

TRA 2013/76

Aflevering TRA 2013, afl. 10
Publicatiedatum 02-09-2013
Auteur Prof. mr. J.M. van Slooten [1]

Titel

Het komende driekwartdwingende ontslagrecht

Samenvatting

Het Sociaal Akkoord maakt het mogelijk dat cao-partijen hun eigen ontslagrecht afspreken. Zo is het volgens de plannen mogelijk een ander selectie criterium dan het afspiegelingsbeginsel af te spreken. Voorzienbaar is dat werknemers die met ontslag bedreigd worden, zullen proberen hieronderuit te komen. Zij kunnen stellen niet aan de betreffende cao gebonden te zijn, zij kunnen de geldigheid van de cao ter discussie stellen of betogen dat de inhoud in strijd is met andere regels of verdragen. Conclusie is dat het cao-recht wel wat verder moet worden aangepast als de wetgever dit plan een goede start wil geven.

Tekst

1. Inleiding

Een vrij fundamentele verandering die in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 is afgesproken, betreft de rol van de sociale partners bij de inhoud van het toepasselijke ontslagrecht. Tot op heden is die rol beperkt tot een enkele bepaling van driekwartdwingend recht, zoals de ketenregeling ex art. 7:668a BW en het verkorten van de wettelijke opzegtermijn. Het Sociaal Akkoord verruimt deze rol op drie manieren: [2]

1. Per cao kan worden besloten tot (verplichte) toetsing bij ontslag door zelf in te stellen sectorcommissie. Dit komt dan in de plaats van de UWV-toets.
2. Bij cao kan onder daarbij te stellen voorwaarden worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel als die cao voorziet in een commissie die voorgenomen ontslagen om bedrijfseconomische redenen toetst.
3. Van de regeling betreffende de transitievergoeding kan bij cao worden afgeweken als in die cao is voorzien in een vergelijkbare voorziening, gericht op het bevorderen van werk-naar-werktransities.

Ten slotte is ook nog afgesproken dat sociale partners op cao-niveau een aanvulling van 14 maanden WW kunnen introduceren. Deze afspraken worden in beginsel algemeen verbindend verklaard.

Daar waar tot op heden het ontslagrecht grotendeels van dwingend recht is, zal dat na implementatie van het Sociaal Akkoord bij bedrijfseconomische ontslagen precies andersom zijn. Immers: de beantwoording van de vragen wie er toetst, hoe getoetst wordt en welk prijskaartje eraan wordt verbonden, zal dan primair aan cao-partijen zijn. Dat is een fundamenteel andere aanpak van een fundamenteel onderdeel van het arbeidsrecht. Reden genoeg om hier eens kritisch naar te kijken.

Er zijn meer rechtvaardigingen voor het bezien van dit onderdeel van het Sociaal Akkoord.

Hét instrument van de sociale partners is de cao. De voorstellen brengen mee dat er een cao moet worden gesloten om wijziging te brengen in de ontslagsystematiek. De Wet CAO zal dus van toepassing zijn. Eerder is die wet eens aangeduid als een 'vermolmde stoel'. [3] Iedereen ziet dat hij aan vervanging of onderhoud toe is, maar hij valt nog niet uit zichzelf in elkaar. De vraag is of dat ook nog zo is als de Dikke Dame van het Ontslagrecht erin gaat zitten. Stel bijvoorbeeld dat de werknemer die ontslagen wordt, niet aan de cao is gebonden of dat de cao, zoals geregeld gebeurt, met terugwerkende kracht wordt ingevoerd. Is het ontslag dan wel geldig?

Ondertussen loopt de organisatiegraad van vakbonden terug. Meer dan 80% van de werknemers is niet via vakbondslidmaatschap gebonden aan een cao, maar via incorporatiebeding of avv. Wanneer een nieuwe cao louter veranderingen in het voordeel van de werknemer bevat, zoals doorgaans het geval is, hebben

deze *free riders* daarmee geen probleem. Worden zij echter dankzij een in de cao afgesproken criterium ontslagen, terwijl dat niet zou zijn gebeurd indien het afspiegelingsbeginsel van toepassing was geweest, dan valt te voorzien dat zij reageren als een zwartrijder die na jaren gedoogbeleid plotseling wordt beboet voor die gewoonte.

Het valt dan ook te verwachten dat een ontslag via de cao-route, gelet op het daarmee gemoeide belang, vaker aan de rechter zal worden voorgelegd dan de thans reguliere cao-geschillen zoals betaling van achterstallig loon.

Een andere rechtvaardiging voor een kritische bespreking van de beoogde nieuwe bevoegdheden is dat sociale partners wel vaker afspraken maken over geschillenbeslechting. Zoals uit diverse onderzoeken blijkt, is de kwaliteit van die afspraken niet boven iedere twijfel verheven. [4] Moet dat niet leiden tot extra eisen of beperking van bevoegdheden, om te voorkomen dat bij zoiets belangrijks als het ontslag van alles misgaat?

Ten tijde van het schrijven van dit artikel was de tekst van het wetsvoorstel nog niet openbaar. Het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 is zeer summier over de uitwerking van dit onderdeel. Zo valt soms niet na te gaan of de voorstellen zien op alle cao's of alleen op bedrijfstak-cao's. Om die reden heb ik ervoor gekozen om zo veel mogelijk bij de principiële kanten van het plan te blijven. Ik beoog met dit artikel met name te inventariseren welke problemen zouden kunnen ontstaan, opdat de wetgever daar nog tijdig wat aan kan doen en sociale partners zich kunnen oriënteren op de vraag of het wenselijk is een 'ontslag-cao' af te spreken (met die term refereer ik aan cao-bepalingen waarin een of meer van de nieuwe bevoegdheden is gebruikt).

2. Bespreking van de voorstellen

2.1 Algemeen

Een belangrijk uitgangspunt van het Sociaal Akkoord is de handhaving van de preventieve ontslagtoets. Nieuw is uiteraard dat er – afhankelijk van de reden – maar één ontslagroute komt: bedrijfseconomisch ontslag en ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid via een procedure bij het UWV. Voor (andere) in de persoon gelegen redenen en bij een verstoorde arbeidsverhouding zal alleen de kantonrechter bevoegd zijn. Bovendien komt er de mogelijkheid van (vol) hoger beroep en cassatie. Werknemers hebben na twee jaar in beginsel recht op een transitievergoeding indien hun arbeidsovereenkomst eindigt, behalve indien zij ernstig verwijtbaar hebben gehandeld. Heeft de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld, dan kan de kantonrechter een aanvullende vergoeding toekennen. Dat zal naar verwachting gaan om een zeer klein aantal gevallen. Kosten voor werk-naar-werkbegeleiding en omscholing kunnen van de transitievergoeding worden afgetrokken. Cao-partijen kunnen er dus ook voor kiezen om de transitievergoeding te vervangen door een ander werkgelegenheidsinstrument.

2.2 De sectorcommissie

De taak en rol van het UWV bij het ontslagrecht is thans geregeld in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Er is geen reden te veronderstellen dat dit wezenlijk zal veranderen, anders dan de afspraak dat de duur van de procedure wordt bekort tot maximaal vier weken. In par. 2 van het Ontslagbesluit zijn de procedureregels opgenomen (termijnen, inrichting van de procedure en informatieverplichtingen). Cao-partijen kunnen straks zelf een commissie instellen die het werk van het UWV gaat doen. Het ligt voor de hand dat hiermee niet alleen het UWV kan worden vervangen, maar ook de procedureregels. [5] Overigens ligt er in deze afwijkingmogelijkheid tevens iets aantrekkelijks: partijen kunnen bijvoorbeeld sneller acteren dan het UWV of bepaalde stappen anders doen, zoals introductie van een mondelinge behandeling.

Dat het Sociaal Akkoord spreekt over een 'sectorcommissie', is een aanwijzing voor de bedoeling dat die optie alleen is weggelegd voor bedrijfstak-cao's. Dat zou een belangrijk verschil vormen met het cao-recht tot op heden, waarin nimmer een onderscheid wordt gemaakt tussen bedrijfstak- en ondernemings-cao's. Een reden om dat verschil aan te brengen, zou kunnen zijn gelegen in de angst dat vakbonden op ondernemingsniveau te gemakkelijk buigen voor werkgeverseisen, waardoor de wettelijke regeling te veel wordt uitgehold. Dat is inderdaad een achilleshiel van dit soort recht, zoals ik hierna nog zal bespreken. Dan blijkt ook dat het probleem in wezen is dat ons recht onvoldoende scherpe regels voor de representativiteit van vakbonden kent. De praktijk leert echter dat *yellow unions* niet alleen op ondernemingsniveau voorkomen. De vervoerssector, het uitzendwezen, de haven en de tankstationbranche hebben laten zien dat dit gegeven in de praktijk problemen (én geschillen) oplevert.

Op zich is dit gedeelte van het plan niet geheel nieuw. Voorheen bood art. 32 BBA de mogelijkheid aan de Minister van SZW om zijn aan het BBA ontleende bevoegdheid aan anderen te delegeren dan de RDA, die deze bevoegdheid aan het Delegationbesluit ontleende. Een bedrijfstak waarin dit tot 1997 is toegepast, was de grafische sector, die een geheel eigen commissie had opgetuigd, met daarbij passende

procedureregels. Toch is het belangrijkste verschil dat in het Sociaal Akkoord bij cao van het Ontslagbesluit wordt afgeweken, terwijl dat vroeger krachtens overheidsbesluit geschiedde. Dat verklaart dat de hierna te bespreken bindingsproblemen zich in het verleden nooit hebben voorgedaan.

Iets anders, maar toch vermeldenswaard, betreft de onderwijssector. Die is, althans voor het onderwijzend personeel, van de werking van het BBA uitgesloten. Vooral in het bijzonder onderwijs heeft zich in verband hiermee een eigen kringenrechtspraak ontwikkeld. Strikt genomen was dit geen vervangende preventieve toets, maar het heeft jarenlang in onderwijskringen een gezag gehad dat tot een daarmee gelijk te stellen macht leidde. Het *Amghane*-arrest uit 1996 bracht hier verandering in. [6] Een ander voorbeeld van 'sovereiniteit in eigen kring', maar dan ook weer heel anders, is het ABN Amro-concern dat met arbitrageclausules in de cao de rechtsmacht inzake ontbinding van de arbeidsovereenkomst met succes bij de kantonrechter wist weg te houden. [7] Ook thans is het nog altijd mogelijk om door middel van een arbitragebeding de (kanton)rechter, al dan niet als ontbindingsrechter, uit te schakelen. Het was en is echter niet mogelijk om op die wijze het UWV terzijde te stellen. De taak van het UWV is immers een overheidstaak die niet ter vrije beschikking van partijen staat. [8]

Het onderhavige plan lijkt overigens op een wetsvoorstel dat de Minister van SZW, De Geus, in 2005 indiende, de *Wet wijziging WW-stelsel* en ontslagrecht. [9] Onderdeel hiervan was dat art. 6 BBA niet gold indien:

- de opzegging haar grond vond in redenen van bedrijfseconomische aard; en
- in de van toepassing zijnde cao selectiecriteria zijn overeengekomen die in acht zullen worden genomen bij de bepaling van de ontslagkeuze, mits;
- deze cao is afgesloten met een of meer vakbonden die aan bepaalde eisen voldoen; en
- in de regeling was voorzien dat de arbeidsverhouding niet kan worden opgezegd dan nadat de werknemer in de gelegenheid is gesteld om over zijn bezwaar tegen die opzegging te worden gehoord door een commissie, terwijl;
- ten slotte een melding conform de WMCO diende te worden gedaan.

Zoals bekend is dit onderdeel later tijdens de behandeling ingetrokken, waarna de wet als *Wet wijziging WW-stelsel* de geschiedenis inging. Het onderdeel over het ontslagrecht kon destijds niet rekenen op de steun van een deel van de vakbeweging. In de literatuur is het bekritiseerd. [10]

De toetsing buiten het UWV om en de afwijkende selectiecriteria zijn uitsluitend bedoeld voor 'bedrijfseconomische ontslagen'. Men kan zich afvragen wat daaronder is te verstaan en hoe een aldus gekwalificeerd (voorgenomen) ontslag beslissend te onderscheiden valt van andere ontslagen. Dat wordt namelijk zeer relevant nu er maar één ingang bestaat per ontslaggrond. Een andere vraag is hoe om te gaan met een bedrijfseconomisch geïnstigeerd ontslag op basis van kwaliteitscriteria aan de hand waarvan het functioneren getoetst zou moeten worden: is dan de kantonrechter bij uitsluiting van ieder ander bevoegd of toch de sectorcommissie? Is dit een sluiproute? Bestaan er in dit verband waterdichte schotten tussen de twee gebieden? De voor de wetgever intrigerende vraag zal dan ook zijn of er voorgenomen ontslagen wegens disfunctioneren denkbaar zijn die niet herleidbaar zijn tot de bedrijfseconomische wens een goed functionerende onderneming te zijn.

2.3 Het afwijkende selectie criterium

Het Sociaal Akkoord maakt niet duidelijk of er nog nadere eisen gesteld worden aan het eventueel van het afspiegelingsbeginsel afwijkende selectie criterium. Het is natuurlijk niet moeilijk om criteria te bedenken die tegen huidige maatschappelijke denkbeelden en gevoelens ingaan. De meest voor de hand liggende afwijkingen gaan niet uit van anciënniteit en leeftijd maar van 'kwaliteit'. De mate waarin een dergelijk criterium tot bezwaren bij de rechter zal leiden, zal voor een deel afhangen van de uitvoering. Hier zal de wetgever enig vertrouwen moeten stellen in de vakbonden, die niet zomaar akkoord zullen gaan met 'kwaliteitscriteria' die de werkgever ruimte laten om in feite pas bij het ontslag de knoop door te hakken.

2.4 De afwijkende transitievergoeding

De ruimte voor sociale partners is hier beperkt. Men mag afwijken van de verplichting tot betaling van een transitievergoeding als wordt voorzien in een vergelijkbare voorziening gericht op het bevorderen van werk naar werk. In vergelijking met de huidige situatie zal de omvang van de post ontslaguitkeringen voor werkgevers al aanzienlijk dalen. Pas na 27 jaar heeft een werknemer recht op een jaarsalaris aan transitievergoeding. Het is de vraag of een werkgever die een 'vergelijkbare voorziening' voorstelt, daarmee nog geld kan besparen. De gedachte dat een werkgever in nood even snel een goedkoop sociaal plan kan uitonderhandelen, zal bij menigeen opkomen. Stel dat de sociale partners afspreken dat de werknemers ieder € 1000 als outplacementvergoeding krijgen, is dat dan nog 'een vergelijkbare voorziening'?

Het Sociaal Akkoord spreekt alleen over de transitievergoeding en niet over de aanvullende vergoeding.

Het ligt niet voor de hand dat partijen daarover voor de werknemers beperkende afspraken kunnen maken.

Waar de mogelijkheid tot afwijking van de UWV-route en het selectie criterium beperkt is tot bedrijfseconomisch ontslag, geldt dat niet voor de bepaling van de transitievergoeding. Denkbaar is dan ook dat hierover een vaste bepaling in toekomstige cao's verschijnt, waarbij de werknemer kan kiezen voor de wijze van inzet van de vergoeding, bijvoorbeeld door het volgen van outplacement of scholing.

Voorzienbaar is de wens van werkgevers om ook af te spreken dat de transitievergoeding niet verschuldigd zal zijn indien de werknemer zich aan bepaalde gedragingen heeft schuldig gemaakt. Daarmee zou dan invulling worden gegeven aan de norm dat de werknemer geen recht heeft op de vergoeding indien het ontslag hem ernstig verweten kan worden. Of de wet dat zal toestaan, valt te bezien, maar een positief antwoord ligt wel voor de hand. Het past niet bij de tekst dat de sociale partners alleen kunnen afwijken indien er een vergelijkbare voorziening komt.

Ondanks de beperkingen die zijn gelegen in de vrijheid van cao-partijen op dit onderdeel, kan hier ook een (wenselijke) verruiming van mogelijkheden in liggen. Thans hebben sociale partners geen ruimte om voor de rechter bindende afspraken te maken over de hoogte van de ontslagvergoeding ex art. 7:681 [11] en art. 7:685 BW. In de plannen is daar wel in voorzien. Uiteraard is een verruimde onderhandelingsmogelijkheid hier niet vreemd nu de transitievergoeding een gefixeerd bedrag is. Als er daarentegen rechterlijke discretie bestaat, zoals bij de aanvullende vergoeding, ligt het gunnen van onderhandelingsruimte aan cao-partijen minder voor de hand.

3. Binding en geldingsduur

3.1 Binding

Stel dat er als criterium geldt dat werknemers met twee slechte beoordelingen bij voorrang voor bedrijfseconomisch ontslag in aanmerking komen. De werknemer die twee slechte beoordelingen heeft gekregen en op die grond voor ontslag wordt geselecteerd, kan door zijn gebondenheid aan de cao te betwisten, de zaak voor de werkgever maken of breken.

Hoe kan de werknemer aan een cao gebonden zijn? De meest voorkomende bronnen van gebondenheid zijn: a. lidmaatschap van een vakbond die partij is; b. een incorporatiebeding; c. Algemeenverbindendverklaring; en d. gebruik. Bij gronden a en c is er geen discussie over de gebondenheid aan respectievelijk toepasselijkheid van een cao (met in dit geval specifieke ontslagbepalingen). Bij b en d is die discussie in theorie te voeren, zij het dat in het arrest *TPG/Bollemeijer* is geoordeeld dat een werknemer die door een incorporatiebeding gebonden is, ook cao-bepalingen tegen zich moet laten gelden waarin is afgeweken van driekwartdwingend recht. [12]

Grond d (het gebruik) is wat onbestemd; de rechter kan het 'gebruik' in veel situaties waarin het dienstverband al langer heeft geduurd, toepassen om gebondenheid aan te nemen, zeker nu art. 14 Wet CAO de werkgever verplicht een aanbod te doen. In dit soort situaties is het doorgaans in het voordeel van de werknemer om binding aan te nemen. Het is de vraag of rechters dat oordeel ook zullen vellen indien het juist in het nadeel van de werknemer is. Denkbaar is een redenering waarin wordt geoordeeld dat de werknemer zich niet bewust is geweest van het gebruik, terwijl juist de gebondenheid voor de werknemer vrij verstrekkende consequenties heeft. Het zou niet erg consequent zijn om andere maatstaven te hanteren wanneer gebondenheid de werknemer minder goed uitkomt. Anders gezegd: de *free rider* zou eigenlijk niet straffeloos moeten kunnen uitstappen wanneer er controleurs binnenkomen.

Een volgende vraag is of een incorporatiebeding in het concrete geval ook leidt tot gebondenheid aan de 'ontslag-cao'. Dat zal een kwestie zijn van uitleg van het incorporatiebeding. Juist een dergelijke cao zal vaak hetzelfde karakter hebben als een sociaal plan. Hoewel er, anders dan bij een sociaal plan, geen twijfel kan bestaan over de cao-status, kan nog wel de vraag worden gesteld of het beding ook beoogde aan andere dan reguliere cao's te binden. Veel hangt af van de tekst, van het gebruik en van de vraag of de werknemer hierop bedacht kon of had moeten zijn.

Een vergelijkbaar probleem speelt indien de bedrijfstak-cao met inbegrip van ontslagbepalingen van toepassing is verklaard, maar deze cao vervolgens 'gekaapt' is door een *yellow union*. Die problematiek is onder meer bij de Horeca-cao aan de orde geweest. [13] Ook dan kan de rechter door een uitleg van het beding oordelen dat partijen met 'de Horeca-cao' een cao met reguliere vakbonden hebben bedoeld.

Het probleem wanneer de binding ontbreekt, is groter dan men op het eerste gezicht zou denken. Wanneer de geselecteerde werknemer niet gebonden is, komt men bij de volgende kandidaat uit. Die kan echter stellen dat hij volgens de normen niet geselecteerd had mogen worden en dat de ongebondenheid van de eerste kandidaat niet aan hem kan worden tegengeworpen. Heinsius heeft hier eerder al op gewezen bij

zijn bespreking van het Wetsvoorstel Wijziging WW-stelsel en ontslagrecht. [14] Anders dan Heinsius meen ik dat het geen fraaie oplossing is om in de wet te bepalen dat een dergelijke 'ontslag-cao' ook geldt voor ongebonden werknemers. Dat strookt immers niet met het cao-recht. Het zou een reden kunnen zijn om de gelding van dit soort afspraken te beperken tot de situatie van algemeenverbindendverklaring. Dat heeft echter weer eigen problemen, die met name in de duur zijn gelegen.

Indien er geen oplossing komt voor het bindingsprobleem, zie ik hier toch wel een groot bezwaar tegen het gebruik van een 'ontslag-cao'. De praktijk is nu eenmaal dat incorporatiebedingen niet altijd adequaat zijn afgesproken, multi-interpretabel zijn, achterhaald of niet (op tijd) herhaald zijn. Niet alle werknemers zijn vakbondslid en bovendien is dat op voorhand voor de werkgever niet kenbaar. Of de rechter het gebruik als bindingsgrond aanvaardt, is te onzeker om het mislukken van een reorganisatie te willen riskeren. Avv is niet mogelijk bij een ondernemings-cao (hoewel het wel eens is geopperd). En zoals gezegd: zodra één geselecteerde werknemer zijn gebondenheid met succes betwist, valt de constructie in elkaar. In de jaren negentig van de vorige eeuw speelde een soortgelijk, maar onschuldiger probleem toen ongebonden werknemers onder een sociaal plan trachtten uit te komen wanneer dit een ongunstiger uitkomst opleverde dan de kantonrechttersformule. Hier heeft de Kring van Kantonrechtters de helpende hand geboden (Aanbeveling 3.7), maar dat zal deze keer niet zomaar kunnen.

3.2 Geldingsduur

De kwestie van de geldingsduur roept de vraag op wat de aard van de betreffende bepalingen in de 'ontslag-cao' is: gaat het om horizontale of diagonale bepalingen? Die vraag is relevant omdat diagonale bepalingen in beginsel niet nawerken en horizontale bepalingen wel. Ik ben geneigd alle hier relevante bepalingen (die ter vervanging van het UWV, over het selectie criterium en over de transitievergoeding) als horizontaal te beschouwen. Bij de bepalingen over de UWV-toets en het selectie criterium is enige twijfel denkbaar, omdat hier niet altijd individueel afdwingbare afspraken aan de orde zijn, zoals de afspraak dat het aantal ontslagen niet hoger zal zijn dan een bepaald aantal. Dit lijkt me echter vrij theoretisch. Een voor ontslag voorgedragen werknemer zal doorgaans met succes een beroep kunnen doen op een bepaling die een ander als geselecteerde aanwijst.

Dan de duur zelf. Een cao mag niet langer dan vijf jaar duren (art. 18 Wet CAO). Het komt geregeld voor dat de cao pas wordt afgesloten als de vorige al geëxpireerd is. Afgezien van de nawerking, zal de cao ook kunnen bepalen dat zij met terugwerkende kracht in werking treedt. Dit volgt uit het arrest *FNV/Kuijpers*. [15] Deze terugwerkende kracht kan meebrengen dat afspraken die zijn gemaakt alvorens de nieuwe cao was afgesloten, alsnog hun rechtskracht verliezen. Fase heeft deze regel als hoofdregel aanvaard, maar eraan toegevoegd dat de aard van de cao-bepaling zich niet tegen deze terugwerkende kracht moet verzetten. [16] In diezelfde lijn heeft A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het *FNV/Kuijpers*-arrest opgemerkt dat 'terugwerkende kracht niet van invloed kan zijn op zaken die geen keer meer kunnen nemen'. Een voorbeeld zou een 'proeftijdontslag' kunnen zijn in een situatie dat de arbeidsovereenkomst daar ten tijde van het ontslag niet in voorzag. Als een paar maanden later de cao met terugwerkende kracht bepaalt dat de eerste twee maanden als proeftijd hebben te gelden, wat dan?

Problematisch is (ook) of een ontslag volgens de geëxpireerde 'ontslag-cao' alsnog geldig kan zijn indien de cao na het doen van de opzegging alsnog met terugwerkende kracht wordt verlengd. Formeel is er ten tijde van het ontslag sprake van een ongeldig ontslag. Een dergelijk ontslag doet termijnen starten en is niet eenzijdig in te trekken. [17] Ik vind het dan ook goed verdedigbaar dat dit soort rechtshandelingen niet met terugwerkende kracht geldig kan worden. Als er al eerder een 'ontslag-cao' bestond, zal deze (uitgezonderd in de situatie dat avv de enige bron van binding is) nawerken en is dit probleem niet aan de orde.

Zoals bekend, is het in beginsel evenmin mogelijk dat algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen nawerken. Bedrijfstak-cao's worden bovendien vrijwel altijd pas na inwerkingtreding algemeen verbindend verklaard en die avv heeft geen terugwerkende kracht. Dit leidt er dus toe dat bij bedrijfstak-cao's er altijd een periode zal zijn gedurende welke de ontslagbepalingen uit de cao niet op alle werknemers van toepassing zijn, voor zover de binding uitsluitend afhankelijk is van avv. Een manier om dit probleem te verkleinen is zulke cao's, net als die betreffende sociale fondsen, voor de maximumduur van vijf jaar aan te gaan.

4. Totstandkomingsgebreken

De term 'totstandkomingsgebrek' belooft meer dan kan worden waargemaakt en dat is nu juist ook het probleem dat ik met ons cao-recht heb. Zoals bekend is er weinig voor nodig om aan de wettelijke eisen voor een rechtsgeldige cao te voldoen: er moet sprake zijn van een schriftelijke en getekende overeenkomst met een vakbond die daartoe in zijn statuten bevoegd is verklaard. De overeenkomst dient door partijen als cao te worden gekwalificeerd en zal moeten zijn aangemeld bij het Ministerie van SZW. Deze eisen zijn dermate licht, dat er doorgaans aan zal zijn voldaan. Mijn kritiek richt zich op het feit dat de Wet CAO geen nadere eisen stelt aan de vakbond. Hierdoor is er geen wettelijk beletsel om een 'ontslag-

cao' met een niet-representatieve vakbond af te sluiten. In het Wetsvoorstel Wijziging WW-stelsel en ontslagrecht was als eis aan de vakbond gesteld dat hij voldeed aan het WMCO-criterium. [18] Zoals bekend, bevat het Toetsingskader AVV nadere normen die afspraken met *yellow unions* moeten tegengaan. Een andere bron van verdergaande regels, die evenmin rechtstreeks van toepassing is, is Aanbeveling 3.7 van de Kring van Kantonrechters. Deze stelt als eis dat de vakbond meer dan 25/20% van de werknemers vertegenwoordigt (gebaseerd op rechtspraak over toelating tot cao-overleg). Beide documenten bevatten waardevolle uitgangspunten voor een wettelijke regeling, die naar mijn mening extra urgent wordt als op grotere schaal voor werknemers duidelijke verslechtingen bindend in cao-overleg afgesproken kunnen gaan worden.

5. Procedurele aspecten

Wanneer cao-partijen eigen toetsingscommissies en procedureregels voor die toetsing gaan afspreken, zullen zij voor de vraag komen te staan welke vrijheid zij precies hebben in dit opzicht. Laten wij eerst bezien welke regels ten aanzien van de procedure al bestaan. Op verdragsniveau wordt altijd gewezen naar art. 6 EVRM en IAO-Verdrag 158. Nederland heeft nog altijd niet IAO-Verdrag 158 geratificeerd, omdat dan eerst de wet op bepaalde punten moet worden aangepast. Het verdrag kent o.a. de eis dat er een geldige reden voor ontslag is, dat de werknemer gehoord wordt en dat de werknemer zich met bijstand van een vertegenwoordiger moet kunnen verweren. Het Ministerie van SZW heeft overigens de intentie tot ratificatie kenbaar gemaakt [19] en vermoedelijk zal het Sociaal Akkoord de besluitvorming hierover in een stroomversnelling brengen. [20] Het voert te ver om de eisen die IAO-Verdrag 158 stelt aan het Nederlandse ontslagrecht, hier te behandelen. Als Nederland tot ratificatie overgaat, zal het zich dienen te realiseren dat implementatie niet alleen in het Ontslagbesluit en daarop gebaseerde uitvoeringsregels zal moeten plaatsvinden als er alternatieven in een 'ontslag-cao' verschijnen.

Art. 6 EVRM is in discussies over het Nederlandse ontslagrecht vaak aan de orde gesteld. [21] Kort gezegd heeft hier altijd de vraag centraal gestaan in hoeverre art. 6 BBA in overeenstemming is met art. 6 EVRM. De literatuur beantwoordde de vraag in grote lijnen negatief en de regering positief. De kern van het meningsverschil leek te zijn dat de regering erop wees dat weliswaar de procedure ex art. 6 BBA op zich niet voldoende was, maar dat dit gebrek werd geheeld doordat de werknemer een vordering wegens kennelijk onredelijke opzegging aan de rechter kan voorleggen. In de literatuur is erop gewezen dat dit geen afdoende bescherming aan de werknemer bood, omdat de rechter altijd achteraf oordeelt en in de praktijk zelden tot herstel van de arbeidsovereenkomst besluit. [22] Bovendien kan een rechterlijk voornemen tot herstel altijd worden afgekocht. Het Sociaal Akkoord lijkt echter nu aan dit bezwaar tegemoet te komen door te bepalen dat 'bij een ontslag na een positieve beslissing van het UWV, de werknemer de rechter kan vragen om herstel van de arbeidsovereenkomst'. Indien die mogelijkheid reëel is en de beslissing van de rechter niet afgekocht kan worden, zou daarmee de grootste art. 6 EVRM-angel eruit zijn. Uiteraard hoort de rechter dan de beslissing van het UWV vol te kunnen toetsen en hetzelfde geldt voor een beslissing van een sectorcommissie. Op dit punt geldt dus dat het van de uitwerking van het Sociaal Akkoord zal afhangen in hoeverre cao-partijen in een 'ontslag-cao' met art. 6 EVRM rekening zullen/moeten houden. Een alternatief voor een vol beroep op de rechter zou zijn om een aantal waarborgen in de UWV-procedure te verwerken. Deze zouden dan uiteraard ook bij een 'ontslag-cao' in acht moeten worden genomen.

Op het niveau van wetgeving, gelden natuurlijk de diverse wetten over gelijke behandeling als belangrijk aandachtspunt. Met name de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) zal in beeld kunnen komen indien een afwijkend selectiecriterium verhoudingsgewijs te veel ontslagkandidaten van een bepaalde leeftijdscategorie gaat aanwijzen. Er lijkt een teneur in de rechtspraak van het HvJ EU waarneembaar [23] dat steeds vaker wordt geoordeeld dat cao-partijen een zekere vrijheid hebben om keuzes te maken en dat die keuze een zeker gewicht in de schaal legt bij het toepassen van de objectieve rechtvaardigingstoets wanneer er sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Ik wil er slechts op wijzen dat cao-partijen hier dus wel eens verder zouden kunnen mogen gaan dan het UWV.

Naast gelijke behandeling, springt het goed werkgeverschap in het oog. Nu IAO-Verdrag 158 niet (rechtstreeks) geldt, kent het Nederlandse arbeidsrecht bijvoorbeeld geen algemene verplichting voor een werkgever om een werknemer te horen voor het ontslag. Art. 7:611 BW zou in die leemte kunnen voorzien, maar dat heeft als bezwaar dat toepassing daarvan niet altijd goed te voorspellen is. Het lijkt daarom noodzakelijk dat de wetgever bij de uitwerking van het Sociaal Akkoord een aantal regels gaat formuleren voor dit horen. Op dit punt bevatte het Wetsvoorstel Wijziging WW-stelsel en ontslagrecht de eis dat er gehoord werd. Zoals Heerma van Voss terecht opmerkt, kan hiervoor ook worden teruggegrepen op het werk van de Commissie ADO uit 2000. [24]

Daarnaast kan men zich voorstellen dat andere (rechts)beginselen die te relateren vallen aan art. 7:611 BW, zoals het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, nader worden uitgewerkt door de wetgever. Doet hij dat niet, dan bestaat het risico dat de rechter in voorkomende gevallen (bepalingen van) de 'ontslag-cao' in strijd met die beginselen zal oordelen.

Naast verdragen en wettelijke regelingen zullen ook uitvoeringsregelingen op een lager niveau in acht

genomen moeten worden door partijen bij een 'ontslag-cao'. Voor die laatste categorie valt natuurlijk in de eerste plaats te denken aan de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. De meeste van de 33 hoofdstukken daarvan kunnen ook relevant zijn voor de procedure waarin een 'ontslag-cao' voorziet. Ik denk dan zowel aan procedurele hoofdstukken zoals het uitstel- en rappelbeleid, als aan inhoudelijke, zoals die betreffende de gedetineerde werknemer. Het is niet te verwachten dat cao-partijen al die thema's op hun kop willen zetten, maar het zou heel goed kunnen zijn dat zij zich niet realiseren welke lacunes een eigen regeling van de procedure bevat. Indien de werknemer, na te zijn ontslagen met toestemming van de sectorcommissie, erover klaagt dat hij onvoldoende tijd heeft gehad om zich te verweren, zou de rechter bij het betreffende hoofdstuk van de Beleidsregels kunnen aansluiten. Uiteraard is het beter indien de bij een 'ontslag-cao' betrokken partijen straks expliciet regelen welke onderdelen van de Beleidsregels wel en niet gelden.

6. Conclusies en aanbevelingen

Bij aanvang heb ik de vraag gesteld of het arbeidsrecht klaar is voor ontslagrecht dat door sociale partners/cao-partijen is afgesproken op bedrijfs(tak)niveau. Uit bovenstaande blijkt dat er in ieder geval drie thema's zijn ten aanzien waarvan dat betwijfeld kan worden. Ten eerste zijn er bindingsproblemen te verwachten. Deze zijn niet te onderschatten, vooral omdat ze een reorganisatie kunnen bemoeilijken. Bij ondernemingscao's zullen zij met name zien op de gevallen waarin er een slecht incorporatiebeding bestaat of waarin dit beding zelfs ontbreekt. Bij bedrijfstak-cao's die algemeen verbindend verklaard worden, zit het probleem juist in de meestal beperkte geldingsduur en wel als gevolg van de tijd die een aanvraag voor avv in beslag neemt (zodat vrijwel nooit 100% van de looptijd door avv gedekt wordt). Sociale partners zullen vermoedelijk denken dat het allemaal niet zo'n vaart zal lopen. Feit is echter dat er thans zelden cao's worden afgesloten die zo onaantrekkelijk zijn voor ongebonden werknemers als 'ontslag-cao's' dreigen te worden. Ongebonden werknemers kunnen op dit moment immers snoepen uit de kersendoos, zonder de zure exemplaren te hoeven doorslikken.

Ten tweede dreigt een ongewenste situatie indien geen eisen worden gesteld aan de representativiteit van vakbonden. Mij dunkt dat dit een ideaal moment voor de wetgever is om bij introductie van 'ontslag-cao's' eens te gaan experimenteren met referenda onder de betrokken werknemers.

Ten derde dreigt het risico dat cao-partijen niet altijd zorgvuldig zullen zijn in de opstelling of toepassing van hun regels. Het is daarom belangrijk dat het beroep op de rechter, inclusief een herstel van de arbeidsovereenkomst, vol(waardig) wordt. Tevens zal het van belang zijn dat de wetgever bepaalde minimumnormen formuleert waaraan 'ontslag-cao's' dienen te voldoen. We hebben enerzijds vrijwel geen ervaring met dit thema, maar anderzijds hebben we het Ontslagbesluit en de Beleidsregels. Laten zij een baken zijn, zonder dat het de heilige schrift wordt.

Het cao-recht zal dus aangepast moeten worden om ontslagrecht per cao tot een bruikbaar middel te maken. Zo niet, dan blijft het middel ongebruikt of zakt het cao-recht in elkaar.

Voetnoten

- [1] Prof. mr. J.M. van Slooten, hij is hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA en advocaat te Amsterdam. Met dank aan mr. L.A.J. Kuijpers, zij heeft bij de voorbereiding geholpen.
- [2] Bijlage 1, bij de brief van de Minister van SZW d.d. 11 april 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 566, nr. 15.
- [3] A.T.J.M. Jacobs, 'De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45, p. 43 e.v.
- [4] Zie o.m. P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?* Deventer: Kluwer 1984 en C.J. Loonstra & G.W. van der Voet, 'De kwaliteit en wenselijkheid van alternatieve geschillenprocedures in cao's', *Arbeid Integraal* 2007-02, p. 65 e.v.
- [5] De BBA-vervangende procedure die in het verleden in de grafische sector gold, week af van de destijds geldende regels.
- [6] HR 31 mei 1996, *NJ* 1996/693 .
- [7] HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/280 (*Teisman/ABN Amro*).
- [8] HR 10 november 2006, *NJ* 2007/561 , m.nt. H.J. Snijders (*Groenselect*).
- [9] **Kamerstukken II** 2005/06, 30 370 (wijziging WW-stelsel en ontslagrecht).
- [10] R.A.A. Duk, 'Wijzigingen in het ontslagrecht: van bergen en muizen', *SMA* 2006-01, p. 16 e.v.
- [11] HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/324 (*Bulut/Troost Mechanon Pernis*).
- [12] HR 20 december 2002, *NJ* 2003/153 (*TPG/Bollemeijer*).
- [13] Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.
- [14] J. Heinsius, 'Een nieuw artikel 6 BBA: enkele vragen', *Sociaal Recht* 2006/1, p. 5 e.v.
- [15] HR 27 maart 1998, *LJN* ZC2614, *NJ* 1998/709 , m.nt. T. Koopmans.
- [16] W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *Cao-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 57.
- [17] Wellicht kan de conversieleer van de Hoge Raad uit 23 januari 1981, *NJ* 1981/284 , m.nt. P.A. Stein in sommige gevallen nog uitkomst bieden.

- [18] Dat luidt: “een of meer verenigingen van werknemers die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder haar leden telt, krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen, als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is en die ten minste 2 jaar in het bezit is van volledige rechtsbevoegdheid.”
- [19] G.J.J. Heerma van Voss, ‘De procedure in de onderneming voorafgaand aan ontslag’, in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red.), *EXIT: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Serie Onderneming en Recht deel 50, Deventer: Kluwer 2009, p. 99 e.v.
- [20] Reeds in 1991 wees de Werkgroep herziening ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht op de veranderingen die moeten worden doorgevoerd als Nederland tot ratificatie overgaat; vgl. Werkgroep vereniging Arbeidsrecht, ‘Internationale aspecten van het nieuwe ontslagrecht’, *SMA* 1991-4, p. 217 e.v.
- [21] Zie Werkgroep vereniging Arbeidsrecht, ‘Internationale aspecten van het nieuwe ontslagrecht’, *SMA* 1991-4, p. 217 e.v. en voorts: V. bij de Vaate, ‘Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM’, *Tijdschrift academie voor rechtspraak* 2011/6, te vinden via www.arbac.nl.
- [22] Reeds in 1991 wees de Werkgroep herziening ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht op de veranderingen die moeten worden doorgevoerd als Nederland tot ratificatie overgaat; vgl. Werkgroep vereniging Arbeidsrecht, ‘Internationale aspecten van het nieuwe ontslagrecht’, *SMA* 1991-4, p. 217 e.v. V. bij de Vaate, ‘Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM’, *Tijdschrift academie voor rechtspraak* 2011/6, te vinden via www.arbac.nl.
- [23] HvJ EU 21 oktober 2010, *NJ* 2011/2 .
- [24] G.J.J. Heerma van Voss, ‘De procedure in de onderneming voorafgaand aan ontslag’, in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red.), *EXIT: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Serie Onderneming en Recht deel 50, Deventer: Kluwer 2009, p. 100.