



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Tien gedachten over het arbitraal beding en het arbeidsrecht

Boot, G.C.

Citation

Boot, G. C. (2024). Tien gedachten over het arbitraal beding en het arbeidsrecht. *Arbeidsrecht*, 2024(10), 22-25. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4209608>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4209608>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Tien gedachten over het arbitraal beding en het arbeidsrecht

ArbeidsRecht 2024/42

Zolang de wetgever art. 6:245 BW niet wijzigt, is een arbitraal beding in een arbeidsovereenkomst gewoon geldig, behoudens de onaanvaardbaarheidsdrempel van art. 6:248 lid 2 BW. Die conclusie moet uit een recent arrest van de Hoge Raad hierover worden getrokken.

1. Kernvraag

Is het mogelijk om in een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig overeen te komen dat geschillen niet aan de overheidsrechter kunnen worden voorgelegd, maar voor de arbiter moeten worden gebracht, en zo ja welke eisen gelden er dan om zo'n arbitraal beding geldig overeen te kunnen komen? Dat is de vraag die heeft geleid tot een gedachtewisseling in de juridische literatuur en vervolgens tot het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 2024 inzake *X/Ernst & Young*.²

2. De casus

X was sinds 2014 partner bij Ernst & Young³ (EY) en kreeg daar in 2018 een arbeidsconflict.⁴ EY zegde de overeenkomst per 1 juli 2021 op, en X (verder: de partner) vocht die opzegging aan, stelde dat hij met EY (ook) een arbeidsovereenkomst had en dat die arbeidsovereenkomst op ongeldige wijze was beëindigd. Op die basis verzocht hij primair vernietiging van de opzegging met doorbetaling van loon, subsidiair veroordeling van EY tot betaling van een transitievergoeding en een billijke vergoeding en meer subsidiair (alleen) betaling van loon vanaf 1 juli 2021. EY verweerde zich, door allereerst aan te voeren dat de kantonrechter onbevoegd was van dit verzoek kennis te nemen, omdat in de *AN Admission Agreement* (met verwijzing naar de *Fundamental Rules* van EY) een arbitragebeding was opgenomen (art. 1022 Rv). De kantonrechter honoreerde dat verweer en besliste, mondeling op grond van art. 30p Rv, onbevoegd te zijn. Aan een inhoudelijke beoordeling of de *Admission Agreement* een arbeidsovereenkomst was of niet, kwam de

kantonrechter met de uit één alinea bestaande motivering niet toe.

In het door de partner ingestelde appel bekrachtigde het Hof Den Haag de Rotterdamse beschikking. Het hof verwierp de eerste grief, inhoudend dat eerst onderzocht had moeten worden of sprake was van een arbeidsovereenkomst, alvorens uitspraak te doen over de geldigheid van het arbitraal beding. De stelling van de partner was daarbij dat voor de geldigheid van een arbitraal beding in een arbeidsovereenkomst, zwaardere eisen gelden dan daarbuiten. Dit betoog werd door het hof niet gevolgd: ook een geschil over de kwalificatie van een rechtsverhouding valt binnen het bereik van het arbitraal beding. Voor de beoordeling van de geldigheid van een arbitraal beding in een overeenkomst maakt het niet uit of die overeenkomst een arbeidsovereenkomst is of niet. Het hof volgde de partner ook niet in diens betoog dat het arbitraal beding alleen betrekking had op de rechtsverhouding tussen de partners en zijn bv's en EY, en niet op de (naar zeggen van de partner) tussen de partner en EY geldende arbeidsovereenkomst. Het hof legde de *AN Admission Agreement* zo uit, dat het arbitraal beding betrekking heeft op de gehele rechtsverhouding tussen EY, de partner en diens bv. Ook achtte het hof, gelet op de totstandkoming van het partnerschap van de partner, het beroep van EY op het arbitraal beding niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. In cassatie gaat het (alleen) over de al dan niet geldigheid van het arbitraal beding, en de proceskostenveroordeling van de partner en dus niet over de vraag of de partner een arbeidsovereenkomst had. Die laatste twee aspecten laat ik hier verder buiten beschouwing.

3. Conclusie A-G De Bock (i)

A-G De Bock komt, zoals wij van haar gewend zijn, met een doorwrochte conclusie. Die begint met de constatering dat de wet (art. 1020 Rv) en de rechtspraak van de Hoge Raad, arbitrage in het arbeidsrecht toelaten, en eindigt met een oproep tot verwerping van de cassatieklachten. Daaraan voorafgaand schetst zij het in de juridische literatuur gevoerde debat, naar aanleiding van jurisprudentie en gewijzigde wetgeving. De Hoge Raad volgt De Bock en doet de zaak af met toepassing van art. 81 lid 1 RO. Op dat laatste kom ik zo dadelijk nog terug.

4. ABN AMRO/Teisman

Nadat de Hoge Raad al in 1973⁵ oordeelde dat arbitrage over de ontbinding van een arbeidsovereenkomst mogelijk was,

¹ Prof. mr. G.C. (Gerrard) Boot is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en raadshere bij het Gerechtshof Amsterdam.

² HR 2 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:151 (*X/Ernst & Young*).

³ De formele contractspartner van de partner was – zo begrijp ik uit de stukken – EY Advisory Netherlands LLP, nadat aanvankelijk was gecontracteerd met Ernst & Young Accountants LLP. Met EY Advisory Netherlands LLP was een *AN Admission Agreement* gesloten door de partner als ook de bv van de partner. Omwille van de leesbaarheid heb ik het verder over EY.

⁴ Over de aanleiding van het vertrek van de partner schreven J. Leyten op 5 juli 2021 in *NRC Handelsblad* en J. Rietbroek op 27 juli 2021 in *Advocatie*. Over de afgifte van onderzoeksgegevens werd geprocedeerd ten overstaan van de kortgedingrechter in Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2021:7210), in hoger beroep Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2022:2503). Aan deze bronnen is de korte omschrijving van de achtergrond van de zaak ontleend.

⁵ HR 14 december 1973, NJ 1974/92, m.nt. Stein.

oordeelde de Hoge Raad in 2003⁶ dat ABN AMRO een beroep kon doen op een arbitraal beding dat was opgenomen in de cao die in de arbeidsovereenkomst van Teisman (een ongebonden werknemer) was geïncorporeerd. Dat betekende dat Teisman dat geschil niet bij de kantonrechter aanhangig kon maken. Zij had namelijk een door ABN AMRO opgestelde arbeidsovereenkomst ondertekend, in welke arbeidsovereenkomst een cao van toepassing werd verklaard. Uitsluitend in die cao was opgenomen dat geschillen over de toepassing daarvan aan een arbitraal college moesten worden voorgelegd. De Hoge Raad overwoog:

“Art. 14 Wet CAO verplicht een werkgever die door een collectieve arbeidsovereenkomst gebonden is, tijdens de duur van die overeenkomst haar bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de collectieve arbeidsovereenkomst bedoeld, welke hij aangaat met werknemers die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn, zulks tenzij bij de collectieve arbeidsovereenkomst anders is bepaald. Deze verplichting, die slechts geldt tegenover de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst, is beperkt tot bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden, met welke beperking de wetgever (...) tot uitdrukking heeft willen brengen dat de verplichting zich niet uitstrekt tot bepalingen omtrent arbitrage. Anders dan de Rechtbank heeft aangenomen, geeft echter ook deze bepaling geen grond om aan te nemen dat, wanneer een werkgever en een niet gebonden werknemer, als bedoeld in art. 14, overeenkomen dat een collectieve arbeidsovereenkomst waarin een arbitraal beding voorkomt, op hun arbeidsverhouding van toepassing zal zijn, het arbitrale beding, in afwijking van de algemene bepalingen van boek 4 Rv., tussen hen slechts gaat gelden indien de werknemer een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring jegens de werkgever heeft afgelegd. Te minder is er grond om deze eis te stellen, nu zij ook niet wordt gesteld in art. 9.”

Hiermee stelde de Hoge Raad dus heel lichte eisen aan de gebondenheid van de werknemer aan een arbitraal beding.

5. Kritiek op ABN AMRO/Teisman

Mede geïnspireerd door het proefschrift van De Laat⁷ toonde ik mij in 2018 kritisch over het arrest *ABN AMRO/Teisman*.⁸ Ik betoogde dat de Teisman-leer, hetzij door de Hoge Raad hetzij door de wetgever, verlaten zou moeten worden, en wel – kort samengevat – vanwege de volgende redenen: (i) van het kunnen inschakelen van de overheidsrechter kan alleen afstand worden gedaan als dat ‘vrijwillig en ondubbelzinnig’ gebeurt; naar moet worden aangenomen is aan beide vereisten door Teisman niet voldaan, want om

in dienst te kunnen komen van ABN AMRO had zij waarschijnlijk geen andere keuze dan het voorgelegde contract te ondertekenen, en naar moet worden aangenomen was zij zich er niet eens van bewust dat die arbeidsovereenkomst indirect een arbitraal beding bevatte; (ii) in het consumentenrecht zijn sinds 2015 (de totstandkoming van het nieuwe arbitragerecht) veel strengere eisen gaan gelden om een geldig arbitraal beding overeen te komen: de consument moet dat namelijk ná het ontstaan van het conflict expliciet bevestigen (en dat kan dus niet al bij het aangaan van de oorspronkelijke overeenkomst). Weliswaar is vanwege art. 6:245 BW de wettelijke bepaling waarin dat staat (art. 6:236n BW) op arbeidsovereenkomsten niet van toepassing, maar De Laat heeft overtuigend aangetoond dat de redenen op grond waarvan de wetgever destijds art. 6:245 BW invoerde, niet meer van toepassing zijn.

6. Weerlegging kritiek door Jovović en Zwemmer

Jovović en Zwemmer reageerden in dit tijdschrift op mijn kritiek.⁹ Zij wezen erop dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in arbeidskwesties niet zulke hoge eisen stelt aan het element ‘vrijwillig en ondubbelzinnig’ als ik dat deed, en wezen daarbij op de uitspraken *Pechstein* en *Mutu*. Beide topsporters (de schaatsster Claudia Pechstein en de voetballer Adrian Mutu) waren vanwege hun sportbeoefening gebonden aan een arbitraal beding, dat het uiteindelijk bij het *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS) bracht, en waar Pechstein een schorsing van twee jaar aan overhield, en Mutu een – vanwege cocaïne in zijn bloed – verplichting tot terugbetaling aan Chelsea van € 17 miljoen vanwege contractbreuk. Beiden hadden aangevoerd dat dit arbitraal beding niet geldig was, omdat zij er niet vrijwillig en ondubbelzinnig mee hadden ingestemd dan wel het TAS niet onafhankelijk zou zijn. Van Pechstein nam het EHRM¹⁰ aan dat het inderdaad geen ‘vrijwillige arbitrage’ was en dus moest worden getoetst aan art. 6 EVRM. Het EHRM oordeelde¹¹ (met twee van de zeven stemmen tegen) dat het *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS; in de Engelse versie: *Court of Arbitration for Sport*, CAS) voldoende onafhankelijk en onpartijdig was, ondanks de behoorlijke invloed van de nationale sportbonden op het aanwijzen van een groot deel van de arbiters. Het EHRM oordeelde unaniem dat de procedure bij het TAS ten onrechte met gesloten deuren had plaatsgevonden; ten onrechte, omdat het geschil ging over de feiten en de sancties voor Pechstein zeer belastend waren (ze tastten haar professionele eer en naam aan).¹² Desondanks werd Pechstein (met een meerderheidsbeslissing van vijf tegen twee) slechts een beperkte vergoeding van € 8.000 (in plaats van de verzochte ruim € 3 miljoen)

6 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, JAR 2003/40, m.nt. Thierry, NJ 2004/280, m.nt. Snijders.

7 De Laat, *Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht* (MSR nr. 70) 2016.

8 G.C. Boot, ‘Arbitrageclausules in arbeidsovereenkomsten’, TvA 2018/69.

9 M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, ‘Arbitrage en arbeidsrecht: over de toelaatbaarheid van arbitrage als vorm van geschillenbeslechting in het arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* 2019/43.

10 EHRM 2 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1002:JUD004057510, *EHRM* 2019/43, m.nt. Van Toor.

11 Ov. 147–159.

12 Ov. 182.

toegekend, omdat niet was gebleken dat behandeling van de zaak met open deuren tot een andere uitkomst had geleid, dan de nu opgelegde schorsing voor twee jaar.¹³ Van Mutu werd (met meerderheidsbeslissing van vijf tegen twee) niet eens aangenomen dat sprake was van een 'gedwongen arbitrage': Mutu had niet aangetoond dat hij, als hij de kost wilde verdienen met professioneel voetbal, niet anders kon dan het arbitraal beding aanvaarden.¹⁴ Zwemmer en Jovović trekken deze situatie van 'ongelijkwaardige' partijen door naar het arbeidsrecht en betogen dat het arrest *ABN AMRO/Teisman* wel in lijn is met de EHRM-jurisprudentie, maar onderschrijven desalniettemin dat de sociaaleconomisch zwakkere positie van de werknemer tegenover de werkgever zou moeten meebrengen dat strikte(re) voorwaarden zouden moeten gelden bij het overeenkomen van een arbitraal beding. Of aan werknemers dezelfde bescherming zou moeten toekomen als aan consumenten vinden zij een politieke vraag.

Het oordeel van het EHRM betekent dat een voor Pechstein 'gedwongen' arbitrage dus niet direct inhoudt dat het op basis daarvan gewezen arbitraal vonnis ongeldig is of vernietigd behoort te worden. Ook leert de *Pechstein*-uitspraak dat de oordelende overheidsrechter (in dit geval: het EHRM) zelf beoordeelt of de arbiters onafhankelijk en onpartijdig waren, in plaats van dat de stelplicht en bewijslast hieromtrent op degene rust die zich op die partijdigheid en afhankelijkheid beroept, terwijl dit laatste wel lijkt voort te vloeien uit art. 1065 Rv.

7. Conclusie A-G De Bock (ii)

A-G De Bock¹⁵ is het vooral met Jovović en Zwemmer eens, en een beetje met ondergetekende. Ik citeer haar:

"Er lijkt mij veel voor te zeggen om arbitrage- of bindend advies clausules die eenzijdig door de werkgever zijn opgesteld of die in een cao zijn opgenomen, niet uit te sluiten van een toetsing aan de regeling van algemene voorwaarden. Daarmee zou de bedenktijd van art. 6:236 sub n BW ook voor dergelijke clausules gaan gelden. Zo lang dit niet wettelijk is geregeld, zullen we het echter moeten doen met art. 6:248 lid 2 BW: is een beroep op de clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar? In dat kader kunnen alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, zoals de wijze van totstandkoming van de arbitrale clausule en de gevolgen van een beroep op de arbitrale clausule voor de werknemer. Verder kan bij de beoordeling worden betrokken de mate van afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever, de aard van de functie van de werknemer en diens sociaaleconomische positie,

de kosten van arbitrage en de financiële draagkracht van de werknemer en andere relevante feiten en omstandigheden."

8. Terug naar de casus

Wanneer de door Jovović en Zwemmer genoemde omschrijving ('de sociaal-economisch zwakkere positie van de werknemer') op de situatie van de partner bij EY (met een gemiddeld inkomen van € 46.000 bruto per maand) wordt toegepast, dan lijkt deze partner niet als eerste in aanmerking te moeten komen voor die extra bescherming. Daarmee maken 'de omstandigheden van het geval' niet dat in de situatie van de partner de conclusie moet worden getrokken dat het beroep op het arbitraal beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Zulks in tegenstelling tot het geschil beslecht door de Kantonrechter Amsterdam¹⁶ en bekrachtigd door Hof Amsterdam,¹⁷ waarbij de werknemer, die in een zeer slechte financiële situatie verkeerde, voor het kunnen voeren van de arbitrale procedure € 7.500 tot € 19.000 in depot zou moeten storten, hetgeen een onaanvaardbaar hoge drempel vormde.

9. Hoge Raad

Daar waar A-G De Bock in feite een oproep deed aan de wetgever om art. 6:245 BW aan te passen, deed de Hoge Raad de zaak af met toepassing van art. 81 lid 1 RO, te weten dat de cassatieklacht 'niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling'. Ik vind dat wel wat zuinig. Sinds het wijzen van *ABN AMRO/Teisman* in 2003 hebben toch echt rechtsontwikkelingen plaatsgevonden, zoals die in 2015 van het invoeren van art. 6:236n BW voor consumentenzaken. Indien dat voor de Hoge Raad geen aanleiding was om terug te komen op de eerdere jurisprudentie, dan had dat toch wel vermeld kunnen worden? Of houdt de Hoge Raad liever 'het kruut droog' voor een wat sprekendere zaak? Dat leidt dan toch wel tot onduidelijkheid, want wat vindt de Hoge Raad dan op dit moment van deze kwestie, anders dan dat de uitspraak van het gerechtshof in stand kan blijven? Ik wijs er daarbij op dat op de invoering van art. 81 RO (destijds art. 101a RO) felle kritiek kwam van de Nederlandse Orde van Advocaten.¹⁸ Die voerde aan dat de 'verkorte' motivering van art. 81 RO in feite een 'non-motivering' is, en daarmee in strijd met art. 121 Gw, inhoudend dat vonnissen moeten worden gemotiveerd. Dat betoog werd door het EHRM¹⁹ verworpen. Nu heb ik er alle begrip voor dat ter beteugeling van de werklust soms een verkorte motivering wordt gebruikt. Ik zou het echter zuiverder vinden dat dan dát argument gebruikt wordt, en niet het argument van het niet-nodig-zijn-vanwege-de-rechtsontwikkeling.

¹³ Ov. 194 en 195.

¹⁴ Schrijver dezes begon zijn amateurvoetballoopbaan bij DES '67 (Door Een-dracht Sterk) in Dirksland, en reeds het inschrijven als amateurvoetballer bij de KNVB betekent instemming met een arbitraal beding in geval van geschillen.

¹⁵ Concl. A-G De Bock 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1208.

¹⁶ Ktr. Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3653, JAR 2019/22, m.nt. Boot.

¹⁷ Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:230, JAR 2019/68.

¹⁸ Zie hierover *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/292.

¹⁹ EHRM 19 april 1994, NJ 1995/462 en EHRM 4 juli 2000, NJ 2001/401.

10. Hoe nu verder?

Of een in een arbeidsovereenkomst (direct of indirect) opgenomen arbitraal beding geldig is, moet worden getoetst aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW, te weten of het beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat is een strenge norm, en betekent waarschijnlijk dat alleen wanneer de arbitrale procedure een serieuze belemmering vormt om toegang te krijgen tot een eerlijke procedure uitgevoerd door een onafhankelijke beoordelaar, het beroep erop kans van slagen heeft.

Verder is het aan de wetgever om zich te buigen over art. 6:245 BW.