

ALGEMEEN VERBINDENDVERKLARING VAN CAO'S

DEEL I: VOETANGELS EN KLEMMEN

Wat is avv?

Een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) kan algemeen verbindend (avv) worden verklaard.¹ Als een cao avv wordt verklaard, dan geldt zo'n cao dwingend in de betreffende branche. Het precieze bereik wordt in de betreffende cao omschreven, meestal in de definities van het werkgevers- en werknemersbegrip in de cao. Die omschrijvingen zijn dus voor de beoordeling van de werking van een avv essentieel.

Het is overigens niet zo dat steevast een gehele cao avv wordt verklaard: de avv betreft 'slechts' specifiek aangegeven artikelen/bepalingen in een cao. Enerzijds komt dit omdat bepaalde artikelen vanwege de wettelijke regeling niet avv mogen worden verklaard.² Maar ook kunnen daar inhoudelijke afwegingen bij spelen. Het is dus zaak bij avv van een cao goed na te gaan welke artikelen *wel* en welke *niet* avv zijn verklaard.

Werking van avv:

De gevolgen van avv zijn ingrijpend.

De avv is een vorm van materiële wetgeving.³ Dat betekent dat alle werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de avv-cao vallen, gehouden zijn om die cao volledig en onverkort toe te passen, ongeacht wat in hun eigen cao of in eigen arbeidsovereenkomsten, is vastgelegd.

Wel is toegestaan ten gunste/in positieve zin van de avv-cao af te wijken als de avv-cao een zgn. minimum-cao is. Niet toegestaan is daar in negatieve zin van af te wijken.⁴

Wat betekent dit praktisch als een werkgever in de eigen bedrijfs-cao voor bepaalde arbeidsvoorwaarden in positieve zin afwijkt dan de avv-cao, maar met andere onderdelen in negatieve zin afwijkt c.q. onder de avv-norm zal zitten? De betreffende werkgever zal per loonbestanddeel de minimale avv-loonelementen moeten toepassen, ongeacht dat die werkgever op andere onderdelen gunstiger beloont. Dat kan er toe leiden dat per saldo de betreffende werknemers gunstiger uit zijn dan onder alleen de avv-cao. Dat kan voor een werkgever behoorlijk vervelende gevolgen hebben.

Avv ten aanzien van buitenlandse werknemers die in Nederland werkzaam zijn:

Avv geldt ook voor werknemers die op basis van een arbeidsovereenkomst naar buitenlands recht in de sector werkzaam zijn, echter dan alleen voor bepaalde categorieën regelingen zoals de maximum werktijden en minimum rusttijden, minimumloon loon (en diverse emolumenten), minimum aantal vakantiedagen, arbeidsomstandigheden, gelijke behandeling, enz.⁵

Duur van de avv

De avv gaat meestal in op de dag volgend op het besluit tot avv en publicatie daarvan in de Staatscourant. De duur van avv is maximaal 2 jaar.⁶

De aanvang- en einddatum van een avv zijn meestal nogal willekeurig en vallen vaak in de loop van een maand of week. De avv begint dus van de ene dag op de andere en eindigt ook van de ene dag op de andere. Er geldt geen wettelijk overgangsrecht of iets dergelijks. De avv heeft evenmin terugwerkende kracht.⁷

Is bijvoorbeeld het avv besluit gepubliceerd op 12 oktober en treedt het per de volgende dag in werking, dan werkt de avv dus niet over de hele maand oktober of terug tot de 1e van die

¹ Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, laatstelijk gewijzigd 1 juni 2016 (Stb, 2016, 219).

² Zoals bedingen die de toegang tot de rechter beperken (denk aan een ontslagcommissie, voorgeschreven mediation e.d.), verplicht lidmaatschap van een vakbond of regelingen waarbij werknemers worden betrokken bij de door werkgevers aan derden gerekende prijzen.

³ Onder meer bevestigd door de Hoge Raad in arresten van 5 maart 2010, NJ 2010, 141 en 10 september 2010, JAR 2010, 254.

⁴ Art. 3 lid 1 Wet avv.

⁵ Art. 2 lid 6 Wet avv.

⁶ Art. 2 lid 2 Wet avv; dat artikel voorziet ook in een eenmalige verlenging van maximaal 1 jaar. Een zgn. fondsen-cao kent een maximale duur van 5 jaar.

⁷ Kamerstukken II 1936/37, 274, nr. 3, p.7.

maand. De avv werkt dan pas per de 13e en dus niet over het in die maand geheel verdiende loon. Dat zou immers terugwerkende kracht impliceren. Avv heeft evenmin nawerking.⁸ Als de avv begint op 13 oktober, dan eindigt de avv uiterlijk op diezelfde datum 2 jaar later. Dat einde gaat ook van de ene dag op de andere en vaak dus ergens halverwege tijdens een loontijdvak.

Het juist verlonen is dan ook in zo'n begin- en eindmaand soms best lastig. Het vergt heel wat flexibiliteit om de avv direct en juist toe te kunnen passen. Soms is dat echt niet mogelijk: dan is dispensatie aanvragen van de avv-cao geïndiceerd (zie hierna).

Wie verleent avv en op welke grond?

De avv-verklaring vindt plaats door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW). Dat vindt plaats op verzoek van de cao-sluitende partijen die in de betreffende branche voldoende representatief worden geacht c.q. voor zover de avv-cao een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen betreft. Die representativiteit moet de verzoekende partij aantonen bij de aanvraag tot avv.

- In concreto betekent dit dat als de representativiteit onder de 55% ligt, geen sprake is van een belangrijke meerderheid en kan geen avv volgen.
- Een meerderheid van 60% wordt in ieder geval als belangrijk gekwalificeerd.
- Een meerderheid tussen 55% - 60% vergt een specifieke beoordeling.⁹

Voorbeeld berekeningswijze van de representativiteit:

1.000 werkgevers zijn lid van de werkgeversorganisatie die de avv-cao namens werkgevers heeft gesloten met samen 10.000 werkzame personen. De werkings sfeer beslaat 2.000 werkgevers en daar werken in totaal 15.000 personen. De representativiteit is dan $10.000 : 15.000 = 66,6\%$ (het aantal werkgevers heeft op de berekening dus geen invloed). In dit voorbeeld is dus voldoende representativiteit voor avv.

Beleid SZW bij avv aanvragen

De criteria van avv zijn opgenomen in het zogenaamde Toetsingskader avv: het beleid van SZW aangaande avv-verzoeken.¹⁰

Bedenkingen tegen een avv-aanvraag:

Een aangevraagde avv wordt voor 3(!) weken ter visie neergelegd (in concreto: die staan op de website van SZW onder de knop "avv/actuele ter visie leggingen"). Gedurende de ter visie legging kunnen zogenaamde 'bedenkingen' tegen de avv-aanvraag worden ingediend en/of dispensaties worden aangevraagd.

In het Toetsingskader is aangegeven welke soort bedenkingen bij voorbaat kansloos worden geacht.¹¹ Anderzijds betekent die opsomming van bij voorbaat kansloze bedenkingen, dat duidelijk is dat andersoortige bedenkingen wel inhoudelijk moeten worden getoetst.

De ingediende bedenkingen kunnen aan de avv-partijen worden voorgelegd die eventueel het avv-verzoek kunnen aanpassen. Met name in deze fase kan dus invloed worden uitgeoefend om de avv bij te sturen (voor zover de avv-partijen die bedenkingen overnemen). Als de bedenkingen niet door de avv-partijen worden overgenomen dan ligt de remedie in dispensatie aanvragen; tegen een verleende avv is namelijk geen bezwaar en/of beroep mogelijk.

Uitzondering op toepassing van avv, dispensatie:

In het Toetsingskader AVV is de mogelijkheid opgenomen van dispensatie van AVV.¹² Bij dispensatie hoeft de avv-cao niet te worden gevolgd, maar mag (in de regel) de eigen bedrijfs-cao worden toegepast.

⁸ HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 m.nt PAS. NB in heel specifieke situaties kan soms indirecte nawerking worden aangenomen, bijvoorbeeld als tijdens de avv-periode een aanspraak uit arbeidsongeschiktheid ontstaat, dan wordt dat recht niet aangetast doordat de avv eindigt (HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420).

⁹ Art. 4.1 van het Toetsingskader.

¹⁰ Het Toetsingskader algemeen verbindend verklaring CAO)-bepalingen (AVV), laatstelijk gewijzigd 22 juni 2015, (Stscrt, 2015, 17658).

¹¹ Art. 3.2 van het Toetsingskader.

¹² Art. 7 van het Toetsingskader.

Hoe krijg je dispensatie:

Je kunt op verschillende manieren dispensatie krijgen. Dispensatie kan allereerst worden aangevraagd bij de partijen die de avv-cao hebben gesloten. Vaak is in de avv-cao een procedure opgenomen hoe dispensatie te verkrijgen. De andere manier is dispensatie aanvragen bij SZW. Die route is echter complex.

Dispensatie van avv aanvragen via SZW:

Er gelden voor de aanvraag van dispensatie bij SZW allereerst meerdere formele vereisten, waarvan de belangrijkste is dat de betreffende dispensatie vragende partij een eigen cao heeft gesloten met een voldoende onafhankelijke werknemersorganisatie.

Inhoudelijk dient de dispensatie vragende partij aan te tonen dat vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de avv-cao redelijkerwijze niet kan worden gevegd. In de praktijk blijkt dit een struikelblok: SZW wijst de laatste jaren bij een inhoudelijke beoordeling van een dispensatieaanvraag steevast de verzoeken af.¹³

Naar onze mening is dat ten onrechte, omdat de dispensatiemogelijkheid nu juist nadrukkelijk in het Toetsingskader als mogelijkheid is benoemd: beleid, waarbij die aanvragen na inhoudelijke beoordeling steevast worden afgewezen, komt er op neer dat de dispensatieregeling een dode letter zo zijn. Dat laatste is in strijd is met het door SZW zelf in dat Toetsingskader geformuleerde beleid dat nu eenmaal de dispensatiemogelijkheid opent.

In de volgende blog over dit onderwerp zullen wij een recente uitspraak van de Raad van State behandelen waaruit volgt dat het beleid van de restrictieve opstelling van SZW waarbij de laatste jaren nul dispensaties zijn toegewezen, is opengebroken.

Wintertaling heeft vergaande expertise met diverse dispensatieverzoeken en beschikt dienaangaande als een van de weinige advocatenkantoren in Nederland over een jarenlange proceservaring ter zake van dispensaties.

Wilt u over dit punt nadere informatie of advies, neemt u dan contact op met Wilfred Groustra of Jennifer Horsten:

w.groustra@wintertaling.nl

j.horsten@wintertaling.nl

¹³ Dispensatieverzoeken waartegen geen bedenkingen worden ingediend – in het bijzonder niet door de avv-verzoekende partijen – worden in principe wel toegewezen maar nog wel op formele gronden getoetst. Uit de Dispensatieonitor 2018 (officieel Bedenkingenrapportage/Monitor Dispensatieverzoeken AVV 2018 van SZW), paragraaf 5, blz. 4 blijkt evenwel dat over 2017 en 2018 **nul** dispensatieverzoeken zijn gehonoreerd.