

# Arbitrage en arbeidsrecht: over de toelaatbaarheid van arbitrage als vorm van geschillenbeslechting in het arbeidsrecht

*ArbeidsRecht* 2019/43

**Arbitrage in het arbeidsrecht is een wat vreemde eend in de bijt. Partijen geven in arbeidsrechtelijke geschillen in de meeste gevallen de voorkeur aan de overheidsrechter, maar soms wordt in cao's gekozen voor arbitrage vanwege de bijzondere deskundigheid van de arbiters en de mogelijkheid zelf de procedure in te richten. Bij hoger geplaatst of internationaal personeel kunnen juist de vertrouwelijkheid van de procedure of de ruimere mogelijkheden tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis in het buitenland de doorslag geven. Arbeidsrechtelijke geschillen, zoals de kwalificatie en beëindiging van de (arbeids)overeenkomst, zijn volgens de Hoge Raad 'gewoon' arbitabel. Ook aan binding van een werknemer aan een arbitraal beding stelt de Hoge Raad geen bijzondere eisen. Het is de vraag of dat laatste zich verdraagt met de bijzondere, afhankelijke positie van de werknemer en recent is in de literatuur de vraag opgeworpen of dit verenigbaar is met artikel 6 EVRM. De auteurs bespreken in dit artikel de rol van arbitrage in het arbeidsrecht en gaan daarbij onder meer in op de arbitrageregeling, het internationale arbitragerecht en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.**

## 1. Inleiding

De berechting van burgerlijke geschillen is in beginsel overgelaten aan de overheidsrechter. Partijen hebben echter ook de mogelijkheid om tussen hen bestaande geschillen op alternatieve wijzen te beslechten. Van deze alternatieve geschillenbeslechttingswijzen is arbitrage de meest voorkomende. In arbeidsrechtelijke geschillen prefereren partijen doorgaans de overheidsrechter. Dat is niet verwonderlijk. De kwaliteit van de overheidsrechtspraak is in Nederland zeer hoog en de doorlooptijden en kosten die procespartijen moeten maken zijn (in beginsel) te overzien. Arbitrage heeft echter soms de voorkeur. Zo wordt in cao's gekozen voor arbitrage vanwege de bijzondere deskundigheid van de arbiters en de mogelijkheid zelf de procedure in te richten en bij hoger geplaatste of internationale werknemers vanwege de vertrouwelijkheid van de procedure en de ruimere mogelijkheden tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis in het buitenland.<sup>2</sup>

1 Mr. M. Jovović is advocaat bij Stibbe. Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is advocaat bij DLA Piper, universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Andere voordelen kunnen zijn: (i) de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging, (ii) de beslotenheid van de procedure, (iii) de afwezigheid van de eis van openbaarheid en (iv) dat partijen de keuze hebben of hoger beroep openstaat, nu dat op grond van artikel 1061a Rv is uitgesloten, tenzij partijen anders overeenkomen.

Toegang tot de overheidsrechter is een (Europees) grondrecht.<sup>3</sup> Artikel 6 EVRM garandeert het recht op toegang tot een bij wet ingestelde rechtbank bij het vaststellen van burgerlijke rechten en geschillen.<sup>4</sup> Dat recht is echter niet absoluut. Artikel 17 Grondwet bepaalt immers dat niemand *tegen zijn wil* kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") erkent de mogelijkheid die procespartijen hebben afstand te doen van hun recht op toegang tot de burgerlijke rechter, mits dat vrijwillig en ondubbelzinnig gebeurt.<sup>5</sup> Zo kunnen partijen op grond van artikel 1020 Rv afspreken dat geschillen worden onderworpen aan arbitrage (met uitsluiting van de burgerlijke rechter).

Ook arbeidsrechtelijke geschillen, zoals de kwalificatie en beëindiging van de (arbeids)overeenkomst, zijn arbitabel en binding aan een arbitraal beding kan zowel in de arbeidsovereenkomst, als door verwijzing naar een cao of reglement tot stand komen. De vraag is of hogere eisen zouden moeten worden gesteld aan de geldigheid van arbitragebedingen in het arbeidsrecht. Wij geven in dit artikel eerst een overzicht van de wettelijke regeling van arbitrage waarbij wij onder meer ingaan op het onderscheid tussen arbitrage en bindend advies en de aantasting van het arbitrale vonnis. Daarna zoomen wij in op arbitrage in het arbeidsrecht en hoe daar in de rechtspraak en literatuur naar wordt gekeken. Zo heeft Boot kritiek op de betrekkelijk eenvoudige wijze waarop een werknemer kan worden gebonden aan een arbitragebeding.<sup>6</sup> Ten slotte beantwoorden wij mede aan de hand van de rechtspraak van het EHRM over het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM de vraag of bijzondere eisen moeten worden gesteld aan (het overeenkomen van) arbitrage in het arbeidsrecht.

## 2. De wettelijke arbitrageregeling

Arbitrage is in Nederland geregeld in Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Partijen kunnen ingevolge artikel 1020 Rv bij overeenkomst afspreken dat zij bestaande of toekomstige geschillen, die voortvloeien uit een bepaalde rechtsbetrekking tussen hen, aan arbitrage zullen onderwerpen. Deze arbitrageovereenkomst mag enkel leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die ter vrije

3 Zie voor een uitgebreide beschouwing van de grondrechtelijke achtergrond van het arbitragerecht G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 3.2 e.v.

4 Artikel 112 Gw wijst de bij wet ingestelde rechterlijke macht aan voor de berechting van geschillen over burgerlijke rechten.

5 Zie voor een overzicht van de relevante jurisprudentie M.W. Knigge & P.L.F. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *TvA* 2017/20.

6 G.C. Boot, 'Arbitrageclausules in arbeidsovereenkomsten', *TvA* 2018/69.

bepaling van de partijen staan.<sup>7</sup> Een geschil staat niet ter vrije bepaling van partijen indien dit zou leiden tot een uitspraak met rechtsgevolgen voor derden, zoals een faillietverklaring.<sup>8</sup>

De arbitrageovereenkomst kan over een bestaand geschil worden gesloten,<sup>9</sup> maar partijen kunnen ook op voorhand afspreken dat toekomstige geschillen door een scheidsrecht zullen worden beslecht.<sup>10</sup> De wet geeft partijen veel ruimte bij het inrichten van de arbitrale procedure. De afspraak om arbitrage toe te passen zal in de regel worden neergelegd in de overeenkomst waaruit de rechtsbetrekking tussen partijen voortvloeit. Dit kan ook in algemene voorwaarden, zij het dat daar voor consumenten strenge eisen voor gelden.<sup>11</sup> De arbitrageovereenkomst hoeft in beginsel niet schriftelijk te zijn overeengekomen, maar artikel 1021 Rv eist wel dat er een schriftelijk bewijs van de overeenkomst is. Dit bewijsvoorschrift – het betreft dus geen vormvereiste – moet dogmatisch gezien worden onderscheiden van de vraag of überhaupt een arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen.<sup>12</sup> Zo kan een schriftelijk aanbod waarin een arbitraal beding is opgenomen, dat stilzwijgend is aanvaard door de wederpartij, tot een geldige en bewijsbare arbitrageovereenkomst leiden.<sup>13</sup>

### 2.1 De samenstelling van het arbitrale scheidsrecht

De in Boek 4 Rv opgenomen bepalingen over arbitrage zien met name op de hoedanigheid en samenstelling van het scheidsrecht. Zo dienen arbiters handelingsbekwame natuurlijke personen te zijn en bestaat het scheidsrecht altijd uit een oneven aantal arbiters.<sup>14</sup> Het aantal arbiters en de wijze van hun benoeming en van hun besluitvorming is overgelaten aan partijen. De wet beschermt tevens de gelijkheid van partijen. Als bijvoorbeeld één van de partijen een bevoorrechte positie heeft bij de benoeming van de arbiters, kan ieder der partijen op grond van artikel 1028 Rv, in afwijking van de overeengekomen benoemingsregeling, de voorzieningenrechter verzoeken de arbiter(s) te benoemen. Van een bevoorrechte positie is sprake als een partij overwegende invloed kan uitoefenen op de benoeming of

als de arbitrageovereenkomst of nadere regeling een partij bijzondere bevoegdheden toekent ten aanzien van de benoeming, óf als anderszins uit de feitenconstellatie voortvloeit dat één van de partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van de arbiter(s) toekomt.<sup>15</sup> Een arbiter die partijdig is, kan op grond van artikel 1033 lid 1 Rv worden gewraakt. De wrakingsprocedure is neergelegd in artikel 1035 Rv en de gewone rechter of een aangewezen derde beslist over de gegrondheid van de wraking. De grond voor wraking van een arbiter is de gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid en bij de beoordeling daarvan kan de uiterlijke schijn van partijdigheid een rol spelen.<sup>16</sup> Hierbij is van belang dat arbiters ook in een arbitrale procedure in beginsel lijdelijk moeten zijn en dus niet mogen meedoen aan de bewijsgaring; zij moeten zich beperken tot de beoordeling van bewijs.<sup>17</sup> Arbiters mogen zich hierbij wel laten leiden door hun specifieke expertise. Het eerste en tweede lid van artikel 1054 Rv bepalen dat het scheidsrecht in beginsel beslist op basis van de regels van het (door partijen gekozen of anderszins toepasselijke) recht, maar op grond van het derde lid kunnen partijen het scheidsrecht opdragen te beslissen als goede personen naar billijkheid. Partijen kunnen als alternatief voor het door henzelf invullen van de procedurele details van de arbitrageprocedure een arbitragereglement van toepassing verklaren.

### 2.2 Verschillen tussen arbitrage en bindend advies

Arbitrage lijkt op bindend advies. Het toepassingsgebied is gelijk: zowel arbitrage als bindend advies mogen enkel leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die ter vrije bepaling van de partijen staan. Bij bindend advies wordt onderscheid gemaakt tussen zuiver en onzuiver bindend advies. De vorm van bindend advies die het meest overeenkomt met arbitrage is onzuiver bindend advies. Bij zuiver bindend advies hebben partijen afgesproken dat een scheidsrechter de tussen hen bestaande overeenkomst in- of aanvult om te voorkomen dat een geschil ontstaat. Bij onzuiver bindend advies geeft een derde een bindende beslissing in een bestaand geschil tussen partijen.

Arbitrage en bindend advies kennen enkele belangrijke verschillen. Anders dan bij arbitrage geldt bij bindend advies niet een eigen wettelijke regeling met waarborgen. Het bindend advies wordt geregeld door de regeling van de vaststellingsovereenkomst in de artikelen 7:900 e.v. BW. Ten tweede kan een arbitraal vonnis met verlof van een voorzieningenrechter ten uitvoer gelegd worden, terwijl bindend advies enkel leidt tot een overeenkomst waarvan

7 Artikel 1020 lid 3 Rv. Zaken die van openbare orde zijn en jegens iedereen werken mogen dus niet aan arbitrage onderworpen worden.

8 Hierbij moet worden opgemerkt dat het enkele feit dat een uitspraak op zich consequenties kan hebben met *erga omnes* werking, althans derdenwerking niet betekent dat deze niet arbitraal is. Denk bijvoorbeeld aan een arbitrale uitspraak waarbij een koopovereenkomst wordt vernietigd zodat de titel aan een overdracht ontvalt. Het eigendomsrecht – dat in beginsel tegen eenieder kan worden ingeroepen – gaat dus door de arbitrale uitspraak weer terug over op de oorspronkelijke eigenaar. Zie hierover nader: H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.1.4.1.2.

9 Artikel 1020 lid 2 Rv noemt dit een 'compromis'.

10 Artikel 1020 lid 2 Rv noemt dit een 'arbitraal beding'.

11 Zie artikel 6:236 sub n BW.

12 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Beziën in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

13 Zie J.W. Bitter, 'De overeenkomst tot arbitrage', *ORP* 2017/100. Zie ook HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, *JAR* 2003/40, m.nt. Thierry (ABN AMRO/Teisman), r.o. 3.2.

14 Artikel 1023 Rv en artikel 1026 Rv.

15 Zie Rb. Den Haag (pres.) 23 februari 1987, *TvA* 1987 (p. 92) en Rb. Zwolle (pres.) 10 november 1987, *NJ* 1989/118.

16 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765, m.nt. Snijders (Nordström/Nievelt Goudriaan & Co) en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. Snijders & Legemaate (N/Aegon).

17 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/177, m.nt. Snijders & Legemaate (N/Aegon). Het bewijsrecht en de regels met betrekking tot bewijsmiddelen zijn in beginsel niet van toepassing. Zie J.W. Bitter, 'De overeenkomst tot arbitrage', *ORP* 2017/100.

nakoming gevorderd moet worden voordat deze kan worden geëxecuteerd.<sup>18</sup>

### 2.3 De aantasting van het arbitrale vonnis en het bindend advies

Zowel arbitrale vonnissen als bindende adviezen kunnen slechts in beperkte mate worden aangetast. Een arbitraal vonnis kan op grond van de artikelen 1064 e.v. Rv door het bevoegde hof op een aantal gronden worden vernietigd. Deze vernietigingsgronden zijn neergelegd in artikel 1065 Rv en betreffen: (i) het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst, (ii) een in strijd met de regels samengesteld scheidsgerecht, (iii) een scheidsgerecht dat zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden,<sup>19</sup> (iv) een vonnis dat niet op juiste wijze is ondertekend of niet met redenen is omkleed, of (v) een vonnis dat in strijd is met de openbare orde. Op grond van artikel 1068 Rv kan een arbitraal vonnis ook worden vernietigd als één of meer van de in dat artikel genoemde herroepingsgronden aanwezig is/zijn. Rechterlijke vernietiging van een arbitraal vonnis tast de arbitrageovereenkomst niet aan tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Dit is op grond van artikel 1067 Rv slechts anders als het arbitrale vonnis is vernietigd op grond van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. Dat betekent dus dat partijen weer zullen zijn aangewezen op arbitrage voor het geschil.

De rechter toetst een arbitraal vonnis dus enkel marginaal op de aanwezigheid van vernietigingsgronden.<sup>20</sup> Arbitraal hoger beroep is alleen mogelijk als partijen dit zijn overeengekomen (artikel 1061b Rv). Bij bindend advies gelden hier de (algemene) regels voor de aantasting van een vaststellingsovereenkomst, waarvoor nóg minder vernietigingsgronden bestaan. Dat betekent dat de rechter een bindend advies slechts kan vernietigen als het naar inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde op grond van artikel 7:902 BW of, op grond van artikel 7:904 BW, als het in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is vanwege de inhoud of wijze van tot stand komen.

### 2.4 Internationale aspecten: bevoegdheid gewone rechter en tenuitvoerlegging

Hoewel een bespreking van de ruimere mogelijkheden tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis in het buitenland het bestek van dit artikel te buiten gaat, merken wij op dat het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (het “**Verdrag**”) bijzondere regels bevat voor de geldigheid van arbitrale bedingen in internationale verhoudingen. Op grond van artikel II lid 2 van het Verdrag is een arbitrageovereenkomst in het buitenland alleen dan geldig – en de gewone rechter dus onbevoegd – wanneer sprake is van een ‘schriftelijke overeenkomst’, waaronder

wordt verstaan een beding in een overeenkomst of een akte, ondertekend door partijen of vervat in gewisselde brieven of telegrammen. Hoewel strikt genomen niet uitputtend, wordt hierin doorgaans de eis gelezen dat van beide partijen een geschrift dient te zijn uitgegaan waaruit hun wil tot arbitrage blijkt. Dit kan bijvoorbeeld een door beide partijen ondertekend geschrift zijn, of een geschrift van een partij dat in arbitrage voorziet en een geschrift van de wederpartij waarin zij het geschrift van de eerstgenoemde partij aanvaardt.<sup>21</sup> Binding aan een arbitraal beding in (bijvoorbeeld) algemene voorwaarden of een reglement komt dan voor de toepassing van het Verdrag slechts tot stand indien de algemene voorwaarden deel uitmaken van het geschrift (bijvoorbeeld als zij op de achterzijde zijn afgedrukt) of in het door partijen ondertekende geschrift wordt verwezen naar de algemene voorwaarden waarbij melding wordt gemaakt van het in de algemene voorwaarden opgenomen arbitrale beding.<sup>22</sup> Het Verdrag is hier dus strenger dan het ruimere, in Nederland geldende artikel 1021 Rv.

### 3. Arbitrage in het Nederlandse arbeidsrecht

De Hoge Raad oordeelde in 1973 dat arbitrage over de ontbinding van een arbeidsovereenkomst mogelijk is.<sup>23</sup> In 1985 aanvaardde de Hoge Raad naast arbitrage ook bindend advies tussen een werknemer en een werkgever, in een casus waarin het betreffende beding was opgenomen in de cao waaraan zij allebei op grond van artikel 9 Wet CAO gebonden waren.<sup>24</sup> Dit oordeel bevestigde de Hoge Raad in 1998.<sup>25</sup> In het arrest *ABN AMRO/Teisman*<sup>26</sup> uit 2003 oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever een beroep kon doen op een arbitraal beding dat was opgenomen in een in de arbeidsovereenkomst van de werknemer geïncorporeerde cao. En omgekeerd verwierp de Hoge Raad in 2012 met toepassing van artikel 81 RO het cassatieberoep van een werknemer die betoogde dat de kantonrechter zich ten onrechte bevoegd had geacht zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden, nu partijen arbitrage waren overeengekomen.<sup>27</sup>

18 Zie P.E. Ernste, ‘De rol van bindend advies naast arbitrage’, *TvA* 2012/72.

19 Van schending van de opdracht is ook sprake indien de arbiter blijk geeft van (de schijn van) partijdigheid.

20 L.C.M. Berger & E.H. Janssen, ‘De voor- en nadelen van arbitrage’, *Bb* 2017/10.

21 In een notitie van Working Group II (Arbitration) van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), waarin wordt beschreven hoe rechters de vormvereisten in artikel II lid 2 van het verdrag hebben uitgelegd, wordt dit als volgt verwoord: “By requiring either a signature or an exchange of documents, the form requirement ensures that the parties’ assent to arbitration is expressly recorded,” zie Note by the UNCITRAL Secretariat over de uitleg van artikel II lid 2 NYC, p. 6 (<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.II/WP.139>).

22 Zie G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 8.10.2.

23 HR 14 december 1973, *NJ* 1974/92, m.nt. Stein.

24 HR 22 november 1984, *NJ* 1986/275, m.nt. Stein (*Van Delft/Van Boxtel*).

25 HR 20 maart 1998, *JAR* 1998/127 (*Grady/SOGON*). In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat de naar oud recht bestaande bevoegdheid van de werkgever om zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden (artikel 7:685 (oud) BW) weliswaar niet beperkt kon worden, maar dat dit een andere vraag was dan de vraag wie bevoegd was de ontbinding uit te spreken: de overheidsrechter of de arbiters.

26 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, *JAR* 2003/40, m.nt. Thierry, *NJ* 2004/280, m.nt. Snijders (*ABN AMRO/Teisman*).

27 HR 13 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0205.

In het Nederlandse arbeidsrecht wordt, met name in collectieve geschillen sinds jaar en dag<sup>28</sup> gebruikgemaakt van arbitrage en bindend advies.<sup>29</sup> Hieronder kan ook worden verstaan alternatieve geschillenbeslechting door geschillencommissies die oordelen over kwesties zoals de 'passendheid' van een functie of de toepassing van een hardheidsclausule. Een verklaring voor het opnemen van een arbitraal beding in een cao kan zijn de beslotenheid van de procedure en de afwezigheid van de eis van openbaarheid<sup>30</sup> en/of de bijzondere deskundigheid van de arbiters en de mogelijkheid zelf de procedure in te richten.<sup>31</sup> Als gezegd is arbitrage niet mogelijk indien dit niet zou leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan of indien een bepaalde overheidsrechter bij uitsluiting van arbiters is aangewezen.<sup>32</sup> Dat de kantonrechter is aangewezen als absoluut competente rechter, staat dus niet aan arbitrage over arbeidsgeschillen in de weg.<sup>33</sup> Voorts geldt dat arbeidsrechtelijke geschillen in beginsel ter vrije bepaling van partijen staan en dus vatbaar zijn voor arbitrage.<sup>34</sup> Dat het arbeidsrecht grotendeels dwingendrechtelijk is, staat ook niet

aan arbitrage in de weg.<sup>35</sup> Artikel 1054 lid 1 Rv bepaalt immers dat het scheidsgerecht beslist naar de regelen des rechts. Op grond van artikel 1054 lid 3 Rv kunnen de arbiters in opdracht van partijen zelfs als goede personen naar billijkheid oordelen, hetgeen betekent dat zij dus juist kunnen afwijken van positiefrechtelijke regels indien de billijkheid hiertoe noopt.<sup>36</sup> De ontbindingsrechter kan dan ook zonder meer worden vervangen door arbiters bij de beoordeling van een ontslag op grond van de in artikel 7:669 lid 3 sub c t/m sub h BW opgenomen redelijke gronden.<sup>37</sup> Bij de Vaate heeft betoogd dat, hoewel de procedure bij het UWV van publiekrechtelijke aard is, ook ontslagen op de ontslaggronden van artikel 7:669 lid 3 sub a en sub b BW aan arbitrage en bindend advies kunnen worden onderworpen.<sup>38</sup> Zij wijst daarbij op de mededeling van de Minister van SZW tijdens de behandeling van de Wet werk en zekerheid ("Wwz") in de Eerste Kamer dat arbitrage en bindend advies bij alle ontslaggronden mogelijk zijn in plaats van een procedure via UWV of de kantonrechter.<sup>39</sup>

### 3.1 De Hoge Raad in ABN AMRO/Teisman

Zoals hierboven is opgemerkt, moet de vraag óf een arbitrageovereenkomst is gesloten, worden onderscheiden van de vraag hoe deze moet worden bewezen. De eerste vraag moet aan de hand van artikel 1020 Rv worden beantwoord, de tweede vraag aan de hand van artikel 1021 Rv. Volgens

- 28 Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (*Stb.* 1937, 801) uitvoerig is stilgestaan bij de vraag of bepalingen van cao's waarin geschillen tussen werkgevers en werknemers werden onderworpen aan arbitrage of bindend advies algemeen verbindend zouden moeten kunnen worden verklaard. Daarbij stond met name de vraag centraal of een bepaling die geschillen onderwerpt aan bindend advies moet worden gezien als een bepaling die ten doel heeft "de beslissing van den rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten" in de zin van artikel 2 lid 5 sub a Wet AVV. Inmiddels is deze vraag achterhaald omdat de Hoge Raad in 1952 oordeelde dat bindend advies clausules niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard, omdat daarmee de beslissing van de overheidsrechter omtrent twistgedingen wordt uitgesloten, zie HR 8 juni 1951, *NJ* 1952/144 (*Drukkerij Nietvelt/Teuling*). Deze mogelijkheid werd, omdat men er tijdens de parlementaire behandeling niet uitkwam, bewust opengelaten. Zo liet de wetgever in 1936 de mogelijkheid open dat bindend advies-clausules algemeen verbindend zouden worden verklaard. Zie *Handelingen II* 1936/37, nr. 274, p. 2, 10 en 17, *Handelingen II* 1936/37, nr. 274, p. 4 en 6 en *Handelingen I* 1936/37, nr. 274, p. 620, 622 en 626. Zie ook de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 8 juni 1951, *NJ* 1952/144 (*Drukkerij Nietvelt/Teuling*).
- 29 Zie recentelijk over de huidige stand van zaken in getallen: D.F. Berkhout & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissie bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, VvA nr. 42, Deventer: Kluwer 2014, p. 116-117.
- 30 Deze openbaarheid is overigens niet gecodificeerd in Boek 4 Rv. In de memorie van antwoord bij de Wet modernisering arbitragerecht onderschreef de minister dat arbitrages in beginsel vertrouwelijk zijn, maar hij verduidelijkte daarbij dat dit uitgangspunt niet in de wet is gecodificeerd omdat het aan partijen is de vertrouwelijkheid bij overeenkomst te regelen (*Kamerstukken I* 2013/14 33611, C, p. 2).
- 31 Zie meer in het algemeen over verklaringen voor en voordelen van alternatieve geschilbeslechting in cao's, L.C.J. Sprengers, 'Cao-geschillencommissies: doekje voor het bloeden of volwaardige rechtsbescherming?', *TAP* 2019/61.
- 32 Dat de wet een specifieke rechter aanwijst is op zich niet voldoende voor non-arbitrabiliteit, daarvoor is vereist dat de afdoening van desbetreffende zaak exclusief aan de overheidsrechter, in het bijzonder dus met uitsluiting van arbiters, is opgedragen. Zie bij H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht. Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.1.4.1.2.
- 33 Zie de overwegingen omtrent het tweede cassatiemiddel van HR 14 december 1973, *NJ* 1974/92, m.nt. Steijn.
- 34 Zo oordeelde de HR al in 1973 dat geschillen omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ter vrije bepaling van partijen staan. Zie HR 14 december 1973, *NJ* 1974/92 en zie verder P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de Wwz*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 117-120.

- 35 Zie ook D.M.A. Bij de Vaate, 'Arbitrage en bindend advies onder de Wwz als alternatief voor het UWV en de ontbindingsrechter', *TRA* 2016/12 en de door haar genoemde bronnen.
- 36 Zie H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht. Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.1.4.1.2.
- 37 Na de inwerkingtreding per 1 januari 2020 van de Wet arbeidsmarkt in balans (*Stb.* 2019, 219) zal hieraan nog een negende ontbindingsgrond sub i worden toegevoegd, zodat de arbeidsovereenkomst ook zal kunnen worden ontbonden op grond van een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de ontbindingsgronden genoemd in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met sub h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.
- 38 D.M.A. Bij de Vaate, 'Arbitrage en bindend advies onder de Wwz als alternatief voor het UWV en de ontbindingsrechter', *TRA* 2016/12.
- 39 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 18. Bij de Vaate staat uitvoerig stil bij de vraag of het feit dat het UWV dwingendrechtelijk bij uitsluiting bevoegd is ten aanzien van ontslagen op de a- en b-grond maakt dat ontslagen op deze gronden niet arbitrabel zijn. In Boek 7, titel 10, afdeling 9 ligt inderdaad de nadruk op de 'stappen' die gezet moeten worden voor een ontslag en wie (kantonrechter of UWV) bevoegd is. Zo bepaalt artikel 7:671 lid 1 aanhef en onder a BW dat "de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig [kan] opzeggen zonder schriftelijke instemming, tenzij voor de opzegging toestemming is verleend [door UWV]," terwijl de burgerlijke rechter niet bevoegd is ten aanzien van zulke ontslagen. Dat lijkt inderdaad in de weg te staan aan arbitrage over ontslagen op de a- en b-grond. Maar gaat het er bij een ontslag niet eerder om dat "de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt?" (artikel 7:669 BW)". De rest is techniek, bedoeld om bepaalde categorieën uit te zonderen van de preventieve toets en om de normaal gesproken bevoegde instantie aan te wijzen. Met Bij de Vaate menen wij daarom dat om deze ontslagrechtelijke procedurevoorschriften heen kan worden gecontracteerd, zodat de arbiters de arbeidsovereenkomst kunnen ontbinden indien voldaan is aan de daarvoor geldende materieelrechtelijke eisen. Uit de aan het begin van deze voetnoot aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis bij de Wwz blijkt ook dat de minister daarin geen verandering heeft willen aanbrengen.

Boot ziet het arrest *ABN AMRO/Teisman*<sup>40</sup> uitsluitend op de vereisten voor het 'schriftelijkheidsbepaling' van artikel 1021 Rv en niet op de vraag of tussen werkgever en werknemer wilsovereenstemming was bereikt over een arbitraal beding in de zin van artikel 1020 Rv.<sup>41</sup>

Wij lezen dit arrest anders. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.2 allereerst dat in artikel 1020 lid 5 Rv onder de arbitrageovereenkomst mede wordt begrepen een arbitraal beding dat is opgenomen in de partijen bindende statuten of reglementen. Vervolgens overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar artikel 1021 Rv dat de arbitrageovereenkomst wordt bewezen door een geschrift en dat daarvoor voldoende is een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Op grond van deze bepalingen is, naar het oordeel van de Hoge Raad, een arbitraal beding in een cao aan te merken als een geldige arbitrageovereenkomst als bedoeld in artikel 1020 lid 1 Rv, tenzij hieraan een andere wettelijke bepaling in de weg mocht staan. Dat laatste is niet het geval. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat de rechtbank in eerdere instantie aan de regels rond artikel 14 Wet CAO, artikel 17 Gw en artikel 2 lid 5 sub a Wet AVV een verkeerde betekenis had toegekend. Geen van deze rechtsbronnen brengt naar het oordeel van de Hoge Raad mee dat, "wanneer een werkgever en een niet gebonden werknemer [...] overeenkomen dat een collectieve arbeidsovereenkomst waarin een arbitraal beding voorkomt, op hun arbeidsverhouding van toepassing zal zijn, het arbitrale beding, in afwijking van de algemene bepalingen van boek 4 Rv, tussen hen slechts gaat gelden indien de werknemer een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring jegens de werkgever heeft afgelegd". Er is, in de woorden van A-G Huydecoper in zijn conclusie voor het arrest, geen rechtsregel die ertoe strekt dat werknemers "(ook) in bescherming zouden moeten worden genomen tegen het (misschien ondoordacht of minder verstandig) verlenen van hun toestemming voor een bijzondere geschillenregeling."<sup>42</sup> Snijders vat het als volgt samen in zijn noot bij het arrest:

40 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, *JAR* 2003/40, m.nt. Thierry, *NJ* 2004/280, m.nt. Snijders (*ABN AMRO/Teisman*).

41 G.C. Boot, 'Arbitrageclausules in arbeidsovereenkomsten', *TvA* 2018/69 (p. 118).

42 In zijn uitspraak van 17 januari 2001 inzake *ABN AMRO/Teisman* (opgenomen in *JAR* 2003/40) oordeelde de Rechtbank Amsterdam onder andere dat ook uit de parlementaire geschiedenis van de Wet CAO zou blijken "dat de wetgever uitdrukkelijk niet heeft gewild dat bepalingen omtrent een scheidsgerecht zouden gelden voor de niet-gebonden werknemer, hetgeen ertoe heeft geleid dat de verplichting van de werkgever om bepalingen uit de collectieve arbeidsovereenkomst ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten met niet-gebonden werknemers in genoemd artikel is beperkt tot de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden." (r.o. 4.1). Dit is niet juist. In de parlementaire geschiedenis van de Wet CAO is in dit verband enkel meegedeeld dat de bepalingen uit de cao die de werkgever op grond van artikel 14 Wet CAO moet nakomen tegenover niet gebonden werknemers "uitsluitend zijn de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden en niet b.v. die omtrent een scheidsgerecht". Zie de Nadere regeling van de Collectieve Arbeidsovereenkomst, *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 4, p. 21. Deze mededeling zegt niets over de mogelijkheid van de werkgever om met de ongebonden werknemer overeen te komen dat een in de cao opgenomen arbitraal beding op hem van toepassing is. Integendeel, zowel regering als parlement betonen zich in de parlementaire geschiedenis van de Wet CAO zelfs voorstander van arbitrage in het cao-recht (zie *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 4, p. 11) en in de wetsgeschiedenis bij de Wet CAO heeft de wetgever benadrukt de overige contractvrijheid van cao-partijen juist niet te willen beperken met de Wet CAO (zie *Kamerstukken II* 1926/27, 166, 3, p. 4).

"Aan de totstandkoming van de hiervoor benodigde overeenkomst worden [...] geen andere eisen gesteld dan aan overeenkomsten en andere rechtshandelingen in het algemeen (afgezien van de bewijzeis van art. 1021 Rv)."

Het cassatiemiddel stelde deze vraag ook nadrukkelijk aan de orde:

"Niet valt in te zien dat indien de bepalingen van een CAO in de individuele arbeidsovereenkomst zijn geïncorporeerd omdat zulks in die individuele arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever is overeengekomen, daarenboven een uitdrukkelijke verklaring van de niet-gebonden werknemer nodig is, gericht op [het arbitrale beding]."

De vraag of bij incorporatie van een cao in de arbeidsovereenkomst hogere eisen worden gesteld aan de wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer bij een in die cao opgenomen arbitraal beding is dus uitdrukkelijk ontkennend beantwoord door de Hoge Raad in het arrest *ABN AMRO/Teisman*.

### 3.2 Rechtspraak na *ABN AMRO/Teisman*

In de lagere rechtspraak na het arrest *ABN AMRO/Teisman* slaagt een beroep van een werkgever op een in de arbeidsovereenkomst overeengekomen arbitraal beding soms wel en soms niet. Zo achtte de Rechtbank Amsterdam zich in 2013<sup>43</sup> onbevoegd ten aanzien van de vordering van een ontslagen statutair directeur, nu in de arbeidsovereenkomst een arbitraal beding was overeengekomen op grond waarvan "Any dispute arising under or relating to this Agreement shall be submitted to binding arbitration in the City of Chicago, Illinois, under the then prevailing arbitration rules of the NASD."

In een uitspraak uit 2018<sup>44</sup> kwam de kantonrechter te Amsterdam echter tot een andere conclusie. De kantonrechter oordeelde dat uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz weliswaar volgt dat arbeidsrechtelijke geschillen arbitabel zijn, maar dat "de keuze voor arbitrage geen onoverkomelijke hoge drempel mag opwerpen om het geschil aan een arbiter voor te leggen. Indien sprake is van een dergelijke hoge drempel, dient het beding buiten toepassing te blijven, omdat [eiser] daarmee feitelijk de toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht wordt onthouden, hetgeen in strijd is met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)". Naar het oordeel van deze kantonrechter was daarvan sprake, aangezien de werknemer € 800 zou moeten betalen aan het Nederlands Arbitrage Instituut ("NAI") om de zaak te starten en daarnaast een bedrag variërend van € 7.500 tot € 19.000 in depot zou moeten storten. Dat de werknemer dit zou terugkrijgen indien hij in het gelijk zou worden gesteld, maakte dit niet anders. Daarom was naar het

43 Rb. Amsterdam 10 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5062, *JAR* 2013/242.

44 Ktr. Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3653, *JAR* 2019/22, m.nt. Boot.

oordeel van de kantonrechter sprake van een onaanvaardbaar hoge financiële drempel voor de werknemer. Bij zijn oordeel betrok de kantonrechter onder meer het gegeven dat partijen niet afzonderlijk over het arbitrale beding hadden onderhandeld en dat het NAI geen specifieke expertise had omtrent dit onderwerp en dat de werkgever geen goede uitleg kon geven over het nut van arbitrage in dit geval en “de aard van de overeenkomst”. Het Hof Amsterdam bekrachtigde de beschikking van de kantonrechter.<sup>45</sup> Anders dan de kantonrechter motiveerde het hof zijn oordeel door te wijzen op de zeer slechte financiële situatie van de werknemer, die na een auto-ongeluk hoge medische kosten had moeten maken in de Verenigde Staten en zijn in het buitenland woonachtige vader en zus onderhield. Deze motivering vinden wij beter aansluiten bij de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van uit 1997.<sup>46</sup> In dit arrest bevestigde de Hoge Raad dat niet aan een beroep op een arbitraal beding in de weg staat dat arbitrage zeer kostbaar is, maar dat telkens bijkomende feiten en omstandigheden nodig zijn die het beroep op een arbitrageclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken.<sup>47</sup>

In 2016 oordeelde het Hof Amsterdam,<sup>48</sup> onder verwijzing naar het in paragraaf 3 hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1973,<sup>49</sup> dat de juridische kwalificatie van een overeenkomst tot het verrichten van arbeid tegen betaling niet leidt tot vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. De kantonrechter had zich al onbevoegd verklaard op grond van het door partijen gesloten arbitrale beding en het Hof Amsterdam bekrachtigde dat vonnis.

Beroepen van werkgevers op arbitrale bedingen die zijn opgenomen in individuele arbeidsovereenkomsten slagen dus soms wel en soms niet. Datzelfde geldt voor arbitrale bedingen die zijn opgenomen in een op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde cao. In een arrest uit 2013 verklaarde het Hof Amsterdam zich onbevoegd omdat de ABN AMRO geschillencommissie al een arbitraal vonnis had gewezen, dat niet in strijd was met de openbare orde of de goede zeden.<sup>50</sup> De werknemer had nadat ABN AMRO zijn beroep op een regeling in de toepasselijke cao van ABN AMRO had afgewezen een arbitrageprocedure tegen ABN AMRO gevoerd conform het in die cao opgenomen arbitrale beding. In een uitspraak uit 2017 achtte de kantonrechter te Amsterdam<sup>51</sup> zich bevoegd ten aanzien van een vordering betreffende leeftijdsdiscriminatie, ondanks een arbitraal beding in een toepasselijk sociaal plan. Na te hebben vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil was dat in een cao kan wor-

den overeengekomen dat een geschil bij uitsluiting van de civiele rechter moet worden voorgelegd aan een geschillencommissie, oordeelde deze kantonrechter dat de werknemer het door hem nagestreefde doel (te weten: een hogere vertrekpremie) niet bij de geschillencommissie zou kunnen bereiken en verklaarde zich bevoegd. Het geschil viel, met andere woorden, buiten de reikwijdte van het overeengekomen arbitrale beding. Iets vergelijkbaars speelde in de procedures die leidden tot arresten van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2013<sup>52</sup> en 22 december 2015.<sup>53</sup>

#### 4. Dienen bijzondere eisen te worden gesteld aan arbitrage in het arbeidsrecht?

Artikel 17 Gw bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. De werknemer kan dus afstand doen van het recht een arbeidsrechtelijk geschil voor te leggen aan de overheidsrechter door in te stemmen met het arbitrale beding. Dat de werknemer op ondubbelzinnige wijze moet hebben ingestemd met het arbitrale beding, volgt uit artikel 6 EVRM. Volgens Boot heeft de Hoge Raad in het arrest *ABN AMRO/Teisman* over de geldigheid en totstandkoming van arbitrale bedingen in de arbeidsrechtelijke sfeer geen aandacht besteed aan de jurisprudentie van het EHRM waaruit volgt dat een ondubbelzinnige wilsverklaring nodig is, wil geaccepteerd worden dat afstand wordt gedaan van de gang naar de rechter. Dit maakt dat kritiek op dit arrest volgens Boot goed mogelijk is, nu de Hoge Raad volgens Boot wel erg makkelijk binding van de werknemer aan het arbitrale beding heeft aangenomen.<sup>54</sup>

##### 4.1 Jurisprudentie EHRM

Het EHRM heeft verschillende malen bevestigd dat het met een arbitraal beding afstand doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter vrijwillig en ondubbelzinnig moet geschieden<sup>55</sup> en niet in strijd mag zijn met het openbaar belang. Het EHRM geeft echter weinig handvatten waarmee kan worden vastgesteld óf vrijwillig en ondubbelzinnig afstand is gedaan van het recht op toegang tot de overheidsrechter.<sup>56</sup> Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat daarvan

45 Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:230, JAR 2019/68.

46 HR 21 maart 1997, NJ 1998/219, m.nt. Sniijders (Meijer/OTM).

47 Boot (G.C. Boot, 'Arbitrageclausules in arbeidsovereenkomsten', *TvA* 2018/69, par. 7) wijst op enkele uitspraken waarin rechters beoordelen of een beroep op een arbitraal beding door de werkgever een onaanvaardbaar hoge financiële drempel oplevert, welke reeks is gestart door de Kantonrechter Zierikzee (Ktr. Zierikzee 19 februari 1988, *Prg.* 1988, 2870).

48 Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2500.

49 HR 14 december 1973, NJ 1974/92, m.nt. Stein.

50 Hof Amsterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3429.

51 Ktr. Amsterdam 17 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2017:6171, JAR 2017/226.

52 Hof Amsterdam 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2588.

53 Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5443.

54 Zie G.C. Boot, *Arbeidsprocesrecht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 9.

55 EHRM 23 mei 1991, 11662/85, NJ 1992/456 (*Oberschlick/Oostenrijk*), EHRM 25 februari 1992, 10802/84, NJ 1994/117, m.nt. Dommering (*Pfeiffer en Plankl/Oostenrijk* – hier concludeerde het EHRM dat sprake was van een schending van artikel 6 EVRM omdat verzoeker in afwezigheid van zijn raadsman afstand had gedaan van zijn recht) en EHRM 16 december 2003, 35943/02 (*Transado-Transportes Fluviais do Sado/Portugal*).

56 Knigge en Ribbers merken op dat in geen van de hen bekende zaken waarin in het kader van vrijwillige arbitrage werd geklaagd over een schending van het EVRM, het EHRM het EVRM geschonden achtte (M.W. Knigge & P.L.F. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *TvA* 2017/20 (p. 37)). Volgens Meijer kan uit de jurisprudentie van het EHRM zelfs worden afgeleid dat partijen stilzwijgend afstand kunnen doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter. Zie G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 3.2.3.3. Ook Knigge en Ribbers wijzen hierop, onder verwijzing naar EHRM 21 februari 1990, 11855/85 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*), r.o. 66 en EHRM 23 februari 1999, 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*) (voetnoot ontleend aan Knigge en Ribbers).

al snel sprake is. Zo overwoog het EHRM in de zaak *Pastore/Italië*<sup>57</sup> dat een deelnemer in een fonds met het accepteren van de interne regelgeving van het fonds, ook een daarin opgenomen arbitragebeding geaccepteerd had. Volgens deze deelnemer kon het feit dat hij de interne regelgeving van het fonds had geaccepteerd niet worden geïnterpreteerd als een ondubbelzinnig afstand doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter. Het EHRM ging hierin niet mee omdat niets erop wees dat de arbitrageclausule onder dwang opgelegd was.

Op 2 oktober 2018 heeft het EHRM zich in de gevoegde zaken *Mutu en Pechstein/Zwitserland*<sup>58</sup> voor de eerste keer uitgelaten over arbitrale bedingen die zijn overeengekomen tussen ongelijkwaardige partijen.<sup>59</sup> In deze uitspraak herhaalt het EHRM eerst dat partijen rechtsgeldig afstand kunnen doen van de rechten uit hoofde van artikel 6 EVRM, mits dat vrijelijk en ondubbelzinnig gebeurt. Het EHRM herinnert er ook aan dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen vrijwillige arbitrage, die partijen zijn overeengekomen, en gedwongen arbitrage, die partijen (van overheidswege) wordt opgelegd waardoor partijen niet langer de mogelijkheid hebben hun geschil aan de overheidsrechter voor te leggen. Het EHRM roept in herinnering dat de overheid er bij gedwongen arbitrage voor dient te zorgen dat de arbitrale procedure de waarborgen biedt die voortvloeien uit artikel 6 EVRM. Vervolgens stelt het EHRM vast dat de zaken van Mutu en Pechstein verschillen van eerdere door het EHRM beoordeelde zaken over arbitrage omdat daar sprake was van gelijkwaardige procespartijen – die vrijelijk konden kiezen met wie ze zouden contracteren – terwijl Mutu en Pechstein afhankelijk zijn van hun sport om inkomen te verdienen. Hierdoor waren hun situaties niet vergelijkbaar met de situaties die tot de eerdere uitspraken hadden geleid.

Het EHRM maakt daarbij een belangrijk onderscheid tussen de situatie van Pechstein en Mutu. Bij *Pechstein* overweegt het EHRM dat, gelet op de gevolgen die een weigering van het sportreglement met daarin het arbitrale beding zou hebben voor haar sportcarrière, niet kon worden gezegd dat zij het arbitrale beding op een vrije en ondubbelzinnige wijze had aanvaard. De consequentie hiervan was echter niet dat Pechstein niet gebonden was aan het arbitrale beding, maar dat de arbitrale procedure moest worden beoordeeld als een gedwongen arbitrage. De zaak van *Mutu* was iets anders. Hoewel Mutu ook niet anders kon dan het reglement van de FIFA (inclusief het daarin opgenomen arbitrale beding) te aanvaarden als hij profvoetballer wilde zijn, laat dit reglement het aan clubs en spelers of zij zich daarnaast tevens tot de overheidsrechter kunnen wenden. Daarom

was niet reeds vanwege de (gedwongen) aanvaarding van het FIFA-reglement sprake van gedwongen arbitrage. In dit kader is interessant dat Mutu had aangevoerd dat hij het arbitrale beding in zijn arbeidsovereenkomst niet vrijelijk met voetbalclub Chelsea was overeengekomen omdat Chelsea meer onderhandelingsmacht had en alle Chelsea-spelers verplicht waren een arbitraal beding in hun arbeidsovereenkomst te aanvaarden en dit soort arbitrale bedingen gebruikelijk is in de wereld van het professionele voetbal. Het EHRM verwierp dit argument omdat Mutu niet had bewezen dat alle Chelsea-spelers verplicht waren het arbitrale beding te aanvaarden maar ook niet dat andere professionele voetbalclubs zouden hebben geweigerd hem in dienst te nemen op basis van een arbeidsovereenkomst zonder arbitraal beding. Daarom had Mutu niet aangetoond dat hij, als hij de kost wilde verdienen met professioneel voetbal, niet anders kon dan het arbitrale beding te aanvaarden. Daarom was in zijn geval geen sprake van gedwongen arbitrage wegens gebrek aan vrijelijke aanvaarding. Naar het oordeel van het EHRM had Mutu het arbitragebeding echter niet ondubbelzinnig geaccepteerd. Hij had namelijk gedurende de arbitrage zijn bezwaren geuit tegen de benoeming van een naar zijn mening partijdige arbiter door Chelsea. Zo was alsnog sprake van gedwongen arbitrage, zodat jegens Mutu, evenals Pechstein, in de arbitrale procedure de waarborgen van artikel 6 EVRM golden. Interessant is verder nog dat het EHRM beide sporters gebonden achtte aan arbitrale bedingen die in reglementen van de sportfederaties zijn opgenomen en niet in hun arbeidsovereenkomsten zelf.

Indien deze jurisprudentie ook voor 'gewone' werknemers zou gelden, zou dit betekenen dat de werknemer in de arbitrale procedure recht heeft op de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM (het recht op hoor en wederhoor, het recht de zaak mondeling te bepleiten, e.d.). Dit betekent echter niet dat de Nederlandse rechter verplicht is arbitrale vonnissen die in strijd zijn met artikel 6 EVRM te vernietigen, zo volgt onder meer uit het oordeel van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM), dat “*een arbitrale uitspraak niet noodzakelijkerwijs moet worden vernietigd omdat de partijen niet alle garanties van art. 6 hebben genoten en dat elke verdragsstaat in beginsel zelf mag beslissen op welke gronden een arbitrale uitspraak moet worden vernietigd*”.<sup>60</sup> Dit laatste acht het ECRM redelijk, omdat de vernietiging van een arbitraal vonnis vaak zal betekenen dat een lange en kostbare arbitrale procedure nutteloos blijkt te zijn geweest en veel tijd, werk en kosten zullen moeten worden geïnvesteerd in nieuwe procedures. Dat wil niet zeggen dat schending van een door artikel 6 EVRM beschermd recht in een arbitrale procedure tussen een werknemer en een werkgever nooit kan leiden tot vernietiging van een arbitraal vonnis. Dit betekent alleen maar dat deze schending naar Nederlands arbitragerecht een zelfstandige grond voor vernietiging moet opleveren. Telkens moet de schending

57 EHRM 25 mei 1999, 46483/99 (*Pastore/Italië*).

58 EHRM 2 oktober 2018, 40575/10 en 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, EHRM 2019/43, m.nt. Van Toor (*Mutu & Pechstein/Zwitserland*).

59 Volgens Knigge en Ribbers had het EHRM zich ten tijde van het schrijven van hun artikel nog niet uitgelaten over een arbitraal beding dat was overeengekomen tussen ongelijkwaardige partijen maar zou de uitspraak inzake *Mutu en Pechstein* de eerste zijn (M.W. Knigge & P.L.F. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *Tva* 2017/20, par. 4).

60 ECRM 27 november 1996, NJ 1997/505 (*Nordström/Nederland*).

dus langs de lat van artikel 1065 Rv worden gelegd.<sup>61</sup> Zo kan schending van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor (een in artikel 6 EVRM beschermd recht) op grond van artikel 1065 lid 1 aanhef en onder e Rv in samenhang met artikel 1039 Rv leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis.<sup>62</sup> Ook schending van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter(s) kan tot vernietiging van het arbitrale vonnis leiden.<sup>63</sup> De verhouding tussen de vernietigingsgronden van artikel 1065 Rv en artikel 6 EVRM, en in het bijzonder de vraag in hoeverre deze met elkaar overlappen, is onderwerp voor nader onderzoek.<sup>64</sup>

#### 4.2 Standpunten in de literatuur

Als gezegd is Boot kritisch over het arrest *ABN AMRO/Teisman* en vindt hij dat de Hoge Raad daar wel erg makkelijk binding van de werknemer aan het arbitrale beding heeft aangenomen.<sup>65</sup> Daarbij wijst Boot op artikel 6 EVRM en stelt hij dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat een ondubbelzinnige wilsverklaring nodig is, wil geaccepteerd worden dat afstand wordt gedaan van de toegang tot de rechter. Knigge en Ribbers echter stellen onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM, dat ook stilzwijgend afstand kan worden gedaan van dit recht zolang dat maar ondubbelzinnig geschiedt.<sup>66</sup>

Boot<sup>67</sup> wijst er daarnaast op dat in het arbeidsrecht kritisch wordt gekeken naar door de werkgever met de werknemer gemaakte afspraken wanneer grondrechten in het geding zijn,

zoals het recht op vrijheid van arbeidskeuze (het concurrentiebeding<sup>68</sup>), het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (instemming van de werknemer met persoonsgegevensverwerking<sup>69</sup>) en dat dit niet anders zou moeten zijn bij afspraken over de toegang tot de burgerlijke rechter.<sup>70</sup> Boot acht het onbevredigend dat de werkgever een beroep kan doen op een arbitraal beding dat is opgenomen in de in de arbeidsovereenkomst van de werknemer geïncorporeerde cao. Wij lezen de kritiek van Boot zo dat de sociaal-economisch zwakkere positie van de werknemer tegenover de werkgever zou moeten meebrengen dat strikte formele vereisten zouden moeten gelden bij het overeenkomen van een arbitraal beding. Gelet hierop pleit Boot voor het van toepassing verklaren van artikel 6:236 sub n BW op de arbeidsovereenkomst. Dan zou de werkgever de werknemer gedurende een maand nadat de werkgever zich op het arbitrale beding beroept de keuze moeten geven het geschil door de overheidsrechter te laten beslissen. Daarnaast betoogt Boot dat aan het door hem genoemde bezwaar, dat de werknemer – zoals in het arrest *ABN AMRO/Teisman* – zonder diens expliciete instemming wordt onderworpen aan arbitrage, zou worden tegemoetgekomen door niet arbitrage overeen te komen maar in plaats daarvan “een college van deskundigen (bijvoorbeeld een geschillencommissie) slechts een ‘gewoon advies’ te laten uitbrengen”. Is dat een overtuigend advies, dan zullen zij zich erbij neerleggen maar zij houden dan in ieder geval wel de mogelijkheid dit advies door de overheidsrechter te laten toetsen.

Wij wijzen erop dat het EHRM in het hiervoor besproken arrest *Mutu en Pechstein/Zwitserland*<sup>71</sup> een andere richting aangeeft. Hierin legt het EHRM – ook voor werknemers – de lat zeer hoog wil geen sprake zijn van vrijelijke aanvaarding van het arbitrale beding. De werknemer moet geen andere keuze hebben gehad om zijn beroep te kunnen uitoefenen dan het aanvaarden van het arbitrale beding. Van een zodanige keuze is al sprake als de werknemer ook bij een andere werkgever in dienst had kunnen treden zonder een arbitraal beding te hoeven aanvaarden. Als dan al sprake zou zijn van gedwongen aanvaarding, dan is de consequentie niet dat de werknemer niet is gebonden aan het arbitrale beding, maar dat alle waarborgen van artikel 6 EVRM ook gelden in de arbitrale procedure. Dat zou betekenen dat de werknemer in de arbitrale procedure aanspraak heeft op de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM (het recht op hoor en wederhoor, het recht de zaak mondeling te bepleiten e.d.). Naar onze verwachting zullen veel schendingen van artikel 6 EVRM een grond voor vernietiging van het arbitrale von-

61 Zie o.m. H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 358-359, 'H.J. Snijders 'aant. 7 bij art. 1065 Rv', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer en P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 197-199.

62 Zie HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (IMS/MODSAF).

63 Een arbitraal vonnis kan weer niet zonder meer worden vernietigd als de arbiters de schijn van afhankelijkheid of partijdigheid hebben gewekt, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad *Nordström/Nigoco*. Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter is naar het oordeel van de Hoge Raad alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat (i) hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, (ii) hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt, HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders (*Nordström/Van Nievelt Goudriaan & Co (Nigoco)*), r.o. 3.8.

64 Datzelfde geldt voor de vraag hoe het voorgaande zich verhoudt tot de door de Hoge Raad (HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Čukurova/Sonera*)) en het EHRM (EHRM 1 maart 2016, 41069/12, EHRC 2016/156 (*Tabbane/Zwitserland*)) erkende mogelijkheid dat partijen op voorhand afstand doen van hun recht op vernietiging van een arbitraal vonnis. Zie ook M.W. Knigge & P.L.F. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *TvA* 2017/20.

65 Zie G.C. Boot, *Arbeidsprocesrecht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 1.5.9-1.5.10.

66 M.W. Knigge & P.L.F. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *TvA* 2017/20, par. 3, waarin Knigge en Ribbers verwijzen naar EHRM 21 februari 1990, 11855/85 (*Håkansson en Stureson/Zweden*), r.o. 66 en EHRM 23 februari 1999, 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*) (zie voetnoot 14 Knigge & Ribbers).

67 G.C. Boot, 'Arbitrageclausules in arbeidsovereenkomsten', *TvA* 2018/69.

68 Boot wijst daarbij op de strikte wijze waarop het 'schriftelijkheidsbewijvoorschrift' hier wordt uitgelegd.

69 Boot wijst in dit kader onder meer op het feit dat de Artikel 29 Werkgroep (het samenwerkingsverband van Europese gegevensbeschermingstoezichthouders) heeft overwogen dat de (schriftelijke) toestemming van de werknemer geen grond is voor de rechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Werknemers verkeren immers in een afhankelijkheidspositie en kunnen daarom geen vrije en ondubbelzinnige toestemming geven met de verwerking.

70 G.C. Boot, 'Arbitrageclausules in arbeidsovereenkomsten', *TvA* 2018/69 (p. 118).

71 EHRM 2 oktober 2018, 40575/10 en 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, EHRC 2019/43, m.nt. Van Toor (*Mutu & Pechstein/Zwitserland*).



nis opleveren, maar men dient zich er hierbij op bedacht te zijn dat dat niet noodzakelijkerwijs het geval is. Ook artikel 6 EVRM verplicht lidstaten niet tot vernietiging van een arbitraal vonnis als de partijen niet alle uit dit artikel voortvloeiende garanties hebben genoten. Iedere verdragsstaat mag namelijk in beginsel zelf beslissen op welke gronden een arbitraal vonnis moet worden vernietigd.<sup>72</sup>

De kritiek van Boot op de betrekkelijk eenvoudige wijze waarop een werknemer kan worden gebonden aan een arbitraal beding, vindt met name haar grond in het feit dat bij de kwaliteit van arbitrage en bindend advies op grond van cao's vraagtekens kunnen worden gezet. Daarbij baseert Boot zich op een onderzoek van Loonstra en Van der Voet uit 2006 naar de kwaliteit van arbitrage- of bindend adviesclausules in cao's.<sup>73</sup> Die bleek soms te wensen over te laten op het gebied van de kwaliteit van de procedureregels, de onafhankelijkheid van het scheidsgerecht en de status van hun oordeel. Het onderzoek waarnaar Boot verwijst, dateert echter van alweer 13 jaar geleden en hierin kan dan ook inmiddels verbetering zijn opgetreden. Daarbij komt dat dit niet zozeer een kwestie is die in aanmerking dient te worden genomen bij de vraag of de werknemer gebonden is aan een zodanig beding, maar bij de vraag of de uitkomst van de arbitrage door de beugel kan. Als dat in ernstige mate niet het geval is, dan kan de beslissing die op grond van zo een beding is genomen worden aangetast indien voldaan is aan de specifieke vernietigingsgronden van respectievelijk artikel 1065 lid 1 aanhef en onder d Rv of artikel 7:904 BW.

De regels voor de geldigheid van arbitrale bedingen in internationale verhoudingen in het Verdrag van New York sluiten aan bij de door Boot bepleite vereisten voor binding aan een arbitraal beding. Als hiervoor aan de orde kwam, eist artikel II lid 2 van het Verdrag immers dat sprake is van een 'schriftelijke overeenkomst', waaronder wordt verstaan een beding in een overeenkomst of een akte, ondertekend door partijen of vervat in gewisselde brieven of telegrammen. In een arbeidsrechtelijke context betekent dit dat het arbitrale beding ofwel in de arbeidsovereenkomst zelf moet zijn opgenomen, ofwel dat in de arbeidsovereenkomst expliciet moet worden verwezen naar het in de (geïncorporeerde) cao of andersoortige regeling opgenomen arbitrale beding. In Nederlandse verhoudingen geldt echter (uitsluitend) de minder strikte maatstaf van 1021 Rv. Wel moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een arbitraal vonnis in het buitenland niet geëxecuteerd kan worden als het arbitrale beding alleen was opgenomen in een in de arbeidsovereenkomst van de werknemer geïncorporeerde cao (maar niet expliciet is genoemd in de door partijen ondertekende arbeidsovereenkomst).<sup>74</sup>

72 ECRM 27 november 1996, *NJ* 1997/505 (Nordström/Nederland).

73 C.J. Loonstra & G.W. van der Voet, 'De kwaliteit en wenselijkheid van alternatieve geschillenprocedures in cao's', *Arbeid Integraal* 2006, p. 65-79.

74 Omgekeerd geldt ook dat de buitenlandse rechter zich in zulke situaties, ondanks een arbitraal beding in de geïncorporeerde cao, toch bevoegd zal verklaren. Zie G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 8.10.2.

## 5. Conclusie

Uit artikel 6 EVRM vloeit voort dat de werknemer slechts vrijwillig en ondubbelzinnig afstand kan doen van zijn recht op toegang tot de overheidsrechter. In het EVRM hebben de begrippen vrijwillig en ondubbelzinnig echter een andere, minder zwaarwegende betekenis dan in de door Boot genoemde arbeidsrechtelijke situaties. Gelet hierop is naar onze mening het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *ABN AMRO/Teisman* in lijn met de hiervoor besproken jurisprudentie van het EHRM. Toch onderschrijven wij dat de sociaal-economisch zwakkere positie van de werknemer tegenover de werkgever zou moeten meebrengen dat strikte(re) voorwaarden zouden moeten gelden bij het overeenkomen van een arbitraal beding. Niet op grond van het EVRM maar op grond van de algemene beschermingsgedachte die aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt. Of aan werknemers dezelfde bescherming moet worden geboden als aan consumenten, is dan ook een politieke vraag. Dit leeft niet alleen in Nederland. Zo is in februari 2019 in de Verenigde Staten een Democratisch wetsvoorstel ingediend, de 'Forced Arbitration Injustice Repeal (FAIR) Act',<sup>75</sup> op grond waarvan het voor werkgevers niet langer mogelijk is een beroep te doen op arbitrale bedingen, de zogeheten 'predispute arbitration agreements'.<sup>76</sup> In de Verenigde Staten verkiezen werkgevers, anders dan in Nederland, in arbeidszaken namelijk veelal arbitrage boven de overheidsrechter omdat daar arbitrale procedures aanzienlijk goedkoper, minder formeel en bovendien vertrouwelijk zijn.<sup>77</sup> Het is echter de vraag of zulke wetgeving in Nederland ook noodzakelijk is. Ten eerste menen wij dat in de bescherming van werknemers in geval van arbitrale bedingen die in cao's zijn neergelegd al is voorzien door de betrokkenheid van de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao. Ten tweede volgt uit de in deze bijdrage besproken lagere jurisprudentie dat de redelijkheid en billijkheid en de uitleg van de reikwijdte van arbitrale bedingen rechters voldoende aanknopingspunten bieden om recht te doen in gevallen waarin de werknemer niet aan een arbitraal beding zou moeten kunnen worden gehouden of waarin de werknemer zijn doelen niet in de alternatieve geschillenbeslechtsprocedure zou kunnen bereiken. Als deze argumenten voor handhaving van het huidige systeem ontoereikend zijn, dan zijn sociale partners – voor de kwaliteit van de procedureregels – en de werkgever aan zet.

75 Forced Arbitration Injustice Repeal Act, H.R. 1423, 116<sup>th</sup> Congress 28 February 2019. Met dit wetsvoorstel wordt het bedrijven verboden werknemers en consumenten te binden aan arbitragebedingen. Hiermee zou voor meer dan 60 miljoen Amerikaanse werknemers de toegang tot de overheidsrechter worden hersteld.

76 In de Verenigde Staten in arbitrage geregeld in de United States Arbitration Act, Pub. L. No. 68-401, 43. Stat. 883 (1925).

77 Zie hierover o.a. E.A. Roma, 'Mandatory Arbitration Clauses in Employment contracts and the Need for Meaningful Judicial Review', *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law* 2004 (12), p. 519-520.