

ALTERNATIEF VOOR VAKBOND

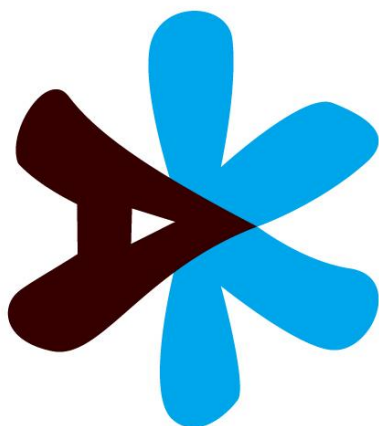
AVV over avv

Alternatief voor Vakbond over de Wet op het
verbindend en onverbindend verklaren van
artikelen van collectieve
arbeidsovereenkomsten

16 december 2015

Auteurs: mr. Marieke Mulder en Martin Pikaart

Inhoud



ALTERNATIEF VOOR VAKBOND	1
AVV over avv	1
1. Kaderzetting	3
2. Aanbevelingen.....	5
3. Toelichting bij aanbevelingen.....	6
4. Wettelijk kader	16
Bijlagen	21

1. Kaderzetting

De wet avv (voluit wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van artikelen van collectieve arbeidsovereenkomsten) vormt het sluitstuk van wetgeving ten behoeve van ordening van de arbeidsmarkt. Deze wet biedt de mogelijkheid om een sector-cao, die reeds voor een belangrijke meerderheid van een sector geldt, op te leggen aan de hele sector. Soortgelijke wetgeving is van kracht op het gebied van pensioenregelingen. De wet avv stamt uit 1937 en heeft als belangrijkste doelstelling, het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Die doelstelling heeft niets aan kracht ingeboet, sterker nog, die is anno 2015 misschien wel belangrijker dan die in 1937 was. De internationalisering en de hoge vlucht die uitzendwerk heeft genomen maken de wet avv des te waardevoller. Tegelijkertijd is onmiskenbaar dat de arbeidsmarkt een dynamischer karakter heeft dan in 1937, hetgeen zich onder meer uit in klachten over te rigide cao's, onvoldoende mogelijkheden tot maatwerk en conflicten inzake werkingssferen die soms tot de hoogste rechter worden uitgevochten.¹ Een centraal instrument om deze klachten te voorkomen is dispensatie van de ge-avv'de cao.

Het is tegen deze achtergrond dat de minister van SZW op 18 april 2012 opmerkt dat *'dispensatieregelingen (in cao's) niet transparant zijn en er slechts in beperkte mate uitvoering aan wordt gegeven'*². De minister stelt *'tot doel om een nieuwe impuls te geven aan de dispensatieverlening door cao-partijen'*, en hij geeft aan de *'dispensatiepraktijk de komende twee jaar nauwgezet te volgen om te bezien of hieraan ook invulling wordt gegeven en of aanvullende aanpassing noodzakelijk is.'* Voortbordurend op de hier ingezette lijn hebben de Tweede Kamerleden Van Weyenberg (D66) en Van Nieuwenhuizen-Wijbenga (VVD) op 4 december 2013 een motie ingediend om *'voor de zomer van 2014 een onderzoek te doen naar de toekomst van de avv-wetgeving en waar nodig concrete voorstellen te doen om de wetgeving te moderniseren'*. Voordat het onderzoek waar deze motie om vraagt is afgerond lijkt het kabinet de wens tot modernisering al wel ter harte te hebben genomen, getuige de per 1 april 2014 in werking getreden nieuwe vereisten voor dispensatiebepalingen in cao's, waarmee is *'beoogd om een nieuwe impuls te geven aan het dispensatiebeleid van cao-partijen'*³. Andermaal de constatering dat het dispensatiebeleid van sociale partners wel een impuls kan gebruiken. Op vrijdag 13 november 2015 heeft de minister van SZW het verzochte rapport, getiteld *'Effecten van algemeen verbindendverklaring'* aangeboden aan de Tweede Kamer. De hoofdboodschap van de aanbiedingsbrief is dat er nog altijd voldoende draagvlak is voor cao en avv, dat het avv-instrument naar behoren functioneert en dat er geen reden is voor fundamentele wijzigingen.

Het rapport concludeert dat de veronderstelde positieve effecten van avv geen onderwerp van discussie zijn, dat van de drie onderzochte negatieve effecten van avv er twee (kostenverhoging en marktverstoring) niet te vinden zijn, en stelt van het derde effect (geen maatwerk) het volgende: *'uit de beschikbare onderzoeken naar voren komt dat er, binnen de huidige kaders van het avv-instrument, waarschijnlijk genoeg ruimte is voor maatwerk en dat deze ruimte (nog) niet volledig wordt benut'*.

AVV onderschrijft deze conclusies, maar voegt daaraan toe, dat de conclusie inzake het derde negatieve effect (geen maatwerk) een weinig zeggende uitspraak is. De pointe is namelijk, dat degenen die behoefte hebben aan maatwerk, doorgaans net niet degenen zijn die de avv aanvragen. Voor het maatwerk zijn de eersten echter afhankelijk van degenen die met hun avv het maatwerk in

¹ Zie bv het 'vangrailarrest' d.d. 27 mei 2011, waar PMT enerzijds en BAM en (de uitvoeringsorganisatie van) bpf bouw anderzijds tot aan de hoge raad procederen over de vraag of de werkzaamheden van BAM inzake het plaatsen van vangrails onder de ene of onder de andere werkingssfeer vallen. ECLI:NL:HR:2011:BQ0010.

² Brief van de minister van SZW aan de Stichting van de Arbeid d.d. 18 april 2012 inzake Dispensatie bij avv. Twee volgende citaten eveneens uit deze brief.

³ Toetsingskader avv, Staatscourant 34009, 6 december 2013.

beginsel frustreren. De regelgeving biedt de avv-verzoekers weliswaar de mogelijkheid om derden maatwerk toe te staan, maar avv-verzoekers maken daar zelden gebruik van, aangezien het doorgaans niet in hun belang is. Aangezien het rapport deze essentiële toevoeging mist, is het op dit punt minder relevant. AVV onderkent het dilemma, dat een eenvoudig afdwingbare dispensatie mogelijk de bijl legt aan de wortel van de avv, maar herkent tevens de wenselijkheid van meer maatwerk en de door het ministerie gesignaleerde weerbarstigheid bij sociale partners om dispensatie in de praktijk te faciliteren. Het komt er dus op aan de wens tot maatwerk in de praktijk vorm te geven⁴.

In de genoemde aanbiedingsbrief merkt het ministerie op, dat het behoud van draagvlak onder de cao essentieel is, en dat er brede consensus is over *'hervorming van de cao naar inhoud, vorm en proces'*. *'Hervormen om te behouden'* noemt het ministerie dit. Tevens merkt het ministerie op, dat het feitelijk draagvlak onder de cao relevanter is dan het formele draagvlak. AVV heeft dit feitelijk draagvlak reeds vanaf oprichting voorop gezet, hetgeen ook tot uiting komt in het zelf ontwikkelde draagvlakmodel⁵. De ideeën achter dit model spelen ook een rol bij de hieronder gedane aanbevelingen. Zonder dit als concrete aanbeveling te willen presenteren, kan AVV zich voorstellen dat het draagvlakmodel tevens een rol zou kunnen spelen bij de beoordeling door sociale partners of dispensatie verleend kan worden. Men zou dan kunnen denken aan de (noodzakelijke doch niet bij voorbaat voldoende) voorwaarde dat de werknemersorganisatie(s) die mede het dispensatieverzoek indien(t/en), aantoot/aantonen dat er voldoende draagvlak is onder (alle) werknemers die vallen onder de te dispenserende cao.

Aangezien het avv-beleid een belangrijk arbeidsmarktinstrument betreft dat evenwel op aspecten onvoldoende tegemoet komt aan de eisen van de 21^{ste} eeuw, heeft Alternatief voor Vakbond, AVV, gemeend er goed aan te doen gehoor te geven aan de oproep in de motie en eveneens concrete aanbevelingen te doen om de wetgeving te moderniseren. Daartoe is literatuuronderzoek gedaan op 75 avv-verzoeken, alsmede de erbij behorende bedenkingen, dispensatieverzoeken, dispensatiebesluiten en overige correspondentie. Het betreft circa zes opeenvolgende cao's van dertien bedrijfstakken, waarvan via een WOB-verzoek om openbaarmaking is verzocht. Zie de bijlagen voor een overzicht van het opgevraagde materiaal. Naast deze gegevens zijn andere relevante documenten of informatie bekeken, zoals statuten of websites van pensioenfondsen, jurisprudentie, adviezen van de StAr en correspondentie van de minister. Een kleine tien in deze stukken voorkomende personen zijn gebeld of er is met hen gesproken om informatie te verifiëren. Het zal duidelijk zijn dat op de ca. 900 à 1000 cao's die ons land kent, dit onderzoeksmateriaal slechts een kleine selectie betreft. Wij hebben veel vertraging ondervonden bij het proces van openbaarmaking en uiteindelijk hebben wij ook slechts een deel van het gevraagde materiaal gekregen van het ministerie van SZW. Desondanks leverde het doorspitten van de wel verkregen gegevens genoeg onderbouwing voor de aanbevelingen die worden gedaan in dit rapport. Wij pretenderen niet volledig te zijn in dit rapport en beschouwen het dan ook als een aanzet tot verder onderzoek. AVV is van mening dat met deze aanbevelingen het behoud van (de doelstelling van) de wet avv gediend is, en daarmee tegelijkertijd het belang van het overgrote deel van de Nederlandse werknemers. AVV heeft bij dit onderzoek tevens de wet- en regelgeving rondom de wet bfp 2000 meegenomen (bpf voor bedrijfstakpensioenfonds). Deze wet is het broertje van de wet avv en regelt analoge zaken rondom pensioenregelingen. Bovendien zijn de twee onlosmakelijk verbonden doordat dispensatie van de eigen cao een rol speelt bij het verkrijgen van vrijstelling van het bpf.

⁴ Maatwerk dat overigens in de visie van het kabinet zelfs in de doorgaans verplicht gestelde pensioenregelingen gewenst is, aldus het kabinet in brief van 18 december 2015, 'Werkprogramma herziening pensioenstelsel', p. 4. Ref. 2015-0000311410.

⁵ Innovatie in de polder: het AVV draagvlakmodel, M. Pikaart en J. Vanderveen, oktober 2015. <http://www.avv.nu/nieuws/104/innovatie-in-de-polder-het-avv-draagvlakmodel.htm>

De onderstaande aanbevelingen zijn gebaseerd op concreet aangetroffen voorbeelden, die in de toelichting op de aanbevelingen te vinden zijn. In hoofdstuk 2 vind u de aanbevelingen, voorzien van een zeer summier toelichting in schuinschrift. In hoofdstuk 3 staat de uitgebreidere toelichting per aanbeveling. We gaan ervan uit dat de lezer bekend is met de wet- en regelgeving inzake de wet avv en de wet bpf 2000; voor de lezer die een en ander nog eens wil nalezen, is in hoofdstuk vier een summier uitleg op de wet- en regelgeving toegevoegd. De lezer die meer informatie wenst, kan terecht in het genoemde rapport.

We hebben strikt de volgende terminologie gehanteerd: dispensatie waar het het avv-en van cao's betreft, vrijstelling waar het de wet bpf 2000 betreft.

We maken *bij een avv-verzoek* onderscheid tussen *a priori dispensatie* en *a posteriori dispensatie*. Om dit onderscheid te begrijpen, is enig begrip nodig van de reguliere gang van zaken bij de totstandkoming van een cao en van een avv-verzoek.

In eerste instantie is een cao een private afspraak tussen private partijen. De cao, eenmaal getekend en aangemeld bij SZW, bindt leden van de werkgeversorganisatie. Er kunnen redenen zijn, waarom een lid van deze werkgeversorganisatie (bijvoorbeeld tijdelijk) dispensatie vraagt (bijvoorbeeld van bepaalde artikelen). Om hen moverende redenen kunnen sociale partners in zo'n geval al dan niet dispensatie toekennen. Een en ander speelt zich geheel af in het domein der private afspraken tussen private partijen. Er is hier sprake van één soort dispensatie.

Het indienen van een verzoek tot avv gebeurt in de regel later dan het aanmelden van de cao. Het is niet ongebruikelijk, dat reeds voorafgaand aan het indienen van een avv-verzoek blijkt dat de werkingssfeer van de cao wel erg ruim is gedefinieerd, zodat een avv-verzoek mogelijk op overlappende problemen zal stuiten. Sociale partijen kunnen hier reeds bij het indienen van een avv-verzoek rekening mee houden, door de mogelijke problemen op voorhand uit te sluiten van het avv-verzoek. Dat kan bijvoorbeeld door de werkingssfeer in te perken (maar dan moet de cao aangepast hetgeen weer vertraging oplevert), of door in het avv-verzoek de problemen op voorhand uit te sluiten van avv. We noemen dit *a priori dispensatie*. Het betreft hier eigenlijk niet zozeer dispensatie als wel het voorkomen van procedurele obstakels, cq het bijschaven van de kennelijk te ruim opgestelde werkingssfeer.

Daarnaast kunnen er partijen zijn, die dispensatie aanvragen nadat het avv-verzoek is ingediend. Indien hierop dispensatie wordt verleend, hetzij door sociale partners hetzij door SZW, dan noemen we dit *a posteriori dispensatie*.

2. Aanbevelingen

1. Laat de bevoegdheid *a posteriori* dispensatie toe te kennen toekomen aan het ministerie of een daartoe opgerichte onafhankelijke cao-autoriteit en niet meer aan de sociale partners die het desbetreffende avv-verzoek hebben ingediend *en vaak een (financieel) belang hebben bij het onthouden van dispensatie*.
 - a. Indien deze aanbeveling niet overgenomen wordt, luidt subsidiair de aanbeveling: Maak avv-partijen tot bestuursorgaan voor wat betreft het besluiten op *a posteriori* dispensatieverzoeken, *zodat er meer rechtszekerheid rond procedurele waarborgen ontstaat*.
2. Bied sociale partners uitsluitend de mogelijkheid om de hele cao voor te dragen voor avv (in plaats van geselecteerde artikelen ervan), en behoud het renvooieren voor aan het ministerie of de nog in te stellen bovengenoemde cao-autoriteit. Renvooieren geschiedt dan uitsluitend op artikelen die niet voor avv in aanmerking komen. *Hiermee wordt voorkomen dat (de schijn gewekt wordt dat) partijen door selectief renvooieren zichzelf in een bevoorrechte positie kunnen plaatsen ten koste van anderen*.
3. Maak avv-verzoeken en verzoeken tot verplichtstelling permanent openbaar. *Niet valt in te zien waarom deze informatie pas na een soms vrij langdurige procedure ingezien kan worden, zoals we nu ook weer hebben ervaren voor dit onderzoek, en in sommige gevallen zelfs helemaal niet boven tafel komt. Openbaarheid zorgt voor meer transparantie*.

4. Maak dispensatieverzoeken en – besluiten permanent openbaar, met uitzondering van eventuele bedrijfsgevoelige informatie. *Werknemers moeten kunnen zien welke arbeidsvoorwaarden op hen van toepassing zijn, maar daarvoor moet informatie wel toegankelijk zijn, ook als een bepaalde termijn is verstreken.*
5. Maak vrijstellingsverzoeken en – besluiten permanent openbaar, met uitzondering van eventuele bedrijfsgevoelige informatie. *Ook hier geldt dat transparantie bijdraagt aan meer rechtszekerheid.*
6. Leg vast dat bij geconstateerde overlap van werkingsferen in reeds ge-avv'de cao's, de in de overlap verkerende ondernemer de keuze van toepasselijke cao toekomt. *Sociale partners moeten ervoor zorgen dat er geen overlap is. Wanneer dit toch voorkomt, mag het niet zo zijn dat een ondernemer en zijn personeel daardoor klem komt/komen te zitten, zoals nu in de praktijk voorkomt.*
7. Laat de deelname aan pensioenregelingen in aanmerking komen voor avv, met een duur van vijf jaar. Wijzig hiertoe het Toetsingskader dat dit uitsluit. *Door ook pensioenregelingen onder de Wet avv te brengen ontstaat een flexibeler systeem. Overigens staat de Wet avv hieraan niet in de weg.*
8. Benoem pensioen als essentiële bezoldiging als bedoeld in de Europese uitzendrichtlijn 2008/104/EG, artikel 3 lid 2. *Dit is met name voor uitzendkrachten van belang. Sommige uitzendkrachten worden door de werkgever ingeschreven bij StiPP, het pensioenfonds voor de uitzendbranche. Andere uitzendkrachten worden ingeschreven bij het fonds van de sector waar zij werken. Dit heeft ongelijke beloning tot gevolg. Door pensioen als essentiële bezoldiging te zien (pensioen wordt immers vaak gezien als uitgesteld loon) ontstaat rechtsgelijkheid voor alle uitzendkrachten in dezelfde situatie.*
9. Laat de wettelijk verplichte vrijstellingsgrond 'eigen cao' expliciet zonder andere aanvullende voorwaarden van kracht zijn dan een dispensatie van een (eventueel) ge-avv'de cao. Geef de vakbonden die de ge-avv'de cao hebben gesloten geen rol in dit proces (zoals volgens de uitleg van sommigen wel het geval is in het VBB). *Ook hier pleiten wij ervoor om het element 'welwillendheid van andere private partijen' zoveel als mogelijk uit de regelgeving te halen.*
10. Expliciteer het VTN, zowel het in rekening brengen als de berekeningswijze. *Pensioenfondsen brengen kosten in rekening vanwege het 'verzekeringstechnisch nadeel' dat zij lopen als een partij vrijstelling verzoekt van een pensioenfonds. Er heerst nu willekeur ten aanzien van de hoogte van deze kosten en dit brengt rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid met zich mee.*
11. Verplicht sociale partners bij ge-avv'de fonds-cao's en besturen van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om binnen een redelijke termijn medewerking te verlenen aan verzoeken om representativiteitscijfers van derden. *Ook hier zijn partijen die geen zitting hebben in het bestuur van een pensioenfonds afhankelijk van de welwillendheid van het fonds om cijfers aan te leveren die nodig zijn voor het aanvragen van een algemeen verbindend verklaring van een eigen cao voor een sector. Er kan nu vrijwel niets ondernomen worden tegen traineren van het proces door het fondsbestuur.*
12. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dienen verplicht te worden om stipt op 1 april van elk kalenderjaar de performancetoets ook publiekelijk bekend te maken in plaats van alleen aan DNB. Een werkgever die vrijstelling wenst op basis van een eventueel te laag rendement moet vervolgens uiterlijk 1 april van het eropvolgende kalenderjaar vrijstelling vragen. Een nieuwe performancetoets mag geen inbreuk maken op een reeds lopende vrijstellingsprocedure op grond van artikel 5 VBB, *zoals nu in de praktijk wel voorkomt*

In het volgende hoofdstuk worden voorbeelden gegeven van situaties die zijn aangetroffen in het gebruikte onderzoeksmateriaal en die de basis vormen voor de aanbevelingen in dit onderzoek.

3. Toelichting bij aanbevelingen

1. A posteriori dispensatie alleen door minister of cao-autoriteit

De huidige praktijk, waarbij sociale partners dezelfde beslisbevoegdheden inzake dispensatie hebben als de minister, maar zonder de procedurele waarborgen, roept vragen op. Temeer daar sociale partners vaak een evident (financieel) belang hebben bij het onthouden van dispensatie. Een voordeel van een bestuursorgaan voor dispensaties is dat men erop mag vertrouwen, dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid prevaleren. Deze aanbeveling dient ook om voorbeelden als onderstaande te voorkomen.

Voorbeeld 1a Dispensatiereglement ABU cao⁶

Partijen bij de ABU cao stelden zich tot voor kort, inzake dispensatiebeleid, op het navolgende standpunt⁷: *'Ten tweede menen partijen bij de ABU-cao dat het eigen dispensatiebeleid inhoudelijk overeen dient te komen met het dispensatiebeleid van het Toetsingskader, teneinde rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid te voorkomen.'* Partijen bij de ABU hebben naderhand dit standpunt verlaten en als een van de criteria voor dispensatie het volgende opgenomen: *'De cao waarvoor dispensatie wordt verzocht, is aan werknemerszijde afgesloten met minimaal twee verschillende partijen die rechtstreeks betrokken zijn bij de ABU-cao, dan wel twee verschillende partijen die zijn aangesloten bij dezelfde vakcentrales als die waarbij werknemersorganisaties betrokken bij de ABU-cao zijn aangesloten.'* Tenminste een van de bij de ABU-cao betrokken werknemersverenigingen stelt dienaangaande over deze voorwaarde, dat die *'een aantasting zijn van de contractvrijheid van partijen om cao's met elkaar overeen te komen en (dat deze) riekt naar gedwongen winkelnering.'*⁸ Aangezien deze zelfde partij wel zijn handtekening onder de cao heeft gezet waar deze voorwaarde in staat, mogen we aannemen dat deze uitleg ook de intentie van partijen weergeeft. Een dergelijke voorwaarde komt, dat moge duidelijk zijn, niet voor in het toetsingskader avv of andere wet- en regelgeving.

Bovenstaand voorbeeld laat zien dat werknemersorganisaties zichzelf een voorkeurspositie kunnen toebedelen bij afwijkingen van de cao. De aanbeveling dispensatie alleen te laten verlenen door de minister of cao-autoriteit dient onder meer om dergelijke voorkeursbehandelingen tegen te gaan. De minister heeft hier al eerder opmerkingen over gemaakt, zie onderstaand voorbeeld.

Voorbeeld 1b Decentralisatiebepaling Metalektro cao⁹

Artikel 5.1 lid 1 van de cao Metalektro 2001-2002 luidt: *'Bij of krachtens een CAO met bij deze overeenkomst betrokken vakverenigingen kan worden afgeweken van de B-bepalingen in deze overeenkomst.'* Dergelijke bepalingen staan ook in de cao Grafimedia en de cao Welzijn. Dit heeft de aandacht getrokken van de minister van SZW, die hierover een adviesaanvraag richt aan de Star. In de adviesaanvraag van het ministerie staat over dit fenomeen: *'Dit staat op gespannen voet met de vrijheid niet lid te zijn van een bepaalde vakbond, gewaarborgd door artikel 2 van de ILO-conventie 87. Bovendien zou de minister in dat geval in strijd met artikel 4 in verbinding met artikel 2 van ILO-conventie 98 goedkeuren dat bepaalde CAO-partijen door het verzoeken van AVV van dergelijke decentralisatiebepalingen de positie van bepaalde vakbonden versterken ten koste van andere vakbonden.'*

De aanbeveling om dispensatie alleen door de minister of een cao-autoriteit te laten plaatsvinden strekt er ook toe, dat eenmaal vastgestelde dispensatiereglementen ook daadwerkelijk nageleefd worden, en dient derhalve ter voorkoming van het onderstaande voorbeeld.

⁶ Abu-cao 2012-2017, Bijlage IX, Dispensatie, artikel 4 lid III.3. Deze Abu-cao is aan werknemerszijde ondertekend door FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond, de Unie en LBV.

⁷ Pleitnota prof. dr F.B.J. Grapperhaus namens de ABU in de bezwaarprocedure van de NVUB tegen het weigeren van dispensatie door SZW, d.d. 10 november 2007. Kenmerk WBJA/BOBB/07/3307.

⁸ Verzoek van Connexie Payroll en LBV aan SZW om dispensatie van de Abu cao, 15 mei 2013.

⁹ Advies inzake avv van decentralisatiebepalingen in cao's, Stichting van de Arbeid, 3 juni 2003.

Voorbeeld 1c Onreglementaire dispensatie aan Onstream Project Services BV¹⁰

Op 19 maart 2012 verstrekken partijen bij de ABU cao dispensatie aan Onstream Project Services BV. Bij de Onstream cao tekende van de vier bonden die partij waren bij de ABU cao alleen FNV Bondgenoten de cao. Toch werd er dispensatie verleend voor de ABU cao, terwijl maar één van de vier bonden betrokken was in plaats van de minimaal volgens het reglement vereiste twee bonden.¹¹ Overigens komt het ook voor dat partijen bij de ABU-cao wel handelen conform hun reglement. Zo is het dispensatieverzoeken van Persoonality en Connexie door partijen bij de ABU cao afgewezen enkel omdat niet twee van de bij de ABU cao betrokken bonden de respectievelijke cao's meetekenden.¹²

Onpartijdige uitvoering van de dispensatieprocedure door de minister of een cao-autoriteit kan bovenstaande rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid tegengaan. Daarmee dient deze aanbeveling ook ter voorkoming van voorbeelden zoals het onderstaande.

Voorbeeld 1d Geen dispensatie aan NBBU vanwege ruzie

NBBU en LBV diene op 23 maart 2007 een dispensatieverzoek in bij het ministerie voor de avv van de ABU cao. Hoewel de NBBU tot dan toe altijd gedispenseerd was geweest door sociale partners, hebben partijen bij de ABO cao besloten deze keer geen dispensatie te geven. De reden is dat NBBU niet wilde deelnemen aan het Sociaal Fonds voor de uitzendbranche, zo staat te lezen in het dispensatiebesluit: *'Gesteld is, dat indien een dispensatieverzoek was ingediend op grond van de dispensatiebepaling in de ABU cao, partijen bij de ABU cao bereid waren dispensatie te verlenen aan de NBBU onder de voorwaarde dat de NBBU zou deelnemen aan het Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.'*¹³

Opmerkelijk is dat sociale partners zichzelf verder gaande bevoegdheden kunnen toebedelen dan het ministerie inzake het verlenen van dispensatie. Het ministerie verleent alleen dispensatie op de datum waarop de avv wordt afgegeven, niet met terugwerkende kracht en hooguit voor de leden van een werkgeversvereniging die lid zijn op de dag waarop de avv wordt afgegeven. Sociale partners kunnen daar verder in gaan, zoals blijkt uit onderstaand voorbeeld.

Voorbeeld 1e Dispensatie aan VPO

Payrollen is een vorm van dienstverlening waarbij de payroller het personeel van een werkgever in dienst neemt en (exclusief) uitzendt aan deze zelfde werkgever. Een van de beoogde voordelen voor werkgevers is het gemak waarmee de payroller zijn 'werknemers' kan ontslaan. Op 28 april 2008 verlenen partijen bij de ABU-cao dispensatie aan de huidige en toekomstige leden van VPO voor de duur van de ABU-cao, d.w.z. tot 29 maart 2009. Het belangrijkste argument voor partijen bij de ABU-cao daarbij is dat, hoewel payrollen onder de werkingssfeer van de ABU-cao valt, payrollen wezenlijk anders is dan uitzenden, aldus partijen. Dit kwam onder meer tot uitdrukking in de afwezigheid van een uitzendbeding in de VPO-cao. Partijen bij de ABU-cao verlenen de dispensatie aan zowel huidige

¹⁰ Dispensatie van partijen bij de ABU cao aan Onstream Project Services BV d.d. 19 maart 2012, referentie 2012/02/1454.

¹¹ In de eraan voorafgaande ABU cao staat het dispensatiereglement niet uitgeschreven, navraag bij partijen leert dat hetzelfde dispensatiereglement van kracht was ten tijde van cao die op 11 juli 2011 is ge-avv'd tot en met 31 maart 2012. (Staatscourant 2011 nr 6825).

¹² Besluit inzake dispensatieverzoek Persoonality en Connexie, Min SZW, beide referentie DG Werk/UAW/2013 cao 633 24-65 5.00 d.d. 12 september 2013.

¹³ Dispensatiebesluit van het ministerie van SZW, 15 juni 2007, kenmerk UAW-2007-17949- CAO nr 633.

als toekomstige leden van VPO voor de avv die is afgegeven op 31 maart 2008, dus mogelijk ook met terugwerkende kracht.^{14, 15}

De aanwezigheid van ruimere bevoegdheden maakt het nagenoeg ontbreken van procedurele waarborgen des te prangender. Dispensatie door sociale partners heeft hetzelfde effect als dispensatie door de minister. Het ligt daarom voor de hand om dezelfde procedurele waarborgen in te bouwen.

2. Alleen volledige cao voordragen voor avv

Aanbeveling 2 voorkomt dat selectief artikelen worden gerenovoieerd en doet daarmee meer recht aan de oorspronkelijke doelstelling van de wet avv. Sociale partners kunnen nu artikelen renovoieren die ertoe leiden dat de ge-avv'de cao (door de wet avv niet toegestaan) dwang uitoefent op ongeorganiseerde werkgevers om zich aan te sluiten. Deze aanbeveling dient dan ook om voorbeelden als onderstaand te voorkomen en om de schijn van belangenverstrengeling te vermijden. In de volgende twee voorbeelden wordt loondoorbetaling bij ziekte gerenovoieerd.

Voorbeeld 2a Geen loondoorbetaling bij schorsing of overtreding ziektereglement

Artikel 12 lid 1 van de cao Afbouw 2006 stelt, na een algemene bepaling omtrent goed werknemerschap: *'Mochten ernstige afwijkingen hiervan voorkomen, als het gebruik van sterke drank of drugs op het werk, het verwaarlozen van machines, materialen of gereedschappen, het herhaaldelijk te laat komen op, of het moedwillig verzuimen van het werk, dan kunnen deze gestraft worden volgens 7:678 BW of met schorsing van één tot zes dagen, zulks zonder behoud van loon.'*

Van dezelfde cao stelt artikel 8 van Bijlage 11 over het Reglement Ziekteverzuim: *'Onverminderd de bepalingen der wet en deze cao tot doorbetaling van loon tijdens ziekte, is de werkgever in een tijdsbestek van een jaar vanaf de eerste overtreding gerechtigd de volgende sancties op te leggen indien de bepalingen van dit reglement door de werknemer niet worden nageleefd:*

-eerste overtreding: schriftelijke waarschuwing

-tweede overtreding: boete van € 22

-derde overtreding: een dag geen aanspraak op loon

-vierde overtreding: twee dagen geen aanspraak op loon'

Deze beide artikelen zijn gerenovoieerd.¹⁶ Hierdoor hebben ongeorganiseerde werkgevers niet de mogelijkheden om de loondoorbetaling stop te zetten in geval hun werknemers de desbetreffende regels overtreden. Dit levert een evident concurrentievoordeel op voor georganiseerde werkgevers.¹⁷ Zo ook in het volgende voorbeeld.

¹⁴ Dispensatiebesluit van partijen bij de ABU-cao aan VPO d.d. 28 april 2008. Opgemerkt zij dat de adressen van VPO en ABU identiek zijn, dat ABU qualitate qua, als een van de oprichtende partijen bij VPO, een 'kwaliteitszetel' bezet in het VPO-bestuur.

¹⁵ Saillant in dit verband is het volgende voorbeeld. Vanaf 1 januari 2012 was er geen VPO-cao meer. Diverse andere payroll-organisaties hebben vervolgens eigen payroll-cao's gesloten en voor deze en volgende ABU-cao's dispensatie gevraagd aan het ministerie. Steeds hebben partijen bij de ABU-cao hiertegen geprotesteerd (bezwarende zienswijzen ingediend in het jargon). Bijvoorbeeld in 2013: Connexie, Persoonality (beide zonder uitzendbeding), Tentoo, Please (beide met uitzendbeding). Connexie en Persoonality waren lid van VPO ten tijde van de VPO-cao en om die reden gedispenseerd. Bronmateriaal: Verzoek dispensatie van de ABU-cao aan het ministerie van SZW door LBV voor de cao's Connexie resp. Persoonality, d.d. 26 juli 2013. (Men kan zich overigens de wezenlijke vraag stellen of payroll-cao's (met een uitzendbeding) überhaupt betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten tussen de payroll-werknemer en de payroll-organisatie. Zie dissertatie J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap.)

¹⁶ UAW nummer 10626. Eveneens gerenovoieerd in de opvolgers van deze cao in de jaren 2008, 2010, 2011.

¹⁷ Overigens komen artikelen waar loondoorbetaling wordt stopgezet wel degelijk voor avv in aanmerking. Soms worden dergelijke artikelen namelijk voor avv voorgedragen en ook ge-avv'd, zoals bv in artikel 61 lid 7 van de cao Afbouw 2004/2005 (geen loondoorbetaling bij het niet dragen of gebruiken van verplichte beschermingsmiddelen). Idem dito in opvolgende cao's Afbouw, zoals bv in de avv van de cao Afbouw 2008 in

Voorbeeld 2b Stopzetting loondoorbetaling wegens arbeidsongeschiktheid bij bereiken van AOW-leeftijd

Stopzetting loondoorbetaling wegens arbeidsongeschiktheid als werknemer AOW-leeftijd heeft bereikt staat in diverse cao's, en wordt regelmatig gerenoveerd bij het avv-verzoek. Zie bijvoorbeeld het avv-verzoek van de cao Metalekro 2013, (avv in Staatscourant 2014, nr 4334).

Aanbeveling 2 strekt er derhalve toe om te voorkomen dat alleen georganiseerde werkgevers ontheven zijn van loondoorbetaling. Ook de ongelijkheid die ontstaat zoals in onderstaand voorbeeld kan zich dan niet meer voordoen.

Voorbeeld 2c Verbod arbeid voor derden

Een veel voorkomend artikel is het verbod in de cao om arbeid voor derden te verrichten. Dit artikel is in veel avv-verzoeken gerenoveerd, zoals bv in het avv verzoek voor het metaalbewerkingsbedrijf 2013 (UAW nr 11519), in de cao Bouwnijverheid 2006 of in de cao's voor het beroepsgoederenvervoer over de weg 2003, 2007, 2007, 2009.¹⁸

3. Maak avv-verzoeken en verzoeken om verplichtstelling permanent openbaar. Deze verzoeken zijn nu gedurende drie weken openbaar. Na drie weken verdwijnen ze uit de openbaarheid. Wij hebben zelf ervaren dat het opvragen van deze informatie een langdurige procedure was. Niet valt in te zien waarom dit soort openbare informatie zo moeilijk toegankelijk zou moeten zijn. Overigens is deze aanbeveling minder van belang indien aanbeveling 2 wordt overgenomen. Dan immers is duidelijk dat sociale partners de hele cao hebben voorgedragen voor avv en dat eventuele renvoeien voor rekening van het ministerie zijn. Wordt aanbeveling 2 echter niet overgenomen, dan is niet op voorhand duidelijk wie het initiatief heeft genomen voor renvooi. Ook moet duidelijk zijn waarom bepaalde verzoeken worden ingediend, zodat voorbeelden als onderstaand voorkomen kunnen worden.

Voorbeeld 3a StiPP

StiPP, voluit Stichting Pensioenfonds Personeelsdiensten, voorheen StiPLU, Stichting Pensioenfonds Langdurige Uitzendkrachten, heeft in de oprichtingsstatuten onder artikel 4 lid 2 onder het kopje 'uitgaven' het volgende staan: *a. eventuele uitkeringen aan gepensioneerde deelnemers, alsmede aan de overige belanghebbenden; b. het kapitaal dat in het kader van waardeoverdracht aan een pensioenfonds of verzekeraar wordt overgedragen; c. betalingen aan verzekeraars of herverzekeraars; d. administratiekosten; e. overige uitgaven.* De vraag die dit oproept is of StiPP hiermee überhaupt wel kwalificeert als pensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (en dus ook of het kwalificeert als bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet BPF 2000). Beide wetten gaan er namelijk als vanzelfsprekend van uit, dat er daadwerkelijk pensioen uitgekeerd wordt, en niet slechts 'eventueel'.¹⁹ Door het verzoek om verplichtstelling openbaar te laten zijn, kan eenvoudig worden

de Staatscourant van 13 januari 2009, UAW nummer 10876, artikel 60 lid 9. Het renvoeien betreft dus een keus van sociale partners.

¹⁸ Overigens komen artikelen waar een verbod op werk voor derden in staat wel degelijk voor avv in aanmerking. Soms worden dergelijke artikelen namelijk voor avv voorgedragen en ook ge-avv'd, zoals bv in artikel 7 lid 6a van de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur mobiele kranen 2011, Staatscourant nr 153, 4 mei 2011, UAW nummer 11158. Het renvoeien betreft dus een keus van sociale partners.

¹⁹ Dat dit geen spel met woorden is, bewijst de praktijk: 93% van de uitkeringen in 2014 zijn geen pensioenen, maar afkoop van pensioenen; in 2013 was dit zelfs 96%. (Jaarverslag StiPP 2014, p. 78.) In termen van aantallen deelnemers is beeld het nog triester: 98 % van de deelnemers bij StiPP blijft met het opgebouwde kapitaal onder de wettelijke afkoopgrens. (Mondelinge communicatie van de ABU, d.d. 28 augustus 2015. Uit deze bron komt ook de informatie in de zin erna. Informatie bevestigd door StiPP voorzitter Paul Citroen op Twitter, 21 september 2015, @pcitroen.)

geconstateerd dat dit verzoek nooit gehonoreerd had mogen worden gezien de incompatibiliteit tussen doelstelling van de wet bpf 2000 en van het verzoek om verplichtstelling.

4. Maak dispensatieverzoeken en –besluiten permanent openbaar

Om rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid te voorkomen dienen deze vrijstellingen openbaar gemaakt te worden. Zoals in bovenstaande voorbeelden blijkt, kan openbaarmaking rechtsgelijkheid en rechtszekerheid vergroten. Deze aanbeveling is des te pregnanter, indien aanbeveling 1 niet wordt overgenomen. In dat geval immers, zijn dispensatieverzoeken en –besluiten in beginsel niet alleen niet permanent openbaar, maar vaak zelfs niet eens openbaar. Werknemers kunnen in dergelijke situaties onmogelijk weten welke arbeidsvoorwaarden op hen van toepassing zijn.

5. Maak vrijstellingsverzoeken en –besluiten permanent openbaar

Het probleem van overlappende werkingssferen van te avv-en of reeds ge-avv'de cao dient evident opgelost te worden door de sociale partners die partij zijn bij deze cao's. Gebeurt dat niet of onvoldoende, dan dienen derden daar niet door benadeeld te worden. De hier gegeven aanbeveling strekt er ook toe dat voorbeelden als onderstaand voorkomen worden.

Voorbeeld 5a StiPP weigert openbaarmaking

AVV verzoekt op 16 juni 2011 schriftelijk met een beroep op de WOB om openbaarmaking van de verzoeken om vrijstelling, de desbetreffende bestuursbesluiten en de verdere communicatie.²⁰ Op 7 juli 2011 weigert StiPP openbaarmaking, omdat *'de WOB niet van toepassing is. StiPP is een privaatrechtelijke instantie en kan niet worden aangemerkt als bedoeld in de WOB. Het feit dat op vrijstellingsverzoeken door StiPP wordt beslist doet daar niets aan af.'*²¹

Om een vrijstellingsverzoek op een goede wijze te onderbouwen zijn gegevens nodig die lastig te achterhalen zijn wanneer een pensioenfonds openbaarmaking weigert. Wellicht dat men via de rechter dit uiteindelijk voor elkaar kan krijgen, maar dit lijkt ons geen gewenste weg. Niet valt in te zien waarom hier een drempel wordt opgeworpen. De aanbeveling strekt ertoe deze drempel weg te halen.

6. Laat keuze cao aan ondernemer in geval van overlap van werkingssferen

De wet avv en de wet bpf 2000 zijn er duidelijk over, dat de voorliggende verzoeken niet gehonoreerd kunnen worden, indien dat zou resulteren in twee ge-avv'de cao's (respectievelijk twee verplichtgestelde bpf's) met overlappende werkingssferen. Desalniettemin komt het regelmatig voor, dat een dergelijke overlap wel optreedt. Deze aanbeveling strekt ertoe, om in een dergelijk geval zonder verdere inmenging van derden de ondernemer de keuze wordt gelaten, onder meer om voorbeelden als onderstaand, waar de problemen op de ondernemer (en dus diens werknemers) afgewenteld worden, te voorkomen.

Voorbeeld 6a Afbouw versus Metaal en techniek²²

Bedrijf [X] houdt zich bezig met de verkoop en montage van mobiele wanden, en neemt sinds 2005 vrijwillig (!) deel aan de cao en de pensioenregeling van Metaal en techniek; en draagt derhalve ook premies af aan bedrijfstakpensioenfonds PMT. Deze vrijwillige aansluiting is in 2010 omgezet in een verplichte aansluiting. De Grensgevallencommissie Afbouw constateert op 2 maart 2010 dat [X] onder de werkingssfeer van de (algemeen verbindend verklaarde) cao Afbouw valt. Op 26 juli ontvangt [X] hiervan bericht en krijgt te horen dat het premies moet afdragen aan BTER Afbouw, Bedrijfstakeigen regelingen van de sector Afbouw. Sociaal Fonds BTER Afbouw tracht bij de rechter af te dwingen dat [X] premies af gaat dragen aan BTER Afbouw. De rechter oordeelt hier hard over: *'Het*

²⁰ Verzoek openbaarmaking, AVV, 16 juni 2011.

²¹ Besluit op verzoek openbaarmaking, StiPP, 7 juli 2011.

²² Rechtbank Midden-Nederland 12 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY8879

kan niet de bedoeling zijn dat [X] onder de werkingssfeer van beide CAO's valt en zich met dubbele lasten terzake van bijdragen en premies geconfronteerd ziet. (...) De beslissing van de geschillencommissie is zeer summier gemotiveerd en bovendien in de samenstelling en de onafhankelijkheid van die commissie niet duidelijk. (...) Ten overvloede overweegt de kantonrechter als volgt. [X] mag – gelet op de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad²³ – niet de dupe worden van een dergelijke overlap. Nu [X] reeds jarenlang aan MN Services (de uitvoeringsorganisatie van PMT-MP) afdraagt en – gelet op het hiervoor overwogene daarvoor ook goede redenen bestaan – zou de enkele overlap in de gegeven omstandigheden ook in de weg staan aan toewijzing van de vordering.'

Het zou voor de hand liggen dat de sociale partners betrokken bij de avv' de cao's die kennelijk overlap in werkingssfeer vertonen, in overleg tot een oplossing komen en de in overlap verkerende ondernemer en diens werknemers daar niet mee lastig vallen. In plaats daarvan kiezen zij ervoor om de problemen, die zijn ontstaan door hun eigen nalatigheid bij het formuleren van de te ruime werkingssferen van beider cao's, op het bordje van een ondernemer en diens werknemers te leggen. Dat dit probleem een oplossing behoeft illustreert ook onderstaand voorbeeld.

Voorbeeld 6b Bouw versus Afbouw

De werkingssfeer van de cao Bouw zoals ingediend voor avv heeft betrekking op bouwwerkzaamheden in de ruime zin van het woord. Uitgezonderd worden diverse specifieke werkzaamheden, waaronder bedrijven die gericht zijn op het maken van vloeren.

De relevante bepalingen van de werkingssfeer van de cao Afbouw zoals die ter visie ligt in augustus 2010 luiden: *Artikel 2.1 De bepalingen van de deze cao zijn van toepassing op alle werkgevers, die werkzaamheden verrichten of doen verrichten op het gebied van (...) vloerenbedrijf, en op alle werknemers werkzaam in de ondernemingen op het hiervoor genoemde gebied.'*

Schipper Apeldoorn BV is een bedrijf dat funderingen en constructieve vloeren cq verdiepingsvloeren aanbrengt, die 'professionele bouwkundig zware berekeningen vereisen'.²⁴ Schipper Apeldoorn BV is al sinds oprichting in 1981 aangesloten bij de fondsen van de sector Bouwnijverheid. Vanwege het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium in de cao Afbouw valt dit bedrijf ook onder de werkingssfeer van deze laatste. In 2004 wordt Schipper aangeschreven door partijen in de Afbouw met de mededeling dat Schipper onder hun werkingssfeer valt en premies dient af te dragen. Fiscount Arbeid en Recht protesteert namens Schipper, brengt alle partijen aan tafel om tot een oplossing te komen. Die komt er niet, en medio 2010 ligt de zaak onder de rechter. Tijdens de tervisielegging van de avv-verzoeken van beide cao's dient de behandelend juriste van Fiscount Arbeid en Recht bedenkingen in tegen beide avv-verzoeken. Zij schrijft: *'Zoals aangegeven wordt een discussie over de werkingssfeer van 2 redelijk grote cao's uitgespeeld over het hoofd van een MKB ondernemer. Doordat partijen bij de cao Afbouw er niet voor kiezen een hoofdzakelijkheids criterium op te nemen, zal in de praktijk regelmatig een overlapprobleem ontstaan.'* Subsidiair verzoekt de juriste om dispensatie voor de cao Afbouw.

Daags na de toesturing van de bedenkingen aan het ministerie, wordt behandelend juriste van Fiscount Arbeid en Recht gebeld door partijen bij de cao Afbouw.²⁵ Partijen bij de beide cao's willen deze bedenkingen zo snel mogelijk uit de wereld geholpen hebben, en verzoeken de bedenkingen in te trekken. In ruil daarvoor zullen partijen bij de cao Afbouw de procedure staken. Op 13 september trekt de behandelend juriste de bedenkingen in namens cliënte Schipper.

Op 23 december 2010 verschijnt de avv van de cao Bouw in de Staatscourant met ongewijzigde werkingssfeer bepaling. De avv maakt melding van de door Fiscount Arbeid en Recht namens Schipper ingediende en later ingetrokken bedenkingen. Op 10 november 2010 verschijnt de avv van

²³ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0010

²⁴ Bedenkingen ingediend door Fiscount Arbeid en Recht namens Schipper Apeldoorn BV d.d. 19 augustus 2010 tegen de avv-verzoeken van de cao's Bouw en Afbouw.

²⁵ Mondelinge communicatie Mevrouw Snellenburg van Fiscaal Arbeid en Recht.

de cao Afbouw in de Staatscourant met ongewijzigde werkings sfeer bepaling. De avv maakt melding van de door Fiscount Arbeid en Recht namens Schipper ingediende en later ingetrokken bedenkingen. Tevens wordt melding gemaakt van het dispensatieverzoek en van het intrekken hiervan.

We zien hier hetzelfde gebeuren als in het vorige praktijkvoorbeeld: avv-verzoekers doen geen moeite werkings sfeerproblemen op te lossen. In dit specifieke geval kiezen ze ervoor een individueel geval op te lossen omdat ze anders geen avv krijgen. Merkwaardig is ook, dat het ministerie besluit een avv af te geven bij ongewijzigde werkings sfeerbepalingen, in de wetenschap dat er overlap van werkings sferen is, zodat de cao's formeel niet voor avv in aanmerking komen. Het is goed denkbaar, dat er andere bedrijven zijn die onder beide werkings sferen vallen, en die mogelijk in de problemen komen door de avv van beide cao's.

7. Laat pensioenregelingen in aanmerking komen voor avv

Er is geen principiële reden die het onmogelijk maakt om de wet avv toe te passen op pensioenregelingen. Weliswaar staat nu in het Toetsingskader avv dat dit niet kan, maar dat kan de minister eenvoudig wijzigen. Door ook pensioenregelingen onder de wet avv te brengen, ontstaat een flexibeler systeem. Bovendien lost dit het probleem op van het premieverhaal op de werknemer, dat een lek in de wet lijkt.²⁶ Nu kan een premieverdeling niet bindend worden opgelegd: het pensioenfonds gaat er niet over,²⁷ en artikelen over pensioen komen volgens het Toetsingskader niet voor avv in aanmerking²⁸. Overigens staat de wet avv zelf er niet aan in de weg, alleen het Toetsingskader.

²⁶ Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds stelt de premie vast die geïnd wordt bij de werkgever. In sommige sectoren stelt het bpf tevens vast wat de premieverdeling tussen werkgever en werknemer is, bij andere sectoren wordt dat aan sociale partners overgelaten. In veel gevallen staat de premieverdeling in een speciaal pensioen-artikel in de cao. Doorgaans hanteren alle ge-avv'de cao's in de werkings sfeer van een verplichtgesteld bpf dezelfde premieverdeling; de partijen vertegenwoordigd in het bestuur van het BPF zitten doorgaans ook aan deze cao-tafels. Gebruikelijk is dat de werkgever maximaal een bepaald deel van de premie op de werknemer mag verhalen. In beginsel komen artikelen over pensioen niet voor avv in aanmerking. In sommige van de gevallen waar het bpf niet zelf de premie vaststelt vermeldt het bpf de in de sector gangbare premie in de communicatie-uitingen, maar vaak wordt er niets over gemeld. Hierdoor kan een premieverdeling niet bindend worden opgelegd: artikelen over pensioen komen volgens het Toetsingskader niet voor avv in aanmerking en het pensioenfonds gaat er niet over. Overigens staat de wet avv zelf er niet aan in de weg, alleen het Toetsingskader. In de meeste gevallen is de situatie dus de volgende: gebonden werkgevers zijn gehouden aan de premieverdeling in de cao. Ongebonden werkgevers zijn in beginsel nergens aan gehouden inzake premieverdeling. Dit geeft hun theoretisch de mogelijkheid de gehele premie te verhalen op de werknemer, en daarmee een aanzienlijk concurrentievoordeel te behalen. Wij zijn echter uitsluitend voorbeelden tegengekomen waar werkgevers niets hadden geregeld inzake premieverdeling, aangezien zij ervanuit gingen dat alles geregeld was in zake pensioenen. Door het ontbreken van een verhaalartikel in de individuele arbeidsovereenkomst en van een incorporatiebeding hadden deze werkgevers in het geheel geen wettelijke grond om enig premiedeel te verhalen op de werknemer. In de praktijk gebeurde dit vaak dan weer wel, juist omdat iedereen ervanuit ging dat ook dit verplicht was. De werknemer zonder individueel premieverhaal of incorporatiebeding, in dienst van een ongebonden werkgever die naar de rechter stapt om het op hem verhaalde premiedeel terug te claimen, staat zeer sterk.

Men zou kunnen stellen dat hier een lek in de wetgeving zit: de premieverdeling kan niet bindend worden opgelegd. Hierdoor ontstaat potentieel zowel een concurrentievoordeel (namelijk voor gehaaide ongebonden werkgevers) als een concurrentienadeel (namelijk voor goedgelovige ongebonden werkgevers).

²⁷ Zie hiervoor rechtbank Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:711, 31 maart 2015. Bovag betwist dat de premieverdeling die PMT oplegt voorrang krijgt boven de premieverdeling in de eigen cao en krijgt gelijk.

²⁸ Wat niet wil zeggen dat ze ook niet ge-avv'd worden, zie bv artikel 3.3.2 in de avv van de cao ziekenhuizen 2012-2014, Staatscourant nr 4000, 24 mei 2012, met rectificatie in de Staatscourant nr. 4000 van 19 december 2012.

8. Benoem pensioen als essentiële bezoldiging als bedoeld in de Europese uitzendrichtlijn 2008/104/EG, artikel 3 lid 2.

De uitzendsector beschikt over een eigen verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, StiPP. De veel lagere premie hiervan ten opzichte van andere verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zorgt voor een (zeer) ongelijke beloning van uitzendkrachten. Sommige uitzendkrachten worden ingeschreven bij StiPP, andere bij het fonds van de sector waar zij werken. Deze verschillen zijn te wijten aan het feit, dat pensioen kennelijk door de Nederlandse overheid noch door de sociale partners als essentiële bezoldiging is aangemerkt. De veel gehoorde uitroep 'pensioen is uitgesteld loon' zou doen vermoeden dat pensioen net als loon als essentiële bezoldiging beschouwd dient te worden. Door pensioen als essentiële bezoldiging te zien, worden alle uitzendkrachten in dezelfde situatie (vrijwel) gelijk beloond.

9. Laat de 'eigen cao' een wettelijk verplichte vrijstellingsgrond zijn, zonder dat deze goedkeuring behoeft van de vakbonden die in het bestuur van het bpf zitten. Verduidelijk daartoe het vbb.

De eigen cao is reeds een wettelijk verplichte grond voor het verlenen van vrijstelling, mits die dispensatie heeft van een (eventuele) ge-avv'de cao. Het moge duidelijk zijn dat dit verzoek voor vrijstelling gesteund moet worden door de vakbonden die partij zijn bij de te dispenserende cao, niet noodzakelijk door de vakbonden die partij zijn bij de te avv-en cao (en doorgaans in het bestuur van het bpf zitten). Indien het verzoek gesteund zou moeten worden door de vakbonden die partij zijn bij de te avv-en cao, is wederom sprake van een ondermijning van het recht op vrije onderhandeling. Door deze aanbeveling worden voorbeelden als onderstaand voorkomen.

Voorbeeld 9a Dispensaties StiPP

StiPP dispenseert Please BV, op 21 juli 2004, op grond van artikel 6 VBB (andere reden, hoewel het verzoek was ingediend op grond van artikel 4, eigen cao). StiPP (dan nog Stiplu) stelt: *'Daarnaast plaatst het bestuur vraagtekens bij de interpretatie van de Vrijstellingsregeling. In de Vrijstellingsregeling is opgenomen dat de bij het arbeidsvoorwaardenoverleg betrokken vakorganisaties het verzoek mede dienen in te dienen. Het bestuur gaat er hierbij van uit dat het hier de vakorganisaties betreffen die deel uitmaken van de collectieve arbeidsovereenkomst, en niet de vakorganisatie waarmee u een cao bent overeengekomen'*. Omdat Please evenwel door de minister is gedispenseerd van de ABU cao verleent Stiplu vrijstelling 'om andere redenen'.

StiPP dispenseert Van der Noordt Personeelsdiensten BV, op 15 september 2005, op grond van artikel 4 VBB (eigen cao, en wel met FNV Horecabond). StiPP (dan nog Stiplu) stelt: *'Bij verzoeken om dispensatie op grond van een eigen cao is het bestuur verplicht om vrijstelling te verlenen aan een werkgever: a)... b)... c) als het verzoek om vrijstelling mede door of namens de bij het cao-overleg betrokken vakorganisaties is gedaan.'* StiPP constateert dat het verzoek mede door FNV Horecabond is gedaan (die niet vertegenwoordigd is in het Stiplu bestuur), en verleent vrijstelling.

StiPP dispenseert Onstream Project Services BV, op 16 oktober 2012, op grond van artikel 4 VBB (eigen cao, en wel met FNV Bondgenoten en het Zwarte Corps. Deze laatste is niet betrokken bij StiPP. StiPP neemt desalniettemin genoegen met de verklaring van deze twee bonden dat zij instemmen met het vrijstellingsverzoek.

In bovenstaande voorbeelden blijkt dat de tekst van het vbb niet duidelijk is en verduidelijking behoeft. StiPP geeft hier de om vrijstelling verzoekende partijen het voordeel van de twijfel, maar dat kan ook anders, zoals in onderstaand voorbeeld.

Voorbeeld 9b Bpf Vervoer²⁹

Bpf Vervoer echter heeft vrijstelling geweigerd in het volgende geval. [Z], een transportonderneming, heeft met ingang van april 2003 een eigen cao afgesloten met LBV. Deze cao heeft dispensatie

²⁹ Rechtbank Rotterdam, LJN BD7126, 02-07-2008.

gekregen van de avv van 12 maart 2004 de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg. De dispensatie is geldig tot 14 oktober 2007. Op 2 oktober 2006 dient [Z] een vrijstellingsverzoek in bij bpf Vervoer op grond van artikel 4, een eigen cao. Aan de voorwaarde van dispensatie van de ge-avv'de cao is voldaan. Het verzoek is mede ingediend namens LBV. Op 3 april 2007 heeft bpf vervoer dit verzoek afgewezen. Bpf vervoer redeneert dat de in artikel 4 van het Vrijstellingsverzoek Wet Bpf 2000 vermelde zinsnede "bij het arbeidsvoorwaardenoverleg betrokken vakorganisaties" verwijst naar de vakorganisaties die betrokken zijn bij het arbeidsvoorwaardenoverleg binnen de bedrijfstak, in plaats van naar degene betrokken bij de gedispenseerde cao.

Naar onze mening zou het overigens volkomen acceptabel zijn een andere aanvullende voorwaarde te stellen, namelijk dat de (netto) pensioenpremie tenminste even hoog is als die van het bpf.

10. Expliciteer het VTN, zowel het in rekening brengen als de berekeningswijze. Het beleid van de diverse verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vertoont grote diversiteit op dit punt, uniformisering is gewenst. Deze aanbeveling strekt ertoe om de (in elk geval ogenschijnlijke willekeur van de) volgende voorbeelden te voorkomen.

Voorbeeld 10a Vrijstelling voor Randstad versus vrijstelling voor Evoke

Uitzendbureau Evoke valt sinds 1 februari 2011 onder de verplichtstelling van StiPP. Evoke verzoekt op grond van artikel 5 van het VBB (onvoldoende beleggingsrendement) om vrijstelling die op 13 september 2012 wordt afgewezen.³⁰ StiPP geeft als reden hiervoor op dat niet is voldaan aan een van de voorwaarden voor vrijstelling, namelijk een gelijkwaardige pensioenregeling. Evoke tekent hiertegen bezwaar aan. Op 19 februari 2013 heeft StiPP het bezwaar van Evoke gegrond verklaard en het eerdere, afwijzende, besluit ingetrokken. Tegen dit besluit heeft Evoke beroep ingesteld bij de rechtbank.

Op 5 november 2013 meldt StiPP aan Evoke dat Evoke een bedrag dient te betalen te grootte van € 789.865,- ter derving van het VTN (verzekeringstechnisch nadeel). Evoke weigert dit bedrag te betalen. Op 12 december 2013 heeft StiPP het verzoek om vrijstelling van Evoke afgewezen, op grond van deze weigering. Evoke stelt dat StiPP de hoge ontslagkans mee moet nemen in de berekening van het VTN, en berekent zelf dat daarmee het VTN uitkomt op € 45.812,-. De rechtbank oordeelt dat Evoke daarin gelijk heeft, vernietigt het besluit van StiPP en oordeelt dat StiPP opnieuw moet beslissen op bezwaar. Op 10 december 2014 verleent StiPP vrijstelling aan Evoke onder de voorwaarde dat deze een VTN betaalt van € 45.812,-.³¹

De manier waarop pensioenfonds StiPP omgaat met Evoke staat in schril contrast met de manier waarop wordt omgegaan met de vrijstelling van het eigen pensioenfonds van uitzendorganisatie Randstad. Randstad valt onder de verplichtstelling van StiPP, levert zelfs een bestuurslid aan StiPP, maar heeft een eigen pensioenfonds waarvoor het van StiPP vrijstelling heeft gekregen. Randstad hoeft geen VTN te betalen.³² Explicitering van het VTN draagt bij aan gelijke behandeling.

11. Verplicht sociale partners bij ge-avv'de fonds-cao's en besturen van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om binnen een redelijke termijn medewerking te verlenen aan verzoeken om representativiteitscijfers van derden.

Deze aanbeveling strekt ertoe om te voorkomen dat aan dergelijke verzoeken alleen wordt voldaan indien de daarom verzoekende partijen op voldoende goede voet verkeren met de partijen in het bpf, zie het voorbeeld 1d inzake ABU en NBBU bij aanbeveling 1.

³⁰ Rechtbank Rotterdam, Evoke versus StiPP, uitspraak enkelvoudige Kamer van 26 september 2014.

³¹ Beslissing op bezwaar door StiPP, d.d. 10 december 2014, kenmerk spa/sy/950/evoke.

³² Besluit van Stiplu op dispensatieverzoek van Randstad Holding NV d.d. 19 november 2000.

12. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen worden verplicht om stipt op 1 april van elk kalenderjaar de performancetoets ook publiekelijk bekend te maken in plaats van alleen aan DNB. De werkgever moet vervolgens uiterlijk 1 april van het eropvolgende kalenderjaar vrijstelling vragen. Een nieuwe performancetoets mag geen inbreuk maken op een reeds lopende vrijstellingsprocedure op grond van artikel 5 VBB.

Evident draagt deze maatregel bij aan een gelijke behandeling van sociale partners. Deze maatregelen voorkomen dat vrijstelling op grond van artikel 5 VBB de facto vrijwel onmogelijk wordt gemaakt door veel te late publicatie van de z-score. Deze aanbeveling strekt er ook toe om voorbeelden als onderstaand te voorkomen.

Voorbeeld 12a Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg (Pensioenfonds vervoer) en z-score³³

Op 22 januari 2014 dient gemachtigde A.P. Reinders namens [Y] een verzoek tot vrijstelling in bij Pensioenfonds Vervoer, onder andere op grond van artikel 5: onvoldoende beleggingsrendement. De op dat moment laatst bekende performancetoetsen betreft de jaren 2008-2012, en die zijn negatief. Twee weken na afloop van de wettelijke termijn, op 17 februari, deelt het fonds mede dat het verzoek in behandeling wordt genomen, en vraagt bewijs dat de werkgever, conform de wettelijke eis, een vervangende pensioenregeling heeft getroffen die voor zijn werknemers tenminste dezelfde pensioenaanspraken oplevert als de regeling van het fonds.³⁴ Dit bewijs wordt op 28 maart 2014, binnen de daarvoor geldende termijn, geleverd. Op 31 maart 2014 reageert Pensioenfonds Vervoer met de mededeling dat van de vrijstellingsmogelijkheid op grond van artikel 5 VBB geen gebruik meer kan worden gemaakt. Op 26 juni 2014 weigert pensioenfonds Vervoer de vrijstelling. [Y] heeft bij de rechtbank Rotterdam beroep ingesteld tegen deze beslissing. Pas in de bezwaarschriftprocedure komt naar voren dat in een rapport van KPMG van 17 maart 2014 is gebleken dat de nieuwe performancetoets over de periode 2009-2013 positief is. De werkgever stelt zich op het standpunt dat de in gang gezette procedure, die immers was gebaseerd op de dan meest recent informatie van Pensioenfonds Vervoer zelf, niet mocht worden afgebroken ondanks dat de nieuwe performancetoets positief is. De werkgever verwijst daarbij naar een ander pensioenfonds (Stipp) dat in 2014 eveneens weer van een negatief naar een positief beleggingsrendement gaat, maar in tegenstelling tot Pensioenfonds Vervoer de weg naar vrijstelling alleen dichtzet voor nieuwe aanvragen³⁵. De rechter is het niet met de werkgever eens en wijst het verzoek af.

Overigens zij opgemerkt dat een onvoldoende beleggingsrendement een relatieve norm is, en wel ten opzichte van een door het bpf zelf gekozen benchmark. Een bpf kan desgewenst overstappen op een andere benchmark.³⁶

4. Wettelijk kader

Sociale partners hebben met de wetten **avv** en **bpf 2000** een machtsmiddel in de hand om ongeorganiseerde derden te binden, met als hogere doelstelling het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. De Wet avv -voluit Wet op het **algemeen verbindend** en onverbindend **verklaren** van artikelen van collectieve arbeidsovereenkomsten- stamt uit 1937 en vormt het sluitstuk van decennialange discussies over de ordening van de arbeidsmarkt. De wet is de **derde trap in de drietrapsraket van de cao**. Deze ziet er als volgt uit. De eerste trap is de

³³ Rechtbank Rotterdam, 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1814. Aanvullende informatie uit communicatie met gemachtigde.

³⁴ Dat is een overschrijding van de termijn genoemd in artikel 1a lid 1 sub a van het VBB. Hier rust echter geen enkele serieuze sanctie op, zie ECLI:NL:RBROT:2013:9878 RO 6.1

³⁵ <http://www.stippensioen.nl/Nieuws/Items/Positieve-Z-score-en-Performancetoets-2013-StiPP.aspx>

³⁶ Dit is bv wat StiPP doet in 2013 door over te stappen van MSCI naar FTSE, zie <https://www.stippensioen.nl/Nieuws/Items/Nieuwe-benchmarks-voor-beoordeling-beleggingsresultaten.aspx>.

(privaatrechtelijke) overeenkomst tussen private partijen: werkgeversorganisatie en vakbond.³⁷ Op grond van die overeenkomst kunnen leden van de vakbond aanspraak maken op de in deze overeenkomst vastgelegde voorwaarden jegens de leden van de werkgeversorganisatie, en vice versa. De tweede trap wordt gevormd door **artikel 14 van de Wet op de cao**. Op grond hiervan zijn leden van de werkgeversorganisatie, na ontvangst van kennisgeving door SZW, gehouden de in de cao vastgelegde voorwaarden aan te bieden aan al hun werknemers.³⁸ Het verschil tussen de eerste en de tweede trap is theoretisch van belang voor het juridische karakter van de cao, maar speelt praktisch gezien nauwelijks een rol, behalve in de rechtspraak. De derde trap ten slotte, wordt gevormd door de **wet avv**. Op grond van deze wet kan de minister van SZW het verzoek tot avv van een (sector-)cao honoreren, indien sociale partners bij deze cao een belangrijke meerderheid in die sector vertegenwoordigen en een dergelijk verzoek indienen. Door de publicatie in de Staatscourant verkrijgt de van oorsprong privaatrechtelijke overeenkomst kracht van wet, voor de duur van **maximaal twee jaar**. Van een **belangrijke meerderheid** is sprake indien ten minste 60 % van de werknemers in de sector in dienst is van de leden van de desbetreffende werkgeversorganisatie. Strikt genomen leggen avv-verzoekers niet de cao voor, maar artikelen van de cao. Avv-verzoekers **renvoieren** (d.w.z. schrappen) de artikelen die zij niet voor avv wensen voor te dragen. De parlementaire geschiedenis van de Wet avv maakt duidelijk, dat deze wet in wezen slechts één doelstelling kent: het **voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden**. Evident is, dat partijen die het avv-verzoek doen door honorering hiervan een aanzienlijke machtspositie verkrijgen. Zij leggen daarmee immers hun overeenkomst op aan derden, die daar part noch deel aan gehad hebben en wellicht ook niet gediend zijn met deze cao. Het principiële bezwaar van derdenbinding woog daarbij niet op tegen het belang van deze doelstelling. Dit ging zover, dat faillissementen ten gevolge van bijvoorbeeld een toename in de arbeidskosten voor een specifieke ondernemer expliciet als 'collateral damage' werden geaccepteerd. Theoretisch is het denkbaar dat georganiseerde werkgevers ook andere, door de wetgever onbedoelde, voordelen hebben van hun machtspositie. Dit zou ook kunnen leiden tot dwang om lid te worden, een neveneffect dat expliciet is uitgezonderd van de doelstellingen van de wet avv.³⁹ Een belangrijk element in de wet (en in de parlementaire behandeling) is de mogelijkheid **dispensatie** te verkrijgen van avv. Ondanks de destijds (zeker in vergelijking met 2015) grotendeels eenvormige en stabiele ordening van de economie in sectoren leefde sterk het besef dat er ondernemers kunnen zijn in de sector voor wie de cao wel eens minder passend zou kunnen zijn. Een dergelijke onderneming zou dan in staat moeten zijn om dispensatie te krijgen van de avv. In het **toetsingskader avv** (de lagere regelgeving die het avv-en regelt) wordt hieraan tenminste de eis van een eigen cao verbonden. Met de jaren zijn in het toetsingskader steeds meer regels opgenomen omtrent het verlenen van dispensatie. Zeer recent is de bedoeling opgenomen dat elke ge-avv'de cao een dispensatiereglement kent. Alleen transparante dispensatiereglementen komen sindsdien in aanmerking voor avv. Tot 2007 was de hoofdregel dat dispensatie werd verleend als de werkgever een eigen rechtsgeldige cao had.⁴⁰ Vanwege de constatering dat er in een aantal gevallen oneigenlijk gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid tot dispensatie van (bepalingen van) een algemeen verbindend verklaarde cao,

³⁷ Waar werkgever staat, kan ook werkgeversorganisatie gelezen worden, waar vakbond staat, kan ook vakbonden gelezen worden. Voor de leesbaarheid presenteren we hier de eenvoudigste gevallen.

³⁸ Voor zover die onder de cao vallen, wederom kiezen we hier -en in het vervolg van dit rapport- voor leesbaarheid boven volledigheid.

³⁹ Wet avv, artikel 2 lid 5b. Dat deze dwang wel gevoeld wordt, blijkt bijvoorbeeld uit bedenkingen ingediend tegen het avv-verzoek van de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen 2011: *'Deze bedenkingen hebben betrekking op de werkingssfeer van de onderhavige cao die volgens de bedenkinghebbende dwang uitoefent op werkgevers om lid te worden van Koninklijk Nederlands Vervoer (KNV) om de arbeidsvoorwaarden van de cao Goederenvervoer Nederland toe te kunnen passen.'* Staatscourant 153, 5 mei 2011, UAW nr 11158.

⁴⁰ Stege, TRA 2011, 24.

zijn sinds 2007 aanvullende voorwaarden voor dispensatie vereist.⁴¹ De hoofdregel is nu dat er geen dispensatie wordt verleend. Partijen met een eigen cao die wordt 'overruled' door de avv cao en die geen dispensatie (kunnen) krijgen, kunnen zich afvragen of het door de overheid middels avv ingrijpen in hun vrije onderhandelingen wel 'ondersteunend en bevorderend' werkt op hun eigen onderhandelingen, zoals zou moeten volgens het door Nederland ondertekende verdrag ILO nr 98, artikelen 2,3 en 4. Een eerdere klacht hierover tegen (het toetsingskader van) de wet avv is afgewezen door de ILO, maar de redenering van de ILO is op onderdelen onvolledig.⁴²

Er wordt naast een rechtsgeldige ondernemings- of subsector-cao vereist dat er zwaarwegende argumenten zijn, waardoor de algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao redelijkerwijs niet van toepassing zou moeten zijn op het bedrijf.⁴³ Bij zwaarwegende argumenten gaat het om specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die onder de werkingssfeer van de avv cao vallen. In het toetsingskader worden geen voorbeelden of aanknopingspunten gegeven. Naar aanleiding van Kamervragen heeft de Minister van SZW in zijn brief van 17 november 2014 een drietal voorbeelden genoemd.⁴⁴

Bovendien stelt de minister dat avv-verzoekers en dispensatie-verzoekers in beginsel gezamenlijk overeenstemming moeten bereiken. Dispensatieverzoekers kunnen zich primair tot avv-verzoekers wenden en secundair tot het ministerie. In het laatste geval is er sprake van een besluit genomen door een bestuursorgaan, in het eerste geval niet. Waar de algemeenverbindendverklaring een **besluit van algemene strekking** is, is een dispensatiebesluit (door de minister) een **bestuursbesluit** waar bezwaar en beroep tegen open staan. Overigens hebben de bezwaar- en beroepsprocedures in de praktijk niet heel veel betekenis, daar de duur van een avv maximaal twee jaar is, en vaak aanzienlijk korter.

Naast 'gewone' cao's waar doorgaans arbeidsvoorwaarden in worden geregeld, zijn er ook zogenaamde **fonds-cao's**. Hierin worden gewoonlijk premie-afdrachten geregeld voor nader omschreven doelstellingen die de desbetreffende branche ten goede moeten komen, zoals vorstverlet, kinderopvang, opleidingen etc. De middels fonds-cao's afgedragen premies worden doorgaans beheerd in **cao-fondsen**. Bij het avv-en van fonds-cao's (waarna in het spraakgebruik zowel de fonds-cao als het cao-fonds ge-avv'd heten) gelden dezelfde regels met enkele minimale verschillen. Hiertoe wordt een premie geheven waarmee het fonds -doorgaans een paritair bestuurde stichting- gevuld wordt. Door de avv ervan dragen alle werkgevers in de sector hieraan bij. Doorgaans wordt het sociaal overleg tussen werkgevers en vakbonden voor een niet gering gedeelte gefinancierd uit deze middelen.

De twee belangrijkste verschillen met het avv-en van reguliere cao's is de langere looptijd, maximaal vijf jaar in plaats van twee, en een zekere minimale waarborg zoals de verplichting jaarverslagen aan te leveren aan SZW. Tot enkele jaren geleden kende elk ge-avv'd fonds een ministeriële waarnemer, deze zijn echter wegbezuinigd.

⁴¹ *Kamerstukken II 2004/05, 29800 XV, 89, p. 2; Ko, ArbeidsRecht 2004/10; Grapperhaus, Ondernemingsrecht 2005/192.*

⁴² In 2008 hebben kleinere sociale partners een klacht ingediend bij de ILO (International Labour Organisation) waarin zij het recht om in vrijheid te onderhandelen te sterk beperkt zien door het uitspreken van een algemeen verbindendverklaring. Zie Definitive report no 351, november 2008, LBV & Altro Via versus the Netherlands. De ILO heeft deze klacht afgewezen, onder verwijzing naar enerzijds de theoretische mogelijkheid om dispensatie te verkrijgen en naar anderzijds de mogelijkheid van betere arbeidsvoorwaarden dan verordonneerd door de avv. De theoretische mogelijkheid is echter in de praktijk vaak een onmogelijkheid en de mogelijkheid om betere arbeidsvoorwaarden aan te bieden dan in de avv vastgelegd bestaat niet indien de ge-avv'de cao een standaardkarakter heeft. Ook bij een minimumkarakter kan een andere uitruil al stuiten op problemen met de avv. De argumentatie die de ILO aandraagt, mits correct toegepast, leidt ertoe dat Nederland hier het recht van (kleinere) sociale partners om in vrijheid te onderhandelen schendt.

⁴³ Par. 7 Toetsingskader AVV; Zie ook: Rojer & Van der Veldt, *ARBAC 2010*, oktober DOI 10.5553/ARBACH/.000005.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2014/15, 29544, 573, p.3.*

Grotendeels analoog aan de wet avv is het wettelijk traject inzake de specifieke arbeidsvoorwaarde **pensioen**. De terminologie is iets anders: avv-en heet hier **verplichtstellen** (van het bedrijfstakpensioenfonds (bpf), niet van de pensioenregeling!) en dispensatie heeft hier **vrijstelling**. De van toepassing zijnde wet heet **wet bpf 2000**,⁴⁵ vrijstelling wordt nader geregeld in het **VBB**, het Vrijstellings- en Boetebesluit. De doelstelling is echter onveranderd: het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden.

Door de specifieke aard van de arbeidsvoorwaarde pensioen wijkt de regelgeving in (soms belangrijke) details af. Zo heeft de verplichtstelling geen maximale termijn en is dus in principe voor onbepaalde tijd. Een ander belangrijk verschil is dat de vrijstelling wordt verleend door het pensioenfonds, dat voor dat besluit een **bestuursorgaan** is.⁴⁶ Hierdoor gelden er bepaalde procedurele waarborgen. Zo noemt het VBB enkele **wettelijk verplichte vrijstellingsgronden**: concernvorming, eigen cao, tijdige eigen pensioenregeling en onvoldoende beleggingsrendement van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Daarnaast kan het bestuur om andere redenen vrijstelling geven. Deze verplichte vrijstellingsgronden zijn weer onderworpen aan nadere voorwaarden. Zo moet een verplichtgesteld bpf op verzoek de zogeheten **z-score** melden –een performancetoets voor het beleggingsbeleid ten opzichte van een **zelfgekozen benchmark**-, en wel uiterlijk 1 april van elk jaar. Bij een negatieve z-score wordt verplicht vrijstelling verleend, bij een positieve z-score niet. Een bpf kan bij vrijstelling zowel behandelkosten als **VTN** (verzekeringstechnisch nadeel) in rekening brengen. Dat laatste dient als compensatie voor het gemis aan solidariteitsbijdrage door de vrijstelling.

Het belangrijkste artikel van elke cao is de **werkings sfeer**. Hierin wordt gedefinieerd welke werkgevers (en werknemers) er onder de cao vallen, zeg maar de 'landsgrenzen' van de cao. Door de werkings sfeer nauwer of breder te definiëren, bepalen sociale partners dat er minder of juist meer werkgevers onder de cao vallen. Sociale partners hebben vaak een evident (financieel) belang bij een zo breed mogelijke werkings sfeer. Niet alleen draagt een brede werkings sfeer bij aan het verder terugdringen van de concurrentie op arbeidsvoorwaarden, maar ook aan een brede premiebasis voor het sociale fonds, dat daardoor met een lagere premie toekan. Een eventuele uitbreiding van de werkings sfeer stuit op twee natuurlijke grenzen. Ten eerste het meerderheids criterium, waaraan de werkgeversorganisatie moet voldoen om voor avv in aanmerking te komen. Ten tweede omdat de Wet avv voorschrijft, dat artikelen die in strijd zijn met ge-avv'de artikelen nietig zijn. In het toetsingskader is dit als volgt uitgewerkt: indien er **overlap** is van werkings sferen van twee cao's, kunnen deze niet beide ge-avv'd worden. Is er één reeds ge-avv'd, dan is een avv-verzoek van de andere niet ontvankelijk, en als de avv is verstreken, moeten sociale partners eerst onderling de overlap opheffen alvorens weer sprake kan zijn van avv.

De Wet avv bepaalt dat sommige artikelen **niet voor avv in aanmerking komen**. Bijvoorbeeld bepalingen die ten doel hebben dwang uit te oefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een bepaalde desbetreffende vereniging aan te sluiten, of die een ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg brengen.

De procedure om tot een avv te komen, kent enkele haken en ogen. Avv-verzoekers dienen aan te tonen een belangrijke meerderheid in de branche te vertegenwoordigen. De wijze waarop deze belangrijke meerderheid in de wet nader is uitgewerkt, brengt met zich mee, dat het voor de betrokken werkgeversorganisatie(s) van het grootste belang is om veel leden te hebben, en met name veel grote leden. Het is geen overdrijving, te stellen, dat het avv-instrument uitsluitend bestaat bij de gratie van de hoge mate van organisatiebereidheid bij Nederlandse werkgevers. Hetzelfde stellen voor het cao-instrument is wellicht wel een overdrijving, maar geen al te grote.

Regelmatig dienen derdenbelanghebbenden **bedenkingen** in die zich richten tegen de onderbouwing van de belangrijke meerderheid. Om kansloze bedenkingen te ontmoedigen, bevat het toetsingskader een lijst met bedenkingen die **'normalerwijze evident kansloos'** zijn. Hieronder

⁴⁵ Wet op de verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen 2000, een opvolger van een analoge wet uit 1949.

⁴⁶ RvS, LJN:AD8969, 09-01-2002.

vallen: onvoldoende betrokkenheid bij het cao-overleg, onvoldoende representativiteit voor zover die reeds met een accountantsverklaring is gestaafd, betrekking hebbende op de inhoud van cao-bepalingen (tenzij die bijvoorbeeld vanwege hun aard niet voor avv in aanmerking zouden komen), betrekking hebbende op vermeende te hoge kosten van de cao.⁴⁷

Frequent ingebrachte bedenkingen tegen representativiteitsgegevens hebben er echter ook meermaals toe geleid dat de regels hieromtrent zijn aangescherpt. Het Ministerie van SZW heeft een praktische handleiding voor het opstellen van representativiteitsgegevens opgesteld, waarin de volgende vier 'op voorhand als valide aan te merken bronnen' worden benoemd: het UWV, het CBS, de deelnemersbestanden van avv'de fondsen en van verplichtgestelde pensioenfondsen. Merk op dat de sociale partners die een avv aanvragen normaliter vrije toegang hebben tot de gegevens van de avv'de sociale fondsen en van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, aangezien zij doorgaans in de desbetreffende besturen zitting hebben. Voor kleinere sociale partners is het een stuk lastiger om aan representativiteitsgegevens te komen.

⁴⁷ Bedenkingen tegen de representativiteit die reeds gestaafd zijn door een accountant is in een latere versie van het Toetsingskader weer geschrapt als zijnde 'evident kansloos'.

Bijlagen

De kern van dit rapport wordt gevormd door de documenten waarvoor wij op 12 september 2014 een WOB-verzoek aan het ministerie van SZW hebben gericht. In dit WOB-verzoek verzochten wij de openbaarmaking van 75 avv-verzoeken, alsmede de erbij behorende bedenkingen, dispensatieverzoeken, dispensatiebesluiten en overige correspondentie. Het betreft circa zes opeenvolgende cao's van 13 bedrijfstakken. Merk op, dat er circa 900 à 1.000 cao's zijn in Nederland. Ons verzoek betreft de volgende bedrijfstakken, met per bedrijfstak het desbetreffende pensioenfonds vermeld:

Cao	pensioenfonds	cao	pensioenfonds
Bouwnijverheid	Bpf Bouw	Uitzendkrachten	StiPP
Metalektro (grootmetaal)	PME	Verpleeg- en verzorgingstehuizen en thuiszorg (VVT)	PFZW
M&T Metaalbewerking	PMT	Technisch installatiebedrijf	PMT
Beroepsgoederenvervoer	Bpf Vervoer	Besloten busvervoer	Bpf Vervoer
Afbouw	Bpf Bouw	Taxivervoer	Bpf Vervoer
Dierenspecialzaken	Detailhandel	Gehandicaptenzorg	PFZW
Tankstations	PMT		

Zie onderstaande tabel voor een exact overzicht voor de desbetreffende cao's.

	Naam	Cao nr.	UAW nr. avv	Status
1	Cao voor de bouwnijverheid (2006)	10	10570	
2	Cao voor de bouwnijverheid (2007)	10	10686	
3	Cao voor de bouwnijverheid (2008)	10	10750	
4	Cao voor de bouwnijverheid (2009)	10	10940	
5	Cao voor de bouwnijverheid (2011)	10	11092	
6	Cao voor de bouwnijverheid (2012)	10	11381	
7	Cao M&T metaalbewerkingsbedrijf (2003)	824	9966	B
8	Cao M&T metaalbewerkingsbedrijf (2006)	824	10486	B
9	Cao M&T metaalbewerkingsbedrijf (2008)	824	10845	B
10	Cao M&T metaalbewerkingsbedrijf (2010)	824	10991	B
11	Cao M&T metaalbewerkingsbedrijf (2011)	824	11205	B
12	Cao M&T metaalbewerkingsbedrijf (2014)	824	11519	B
13	Cao Metalektro (grootmetaal) (2005)	487	10336	B
14	Cao Metalektro (2008)	487	10745	B
15	Cao Metalektro (2010)	487	11019	B
16	Cao Metalektro (2011)	487	11215	B
17	Cao Metalektro (2014)	487	11535	B
18	Cao Technisch installatiebedrijf (2004)	2297	10226	B
19	Cao Technisch installatiebedrijf (2008)	2297	10861	B
20	Cao Technisch installatiebedrijf (2010)	2297	10998	B
21	Cao Technisch installatiebedrijf (2011)	2297	11204	B
22	Cao Technisch installatiebedrijf (2014)	2297	11522	B
23	Cao afbouw (2004)	254	10208	B
24	Cao afbouw (2007)	254	10626	B
25	Cao afbouw (2009)	254	10876	B
26	Cao afbouw (2010)	254	11071	
27	Cao afbouw (2011)	254	11231	B
28	Cao afbouw (2014)	254	11573	B
29	Cao uitzendkrachten (2003)	633	9945	
30	Cao uitzendkrachten rectificatie (2004)	633	9945V	

31	Cao uitzendkrachten (2004)	633	10210	
32	Cao uitzendkrachten (2005)	633	10362	
33	Cao uitzendkrachten rectificatie	633	10362Verb.	
34	Cao uitzendkrachten (2008)	633	10776	
35	Cao uitzendkrachten (2009)	633	10918	
36	Cao uitzendkrachten (2011)	633	11186	
37	Cao uitzendkrachten (2013)	633	11460	
38	Cao beroepsgoederenvervoer (2004)	21	10100	*
39	Cao beroepsgoederenvervoer over de weg (2006)	21	10508	*
40	Cao beroepsgoederenvervoer over de weg (2007)	21	10698	*
41	Cao beroepsgoederenvervoer over de weg (2009)	21	10908	
42	Cao beroepsgoederenvervoer over de weg (2011)	21	11158	
43	Cao beroepsgoederenvervoer over de weg (2013)	21	11398	B
44	Cao taxivervoer (2004)	679	10108	B
45	Cao taxivervoer (2005)	679	10325	B
46	Cao taxivervoer (2006)	679	10439	
47	Cao taxivervoer (2007)	679	10706	
48	Cao taxivervoer (2010)	679	11018	
49	Cao taxivervoer (2012)	679	11306	
50	Cao taxivervoer (2014)	679	11544	
51	Cao besloten busvervoer (2004)	218	10223	
52	Cao besloten busvervoer (2006)	218	10429	
53	Cao besloten busvervoer (2006)	218	10551	
54	Cao besloten busvervoer (2006)	218	10589	
55	Cao besloten busvervoer (2007)	218	10709	
56	Cao besloten busvervoer (2009)	218	10936	
57	Cao besloten busvervoer (2011)	218	11225	
58	Cao besloten busvervoer (2012)	218	11325	
59	Cao besloten busvervoer (2013)	218	11431	
60	Cao besloten busvervoer (2014)	218	11557	
61	Cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg (VTT, 2010)	2948	10982	B
62	Cao VTT (2011)	2948	11250	B
63	Cao VTT (2012)	2948	11378	
64	Cao VTT (2013)	2948	11466	B
65	Cao voor de Detailhandel in Dierenspecialzaken, Aquariumspecialzaken en Hengelsportspecialzaken (2006)	1462	10467	B
66	Cao voor de Detailhandel in Dierenspecialzaken etc (2011)	1462	11142	B
67	Cao voor de Detailhandel in Dierenspecialzaken etc (2013)	1462	11427	B
68	Cao voor de Detailhandel in Dierenspecialzaken etc (2014)	1462	11564	B
69	Cao tankstations en wasbedrijven (2010)	1285	11021	B
70	Cao tankstations en wasbedrijven (2012)	1285	11295	B
71	Cao tankstations en wasbedrijven (2014)	1285	11553	B
72	Cao gehandicaptenzorg (2006)	317	10588	B
73	Cao gehandicaptenzorg (2011)	317	11114	B
74	Cao gehandicaptenzorg (2012)	317	11377	B
75	Cao gehandicapten zorg (2013)	317	11583	B

De lijst met cao's waar het WOB-verzoek d.d. 12 september 2014 betrekking op had.

De B in de laatste kolom betekent dat AVV (op verzoek van SZW ten behoeve van werkreductie) na inzage ten kantore van SZW en na ondertekening van een geheimhoudingsverklaring afgezien heeft

van openbaarmaking, * Van deze avv-verzoeken hebben we alleen de dispensatieverzoeken ingediend door LBV verzocht, alsmede de bijbehorende dispensatiebesluiten.

In december 2014 kregen wij de avv-verzoeken toegestuurd, 4 dozen documenten. In januari 2015 zijn wij op verzoek van het ministerie naar het ministerie getogen om de resterende documenten onder tekening van geheimhouding in te zien en om een schifting te maken in de 75 cao's teneinde de hoeveelheid werk (voor het ministerie) te beperken. Op grond daarvan hebben wij een schifting gemaakt en van 40 cao's het verzoek ingetrokken. Het ministerie heeft daarop de derdenbelanghebbenden van de resterende 35 avv-verzoeken aangeschreven. In april 2015 kregen wij van die cao's waar geen bezwaren waren ingediend tegen openbaarmaking de gevraagde documenten toegestuurd. Een jaar na indienen van het WOB verzoek hadden we circa de helft van de stukken binnen van het ministerie. Telefonisch heeft het ministerie op 17 september 2015 aangegeven dat men niet kan garanderen dat de resterende stukken binnen drie maanden opgeleverd zullen worden. Op 16 december 2015 hebben we deze stukken nog steeds niet ontvangen.

Om de tijdsinvestering binnen de perken te houden en op tijd te zijn voor de verwachte evaluatie van het avv-beleid in de Tweede Kamer, heeft AVV besloten de rest van de stukken niet meer af te wachten en het onderzoek af te gaan ronden.

Op grond van de in deze stukken genoemde aspecten zijn vervolgens gesprekken gevoerd met een kleine tien in deze stukken voorkomende personen, bedrijven of instanties.

2 Sociale partners bij ge-avv'de cao's

Tevens hebben wij bij die cao-partijen die partij waren bij de avv-verzoeken die overbleven na de schifting verzocht de bij hen in de jaren 2010 tot en met 2014 ingediende dispensatieverzoeken en –besluiten toe te sturen. Geen van deze verzoeken heeft geresulteerd in de toezending van enig dispensatieverzoek of -besluit.

3 Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Hetzelfde hebben wij gedaan met de vrijstellingsverzoeken en –besluiten ingediend bij de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen van de desbetreffende sectoren. De reacties waren divers. PMT heeft een overzicht toegestuurd (zie onderstaande tabel) van alle betreffende vrijstellingen en een twaalfstal daarvan ter illustratie, geeft aan dat het VTN noch behandelingskosten in rekening brengt. PME meldt 20 vrijstellingsverzoeken te hebben ontvangen en heeft alle besluiten toegestuurd. In deze 20 besluiten is één keer VTN in rekening gebracht. Bij alle besluiten ingediend na 2011 zijn behandelingskosten in rekening gebracht, behalve indien het een artikel 2 vrijstellingsverzoek betrof. StiPP heeft een niet nader gespecificeerde selectie van 17 besluiten toegestuurd. Bpf Vervoer meldt telefonisch dat het geen VTN of behandelkosten in rekening brengt, en dat vrijstellingsverzoeken op grond van artikel 5 in beginsel altijd worden gehonoreerd. Bpf Bouw stelt zich op het standpunt dat het vertrouwelijke besluiten betrof en heeft geen vrijstellingsbesluiten of –verzoeken openbaar gemaakt, enkel een paar casusbeschrijvingen. PFZW heeft alleen aangegeven hoeveel vrijstellingsverzoeken zijn ingediend op grond van artikel 6, en heeft er hiervan twee toegestuurd.

Lijst met 51 vrijstellingsverzoeken ingediend bij PMT in de periode 2011-2014⁴⁸

Grond voor verzoek	Aantal verzoeken	Aantal toegewezen	Aantal afgewezen
Art. 2 (tijdigheid)	22	15	7
Art. 3 (groep)	6	4	2
Art. 4 (eigen cao)	1	1	0

⁴⁸ Hiervan is 1 verzoek later ingetrokken; PMT heeft derhalve 50 vrijstellingsbesluiten genomen in deze periode.

Art. 4a (netto)	0	Nvt	nvt
Art. 5 (belegging)	0	Nvt	nvt
Art. 6 (overig)	14	5	9
Art. 6 overig tijdelijk	4	4	0
Vrijstelling na splitsing	1	1	0
afwikkelvrijstelling	2	2	0
Ingetrokken	1	Nvt	nvt
Totaal:	51	32	18