

ARTIKEL

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

Mr. L.C.J. Sprengers

1 Inleiding

In het voorjaar van 2021 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen die grotendeels betrekking hadden op de naleving van cao-bepalingen.¹ In ArA² heeft Cara van den Bor de betekenis van deze arresten reeds besproken, met name voor wat betreft de nadere uitleg die in deze arresten wordt gegeven aan de uitleg van de overweging uit CNV/Pennwalt dat een vordering van een werknemersorganisatie alleen betrekking kan hebben op werknemers die daarop aanspraak kunnen en willen hebben.³ Van den Bor concludeert dat het oordeel van de Hoge Raad dat de wensen/kunnen-clausule niet inhoudt dat een toewijzing van een vordering tot nakoming van cao-verplichtingen door de werkgever afhankelijk dient te worden gesteld van de wens van werknemers tot nakoming van de gevorderde prestaties, strookt met het idee van de hegemonie van het collectieve contract over de individuele overeenkomst en met het systeem van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV). Hetzelfde geldt voor een paritair orgaan met als taak het toezien op de naleving van de cao dat bij cao door cao-partijen is ingesteld, zoals blijkt uit het arrest Inforcontracting/SNCU.

In dit laatste arrest wordt ook aandacht besteed aan de wijze waarop bepaald moet worden of een meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen onder de werkingssfeer van een cao valt. Een vereiste dat artikel 2 Wet AVV stelt voor het algemeen verbindend kunnen verklaren van cao-bepalingen en waaraan nadere uitwerking is gegeven in het Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (hierna: Toetsingskader).⁴ Op dit onderdeel van de overwegingen in het arrest Inforcontracting/SNCU van de Hoge Raad wil ik in deze bijdrage nader ingaan. Tevens zal ik aandacht besteden aan de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS, hierna ook: de Afdeling) van eind

1 HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413 (FNV/Vennootschap X); HR 19 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 (Inforcontracting/SNCU).

2 C. van den Bor, Naleving van cao-bepalingen, ArA 2021/2, p. 52-74.

3 HR 19 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532 (CNV/Pennwalt).

4 Stcrt. 2010, 13489, laatstelijk gewijzigd Stcrt. 2019, 38118.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

2019 over de besluiten van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) om geen dispensatie te verlenen van de cao voor uitzendkrachten (ABU-cao) bij het besluit tot algemeenverbindendverklaring (avv). Ook komt aan de orde de rechtspraak nadien uit 2021 over de dispensatie van de cao Particuliere beveiliging. Het meerderheidsvereiste, een representativiteitseis die aan een cao wordt gesteld om voor avv in aanmerking te kunnen komen, en de condities waaronder dispensatie verleend kan worden in het kader van de avv van bepalingen van een cao, zijn bepalende factoren voor de werking van het avv-stelsel. Deze bepalen de hegemonie van een cao in een bedrijfstak, een belangrijk aspect van het in Nederland van toepassing zijnde cao-recht.

Ik ga hierna allereerst in op de uitwerking van regelgeving over deze onderwerpen in de wet en het Toetsingskader. Daarna sta ik in paragraaf 3 stil bij de uitleg die in het Inforcontracting/SNCU-arrest gegeven wordt aan de bepaling of voldaan is aan het meerderheidsvereiste en hoe deze uitleg zich verhoudt met het geschetste juridische kader. Vervolgens schets ik de gevallen waarin de ABRvS in zijn uitspraken uit 2019 de besluiten tot het niet verlenen van dispensatie wel en niet in stand heeft gelaten (paragraaf 4), om vervolgens te beoordelen wat de betekenis van deze uitspraken kan zijn voor de uitleg van het Toetsingskader (paragraaf 5). In paragraaf 6 neem ik de rechtspraak uit 2021 over de dispensatie van de cao Particuliere beveiliging onder de loep, om af te sluiten met de conclusies (paragraaf 7).

2 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen

De avv is een ingrijpende maatregel. Ze heeft tot gevolg dat zowel de individuele als de collectieve contractsvrijheid voor werkgevers en werknemers over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden verloren gaat, althans gedurende de looptijd van de avv.⁵ Avv draagt bij aan de hegemonie van de cao in een bedrijfstak. Er is een toetsingskader opgesteld dat door de minister wordt gehanteerd en waarin de criteria zijn neergelegd waaraan een cao moet voldoen om voor avv in aanmerking te komen, alsook de criteria waaraan een cao moet voldoen om dispensatie te krijgen van de avv van een cao. Deze criteria zijn in de loop van de tijd een aantal malen gewijzigd naar aanleiding van de discussie over de mate waarin de minister zich over de inhoud van arbeidsvoorwaarden opgenomen in de cao's diende te buigen en de ruimte die er diende te zijn voor afwijking van een avv-cao.⁶ Hierna wordt hetgeen in het Toetsingskader is opgenomen over de twee begrippen die in dit artikel centraal staan, toegelicht.

5 A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 610.

6 Zie hierover A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 165-195; E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 205-208.

Mr. L.C.J. Sprengers

2.1 *Meerderheidsvereiste*

Een wettelijk vereiste (artikel 2 lid 1 Wet AVV) om cao-bepalingen algemeen ver^V bindend te kunnen verklaren is dat de bepalingen van een cao in het gehele land of een gedeelte daarvan dienen te gelden voor een meerderheid van in een bedrijfstak werkzame personen. In artikel 2 Wet AVV staat de ‘in een bedrijf werkzame personen’. Hoewel het begrip ‘bedrijf’ anders suggereert, gaat het om de meerderheid van in een bedrijfstak werkzame personen. In artikel 2 lid 1 Wet AVV is toegevoegd dat het aan het oordeel van de minister is om te bepalen of er sprake is van een belangrijke meerderheid om tot avv over te gaan. Uit het feit dat in de wet sprake is van ‘naar het oordeel van de minister’ komt tot uiting dat er sprake is van beleidsvrijheid voor de minister bij deze beoordeling. Er is sprake van een discretionaire bevoegdheid. De wettekst koppelt die beleidsvrijheid aan het oordeel van de minister of de meerderheid belangrijk genoeg is om tot avv over te gaan. Of er sprake is van een meerderheid, is echter een objectieve norm die valt onder de gebonden beoordelingsruimte van de minister.⁷

Hoe deze beleidsvrijheid wordt gehanteerd, is door de minister uitgewerkt in het Toetsingskader. In paragraaf 4.1 van het Toetsingskader wordt nader uitgewerkt hoe de representativiteit wordt berekend: het aantal personen werkzaam bij werkgevers gebonden door de cao, die naar de aard van hun functie respectievelijk werkzaamheden – met inachtneming van Wet CAO – binnen de werkingssfeer van de cao vallen, uitgedrukt in een percentage van het totale aantal personen die binnen de werkingssfeer van de cao zouden vallen.

Uit deze bepaling blijkt dat niet van doorslaggevend belang is hoeveel werknemers in een sector als lid van een werknemersorganisatie aan de cao gebonden zijn, immers ook de artikel 14-werknemers tellen mee.⁸ Dit zijn de werknemers werkzaam bij een werkgever die aan de cao is gebonden. Dit is anders dan in artikel 9 Wet CAO, waar het gaat om zij die ‘betrokken’ zijn bij de cao, wat met zich brengt dat de overige bepalingen van de Wet CAO, zoals bijvoorbeeld de nietigheidssanctie van artikel 12, voor hen gelden. Met name ten aanzien van de werkgevers die niet als cao-partij de cao toepassen, is het vaak moeilijker om met exacte cijfers te onderbouwen om hoeveel werknemers het gaat ten behoeve van de vaststelling of de meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen onder de werking van de cao valt.

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een belangrijke meerderheid moet dus inzichtelijk gemaakt worden:

- hoeveel werknemers er werkzaam zijn bij de werkgevers die aan de cao-gebonden zijn als lid van de werkgeversvereniging die de cao heeft ondertekend of door ondertekening van de cao zelf;

7 P.J. Huisman & N. Jak, Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit, NTB 2019/20.

8 Ook door de Hoge Raad aanvaard in HR 10 juni 1983, NJ 1984/147.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

- hoeveel werknemers er in totaliteit werkzaam zijn in een bedrijfstak of, nauwkeuriger geformuleerd, onder de werkingssfeer van een algemeen verbindend te verklaren cao vallen.

In paragraaf 4.1 van het Toetsingskader worden daarna de volgende uitgangspunten genoemd om te bepalen of wordt voldaan aan het vereiste van een belangrijke meerderheid:

- een meerderheid van 60% of meer wordt in ieder geval als 'belangrijk' gekwalificeerd;
- een meerderheid tussen 55% en 60% wordt nog als een belangrijke meerderheid gekwalificeerd, tenzij het draagvlak voor de cao binnen het werkingssfeergebied gering is of er een zeer scheve verdeling van de meerderheid binnen het werkingssfeergebied bestaat;
- bij een meerderheid beneden 55% vindt avv niet plaats, tenzij er naar het oordeel van de minister sprake is van bijzondere omstandigheden.

Het Toetsingskader vermeldt dat het gaat om maatwerk. Bij een avv-verzoek moeten de representativiteitsgegevens en de hiervoor gehanteerde onderzoeksmethodiek worden opgegeven. De representativiteitsgegevens mogen in beginsel niet ouder zijn dan één jaar, te rekenen vanaf de ingangsdatum van de cao. De minister kan periodiek steekproefsgewijs onderzoek laten uitvoeren naar de kwaliteit van de representativiteitsgegevens. Partijen dienen daartoe desgewenst de relevante gegevens beschikbaar te stellen. In het kader van een verzoek tot verlenging van een besluit tot avv is geen representativiteitsopgave vereist.

2.2 *Dispensatie*

De twee hoofdredenen voor de in artikel 2 lid 1 Wet AVV aan de minister toegekende discretionaire bevoegdheid waren dat daarmee rekening kon worden gehouden met het voorkomen van samenloop van cao's en met gegronde bezwaren bij een specifieke onderneming.⁹ In eerste instantie was in het Toetsingskader vastgelegd dat een reden voor dispensatie was dat een werkgever aan een andere rechtsgeldige cao was gebonden.¹⁰ Dit hield in dat de minister bij de toetsing niet de inhoud van verschillende cao's toetste, maar louter de vraag beoordeelde of de werkgever aan een andere cao was gebonden. Tegen de achtergrond van de opkomst van cao's die werden afgesloten met niet-representatieve, 'gele' vakbonden om aan de werking van de avv te ontkomen, werd in 2004 een nuancering aan het Toetsingskader toegevoegd dat 'in principe' dispensatie werd verleend als de werkgever een eigen cao had.¹¹ Twee jaar later werd het uitgangspunt gewijzigd, waarmee dispensatie meer tot uitzondering werd bestempeld,¹² zoals uit de huidige paragraaf 7 van het Toetsingskader nog steeds blijkt. Daarin staat dat avv tot doel heeft de totstandkoming en de inhoud van collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden te ondersteunen,

9 Bijlage Handelingen II 1936/37, 274, nr. 3, p. 5. Zie ook A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van sociale partners* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 259 e.v.

10 Het toetsingskader zoals dit met ingang van 1 januari 1999 van kracht werd, *Stcrt.* 1998, 240.

11 *Stcrt.* 2004, 154.

12 A. Stege, *Dispensatie op grond van het Toetsingskader AVV*, TRA 2011/3.

Mr. L.C.J. Sprengers

met als beoogd effect te voorkomen dat niet-gebonden werkgevers en werknemers door onderbieding concurreren op arbeidsvoorwaarden. Belangrijke uitgangspunten in het cao- en avv-beleid zijn de eigen verantwoordelijkheid van cao-partijen voor de afbakening van de werkingssfeer en het zo veel mogelijk door cao-partijen zelf regelen van dispensatie, teneinde voor de desbetreffende sector maatwerk te realiseren. De daarvoor beschikbare mogelijkheden zijn:

- uitzondering van bedrijven of subsectoren bij het avv-verzoek;
- uitzondering door middel van het definiëren van de werkingssfeer van de cao;
- dispensatiebepalingen in de cao.

Voor zover werkgevers niet al door maatregelen van de cao-partijen zelf van de werking van de cao zijn uitgesloten, kunnen zij de minister verzoeken tot het verlenen van dispensatie van algemeenverbindendverklaring. Een verzoek om dispensatie wordt op grond van het Toetsingskader alleen in de volgende gevallen verleend:

- Als vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de bedrijfstak-cao door middel van avv redelijkerwijze niet kan worden geveerd. Van zwaarwegende argumenten is met name sprake als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv-cao gerekend kunnen worden. Weging van de afzonderlijke arbeidsvoorwaardenpakketten vindt in het kader van een dispensatieverzoek niet plaats.
- Als de onafhankelijkheid ten opzichte van elkaar van werkgever(s) en vakbond(en) die een (ondernemings)cao zijn overeengekomen en om dispensatie verzoeken, voldoende is gewaarborgd. De verenigingen van werkgevers en werknemers moeten onafhankelijk van elkaar zijn, dat wil zeggen dat ze vrij moeten zijn van inmenging van de een in de zaken van de ander bij de oprichting, de uitoefening van werkzaamheden en het beheer van hun organisaties (ILO-verdrag nr. 98).

3 Meerderheidsvereiste: Inforcontracting/SNCU

3.1 *Inforcontracting/SNCU*

In de zaak Inforcontracting/SNCU is onder meer de wijze waarop het aantal uitzendkrachten is berekend dat onder de werkingssfeer van de cao valt, aan de orde gesteld. Voordien werd een berekening gehanteerd aan de hand van cijfers van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) over het aantal uitzendkrachten. Daarvoor in de plaats is een berekening gekomen aan de hand van cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), uitgedrukt in aantal fte, uitgaande van het gegeven dat een fulltime uitzendkracht op jaarbasis 2080 uur werkzaam is. Inforcontracting stelt dat de cijfers van het UWV in tweeërlei opzicht een betrouwbaarder beeld geven dan die van het CBS. In de eerste plaats zijn de cijfers van het CBS slechts indexcijfers op basis waarvan het aantal uitzendkrachten nog moet worden berekend, terwijl het UWV het aantal in Nederland werkzame uitzendkrachten concreet bijhoudt. In de tweede plaats hebben de cijfers van het CBS betrekking op het aantal fte in de uitzendbranche, terwijl de cijfers van het UWV

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

betrekking hebben op het aantal in de uitzendbranche werkzame personen. Bovendien is het, volgens Inforcontracting, in strijd met artikel 2 Wet AVV om cijfers te gebruiken die niet zijn gebaseerd op het aantal in de branche werkzame personen, maar op fte's, terwijl het UWV over concrete cijfers omtrent het aantal uitzendkrachten beschikt.

De Hoge Raad oordeelt dat ingevolge artikel 2 lid 1 Wet AVV de minister bepalingen van een cao die gelden voor een, naar zijn oordeel belangrijke, meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen algemeen verbindend kan verklaren. Aan de minister komt een ruime mate van beleids- en beoordelingsruimte toe bij de beantwoording van de vraag welke bronnen ten grondslag gelegd mogen worden aan de gegevensverstrekking voor de vaststelling van de representativiteit, waarbij de Hoge Raad aansluit bij de rechtspraak van de ABRvS.¹³ Het hof heeft geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat de minister niet in redelijkheid de CBS-methode mocht hanteren voor het vaststellen van de representativiteit. Aan dit oordeel ligt mede ten grondslag de overweging dat het tellen van aantallen werknemers in de uitzendbranche minder eenduidig is dan bij werknemers met een vast, dan wel vaster, dienstverband, zodat het gebruik van verschillende gegevensbronnen en methodieken bij deze telling denkbaar is. Dit oordeel geeft in het licht van de ruime mate van beleids- en beoordelingsruimte die de minister toekomt, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In het bijzonder hoefde het hof zich van dit oordeel niet te laten weerhouden door het feit dat artikel 2 lid 1 Wet AVV spreekt van 'in een bedrijf werkzame personen'. Dit begrip 'werkzame personen' laat ook ruimte voor de minister om bij de beoordeling van de representativiteit het aantal in de bedrijfstak werkzame personen gemeten in fte's tot uitgangspunt te nemen.

De P-G Drijber had in de conclusie naar voren gebracht dat indien niet wordt uitgegaan van fte's, maar van het aantal personen dat op enig moment binnen een bepaald tijdvak in de uitzendbranche heeft gewerkt, zoals door Inforcontracting wordt bepleit, een vertekend beeld dreigt te ontstaan, omdat iemand die slechts een beperkt aantal uren als uitzendkracht heeft gewerkt, toch meetelt als één werknemer. 'Het lijkt niet onrealistisch te verwachten dat het daarbij vaak zal gaan om uitzendwerk bij kleinere, niet-georganiseerde werkgevers. Het gevolg van die benadering is dat het aantal werknemers dat al gebonden was aan de cao uitgedrukt in een percentage van het totale aantal personen dat (op enig moment) in de relevante periode in de uitzendbranche heeft gewerkt, een stuk lager uitvalt.'

3.2 *Rechtspraak ABRvS*

Het oordeel van de Hoge Raad over de ruime mate van beleids- en beoordelingsruimte sluit aan bij de rechtspraak van de ABRvS. In de aangehaalde uitspraak uit 2011 ging het ook over de uitzend-cao. Het werken met een berekening uitgedrukt in het aantal fte's werd daarin evenmin verworpen. In die zaak kwam ook de vraag aan de orde of bij de berekening van de omvang van de uitzendsector ook het aantal illegale uitzendwerknemers meegenomen moet worden. De Afdeling oordeelde dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de minister zich op goede gronden

13 ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6877, r.o. 2.4.

Mr. L.C.J. Sprengers

op het standpunt heeft gesteld dat illegale uitzendarbeid, reeds omdat dit illegale arbeid is, niet meegeteld dient te worden bij de berekening van het representativiteitsvereiste. Daarvoor is niet vereist dat illegale arbeid uitdrukkelijk van de werkingssfeer van een cao is uitgezonderd. Het meetellen van die arbeid bij de berekening van een meerderheid in de zin van artikel 2 Wet AVV druist in tegen de doelstelling van deze bepaling. Met het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen wordt immers beoogd goede en stabiele arbeidsverhoudingen in een bedrijfstak te waarborgen en neerwaartse loonconcurrentie tegen te gaan, terwijl illegale arbeid veelal gepaard gaat met te lage beloningen, slechte arbeidsomstandigheden en ontduiking van premies en belastingen, hetgeen oneerlijke concurrentie binnen een bedrijfstak met zich brengt, aldus de Afdeling.

3.3 *Commentaar*

Uit de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de ABRvS valt af te leiden dat terughoudendheid wordt betracht bij de beoordeling van de gehanteerde berekeningsmethode om vast te stellen of voldaan is aan het meerderheidsvereiste. Het is aan cao-partijen die avv aanvragen om met een inzichtelijke berekeningsmethodiek te komen, gebaseerd op actuele data. De minister zal de validiteit daarvan dienen te toetsen en heeft daarbij de nodige discretionaire ruimte. Degene die bedenkingen heeft tegen de juistheid van deze methode of data, zal niet kunnen volstaan met de stelling dat een andere berekeningsmethode tot een andere uitkomst leidt, maar daarbij ook moeten aantonen wat er niet deugt in de berekeningsmethode en/of de gehanteerde data waarop de aanvraag voor de avv is gebaseerd.

Jacobs heeft in het verleden erop gewezen dat het probleem is dat de berekening of aan het meerderheidsvereiste is voldaan, binnenskamers geschiedt door of namens cao-partijen en voor buitenstaanders niet gemakkelijk te controleren is.¹⁴ Hij betreurt het dat de Hoge Raad in 2000¹⁵ tegen het advies van de A-G in een vordering om inzage in de desbetreffende stukken heeft afgewezen. Sindsdien zijn de eisen in het Toetsingskader wel nog verder aangescherpt. Dit heeft echter niet tot gevolg dat daarmee ieder debat over de berekeningsmethode tot het verleden is gaan behoren, zoals uit voorgaande rechtspraak ook blijkt. Opvallend daarbij is dat ook de beoordeling van de gehanteerde methode van berekening of aan het meerderheidsvereiste wordt voldaan, wordt geplaatst binnen de ruime beleids- en beoordelingsvrijheid die de minister toekomt. De wettekst stelt immers als vereiste dat er sprake moet zijn van een meerderheid in de bedrijfstak werkzame personen,, waarbij de beoordelingsvrijheid van de minister zich uitstrekt tot de beoordeling of deze meerderheid belangrijk genoeg is om tot avv over te gaan. Voor zover het gaat om de keuze tussen verschillende methodes die beide, objectief gezien, zouden kunnen voldoen als berekeningsmethode om de meerderheid vast te stellen, is dat nog te begrijpen. Dan gaat het om een afweging tussen twee valide systemen. Maar als een van de berekeningsmethoden niet voldoet om de meerderheid op een juiste wijze te berekenen, dan dient er sprake te zijn van een volle toetsing door de rech-

14 Jacobs 2017, p. 168.

15 HR 27 september 2000, JAR 2000/227 (Reesink).

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

ter. Dit valt onder de gebonden beoordelingsruimte. Dan is er minder ruimte om bij de bestuursrechtelijke toetsing veel betekenis aan de beslissingsruimte van de minister toe te kennen. In Inforcontracting/SNCU wijst de A-G erop dat het hantieren van de UWV-berekeningsmethode van het aantal uitzendkrachten tot een onrealistische uitkomst kan leiden, indien het zo is dat uitzendkrachten met een kleine contractsomvang met name werkzaam zijn bij kleinere, niet-georganiseerde werkgevers. Dat pleit ervoor om een berekeningsmethode te hanteren waarbij de omvang van de sector in fte's wordt uitgedrukt. De Hoge Raad gaat niet zover en spreekt zich niet uit over de juistheid van de ene of de andere methode, maar stelt vast dat gezien de ruime beleidsvrijheid van de minister er ruimte was om een berekening aan de hand van fte's als beoordelingscriterium voor de representativiteit te hanteren. Omdat het aantal in een bedrijfstak werkzame personen en het gedeelte daarvan waarop de cao wordt toegepast in sommige bedrijfstakken niet met een druk op de knop uit een betrouwbare databank is te halen, bijvoorbeeld in de uitzendsector, kan debat ontstaan over de gehanteerde berekeningsmethodiek. Dit komt mede door het feit dat niet alleen de werknemers die werkzaam zijn bij de aan de cao gebonden werkgevers meetellen, maar ook de werknemers die werkzaam zijn bij werkgevers die, hoewel geen lid van de werkgeversorganisatie die de cao heeft afgesloten, toch ook die cao toepassen. Voorts kan, zoals uit vorenstaande uitspraak blijkt, tevens debat ontstaan over de vraag of in fte's of in werknemers moet worden geteld. Dit vind ik een aspect waar het Toetsingskader uitsluitel over zou moeten geven.

Het oordeel van de Afdeling over het niet meenemen van illegale uitzendkrachten in het kader van de berekening van de omvang van de uitzendsector onderstreept dat bij geschillen over al dan niet algemeen verbindend verklaren, ook als het gaat om een op zich technisch ogend onderdeel als de berekening van de omvang van een sector, het erbij betrekken van de doelstelling van het avv-instrument behulpzaam kan zijn om tot een beantwoording van het geschilpunt te komen. Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen is in het leven geroepen om goede en stabiele arbeidsverhoudingen in een bedrijfstak te waarborgen en neerwaartse loonconcurrentie tegen te gaan. Illegaal uitzendwerk kenmerkt zich nu juist doordat dat er geen behoefte is om de regels, ook met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, in acht te nemen. Het is dan ook terecht dat het illegaal uitzendwerk niet wordt meegenomen bij de berekening van de omvang van de bedrijfstak, noch voor wat de omvang van de bedrijfstak betreft, noch voor wat het aantal in de bedrijfstak werkzame personen betreft.

4 Uitspraken ABRvS uit 2019 over dispensatie bij avv uitzend-cao

4.1 Inleiding

Eind 2019 heeft de ABRvS een aantal uitspraken gedaan over het afwijzen door de minister van SZW van dispensatieverzoeken van algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de cao voor uitzendkrachten door payrollbedrijven. Ik zal hierna vier uitspraken bespreken, waarbij in twee gevallen het beroep gegrond en in

Mr. L.C.J. Sprengers

twee gevallen het beroep ongegrond is verklaard.¹⁶ Deze uitspraken hadden betrekking op het niet-dispenseren van payrollbedrijven van de avv van de ABU-cao over de perioden 2012-2017 en de cao Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (SFU-cao) over 2015-2016.

Ontwikkelingen nadien hebben verandering aangebracht in de positie van de payrollovereenkomst. Door invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) is met ingang van 1 januari 2020, nog geen veertien dagen na de uitspraak van de ABRvS van 18 december 2019, in artikel 7:692 van het Burgerlijk Wetboek (BW) de payrollovereenkomst gedefinieerd als de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (ook wel de allocatiefunctie genoemd), en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. Payrollondernemingen kunnen sindsdien geen gebruik meer maken van het verlichte arbeidsrechtelijk regime van artikel 7:691 BW, zoals dat voor uitzendkrachten geldt. Bovendien is aan de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) artikel 8a toegevoegd over de gelijke behandeling van arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld.¹⁷

Verder is met ingang van 1 januari 2020 de werkingssfeer van de ABU-cao gewijzigd, waardoor de payrollovereenkomst expliciet buiten de werkingssfeer van de ABU-cao is geplaatst.¹⁸

Deze ontwikkelingen maken dat de materiële betekenis van de hierna te bespreken uitspraken van de ABRvS voor de dispensatie van de uitzend-cao voor payrollondernemingen niet meer aanwezig is. Ik zal daarom verder ook niet ingaan op de aspecten die te maken hebben met de juridische positie van de payrollovereenkomst versus de uitzendovereenkomst, maar met name in kaart brengen op welke wijze en met welke argumenten de ABRvS in twee gevallen het besluit tot niet-dispenseren wel in stand liet en in twee andere gevallen niet.

4.2 Ongegrondverklaring beroep tegen niet-dispenseren: Connexie¹⁹ en Payned²⁰

Connexie is een payrollonderneming die werknemers detacheert bij een opdrachtgever die werknemers heeft geselecteerd die werkzaamheden verrichten onder lei-

16 Enkele andere uitspraken van de ABRvS van 18 december 2019 laat ik onbesproken omdat daarin het beroep tegen de weigering van dispensatie niet-ontvankelijk verklaard werd wegens onvoldoende (proces)belang: ECLI:NL:RVS:2019:4265 (Payned Payrolling BV); ECLI:NL:RVS:2019:4273 (Connexie Payroll); ECLI:NL:RVS:2019:4283, voor zover betrekking op Tentoo.

17 Het begrip 'payrolling' in artikel 1 lid 1 sub d Waadi wijkt wel enigszins af de omschrijving in artikel 7:692 BW.

18 Artikel 1 lid 1 ABU-cao sinds 1 januari 2020: 'De cao is van toepassing op de uitzendovereenkomst, met ingang van 1 januari 2020 niet zijnde een payrollovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:692 BW, (...).'

19 ECLI:NL:RVS:2019:4211.

20 ECLI:NL:RVS:2019:4212.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

ding en toezicht van de opdrachtgever. Connexie heeft met de Landelijke Belangen Vereniging (LBV) de Connexie-cao voor 2015-2019 afgesloten. Connexie heeft eerder wel dispensatie gekregen, maar de minister heeft het Care4Care-arrest van de Hoge Raad²¹ meegewogen om geen dispensatie meer te verlenen. Tegen dit besluit is Connexie in beroep gegaan bij de bestuursrechter die het beroep ongegrond heeft verklaard, waarna beroep is ingesteld bij de ABRvS.

Ik zal hierna de overwegingen van de Afdeling over de belangrijkste beroepsgronden bespreken. Enkele van die overwegingen komen ook in de andere uitspraken terug, met het oog waarop ik de overwegingen zal nummeren:

1 Klacht bij ILO

Connexie heeft verzocht de behandeling van het door haar ingestelde hoger beroep uit te stellen in afwachting van de afhandeling van een door de LBV bij de International Labour Organization (ILO) ingediende klacht over de wijze waarop de minister in de praktijk uitvoering geeft aan de in het Toetsingskader neergelegde beleidsregels over dispensatie. De Afdeling wijst het verzoek om uitstel af, omdat zij bij de beoordeling van het door Connexie ingestelde hoger beroep zelfstandig moet toetsen of de door Connexie voorgedragen hogerberoepsgronden aanleiding geven voor vernietiging van de aangevallen uitspraak.

Inmiddels heeft het ILO Committee on Freedom of Association (CFA) de klacht van de LBV afgewezen,²² met verwijzing naar een eerder oordeel over een vergelijkbare klacht van de LBV.²³ De klacht van de LBV had met name betrekking op de wijziging van het beleid zoals opgenomen in het Toetsingskader sinds 2016, waardoor er vanaf 2016 geen dispensatie meer is verleend, hetgeen werd geadstrueerd aan de hand van de afwijzingen van verzoeken tot dispensatie van een aantal payrollbedrijven. Het CFA beperkt het onderzoek tot de vraag of de praktijk van de minister verenigbaar is met de beginselen van vrijheid van vereniging en het recht op collectief onderhandelen. De klacht wordt ongegrond verklaard omdat:

- het wettelijk systeem het mogelijk maakt rekening te houden met gegronde bezwaren van bedrijven met specifieke kenmerken die wezenlijk verschillen van die bedrijven voor wie de cao in het leven is geroepen;
- de aanvragen voor avv in de *Staatscourant* worden gepubliceerd; en
- er een mogelijkheid is van rechterlijke toetsing van een negatieve beslissing van de minister.

2 Onjuiste toepassing Toetsingskader

Connexie stelt dat de rechtbank in beroep niet heeft onderkend dat voor dispensatie volgens het Toetsingskader niet is vereist dat naast het bestaan van zwaarwegende argumenten tevens moet worden vastgesteld dat de toepassing van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen redelijkerwijze niet kan worden gevegd. Het bestaan van zwaarwegende argumenten is voldoende voor verlening van dispensatie, aldus Connexie.

21 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.

22 Rapport 25 oktober 2019, JAR 2019/295, m.nt. N. Jansen.

23 JAR 2008/296.

Mr. L.C.J. Sprengers

De Afdeling oordeelt dat volgens het Toetsingskader degene die om dispensatie verzoekt, dient te motiveren dat wegens zwaarwegende argumenten toepassing van de desbetreffende algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen redelijkerwijze niet kan worden gevegd. Volgens het Toetsingskader is van zwaarwegende argumenten met name sprake als specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van ondernemingen die tot de werkingssfeer van die cao gerekend kunnen worden. Het standpunt van Connexie dat geen betekenis toekomt aan de vraag of toepassing van die bepalingen redelijkerwijze kan worden gevegd, wordt niet gevolgd.

3 Terughoudende of indringende toetsing

Connexie betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij de toepassing door de minister van de aan hem verleende bevoegdheid om dispensatie te verlenen slechts terughoudend kan toetsen. Connexie voert aan dat de rechtbank de toepassing van deze bevoegdheid indringend had moeten toetsen. De Afdeling wijst deze grond af, omdat bij de beoordeling of zich zwaarwegende argumenten als bedoeld in het Toetsingskader voordoen, de minister een beslissingsruimte toekomt die hij niet nader heeft ingevuld.

4 Specifieke bedrijfskenmerken

Connexie stelt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat in haar specifieke bedrijfskenmerken zwaarwegende argumenten zijn gelegen op grond waarvan toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2017-2019 en de SFU-cao 2018-2019 redelijkerwijze niet van haar kan worden gevegd. Connexie voert een aantal specifieke bedrijfskenmerken aan waar de Afdeling in de uitspraak op ingaat. Naar het oordeel van de Afdeling heeft Connexie daarmee niet aannemelijk gemaakt dat zij haar werkwijze, waarbij haar opdrachtgevers werknemers selecteren en met die werknemers afspraken maken over functie en beloning en waarbij Connexie die werknemers pas in dienst neemt nadat die selectie heeft plaatsgevonden en die afspraken zijn gemaakt, niet langer kan toepassen indien zij niet wordt gedispenseerd. Connexie heeft derhalve niet aannemelijk gemaakt dat de ABU-cao 2017-2019 voor nieuwe werknemers verplicht tot het vervullen van een actieve allocatiefunctie. Anders dan Connexie stelt, verplicht die cao niet tot het werken met intercedentes of het beschikken over een platform om vraag en aanbod bij elkaar te brengen. De in de ABU-cao opgenomen verplichting tot herplaatsing is gebaseerd op de ingevolge artikel 7:669 BW en de Ontslagregeling op Connexie rustende verplichting tot herplaatsing. Connexie heeft evenmin aannemelijk gemaakt dat de ABU-cao 2017-2019 in de weg staat aan het afsluiten van langdurige arbeidsovereenkomsten. De ABU-cao 2017-2019 verplicht niet tot gebruikmaking van het uitzendbeding, het geheel aan uitzendfasen of een boetesysteem voor het geval werknemers in dienst treden bij een opdrachtgever. Evenmin staan de ABU-cao 2017-2019 en de SFU-cao 2018-2019 eraan in de weg dat opdrachtgevers van Connexie de scholing van de aan hen ter beschikking gestelde werknemers van Connexie verzorgen. Voorts is in de enkele omstandigheid dat gewenning aan eigen routines en methodes is ontstaan geen zwaarwegend argument gelegen als bedoeld in het Toetsingskader. In het bestaan van een afzonderlijke Connexie-cao 2015-

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

2019 is geen grond voor dispensatie gelegen, voor zover daarin voor werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden zijn vervat dan in de ABU-cao 2017-2019, reeds omdat volgens het Toetsingskader met algemeenverbindendverklaring wordt beoogd concurrentie op arbeidsvoorwaarden door onderbieding door niet-gebonden werkgevers en werknemers te voorkomen. Voor zover in de Connexie-cao 2015-2019 arbeidsvoorwaarden zijn vervat die gunstiger zijn voor werknemers dan die in de ABU-cao 2017-2019, is in die Connexie-cao evenmin grond voor dispensatie gelegen, omdat die ABU-cao een minimum-cao is waarvan ten gunste van werknemers mag worden afgeweken. Omdat Connexie voorts de door haar gestelde verzwaring van administratieve lasten, als voormeld, niet aannemelijk heeft gemaakt, is in het door Connexie gestelde ‘unique selling point’ geen zwaarwegend argument gelegen als bedoeld in het Toetsingskader.

De Afdeling komt dan ook tot de conclusie dat Connexie niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij zich door haar specifieke bedrijfskenmerken zodanig onderscheidt van payrollondernemingen die uitvoering geven aan de ABU-cao 2017-2019 en de SFU-cao 2018-2019 dat toepassing van deze cao’s redelijkerwijze niet van haar kan worden gevergd.

5 Voorlopige voorziening

Tot slot beroept Connexie zich er onder meer op dat zij vele jaren op grond van haar specifieke bedrijfskenmerken gedispenseerd is geweest en dat zij daardoor eigen werkprocessen heeft ontwikkeld en dat zij haar werkprocessen, de daarop afgestemde software en de lopende contracten zal moeten aanpassen. Daarom wordt gevraagd om zo nodig bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat zij gedurende een periode van zes maanden na de uitspraak op dit hoger beroep moet worden behandeld als ware haar dispensatie verleend.

De Afdeling oordeelt dat, gelet op de ontwikkelingen in de payrollsector, in de omstandigheid dat Connexie vele jaren gedispenseerd is geweest geen bijzondere omstandigheid is gelegen als bedoeld in artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op grond waarvan de minister niet zou moeten handelen conform de beleidsregels neergelegd in het Toetsingskader. Voorts heeft Connexie hangende die procedures rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat de besluiten van 13 april 2018, waarbij haar verzoeken om dispensatie zijn afgewezen, in rechte zouden komen vast te staan. Daarom is er ook geen reden om een voorlopige voorziening uit te spreken gericht op het creëren van een overgangstermijn.

De andere uitspraak, inzake Payned, heeft ook betrekking op een payrollonderneming die met een andere werknemersorganisatie, de vakbond ABW, een cao voor payrollmedewerkers van Payned heeft afgesloten voor de periode 30 juni 2017-31 december 2019.

De eerste en tweede beroepsgrond zijn identiek aan die in de zaak Connexie en worden op vergelijkbare wijze door de Afdeling afgedaan. De vierde beroepsgrond met betrekking tot de bijzondere bedrijfskenmerken wordt ook door Payned ingebracht. Omdat de Afdeling in de onderbouwing voor een belangrijk deel dezelfde

Mr. L.C.J. Sprengers

tekst gebruikt als inzake Connexie om de beroepsgrond af te wijzen, zal ik op de verschillen in aangevoerde bedrijfskenmerken niet verder ingaan.

Op grond van vorenstaande overwegingen worden de bezwaren van beide 'klassieke' payrollbedrijven tegen het niet-verlenen van dispensatie door de Afdeling ongegrond verklaard. Hun bedrijfskenmerken verschillen niet zo wezenlijk van andere payrollondernemingen die wel de ABU-cao toepassen, en het minimumkarakter van de cao biedt voldoende ruimte om daarvan af te wijken, indien daar behoefte aan bestaat. Dit leidt tot de conclusie van zowel de minister als de ABRvS dat er onvoldoende grond is voor verlening van dispensatie.

4.3 *Gegronde verklaring beroep tegen niet-dispenseren: Tentoo²⁴ en DPA²⁵*

Tentoo is een payrollonderneming die richt op freelancers die voornamelijk zeer kortlopende opdrachten in de audiovisuele sector uitvoeren. Tentoo zet de freelancers op haar loonlijst en verloont hun inkomen uit de door hen uitgevoerde opdrachten met toepassing van haar eigen met de LBV afgesloten bedrijfs-cao.

De eerste drie beroepsgronden zijn vergelijkbaar als die inzake Connexie en worden met een vergelijkbare motivering door de Afdeling ongegrond verklaard.

De vierde beroepsgrond heeft ook betrekking op het feit dat in de specifieke bedrijfskenmerken zwaarwegende argumenten zijn gelegen op grond waarvan het van toepassing laten zijn van de avv-bepalingen van de ABU-cao redelijkerwijze niet van Tentoo gevergd kan worden. Deze beroepsgrond wordt in hoofdlijnen met twee argumenten onderbouwd:

- dat de minister in het verleden een aantal malen aan Tentoo dispensatie heeft verleend, terwijl de specifieke bedrijfskenmerken gelijk zijn gebleven; en
- dat zij zich door haar specifieke bedrijfsvoering op essentiële punten onderscheidt van payrollondernemingen die lid zijn geweest van de Vereniging van Payroll Ondernemingen (VPO) en die zich richten op langdurige arbeidsrelaties en terbeschikkingstellingen. Tentoo richt zich voornamelijk op freelancers die kortdurende opdrachten uitvoeren en met hun opdrachtgevers een lumpsumvergoeding afspreken die achteraf door Tentoo wordt verloond met toepassing van de Tentoo-cao. Tentoo noemt als voorbeeld een visagist die op een dag op een filmlocatie opdrachten uitvoert voor verschillende acteurs die allemaal een eigen bv hebben, zodat de visagist op die dag werkzaamheden verricht voor verschillende bv's. Tentoo voert aan dat zij bij weigering van dispensatie haar bedrijfsvoering en de daarop toegesneden software, administratieve processen en contracten in verregaande mate zal moeten aanpassen, hetgeen in redelijkheid niet van haar kan worden gevergd.

Ten aanzien van het eerste standpunt heeft de minister erop gewezen dat in 2006 de VPO is opgericht, dat de VPO in 2006 met vakbonden een cao voor werknemers van payrollondernemingen (de VPO-cao) tot stand heeft gebracht, en dat de VPO-

24 ECLI:NL:RVS:2019:4213.

25 ECLI:NL:RVS:2019:4283.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

cao van 2006 tot 2012 werd gedispenseerd van opeenvolgende algemeenverbindendverklaringen van bepalingen uit de ABU-cao. Die dispensaties zijn niet verleend door de minister op grond van het Toetsingskader, maar door de partijen die bij de totstandkoming van die ABU-cao betrokken zijn geweest om hen moverende redenen. Vanaf 2012 is de VPO-cao niet meer tot stand gekomen en waren VPO-leden gebonden aan de ABU-cao. VPO-leden hebben toen een arbeidsvoorwaardenregeling (hierna: de VPO-avr) opgesteld die bovenop de ABU-cao voor hen is gaan gelden. De VPO-avr van 1 januari 2012 vermeldt dat de VPO-avr tot doel heeft zo veel als mogelijk aan te kunnen sluiten bij de arbeidsvoorwaarden die gelden in de onderneming of sector waarin de payrollwerknemers werkzaam zijn, de zogenoemde inlenersbeloning, en dat de ABU-cao onvoldoende bij dit doel aansluit. Vanaf 2016 is de VPO opgehouden te bestaan en hebben leden van de voormalige VPO zich aangesloten bij de ABU. Sindsdien past een substantiële groep van ABU-leden die zich met payrolling bezighouden de ABU-cao en de SFU-cao toe. Mede gelet op deze ontwikkelingen heeft de minister payrollondernemingen sinds 2016 geen dispensatie meer verleend van algemeenverbindendverklaringen van bepalingen uit de ABU-cao, aldus de minister.

Tentoo heeft deze ontwikkelingen in de payrollsector niet weersproken, aldus de Afdeling. Er bestaat daarom geen grond voor het oordeel dat de minister deze ontwikkelingen niet had mogen betrekken bij zijn beoordeling of Tentoo voor dispensatie in aanmerking kwam.

Met betrekking tot het tweede onderdeel overweegt de Afdeling dat het vorenstaande niet wegneemt dat de minister zich in het dispensatiebesluit van 2010 op het standpunt heeft gesteld dat onderscheid bestaat in bedrijfsvoering tussen Tentoo enerzijds en bij de VPO aangesloten payrollondernemingen anderzijds. Tentoo heeft in haar verzoeken om dispensatie die de minister bij besluiten van 13 april 2018 heeft afgewezen, gewezen op dat onderscheid. De Afdeling acht aanemelijk dat Tentoo zich van andere payrollondernemingen onderscheidt door de duur van de arbeidsrelaties die zij met haar werknemers aangaat, de van de inlenersbeloning afwijkende beloningsafspraken die door deze werknemers en de opdrachtgevers worden gemaakt, en de wijze waarop de door de opdrachtgevers betaalde beloningen door Tentoo worden verloond. Naar het oordeel van de Afdeling is het besluit van de minister ondeugdelijk gemotiveerd. Niet is ingegaan op de vraag of ten aanzien van Tentoo, gezien de genoemde bijzonderheden, sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten verschillen van ondernemingen die tot de werkingssfeer van de ABU-cao 2017-2019 en de SFU-cao 2018-2019 gerekend kunnen worden en, zo daar sprake van is, waarom toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen niettemin redelijkerwijze van Tentoo kan worden gevegd. De rechtbank heeft dit niet onderkend, hetgeen reden is voor de Afdeling om het beroep alsnog gegrond te verklaren en uit te spreken dat de besluiten voor vernietiging in aanmerking komen en dat de minister een nieuw besluit dient te nemen.

In de DPA-uitspraak gaat het om een detacheringsonderneming die haar werknemers op basis van detachering ter beschikking stelt aan haar opdrachtgevers, de

Mr. L.C.J. Sprengers

inleners, om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die inlener. DPA heeft met de LBV een ondernemings-cao afgesloten op basis waarvan zowel DPA als de LBV om dispensatie van de avv-bepalingen van de ABU-cao verzoekt.

De eerste twee beroepsgronden van DPA zijn vergelijkbaar met die aangevoerd door Connexie zoals hiervoor weergegeven, en worden met een vergelijkbare redenering ongegrond verklaard door de Afdeling.

De volgende beroepsgrond heeft betrekking op het feit dat in de specifieke bedrijfskenmerken zwaarwegende argumenten zijn gekregen op grond waarvan het van toepassing laten zijn van de avv-bepalingen van de ABU-cao redelijkerwijze niet van DPA gevegd kan worden. Als bijzondere bedrijfskenmerken voert DPA aan:

- Haar businessmodel is niet te vergelijken met de bedrijfsvoering waarop de ABU-cao is toegesneden. De focus van DPA ligt immers op het aangaan van langdurige arbeidsrelaties met haar werknemers. Als na beëindiging van een opdracht geen vervolgoptocht voorhanden is, dan gaat de loonbetaling door en wordt de vrijgekomen tijd bijvoorbeeld gebruikt voor scholing.
- DPA werft bovengemiddelde arbeidskrachten door bovengemiddelde lonen te bieden en de loonontwikkeling te koppelen aan de prestaties en de ontwikkeling van individuele werknemers.
- DPA maakt met de DPA-cao, anders dan de ABU-cao 2012-2017, gebruik van de in artikel 8 lid 3 Waadi vervatte mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift af te wijken. De DPA-cao kent een eigen loonhuis, waardoor de beloning van haar werknemers onafhankelijk is van de arbeidsvoorwaarden die de verschillende inleners bieden. Door de inlenersbeloning toe te passen ontstaat er onderscheid in arbeidsvoorwaarden tussen de werknemers van DPA onderling en zal het lastiger worden om werknemers te plaatsen bij inleners met minder gunstige arbeidsvoorwaarden, hetgeen DPA onwenselijk acht. Bij veel inleners is bovendien geen sprake van vergelijkbare functies, zodat DPA dan vanzelfsprekend moet kunnen terugvallen op haar eigen loongebouw als uitgewerkt in de DPA-cao. Daarnaast kunnen loonaanspraken van haar werknemers, in perioden dat zij geen opdracht uitvoeren bij een inlener, de zogenoemde 'bankzit', niet worden gekoppeld aan het loon van een inlener. Door de algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 zet de minister een streep door de mogelijkheid die in artikel 8 lid 3 Waadi wordt geboden. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, aldus DPA.

De Afdeling oordeelt dat tussen partijen niet in geschil is dat DPA gebruik heeft gemaakt van de in artikel 8 lid 3 Waadi (oud, is inmiddels lid 4 na invoering WAB, waarbij redactionele maar geen inhoudelijke wijzigingen in dit lid zijn aangebracht) vervatte mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift af te wijken en dat DPA destijds bij haar werknemers de arbeidsvoorwaarden en de belonings-systematiek heeft toegepast als vermeld in de DPA-cao. Omdat in de ABU-cao 2012-2017 de inlenersbeloning wordt voorgeschreven, acht de Afdeling aannemelijk dat DPA zich ten tijde van belang heeft onderscheiden van ondernemingen die tot de werkingssfeer van de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 gere-

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

kend konden worden. Gelet daarop is de Afdeling van oordeel dat de minister in het aan DPA gerichte besluit ondeugdelijk gemotiveerd is ingegaan op de vraag of bij DPA, gezien dit onderscheid, sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten van die ondernemingen verschillen en, zo daar sprake van is, waarom toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen redelijkerwijze van DPA kan worden gevegd. In dit kader acht de Afdeling onder meer van belang hetgeen DPA heeft aangevoerd over de koppeling tussen beloning enerzijds en prestaties en ontwikkeling anderzijds, het ontbreken van vergelijkbare functies bij inleners, de loonaanspraken tijdens de bankzit, de zware administratieve lasten indien zij moet omschakelen op de inlenersbeloning, en de door DPA beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling. De Afdeling komt tot de conclusie dat de minister zich niet alsnog deugdelijk gemotiveerd op het standpunt heeft gesteld dat geen sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten van die ondernemingen verschillen en waarom, indien daarvan sprake is, toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen redelijkerwijze van DPA kan worden gevegd.

Naar het oordeel van de Afdeling laat dit onverlet dat DPA geen belang heeft bij een nieuwe beoordeling van de door haar gemaakte bezwaren, omdat de perioden waarop de algemeenverbindendverklaringen van bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 betrekking hebben geheel in het verleden liggen. De Afdeling ziet daarom aanleiding om met toepassing van artikel 8:72 lid 3 Awb zelf in de zaak te voorzien en de door DPA gemaakte bezwaren niet-ontvankelijk te verklaren.

In beide uitspraken, Tentoo en DPA, oordeelt de Afdeling dat de minister in het besluit tot het niet-verlenen van dispensatie onvoldoende heeft gemotiveerd waarom bepaalde specifieke bedrijfskenmerken niet zo zwaarwegend zouden zijn dat in redelijkheid het van toepassing laten zijn van de avv-bepalingen van de ABU-cao van hen gevegd kan worden.

5 Betekenis van deze rechtspraak voor de uitleg van het Toetsingskader

Stege is kritisch over de wijziging die in 2006 tot stand is gebracht in het Toetsingskader, waarbij dispensatie alleen nog wordt verleend indien vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de bedrijfstak-cao redelijkerwijs niet kon worden gevegd. Hij vindt dat het beleid te ver afstaat van de doelstelling van de wetgever en onvoldoende rekening houdt met rechten en/of belangen van derden.²⁶ Ook andere auteurs hebben wel kanttekeningen geplaatst bij de (formulering van de) toetsingscriteria zoals die in het door de minister gehanteerde beleid zijn aangebracht.²⁷

26 Annotatie A. Stege bij DPA-uitspraak, JAR 2020/34.

27 Zie voor een overzicht van het debat hierover in de literatuur: Koot -van der Putte 2020, p. 221-225.

Mr. L.C.J. Sprengers

In 2019 heeft de Afdeling in de verschillende uitspraken over cao's voor de uitzendsector zich gebogen over het Toetsingskader. Uit deze rechtspraak valt het volgende af te leiden:

- 1 De inhoud van de criteria over het dispensatiebeleid zoals vastgelegd in het Toetsingskader als zodanig wordt door de Afdeling bij de beoordeling gevolgd en niet in strijd geacht met (de doelstelling van) de wet of internationale verdragen.
- 2 De Afdeling heeft meer duidelijkheid gecreëerd over het belangrijkste toetsingscriterium voor dispensatie: dat wegens zwaarwegende argumenten toepassing van de desbetreffende algemeen verbindend verklaarde cao redelijkerwijze niet kan worden gevegd. Dit criterium kan niet worden gezien als een criterium dat uit twee op zichzelf staande onderdelen bestaat. Het is niet zo dat geïsoleerd beoordeeld moet worden of er zwaarwegende argumenten zijn voor dispensatie. Deze argumenten dienen beoordeeld te worden tot de vraag of het redelijkerwijs gevegd kan worden van degene die om dispensatie verzoekt om aan de bepalingen van de avv-cao gebonden te zijn. Hiermee wordt het uitgangspunt dat in het Toetsingskader is verwoord, dat dispensatie niet regel maar uitzondering is, in stand gelaten.
- 3 De vraag of er al dan niet reden is voor dispensatie spitst zich toe op de specifieke bedrijfskenmerken, die maken dat toepassing van de bepalingen van de avv-cao niet gevegd kan worden.

Uit de uitspraken valt af te leiden dat bedrijfskenmerken die *niet (snel) als voldoende zwaarwegend* worden beschouwd, betrekking hebben op:

a de hoogte van de arbeidsvoorwaarden

Kent een ondernemings-cao hogere arbeidsvoorwaarden en hebben de bepalingen van de avv-cao een minimumkarakter, dan staat dat niet aan een hogere beloning in de weg. Is er sprake van een langere beloning, dan komt dat snel in strijd met de doelstelling van het avv-instrument om onderbieding tegen te gaan.

b niet-dwingende voorschriften uit een cao om een bepaalde werkwijze te hanteren
Denk bijvoorbeeld aan kenmerkende elementen uit de ABU-cao als: het vervullen van een allocatiefunctie, gebruikmaken van een uitzendbeding, het werken met een fasemodel met tijdelijke contracten. Omdat de ABU-cao deze niet verplicht voorschrijft, wordt ervan uitgegaan dat van toepassing worden van de avv-cao niet zo belemmerend werkt dat toepassing daarvan niet gevegd kan worden. Omgekeerd betekent dit dat als het zou gaan om een avv van standaardbepalingen uit een cao, er wel eerder sprake van kan zijn dat toepassing van die bepalingen niet gevegd kan worden, gezien het dwingende karakter.

c administratieve gevolgen

In een gedigitaliseerd tijdperk heeft het moeten werken met andere arbeidsvoorwaardenregelingen impact op de wijze waarop deze administratief verwerkt moeten worden. Zeker voor een werkgever die een geheel eigen systeem kent, al dan niet gebaseerd op een al langer van toepassing zijnde eigen ondernemings-cao, kan een overgang op het toepassen van de arbeidsvoorwaardenregelingen als opgenomen in de avv-cao de nodige administratieve gevolgen hebben. Uit de uitspraken

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

valt af te leiden dat deze gevolgen niet snel tot de conclusie leiden dat toepassing van de avv-cao van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden. De gehanteerde systemen voor verwerking van de belonings- en andere arbeidsvoorwaardenregelingen worden niet (snel) als een specifiek bedrijfskenmerk aangemerkt. Ook kan een werkgever die om dispensatie verzoekt er niet van uitgaan dat een afwijzing van het verzoek tot uitstel van de verplichting tot invoering van de avv-cao zal leiden, vanwege de tijd die nodig is om met andere administratieve systemen te kunnen gaan werken. Als er tijd is geweest om te kunnen anticiperen op deze verandering, hangende een traject over de aanvraag voor dispensatie, zal een werkgever niet snel uitstel worden gegeven als hij in de tussentijd geen voorbereidingen heeft getroffen om de overgang naar de avv-cao administratief te regelen.

Uit de uitspraken valt af te leiden dat de bedrijfskenmerken die *wel (snel) als voldoende zwaarwegend* worden beschouwd, betrekking hebben op:

a de wijze van bedrijfsvoering die op wezenlijke onderdelen verschilt ten aanzien van andere bedrijven die onder de werkingssfeer van de cao vallen

Uit de Tentoo-uitspraak valt af te leiden dat daarbij van belang kunnen zijn: (1) de duur van de arbeidsrelaties die de werkgever met zijn werknemers aangaat, (2) de van de inlenersbeloning afwijkende beloningsafspraken die door die werknemers en de opdrachtgevers worden gemaakt, en (3) de wijze waarop de door de opdrachtgevers betaalde beloningen worden verloond.

Indien wezenlijke elementen van de bedrijfsvoering verschillen van de wijze waarop dat plaatsvindt bij andere werkgevers die onder de werkingssfeer van de cao vallen en welke werkwijze nu juist ook door de cao-afspraken wordt gefaciliteerd, kan sprake zijn van bijzondere bedrijfskenmerken. Dan is hetgeen de avv-cao regelt eerder niet passend, te knellend voor een werkgever die er een andere bedrijfsvoering op nahoudt. Omgekeerd, het is moeilijker voor een werkgever die dispensatie wenst om aannemelijk te maken dat toepassing van de avv-cao van hem niet gevergd kan worden indien onder de werkingssfeer ook werkgevers vallen met een vergelijkbare bedrijfsvoering die de cao wel toepassen.

b het gebruikmaken van de afwijking van het loonverhoudingsvoorschrift (artikel 8 lid 4 Waadi)

Artikel 8 Waadi kent in lid 4 de mogelijkheid om af te wijken van de verplichting om de inlenersbeloning aan te houden, mits daarvan is afgeweken bij cao. In de DPA-uitspraak vond de Afdeling dat de minister niet gemotiveerd was ingegaan op het argument dat met de ondernemings-cao juist van deze mogelijkheid gebruik was gemaakt. In dit kader acht de Afdeling onder meer van belang hetgeen DPA had aangevoerd over: (1) de koppeling tussen beloning enerzijds en prestaties en ontwikkeling anderzijds, (2) het ontbreken van vergelijkbare functies bij inleners, (3) de loonaanspraken tijdens de bankzit, (4) de zware administratieve lasten indien zij moet omschakelen op de inlenersbeloning, en (5) de door DPA beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling.

Mr. L.C.J. Sprengers

Indien een werkgever op een zorgvuldige wijze met goede argumenten kan onderbouwen waarom met de ondernemings-cao bewust gebruik is gemaakt van de mogelijkheid van artikel 8 lid 4 Waadi, kan dat reden zijn voor dispensatie. Dit kan anders zijn als het erop lijkt dat daarmee beoogd is de verplichtingen van de avv-cao te onderbieden of te ontwijken. Daar was bij DPA geen sprake van (hoewel tijdens de zitting mondeling van de zijde minister is aangevoerd dat er een klacht zou zijn van een werknemer van DPA over onderbetaling ten opzichte van de inlenersbeloning).

Uit deze analyse blijkt dat in de rechtspraak een grote betekenis wordt toegekend aan het Toetsingskader. In de loop van de tijd is het beleid opgeschoven naar het uitgangspunt dat dispensatie bij uitzondering plaatsvindt en slechts onder strikte voorwaarden wordt verleend. De uitspraken van de Afdeling uit 2019 hebben daar geen wijziging in aangebracht. Bij de beoordeling van de wijze waarop de minister inhoud heeft gegeven aan het Toetsingskader, wordt wel duidelijk dat de minister meer oog dient te hebben voor specifieke bedrijfskenmerken, in ieder geval bij de motivering van de besluiten. Daarmee wordt wel benadrukt dat de beleidsvrijheid van de minister door het Toetsingskader wordt ingeperkt, in die zin dat aan de hand van de objectieve normen uit het Toetsingskader getoetst zal moeten worden, hetgeen vervolgens ook in de motivering van het besluit tot al dan niet verlenen van dispensatie tot uiting moet komen.

Uit artikel 4:84 Awb volgt dat de minister is gehouden aan dit beleid, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die vanwege bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te stellen doelen. De A-G's Widdershoven en Wattel komen in een conclusie van 7 juli 2021²⁸ over de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb tot de conclusie dat een beleidsregel door de rechter exceptief kan worden getoetst aan artikel 3:4 Awb en aan algemene rechtsbeginselen, en buiten toepassing kan worden gelaten als hij onvoldoende ruimte laat voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Een (discretie-invullende) beleidsregel die in strijd is met artikel 3:4 Awb zal door de bestuursrechter niet onverbindend worden verklaard, vermoedelijk omdat een beleidsregel hoe dan ook geen algemeen verbindend voorschrift is, alsmede vanwege de inherente afwijkingsbevoegdheid/plicht ex artikel 4:84 Awb. De rechter volstaat doorgaans met het oordeel dat de toepassing in het individuele geval de grenzen van een redelijke beleidsbepaling c.q. bevoegdheidsuitoefening te buiten gaat, zodat de beleidsregel in casu niet aan het besluit ten grondslag kan worden gelegd. Dat impliceert dat het bestuursorgaan voor de motivering van zijn besluit niet kan verwijzen naar zijn beleid (zie artikel 4:82 Awb), zodat het besluit moet worden vernietigd wegens een motiveringsgebrek, tenzij het bestuursorgaan het besluit ook heeft voorzien van een wél op het geval toegespitste – en deugdelijke – motivering, aldus de A-G's.

Uit de rechtspraak van de Afdeling wordt duidelijk dat vanwege het feit dat er sprake is van beleidsvrijheid van de minister en op basis van de in het Toetsingskader

28 ECLI:NL:RVS:2021:1468, randnr. 9.2.2.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

opgenomen norm dat moet worden aangetoond of van een werkgever niet kan worden gevraagd dat hij de avv-cao gaat toepassen, hier niet snel sprake van zal zijn.

In de eerder aangehaalde conclusie van de A-G's Widdershoven en Wattel maken zij een onderscheid tussen geschillen waarbij slechts het belang van een direct belanghebbende burger is betrokken (microbestuur) en geschillen waarin algemenere en ook derdenbelangen zijn betrokken (macrobestuur). Bij microbestuur kan de rechterlijke toetsing doorgaans indringender zijn, bij macrobestuur ligt terughoudender toetsing in de rede.²⁹ In de geschillen over dispensatieverlening gaat het om macrobestuur; er zijn belangen van werkgevers en werknemers en hun organisaties in een bepaalde bedrijfstak bij betrokken. Ook wanneer de doelstelling van de Wet AVV om goede en stabiele arbeidsverhoudingen in een bedrijfstak te waarborgen en neerwaartse loonconcurrentie tegen te gaan door de minister wordt aangevoerd bij de motivering van een besluit, ligt terughoudendheid van de rechterlijke toetsing daarvan in de rede.

Indien meer ruimte voor diversiteit in cao-afspraken gewenst wordt, dan zal dat moeten komen door een aanpassing van het Toetsingskader, zoals bijvoorbeeld Stege bepleit. De in deze bijdrage besproken rechtspraak van de Afdeling geeft hier geen aanleiding toe. Dit heeft te maken met de belangrijkste doelstelling van het avv-instrument om goede en stabiele arbeidsverhoudingen in een bedrijfstak te waarborgen en neerwaartse loonconcurrentie tegen te gaan. Dit weegt zwaarder dan de ruimte voor diversiteit. Daarbij is dan wel van belang dat er een grote uniformiteit in bedrijfsvoering in een bedrijfstak is en dat er wel oog is voor de positie van de enkeling die daar wezenlijk van afwijkt. Naarmate de bedrijfstak als zodanig al veel diverser is samengesteld qua werkgevers en de wijze waarop zij hun bedrijfsvoering inrichten, mag er overigens van worden uitgegaan dat de regelingen in de cao voor deze diversiteit in bedrijfsvoering ook de ruimte bieden en zal er om die reden minder noodzaak zijn voor dispensatie.

6 Rechtspraak uit 2021 over de dispensatie van de cao Particuliere beveiliging

6.1 Inleiding

Zoals in paragraaf 4 reeds vermeld, hebben de uitspraken van de Afdeling van december 2019 voor de dispensatie van payrollondernemingen van de avv van de uitzend-cao geen betekenis meer vanwege de gewijzigde wetgeving (WAB) en gewijzigde werkingssfeerbepaling van de ABU-cao, waarbij de payrollovereenkomsten expliciet zijn uitgesloten.

Inmiddels is er ook rechtspraak verschenen over de dispensatieverlening van de cao Particuliere Beveiliging (PB). Bekeken wordt of de hiervoor besproken rechtspraak daarbij van invloed is geweest. Het besluit van de minister tot het verlenen van dispensatie, dat dateert van 30 april 2019, is nog van voor de hiervoor bespro-

²⁹ ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 10.

Mr. L.C.J. Sprengers

ken uitspraken van de Afdeling van 18 december 2019. Maar de rechterlijke oordelen die inmiddels voorhanden zijn, zijn wel van na die datum.

6.2 *Uitspraak Rechtbank Midden Nederland 20 juli 2021*

In 2021 is door partijen bij de cao Particuliere Beveiliging geprocedeerd bij de bestuursrechter tegen het besluit van de minister om bij de avv van de cao Particuliere Beveiliging, afgesloten tussen FNV en CNV en de Nederlandse Veiligheidsbranche (NVB), dispensatie te verlenen aan de Vereniging Beveiligingsorganisatie Nederland (VBe NL), die met de Unie een eigen cao heeft afgesproken. De minister heeft dispensatie verleend omdat hij van mening is dat sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao vallen. Volgens de minister zijn dat de aard van werkzaamheden (gecombineerde beveiligingswerkzaamheden: reguliere beveiliging en evenementen- en horecabeveiliging) en de organisatie van arbeid (grote behoefte aan flexibele arbeid).

De rechtbank oordeelt dat een vergelijkende beschrijving en een feitelijke en cijfermatige onderbouwing van deze verschillen ontbreekt.³⁰ Uit het bestreden besluit volgt niet waarop de minister zijn conclusie baseert. Ter zitting heeft de minister opgemerkt dat er ook geen cijfermatige onderbouwing is, omdat er geen cijfermatig onderzoek wordt gedaan. De minister heeft verder gesteld uit de argumentatie in de aanvraag om dispensatie en de bijgevoegde stukken het beeld te hebben gekregen dat er doorslaggevende verschillen zijn, maar heeft dit dus niet nader geconcretiseerd. Dit is onvoldoende.

De rechtbank verklaart het beroep gegrond, vernietigt het bestreden besluit en voorziet zelf in de zaak door herroeping van het primaire besluit. Omdat de rechtbank zelf in de aanvraag en de bijgevoegde stukken niet de onderbouwing van de essentiële verschillen tussen de bedrijfskenmerken van de NVB-leden en de VBe NL-leden heeft gezien, moet het ervoor worden gehouden dat deze specifieke bedrijfskenmerken er niet zijn, zodat dispensatie van het besluit tot algemeenverbindendverklaring van de cao Particuliere Beveiliging niet aan de orde is.

6.3 *Voorzieningenrechter ABRvS 15 november 2021*³¹

Omdat de rechtbank het dispensatiebesluit van de minister heeft herroepen, betekent dit dat het besluit geacht wordt nooit te hebben bestaan. Deze herroeping heeft daarom tot gevolg dat de leden van de VBe NL voor de periode van 30 april 2019 tot 4 mei 2021 alsnog onder de cao Particuliere Beveiliging vallen. Voor de VBe NL is dit reden geweest om bij de Afdeling voorlopige voorzieningen te vragen om in afwachting van de beslissing in de bodemzaak geen uitvoering te hoeven geven aan de uitspraak van de rechtbank. De voorzieningenrechter van de Afdeling acht aannemelijk dat door het vervallen van de dispensatie werknemers leden van de VBe NL kunnen aanspreken op nabetaling van bijvoorbeeld reiskostenvergoedingen of verschuivingstoelagen. Omdat het kan gaan om een groot aan-

30 Rb. Midden Nederland 20 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3573, JAR 2021/255, m.nt. A. Stege.
31 ABRvS (vzr.) 15 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2531.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

tal werknemers, vindt de voorzieningenrechter een voldoende spoedeisend belang aanwezig, anders dan de partijen bij de cao Particuliere Beveiliging, die hadden gewezen op het feit dat de periode van avv inmiddels verstreken is en er in de praktijk door werknemers nog geen nabetaling is gevorderd. De voorzieningenrechter vindt dat het geschil in de hoofdzaak nader onderzoek vergt en spreekt daarom geen voorlopig oordeel uit over de rechtmatigheid van de uitspraak. Aan de hand van een belangenafweging wordt wel de gevraagde voorlopige voorziening uitgesproken.

6.4 *Commentaar*

Het oordeel van de rechtbank Midden Nederland gaat in op de andere betekenis van het Toetsingskader. Het Toetsingskader reguleert niet alleen waaraan cao-partijen moeten voldoen wil een cao algemeen verbindend verklaard worden, of waaraan een verzoek om dispensatie van een werkgever(s) (organisatie), die een eigen (ondernemings)cao heeft afgesloten, moet voldoen. Het stelt ook eisen aan de motivering van het besluit van de minister. Indien de minister zich op het standpunt stelt dat er sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die maken dat niet gevergdd kan worden dat de bepalingen van de avv-cao worden toegepast door werkgever(s), dan moet de onderbouwing waaruit deze specifieke bedrijfskenmerken bestaat wel deugdelijk zijn. Uit deze zaak blijkt dat partijen die dispensatie hebben aangevraagd deze onderbouwing niet concreet hebben aangeleverd. De minister heeft daar genoeg mee genomen en wordt nu door de rechtbank op de vingers getikt. Er is sprake van een grote mate van beleidsvrijheid voor de minister, zoals uit artikel 2 Wet AVV volgt. Deze beleidsvrijheid is vervolgens ingevuld door het hanteren van het Toetsingskader. De minister is gehouden zich vervolgens aan dit beleid te houden, hetgeen volgt uit artikel 4:84 Awb (zie hiervoor paragraaf 5). Dit betekent niet dat de minister zelf op zoek moet gaan naar een onderbouwing voor specifieke bedrijfskenmerken, maar wel dat hij een deugdelijke onderbouwing dient te verlangen van aanvragers van dispensatie. Indien zij dat niet kunnen aanleveren of indien partijen bij de voor avv voorgedragen cao daar (steekhoudende) argumenten tegen inbrengen, zal de minister in de motivering duidelijk moeten maken waarop zijn besluit is gebaseerd.

Waar de Afdeling in de uitspraken van december 2019 met veel argumenten van de minister is meegegaan waarom er geen sprake was van voldoende specifieke bedrijfskenmerken, heeft de Afdeling ten aanzien van twee argumenten inzake Tentoo en DPA geoordeeld dat de motivering van de minister tekort was geschoten. Onvoldoende had de minister bepaalde bijzondere kenmerken meegewogen, althans dat in de motivering van het besluit onvoldoende inzichtelijk gemaakt. De rechtbank hanteert het in het Toetsingskader bepaalde als de objectieve toetsingsmaatstaf waaraan het besluit van de minister wordt getoetst. Dit vertaalt zich in de eisen die aan de motivering van het besluit worden gesteld. Het oordeel van de rechtbank in deze zaak ligt voor wat betreft die motiveringseisen in lijn met de rechtspraak van de Afdeling. Ook als de minister meegaat met een verzoek om dispensatie, worden er hoge eisen gesteld aan de motivering, gerelateerd aan de inhoud van het toetsingskader.

Mr. L.C.J. Sprengers

7 Conclusies

In dit artikel heb ik de recente rechtspraak over het meerderheidsvereiste en de dispensatie geanalyseerd. Uit de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de ABRvS valt af te leiden dat er terughoudendheid is bij de beoordeling van de gehanteerde berekeningsmethode om vast te stellen of voldaan is aan het meerderheidsvereiste. Daarbij wordt onvoldoende onderscheid gemaakt tussen het gegeven dat de wet enerzijds voorschrijft dat er sprake dient te zijn van een meerderheid in de bedrijfstak werkzame personen, en anderzijds dat het aan de minister is om te beoordelen of deze meerderheid als belangrijk genoeg kwalificeert om tot avv over te gaan.

Uit de besproken jurisprudentie valt af te leiden dat het aan cao-partijen die avv aanvragen is om met een inzichtelijke berekeningsmethodiek te komen, gebaseerd op actuele data. De minister zal de validiteit daarvan dienen te toetsen en heeft daarbij de nodige discretionaire ruimte. Degene die bedenkingen heeft tegen de juistheid van deze methode of data, zal niet kunnen volstaan met de stelling dat een andere berekeningsmethode tot een andere uitkomst leidt, maar zal daarbij ook moeten aantonen wat er niet deugt in de berekeningsmethode en/of de gehanteerde data waarop de aanvraag voor de avv is gebaseerd. De beleidsvrijheid van de minister speelt in de rechterlijke toetsing een grote rol. Maar als een van de berekeningsmethoden niet voldoet om de meerderheid op een juiste wijze te berekenen, dan dient er sprake te zijn van een volle toetsing door de rechter. Dit valt onder de gebonden beoordelingsruimte. Dan is er minder ruimte om bij de bestuursrechtelijke toetsing veel betekenis aan de beslissingsruimte van de minister toe te kennen

In december 2019 heeft de Afdeling zich in verschillende uitspraken over de avv-cao voor de uitzendsector gebogen over het dispensatiebeleid in het Toetsingskader. Uit deze rechtspraak valt het volgende af te leiden:

- 1 De inhoud van de criteria over het dispensatiebeleid zoals vastgelegd in het Toetsingskader als zodanig worden door de Afdeling bij de beoordeling gevolgd en niet in strijd geacht met (de doelstelling van) de wet of internationale verdragen.
- 2 De Afdeling heeft meer duidelijkheid gecreëerd over het belangrijkste toetsingscriterium voor dispensatie: wanneer wegens zwaarwegende argumenten toepassing van de desbetreffende algemeen verbindend verklaarde cao redelijkerwijze niet kan worden gevegd.
- 3 De vraag of er al dan niet reden is voor dispensatie spitst zich toe op de specifieke bedrijfskenmerken die maken dat toepassing van de bepalingen van de avv-cao niet gevegd kan worden. Uit de uitspraken valt af te leiden dat de bedrijfskenmerken die niet (snel) als voldoende zwaarwegend worden beschouwd, betrekking hebben op: de hoogte van de arbeidsvoorwaarden, de mate waarin de avv-cao een bepaalde werkwijze centraal stelt maar niet verplicht voorschrijft, en de omvang van de administratieve gevolgen.

Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen

Uit de uitspraken valt af te leiden dat de bedrijfskenmerken die wel (snel) als voldoende zwaarwegend worden beschouwd, betrekking hebben op gevallen waarin de wijze van bedrijfsvoering op wezenlijke onderdelen verschilt ten aanzien van andere bedrijven die onder de werkingssfeer van de cao vallen en waar in een (ondernemings)cao gebruikgemaakt is van afwijking van het loonverhoudingsvoorschrift (artikel 8 lid 4 Waadi).

Uit de analyse blijkt dat in de rechtspraak grote betekenis wordt toegekend aan de inhoud van het Toetsingskader. In de loop van de tijd is het beleid opgeschoven naar het uitgangspunt dat dispensatie de uitzondering is en onder strikte voorwaarden wordt verleend. Het Toetsingskader wordt steeds meer de objectieve norm waaraan het besluit van de minister in de procedures wordt getoetst. Uit de beoordeling van de wijze waarop de minister het Toetsingskader heeft gehanteerd in de rechtspraak, wordt duidelijk dat de minister meer oog dient te hebben voor specifieke bedrijfskenmerken, in ieder geval in de motivering van de besluiten. Maar uit de rechtspraak van de Afdeling wordt ook duidelijk dat er sprake is van beleidsvrijheid van de minister en dat op basis van de in het Toetsingskader opgenomen norm dat moet worden aangetoond of van een werkgever niet kan worden gevergd dat hij de avv-cao gaat toepassen, hier niet snel sprake van zal zijn.