

ALGEMEEN VERBINDENDVERKLARING (AVV) VAN CAO'S

DEEL II¹:

Een waar kerstcadeautje van de Raad van State: dispensatie voor de ondernemingscao's.

De Raad van State Afdeling Rechtspraak, hierna: de Afdeling, heeft op 18 december jl. twee uitspraken gedaan die het vastgeroeste vehikel van dispensatie van avv-cao's weer vlot lijkt te trekken. Is sprake van een kentering?

Dispensatie van avv-cao's: hoe zat het ook alweer?

Vanwege bedrijfsspecifieke kenmerken kan het nodig zijn om een eigen cao af te sluiten die toegesneden is op de eigen bedrijfsspecifieke eigenschappen. Echter dat soort cao's hebben het moeilijk als in hun branche een cao algemeen verbindend (avv) wordt verklaard. Immers bij avv geldt dat die van de ene dag op de andere - over het algemeen de dag na publicatie van het avv-besluit in de Staatscourant - in werking treedt. Die onmiddellijke werking treft ook de ondernemings-cao's. Aan alle in zo'n ondernemings-cao opgenomen specifieke regelingen heb je dus van de ene dag op de andere niets meer: de avv- cao moet dwingend worden toegepast

²

Om een ondernemings-cao toch een zelfstandige positie ten opzichte van een avv-cao te geven, kent het Toetsingskader AVV de mogelijkheid van dispensatie: indien op grond van bedrijfsonderscheidende kenmerken in redelijkheid toepassing van de avv-cao niet kan worden gevegd, kan dispensatie van de avv-cao bij de minister van SZW worden aangevraagd. Wordt het verzoek gehonoreerd, dan hoeft de AVV-cao niet te worden toegepast maar mag de eigen ondernemings-cao worden gevolgd.

SZW is in de loop der jaren de dispensatieaanvragen steeds kritischer gaan beoordelen. Dispensatie werd steeds minder toegekend. De laatste jaren zijn zelfs alle dispensatieverzoeken afgewezen c.q. zijn *nul* dispensaties verleend. Daarmee leek de dispensatie tot een dode letter te zijn geworden. Daarmee werd het ook minder interessant om nog ondernemings-cao's te sluiten omdat voor werkgevers het logistiek en bedrijfseconomisch een (te) zware opgave is om in geval van avv van de ene dag op de andere de avv-cao te moeten toepassen. Voor kleinere vakbonden betekende dit dat zij hun 'marktpositie' ernstig zagen aangetast: er werden steeds minder ondernemings-cao's afgesloten.

Een probleem bij het aangaan van een ondernemings-cao is dat SZW geen handreiking gaf in welke gevallen c.q. welke criteria golden om aan te nemen dat sprake is van voldoende bedrijfsonderscheidende kenmerken om dispensatie te verkrijgen. De cao-praktijk moest het doen met de algemene formulering in het Toetsingskader AVV: zodanige bedrijfsonderscheidende kenmerken dat redelijkerwijs niet gevegd kan worden de AVV-cao toe te passen. Maar aan wat voor soort bedrijfsonderscheidende kenmerken gedacht moest worden en hoe het begrip 'redelijkerwijs' geïnterpreteerd moest worden, was door SZW noch de jurisprudentie ingevuld: ook in de gepubliceerde beschikkingen waarbij destijds wel dispensatie werd verleend, zijn die criteria niet te

¹ DEEL I: Voetangels en klemmen bij AVV en dispensatie: zie <https://wintertaling.nl/wp-content/uploads/2019/12/ALGEMEEN-VERBINDENDVERKLARING-VAN-CAO%E2%80%99S-DEEL-1.pdf>

² Nb bij een minimum-cao kunnen nog wel regelingen uit de ondernemings-cao die in het voordeel van de werknemer uitpakken worden toegepast. Maar de balans in een ondernemings-cao tussen enerzijds onderdelen met wat minder gunstige arbeidsvoorwaarden in ruil voor anderzijds op andere onderdelen wat gunstiger arbeidsvoorwaarden, gaat in principe verloren (althans voor de duur van de avv); de prudente beraadslaging en afwegingen van de betreffende vakbond en werkgever om tot een ondernemings-cao te komen ten spijt.

ontwaren: SZW onthield zich om ter zake de hantering van het dispensatie-instrument concrete criteria te formuleren. Dispensatie aanvragen was dan ook een kwestie van *'trial and error'* waarbij de *'error'* steeds prominenter werd: ook cao's die eerder werden gedispenseerd werden niet meer gedispenseerd en de laatste jaren zijn er geen cao's meer door de dispensatie-toets van SZW gekomen. In de jurisprudentie kwamen hanteerbare criteria c.q. handvatten evenmin naar voren omdat gepubliceerde uitspraken over dispensaties vrijwel steeds afgewezen dispensatieverzoeken betroffen.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat in cao-land de dispensatie mogelijkheid algemeen werd beschouwd als te zijn verworpen tot een dode letter: dispensatie van een ondernemings-cao kon op papier wel maar in de praktijk eigenlijk al lang niet meer.

De Afdeling zet de deur op een kier voor dispensatie (of zet zelfs de deur weer 'gewoon' open):

Gelet op het hiervoor geschetste beeld betekenen twee recente uitspraken van de Raad van State wellicht een keerpunt: uitspraken van 18 december 2019 ECLI:NL:RVS:2019:4213 (<Het Uitzendbedrijf>) en ECLI:NL:RVS:2019:4283 (<Het Detacheringsbedrijf>).

In beide uitspraken wordt in praktische zin beslist dat sprake is van zodanige bedrijfsonderscheidende kenmerken dat dispensatie verleend moet worden. Het is voor het eerst dat er concreet feitelijke omstandigheden worden genoemd die een dispensatie kunnen indiceren:

Inzake ECLI:NL:RVS:2019:4213 (<Het Uitzendbedrijf>):

"De Afdeling acht aannemelijk dat <Het Uitzendbedrijf> 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 die werknemers en de opdrachtgevers worden gemaakt en de wijze waarop de door de opdrachtgevers betaalde beloningen door <Het Uitzendbedrijf> worden verloond."

Inzake ECLI:NL:RVS:2019:4283 (<Het Detacheringsbedrijf>):

"Tussen partijen is niet in geschil dat dat <Het Detacheringsbedrijf> ten tijde van belang gebruik heeft gemaakt van de in artikel 8, derde lid, van de Waadi vervatte mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift af te wijken en dat <Het Detacheringsbedrijf> destijds bij haar werknemers de arbeidsvoorwaarden en de beloningssystematiek heeft toegepast als vermeld in de <Het Detacheringsbedrijf>-cao. Omdat in de ABU-cao 2012-2017 de inlenersbeloning wordt voorgeschreven, acht de Afdeling aannemelijk dat <Het Detacheringsbedrijf> 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 gerekend konden worden. Gelet daarop is de Afdeling van oordeel dat de minister in het aan <Het Detacheringsbedrijf> gerichte besluit van 27 juli 2017 ondeugdelijk gemotiveerd is ingegaan op de vraag of bij <Het detacheringsbedrijf>, 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 <Het Detacheringsbedrijf> kan worden gevergd.

In dit kader acht de Afdeling onder meer van belang hetgeen <Het Detacheringsbedrijf> 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 <Het Detacheringsbedrijf> beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling."

De Afdeling noemt dus in beide uitspraken wel acht elementen die een dispensatie kunnen dragen:

- de duur van de arbeidsrelaties die zij met haar werknemers aangaat;
- de van de inlenersbeloning afwijkende beloningsafspraken die door die werknemers en de opdrachtgevers worden gemaakt;
- de wijze waarop de door de opdrachtgevers betaalde beloningen door <Het Uitzendbedrijf> worden verloond;
- de koppeling tussen beloning enerzijds en prestaties en ontwikkeling anderzijds;
- het ontbreken van vergelijkbare functies bij inleners;
- de loonaanspraken tijdens de zgn. bankzit (de niet arbeidzame periode tussen verschillende inleningen);
- de zware administratieve lasten indien zij moet omschakelen op de inlenersbeloning en
- de door <Het Detacheringsbedrijf> beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling.

Deze elementen zijn behoorlijk divers: variërend van de duur van gesloten overeenkomsten, bijzondere beloningssystematieken tot de administratieve lasten indien zij zou moeten omschakelen naar de zgn. inlenersbeloning. Uiteraard geldt dat in de betreffende casussen het geheel van de aangevoerde feiten en omstandigheden aanleiding zijn geweest voor de resp. uitspraken van de Afdeling. Het is dus zeker niet gezegd dat deze elementen altijd tot dispensatie zullen leiden. Maar deze genoemde elementen geven wel een aanknopingspunt. Maar belangrijker dan het doorexerceren op die elementen is dat de Afdeling allerlei onderling behoorlijk afwijkende omstandigheden noemt. Die ruime benadering geeft aanleiding te veronderstellen dat de Afdeling hier een vingerwijziging geeft dat in feite tal van omstandigheden aanleiding kunnen zijn om te concluderen tot voldoende aannemelijke bedrijfsonderscheidende kenmerken die aanleiding zijn tot dispensatie.

Waar SZW dus de afgelopen jaren zeer terughoudend was in het honoreren van dispensatieverzoeken c.q. dispensatieverzoeken de laatste jaren steevast afwees wat er ook aan bedrijfsonderscheidende kenmerken werd aangevoerd, lijkt de Afdeling dus een andere benadering te kiezen; allerlei soorten van bedrijfsonderscheidende kenmerken kunnen tot dispensatie leiden.

Genoemde uitspraken lijken dus een keerpunt te zijn; de dispensatie van ondernemingscao's bij avv is geen dode letter. De Afdeling houdt juist de deur voor dispensatie open. Uiteraard moeten wel de bedrijfsonderscheidende kenmerken goed worden onderbouwd, waar zeker niet te licht over mag worden gedacht. Maar uit de uitspraken van de Afdeling is nu wel duidelijk dat op zich die bedrijfsonderscheidende kenmerken in tal van aspecten kan liggen.

Deze uitspraken zijn dan ook belangrijk nieuws voor het bestaansrecht van ondernemingscao's. Als er voldoende zwaarwegende belangen zijn om op ondernemingsniveau een eigen cao te sluiten, dan lijken er meer perspectieven te bestaan dat zo'n ondernemings-cao avv-bestendig kan zijn c.q. gedispenseerd kan worden, dan op grond van de ervaringen met SZW de laatste jaren toch vrij algemeen werd aangenomen. En dat is voor het bestaansrecht van ondernemings-cao's goed nieuws. Een kerstcadeautje dus.

WAB:

De uitspraken komen vlak voor dat per 1 januari 2020 de WAB in werking zou treden. Het was mooi geweest als de Afdeling dan ook iets over de implicaties van de WAB voor deze uitspraken zou hebben gezegd. Daar was ook aanleiding voor omdat in de procesvoering veel aandacht was gegeven aan de

uitvoering van de allocatiefunctie³ door <Het Uitzendbedrijf> . <Het Uitzendbedrijf> had uitvoerig uiteengezet dat zij slechts een 'passieve'⁴ allocatiefunctie vervulde en zich daarmee onderscheidt van de reguliere uitzendbureaus die middels intercedentes, internetplatforms, etc. een 'actieve' allocatieve functie vervullen. Aspecten die in de WAB een onderscheidende rol spelen.

Het is dan ook enigszins teleurstellend dat de Afdeling de invulling van de allocatiefunctie - actief of passief - niet als onderscheidend kenmerk noemt (of aangeeft waarom dat geen onderscheidend element zou zijn) noch anderszins een vingerwijzing naar de toepasselijkheid onder de WAB geeft.

De implicaties van deze uitspraken voor de beoordeling onder toepassing van de WAB blijven dan ook volledig open.

Getroffen voorlopige voorziening:

In de zaak ECLI:NL:RVS:2019:4213 (<Het Uitzendbedrijf>) treft de Afdeling ook een voorlopige voorziening:

“treft de voorlopige voorziening dat <Het Uitzendbedrijf> haar bedrijf mag blijven exploiteren, als ware haar verzoeken om dispensatie die in deze zaak aan de orde zijn, (zijn) ingewilligd, totdat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid opnieuw besluiten op die verzoeken heeft genomen”

In de procedure bij de rechtbank had de FNV betoogd dat een voorlopige voorziening gelet op het bepaalde in art. 8-81 AWB c.q. vanwege haar “voorlopig’ karakter niet langer zou kunnen duren dan de duur van de procedure c.q. totdat in de procedure einduitspraak zou zijn gedaan. Wat er van die argumentatie ook zij, in onderhavig geval treft de Afdeling zonder veel omhaal van woorden een voorlopige voorziening die in feite onbeperkt in duur is (namelijk slechts begrensd door een in de toekomst liggende onzekere factor). Een koppeling van een voorlopige voorziening aan de duur van de procedure of anderszins in relatie stand met de datum van de einduitspraak is dus niet aan de orde⁵.

Samengevat:

De situatie dat SZW de mogelijkheid om dispensatie te krijgen van een AVV-cao in feite tot een dode letter had gemaakt en daarmee de rol van ondernemings-cao's marginaliseerde, vindt geen genade in

³ Het bijeenbrengen van vraag naar en aanbod van tijdelijke arbeidskrachten:

“De allocatiefunctie, die met de Wet flexibiliteit en zekerheid is genoemd als reden om het bijzonder uitzendregime in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, bestaat eruit dat de uitzendwerkgever een actieve rol vervult in het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid door een actieve werving van de uitzendkracht (de mogelijkheid van inschrijving als werkzoekende) en een actieve werving van inleners, waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) ter beschikking stellen aan de inlener of verschillende inleners.[Kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.]”

⁴ Van een actieve allocatiefunctie is dan sprake wanneer de uitzendwerkgever actief, door inzet van intercedentes, een internetplatform waar aanbieders van tijdelijke arbeid (de uitzendkrachten) zich kunnen inschrijven en zich presenteren en waar vragers naar tijdelijke arbeid (de inleners) vacatures van tijdelijke arbeid kunnen plaatsen, et cetera, vraag en aanbod bij elkaar brengt en de totstandkoming van een inlening/'match' bewerkstelligt: de uiteindelijke 'match' vindt dan plaats via bemoeienis van de uitzendwerkgever.

Van een passieve allocatiefunctie is dan sprake wanneer de uitzendwerkgever geen actieve rol vervult bij het tot stand brengen van een 'match' maar pas een rol vervult als uitzendwerkgever als de uitzendkracht en de inlener elkaar al via hun eigen initiatief in een match hebben gevonden en pas na de match de uitzendwerkgever benaderen om in die situatie als uitzendwerkgever op te treden.

⁵ (Zie .voor de ruime mogelijkheden tot het treffen van een voorlopige voorziening bijv. Verburg, D.A., 'De voorzieningenrechter kan (bijna) alles in: Di(c)k voor mekaar', JBplus 2017/4).

de beoordeling van de Afdeling. De Afdeling noemt heel concreet omstandigheden die aanleiding kunnen zijn om te oordelen dat sprake is van zodanige bedrijfsonderscheidende kenmerken dat redelijkerwijs toepassing van een avv-cao niet kan worden gevergd.

De Afdeling noemt acht bedrijfsonderscheidende kenmerken, maar het spreekt vanzelf dat die bedrijfsonderscheidende kenmerken in allerlei feitelijkheden kunnen liggen. Uit de diversiteit in de door de Afdeling genoemde kenmerken blijkt hoe breed de mogelijkheden liggen.

De twee uitspraken hebben betrekking op uitzendcontracten/uitzendwerkgevers. Maar het moge duidelijk zijn dat deze uitspraken ook relevant zijn voor werkgevers/cao's buiten de uitzendbranche: de betekenis van de uitspraken is relevant voor *alle* (avv)cao's/branches.

De invulling van de onderscheidende kenmerken is vanzelfsprekend afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van het geval en zal per geval dus adequaat moeten worden gesubstantieerd. Maar als bedrijfsonderscheidende kenmerken inderdaad voldoende kunnen worden gesubstantieerd, dan moet er in de visie van de Afdeling ook 'gewoon' worden gedispenseerd.

Met deze uitspraken lijkt de Afdeling bedoeld te hebben om het vastgeroeste vehikel van dispensatie van ondernemingscao's van avv-cao's vlot te trekken. Dit biedt een belangrijk argument voor het aangaan c.q. het bestaansrecht van ondernemingscao's.

Slot:

Overweegt u een ondernemings-cao aan te gaan met het oog op het verkrijgen van dispensatie, heeft u over avv en dispensaties nog vragen of wilt u op dit artikel reageren, dan kunt u contact opnemen met Wilfred Groustra (w.groustra@wintertaling.nl) of Jennifer Horsten (j.horsten@wintertaling.nl).