

Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht

HR 14 november 2003, NJ 2004, 138, m.nt. GHvV; JAR 2003/296 (Drie-S Invest B.V. en Stoof/Mammoet International B.V.)

Vereenzelviging; wijziging arbeidsovereenkomst; bindend advies; bindende partijbeslissing; arbitrage

1 Casus

1.1 De transactie

Stoof, een ingenieur, heeft zich toegelegd op de ontwikkeling van innovatieve technieken op het gebied van hijsen en transporteren van zware gewichten. Hij heeft daarvoor een product ontwikkeld, de zogenoemde MSG. Stoof heeft afspraken gemaakt met de transportgroep Mammoet, eigendom van Nedlloyd, om zijn uitvinding te gelde te maken. Er is een constructie bedacht waarin, kort gezegd, de uitvinding aan de groep wordt verkocht, terwijl Stoof tegelijkertijd als werknemer voor tien jaar in dienst treedt bij de groep als technisch directeur. Van de koopprijs ad f 8.800.000 zou een bedrag van f 4.000.000 in tien jaarlijkse termijnen worden betaald. De vormgeving van de transactie is door de tussenkomst van een aantal vennootschappen wat ingewikkelder dan boven omschreven. Stoof heeft een arbeidsovereenkomst gesloten met Mammoet Transport B.V. (hierna: MT). De koopovereenkomst is gesloten tussen twee vennootschappen. Werknemer Stoof is 'betrokken bij' de verkopende vennootschap (Drie-S Invest B.V.).¹ Werkgever MT is aandeelhouder van koper Mammoet Decalift International BV (later genoemd Mammoet International B.V., hierna tezamen aangeduid als Mammoet). Onderwerp van de transactie zijn aandelen van een vennootschap waarin de MSG-activiteiten zijn ondergebracht. Werkgever MT heeft Stoof gedetacheerd bij koper Mammoet.

De betaling van de tien jaarlijkse termijnen is in de koopovereenkomst afhankelijk gemaakt van het functioneren van Stoof als werknemer. De raad

¹ De aard van de betrokkenheid blijkt niet uit het arrest. Het is aannemelijk dat Stoof aandeelhouder van Drie-S Invest B.V. is. In het vervolg ga ik hiervan uit.

van commissarissen van de koper is volgens die overeenkomst bevoegd om vast te stellen of Stoof in zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst is tekortgeschoten. Een en ander is geregeld in artikel 6 van de overeenkomst van 14 april 1998. Artikel 6 luidt als volgt:

‘6.1 In de navolgende gevallen wordt de regeling van artikel 6.2 van toepassing:

6.1.a indien Stoof op enige wijze toerekenbaar tekort komt in de nakoming van zijn verplichtingen, taken en/of verantwoordelijkheden onder de arbeidsovereenkomst, ongeacht of de arbeidsovereenkomst dientengevolge daadwerkelijk wordt beëindigd; en/of [...]

6.2. Indien koper meent dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich voordoet, zal koper verkoper schriftelijk in kennis stellen van haar voornemen een beroep te doen op dit artikel 6.2. Indien verkoper binnen 3 (drie) dagen na ontvangst van de hiervoor bedoelde kennisgeving schriftelijk aan koper bevestigt dat verkoper het daarmee niet eens is, zal de Raad van Commissarissen van koper over het gerezen geschil haar oordeel vellen.

Indien verkoper niet binnen voornoemde termijn van 3 (drie) dagen reageert of – na een tijdige reactie van verkoper – indien de Raad van Commissarissen van koper – gehoord verkoper en Stoof – beslist (met gewone meerderheid) dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich inderdaad voordoet, zullen de in artikel 3.1 sub c bedoelde, nog niet (geheel) vervallen termijnen niet langer verschuldigd zijn.’

1.2 Het conflict

De Mammoet-vennootschappen behoren als vermeld toe aan Nedlloyd. Ongeveer een jaar na bovengenoemde transactie gaat Nedlloyd op zoek naar een koper voor de Mammoet-groep, zeer tegen de zin van Stoof en Drie-S Invest. Een kort geding, aangespannen om Nedlloyd hiervan te weerhouden, wordt door hen verloren. De aandelen van de moedervernootschap MT worden per medio 2000 overgedragen aan Van Seumeren Holland B.V. De directie van Van Seumeren Holland B.V. wil de onderneming van deze vennootschap en de onderneming van de Mammoet-groep samenvoegen. Er ontstaat een conflict tussen Stoof en de leidinggevenden van Van Seumeren Holland B.V. over de rol die Stoof moet krijgen in de samengevoegde onderneming. Dit conflict wordt conform bovengenoemd artikel 6 voorgelegd aan de Raad van Commissarissen van Mammoet. De Raad komt tot de conclusie dat Stoof tekortschiet in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Als gevolg daarvan wordt de betaling van de termijnen uit de koopovereenkomst aan Drie-S Invest door Mammoet gestaakt.

1.3 Oordeel in de feitelijke instanties

Drie-S Invest en Stoof vorderen daarop in kort geding veroordeling van Mammoet tot betaling van de opeisbare termijnen uit de koopovereenkomst, schorsing van het besluit van de Raad van Commissarissen en een verbod sancties te treffen tegen Drie-S Invest en Stoof. De vordering wordt door de president afgewezen. Het vonnis wordt door het hof bekrachtigd. In tegenstelling tot hetgeen door appellanten was betoogd, stelt het Hof vast dat artikel 6 de Raad van Commissarissen de bevoegdheid geeft om bindend over het geschilpunt te beslissen. Derhalve acht het Hof zich slechts bevoegd om te toetsen of de Raad in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Uit het verloop van het geschil concludeert het Hof dat de Raad geen onredelijke beslissing heeft genomen door te oordelen dat enerzijds Van Seumeren redelijke voorstellen deed aan Stoof, terwijl anderzijds bij Stoof geen sprake was van een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie. Deze positieve instelling was naar het oordeel van het hof van essentieel belang voor zijn verdere functioneren in de organisatie. Nu Stoof daar onvoldoende van heeft blij gegeven, is de conclusie van de Raad, dat Stoof is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting evenmin onredelijk, aldus het hof.

1.4 Klachten in cassatie

In cassatie wordt aangevoerd dat het hof het besluit van de Raad, anders dan het heeft gedaan, wel 'vol' had dienen te toetsen, omdat het in dit geval niet mogelijk is een geschilpunt als waarom het hier gaat, bindend door een van de partijen te laten beslissen, in het bijzonder nu in geschil was of een werknemer aan zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst heeft voldaan. Ook als het hof het besluit niet 'vol' had hoeven toetsen, is volgens het cassatiemiddel onbegrijpelijk, althans niet naar behoren gemotiveerd, waarom Stoof het aanbod van Mammoet had dienen te aanvaarden dan wel waarom het ontbreken van een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie kan worden aangemerkt als het tekortschieten in de nakoming van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Dat geldt volgens het middel in elk geval bij een conflict als het onderhavige, waarin het gaat om door de werkgever gedane voorstellen tot (ingrijpende) wijziging van de bestaande overeenkomst.

1.5 Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad merkt op dat een beding waarin de Raad van Commissarissen van een van de partijen wordt aangewezen als het orgaan dat bevoegd is tot

een bindende vaststelling van een rechtsverhouding in beginsel rechtsgeldig is, onder verwijzing naar artikel 7:900 lid 2 BW. Het beding van artikel 6 van de koopovereenkomst wordt door de Hoge Raad desalniettemin als nietig aangemerkt. Het beding wordt namelijk op één lijn gesteld met een beding krachtens hetwelk de Raad van Commissarissen het recht wordt gegeven bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen Stoof. De aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte brengt volgens de Hoge Raad mee dat, in aansluiting op de in de wet geregelde gevallen (in art. 7:613, 678 lid 3, 681 lid 4 en 686 laatste zin BW) een beding krachtens welke (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer, nietig is (r.o. 3.3). De nietigheid van het beding kan echter niet tot cassatie leiden, nu zij weliswaar van dwingend recht is, maar niet van openbare orde, en Drie-S Invest c.s. zich niet op deze regel heeft beroepen in de feitelijke instanties (r.o. 3.4).

De klacht dat het hof de bepaling niet 'vol' heeft getoetst, kan evenmin tot cassatie leiden, nu 'volle' toetsing niet is te verenigen met artikel 7:904 BW, waarin onder meer is bepaald dat een bindende partijbeslissing vernietigbaar is indien gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De derde klacht treft wel doel. De redenering van het hof komt er naar het oordeel van de Hoge Raad op neer dat de wijze waarop Stoof opkwam voor wat hij als zijn rechten zag in het kader van de onderhavige bedrijfsorganisatie, wegens het ontbreken van 'een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie', mocht worden gesanctioneerd met het verval van het recht van Drie-S Invest op de nog resterende termijnen. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk. Weliswaar brengt de verplichting die op werkgever en werknemer rust zich over en weer als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen, wat de werknemer betreft mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt echter niet in te zien dat Stoof redelijkerwijs niet, op de wijze zoals hij heeft gedaan, zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten zag in verband met de door Van Seumeren gedane reorganisatievoorstellen (r.o. 3.8).

2 Commentaar

Drie punten uit deze uitspraak verdienen een nadere bespreking. Ten eerste de vraag in hoeverre de Hoge Raad rekening houdt met het verschil tussen de formele en de materiële zeggenschapsverhoudingen. Ten tweede de door de Hoge Raad geformuleerde regel inzake de bindende partijbeslissing in het arbeidsrecht. Ten derde verdient de toetsing van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de werkgever enige nadere bespreking. Aangezien dit laatste onderwerp in dit blad al vaker uitgebreid aan de orde is geweest,² zal ik dit slechts kort aanstippen.

3 Vereenzelving in de arbeidsovereenkomst

3.1 Formele en materiële zeggenschap

De juridische vormgeving van (arbeids)overeenkomsten kan verschillen van de feitelijke of economische zeggenschapsverhoudingen. Dit verschijnsel doet zich veel voor bij groepsmaatschappijen. Binnen veel groepsmaatschappijen treedt slechts één vennootschap als juridische werkgever op. Dat is veelal een andere vennootschap dan de vennootschap waarbinnen de werknemer gewoonlijk zijn activiteiten verricht; het kan de moedermaatschappij zijn of een personeelsvennootschap. In de literatuur is er wel voor gepleit om in dat geval door de rechtspersoonlijkheid van de verschillende maatschappijen van de groep heen te kijken, met de gedachte dat de als economische eenheid functionerende groep ook als juridische eenheid zou moeten worden beschouwd.³ Een iets minder vergaande maar nog steeds omstreden⁴ oplossing is vereenzelving. Daarbij wordt de economische eenheid alleen voor de toepassing van een bepaalde regel als juridische eenheid aangemerkt.⁵ De Hoge Raad is in het algemeen zeer terughoudend met het vereenzelvigen van rechtspersonen.⁶ De formele structuur is het uit-

2 Zie C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, HR 28 april 2000, JAR 2000, 120 (Guitoneau/Midnet Tax B.V.), ARA 2001/1, p. 30-44; J.J.M. de Laat, Goed werknemerschap en revolutie, ARA 2003/1, p. 85 e.v.

3 Zie de discussie als besproken door R.M. Beltzer, Groepswerkgeverschap en vereenzelving bij overgang van onderneming, Sociaal Recht 2000/7-8 p. 215-216.

4 Zie bijvoorbeeld de stellige afwijzing van L.G. Verburg, Concernwerkgeverschap, in: L. Timmerman, Concernverhoudingen, Deventer: Kluwer 2002, p. 47.

5 J.M.M. Maeijer spreekt van vereenzelving wanneer men zich bij de toepassing van een rechtsregel afvraagt of mag worden voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen een bij het geval betrokken rechtspersoon en een of meer andere bij die rechtspersoon betrokken (rechts)personen in dier voege dat gedragingen van de een aan de ander worden toegerekend. Zie Asser-Maeijer II-III, no. 621.

6 Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698, m.nt. Ma (Rainbow); HR 16 juni 1995, NJ 1996, 214.

gangspunt. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld in geval van misbruik van recht, kan de materiële realiteit tot doorbraak van die formele structuur leiden.⁷ Zodanig misbruik zal in de regel overigens nopen tot het volgen van de weg van een aansprakelijkheidsstelling op grond van onrechtmatige daad.⁸

In het arbeidsrecht komt een aantal vereenzelvigingsregels of figuren die daar op lijken voor in de wet. Volgens artikel 7:667 lid 5 en 668a lid 2 BW worden regels omtrent het van rechtswege ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook toegepast op werkgevers die geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn. In artikel 7:658 lid 4 BW wordt werkgeversaansprakelijkheid voor schade van de werknemer uitgebreid naar ieder die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. Artikel 7:691 lid 6 BW bepaalt dat de bijzondere regels voor de beëindiging van de uitzendovereenkomst niet gelden voor uitzendovereenkomsten waarbij de werkgever en de inlener in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 BW dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2 BW.

In de lagere jurisprudentie wordt vereenzelving ook wel buiten deze regels aangenomen, bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid van de werkgever voor schulden⁹ en de berekening van anciënniteit.¹⁰ De Hoge Raad is ook in het arbeidsrecht echter zeer terughoudend.¹¹ De Raad heeft bij de uitleg van arbeidsrechtelijke regels tot nu toe (slechts) de vereenzelvigingsconstructie of een regel die daar op lijkt toegepast bij de mogelijkheid een proeftijdbeding overeen te komen met een zustervennootschap¹² en bij de vraag wie als ondernemer moet worden aangemerkt in de zin van de WOR.¹³

7 Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213 (Krijger/Citco Bank).

8 Zie bijvoorbeeld HR 3 november 1995, NJ 1996, 215 (Roco/Staat).

9 Zie de rechtspraak genoemd in Beltzer, Groepswerkgeverschap en vereenzelving bij overgang van onderneming; L.G. Verburg, Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht, AR 2001/1, p. 29-34; C.R. Huiskes, Piercing the corporate veil in het arbeidsrecht, AR 1996/3, p. 15; H.E. Boschma & M.L. Lennarts, Vereenzelving van moeder- en dochterverenootschap tegen gunste van werknemer, AR 1996/11, p. 1.

10 Zie R.A.C.G. Martens, Anciënniteit en concernverband, AR 1997/6-7, p. 30-33.

11 Zie HR 1 december 2000, JAR 2001/12 (Fugro/Kenkhuis) en het commentaar op deze uitspraak in Verburg, Concernwerkgeverschap.

12 HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 203.

13 HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (Heuga). De door de Hoge Raad gebruikte term is 'mede-ondernemerschap'. In HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223, m.nt. Ma; JAR 2000/30 (OR/Gemeente Rijswijk), over mede-ondernemerschap bij de overheid, wordt een strenge toets aangelegd voor het aanmerken van een ander dan de ondernemer als mede-ondernemer. Mede-ondernemerschap kan afhankelijk zijn van het te nemen besluit, zie recentelijk de afwijzing van mede-ondernemerschap in Hof Amsterdam 13 februari 2003, JAR 2003/164 en, met betrekking tot dezelfde ondernemingen, de aanvaarding ervan in Hof Amsterdam 28 april 2004, JAR 2004/147 (OR/FNV Ledenservice).

Terughoudend was de Hoge Raad in het geval van het concurrentiebeding¹⁴ en het aanmerken van een inlener als werkgever¹⁵. In het geval van overgang van ondernemingen heeft het Hof van Justitie blijk gegeven van een formele opstelling.¹⁶

3.2 Vereenzelviging wegens zeggenschap over bindend advies

In het licht van deze terughoudendheid van het hoogste rechtscollege om de juridische structuur los te laten ten gunste van de economische realiteit is de onderhavige uitspraak opmerkelijk te noemen. Voor een goed begrip schets ik nog even de casus. Verkoper A en koper B hebben de uitvoering van hun (koop)overeenkomst afhankelijk gemaakt van de nakoming van een (arbeids)overeenkomst door werknemer C jegens werkgever D. Of C tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, wordt bindend vastgesteld door de Raad van Commissarissen van B. Deze vaststelling heeft slechts gevolgen voor de afwikkeling van de koopovereenkomst, niet voor de arbeidsovereenkomst. De materiële realiteit is echter dat de zeggenschap over A bij C ligt en de zeggenschap over B en D in dezelfde handen is, en dat de belangen van C geschonden worden door een beslissing van B. De redenering van de Hoge Raad sluit naadloos aan bij de materiële realiteit waar hij oordeelt dat het beding van artikel 6 van de koopovereenkomst op één lijn kan worden gesteld met een beding krachtens welke (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer (r.o. 3.3).¹⁷ De Hoge Raad besteedt geen enkele overweging aan het feit dat de koper een andere rechtspersoon is dan de werkgever. Het feit dat de partij die de bindende beslissing geeft in casu niet de juridische werkgever is, lijkt niet van belang voor de toepassing van de door de Hoge Raad geformuleerde regel dat een bindende partijbeslissing van een (orgaan van) een werkgever nietig is. Des te opmerkelijker is dit oordeel nu Stoof en Drie-S Invest zich, voorzover uit het arrest valt af te leiden, niet op een dergelijke vereenzelviging hadden beroepen. De verklaring voor deze vereenzelviging moet mijns inziens gezocht worden in de door de Hoge Raad geformuleerde regel ter bescher-

14 HR 31 maart 1978, NJ 1978, 325 en HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 234.

15 HR 5 april 2002, JAR 2002/100 (ABN Amro/Mahli). Zie ook C.J.H. Jansen, Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede, *ArA* 2002/2, p. 38-48.

16 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 901; HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907; HvJ EG 2 december 1999, NJ 2000, 252; JAR 2000/31.

17 Men kan zich nog afvragen of een oordeel van de Raad van Commissarissen met een partijbeslissing moet worden gelijk gesteld. A-G Timmerman concludeert dat de Raad van Commissarissen zijn bevoegdheid om een dergelijke beslissing te nemen aan de vennootschap ontleent, en dat de beslissing derhalve aan de vennootschap kan worden toegerekend (al. 4.3). Zie ook hieronder par. 4.4.

ming van de werknemer tegen bindende partijbeslissingen. Een essentieel bezwaar tegen bindende partijbeslissingen is dat ze per definitie niet door een onafhankelijke instantie gegeven worden. Voor het aanmerken van een bindend advies als partijbeslissing is zeggenschap over de adviesinstantie relevant, en daarom ligt het in de rede (organen van) dochtervennootschappen hier ook onder te laten vallen.

3.3 Doorwerking arbeidsrecht in koopovereenkomst

Naast deze vereenzelviging van werkgever en koper wordt het stopzetten van betalingen uit de koopovereenkomst aan A door B aangemerkt als een arbeidsrechtelijke sanctie in de arbeidsovereenkomst tussen C en D. Dit lijkt op vereenzelviging, aangezien de belangen van Stoof als werknemer en als aandeelhouder op één lijn worden gesteld. Bij wijze van motivering volstaat de Raad met de opmerking dat 'bij de rechten van Drie-S Invest de belangen van Stoof ten nauwste zijn betrokken' (r.o. 3.3 en 3.8). De redelijkheid van de bindende beslissing wordt tenslotte getoetst door de gedragingen van de werknemer en de sanctie daarop in de koopovereenkomst tegen elkaar af te wegen (r.o. 3.8). De Hoge Raad wijkt met deze benadering af van het oordeel van A-G Timmerman, die van mening is dat het arbeidsrecht niet bedoeld is om Stoof te beschermen in zijn belangen als (indirecte) verkoper van een pakket aandelen (alinea 4.4).

In zijn noot bij deze uitspraak in de NJ schaarst Heerma van Voss zich achter de benadering van de Hoge Raad met een beroep op de rechtszekerheid. Voor de praktijk zou het onduidelijk zijn als de bedoelde bedingen in het arbeidsrecht in beginsel nietig zijn, maar van die regel weer wordt afgeweken in bijzondere gevallen. Naar mijn oordeel zou een regel die luidt dat dergelijke bedingen slechts nietig zijn als ze in een arbeidsovereenkomst voorkomen, behoudens gevallen van misbruik, in de praktijk ook goed hanteerbaar zijn. Dat door de onderhavige uitspraak bedingen in overeenkomsten waarbij partijen bij een arbeidsovereenkomst alleen indirect belang hebben, ook nietig kunnen zijn wegens strijd met het arbeidsrecht, lijkt mij juist rechtsonzekerheid scheppen. Ter verklaring van de bescherming van Stoof als (indirecte) verkoper wijst Heerma van Voss voorts op de (mogelijk analogische) toepassing van artikel 7:610 lid 2 BW, dat regelt dat in geval een overeenkomst zowel aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst voldoet als aan die van een andere door de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst, de bepalingen van de titel over de arbeidsovereenkomst voorrang hebben. Als we de vennootschapsconstructie wegdenken, is er wellicht wat voor te zeggen om de koopovereenkomst als (deel van) de arbeidsovereenkomst aan te merken, nu in termijnen werd afbetaald afhankelijk van het functioneren van de werknemer. Bij toepassing van artikel 7:610 lid 2 BW

zou echter de hele koopovereenkomst onder de werking van het arbeidsrecht komen te vallen, inclusief wijze van beëindiging et cetera. Dat lijkt mij een wat te verstrekkend gevolg. Eerder is er sprake van de doorwerking van arbeidsrechtelijke normen in de koopovereenkomst. De arbeidsovereenkomst kleurt als het ware de wijze waarop de andere overeenkomst die partijen (indirect) met elkaar gesloten hebben, moet worden uitgevoerd. Een dergelijke doorwerking is mij sympathiek in het geval de andere overeenkomst duidelijk het karakter van een nevenovereenkomst heeft naast de arbeidsovereenkomst, of als de andere overeenkomst het kennelijke doel heeft om arbeidsrechtelijke regels te ontduiken. In het onderhavige geval komt zij mij echter gezocht over, nu alleen door middel van het doorprikken van de vennootschapsrechtelijke structuren tot dit resultaat gekomen kan worden.¹⁸ Mij zijn andere voorbeelden van doorwerking van arbeidsrechtelijke normen in een tussen werkgever en werknemer gesloten andersoortige overeenkomst niet bekend.¹⁹ In casu hadden partijen zelf ook al een verband gelegd tussen de koopovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Voorwaarde voor een dergelijke doorwerking van arbeidsrechtelijke normen in een nevenovereenkomst lijkt mij dan ook dat de nakoming van verplichtingen in de arbeidsovereenkomst door de werknemer gevolgen heeft voor de afwikkeling van de andere overeenkomst, en dat de werkgever (formele of materiële) zeggenschap heeft over die gevolgen.

4 Bindende beslissingen in de arbeidsovereenkomst

4.1 Terminologie

Sinds 1 september 1993 maakt titel 15 van Boek 7 over de vaststellingsovereenkomst deel uit van het BW. Het is een codificatie van jurisprudentie geweest onder het OBW. De titel is blijkens artikel 7:900 BW van toepassing op 'vaststellingen' die tot stand kunnen komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan een van hen of een aan een derde opgedragen beslissing. Alleen van de eerste 'vaststelling', de beslissing van partijen gezamenlijk, is het in het rechtsverkeer gebruikelijk die aan te duiden met vaststellingsovereenkomst. Deze figuur laat ik hier verder buiten beschouwing. De andere twee figuren worden soms beide aangeduid als bindend advies, waarbij dan weer onderscheid gemaakt wordt tussen bin-

18 Ik geef toe dat daarbij ook een rol speelt de – onzakelijke – overweging dat iemand die een uitvinding middels aandelentransacties voor in totaal ruim 4 miljoen euro verkoopt, wellicht voor die belangen geen arbeidsrechtelijke bescherming nodig heeft.

19 Met uitzondering wellicht van de jurisprudentie over de dienstwoning. Zie de jurisprudentie als genoemd in W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bew. J.W.M. van der Grinten & W.H.A.C.M. Bouwens, Deventer: Kluwer 2002, p. 79.

dend advies van een derde en bindend partijadvies.²⁰ Meestal worden ze behandeld als aparte figuren. In dat laatste geval wordt alleen een aan een derde opgedragen beslissing bindend advies genoemd. Een beslissing van een van de partijen wordt dan aangeduid als bindende partijbeslissing. In het navolgende zal ik onderscheid maken tussen bindend advies en bindende partijbeslissing. Waar ik beide figuren bedoel, zal ik spreken over bindende beslissing.

4.2 Bindend advies en arbitrage in de arbeidsovereenkomst

Artikel 17 van de Grondwet bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent. Dit artikel staat er niet aan in de weg dat partijen contractueel een andere beslissende instantie dan de overheidsrechter aanwijzen in de vorm van arbitrage of een bindende beslissing.²¹ Een arbitrageclausule leidt tot onbevoegdheid van de overheidsrechter (art. 1022 Rv). Een bindend-adviesclausule kan leiden tot niet-ontvankelijk verklaring van eiser of verzoeker.²² Ook in het arbeidsrecht zijn arbitrage en bindend advies geaccepteerd. In het geval van ontbinding van de overeenkomst op grond van artikel 7:685 BW is nog wel betoogd dat deze niet zou kunnen worden uitgesproken door een arbiter, aangezien dat artikel bepaalt dat ieder der partijen te allen tijde bevoegd is zich tot de kantonrechter te wenden. De Hoge Raad heeft echter beslist dat uit de bewoordingen en de wordingsgeschiedenis van dat artikel niet blijkt van enig streven van de wetgever om de ontbondenverklaring van een arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen bij uitsluiting aan de overheidsrechter toe te vertrouwen.²³ Op de aanvaarding van de bindende partijbeslissing in het arbeidsrecht kom ik hieronder terug.

In CAO's komen veelvuldig arbitrage- en bindend-adviesclausules voor.²⁴ Voor de gebondenheid aan het arbitraal beding in een CAO gelden geen

20 W.L. Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw (losbl.)*, Deventer: Kluwer, no. 521 en 550; P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?*, Deventer: Kluwer 1984, p. 140. In de toelichting bij het voorontwerp NBW stelt Meijers dat er voldoende verwantschap tussen de drie figuren is om ze in één titel te plaatsen. Voorzover door hem een onderscheid wordt gemaakt, gebeurt dat tussen enerzijds de beslissing van partijen gezamenlijk en anderzijds de beslissing door een derde of één der partijen. E.M. Meijers, *Toelichting Voorontwerp Boek 7*, p. 1132 en 1136.

21 Zie HR 24 september 1964, NJ 1965, 359, m.nt. J. Beekhuis en HR 27 oktober 1967, NJ 1968, 3 en C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 442. Voor de bindende partijbeslissing: HR 8 april 1910, W 9019; HR 29 december 1922, NJ 1923, 319, W 11004.

22 HR 22 november 1985, NJ 1986, 275 (Van Delft/Van Boxtel).

23 HR 14 december 1973, NJ 1974, 92.

24 Zie Van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht?*, p. 139 en meer recent, F.C. Carels, *Vademecum burgerlijk procesrecht (arbeidszaken)*, Deventer: Kluwer 2000, hfdst. 5, p. 32 e.v. Zie ook de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over een onderzoek naar klachtrecht in CAO's van 24 februari 2004 aan de Kamer (Kenmerk AV/IR/2004/12000).

andere vereisten dan voor de gebondenheid aan een CAO. De werknemer kan gebonden zijn aan dit beding als ‘gebonden werknemer’ in de zin van artikel 9 WCAO of door incorporatie in de individuele arbeidsovereenkomst.²⁵ Het ligt in de rede om deze manier van gebonden raken ook voor bindend advies te aanvaarden. Artikel 2.5 sub a Wet AVV bepaalt dat bepalingen in een CAO die ten doel hebben de beslissing van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten, van de verbindendverklaring zijn uitgesloten. De arbitrageclausule wordt op grond van deze bepaling niet algemeen verbindend verklaard.²⁶ Voor bindend-adviesclausules worden echter uitzonderingen gemaakt. De Hoge Raad heeft weliswaar in 1951 het algemeen verbindend verklaren van bepalingen welke bindend advies voorschrijven in strijd geacht met artikel 17 Grondwet,²⁷ maar volgens alinea 4.3 van het Toetsingskader AVV CAO-bepalingen²⁸ komen geschillenprocedures wel voor algemeen verbindend verklaring in aanmerking als ze aan de volgende voorwaarden voldoen:

- beide partijen in het geding moeten om een bindend advies verzoeken;
- een bindend advies dient niet verplicht te zijn opgelegd;
- de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om het bindend advies marginaal te toetsen mag niet worden aangetast;
- de mogelijkheid van een bindend advies dient open te staan voor zowel georganiseerden als ongeorganiseerden;
- de wettelijke bevoegdheid van een ander orgaan (bijvoorbeeld het CWI) mag niet worden doorkruist.

Met name de eerste twee voorwaarden garanderen dat een partij niet tegen zijn wil van de burgerlijke rechter wordt afgehouden.

4.3 Verschillen tussen bindend advies en arbitrage

Hoewel arbitrage en bindend advies veelal in één adem worden genoemd, zijn er ook opmerkelijke verschillen tussen de twee regelingen. Arbitrage wordt geregeld in het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en wordt derhalve aangemerkt als een particuliere gerechtelijke procedure. Blijkens plaatsing in Boek 7 titel 15 van het BW wordt bindend advies niet als zodanig gezien.²⁹ Dit geldt uiteraard ook voor de bindende partijbeslissing. De

25 HR 17 januari 2003, NJ 2004, 280, m.nt. HJS, JAR 2003/40 (ABN Amro/Teisman).

26 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindend verklaring en onverbindend verklaring van bepalingen ervan, Deventer: Kluwer 2004, p. 158.

27 HR 8 juni 1951, NJ 1952, 144, m.o. D.J.V.

28 Besluit van 2 december 1998, Stcrt. 1998, 240; gew. Stcrt. 2002, 114.

29 Zie bijvoorbeeld A.G. Luttik, Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 259 e.v.; W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk procesrecht, Den Haag: Elsevier 2002, p. 221; H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, Nederlands Burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 359.

‘vaststelling’ in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW heeft het karakter van een overeenkomst. Die overeenkomst kan een zelfstandige overeenkomst zijn of een aanvullende op een bestaande rechtsverhouding.

Het verschil tussen arbitrage en bindend advies dan wel de bindende beslissing is goed zichtbaar bij de wijze waarop nakoming van de arbitrale uitspraak of de beslissing moet worden afgedwongen.

Na een gevoerde arbitrageprocedure kan de arbitrale uitspraak dezelfde rechtskracht als een rechterlijk vonnis krijgen door een verlot tot tenuitvoerlegging (‘exequatur’) te vragen aan de voorzieningenrechter (art. 1062 Rv). Deze mogelijkheid bestaat niet in het geval van een bindend advies. Het advies wordt als vermeld gezien als een overeenkomst welke vervolgens nagekomen moet worden. Het hangt van de inhoud van het advies af waartoe partijen gehouden zijn. Komen zij niet na, dan kan door middel van een gewone dagvaardingsprocedure (in het geval van arbeidsovereenkomsten bij de kantonrechter) nakoming worden verzocht. Na verkrijging van het advies kunnen rechtsvorderingen bovendien alsnog bij de overheidsrechter aanhangig worden gemaakt (mits het advies daar ruimte voor laat). Het vragen van een bindend advies stuit de verjaring van een rechtsvordering (art. 3:316 BW). In de conclusie bij het arrest Van Delft/Van Boxtel³⁰ stelt A-G Mok dat bindend advies de toegang tot de rechter niet afsnijdt. ‘Er wordt slechts een tussenfase ingevoegd, waarin hetgeen tussen pp. geldt, nader kan worden bepaald.’³¹ De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat een bindend-adviesclausule leidt tot niet-ontvankelijk verklaring van een verzoek tot ontbinding, met de volgende overweging:

‘Noch uit de bewoordingen, noch uit de parlementaire geschiedenis van het artikel en van de daarin later aangebrachte wijzigingen blijkt van een strekking om de ontbondenverklaring van een arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen bij uitsluiting aan de overheidsrechter toe te vertrouwen. Aangenomen moet worden, dat voor geschillen betreffende een zodanige ontbinding niet alleen arbitrage kan worden overeengekomen, maar ook bindend advies.’ (r.o. 3.2)

De slechting van geschillen over ontbinding door bindend advies wordt in deze uitspraak derhalve gelijkgesteld aan de slechting van deze geschillen door middel van arbitrage. Mijsns inziens kan een bindend advies inzake de toepassing van artikel 7:685 BW gelet op het contractuele karakter van het

30 HR 22 november 1985, NJ 1986, 275, m.nt. PAS (Van Delft/Van Boxtel).

31 Deze verplichte ‘tussenfase’ is overigens alleen van toepassing op bindend-adviesclausules. Andere bedingen die een van de partijen bij de arbeidsovereenkomst verhinderen te allen tijde ontbinding te verzoeken, zoals een in een sociaal plan opgenomen voortraject, zijn nietig, zie HR 20 maart 1998, NJ 1998, 815 (Grady/Stogon).

advies echter niet zelf leiden tot een ontbinding, maar slechts tot een beëindigingsovereenkomst. De 'overeengekomen' vergoeding kan vervolgens zondig worden verhaald door een nakomingsprocedure bij de kantonrechter.

Een tweede verschil tussen de arbitrageprocedure en het bindend advies is dat in de relatief gedetailleerde wettelijke regeling van arbitrage meer waarborgen ter bescherming van het recht op een eerlijk proces zijn opgenomen. Indien bijvoorbeeld in de overeenkomst tot arbitrage aan een der partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters is toegekend, kan de wederpartij de voorzieningenrechter vragen arbiters te benoemen in afwijking van de contractuele benoemingsregeling (art. 1028 Rv). Voorts kan een arbiter gewraakt worden als er gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid (art. 1033-1035 Rv). Het grondbeginsel van hoor en wederhoor is in de wet neergelegd (art. 1039 lid 1 Rv). Het scheids-gerecht beslist naar de regelen des rechts, tenzij partijen zijn overeengekomen dat zij 'als goede mannen naar billijkheid' zullen oordelen (art. 1054 lid 1 en 3 Rv). Het vonnis dient de gronden voor de beslissing te bevatten (art. 1057 lid 4 sub e Rv). Het vonnis kan worden vernietigd (art. 1065 Rv) of herroepen (art. 1068 Rv) door de gewone civiele rechter op in de wet omschreven gronden, zoals strijd met goede zeden of de openbare orde of bedrog.

Bij bindend advies zijn veel minder waarborgen in de wet opgenomen. Artikel 7:904 lid 1 BW bepaalt slechts dat indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, die beslissing vernietigbaar is. Blijkens dit artikel kan een bindend advies derhalve slechts marginaal worden getoetst.³² De inhoud kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, bijvoorbeeld wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde.³³ Algemeen wordt aangenomen dat onaanvaardbaarheid wegens de totstandkoming van de beslissing kan worden aangenomen bij schending van algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. Zo moeten partijen in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt kenbaar te maken, de gegevens waarop het advies berust moeten ter kennis van beide partijen worden gebracht, de beslissing moet op een deugdelijk onderzoek gebaseerd zijn en de beslissing moet voldoende gemotiveerd zijn.³⁴ Snijders

32 Zie laatstelijk HR 25 maart 1994, NJ 1995, 23. Deze marginale toetsing gold ook in de jurisprudentie gewezen onder het OBW, zie Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw (losbl.)*, no. 502; HR 29 januari 1931, NJ 1931, 1317 (E.M.M.), W12268.

33 A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst, Monografieën nieuw BW*, Deventer: Kluwer 2001, p. 29.

34 Van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, p. 28; Snijders, Ynzonides & Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, p. 360; Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw (losbl.)*, no. 595 e.v.; A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 32 e.v. Zie voor het motiveringsbeginsel recentelijk HR 13 februari 2004, JOR 2004/109.

c.s. zien wat betreft de eisen van een behoorlijk proces weinig verschillen met de eisen die aan arbitrage worden gesteld.³⁵ In de praktijk zijn er bij veel bindend-adviesprocedures waarschijnlijk ook geen grote verschillen met arbitrageprocedures te constateren, nu deze veelal hun eigen reglementen kennen die een behoorlijk proces waarborgen.³⁶

Het vereiste van onafhankelijke rechtspraak, prominent aanwezig in bijvoorbeeld artikel 6 EVRM, speelt bij het bindend advies echter een bescheiden rol. In de gepubliceerde rechtspraak komen klachten hierover wel vaker voor, en worden zij ook door de rechter onderzocht.³⁷ Het vereiste wordt in de literatuur echter niet altijd genoemd als vernietigingsgrond in de zin van artikel 7:904 lid 1 BW.³⁸ Het weglaten van dit vereiste is wellicht gegrond op de gedachte dat deze eis niet te verenigen is met de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst, waarin immers de bindende beslissing door een derde in één adem wordt genoemd met de bindende beslissing door een der partijen. Toetsing van die laatste beslissing aan het beginsel van onpartijdigheid en onafhankelijkheid lijkt niet logisch. Als het meerdere, de bindende partijbeslissing, is toegestaan, moet dan het mindere, een beslissing van een partijdige derde, worden vernietigd?

In oude jurisprudentie wordt bij bindend advies echter wel getoetst aan het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook uit een recent oordeel van de Hoge Raad³⁹ valt dit af te leiden. Bedacht moet worden dat dit slechts een marginale toetsing is, gelet op artikel 7:904 BW. Ook de partijdigheid van arbiters wordt door de civiele rechter terughoudend getoetst.⁴⁰ Een groot verschil met het bindend advies is echter dat, zoals vermeld, partijen tijdens de arbitrageprocedure verschillende mogelijkheden hebben om zich te verzetten tegen beslechting van het geschil door een mogelijk partijdige arbiter. Die mogelijkheden bestaan niet in het geval van bindend advies, tenzij partijen dat overeengekomen zijn.

35 Snijders, Ynzonides & Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, p. 360.

36 Zie E.H. Hondius, *Rechter en bindend adviseur*, TvA 2003/2; H.J. Snijders, *Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated*, AA 51, 2002/7-8.

37 Naar mijn weten worden zij echter zelden toegewezen. Zie voor het arbeidsrecht bijvoorbeeld Ktr. Den Haag 25 februari 1993, JAR 1993/140; Rb. Zwolle 15 juni 1994, JAR 1994/149; Ktr. Utrecht 12 maart 1997, JAR 1997/108; Rb. Utrecht 12 mei 1999, JAR 1999/116.

38 Van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, p. 29 noemt het zeer voorzichtig. Snijders, Ynzonides & Meijer noemen het niet. Wel wordt het genoemd door Van den Berg, Van Delden & Snijders, *Arbitragerecht*, p. 32-33.

39 Zie i.o. 3.5.3 van HR 19 december 2003, LJN-nummer AN 7818 zaaknr. Co2/215HR (<www.rechtspraak.nl>) (Hervormde gemeente Aarlanderveen/Nederlands Hervormde Kerk).

40 HR 18 februari 1994, NJ 1994, 765 (Nördstrom/Van Nievelt).

4.4 De bindende partijbeslissing

Gelet op de jurisprudentie kwam de bindende partijbeslissing vroeger vaker voor dan tegenwoordig, en dan vooral in de eerste helft van de vorige eeuw.⁴¹ Het kon gaan om de beslechting van een geschil door een van de partijen bij een overeenkomst of om een vaststelling of nadere invulling van rechten en plichten, zoals een nadere prijsbepaling.⁴² Ook de 'vaststelling' van titel 15 Boek 7 BW kan zien op de beëindiging of ter voorkoming van een geschil (art. 7:900 lid 1 BW) of op de bevoegdheid de regeling van de rechtsverhouding aan te vullen of te wijzigen (art. 7:906 lid 2 BW).⁴³

In de literatuur is nog gedebatteerd over de vraag welke beslissende instanties als 'partij' moesten worden aangemerkt, en welke als 'derde', met name met betrekking tot organen van een der partijen. In de rechtspraak wordt de orgaanbeslissing echter vrijwel steeds als partijbeslissing aangemerkt.⁴⁴ Over de door één partij benoemde derde bestaat geen uitsluitel.⁴⁵ De vraag is hoeveel verschil dit maakt in de praktijk. Ook bij de bindende partijbeslissing spelen namelijk fundamentele zorgvuldigheidsbeginselen een rol, zij het dat ook hier bij de totstandkoming van de beslissing en de inhoud ervan een terughoudende maatstaf aangelegd wordt. Blijkens de jurisprudentie kan geen nakoming worden gevorderd van bindende partijbeslissingen waarvan de wijze van totstandkoming dermate ernstige gebreken vertoont dat zij niet voldoet aan de eis van redelijkheid en billijkheid. Dit kan onder andere het geval zijn wanneer de wederpartij onvoldoende is gehoord of geïnformeerd over de grondslagen van de beslissing, ondeugdelijk onderzoek is verricht of de beslissing onvoldoende is gemotiveerd.⁴⁶

Een relevant verschil is echter het vereiste van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het gebrek hieraan zal in het hier besproken arrest een belangrijk bezwaar tegen de gebondenheid aan de uitspraak van de Raad

41 Zie de jurisprudentie genoemd in Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw* (losbl.), no. 502 e.v. In 1977 wordt door Abas nog opgemerkt dat dergelijke bepalingen vaak voorkomen (P. Abas, *Hofmann's Verbintenissenrecht I-II*, Groningen: Tjeenk Willink 1977, p. 210). In 2001 wordt door Van Rossum gesteld dat het een zeldzaamheid zal zijn (Van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, p. 44).

42 Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw* (losbl.), no. 505.

43 De titel is volgens art. 7:906 lid 3 BW niet van toepassing bij aanvulling of wijziging bij een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, indien dit besluit krachtens art. 15 van Boek 2 bij strijd met redelijkheid en billijkheid vernietigbaar is.

44 Zie Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw* (losbl.), no. 551 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie. De Hoge Raad verwijst in het onderhavige arrest naar HR 22 december 1922, NJ 1923, p. 319 (r.o. 3.3).

45 Valk schaaft het onder de partijbeslissingen (Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw* (losbl.), no. 528), in Aarlanderveen/NHK wordt het in ieder geval door de A-G als bindend advies aangemerkt.

46 Zie Valk, *Contractenrecht IV-C*, 8, *Uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw* (losbl.), no. 530-534 en de daar genoemde jurisprudentie.

van Commissarissen zijn geweest.⁴⁷ A-G Timmerman gaat er in zijn conclusie bij het al genoemde arrest Aarlanderveen/NHK van uit dat het onafhankelijkheidsvereiste alleen gesteld kan worden aan de beslissingen van een derde en niet aan de partijbeslissing. Ook het hof in de onderhavige uitspraak lijkt die mening te zijn toegedaan: 'Aangezien het mogelijk is een geschilpunt bindend door één van de partijen te laten beslissen is de vraag of de Raad van Commissarissen voldoende onafhankelijk en onpartijdig zou zijn niet van belang.' (r.o. 2.2) Ik sluit mij daar in beginsel bij aan, zij het dat naar mijn mening de rechtsverhouding tussen partijen ook anders mee kan brengen.⁴⁸

4.5 De bindende partijbeslissing in het arbeidsrecht

Ook in het arbeidsrecht waren bindende partijbeslissingclausules geldig. Er is (oude) arbeidsrechtelijke jurisprudentie waarin de bindende partijbeslissing door een werkgever of een orgaan van een werkgever werd gegeven.⁴⁹ Uiteraard zal artikel 7:611 BW beperkingen stellen aan de uitoefening van die bevoegdheid. Het arbeidsrecht kent voorts, zoals bekend, nog veel meer bepalingen die de eenzijdige vaststelling of nadere invulling van rechten en plichten en eenzijdige geschilbeslechting door de werkgever beperken. De Hoge Raad noemt in de onderhavige uitspraak de bescherming als verleend door de artikelen 7:613, 678 lid 3, 681 lid 4 en 686 laatste zin BW.⁵⁰ Daarnaast kan nog gewezen worden op de jurisprudentie volgens welke te ruim geformuleerde ontbindende voorwaarden, waarbij de werkgever eenzijdig de vervulling van de voorwaarde in de hand kan werken, nietig zijn wegens strijd

47 Overigens kan in casu nauwelijks aan de partijdigheid van de commissie getwijfeld worden, nu Van Heumen Holland B.V. aanvankelijk de statuten van Mammoet zo had gewijzigd dat er geen RvC meer was. De statuten zijn voor dit conflict opnieuw gewijzigd om een RvC bijeen te kunnen roepen voor het bindend advies, zie noot 2 van de Conclusie van de A-G.

48 Bijvoorbeeld als de overeenkomst meebrengt dat een der partijen een expert mag benoemen. Vaak zal tegelijkertijd twijfel bestaan of de betreffende instantie al dan niet als een derde aangemerkt moet worden, en dan zal men vermoedelijk geneigd zijn het antwoord op de vraag naar al dan niet beoogde onafhankelijkheid de doorslag te laten geven.

49 Bijvoorbeeld HR 19 februari 1915, W 9861 (E.M.M.): bepaling in de statuten van een N.V. dat het salaris van de directeur jaarlijks door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt bepaald. Hoge Raad: aan de arbeider kan niet de bevoegdheid worden ontzegd zich te onderwerpen aan de vaststelling van het loon door de werkgever of door een van diens organen. HR 20 januari 1927, NJ 1927, 639 (E.M.M.): geen der wettelijke bepalingen omtrent het beëindigen der arbeidsovereenkomst verzet zich tegen de aan de werkgever toegekende bevoegdheid om het tijdperk van de arbeidsovereenkomst van vijf jaar te verkorten indien hiervoor een ernstige reden bestaat.

50 Opvallend is dat de Hoge Raad niet art. 7:685 BW noemt, terwijl de A-G dat wel doet. Met Heerma van Voss (in zijn al genoemde noot) ben ik van mening dat hier geen verdere betekenis aan hoeft te worden gehecht, nu de door de Hoge Raad geformuleerde regel geen uitzonderingen toelaat, en art. 7:685 BW ook niet (naar de letter) beschermt tegen buitengerechtere ontbinding door de werkgever; dat doet art. 7:686 laatste zin BW.

met het gesloten stelsel van de ontslagbescherming.⁵¹ Toch bleef er binnen die beperkingen in theorie voldoende ruimte om bindende partijbeslissingen te nemen, bijvoorbeeld zoals nu over het opleggen van sancties of over het aanmerken van bepaald gedrag als wanprestatie. Zelfs leek er technisch gezien ruimte om de arbeidsovereenkomst te beëindigen met behulp van een bindende partijbeslissing. Die beslissing wordt immers als een beëindigingsovereenkomst aangemerkt, zodat de bepalingen met betrekking tot ontbinding en opzegging niet van toepassing zijn.⁵² Gelet hierop wekt het enige verbazing dat de bindende partijbeslissing in de gepubliceerde arbeidsrechtelijke jurisprudentie de afgelopen decennia een slapend bestaan heeft geleid. Uiteraard werden er bijvoorbeeld wel sancties opgelegd, maar van belang is hier dat in geval een dergelijke beslissing als bindende partijbeslissing kan worden aangemerkt, de rechter de beslissing en de totstandkoming ervan slechts marginaal kan toetsen. Zo werd in uitspraken over het opleggen van disciplinaire maatregelen wel getoetst of de werkgever zich aan procedureregels en zorgvuldigheidseisen had gehouden, maar hierbij werd voor zover ik kan nagaan geen beroep gedaan op de in artikel 7:904 BW voorgeschreven marginale toetsing.⁵³

Of bindende partijbeslissingclausules in de praktijk veel voorkomen in CAO's of individuele arbeidsovereenkomsten is mij niet bekend. Zoals vermeld, kunnen bindend adviesclausules in CAO's onder voorwaarden algemeen verbindend worden verklaard. Onder de voorwaarden valt niet dat de adviescommissie een onafhankelijke instantie of een derde partij dient te zijn. Uit recent onderzoek naar klachtrecht in CAO's in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken⁵⁴ is gebleken dat in 50% van de klachtregelingen geoordeeld werd door een binnen de onderneming werkzame instantie. 31% van de klachtregelingen betrof bindend advies. Niet vermeld wordt in hoeverre die beide categorieën overlappingen vertonen. In een onderzoek uit 1994 naar 235 CAO's⁵⁵ werd in 78 CAO's een geschillenregeling aangetroffen, waarvan 29% een paritaire samenstelling van de adviescommissie kende. Over de samenstelling van de commissies in de overige CAO's wordt niets vermeld.

Het potentiële 'lek' in de bescherming van de werknemer tegen eenzijdige beslissingen van de werknemer is echter door de onderhavige uitspraak grotendeels ondervangen, nu de Hoge Raad de regel heeft geformuleerd dat een

51 Zie HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 (Port de Plaisance); HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 (Van Zijl/Koppen).

52 Zie de al genoemde uitspraak HR 20 januari 1927, NJ 1927, 639 (E.M.M.).

53 Zie HR 9 juli 1990, NJ 1990, 127 (Schothorst/Jonker Veendam) en de lagere jurisprudentie genoemd in W.A. Zondag, Disciplinaire maatregelen, in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003, p. 47-52.

54 Zie de al genoemde brief van 24 februari 2004 aan de Kamer (Kenmerk AV/IR/2004/12000).

55 Carels, *Vademecum burgerlijk procesrecht (arbeidszaken)*, p. 32-33.

beding krachtens welke (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer, nietig is.

Wat als 'bindende partijbeslissing van de werkgever' valt aan te merken kan, ook blijkens de opmerkingen in paragraaf 3.1 en 4.3, ruimer worden opgevat dan alleen de beslissingen van de formeel juridische werkgever. In ieder geval vallen ook beslissingen van organen van de werkgever of een tot de groep van de werkgever behorende vennootschap er onder. Ook beslissingen van commissies die uitsluitend door de werkgever zijn samengesteld kunnen mijns inziens als bindende partijbeslissing worden aangemerkt. Problematischer is wellicht de situatie waarin de Ondernemingsraad bindend advies zou mogen geven. Weliswaar wordt de OR geacht werknemersbelangen te vertegenwoordigen, maar de leden van de OR zijn mogelijk niet geheel onafhankelijk omdat ze in dienst zijn van de werkgever.

Voorts rijst nog de vraag of de regel beperkt moet blijven tot de formulering van de Hoge Raad: bedingen volgens welke arbeidsrechtelijke sancties kunnen worden getroffen bij bindende partijbeslissing. Behalve bindende beslissingen over sancties zijn, zoals boven vermeld, ook beslissingen denkbaar waarmee de rechtstoestand tussen partijen bindend vast wordt gesteld, zoals het aanmerken van bepaald gedrag als wanprestatie of het beëindigen van de overeenkomst. Mijns inziens gaat de redenering van de Hoge Raad echter ook op voor andere bindende partijbeslissingen: de aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte brengt mee dat een dergelijk beding nietig is.

4.6 Ambtshalve toepassing van nietigheid

De nietigheid van het beding is volgens de Hoge Raad 'weliswaar van dwingend recht, maar niet van openbare orde' (r.o. 3.4). Drie-S c.s. hadden zich derhalve op deze regel moeten beroepen, en nu zij dat niet in de feitelijke instanties hebben gedaan, kan het inroepen van de nietigheid van het beding in de cassatiemiddelen niet meer baten. De Hoge Raad scheidt hier een tussenvorm die het midden houdt tussen de figuren 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' zoals geregeld in artikel 3:40 lid 1 en 2 BW. Artikel 3:40 lid 1 BW bepaalt dat rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de openbare orde, nietig zijn. Nietigheid werkt in beginsel van rechtswege. De rechter moet de nietigheid ambtshalve toepassen.⁵⁶ Artikel 3:40 lid 2 BW bepaalt dat strijd met een dwingende wetbepaling kan leiden tot

56 Zie W. Sniijders, Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: Titel 3.2 en de nulliteiten in het arbeidsrecht, Sociaal Recht 2002/5, p. 138; Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht deel II, 5, no. 459; S.A.M. de Loos-Wijken, Nietigheden, Algemeen aant. 19 en H.J. van Kooten, art. 3:40 aant. 7.2, in: Vermogensrecht (losbl.), Deventer: Kluwer.

nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid. Is sprake van vernietigbaarheid, dan is de rechtshandeling geldig, totdat zij is vernietigd (art. 3:51 ev. BW). Maar bij zowel de nietigheidssanctie als de vernietigbaarheidssanctie kan volgens de laatste zinsnede van artikel 3:40 lid 2 BW uit de strekking van de bepaling een afwijking van deze regel voortvloeien. In de parlementaire geschiedenis kwam in dat kader aan de orde dat de strekking van een nietigheids- of vernietigingsregel tot tussenvormen kan leiden.⁵⁷ Als voorbeeld wordt genoemd een vernietigbaarheid die door de rechter ambtshalve kan worden toegepast, indien de beschermde partij de vaardigheden of de gelegenheid mist om zelf een beroep op de vernietigingsgrond te doen. Snijders pleit voor een dergelijke toepassing bij vernietigbaarheden in het arbeidsrecht.⁵⁸ De Hoge Raad doet in de onderhavige zaak eigenlijk het omgekeerde: hoewel het beding nietig is, moet er een beroep op worden gedaan, ook door de beschermde partij.⁵⁹ Het hof had volgens de Raad niet de vrijheid om het vonnis buiten de grieven om met ambtshalve aanvulling van deze rechtsgrond te vernietigen (r.o. 3.4).

Wat de Hoge Raad met de ene hand geeft, neemt hij dus (gedeeltelijk) met de andere hand weer weg. Maar waarom zou deze nietigheid er dan niet één van openbare orde zijn, nu artikel 3:40 lid 1 BW juist verklaart dat rechtshandelingen nietig kunnen zijn wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde? Een verklaring daarvoor ligt in de toepassing van artikel 25 Rv (oud art. 48 Rv). Volgens de jurisprudentie over dit artikel is ambtshalve toepassing van dwingende rechtsregels slechts toegelaten indien deze regels tevens van openbare orde zijn. Ingeval voorschriften weliswaar van dwingend recht zijn, maar niet van openbare orde, houden partijen de vrijheid deze al dan niet in hun geschil te betrekken.⁶⁰ In dat geval kan een dergelijke rechtsgrond niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd.⁶¹ In het geval van arbitrale vonnissen legt de Hoge Raad een strenge maatstaf aan voor de vraag wanneer er strijd is met de openbare orde, teneinde een

57 MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.

58 Snijders, Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht, p. 141.

59 Volgens de letter van art. 3:40 lid 2 BW is de tussenvorm alleen mogelijk bij strijd met een dwingende wetbepaling. Hierbij werd gedacht aan de formele wet (MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192; Snijders, Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht, p. 138). In casu gaat het om strijd met 'de aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte'. Men zou vermoeden dat het beding daarom alleen nietig kan zijn wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW); bij die nietigheid zijn echter volgens de letter van de wet geen tussenvormen toegelaten. Derhalve kan geconcludeerd worden dat de Hoge Raad de mogelijkheid van tussenvormen ruimer opvat dan de wetgever.

60 Zie Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk procesrecht, p. 119; De Loos-Wijken, Algemeen aant. 19, in: Vermogensrecht (losbl.).

61 HR 22 oktober 1993, NJ 1993, 94 en HR 1 november 1996, NJ 1997, 117 (Van Schijndel).

effectief functionerende arbitrale rechtspleging niet te ondermijnen.⁶² Mogelijk heeft de Hoge Raad aansluiting willen zoeken bij deze jurisprudentie in het geval van de bindende partijbeslissing. Als die gedachtegang juist is, wordt hier mijns inziens ten onrechte de bindende partijbeslissing gelijk gesteld aan de arbitrageprocedure. Juist in het geval van een bindende partijbeslissing kan men toch niet meer spreken van een 'effectief functionerende rechtspleging' die niet ondermijnd zou mogen worden. Het lijkt mij, gelet op de bescherming van de werknemer tegen eenzijdige beslissingen van de werkgever in het arbeidsovereenkomstenrecht, juist van belang dat dergelijke 'rechtspleging' zoveel mogelijk ondermijnd wordt.⁶³ Aannemelijk is overigens dat, anders dan bij arbitrage,⁶⁴ in de feitelijke instanties (en derhalve na het totstandkomen van het advies) wel voor het eerst een beroep op de nietigheid kan worden gedaan, nu de Hoge Raad er in casu de nadruk op legt dat dit in die instanties nooit is gebeurd (r.o. 3.4 en 3.5).

Bij de belangrijkste vernietigbaarheden in het arbeidsrecht, de nietige ontslaggronden, worden geen hoge eisen gesteld aan het beroep op de nietigheid. Voldoende is dat de werkgever de uitlatingen door of namens de werknemer gedaan redelijkerwijs heeft moeten opvatten als een beroep op nietigheid van het ontslag.⁶⁵ Ook deze beschermingsgedachte neemt de Hoge Raad in de onderhavige zaak niet over. A-G Timmerman was van mening dat de stelling van het cassatiemiddel dat de bindend-adviesclausule ongeldig is, in de memorie van grieven op verholde wijze en in de pleit-aantekeningen heel duidelijk is gesteld (alinea 4.1). De Hoge Raad verwijt Stoof c.s. echter dat er geen beroep op de nietigheid van het beding is gedaan (r.o. 3.4 en 3.5). Mijns inziens wordt de lat nu wel ongebruikelijk hoog gelegd voor de werknemer die zich geconfronteerd ziet met een bindende partijbeslissingclausule. Dit klemt te meer nu op grond van het Toetsingskader AVV-CAO niet uitgesloten is dat dergelijke clausules algemeen verbindend

62 Zie voor een geval waarin een beroep werd gedaan op strijd met openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 sub e Rv wegens partijdigheid van een arbiter: HR 18 februari 1994, NJ 1994, 765 (Nordstöm/Van Nievelt). Zie over art. 1065 Rv en de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door arbiters: HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207 en vervolg HR 25 februari 2000, NJ 2000, 340 (Benetton II); HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508 (Benetton III). Een beroep op de rechtsgevolgen van een arbitraal beding moet door een partij geschieden (HR 8 januari 1925, NJ 1925, 350; NJ 21 januari 1944, NJ 1944, 176); zie ook art. 1022 en 1052 Rv.

63 Afgezien daarvan begrijp ik het respecteren van de partijautonomie in dit geval ook niet. Het is slecht denkbaar dat de werknemer die de regel, dat bindende partijbeslissingclausules nietig zijn kent, desalniettemin de bindende beslissing slechts marginaal wil laten toetsen. Waarom formuleert de Hoge Raad geen regel dat de rechter verplicht is partijen deze regel voor te houden? Dan mag de werknemer alsnog autonoom kiezen voor gebondenheid aan de clausule.

64 In het geval van arbitrage kan niet voor het eerst bij de overheidsrechter een beroep op de onbevoegdheid van de arbiters worden gedaan (art 1052 lid 2 Rv).

65 Zie bijvoorbeeld HR 3 mei 2002, JAR 2002/135; HR 17 april 1998, NJ 1998, 495; JAR 1998/152.

worden verklaard. Het Toetsingskader stelt immers niet de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de adviescommissie. Het feit dat het Toetsingskader spreekt over bindend advies en niet over bindende partijbeslissingen garandeert nog niet dat bindende partijbeslissingen worden uitgesloten van AVV, gelet op de in paragraaf 4.1 gesignaleerde begripsverwarring.

4.7 Bindende beslissingen in het arbeidsrecht afschaffen?

In de literatuur wordt wel getwijfeld aan de wenselijkheid van de mogelijkheid van bindend advies naast het bestaan van arbitrage. Het wordt als overbodig gezien of als een manier om de arbitrageregeling te omzeilen.⁶⁶ Dat een volwassen rechtsorde ook prima zonder bindend advies kan functioneren, bewijst wellicht het feit dat de mogelijkheid zo ongeveer alleen in Nederland bestaat.⁶⁷ Met name de beperkte mogelijkheden om zich tijdig tegen partijdigheid of afhankelijkheid van de adviserende instantie te verzetten maken de aanvaarding van deze 'rechtsgang' mijns inziens ongelukkig. In het geval van het arbeidsrecht zijn er extra bezwaren, gelegen in de structurele machtsongelijkheid tussen partijen. Dat pleit naar mijn oordeel voor het afschaffen van deze mogelijkheid in het arbeidsrecht. Niet voor niets is een beding in algemene voorwaarden dat voorziet in het beslechten van een geschil anders dan door de bevoegde overheidsrechter of door arbiters onredelijk bezwarend verklaard indien deze deel uit maakt van een overeenkomst met een consument (art. 6:236 sub n BW). Door de onderhavige uitspraak wordt de werknemer in ieder geval beschermd tegen bindende partijbeslissingclausules, zij het dat de werknemer wel zelf (tijdig) een beroep moet doen op de nietigheid van een dergelijk beding. Onzeker is nog in hoeverre er over partijdigheid van niet door de werkgever samengestelde commissies kan worden geklaagd. Het ligt mijns inziens in ieder geval in de rede om het Toetsingskader AVV-CAO aan te passen door in het algemeen te eisen dat de adviescommissie onafhankelijk en onpartijdig is, en expliciet bindende partijbeslissingen uit te sluiten.

5 Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst

Bedingen volgens welke de werkgever eenzijdig mag vaststellen wat de rechtsverhouding tussen partijen is, mogen dan misschien nietig zijn, maar de werknemer is nog steeds gehouden om positief in te gaan op redelijke voorstellen tot eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, verband houdende

⁶⁶ Snijders, Ynzonides & Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, p. 361.

⁶⁷ Hondius, *Rechter en bindend adviseur*, p. 43.

de met gewijzigde omstandigheden op het werk, tenzij aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem gevergd kan worden. Deze verplichting in het kader van het 'goed werknemerschap' is voor het eerst door de Hoge Raad geformuleerd in het geval van een functiewijziging in de beruchte uitspraak Van der Lely/Taxi Hofman.⁶⁸ Door de Hoge Raad is nadien nog een arrest geweest (Guitoneau/Midnet Taxi),⁶⁹ waarin de regel werd bevestigd. Ik zal de regel hierna aanduiden als 'de taxi-regel'. De taxi-regel wordt in het onderhavige arrest nog eens herhaald. Het gaat hier evenals in Van der Lely/Taxi Hofman om een functiewijziging, en wel één die als degradatie valt aan te merken, namelijk van een functie als technisch directeur naar een functie als adviseur. De Hoge Raad doet niets af aan het oordeel van het hof dat niet gezegd kan worden dat de Raad van Commissarissen niet in redelijkheid tot de conclusie kon komen dat dat een redelijk voorstel was. Wel meent de Hoge Raad dat wat Stoof eigenlijk wordt verweten, het ontbreken van een positieve grondhouding was. De Hoge Raad acht het niet begrijpelijk waarom dit gebrek volgens het Hof kon leiden tot de sanctie van het vervallen van de termijnen uit de koopovereenkomst. Weliswaar moet een goed werknemer positief ingaan op redelijke voorstellen onder de voorwaarden als geformuleerd in de taxi-regel, maar zonder nadere motivering valt volgens de Hoge Raad niet in te zien dat Stoof redelijkerwijs niet, op de wijze zoals hij heeft gedaan, zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten zag in verband met de door Van Seumeren gedane reorganisatievoorstellen (r.o. 3.8).

In de lagere rechtspraak heeft de taxi-regel veel navolging gevonden. Uiteenlopende wijzigingen dienden te worden aanvaard: functiewijziging met salarisvermindering; overplaatsing; andere arbeidstijden of roosters, een nieuwe rayonindeling et cetera.⁷⁰ Een regel als deze kan licht worden misbruikt, zeker in een economisch neergaande conjunctuur waarin werknemers niet erg gretig zullen zijn om een procedure te entameren zolang hun arbeids-overeenkomst 'slechts' gewijzigd wordt, maar niet beëindigd. In de literatuur⁷¹

68 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767; JAR 1998/199.

69 HR 28 april 2000, JAR 2000, 120, geannoteerd door C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra in ArA 2001/1.

70 Zie de jurisprudentie als genoemd in W.A. Zondag, De stand van zaken: wijziging van arbeidsvoorwaarden, SR 2000-2, p. 46 e.v.; C. J. Loonstra & W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, hfdst. 9, (Mogelijke) wijziging van het arbeidscontract, p. 232 ev.; S.F.H. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 209-219.

71 Zie onder andere: G.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999, p. 123; Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit? (diss. Utrecht) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999; J.M. van Slooten, Arbeid en Loon (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999; Zondag, De stand van zaken: wijziging van arbeidsvoorwaarden; M.F. Balthussen, De arbeidsovereenkomst: institutie of contract, AR 2000/4, no. 24; L.J. de Vroe, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en uitholling van art. 7:613 BW, AR 2001/2, no. 9, p. 23; W.A. Zondag, Institutioneel arbeidsrecht?, RM Themis 2002/1, p. 3 e.v.; J.J.M. de Laat, Goed werknemerschap en revolutie, ArA 2003/1, p. 85 e.v.; Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname; Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's.

heeft de taxi-regel tot veel discussie geleid, niet alleen vanwege de mogelijkheden tot misbruik, maar ook omdat deze jurisprudentie verschillende dogmatische vragen heeft opgeroepen. Zo wordt er gedebatteerd over de vraag wat de relatie is met de regeling van het eenzijdige wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW. Voorts vraagt men zich af welke arbeidsvoorwaarden gewijzigd kunnen worden met een beroep op de taxi-regel: functiewijziging of ook andere wijzigingen, secundaire of ook primaire arbeidsvoorwaarden. In een meer fundamentele discussie wordt beargumenteerd waarom deze jurisprudentie al dan niet zou aantonen dat de Hoge Raad geporteerd is van de 'institutionele theorie', volgens welke van partijen verwacht wordt de belangen van de organisatie te behartigen, in plaats van de klassieke contractuele theorie, volgens welke bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst de rechten en verplichtingen vooropstaan die partijen over en weer aan de overeenkomst kunnen ontleen. De onderhavige uitspraak schept denk ik niet veel licht in deze kwesties, wellicht ook omdat het Hof en de Hoge Raad het oordeel van de Raad van Commissarissen slechts voor marginale toetsing in aanmerking laten komen.

Wel zet het arrest aan tot nadenken over de vraag wat nu eigenlijk de verhouding is tussen enerzijds de beperking van de bevoegdheid van de werkgever om bindende partijbeslissingen te nemen en anderzijds de bevestiging van de verplichting van de werknemer om redelijke wijzigingsvoorstellen te aanvaarden. Hoe valt het te rijmen dat de werknemer tegen het ene moet worden beschermd en het andere moet aanvaarden? Een verklaring zou gezocht kunnen worden in de veronderstelling dat de Hoge Raad in het eerste geval met name volledige toetsing door de rechter wilde garanderen, terwijl die volle toetsing in het tweede geval al gegarandeerd was. Dit is mijns inziens geen erg bevredigende verklaring omdat de werknemer op grond van de taxi-regel zo'n opvallend vergaande verplichting tot aanvaarding van wijzigingen betrekking lijkt te hebben, zeker in vergelijking met de zeer beperkte mogelijkheden tot wijziging van een overeenkomst in het algemene verbintenissenrecht.⁷² Een voorstel tot eenzijdige wijziging hoeft slechts redelijk te zijn, in plaats van dat ongewijzigde nakoming naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voorstellen hoeven bovendien alleen maar gebaseerd te zijn op veranderde omstandigheden, waarbij het niet uitmaakt of de werkgever die omstandigheden zelf in het leven heeft geroepen. Jellinghaus spreekt dan ook over een 'marginale toetsing' van de redelijkheid van het voorstel van de werkgever.⁷³

72 Op grond van art. 6:248 en 258 BW. Zie onder andere Konijn, Cumulatie of exclusiviteit, hfdst. 6; Van Slooten, Arbeid en loon, p. 60. In de literatuur zoals genoemd in de vorige voetnoot worden diverse argumenten aangevoerd op grond waarvan de reikwijdte van de taxi-regel beperkt zou kunnen of moeten worden.

73 Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname, p. 215.

Een andere verklaring is om meer waarde te hechten aan het feit dat het bij een bindende partijbeslissing (en trouwens ook bij art. 7:613 BW) gaat om een eenzijdige bevoegdheid van de werkgever, terwijl het bij de taxi-regel gaat om een voorstel tot wijziging waar de werknemer positief op in moet gaan, een medewerkingsverplichting derhalve. Het is al vaker opgemerkt dat dit juridisch dogmatisch relevante verschil in de praktijk weinig uit zal maken.⁷⁴ Thans heeft de Hoge Raad overwogen dat weliswaar de taxi-regel nog steeds van toepassing is, maar dat, geparafraseerd weergegeven, werknemers mogen blijven opkomen voor wat zij als hun rechten zien zonder daarvoor (zwaar) gesanctioneerd te worden. Dit geldt (kennelijk) ook als een voorstel van een werkgever redelijk is. Getoetst wordt derhalve de redelijkheid van de opstelling van de werknemer in de onderhandelingen over de wijzigingen. Daarmee legt de Hoge Raad meer nadruk op het feit dat het om een medewerkingsverplichting gaat, en niet om een bevoegdheid tot eenzijdige wijziging.⁷⁵

Ik beschouw dit als een signaal dat van de taxi-regel niet te lichtzinnig gebruik kan worden gemaakt. Dat wil nog niet zeggen dat het onderscheid tussen de medewerkingsverplichting en een bevoegdheid tot eenzijdige wijziging voor de toepassing in de praktijk helderder is geworden. Opkomen voor eigen rechten uit de arbeidsovereenkomst en positief ingaan op voorstellen tot wijziging van die arbeidsovereenkomst kunnen misschien nog wel verenigd worden. Wanneer het opkomen voor de eigen rechten echter over moet gaan in het aanvaarden van redelijke voorstellen van de werkgever, blijft hier echter in het midden. Ook de vraag of er in dit geval wel voldoende reden was om een minder zware sanctie op te leggen, blijft open. Ik ben dan ook benieuwd of en zo ja welke beslissing de verwijzing naar het hof te Amsterdam op zal leveren.

*W.L. Roozendaal**

74 Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname, p. 211; Van Slooten, Arbeid en loon, p. 59. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit, p. 282, spreekt over het 'behouden van de fictie dat eenzijdige wijziging niet mogelijk is'.

75 Ook Van Slooten leest het arrest op deze manier. Zie J.M. van Slooten, De bindende partijbeslissing in het arbeidstuchtrecht, AR 2004/2, p. 61-63.

* Docent en onderzoeker sociaal recht KUN.