



# De cao ontslagcommissie als “reorganisatietool”

Stibbe

*How I learned to stop worrying and love the cao ontslagcommissie?*

*VvA 22 mei 2014 --- D.F. Berkhout*



# Inhoud



1. Inleiding: privatisering van het ontslagrecht
2. De cao ontslagcommissie: wie, wat en hoe?
3. Problemen met binding & rechtelijke toetsing?
4. Conclusie: *learn to love* de cao ontslagcommissie?



## *Privatisering van het ontslagrecht*

- De cao ontslagcommissie:
  - Neemt de rol van het UWV (gedeeltelijk) over (7:671a (2) BW) en
  - Mag daarbij een andere inhoudelijke toets toepassen dan het UWV (mits de sociale partners dit bij cao overeenkomen, 7:669 (6) BW)
  
- Een revolutie in het arbeidsrecht: privatisering van de taak van de overheid. Tegelijk:
  - Geen nieuw idee en een eerdere versie ging (gedeeltelijk) verder
  - De taak van de ontbindingsrechter kan men al (lang) overnemen
  - Ligt het niet voor de hand deze rol aan sociale partners te geven?
  
- De centrale vraag: wil je tijdens een reorganisatie een cao ontslagcommissie gebruiken? Focus op de procedure





## *Wie zijn er nodig?*

- Werkgeverszijde: van de bakker tot de bankier
  
- Werknemerszijde: (i) een werknemersorganisatie en (ii) 7:671a (3) BW (marginale representativiteitseis)
  - De marginale representativiteitseis is niet nieuw (WMCO, WOR) en weinig indrukwekkend
  - De OR (weer) als muurbloempje? Ja, maar terecht want: artikel 32 WOR
  
- De overheid:
  - Een AVV voor 5 jaar (geen ondernemings-cao uiteraard)
  - De optie van een separaat, slapend sociaal plan
  - Andere voordelen: bindingsproblematiek wordt tegengegaan, de stempel van het Toetsingskader AVV



## *Wat kan de cao ontslagcommissie allemaal gaan doen?*

- Volgens de wetgever gaat het over “de toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a” (artikel 7:671a (2) BW)
  
- Uitbreiding van de rol van de cao ontslagcommissie
  - Bijvoorbeeld: de taak van de ontbindingsrechter overnemen via arbitrage of bindend advies
    - HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40; HR 22 november 1985, *NJ* 1986/275; HR 14 december 1973 *NJ* 1974/92
  - Kunnen sociale partners via arbitrage (i) het “hoger beroep” van 7:681/682/683 BW uitsluiten en misschien (ii) de rol van het UWV bij ontslag na 2 jaar ziekte overnemen?
    - De cruciale vraag is: staat dit ter vrije beschikking van partijen (1020 Rv)?
    - Verdedigbaar, gezien de rechtspraak en wetsgeschiedenis. *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, onderdeel C, p. 52.
  - Let tegelijk op: de barrière van artikel 2 (5) Wet AVV



## *Hoe? Over de procedure*

- Zie de eerdere presentatie van mr. Plessen. Veel vrijheid voor de sociale partners om de materiële regels te bepalen voor bedrijfseconomische ontslagen (7:669 (6) BW)
  
- Tevens grote vrijheid wat betreft de procedurevorm
  - Vijf minimumeisen in artikel 7:671(a) (2) BW:
    - een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie
    - hoor en wederhoor
    - vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens
    - redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer
    - redelijke beslistermijn
  - Wat houden deze eisen eigenlijk in?
  - Spanning tussen de rechtspraak tot dusver en strekking wetsvoorstel
    - Veel diversiteit en onduidelijkheid: risicovol voor werknemers, werkgevers en commissieleden



## *Enkele voorstellen ter verbetering van de procedure*

- Onafhankelijkheid/deskundigheid/procedure, bijvoorbeeld:
  - Volledige onafhankelijkheid/onpartijdigheid (ook van werknemersvereniging)
  - Wrakingsregeling, verplichte publicatie nevenfuncties
  - Minimaal één lid aantoonbare ervaring op het gebied van geschillenbeslechting
  - Maximale termijnen voor de rondes en beslistermijnen
  - Motiveringsplicht
  - Verduidelijking positie/rol van commissieleden
  
- *“De regering treedt echter niet in de ruimte die cao-partijen hebben om de procedure zelf nader vorm te geven binnen de in de wet opgenomen randvoorwaarden”, Kamerstukken II 2013/14, 33 818 nr. 7, p. 51, Maar wel in reactie op kritiek: een mogelijke ministeriële regeling (reken er niet op)*



## *Een aantal problemen: (i) bindingsproblematiek*

- Binding via (i) lidmaatschap, (ii) AVV en (iii) incorporatie
  - Mogelijk meer uitleggeschillen over wilsovereenstemming
- Probleem is vooral de artikel 14 werknemer (de “ongebonden werknemer”)
  - Volgens de wetgever: geen probleem zolang de werkgever gebonden is
    - *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 818, 2013/14, nr. 7, p. 130-131; *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, onderdeel C, p. 21
  - Deze visie lijkt mij onjuist: artikel 14 Wet CAO blijft gelden en negatieve vakverenigingsvrijheid
- Vrijheid van de ongebonden werknemer en het probleem van de (niet meer) vallende dominostenen





## *Die donderse dominostenen: een casus*

- Een sociaal plan (cao) wijkt af van de UWV regels en geeft volgorde 1 t/m 6
- 4 werknemers worden ontslagen, dus werknemers 1-4 volgens de cao. Volgens UWV regels: 1, 4, 6, 5.
- Nummer 2 = ongebonden werknemer

### A. CAO regels

1

2

3

4

5

6

X }

Beroep op UWV  
regels

X }

Is bij wegvallen van 2 de  
eerstvolgende. Doet dan  
een beroep op de CAO  
regels

### B. UWV regels

1

4

6

3

2

5

- Hoe is dit op te lossen? Als artikel 14 Wet CAO serieus wordt genomen: pech voor 5



## *Bindingsproblematiek (vervolg)*

- Gaten in de geldingsduur
  - Terugwerkende kracht van cao bepalingen (HR 28 mei 1999, *JAR* 1999/131)
  - Wetgever: cao ontslagcommissie niet bevoegd en afwijkende regels hebben geen terugwerkende kracht omdat “*de aard van de bepalingen omtrent instelling van een cao-commissie en een bij ontslag te hanteren ontslagvolgorde zich tegen terugwerkende kracht verzet.*” (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 22)
  
- Samenloop van cao's



## *Een aantal problemen (ii) de toetsing door de rechter*

- De rechter past de cao afspraken toe (*Kamerstukken II 2013/14, 33 818 nr. 3*):
  - *“De rechter toetst daarbij aan dezelfde (wettelijke) criteria als die voor UWV en de commissie gelden.”* (p. 31) (..) *“De rechter zal in dat geval toetsen aan de civielrechtelijk overeengekomen criteria.”* (p. 46)
  
- Verschillende vragen, onduidelijkheden en problemen.
  - Reeds genoemd: artikel 14 werknemer: welke toetsingsmaatstaf geldt?
  - Hoe strikt is de rechterlijke toets als de cao regels worden toegepast? Verschil tussen toetsing procedure (volle toetsing aan de wet) en inhoud (terughoudende toetsing)?
  - Als de rechter de cao afspraken moet toepassen, kan hij dat zonder hulp van de sociale partners?
  - Is bij een procedureel gebrek automatisch sprake van ernstig verwijtbaar handelen?



## *Conclusie: learn to love de cao ontslagcommissie?*

- Er is spanning tussen de doelstellingen van WWZ en de cao ontslagcommissie
  - Zeer veel flexibiliteit, maar daardoor ook grotere rechtsonzekerheid, meer ongelijkheid, complexer
- De rechter toets (waarschijnlijk) terughoudend; cao partners controleren het spel
  - Artikel 14 werknemer is een reëel dogmatisch probleem
  - Er is waarschijnlijk een verschil tussen de procedurele en materiële toetsing
- Als je hebt gebruikt, zorg dan ervoor dat je gaten voorkomt
  - Mijn oproep aan sociale partners/VvA: *best practice* reglement als wetgever verzaakt





## *Conclusie (vervolg)*

- Ter afsluiting aantal voorspellingen/stellingen:
  - *There is no free lunch* (afwijkingen UWV regels zijn wisselgeld in onderhandelingen)
  - Er komt differentiatie tussen MKB en multinationals wat betreft de toegepaste ontslagregels: multinationals zullen de cao ontslagcommissie en afwijkende regels (eerder) kunnen betalen
  - De artikel 14 werknemer zal nog ongebonden zijn (anders dan de wetgever meent) en deze werknemers zullen vaker een beroep doen op hun recht niet mee te doen
  - Een zaak die wij de komende jaren kunnen verwachten: na een overgang van onderneming zal er een ernstig samenloopprobleem ontstaan bij een reorganisatie
  - Een legitieme nieuwe markt zal ontstaan: de voorgekookte cao ontslagcommissie
  - Het gele bonden probleem zal bescheiden blijven