feit dat het een overgegangene onderneming betreft die oorspronkelijk een overheidsbedrijf was. Aldus bevestigden de partijen zowel in hun schriftelijke opmerkingen als tijdens de pleidooien en aldus constateert ook de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing.

21 — Zie de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het recht om zich niet bij een vakvereniging aan te sluiten, in het bijzonder arresten Sigurdur A. Sigurjónsson/IJsland van 30 juni 1993, Gustafsson/Zweden van 25 april 1996 en Vördur Ólafsson/IJsland van 27 april 2010.

45. Het probleem is dus niet dat Parkwood verplicht zou zijn om zich bij een organisatie aan te sluiten wanneer zij over de arbeidsvoorwaarden van haar werknemers wil onderhandelen (die situatie zou inderdaad moeilijk te rijmen zijn met artikel 12 van het Handvest). Het probleem is juist dat Parkwood binnen de NJC *geen vertegenwoordiging heeft*. De rechten van Parkwood worden niet beperkt door een verplichting om zich bij een organisatie aan te sluiten, maar door het feit dat Parkwood verplichtingen moet aanvaarden die in collectieve overeenkomsten zijn vastgesteld waarop zij geen invloed heeft.

46. In deze situatie is, zoals ik hierna zal uiteenzetten, het betrokken grondrecht niet het recht van de ondernemer om zich niet bij een vakvereniging aan te sluiten, maar zijn grondrecht van vrijheid van ondernemerschap, dat door artikel 16 van het Handvest wordt beschermd „overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken”.

47. Zoals ik eerder heb opgemerkt, ben ik van mening dat richtlijn 2001/23 de lidstaten niet verbiedt om arbeidsrecht vast te stellen waarin dynamische verwijzingsclausules naar collectieve overeenkomsten worden overgedragen als onderdeel van de overdracht van rechten en plichten als gevolg van de overgang van een onderneming. Zoals bekend moeten de lidstaten, ook wanneer zij beschikken over een bepaalde vrijheid van handelen die hun uitdrukkelijk door het Unierecht is toegekend, deze echter hanteren in overeenstemming met dat Unierecht.²² Natuurlijk geldt dit onder andere ook voor de grondrechten, zoals uitdrukkelijk wordt bepaald in artikel 51 van het Handvest. Hoewel het Verenigd Koninkrijk de sociale partners kan toestaan om in de arbeidsovereenkomsten dynamische verwijzingsclausules naar collectieve overeenkomsten op te nemen, mag deze bevoegdheid dus niet uitmonden in handelingen die in strijd zijn met de in het Handvest genoemde grondrechten, waaronder de vrijheid van ondernemerschap van artikel 16.

48. De vrijheid van ondernemerschap heeft een lange voorgeschiedenis in het Unierecht.²³ Terwijl zij eerst werd gezien als uitvloeisel van het grondrecht van eigendom²⁴, heeft zij reeds in de jaren tachtig een eigen betekenis gekregen, en is zij zelfs een algemeen beginsel van het Unierecht geworden.²⁵ Tegenwoordig laten de toelichtingen bij het Handvest zien dat dit artikel gebaseerd is op de rechtspraak van het Hof waarin niet alleen de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, maar ook de contractsvrijheid en het beginsel van de vrije mededinging worden erkend.²⁶

49. Weliswaar is deze vrijheid van ondernemerschap op die drie bronnen gebaseerd, maar de rechtspraak heeft tot nu toe nog geen volledige en werkbare definitie van die vrijheid gegeven. De beslissingen waarin het Hof de gelegenheid heeft gehad zich daarover uit te spreken, hebben zich beperkt tot óf een verwijzing naar het recht van eigendom, óf simpelweg een aanhaling van artikel 16 van het Handvest.

50. Niettemin kunnen de belangrijkste aspecten van de vrijheid van ondernemerschap worden genoemd. Hierbij leveren de bronnen die in de toelichting bij artikel 16 van het Handvest worden vermeld een belangrijke bijdrage. De vrijheid van ondernemerschap, zoals die in dat artikel is neergelegd, vormt immers een waarborg voor de ontwikkeling van initiatieven en economische

22 — Arrest Werhof, reeds aangehaald, punten 32 e.v.

23 — Zie hierover Schwarze, J., „Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001.

24 — Zie arresten van 27 september 1979, Eridania (230/78, Jurispr. blz. 2749, punten 20 e.v.), en 19 september 1985, Finsider/Commissie (63/84 en 147/84, Jurispr. blz. 2857, punt 23).

25 — Arrest van 21 februari 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Zuckerfabrik Soest (C-143/88 en C-92/89, Jurispr. blz. I-415, punt 73).

26 — De toelichtingen verwijzen op dit punt naar arrest van 14 mei 1974, Nold/Commissie (4/73, blz. 491); arrest Eridania, reeds aangehaald, en arresten van 16 januari 1979, Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, Jurispr. blz. 1, punt 19), en 5 oktober 1999, Spanje/Commissie (C-240/97, Jurispr. blz. I-6571, punt 99).

activiteiten, waarbij vanzelfsprekend sprake is van beperkingen maar in elk geval minimumvoorwaarden voor economische activiteit binnen de interne markt worden gegarandeerd. De vrijheid van ondernemerschap stelt dus zowel een grens aan de wetgevende en uitvoerende activiteiten van de Unie, als aan de activiteiten van de lidstaten bij de toepassing van het Unierecht.

51. Daar komt bij dat de vrijheid van ondernemerschap weliswaar nauw verbonden is met het grondrecht van eigendom, zowel in het Unierecht als in verschillende rechtsordes van de lidstaten²⁷, maar andere rechtssituaties dan het eigendomsrecht beschermt. Terwijl het eigendomsrecht betrekking heeft op de eigendom van materiële en immateriële zaken, beschermt de vrijheid van ondernemerschap het economisch initiatief en de handelingsvrijheid binnen een markt, maar niet de concrete winsten, vertaald in een vermogensbedrag, die in die markt zijn behaald.²⁸

52. Tot slot dient te worden opgemerkt dat de vrijheid van ondernemerschap een grondrecht is dat in sterke mate op afweging is gericht. Het feit dat het recht geen absoluut karakter heeft, draagt ertoe bij dat het vaak wordt afgewogen tegen andere grondrechten, zoals wordt aangetoond door de rechtspraak van het Hof, dat tot nu toe de vrijheid van ondernemerschap heeft afgewogen tegen andere grondrechten als de bescherming van de privacy²⁹, de gezondheid³⁰, of de intellectuele eigendom³¹.

53. In de onderhavige context is sprake van een nationale regeling waarin de dynamische verwijzingsclausules naar collectieve overeenkomsten bij de overgang van een onderneming integraal worden overgedragen. De overdracht van de clausule veronderstelt dat de verkrijger, in deze zaak de onderneming Parkwood, gebonden is aan bestaande en toekomstige arbeidsvoorwaarden die binnen de NJC zijn overeengekomen. Het Britse recht staat dus toe dat, krachtens een contractuele bepaling die uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, werknemers van overheidsbedrijven die in particuliere handen zijn overgegaan de bestaande en de toekomstige arbeidsvoorwaarden behouden die worden vastgesteld binnen de NJC, een orgaan waarbij de verkrijgende werkgever zich niet kan aansluiten.

54. Vanzelfsprekend maakt de bevoegdheid om een bepaalde onderneming over te nemen geen deel uit van de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid. Toch kan het stellen van overnamevoorwaarden die zo streng zijn dat zij er in de praktijk toe leiden dat ondernemers flink worden afgeschrikt om ondernemingen over te nemen, uiteindelijk een schending van dat artikel betekenen. Het feit dat de werkgever bij de overgang van een onderneming tot in het oneindige gebonden is aan arbeidsvoorwaarden die niet door hemzelf zijn overeengekomen, krijgt bij de overgang van een onderneming de trekken van een beperking van de contractsvrijheid, terwijl die contractsvrijheid, zoals blijkt uit de toelichting bij artikel 16 van het Handvest, een van de aspecten van de vrijheid van ondernemerschap is.

27 — Er zijn veel lidstaten die, net als het Handvest, de vrijheid van ondernemerschap als autonoom grondrecht erkennen. Dat is het geval bij Spanje (artikel 38 van de Spaanse grondwet), Portugal (artikel 61, lid 1, van de Portugese grondwet) en Italië (artikel 41, eerste alinea, van de Italiaanse grondwet). In Frankrijk wordt de vrijheid van ondernemerschap echter afgeleid van de constitutionele bescherming van privé-eigendom en van het algemene recht op vrijheid, aldus Devolvé, P., *Droit public de l'économie*, uitg. Dalloz, Parijs, 1998, blz. 105 e.v. Het Duitse rechtssysteem volgt een andere weg. Daar wordt het recht op economisch initiatief afgeleid van het recht op privé-eigendom, maar tevens van het recht op vrije beroepskeuze. Zie hierover Tettinger, P.-J., „Artikel 12” in Sachs, M. (red.), *Grundgesetz-Kommentar*, uitg. C. H. Beck, München, 1996, blz. 428 e.v. Zie over dit grondrecht in het Europees vergelijkend recht Arroyo Jiménez, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, uitg. CEPC, Madrid, 2004, blz. 75-79.

28 — Zie Blanke, H. J., „Artikel 16”, en Tettinger, P., en Stern, K., *Europäische Grundrechte-Charta*, uitg. C. H. Beck, 2006, blz. 428, 429 en 439-442, alsmede Díez-Picazo Giménez, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3e druk, uitg. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, blz. 537 e.v.

29 — Arresten van 29 maart 2012, Interseroh Scrap and Metals Trading (C-1/11, punt 44); 16 februari 2012, SABAM (C-360/10, punt 48), en 24 november 2011, Scarlet Extended (C-70/10, Jurispr. blz. I-11959, punt 50).

30 — Arrest van 6 september 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, punt 55).

31 — Reeds aangehaalde arresten Scarlet Extended, punt 50, en SABAM, punt 48.

55. Nu is het echter niet zo dat het enkele feit dat de werkgever gebonden is aan de voorwaarden die binnen de NJC zijn gesteld, automatisch een schending van de vrijheid van ondernemerschap betekent. Integendeel, bij de beoordeling of de Britse regeling in strijd is met artikel 16 van het Handvest moeten de wettelijke en feitelijke omstandigheden van de zaak worden beoordeeld. Daarin heeft de verwijzende rechter een belangrijke taak, want hij verkeert in de beste positie om die beoordeling te verrichten, voor zover deze het Britse arbeidsrecht betreft. De verwijzende rechter moet in het kader van dat onderzoek in het bijzonder beoordelen of de gebondenheid aan de voorwaarden die binnen de NJC zijn vastgesteld onvoorwaardelijk en onomkeerbaar is. Het is duidelijk dat de mate waarin dat grondrecht wordt aangetast, afhankelijk is van de mate van gebondenheid aan de voorwaarden die binnen dat orgaan zijn vastgesteld.

56. In dit verband hebben de partijen in het hoofdgeding gewezen op de belangrijkste kenmerken van het Britse stelsel van collectieve onderhandeling, dat wordt gekenmerkt door zijn flexibiliteit. Zoals ik al heb aangetoond, zijn de Britse collectieve overeenkomsten niet op de wet gebaseerd, maar op de afzonderlijke arbeidsovereenkomsten, die de wilsautonomie en de contractsvrijheid van de werknemer en de werkgever tot uitdrukking brengen. Hoewel de verwijzende rechter het nodige onderzoek moet verrichten om dit te kunnen bevestigen, wijst alles er dus op dat de dynamische verwijzingsclausules, ook al zijn zij onderdeel van de overdracht, door beide partijen op elk gewenst moment tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst opnieuw kunnen worden vastgesteld en gewijzigd. Met andere woorden, het Britse recht lijkt zich er niet tegen te verzetten dat Parkwood en de werknemers van de overgegangene onderneming gaan onderhandelen en besluiten de betrokken clausule te schrappen, te wijzigen of te handhaven.

57. Als dat zo is, dan zijn de problemen die het Britse rechtsstelsel vanuit het gezichtspunt van artikel 16 van het Handvest zou opleveren, opgelost. Daarvoor is echter een onderzoek van het nationale recht nodig dat niet tot de bevoegdheid van het Hof, maar van de verwijzende rechter behoort.

58. Op grond van de zojuist geformuleerde argumenten stel ik het Hof dus voor, de derde prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat het Unierecht, en in het bijzonder artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zich niet verzet tegen een nationale regeling die de verkrijger van een onderneming verplicht om de bestaande en toekomstige voorwaarden te aanvaarden die binnen een orgaan voor collectieve onderhandeling zijn vastgesteld, mits die verplichting niet onvoorwaardelijk en onomkeerbaar is. Het is de taak van de nationale rechter om te beoordelen of, in de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak en in overeenstemming met het nationale recht, de verplichting inderdaad onvoorwaardelijk en onomkeerbaar is.

VI – Conclusie

59. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Supreme Court als volgt te beantwoorden:

- „1) Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, dient aldus te worden uitgelegd dat het zich in beginsel niet ertegen verzet dat de lidstaten toestaan dat dynamische clausules die verwijzen naar bestaande en toekomstige collectieve overeenkomsten en vrijwillig door de partijen bij de arbeidsovereenkomst zijn vastgesteld, als gevolg van de overgang van een onderneming worden overgedragen.
- 2) Het Unierecht, en in het bijzonder artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, verzet zich niet tegen een nationale regeling die de verkrijger van een onderneming verplicht om de bestaande en toekomstige voorwaarden te aanvaarden die binnen

een orgaan voor collectieve onderhandeling zijn vastgesteld, mits die verplichting niet onvoorwaardelijk en onomkeerbaar is. Het is de taak van de nationale rechter te beoordelen of, in de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak en in overeenstemming met het nationale recht, de verplichting inderdaad onvoorwaardelijk en onomkeerbaar is.”