

De opmars van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht en de toetsing daaraan

ArbeidsRecht 2020/39

De mogelijkheid om af te wijken van driekwart dwingend recht is onder de WWZ aanzienlijk toegenomen. Met de WAB is deze mogelijkheid verder verruimd. De WAB introduceerde een aantal nieuwe bepalingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht. Dit zijn bepalingen waarvan alleen bij cao kan worden afgeweken en alleen als is voldaan aan subjectieve voorwaarden. In de literatuur en jurisprudentie is nauwelijks aandacht voor dit type bepalingen. In dit artikel wordt onderzocht wanneer een dergelijke cao-afwijking rechtsgeldig is en hoe de rechtsgeldigheid door de rechter moet worden getoetst: vol of marginaal. Tot slot wordt kort stilgestaan bij de vraag hoe het gebruik en de rechtsgeldigheid van dergelijke clausules beter kan worden gewaarborgd.

1. Achtergrond van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht

Het arbeidsrecht kent verschillende typen bepalingen. Bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 kende het arbeidsrecht bepalingen van dwingend recht, waarvan in het geheel niet kan worden afgeweken, en bepalingen van semidwingend recht, waarvan bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken. Later werden ook bepalingen van driekwart dwingend recht en vijfachtste dwingend recht geïntroduceerd in het arbeidsrecht. Van bepalingen van driekwart dwingend recht kan bij cao worden afgeweken. Van bepaling van vijfachtste dwingend recht kan bij overeenkomst met een medezeggenschapsorgaan, zoals de ondernemingsraad, worden afgeweken. Door de invoering van driekwart dwingend recht en vijfachtste dwingend recht, ontstond meer ruimte voor maatwerk.²

Door de wetgever wordt veel gebruik gemaakt van driekwart dwingend recht. Zo bestaat bijvoorbeeld de mogelijkheid om bij cao te voorzien in verlenging van de ketenregeling (artikel 7:668a lid 5 BW) en verkorting van de opzegtermijn van de werkgever (artikel 7:672 lid 9 BW). Bepalingen van driekwart dwingend recht kunnen worden onderverdeeld in ongeclausuleerde en geclausuleerde bepalingen. Bij ongeclausuleerde bepalingen is afwijking van de wet niet aan voorwaarden gebonden, bij geclausuleerde bepalingen is dit wel het geval.

Bij geclausuleerde bepalingen van driekwart dwingend recht kan vervolgens onderscheid worden gemaakt tussen objectieve en subjectieve clausules.

Bij objectief geclausuleerd driekwart dwingend recht is afwijking van driekwart dwingend recht alleen mogelijk onder bepaalde objectief vast te stellen voorwaarden. Een voorbeeld hiervan is artikel 7:672 lid 9 BW, waarin is bepaald dat de opzegtermijn voor de werkgever bij cao mag worden verkort “mits de termijn niet korter is dan die voor de werknemer.”

Bij subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht is afwijking van driekwart dwingend recht mogelijk onder bepaalde subjectief vast te stellen voorwaarden. Een voorbeeld daarvan is artikel 7:673b BW, waarin is bepaald dat bij cao kan worden bepaald dat de transitievergoeding niet verschuldigd is “indien de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet wegens bedrijfseconomische omstandigheden en op grond van die cao recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, een redelijke financiële vergoeding of een combinatie daarvan.”

Lange tijd waren bepalingen van driekwart dwingend recht grotendeels ongeclausuleerd. Houweling e.a. schreven in 2011 dat slechts één bepaling van driekwart dwingend recht geclausuleerd was, en dat was een objectieve clausulering.³ Inmiddels bevat de wet veel meer bepalingen van geclausuleerd driekwart dwingend recht, waaronder een aantal voor de praktijk belangrijke bepalingen met subjectieve clausules.

Voor inwerkingtreding van de WAB bestonden al enkele subjectief geclausuleerde bepalingen van driekwart dwingend recht.

Zo was het al mogelijk om bij cao het loonuitsluitingsbeding te verlengen voor functies waarvan de werkzaamheden “incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben” (7:628 lid 7 BW). Eerder was die afwijkingsmogelijkheid ongeclausuleerd, maar de wetgever overwoog dat die mogelijkheid beperkt diende te worden tot dat type werkzaamheden waarvoor die verlenging ook echt nodig is.⁴

Verder voorzag artikel 7:668a BW al in de mogelijkheid om de ketenregeling bij cao te verlengen “indien uit die overeenkomst (...) blijkt dat voor bij die overeenkomst of regeling te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist.” Die afwijkingsmogelijkheid was eerder ook ongeclausuleerd, maar de wetgever wenste oneigenlijk gebruik tegen te gaan.⁵ Ook voorzag artikel 7:668a lid 13 BW al in de mogelijkheid om de ketenregeling geheel of gedeeltelijk niet van toepassing te verklaren voor bij cao aangewezen

1 Karlijn van der Heijden is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht. De auteur bedankt Else Loes Pasma voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2 A.R Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011/1.2.

3 A.R Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011/1.2.

4 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, nr. 7, p. 32.

5 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, nr. 7, p. 18.

arbeidsovereenkomsten die “uitsluitend of overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer.” Sinds 1 januari 2020 gelden in aanvulling daarop de volgende bepalingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht:

Artikel	Afwijkingsmogelijkheid	Clausule
7:628a lid 11 BW	Het niet toepassen van enkele verplichtingen voor de oproepwerkgever.	Bij cao aangewezen functies die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar.
7:668a lid 13 BW	Verkortingen van de tussenpozen in de ketenregeling. ⁶	Bij cao aangewezen functies die gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar.
7:673b BW	Niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding.	Indien de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet wegens bedrijfseconomische omstandigheden en op grond van de cao recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, een redelijke financiële vergoeding of een combinatie daarvan.

⁶ Voor inwerkingtreding van de WAB bestond deze mogelijkheid ook al, maar de subjectieve clausule was anders.

Bepalingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht creëren ruimte om sectoraal af te wijken, mits de specifieke kenmerken van het werk in een sector daarom vragen.⁷

Het arbeidsrecht ontwikkelde zich al met al in een decennium van één (objectief) geclausuleerde bepaling van driekwart dwingend recht naar diverse geclausuleerde bepalingen van driekwart dwingend recht, waaronder ook een aantal relevante subjectief geclausuleerde bepalingen.

Waar driekwart dwingend recht in zijn algemeenheid maatwerk mogelijk dient te maken,⁸ moeten de subjectieve clausules te ruim en/of oneigenlijk gebruik voorkomen.

De clausules werpen een drempel op voor afwijking van driekwart dwingend recht. Voordat de gestelde voorwaarde is vervuld, kan niet bij cao worden afgeweken. Er is dan in feite sprake van dwingend recht, want er mag niet worden afgeweken. Pas als de voorwaarde is vervuld, mag bij cao worden afgeweken. Er is dan in feite sprake van driekwart dwingend recht.

Zo bezien kan geclausuleerd driekwart dwingend recht van kleur verschieten tussen dwingend recht en driekwart dwingend recht. Het is daarmee eigenlijk een type recht tussen regulier driekwart dwingend recht en dwingend recht in; zevenachtste dwingend recht?

Er is geen specifiek onderzoek gedaan naar de mate waarin in cao's wordt afgeweken van bepalingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht. Wel volgt uit een onderzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uit 2018 dat alleen al voor de ketenregeling geldt dat op 33% van de werknemers een cao van toepassing is waarin voor bepaalde functies van die regeling wordt afgeweken.⁹ Dat cijfer sluit aan bij mijn beeld in de praktijk dat zeer regelmatig gebruik wordt gemaakt van de afwijkingmogelijkheden die bepalingen van subjectief geclausuleerd dwingend recht bieden.

2. Toetsing

Ondanks de praktische relevantie van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht, wordt in de literatuur en jurisprudentie tot nu toe amper aandacht besteed aan dit type recht. Dat is, zeker gelet op de subjectiviteit van de hierboven genoemde voorwaarden, opvallend; over vervulling van die voorwaarden is namelijk veel discussie mogelijk. Hoe moet worden getoetst of aan die clausule is voldaan, en of dus sprake is van rechtsgeldige afwijking van driekwart dwingend recht: vol of marginaal?

Bij een marginale toetsing staat de rechter cao-partijen een zekere mate van beoordelingsvrijheid toe en is een rechter

⁷ *Kamerstukken II 2018-2019*, 35074, nr. 61; *Kamerstukken II 2016-2017*, 34699, nr. 3, p. 9-11; *Kamerstukken II 2013-2014*, 33818, nr. 7, p. 32.

⁸ G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 16.

⁹ *Cao-afspraken 2018* (rapportage van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), p. 59-62, bijlage bij brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 20 juni 2019 (*Kamerstukken II 2018/2019*, 29544, nr. 919).

terughoudender. Bij volle toetsing is dit anders en toetst een rechter indringender.

In de literatuur is over de toepassing van deze verschillende toetsingswijzen in het arbeidsrecht wel geschreven dat volle toetsing als uitgangspunt geldt, en dat “de vraag of de rechter de werkgever al dan niet een zekere mate van beoordelingsvrijheid toestaat, afhangt niet alleen van de precieze formulering van de norm, waarbij niet de eis geldt dat in die norm steeds iets als ‘naar zijn oordeel’ moet staan, maar ook – en wellicht vooral – van de aard van de besluitvorming.” Zo heeft een werkgever bijvoorbeeld een zekere mate van beleidsvrijheid ten aanzien van de te nemen maatregelen bij problematische bedrijfseconomische omstandigheden, en bij de beoordeling van het disfunctioneren van een werknemer.¹⁰

Bij marginale toetsing van cao-afwijkingen van driekwart dwingend recht is het weliswaar aan cao-partijen om i) te beslissen of zij afwijking van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht wenselijk achten, maar toetst de rechter terughoudend of ii) is voldaan aan de voorwaarden voor afwijking van driekwart dwingend recht en of dus rechtsgeldig kon worden afgeweken. In de literatuur is wel geschreven dat aannemelijk is dat de rechter enige terughoudendheid zal betrachten bij de beoordeling van de vraag of is voldaan aan subjectieve voorwaarden voor afwijking van driekwart dwingend recht.¹¹

Een reden voor marginale toetsing zou kunnen zijn dat cao-partijen het beste in staat zijn om te beoordelen of afwijking van driekwart dwingend recht in de sector wenselijk is. Een rechter zou daarom terughoudend moeten zijn in de toetsing. Dat argument gaat mijns inziens niet op.

Dat cao-partijen de sector (of de onderneming in geval van een ondernemings-cao) goed kennen leidt er mogelijk toe dat cao-partijen beter dan een rechter kunnen beoordelen of een afwijking wenselijk is (taak i). Dat kan voor de wetgever een reden zijn om een driekwart dwingende wetsbepaling te creëren, zodat cao-partijen van de wet kunnen afwijken als zij dat wenselijk achten. Dat cao-partijen de sector (of de onderneming) goed kennen, leidt er echter niet logischerwijs toe dat cao-partijen een zeer grote mate van beoordelingsvrijheid toekomt bij de beoordeling of is voldaan aan de door de wetgever gestelde grenzen voor afwijking van driekwart dwingend recht (taak ii), en dat een rechter op dat punt marginaal dient te toetsen. Dat cao-partijen de sector of onderneming goed kennen, zegt immers niets over de aard van de voorwaarden voor afwijking van driekwart dwingend recht waaraan moet worden getoetst.

De aard van de subjectieve voorwaarden in het hierboven weergegeven schema vergt geen grote mate van beoordelingsvrijheid voor cao-partijen en marginale toetsing door de rechter; of aan die voorwaarden is voldaan, kan de rechter goed beoordelen. De aard van die beoordeling is heel

anders dan de aard van de besluitvorming in de hierboven genoemde voorbeelden. De beoordeling of een werknemer disfunctioneert en of een werkgever wel de juiste bedrijfseconomische maatregelen neemt, is immers van een hele andere orde dan de beoordeling of, in het voorbeeld van artikel 7:628 lid 7 BW, een in de cao bepaalde functie ‘incidenteel van aard is en geen vaste omvang heeft’. De eerste twee beoordelingen vergen veel zicht op respectievelijk de werknemer en de onderneming. Voor de laatste beoordeling geldt dit niet of in mindere mate.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt ook niet dat de wetgever heeft beoogd dat een rechter terughoudend toetst of dat is voldaan aan de subjectieve voorwaarden, en dus of de afwijking rechtsgeldig is. Bij de wijziging van artikel 7:668a lid 13 BW werd in de parlementaire geschiedenis wel overwogen dat cao-partijen het beste in staat zijn om te beoordelen welke functies voor verkorting van de tussenpoos in de ketenregeling in aanmerking komen.¹² Daaruit volgt echter niet dat de wetgever aan cao-partijen veel ruimte heeft willen laten om te beoordelen of in een specifiek geval mag worden afgeweken (taak ii), en dus ook niet dat de rechter de rechtsgeldigheid van de afwijking marginaal moet toetsen. Er volgt enkel uit dat de wetgever heeft beoogd om binnen bepaalde grenzen aan cao-partijen ruimte te laten om van de wet afwijkende afspraken te maken. De toetsing door de rechter wordt daarin niet beperkt.

Om meerdere redenen is het verder juist wenselijk dat een rechter vol toetst of dat rechtsgeldig wordt afgeweken van subjectief geclausuleerd driekwart recht.

Het meest voor de hand liggende argument is dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat de wetgever heeft bedoeld dat marginaal moet worden getoetst aan bepalingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht, en dat de aard van de bepalingen dit ook niet vergt. In beginsel dient daarom vol te worden getoetst.

Een ander argument voor volle toetsing houdt verband met de afnemende organisatiegraad van vakbonden. Bij afwijking van driekwart dwingend recht wordt de werknemer door betrokkenheid van de vakbonden geacht te zijn beschermd tegen ongelijkheid ten opzichte van de werkgever. Bij een lage organisatiegraad kan die bescherming onder druk komen te staan. Bij subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht wordt dan mogelijk minder kritisch bezien of wel aan de subjectieve voorwaarden voor afwijking is voldaan.

In de literatuur is ook wel geschreven dat er, gelet op de afnemende organisatiegraad van vakbonden, reden is om te betwijfelen of de werknemer wel voldoende wordt beschermd.¹³ Verder is in de literatuur een voorbeeld beschreven van een ‘one issue cao’, waarin enkel een versoepeling van de wettelijke ketenregeling werd overeengekomen en waarin dus niets gunstigs voor de werknemers werd bedongen in ruil daarvoor.¹⁴ Uit dat voorbeeld blijkt wel dat de

10 R.A.A. Duk, “Een zekere mate van beoordelingsruimte”, en het bewijsrecht bij de beoordeling van een “redelijke grond” voor ontslag, *ArbeidsRecht* 2018/42.

11 E. Verhulp, commentaar op artikel 7:668a BW, aant. 6, in: J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter & E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

12 *Kamerstukken II* 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 14-15.

13 Zie bijvoorbeeld F.J.L. Pennings, ‘Driekwart dwingend recht: de werknemer voldoende beschermd?’, *TRA* 2012/43.

14 S.F. Sagel, ‘Column’, *TRA* 2017/13.

betrokkenheid van vakbonden niet steeds afdoende is om de werknemersbelangen te beschermen.

Alles overwegend moet de rechtsgeldigheid van afwijkingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht dan ook vol door de rechter worden getoetst.

3. Tot slot: mogelijkheden waarborging rechtsgeldigheid buiten rechte

Ondanks het groeiende aantal bepalingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht in het afgelopen decennium, is er vrijwel geen jurisprudentie over of aan de subjectieve voorwaarden voor afwijking is voldaan. De toetsing aan de rechtsgeldigheid van een afwijking van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht lijkt daarom, voor zover dat gebeurt, in de praktijk vooral bij cao-partijen te liggen. Om de hiervoor genoemde redenen acht ik dat niet wenselijk. Het is daarom van belang dat wordt onderzocht hoe de toetsing van de rechtsgeldigheid van een afwijking van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht, kan worden geborgd. Als voorzet zie ik daar in ieder geval de volgende mogelijkheden toe.

Allereerst zouden clausules zo min mogelijk subjectief geformuleerd dienen te worden, bijvoorbeeld enkel als een voorwaarde niet objectief kan worden geformuleerd of als een objectieve formulering afbreuk zou doen aan de mogelijkheid voor cao-partijen om maatwerk te creëren. Een zo veel mogelijk objectieve formulering maakt toetsing van de cao-bepalingen aan de wet immers voorspelbaarder en komt de rechtszekerheid ten goede.

Voorts kan worden onderzocht in hoeverre bij algemeenverbindendverklaring van cao-afwijkingen van subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht, wordt getoetst of is voldaan aan de voorwaarden daarvoor. Zo nodig kan naar aanleiding daarvan het toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen op dit type recht worden aangepast.

Pennings deed eerder enige voorstellen om werknemersbescherming te waarborgen bij afwijking van driekwart dwingend recht in het algemeen.¹⁵ Enkele instrumenten die hij noemde, kunnen ook nuttig zijn met betrekking tot subjectief geclausuleerd driekwart dwingend recht in het bijzonder. Pennings stelde bijvoorbeeld voor om afwijkingen van driekwart dwingend recht bij te houden in een openbaar register en cao-partijen te verplichten een toelichting op de afwijking in de cao op te nemen. Dit zou cao-partijen nopen tot scherpere formulering. Mogelijk leidt het ook tot beter gemotiveerde en geformuleerde bepalingen in cao's.

Uit de tekst van artikel 7:668a lid 5 BW lijkt nu al een motiveringsplicht te volgen. Een deel van de clause is namelijk dat 'uit de cao blijkt' dat voor de bij die cao aangewezen functies of functiegroepen, de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering de verlenging van de ketenregeling vereist.

4. Conclusie

Het afgelopen decennium zijn diverse bepalingen van geclausuleerd driekwart dwingend recht in de wet opgenomen. Geclausuleerd driekwart dwingend recht stelt cao-partijen in staat om binnen bepaalde grenzen maatwerk toe te passen. In een procedure moet, naar mijn mening, vol worden getoetst of aan de subjectieve voorwaarden voor afwijking van driekwart dwingend recht is voldaan. Gelet op de toename van geclausuleerd dwingend recht, is het naar mijn mening wenselijk dat wordt onderzocht hoe de voldoening aan subjectieve clausules in driekwart dwingend recht, goed kan worden gewaarborgd.

15 F.J.L. Pennings, 'Driekwart dwingend recht: de werknemer voldoende beschermd?', *TRA* 2012/43.