

Advies van de Geschillencommissie cao voor het Besloten Busvervoer

Een tweetal partijen bij de cao voor het Besloten Busvervoer (verder de cao) heeft zich gewend tot de Geschillencommissie als bedoeld in artikel 65 van de cao. Namens FNV aan de ene zijde heeft mr. F.A.A.C. Traa, advocaat te Utrecht, een brief, gedateerd 3 augustus 2015, en een drietal bijlagen overgelegd. In deze brief wordt de commissie gemotiveerd verzocht om bij wege van bindend advies uit te spreken dat (1) de in artikel 9 lid 3 van de cao voorgeschreven wijze van beloning van een rijdende M.U.P.-werknemer in strijd is met artikel 7:648 lid 1 BW en derhalve nietig is en (2) dat de beloning van de rijdende M.U.P.-medewerker dient te geschieden overeenkomstig bijlage 2 (bedoeld is bijlage 1). Namens KNV Bus aan de andere zijde heeft mr. P. J.M. Mommers, hoofd juridische zaken van KNV, een verweerschrift, gedateerd 23 oktober 2015, bij de commissie ingediend.

Partijen hebben over en weer bovengenoemde stukken ontvangen.

Beide betrokken partijen hebben ingestemd met het vragen van een bindend advies aan de Geschillencommissie.

Partijen hebben op vrijdag 20 november 2015 hun standpunt nader toegelicht, onder overlegging van een afschrift van de pleitaantekeningen. KNV Bus liet zich daarbij vertegenwoordigen door mr. Cahn en mr. Mommers. Namens FNV was aanwezig mevrouw B. Paas, vakbondsbestuurder. Zij werd bijgestaan door mr. Traa.

De eerste vraag die partijen hebben voorgelegd is de vraag of de in artikel 9 lid 3 van de cao voorgeschreven wijze van belonen van de rijdende M.U.P.-kracht in strijd is met artikel 7:648 BW en daarmee nietig is. FNV meent dat dit het geval is, KNV meent dat art. 9 cao niet strijdig met de wet is.

Artikel 9 van de cao luidt als volgt:

1. *De bepalingen van deze CAO zijn naar rato van het aantal gewerkte uren op M.U.P.-krachten van toepassing, met uitzondering van de artikelen 27, 28, 51, 52 en 53 en met inachtneming van de volgende leden van dit artikel.*
2. *De loonberekening geschiedt naar rato van het aantal gewerkte uren volgens artikel 19.*
- 3.a. *Het uurloon van een rijdende werknemer is gebaseerd op ten minste 5 ervaringsjaren van de bij de functie behorende loonschaal van de M.U.P.-kracht. Het uurloon is verhoogd met 8% vakantietoeslag en vervolgens met 10% wegens aanspraak op vakantiedagen en werkgelegenheidsdagen. Voor zover het rijdend personeel betreft, verdient de M.U.P.-kracht vanaf 1 januari 2015 tenminste per uur: het uurloon behorende bij schaal 5 zijnde € 13,36 x 108% x 110% = € 15,87. Zie verder bijlage 2 Lonen voor de rijdende werknemers. De werkgever is verplicht de M.U.P.-kracht conform de Wet betreffende verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds aan te melden als deelnemer bij het Pensioenfonds Vervoer. Even zo bevestigt hij e.e.a. aan het FSO-fonds en bevestigt deze meldingen schriftelijk aan de werknemer.*

- b. *Voor zover het niet rijdend personeel betreft, dient de M.U.P.-kracht te worden ingeschaald op basis van de loontabellen voor het niet rijdend personeel. Zie bijlage 2. Even zo geldt hier dat de werkgever verplicht is de M.U.P.-kracht conform de Wet betreffende verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds aan te melden als deelnemer bij het Pensioenfonds Vervoer. Even zo bevestigt hij hier e.e.a. aan het FSO-fonds en bevestigt deze meldingen schriftelijk aan de werknemer.*
4. *Vanaf 1 januari 2015 geldt dat ieder jaar dat een M.U.P.-dienstverband voortduurt in aanmerking genomen wordt als volledig ervaringsjaar.*
5. *Met ingang van 1-1-2014 zijn onderstaande regelingen van kracht:*
- a. *Het aantal uur dat door een werknemer beneden de AOW-gerechtigde leeftijd op basis van een M.U.P.-overeenkomst gewerkt mag worden, bedraagt maximaal 520 uur per kalenderjaar.*
- b. *Het aantal uur dat door een werknemer boven de AOW-gerechtigde leeftijd op basis van een M.U.P.-overeenkomst gewerkt mag worden bedraagt maximaal 1040 uur per kalenderjaar. Dit maximaal aantal te werken uren zal over een periode van 5 jaar met 208 uur per jaar worden afgebouwd.*
- c. *Voor de werknemers boven de AOW-gerechtigde leeftijd die momenteel in de sector besloten busvervoer op basis van een M.U.P.-overeenkomst werkzaam zijn, geldt eenzelfde afbouw van het maximaal aantal op jaarbasis te werken uren als onder punt b is aangegeven.*
6. *Bij aanbod van werk is de werkgever verplicht het werk eerst aan te bieden aan werknemers met een fulltime of parttime dienstverband voor onbepaalde tijd, alvorens het kan worden aangeboden aan fulltimers of parttimers met een dienstverband voor bepaalde tijd. Pas in laatste instantie mag het werk worden aangeboden aan M.U.P.-krachten en uitzendkrachten en personen welke inkomsten uit vroegere arbeid hebben conform de wet op de inkomstenbelasting.*
7. *De CAO zal de voorgenomen wetsaanpassing per 1 juli 2015 op het punt van de flexibiliteit en zekerheid volgen.*

De tweede vraag die aan de Geschillencommissie is voorgelegd is om uit te spreken dat de beloning van de rijdende M.U.P.-kracht dient te geschieden overeenkomstig bijlage 1 van het verzoekschrift. KNV meent dat de commissie op dit punt niet bevoegd is.

FNV meent dat het antwoord op de eerste vraag dient te luiden dat de geciteerde bepaling in strijd is met art. 7:648 BW en derhalve nietig is en voert daartoe - zakelijk weergegeven - het volgende aan:

- Een buschauffeur die als M.U.P.-kracht werkzaam is verdient een lager loon dan de buschauffeur die met dezelfde arbeidsomvang voor bepaalde of onbepaalde tijd in dienst is. Het verschil wordt veroorzaakt door het toekennen van minder verlofaanspraken.

- De arbeid die een M.U.P.-kracht feitelijk verricht als chauffeur van een touringcar is identiek aan de arbeid die de werknemer voor (on)bepaalde tijd verricht. Het kunnen weigeren van een oproep door

een M.U.P.-kracht levert - anders dan door KNV Bus wordt beweerd - geen valide argument op om een lager loon aan een M.U.P.-kracht toe te kennen.

- Omdat M.U.P.-krachten doorgaans parttime werken levert het verschil in arbeidsduur een verboden onderscheid op in arbeidsduur in de zin van artikel 7:648 BW.

- Ter onderbouwing van het door FNV ingenomen standpunt wordt gewezen op de Memorie van Toelichting bij de Wet Onderscheid naar Arbeidsduur (1996) en een advies van de Emancipatieraad van december 1992.

- Artikel 7:648 BW bestaat uit een tweetal elementen: het verbod om onderscheid te maken op grond van arbeidsduur én de mogelijkheid om - zo er onderscheid gemaakt wordt - dit objectief te rechtvaardigen. Voor het eerstgenoemde element wordt verwezen naar hetgeen is opgenomen in de bij het voorgaande punt aangehaalde Memorie van Toelichting, de jurisprudentie, waaronder met name: Hof van Justitie EG, 15 december 1994 (Lengerich/Helmig, JAR 1995/36) en het Hof Den Haag, 9 juli 2013, nr. 200.108.849-01. Uit het voorgaande concludeert FNV dat (a) de totale beloning voor één gewerkt uur voor de M.U.P.-kracht hetzelfde moet zijn als de beloning die de reguliere werknemer ontvangt en (b) dat voor wat betreft de beloning, als tegenprestatie voor de verrichte arbeid, gekeken zal moeten worden naar de beloning per uur, inclusief vakantietoeslag, vakantiedagen en werkgelegenheidsdagen. Dat de M.U.P.-kracht op zijn uurloon minder verlofaanspraken krijgt toegekend dan de werknemer die voor on- of bepaalde termijn in dienst is leidt alles overziende tot de vaststelling dat sprake is van een onderscheid in beloning. Voor het tweede element van artikel 7:648 BW - is er sprake van een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid - stelt FNV dat zij de door KNV Bus gegeven rechtvaardiging, te weten de behoefte aan flexibiliteit en het duurder worden waardoor er in mindere mate beroep op de M.U.P.-kracht gedaan wordt, niet volgt. Enerzijds wordt gewezen op de omvang van het aantal medewerkers met een M.U.P.-contract in de touringcarsector. Anderzijds wordt de hiervoor genoemde Memorie van Toelichting aangehaald: *“aangetoond moet kunnen worden dat een handelwijze verklaard kan worden door factoren die niets van doen hebben met ongerechtvaardigd onderscheid”* en worden de door het Hof van Justitie EG in haar arrest van 13 mei 1986 (Bilka/Weber, JUR 1986, 1607) ontwikkelde criteria (legitimititeit, doelmatigheid en proportionaliteit) naar voren gebracht. Aan de hand van de hiervoor aangegeven uitgangspunten concludeert FNV dat in de voorgelegde situatie het gemaakte onderscheid in beloning niet door de beugel kan. Flexibele inzetbaarheid en het budget zijn geen legitieme doelen en leveren bijgevolg geen objectieve rechtvaardigingsgrond op, zo wordt gesteld. Een en ander leidt tot de vaststelling dat het gemaakte onderscheid in beloning in strijd is met de wet en dat om die reden artikel 9 lid 3 sub a van de cao buiten beschouwing dient te worden gelaten.

- Het standpunt van KNV Bus dat de Geschillencommissie niet bevoegd is om te bepalen dat de beloning van de M.U.P.-kracht dient te geschieden op basis van het gestelde in bijlage 1 van het verzoekschrift wordt - anders dan in 1^e instantie verzocht - door FNV onderschreven nu de Geschillencommissie “slechts” tot taak heeft om bij wege van bindend advies uitspraak te doen over de uitleg en de toepassing van de cao voor het Besloten Busvervoer. Daarmee hoeft de commissie zich niet te buigen over de tweede vraag en kunnen de verdere stellingen ter zake onbesproken blijven.

- Naar aanleiding van de stelling van KNV Bus, dat er bij de toepassing van de nieuwe berekeningswijze (als bedoeld in bijlage 1 van het verzoekschrift) sprake zou zijn van een onterechte dubbele vergoeding van werk van een M.U.P.-kracht tijdens doordeweekse feestdagen, geeft FNV

aan dat het onderhavige geschil de opslag van 10% op het uurloon in verband met de vakantiedagen en werkgelegenheidsdagen betreft.

Voor zover een en ander voor de besluitvorming van de commissie relevant werd geacht, werd - zakelijk samengevat - namens KNV Bus het volgende naar voren gebracht:

- Er is geen sprake van een ongelijkheid in beloning, evenmin is er sprake van verboden onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur. Uitgangspunt van het gestelde in artikel 7:648 BW is dat sprake dient te zijn van gelijke arbeid. In bredere zin is daar, gezien de door zowel de werkgever (behoefte aan flexibele arbeidskrachten) als de werknemer (vrijheid om de rit te weigeren) gewenste flexibiliteit, geen sprake van. Aanvullend wordt gewezen op de inzetbeperking van M.U.P.-krachten in artikel 9 leden 5 (beperking inzeturen M.U.P.-kracht) en 6 (volgorde van het aanbieden van werk). Beargumenteerd wordt dat deze bepalingen steun geven aan het standpunt dat sprake is van andere arbeid in bredere zin. Nu cao-partijen vrij zijn om overeen te komen dat verschillende arbeid op andere wijze wordt beloond, zoals in deze het geval is, is er geen sprake van rechtsongelijkheid en moet het verzoek van FNV om te bepalen dat artikel 9 lid 3 in strijd is met artikel 7:648 lid 1 BW, en nietig zou zijn, worden afgewezen.
- Voor zover de commissie van mening mocht zijn dat er wel sprake is van een verboden onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur ziet KNV in de onder het voorgaande punt besproken flexibiliteit voor zowel de werkgever als de werknemer een objectieve rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 7:648 lid 1 BW. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de inzet van M.U.P.-krachten in de loop der tijd beperkt is. Gewezen wordt op (a) de verplichting om een oproepkracht ten minste 3 uur per oproep te betalen, (b) de inzetbeperking in de cao tot maximaal 520 uur per jaar voor M.U.P.-krachten beneden de AOW-gerechtigde leeftijd en van maximaal 1040 uur per jaar (inclusief een afbouwregeling van 208 uur per jaar) voor M.U.P.-krachten boven de AOW-gerechtigde leeftijd en (c) de wijze waarop naar aanleiding van de uitspraak van de geschillencommissie de ervaringsjaren voor parttime medewerkers berekend dienen te worden. Dit alles maakt de M.U.P.-kracht alsmaar duurder en leidt uiteindelijk tot minder inzet van M.U.P.-krachten en een keuze voor het meer inzetten van uitzendkrachten en zzp-ers.
- De huidige regeling ten aanzien van de beloning van de M.U.P.-kracht biedt in afdoende mate duidelijkheid. Het is aan cao-partijen om te onderhandelen over de wijze van berekenen van het loon van de M.U.P.-kracht. Anders dan FNV aangeeft is van onderhandelingen op dit punt naar de mening van KNV Bus geen sprake geweest.
- Een fors deel van de bedrijfsvoering in de touringcarsector is afhankelijk van de inzet van M.U.P.-krachten. M.U.P.-krachten hechten aan de vrijheid om oproepen van de werkgevers om een rit uit te voeren te kunnen weigeren. Om die reden wordt niet of nauwelijks een beroep gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Een formele (parttime)arbeidsovereenkomst brengt immers met zich mee dat een ritopdracht niet meer geweigerd mag worden.
- De lagere beloning is vanuit het gezichtspunt van de werkgevers gerechtvaardigd. Het kost meer moeite om de planning rond te krijgen. Het is bewerklijker en duurder. Dit rechtvaardigt een andere beloning.
- Artikel 9 lid 3 is jarenlang getoetst door het Ministerie van SZW en zonder bezwaren algemeen verbindend verklaard. Dit bevestigt de juistheid van de door KNV Bus ingenomen stellingen.
- KNV Bus ziet het als noodzakelijk dat werkgevers kunnen beschikken over flexibele arbeid tegen iets lagere kosten. Dit dient voor de toekomst behouden te blijven.

Op uitnodiging van de voorzitter hebben partijen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om kort in te gaan op elkaars standpunten. Mr. Mommers geeft aan dat zijns inziens met name de vrijheid die M.U.P.-krachten hebben om een rit af te wijzen een verschil in de aard van de arbeid tussen een M.U.P.-kracht en een reguliere werknemer oplevert. Mr. Traa brengt naar voren dat de door mr. Mommers aangevoerde vrijheid van een M.U.P.-kracht om een rit te weigeren zijn inziens een schijnvrijheid betreft. Hij ziet in dit argument geen objectieve rechtvaardiging. Tussen de arbeid van de M.U.P.-kracht en een andere werknemer zelf kan immers geen onderscheid worden vastgesteld. De heer Cahn wijst op de gevolgen die een duurdere M.U.P.-kracht zal hebben: meer zzp-ers en uitzendkrachten. Mevrouw Paas ziet dat anders en wijst op het grote aantal M.U.P.-krachten en de enorme flexibiliteit die dat voor de werkgevers met zich meebrengt.

De commissie overweegt met betrekking tot de eerste vraag het volgende:

- Artikel 7:648 BW schrijft voor dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voorgezet dan wel opgezegd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

- De werkzaamheden die door een M.U.P.-kracht worden uitgevoerd zijn niet anders dan die door een werknemer met een parttime of fulltime dienstverband worden uitgevoerd. Voor de beloning is niet de status of contractvorm van de werknemer, maar de verrichte arbeid bepalend. Het door KNV Bus ingenomen standpunt dat er geen sprake is van gelijke arbeid wordt op grond van het hiervoor gestelde afgewezen.

- Onderscheid naar een verschil in arbeidsduur kan objectief gerechtvaardigd zijn. In verband met de beoordeling daarvan zijn in de rechtspraak een aantal uitgangspunten ontwikkeld:

- a. Een objectieve rechtvaardiging houdt in dat moet worden aangetoond dat een handelwijze verklaard kan worden door factoren die niets van doen hebben met ongerechtvaardigd onderscheid.
- b. Voor de toetsing van de vraag of er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond dienen als criteria legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. De voor het doel gekozen middelen dienen te beantwoorden aan de werkelijke behoefte, de gekozen middelen moeten geschikt zijn om dat doel te bereiken en moeten daarvoor ook noodzakelijk zijn.

c. Voor een gemaakt onderscheid zullen steeds goed onderbouwde specifieke argumenten moeten worden geleverd. Te algemene argumenten, het enkele argument van kostenbesparing of budgettaire redenen zullen in het algemeen niet kunnen dienen als een rechtvaardigingsgrond.

- De door KNV Bus aangevoerde rechtvaardigingsgronden voor het maken van een onderscheid in de beloning van een M.U.P.-kracht en een werknemer met een parttime of fulltime dienstverband, te weten flexibiliteit en kostenbeperking, acht de commissie geen of onvoldoende objectieve rechtvaardigingsgronden. In het flexibiliteit-argument wordt onvoldoende reden gezien om een objectieve rechtvaardiging aan te nemen; er wordt niet voldaan aan de in de rechtspraak geformuleerde criteria van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Kostenbeperking op zich, als door KNV Bus bepleit, wordt, mede gelet op de rechtspraak, evenmin als een voldoende doorslaggevend argument gezien om een objectieve rechtvaardigingsgrond aan te nemen.

Gelet op de voorgaande overwegingen, acht de commissie de in artikel 9 lid 3 van de cao voorgeschreven wijze van belonen van de rijdende M.U.P.-kracht in strijd met artikel 7:648 lid 1 BW. De wet verbindt hier gezien het bepaalde in artikel 7:648 lid 2 BW de consequentie van nietigheid aan. Dit betekent dat naar het oordeel van de commissie het bepaalde in art. 9 lid 3 onder a cao, (kort samengevat: 10% toeslag als compensatie voor vakantie) leidt tot een ongerechtvaardigd onderscheid in beloning tussen M.U.P-ers en werknemers met een parttime of fulltime dienstverband en dat dat deel van de bepaling derhalve nietig is.

De commissie overweegt met betrekking tot de tweede vraag het volgende:

Beide partijen zijn het er over eens dat de vraag om uit te spreken dat de beloning van de rijdende M.U.P.-kracht dient te geschieden overeenkomstig bijlage 1 van het verzoekschrift niet wordt voorgelegd aan de Geschillencommissie. Nu het oordeel van de commissie in deze niet meer gevraagd wordt, onthoudt zij zich van het doen van een uitspraak.

Dit advies is gegeven op 6 januari 2016 door F. Beentjes, mr. R. van Oostrom, mr. A.E.M. Draisma-Monté en mr. P. Voncken, als leden en ondertekend door mr. E. Verhulp als voorzitter en mr. O. Weterings als secretaris van de Geschillencommissie cao voor het Besloten Busvervoer.