

ANNOTATIE

Pakketvergelijking in Europa: het verslechteringsverbod van de Raamovereenkomst voor bepaalde tijd. Enkele bespiegelingen naar aanleiding van HvJ 24 juni 2010, C-98/09, *Sorge/Poste Italiane SpA*

mr. dr. J.H. Even

1. De meeste cao's in Nederland zijn overeenkomsten met minimumbepalingen, ook wel minimum-cao's genoemd. Een dergelijke cao legt een bodem in het arbeidsvoorwaardenpakket voor de werkgever en de werknemer die deze cao moeten toepassen. Gunstigere bepalingen dan in de cao opgenomen mogen, slechtere niet. In de Nederlandse arbeidsrechtliteratuur is een onderwerp van debat of en zo ja in hoeverre pakketvergelijking bij het toepassen van cao's is toegestaan. Mag de verplichting tot het betalen van overwerk worden weggestreept tegen een hoger loon? In het arrest Boonen/Quicken (HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43) beantwoordde de HR deze vraag met een duidelijk 'neen', maar met het arrest Teunissen/Welter (HR 24 april 2009, *JAR* 2009/130) lijkt een 'tenzij' ingebouwd. Hoe ver dat 'tenzij' reikt is nog niet duidelijk, maar buiten kijf staat dat het arbeidsvoorwaardenpakket van de werknemer als geheel beschouwd in elk geval niet onder het totaalniveau van de minimum-cao mag komen (zie hieromtrent: R.M. Beltzer, 'De Hoge Raad staat beperkt afwijking van de cao na pakketvergelijking toe', *AR Commentaar* 2009-01).

2. Ook op Europees niveau kunnen sociale partners overeenkomsten afsluiten. Deze overeenkomsten kunnen op grond van art. 155 VwEU op gezamenlijk verzoek van de sociale partners worden omgezet in EU-wetgeving. Dat gebeurt door de gesloten overeenkomst als bijlage op te nemen bij een korte richtlijn. In deze richtlijn wordt aangegeven dat deze is gericht op de uitvoering van de overeenkomst. Een voorbeeld van een dergelijke richtlijn is Richtlijn 1999/70/EG (hierna: de Richtlijn), betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (hierna: de Raamovereenkomst). De Raamovereenkomst geeft regels over (opvolgende) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

3. Net zoals vaak het geval is bij nationale sociale partners bij het sluiten van een cao, wensen ook de Europese sociale partners dat hun (via een richtlijn te implementeren) akkoord zal leiden tot een verbetering van arbeidsvoorwaarden. De lidstaten dienen de implementatie van de richtlijn niet aan te grijpen om het nationale

beschermingsniveau te verlagen. Anders gezegd: implementatie hiervan mag leiden tot een verbetering maar liever niet tot een verslechtering van het in een lidstaat bestaande beschermingsniveau. Om dat laatste te voorkomen, bevatten de akkoorden vaak verslechteringsverboden. Zo ook de Raamovereenkomst, die in art. 8 lid 3 bepaalt: *‘De uitvoering van de bepalingen van deze overeenkomst vormt geen geldige reden om het algemene niveau van bescherming van de werknemers op het door deze overeenkomst bestreken gebied te verlagen.’* Voor de goede orde: een dergelijk verslechteringsverbod is iets anders dan het afdoen van het akkoord als een ‘minimumakkoord’. Dit verslechteringsverbod is immers bedoeld om te voorkomen dat nationale wetgeving die al boven het niveau van de Richtlijn was door implementatie van die Richtlijn wordt gewijzigd tot een niveau dat weliswaar ten minste op de normen van de Richtlijn ligt, maar lager is dan voorheen. De implementatie van de Richtlijn mag vanzelfsprekend nooit leiden tot een wet die onder het niveau van de Richtlijn duikt. Dat maakt dat de Raamovereenkomst zonder meer een minimumakkoord is. 4. Verslechteringsverboden zijn niet uniek voor door Europese sociale partners afgesloten raamovereenkomsten. Ook in richtlijnen die niet dergelijke raamovereenkomsten implementeren zijn zulke bepalingen terug te vinden. A-G Tizzano memoreert dat deze al sinds eind jaren tachtig zijn opgenomen in de sociale richtlijnen van de gemeenschap (conclusie in procedure C-144/04, *Mangold*, par. 54). Het opnemen van een verslechteringsverbod sluit goed aan bij een doel van de EU en de lidstaten, namelijk te komen tot ‘de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden’ (art. 151 VwEU) en het streven ‘een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder hun volkeren leven en werken’ te verzekeren (derde alinea van de preambule bij VwEU). Hierbij past slecht dat lidstaten de implementatie van een richtlijn aangrijpen om het beschermingsniveau in hun land te verlagen. Hetzelfde principe is nog duidelijker terug te vinden in de considerans van het Gemeenschapshandvest van de Sociale Grondrechten van de Werkenden: *‘Overwegende dat de plechtige afkondiging van de sociale grondrechten op het niveau van de Europese Gemeenschap bij de tenuitvoerlegging geen argument mag vormen voor enige achteruitgang ten opzichte van de thans in iedere lidstaat bestaande situatie’*. Het realiseren van deze opwaartse aanpassingen in de sociale wetgeving van de lidstaten is volgens het HvJ het doel van het verslechteringsverbod van de Raamovereenkomst (HvJ 23 april 2009, C-378/07, *Angelidaki*, par. 112). 5. Toch zijn de verslechteringsverboden in de sociale richtlijnen niet, althans in elk geval niet onmiddellijk, algemeen geaccepteerd. Het verslechteringsverbod kan absoluut worden geïnterpreteerd, zodat vanaf het moment van de implementatie van een richtlijn met zo'n verbod de lidstaat nooit voor de werknemers ‘slechtere’ regelgeving mag introduceren, hetgeen ten minste een standstillsituatie tot gevolg heeft (deze term is ontleend aan Tizzano, *Mangold*, par. 65). Een absoluut verslechteringsverbod kan tot vergaande Europese bemoeienis leiden met nationale aangelegenheden. En dat wringt. Op het gebied van sociaal beleid heeft de EU immers geen exclusieve, maar een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid om regels te stellen (art. 4 VwEU). Art. 153 VwEU bepaalt dan ook dat ter verwezenlijking van, kort gezegd, sociale doelstellingen de Unie de EU-lidstaten op bepaalde van deze gebieden ondersteunt en aanvult. Bij een absoluut verslechteringsverbod zou de EU-invloed wel eens groter kunnen zijn dan verwacht zou mogen worden op basis van de ‘slechts’

gedeelde bevoegdheid op dat vlak. Er is dan ook zelfs betoogd dat het verslechteringsverbod uitsluitend politieke in plaats van juridische waarde heeft (zie Tizzano, *Mangold*, par. 56). 6. In de zaak *Mangold* kwam de interpretatie van art. 8 lid 3 van de Raamovereenkomst voor het eerst aan de orde (HvJ 22 november 2005, C-144/04). Oorspronkelijk stond de Duitse wetgeving toe met werknemers ouder dan 60 jaar zonder objectieve rechtvaardiging arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan, terwijl voor jongere werknemers zulke rechtvaardiging wel was vereist. Bij implementatie van de Richtlijn werd deze leeftijd verlaagd naar 58 jaar. Enige tijd later werd deze leeftijd verder verlaagd naar 52 jaar. Van deze laatste wet werd werknemer Mangold 'slachtoffer'. In dit verband kwam onder meer de vraag aan de orde of deze tweede verlaging van leeftijd in het licht van art. 8 lid 3 van de Raamovereenkomst was toegestaan. Het debat in deze procedure spitste zich toe op de vragen (i) of het verslechteringsverbod ook van toepassing is op wetgeving opgesteld nadat de Richtlijn al is geïmplementeerd (valt zulke wetgeving nog wel onder 'uitvoering' van de bepalingen van de Raamovereenkomst als genoemd in art. 8 lid 3?) en, zo ja, (ii) of dit verbod is overtreden door genoemde wetgeving (wordt door deze wetgeving het algemene niveau van bescherming van de werknemers verlaagd?). In deze procedure werd dus aangenomen dat het verslechteringsverbod juridisch afdwingbaar is. Dat uitgangspunt achtte A-G Tizzano juist, omdat dit verbod als een bepaling in de Raamovereenkomst is opgenomen (par. 56 e.v.). 7. Het HvJ oordeelde dat art. 8 lid 3 van de Raamovereenkomst niet enkel betrekking heeft op de oorspronkelijke omzetting van (de bijlage bij) de Richtlijn, maar zich uitstrekt tot iedere nationale maatregel die beoogt te verzekeren dat het met de Richtlijn nagestreefde doel wordt bereikt, daaronder begrepen de maatregelen die na de eigenlijke omzetting de reeds vastgestelde nationale regels aanvullen of wijzigen. Art. 8 lid 3 van de Raamovereenkomst is dus ook van toepassing op de tweede wet. Dit artikel is volgens het HvJ echter niet overtreden. Het betreft namelijk geen standstillbepaling. Volgens het HvJ is vermindering van de bescherming die de werknemers is verzekerd op het gebied van overeenkomsten voor bepaalde tijd als zodanig door de Raamovereenkomst niet verboden wanneer zij geen enkel verband houdt met de uitvoering van deze laatste. Een lidstaat mag dus *om andere redenen dan de implementatie van de Richtlijn* de positie van de werknemer verslechteren in vergelijking met de nationale situatie zoals die voorheen gold. A-G Tizzano noemde in dat verband dat sprake is van een transparantieclausule: een clausule die, om misbruik te voorkomen, de lidstaten verbiedt de uitvoering van de richtlijn aan te grijpen als een gelegenheid de voorheen door het nationale recht gewaarborgde bescherming te verminderen en dit niet toe te schrijven aan een zelfstandig nationaal besluit maar aan - niet-bestaande - communautaire verplichtingen (par. 62; dit standpunt werd onderschreven door A-G Jääskinen in zijn conclusie bij procedure C-98/09, *Sorge*, par. 40). Omdat de verslechtering van de positie van de oudere werknemer met betrekking tot arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door de Duitse wetgever was gerechtvaardigd op grond van de noodzaak de werkgelegenheid voor ouderen in Duitsland te bevorderen (en dus los stond van de implementatie van de Richtlijn), is art. 8 lid 3 volgens het HvJ niet overtreden. Hierdoor hoefde de vraag of de Duitse wetswijziging tot een verslechtering van de bescherming van de relevante groep werknemers heeft geleid - dat werd door de Duitse overheid betwist, die zich op het standpunt stelde dat

de leeftijdverlaging dusdanig werd gecompenseerd door beschermende maatregelen dat niet van verlaging van het algemene niveau van bescherming kan worden gesproken - niet te worden beantwoord. 8. In de zaak *Angeledaki* kwam het verslechteringsverbod van de Raamovereenkomst opnieuw aan de orde. Het betrof hier een wetswijziging in Griekenland tot stand gekomen ter implementatie van de Richtlijn, die volgens een groep werknemers het beschermingsniveau voor werknemers in dienst van de overheid op basis van één enkele arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (dus geen opvolgende overeenkomsten) zou verslechteren. De eerste vraag die beantwoord diende te worden was of het verslechteringsverbod uitsluitend van toepassing is op opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, of op alle arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het HvJ oordeelde dat, gegeven het doel van het verslechteringsverbod (zie par. 4 van deze bijdrage), art. 8 lid 3 Raamovereenkomst niet restrictief mag worden uitgelegd. Om vast te stellen of er sprake is van een verlaging van het beschermingsniveau moet dan ook onderzoek worden verricht naar alle bepalingen van het interne recht, dus zowel ten aanzien van de werknemers die opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hebben gesloten, als de werknemers die een eerste of enige arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben gesloten (par. 120 en 121). 9. Vervolgens oordeelde het HvJ, onder verwijzing naar *Mangold*, dat een verlaging van de aan de werknemers op het gebied van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gewaarborgde bescherming niet *in se* door de Raamovereenkomst wordt verboden, maar slechts onder het verslechteringsverbod valt indien zij enerzijds verband houdt met de uitvoering van de Raamovereenkomst en anderzijds betrekking heeft op het algemene niveau van bescherming van de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ten aanzien van deze tweede voorwaarde overwoog het HvJ dat deze impliceert dat alleen een vermindering die de nationale regeling betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd *globaal aantast*, onder art. 8 lid 3 van de Raamovereenkomst valt. Dat brengt mee dat als de groep die zich met een beschermingsverslechtering geconfronteerd ziet klein is (in de woorden van het HvJ: geen 'significant percentage' van de in de betrokken lidstaat voor bepaalde tijd tewerkgestelde werknemers vormt), er geen sprake kan zijn van een verlaging van het algemene niveau van bescherming van de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een dergelijke verlaging is evenmin aan de orde indien deze vermindering van bescherming is gecompenseerd door vaststelling van andere maatregelen, zodat het algemene niveau van bescherming niet wordt verlaagd. Het 'pakket' aan beschermende bepalingen voorafgaande aan de implementatie en het pakket aan bepalingen bij de implementatie dient dus met elkaar te worden vergeleken. Het totaalpakket na de implementatie mag niet minder beschermend zijn dan het pakket daarvoor. Nogmaals en ter voorkoming van eventuele misverstanden: bij de implementatie van de Richtlijn mag natuurlijk nooit onder het niveau van de minimale beschermende maatregelen van de Richtlijn uitgekomen worden. Die minimumbescherming blijft gewaarborgd. Dat is ook door het HvJ geoordeeld. 10. De derde en meest recente zaak van het HvJ ten aanzien van het onderhavige onderwerp betreft *Sorge tegen Poste Italiane* (HvJ 24 juni 2010, C-98/09). Oorspronkelijk bepaalde de Italiaanse wet dat de werkgever verplicht is bij het aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ter vervanging van afwezige werknemers de

naam van die werknemers en de reden voor hun vervanging te vermelden. Deze informatieverplichting is vervallen bij implementatie van de Richtlijn. De vraag is of die wijziging in strijd is met het verslechteringsverbod. Na te hebben vastgesteld dat de te behandelen kwestie binnen de werkingssfeer van de Raamovereenkomst valt, oordeelde het HvJ dat moet worden onderzocht of de wetswijziging enerzijds verband houdt met de 'uitvoering' van die Raamovereenkomst en anderzijds betrekking heeft op het 'algemene niveau van bescherming' van de werknemers. 11. Om te beoordelen of de wetswijziging ter uitvoering van de Raamovereenkomst is, zal de verwijzende rechter volgens het HvJ moeten nagaan of de afschaffing van voornoemde informatieverplichting voor de werkgever, een wijziging van de juridische regeling voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is die voortvloeit uit de wil van de nationale wetgever om, gelet op de door de Raamovereenkomst geformuleerde waarborgen, een nieuw evenwicht in de betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers tot stand te brengen, dan wel voortvloeit uit een duidelijk geïdentificeerd ander doel. De nationale rechter zal met name moeten onderzoeken of deze afschaffing kan worden geacht te zijn ingegeven door de wil de maatregelen ter bescherming van de werknemers die de wet ter uitvoering van de Raamovereenkomst heeft ingevoerd, te compenseren om de lasten voor de werkgevers te verminderen. 12. Als vastgesteld is dat de wetswijziging ter uitvoering van de Raamovereenkomst is, zal de nationale rechter moeten uitmaken in hoeverre deze wetswijziging heeft geleid tot een verlaging van het 'algemene niveau van bescherming' van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit is alleen aan de orde als de nationale regeling een 'globale aantasting' oplevert. Om dit vast te stellen, dient de nationale rechter de door elk van die nationale bepalingen geboden bescherming te vergelijken. Er is geen globale aantasting indien de wijziging van de nationale regeling wordt gecompenseerd door voldoende waarborgen om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te beschermen, zoals maatregelen ter voorkoming van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en maatregelen die ertoe strekken discriminatie jegens werknemers met dergelijke overeenkomsten te verbieden. Er is evenmin een globale aantasting indien de werknemers die hun positie verslechterd zien, geen significant percentage van de in de betrokken lidstaat voor bepaalde tijd tewerkgestelde werknemers vertegenwoordigen, wat de verwijzende rechter dient na te gaan. Met andere woorden, vormt de vermindering van de bescherming die deze kleine categorie van werknemers genoot, op zichzelf geen globale aantasting van het niveau van bescherming dat de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de interne rechtsorde genoten, dan zal een beroep op art. 8 lid 3 van de Raamovereenkomst niet slagen. 13. Alhoewel het in par. 1 van deze bijdrage genoemde debat over pakketvergelijking in het licht van het arrest Teunissen/Welter wellicht juridisch uitdagend is, lijkt een mogelijke pakketvergelijking naar aanleiding van een Nederlandse cao mij in de regel toch eenvoudiger dan de pakketvergelijking waarmee een nationale rechter zich geconfronteerd kan zien bij een beroep op het verslechteringsverbod. Meer in het algemeen zullen gegeven het voorgaande nogal wat hobbels moeten worden genomen wil een dergelijk beroep slagen. 14. Het verslechteringsverbod in de Raamovereenkomst kan immers alleen maar worden ingeroepen indien (i) de uitvoering van (de bijlage bij) de Richtlijn tot een

vermindering leidt. Goed, die uitvoering strekt zich niet slechts uit tot de eerste implementatiehandeling, maar tevens tot latere wetgeving. Daar staat echter tegenover dat als een vermindering van het bestaande beschermingsniveau wordt gebaseerd op een andere grond dan de uitvoering van (de bijlage bij) de Richtlijn, deze is toegestaan. 15. Daarnaast dient er (ii) sprake te zijn van een verlaging van het algemene niveau van bescherming van de werknemers op het door de Raamovereenkomst bestreken gebied. Een verlaging komt niet zo maar aan de orde, zo leerde het HvJ ons in de recente zaak Bulicke tegen Deutsche Büro Service (HvJ 8 juli 2010, C-246/09). Deze zaak betrof het verslechteringsverbod van Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De Duitse wetgever introduceerde bij implementatie van deze richtlijn een (korte) vervaltermijn voor vorderingen tot schadevergoeding naar aanleiding van benadeling op grond van ras of etnische afstamming, *geslacht*, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Deze vervaltermijn was korter dan voorheen het geval was aangaande discriminatie op grond van *geslacht*. Omdat art. 1 van genoemde richtlijn ‘geslacht’ niet vermeldt als discriminatiegrond, kan een eventuele verlaging van het niveau van bescherming tegen zulke discriminatie volgens het HvJ niet worden beschouwd als verband houdend met de door de richtlijn geregelde materies. Anders gezegd: het feit dat een andere discriminatiegrond dan in de richtlijn is geregeld (*geslacht*) voorheen aan langere vervaltermijn kende dan thans het geval is bij implementatie van Richtlijn 2000/78/EG, kan niet tot het oordeel leiden dat er sprake is van een verlaging van bescherming ten aanzien van de materie die in genoemde richtlijn wordt behandeld. 16. Maar zelfs al zou bij de wetgeving tot implementatie van de Richtlijn sprake zijn van een bepaalde vermindering van het beschermingsniveau met betrekking tot de in de Richtlijn geregelde onderwerpen, dan is het verslechteringsverbod nog steeds niet automatisch overtreden. Er moet immers sprake zijn van een ‘globale aantasting’ door deze wetgeving. Dat is pas het geval, indien de verlaging van het beschermingsniveau dat uit die wetgeving voortvloeit (a) niet wordt gecompenseerd door de vaststelling van andere waarborgen of beschermingsmaatregelen. In dat verband dient de verwijzende rechter aan verregaande pakketvergelijking te doen. Deze rechter dient de door elk van die nationale bepalingen geboden bescherming te vergelijken. Voorts tast de nieuwe wetgeving de nationale regeling betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet globaal aan, indien deze wetgeving (b) slechts betrekking heeft op een kleine categorie van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ook dit dient de verwijzende rechter na te gaan. Hij moet toetsen of al of niet een ‘significant percentage’ van de in de betrokken lidstaat voor bepaalde tijd tewerkgestelde werknemers door de wetswijziging wordt geraakt. Wat een significant percentage is, wordt niet nader uitgewerkt. 15. Een beroep op het verslechteringsverbod is dus geen sinecure. Er is echter een troost. De nationale wetgeving mag in elk geval niet onder het minimumniveau zakken als aangegeven in de Richtlijn zelf. Zo kan het zijn dat de bescherming van (een groep) werknemers met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een lidstaat vermindert, maar de bodem is in elk geval in de Richtlijn

gegeven.