

ANNOTATIE

Gebondenheid aan oordeel cao-(ontslag)commissie

*mr. dr. L.C.J. Sprengers**Annotatie bij Hoge Raad, 18-12-2015, ECLI:NL:HR:2015:3623 (AR-2015-1273)*

1. Inleiding

De vraag of een werkgever of werknemer gebonden is aan het oordeel van een geschillencommissie die is geregeld in een cao of een sociaal plan leidt niet zo vaak tot een arrest van de Hoge Raad. In het verleden heeft de Hoge Raad geoordeeld over de bindendheid van de uitspraken van commissies van beroep in het onderwijs. Ook heeft de Hoge Raad geoordeeld over arbitrage bij ontslag en de vraag of op die wijze de toegang tot de rechter kan worden onthouden. Bij de WWZ heeft het onderwerp weer ruime aandacht gekregen bij de introductie van cao-ontslagcommissies, waarbij andere ontslagcriteria in de cao mogen worden opgenomen en aldus een meer op maat gesneden ontslagrecht kan worden gecreëerd bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (de a-grond).

Eind 2015 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de vraag of een werkgever gebonden wordt door het bindend advies van een bezwaarcommissie uit een sociaal plan. Dit arrest is voor mij aanleiding om de rechtspraak van de Hoge Raad in deze zaak (par. 2) alsook daarvoor (par. 3) nog eens onder de loep te nemen en vervolgens stil te staan bij de cao-ontslagcommissie (par. 4) om tot slot (par. 5) de verschillende vormen van binding van werkgever en werknemer langs te lopen.

2. Hoge Raad 18 december 2015, AR Updates 2015-1273

Feiten

Het Kempisch Centrum voor Muziek en Dans (KCMD) gaat haar activiteiten met ingang van 1 augustus 2008 staken en sluit met de vakbonden een sociaal plan af waarin geregeld wordt dat werknemers die voor 1 januari 1950 zijn geboren met de FPU gaan. Tijdens de FPU wordt het salaris aangevuld en pensioen ingekocht, waardoor de werknemer geen nadeel ondervindt van het gebruik van de FPU. Werknemers hebben daardoor geen gebruik meer kunnen maken van de gunstige zogenaamde Vendrik-regeling door pas een maand voordat ze 65 jaar werden

gebruik te maken van de FPU. De regeling is genoemd naar Vendrik, die als Kamerlid een amendement had ingediend bij de behandeling van de Wet VPL waardoor mensen die met FPU gingen niet-gebruikte FPU-rechten in pensioen konden omzetten, maar alleen als zij vóór hun 65ste stopten met werken (ook wel aangeduid als de 64.11-regel). Het geschil gaat over de vraag of de (garantie)bepaling in het sociaal plan ook met zich brengt dat het niet gebruik kunnen maken van de Vendrik-regeling gecompenseerd moet worden. De werkgever is van mening dat zulks niet het geval is.

In het sociaal plan is voorzien in de mogelijkheid een geschil voor te leggen aan een bezwarencommissie. Over de uitspraak van de commissie is opgenomen: ‘de werkgever is verplicht, indien het bezwaar gegrond is verklaard, met inachtneming van die uitspraak, een nieuw besluit te nemen, tenzij tot genoegen van de bezwarencommissie kan worden aangetoond dat zulks geheel of gedeeltelijk onmogelijk is.’

De werkgever heeft – na door de bezwarencommissie in het ongelijk gesteld te zijn – een nieuw besluit genomen waarin hij concludeert dat het uitgangspunt dat de werknemer geen nadeel mag ondervinden van de gebruikmaking van de FPU niet de verplichting omvat de Vendrik-regeling te compenseren.

Reikwijdte oordeel bezwarencommissie

In cassatie stelt KCMD dat de tekst in het sociaal plan dat de werkgever met inachtneming van de uitspraak van de bezwarencommissie een nieuw besluit neemt, niet uitgelegd kan worden dat de werkgever in beginsel aan de uitspraak is gebonden. De werkgever is van mening dat dit betekent dat hij slechts is gehouden de aan de uitspraak van de bezwarencommissie ten grondslag liggende overwegingen te verdisconteren in de motivering van zijn nieuw besluit. De Hoge Raad geeft aan dat het hof deze uitleg klaarblijkelijk niet aannemelijk heeft geacht. Dat is niet onbegrijpelijk, nu die uitleg zou leiden tot het onaannemelijk rechtsgevolg dat in de bepaling voorziene uitzondering (tenzij tot genoegen van de bezwarencommissie kan worden aangetoond dat zulks geheel of gedeeltelijk onmogelijk is) enkel betrekking zou hebben op de motiveringsverplichtingen. KCMD heeft niet aangevoerd in welke omstandigheden het geheel of gedeeltelijk onmogelijk zou zijn een afwijking van de uitspraak van de bezwarencommissie te motiveren, zodat de uitzondering waarin de bepaling voorziet bij de door KCMD bepleite uitleg zonder zin zou zijn. De Hoge Raad oordeelt daarom dat de werkgever in beginsel gehouden is het inhoudelijk oordeel van de bezwarencommissie over te nemen.

Afstand van recht toegang tot overheidsrechter

Het andere aspect in deze zaak waar ik in de annotatie op in wil gaan, betreft de stelling van KCMD dat de voornoemde bepaling van het sociaal plan inhoudt dat afstand van het recht op toegang tot de overheidsrechter wordt gedaan, zonder dat er sprake is van ondubbelzinnig afstand doen hiervan. Het cassatiemiddel borduurt hiermee voort op eerdere rechtspraak van de Hoge Raad dat afstand van recht op toegang tot de overheidsrechter kan, indien daarvan ondubbelzinnig afstand is gedaan. De Hoge Raad geeft aan dat bij de beoordeling van deze klacht tot uitgangspunt dient dat KCMD door de uitleg die het hof heeft gegeven aan deze

bepaling uit het sociaal plan slechts in zoverre wordt beperkt in haar bevoegdheid het geschil aan de rechter voor te leggen, dat de verplichting om een nieuw besluit te nemen in overeenstemming met het oordeel van de bezwarencommissie eerst geldt indien het geschil niet door een werknemer of werkgever bij de rechter aanhangig is gemaakt. Dit is zelfs nog mogelijk tijdens de behandeling van het bezwaar door de bezwaarcommissie, zodat de werkgever een ruime gelegenheid heeft het geschil aan de rechter voor te leggen. In het oordeel van het hof ligt voorts besloten dat KCMD, die als contractpartij betrokken was bij het overeenkomen van het sociaal plan, de uit de uitleg van het hof voortvloeiende beperking van haar bevoegdheid ondubbelzinnig heeft aanvaard door ondertekening van het sociaal plan, aldus de Hoge Raad.

3. Eerdere jurisprudentie Hoge Raad

Commissie van beroep

De eerdere rechtspraak van de Hoge Raad waarop het cassatiemiddel voortborduurde, speelde in de onderwijssector. Tot 1 juli 2015 was in de bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving opgenomen dat in het bijzonder onderwijs het bevoegd gezag aangesloten is bij een commissie van beroep. Bij deze commissie van beroep kan het personeel beroep instellen tegen onder meer besluiten van het bevoegd gezag tot ontslag anders dan op eigen verzoek, voordat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt. Onderwijsgevend personeel viel tot 1 juli 2015 niet onder de preventieve ontslagtoets als geregeld in het BBA (art. 2 lid 1 onderdeel b (oud) BBA). Op deze wijze werd voorzien in een eigen vorm van rechtsbescherming.

In 1996 heeft de Hoge Raad zich voor het eerst gebogen over de bindendheid van de uitspraak van een commissie van beroep in het basisonderwijs. De werknemer stelde zich op het standpunt dat niemand tegen zijn wil mag worden afgehouden van de rechten die de wet hem toekent, zoals (inmiddels) geregeld in artikel 17 jo. artikel 122 Gw. De Hoge Raad geeft met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de onderwijswetgeving aan, dat daar niet uit valt af te leiden dat de wetgever beoogd heeft de leerkracht die zich wendt tot een commissie van beroep in enig opzicht aan de beslissing van die commissie te binden. 'Wel laat de wettelijke regeling ruimte voor de mogelijkheid dat tussen het bevoegd gezag en een leerkracht wordt overeengekomen dat de uitspraak van de commissie van beroep voor beide partijen zal gelden als een bindend advies. Daartoe is echter vereist dat van zulk een overeenkomst ondubbelzinnig blijkt. Het enkele feit dat de leerkracht zich vrijwillig wendt tot de commissie van beroep is hiertoe onvoldoende' (r.o. 3.5, HR 31 mei 1996, *NJ* 1996/693 m.n. P.A. Stein). In 2001 heeft de Hoge Raad een vergelijkbare uitspraak gedaan in een geschil in het hoger beroepsonderwijs. De beslissing van de commissie van beroep wordt niet als een bindend advies aangemerkt, omdat uit de voorwaarden behorende bij de akte van benoeming van de ontslagen leerkracht niet bleek van een ondubbelzinnige overeenkomst van partijen als bovenbedoeld (HR 9 november 2001, *NJ* 2001/692).

Als gekeken wordt naar de formulering van de wettelijke bekostigingsvoorwaarde, dan valt op

dat daarin alleen een toegang tot de commissie van beroep wordt geregeld en niets wordt vermeld over de bindendheid van de uitspraak. Dat heeft ertoe geleid dat later in lagere rechtspraak de conclusie is getrokken dat ook de werkgever op grond van de bekostigingsvoorwaarde niet gebonden is aan de uitspraak van de commissie van beroep: deze had zich immers ook niet ondubbelzinnig gebonden aan de bindendheid van de uitspraak (Hof Amsterdam 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BPo651; Hof Amsterdam 19 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4254).

Arbitrage

Wil er sprake zijn van een ondubbelzinnige gebondenheid aan de uitspraak van een commissie, dan is een directe of indirecte bepaling vereist waaruit blijkt dat beoogd is de uitspraak van een commissie bindend voor partijen te laten zijn als bindend advies of arbitrage. Niet is vereist dat uitdrukkelijk afstand wordt gedaan van de toegang tot de rechter. Deze conclusie valt te trekken uit het HR-arrest inzake ABNAMRO/Teisman (HR 17 januari 2003, NJ 2004/280 m.n. H.J. Snijders. Zie uitvoerig G.W. van der Voet, 'Incorporatie van een in een CAO opgenomen arbitragebeding in de individuele arbeidsovereenkomst – rechtsgeldig?', ArA 2006-1, p. 33 e.v.). Een arbitraal beding in een cao die in de individuele arbeidsovereenkomst met een niet gebonden werknemer van toepassing wordt verklaard, is afdoende om het arbitraal beding in de relatie tussen werkgever en werknemer te doen gelden. Er is dan sprake van incorporatie van een cao met daarin opgenomen een bijzondere geschillenregeling bij een cao-commissie, in het geval van ABNAMRO/Teisman het Scheidsgerecht voor het bankbedrijf, dat ook bevoegd was te oordelen over een geschil over het ontslag. Dat ontslaggeschillen vatbaar zijn voor arbitrage en dus niet tot de exclusieve taak van de overheidsrechter behoren, valt slechts impliciet uit dit arrest af te leiden. Snijders wijst er in zijn annotatie op dat de arbitrabiliteit van een arbeidsgeschil niet in debat was. Het komt hem voor dat het hier een kwestie van zodanige openbare orde betreft, dat de Hoge Raad hier ambtshalve over had moeten oordelen, indien hij vond dat een ontslaggeschil niet voor arbitrage vatbaar zou kunnen zijn.

Tussenconclusie

Uit deze jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het mogelijk is de bevoegdheid tot toetsing van een ontslag(voornemen) bij een cao-commissie neer te leggen, ook in de vorm van arbitrage met afstand doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter. Daarvoor is wel vereist dat dit wordt vastgelegd in een ondubbelzinnige overeenkomst, waarbij wel volstaan kan worden met van toepassing verklaring van een cao of sociaal plan, waarin die geschillenregeling is opgenomen.

4. De ontslagcommissie in de WWZ

Collectieve arbeidsvoorwaarde

De WWZ heeft de mogelijkheid gecreëerd voor cao-partijen om van het afspiegelingsbeginsel afwijkende ontslagcriteria overeen te komen in het geval van een bedrijfseconomisch ontslag

(art. 7:669 lid 6 en 7:671a lid 2 en 3 BW). Voorwaarde daarbij is dat dan ook in de cao wordt voorzien in het instellen van een ontslagcommissie die de preventieve ontslagtoets in plaats van het UWV uitvoert. Een aangelegenheid die aanleiding is geweest tot veel debat, niet in de laatste plaats door de wijze waarop deze optie is toegelicht tijdens de parlementaire behandeling (zie voor verloop van dit debat en vindplaatsen J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, hfst. 13.3, p. 735-750, Deventer: Wolters Kluwer 2015; A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke Themata. Loonstra & Zondag*, hfst. 5.3, p. 100-107, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015). De kernvraag daarbij is de wijze van binding van de werkgever en werknemer aan het oordeel van een dergelijke cao-commissie. Daarbij speelt dat het naar zijn aard gaat om een bijzondere arbeidsvoorwaarde. Onmiskenbaar zijn de criteria die in acht genomen moeten worden om te bepalen of een werknemer ontslagen kan worden, te beschouwen als een essentiële arbeidsvoorwaarde. Maar in het geval van een bedrijfseconomisch ontslag gaat het naar zijn aard daarbij niet om een individuele maar om een collectieve arbeidsvoorwaarde. Immers, indien de bedrijfseconomische noodzaak voor een ontslag vaststaat, dan is daarmee in beginsel een redelijke ontslaggrond aanwezig (afgezien van herplaatsing en scholingsmogelijkheden). Dit betekent dat de werkgever aan de hand van de ontslagcriteria dient te bepalen wie voor ontslag in aanmerking komt. Indien de keuze ten onrechte op een bepaalde werknemer valt, betekent zulks dat de eerstvolgende werknemer voor ontslag in aanmerking zal komen. Dit vereist dat de werkgever in alle gevallen met een en dezelfde set van criteria zal moeten werken. Het is praktisch onmogelijk om voor gebonden werknemers met de cao-criteria te werken en op ongebonden werknemers het afspiegelingsbeginsel toe te passen. Dit zou immers tot een onoplosbaar selectieprobleem leiden.

Wetsgeschiedenis

Het gaat dus om de vraag hoe die binding te realiseren. In het eerste ontwerp van de wettelijke bepalingen was opgenomen dat de afspiegelingsregels niet van toepassing zijn indien in de 'toepasselijke cao' andere regels zijn gesteld. In een later stadium is de formulering aangepast door 'toepasselijke cao' te vervangen door 'bij cao'. In de toelichting daarop is aangegeven dat het feit dat de werkgever gebonden is bepalend is voor de te volgen rechtsgang. Het is immers de werkgever die om toestemming moet vragen voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van een arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische redenen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 50 en 131). Daarmee werd de knuppel in het hoenderhok van het cao-recht gegooid (zie bijv. N. Jansen, 'Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht?', *ArbeidsRecht* 2014/52). Binding van een ongebonden werknemer zonder enige vorm van (indirecte) overeenstemming is immers in strijd met de contractuele kenmerken van het (collectieve) arbeidsrecht. Richting de Eerste Kamer is de minister daar nader op ingegaan door te verwijzen naar de geïntroduceerde mogelijkheid om de bepaling over de instelling van een ontslagcommissie voor een termijn van vijf jaar algemeen verbindend te laten verklaren. Waarna aangegeven wordt dat de regering er voorts van uitgaat dat in geval van ondernemingscao's, die niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard, partijen

rekenschap zullen geven van de werking van het cao-recht en zulks bij hun afwegingen betrekken om al dan niet tot instelling van een cao-commissie of afwijkende ontslagvolgorde te besluiten. Onderdeel hiervan is ook de vraag of binnen een onderneming al dan niet gebruik gemaakt wordt van incorporatiebedingen in arbeidsovereenkomsten (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 22). Hiermee is het debat hierover niet beëindigd. De vraag resteert of dit laatste antwoord de eerder gegeven toelichting betekenisloos heeft gemaakt.

Institutioneel karakter

De aantrekkelijkheid van de optie om met een cao-commissie te gaan werken wordt geringer voor werkgevers die (nog) niet in alle arbeidsovereenkomsten een incorporatiebepaling hebben opgenomen waarin de cao van toepassing wordt verklaard. Er zit immers een risico in dat een ongebonden werknemer zonder incorporatiebeding het hanteren van afwijkende ontslagcriteria kan frustreren. Hoe groot dit risico is hangt af van de duiding van de wetsgeschiedenis. Vergt de introductie van een binding zonder overeenstemming, die op gespannen voet staat met het contractuele karakter van het cao-recht, niet een uitdrukkelijk en weloverwogen toelichting van de wetgever? Of maakt de aard van de arbeidsvoorwaarde waar het hier om gaat, dat het institutionele, ordenende karakter van het collectief arbeidsrecht zwaarder moet wegen? Naar mijn mening is het laatste het geval. De wetgever heeft een nieuwe optie willen introduceren om daar waar behoefte is aan maatwerk onder condities andere ontslagregels bij bedrijfseconomisch ontslag te hanteren. Dit brengt met zich dat een dergelijke optie dan ook reëel tot de mogelijkheden moet behoren en niet moet kunnen stranden op de (on)wil van een enkeling. Van belang is daarbij dan wel dat cao-partijen aan werknemerszijde voldoen aan de eisen die daaraan worden gesteld, hoewel die in de wet nog erg basaal zijn uitgewerkt en de ontslagcommissie eveneens. Voorts is van belang op te merken dat in de WWZ ook uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid om bij onvrede over het oordeel van de ontslagcommissie, net als ten aanzien van het UWV, de zaak aan de kantonrechter voor te leggen, in appel aan het hof en in cassatie aan de Hoge Raad. Dit biedt ook rechtsbescherming zowel voor wat betreft de toetsing van de rechtsgang bij de geschillencommissie als wat betreft de toetsing van en aan de cao-ontslagcriteria.

5. Gebondenheid van werkgever en werknemer: stand van zaken

Tot slot de stand van zaken die uit de rechtspraak valt af te leiden over de gebondenheid aan het oordeel van cao-(ontslag)commissies.

Gebondenheid door wet

Uit de rechtspraak over de (inmiddels achterhaalde) onderwijswetgeving valt af te leiden dat het creëren bij wet van een rechtsgang naar een geschillencommissie op zichzelf onvoldoende is voor de gebondenheid aan de uitspraak van zowel werkgever als werknemer. Daarvoor is vereist dat in aanvulling op de wettelijke bepaling uitdrukkelijke overeenstemming blijkt om dat oordeel bindend te laten zijn.

Wanneer bepalingen van een cao algemeen verbindend verklaard worden waarin een cao-commissie de bevoegdheid wordt toegekend bindende uitspraken te doen, is de individuele wilsuiking van werkgever en werknemer niet vereist. Van Drongelen heeft erop gewezen dat het hier gaat om een obligatoire bepaling die niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komt (J. van Drongelen, 'De zogenoemde "cao-ontslagcommissie" nader beschouwd', *TRA* 2014/85). Zeker in het geval van de cao-ontslagcommissie moet er echter wel bij betrokken worden dat de afwijking van de wettelijke ontslagcriteria alleen mogelijk is indien een cao-ontslagcommissie wordt ingesteld. Dit maakt dat het normatief karakter van deze cao-bepaling meer de overhand heeft (zie M.M. Olbers, 'Algemeen verbindendverklaring van bepalingen van de cao', *SMA* 1980, p. 314; zie ook Houweling 2015, par. 5.3.6.2). Nu zo uitdrukkelijk in recente wetgeving de mogelijkheid gecreëerd is tot algemeenverbindendverklaring van de cao-bepalingen over de ontslagcommissie voor vijf jaar, dient ervan uitgegaan te worden dat zulks mogelijk is.

Gebondenheid door cao

Voor werkgever en werknemer die gebonden zijn aan de cao, volgt daaruit ook de gebondenheid aan de uitspraak van de cao-geschillencommissie. Zoals het arrest van de Hoge Raad inzake KCMD duidelijk maakt, zal de mate van binding van de tekst van de cao-bepaling afhangen. Niet te lichtvaardig mag bijvoorbeeld heen gestapt worden over de verplichting van de werkgever om 'met inachtneming van die uitspraak een nieuw besluit te nemen'. Dit houdt meer in dan alleen maar een verplichting om het nieuwe besluit te motiveren. In het geval een nieuw besluit wordt genomen waarbij (gemotiveerd) voorbij wordt gegaan aan de (inhoud van) de uitspraak van de commissie kan er sprake zijn van strijdigheid met de cao-bepaling.

Gebondenheid door incorporatie

Wanneer in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen dat de bepalingen van de cao worden geïncorporeerd, ontstaat op die manier de binding van de ongebonden werknemer aan de cao-bepalingen. Uit het arrest ABN AMRO/Tiesman wordt duidelijk dat ook in geval van arbitrage niet vereist is dat uitdrukkelijk wordt afgezien van de gang naar de rechter. Wel verdient nog bijzondere aandacht het aspect dat het in het geval van de cao-ontslagcommissie gaat om een bepaling van drie kwart dwingend recht (of meer dan dat; zie L.G. Verburg, 'Artikel 669 lid 6 vormt 8¼ dwingend recht', <http://vaanvva.nl/wwz/artikel-669-lid-6-vormt-8%C2%BE-dwingend-recht>). De Hoge Raad heeft in het TPG/Bollemeijer-arrest (HR 20 december 20002, *JAR* 2003/19) bepaald dat ook de ongebonden werknemer aan een afwijking van drie kwart dwingend recht kan worden gebonden, ook al is deze cao/sociaal plan-afspraken niet rechtstreeks van toepassing. Het is dan ook aannemelijk dat een niet gebonden werknemer die heeft ingestemd met de incorporatie van de cao-bepalingen daaraan gebonden is, ook in het geval het gaat om een afwijking van drie kwart dwingend recht.

Indien de werkgever niet gebonden is aan een cao, maar wel (bepalingen van) een cao met daarin opgenomen een cao-(ontslag)commissie heeft geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, ontstaat daarmee nog geen binding aan de bepalingen over de cao-commissie. Allereerst zal de cao-commissie zich niet bevoegd achten over een geschil te oordelen dat plaatsvindt buiten het bereik van de cao. Daarvoor zal vereist zijn dat de werkgever vooraf nadere afspraken maakt met de cao-commissie waarin deze expliciet de taak op zich neemt om ook die geschillen te beslechten. Het is overigens de vraag of zo'n cao-commissie daartoe bereid zou zijn. Maar tevens is de vraag of deze werkgever daarmee zich ook met recht op een afwijking van drie kwart dwingend recht kan beroepen. Is hiermee 'bij cao' voorzien in een ontslagcommissie? In de TPG/Bollemeijer-zaak was de werkgever gebonden aan de cao en de in het sociaal plan, met dezelfde vakbonden als waarmee de cao was afgesloten, gemaakte afspraken. Deze rechtspraak kan daarom niet zonder meer als argument gehanteerd worden dat dit ook mogelijk is in het geval van een ongebonden werkgever. Ik acht het niet aannemelijk dat wanneer een werkgever niet gebonden is, hij door incorporatie van een cao alsnog kan afwijken van drie kwart dwingendrechtbepalingen, zeker als op die wijze een cao van toepassing wordt verklaard die qua werkingssfeer ligt buiten het bereik van de werkzaamheden van de werkgever.

Eenzijdige binding