



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De verbindendverklaring als reguleringsinstrument

Jansen, N.

**DOI**

[10.5553/RM/0920055X2020035002003](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035002003)

**Publication date**

2020

**Document Version**

Final published version

**Published in**

RegelMaat

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Jansen, N. (2020). De verbindendverklaring als reguleringsinstrument. *RegelMaat*, 35(2), 87-102. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035002003>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# De verbindendverklaring als reguleringsinstrument

N. Jansen

## 1. Inleiding

Arbeidsvoorwaardenvorming is primair een taak van individuele werkgevers en werknemers en, wanneer zij zich verenigd hebben, van werkgevers- en werknemersverenigingen. De overheid stelt zich terughoudend op wat betreft arbeidsvoorwaardenvorming en dat brengt mee dat op het terrein van de arbeidsvoorwaarden de rol van de overheid in beginsel beperkt is tot het bieden van een basisniveau van bescherming en ordening.<sup>1</sup> Verder voorziet de wet in een kader, de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV), op grond waarvan collectieve afspraken tussen werkgevers- en werknemersorganisaties rechtens worden erkend en bevorderd. Ten aanzien van arbeidsmarktregulering en arbeidsvoorwaardenvorming wordt de cao beschouwd als een belangrijk instrument. De cao prevaleert in het juridische systeem als een regeling van hogere arbeidsrechtelijke orde boven hetgeen op individueel niveau wordt overeengekomen,<sup>2</sup> en daarmee draagt de cao bij aan gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden voor alle werknemers in een onderneming of bedrijfstak, die ook op basis van gelijkwaardigheid tot stand zijn gekomen.<sup>3</sup>

Hoewel bij tijd en wile – en met name van de zijde van (nieuwe) werkgevers – kritische geluiden te horen zijn over het nut en de waarde van cao's, welke kritiek onder meer verband houdt met toegenomen sociale wetgeving en globalisering,<sup>4</sup> is de heersende opvatting bij verschillende stakeholders (werkgevers, werknemers en overheid) nog steeds dat cao's in positieve zin bijdragen aan de sociaaleconomische ontwikkeling van Nederland en een goede werking van de Nederlandse arbeidsmarkt (en derhalve van waarde zijn). Ik noem een aantal voordelen van cao's die in de literatuur, Kamerstukken, adviezen en beleidsnotities met name worden genoemd. De cao biedt het bedrijfsleven de mogelijkheid zelfregulerend

1 Zie bijv. *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, nr. 132b, p. 2-3.

2 Dit geldt niet zonder meer voor ongebonden werkgevers en werknemers, waarover in deze bijdrage later meer.

3 Zie *Kamerstukken I* 1996/97, 25426, nr. 1, p. 7 en in de rechtspraak bijv. HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF2166, JAR 2003/19 en recent Rb. Oost-Brabant 11 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4039.

4 Recente voorbeelden zijn Jumbo en Picnic, die de cao ouderwets noemden. Jumbo koos ervoor om met de ondernemingsraad te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden en zegde de cao op, en Picnic is met FNV in een juridische strijd verwickeld over de toepasselijkheid van de Cao Supermarkten.

N. Jansen

op te treden, waardoor sneller en gericht kan worden ingespeeld op marktontwikkelingen dan bij wetgeving het geval zou zijn. Door sectorale cao's kunnen wet- en regelgeving beperkt blijven. Cao's dragen daarnaast bij aan kostenverlagingen aan werkgeverszijde (transactiewinst) en reduceren de onzekerheid over loonkosten. Aan werknemerszijde zorgen cao's voor zekerheid over inkomen en rechtspositie, mede omdat de concurrentie op arbeidsvoorwaarden is uitgesloten. Het uitsluiten van concurrentie op arbeidsvoorwaarden draagt overigens bij aan innovatie en een concurrerende (en sociaal verantwoorde) economie. Daarnaast dragen cao's bij aan sociale rechtvaardigheid, doordat de machtsongelijkheid is gecompenseerd, en aan arbeidsrust en stabiele arbeidsverhoudingen. Tot slot zijn cao's een belangrijk instrument bij de uitvoering van het regeringsbeleid.<sup>5</sup> Ook internationaal wordt de waarde van cao's benadrukt.<sup>6</sup>

Op basis van algemene cijfers lijken de cao en het cao-overleg in Nederland een rustig bezit.<sup>7</sup> Nederland telt ongeveer negenhonderd cao's, die gezamenlijk gelden voor ongeveer 5,5 miljoen werknemers, waardoor ongeveer 85% van de werknemers onder het bereik van een cao valt.<sup>8</sup> Daarbij komt dat het cao-overleg ook nog in betrekkelijke rust verloopt in vergelijking met andere Europese landen.<sup>9</sup> Toch zijn er ontwikkelingen die deze betrekkelijke rust (kunnen gaan) verstoren en het cao-overleg onder druk (kunnen gaan) zetten. Daarbij kan worden gedacht aan de afnemende representativiteit van werkgevers- en werknemersorganisaties en een daarmee samenhangende tendens van individualisering, een toenemende differentiatie van belangen, een toenemend aantal zzp'ers op de Nederlandse arbeidsmarkt, de afnemende onderhandelingsmacht van vakbonden, een toegenomen behoefte aan maatwerk en decentralisatie, globalisering en de ontduiking van cao's (die soms mede verband houdt met een van de hiervoor genoemde ontwikkelingen).<sup>10</sup>

- 5 Zie voor al deze voordelen N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 6; *Kamerstukken II* 2011/12, 29544, nr. 391; *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XV, nr. 70 en Kamerbrief stand van zaken cao en toekomst cao, 13 november 2015 (2015-0000285410); SER, *Verschuivende economische machtsverhoudingen* (advies van juni 2012, SER 2012/4), Den Haag 2012, p. 83-88 en SER, *Advies verbreding draagvlak cao-afspraken* (advies van 23 augustus 2013, SER 2013/3), Den Haag 2013; Stichting van de Arbeid, *Dispensatie in de cao, een transparante procedure* (advies van 8 juni 2012).
- 6 Zie bijv. Communication concerning the application of the Agreement on social policy presented by the Commission to the Council and to the European Parliament (Commission of the European Communities), COM(93)600 final, 14 december 1993, Brussel; HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*) en International Labour Conference, 101st Session, ILC. 101/111/1B, *Giving Globalization a Human Face* (General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008), Report III (Part IB), p. 17-18.
- 7 Zie onder meer Kamerbrief van 14 mei 2019 (2019-0000070435), waarin de minister een overzicht geeft van het aantal afgesloten cao's per maand per jaar, en dat overzicht laat geen grote schommelingen zien.
- 8 Ministerie van SZW, *Rapportage cao-afspraken 2018*, p. 2 en 125 (mei 2019).
- 9 'Weinig stakingsdagen in 2014', CBS 1 mei 2015.
- 10 Zie voor een nadere beschrijving Jansen 2019, p. 1-5.

Deze ontwikkelingen raken ook het instrument van de verbindendverklaring van cao-afspraken en de vraag wordt zelfs gesteld of het instrument van algemeenverbindendverklaring (avv) zijn langste tijd niet heeft gehad. In deze bijdrage bespreek ik het doel van de verbindendverklaring van cao-afspraken en in de literatuur en onderzoek gesignaleerde problematiek met betrekking tot dit regelingsinstrument in het licht van de hiervoor aangestipte ontwikkelingen, waarbij ik specifieke aandacht zal besteden aan uitdagingen rondom de werkingssfeer en handhaving. Op de keuze voor deze twee thema's kom ik aan het slot van paragraaf 4 terug.

## 2. Het juridisch kader van de cao en avv in vogelvlucht

De cao wordt in artikel 1, eerste lid, Wet CAO gedefinieerd als de overeenkomst tussen een of meer werkgevers of een of meer werkgeversorganisaties en een of meer werknemersorganisaties waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld. Een cao kan op het niveau van de onderneming worden afgesloten en in dat geval wordt gesproken van een ondernemings-cao. Wanneer een cao bestemd is een hele sector te reguleren, wordt zo'n cao aangeduid als sector-cao. Bij cao kunnen alle onderwerpen worden geregeld die liggen op het terrein waarop werkgevers- en werknemersorganisaties elkaar kunnen ontmoeten in het kader van hun belangenbehartigende taak en verband houden met arbeidsvoorwaarden.<sup>11</sup> In de praktijk bevatten cao's dan ook niet alleen bepalingen over loon en arbeidsvoorwaarden, maar ook bepalingen over allerlei onderwerpen die te maken hebben met sociaal beleid, zoals opleidingsbeleid, het bevorderen van werkgelegenheid voor kwetsbare groepen, loopbaan- en mobiliteitsbeleid en duurzame inzetbaarheid.<sup>12</sup>

Leden van werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties die partij zijn bij een cao, zijn op grond van de wet (art. 9 Wet CAO) rechtstreeks aan de cao gebonden, voor zover zij vallen onder de werkingssfeer van de cao. Cao-partijen hebben de vrijheid de werkingssfeer van een cao zo vorm te geven als hun goedgevindt. De werkingssfeer van een cao bepaalt in juridische zin welke ondernemingen en werknemers bij de cao 'betrokken' zijn. Voor rechtstreeks gebonden werknemers en werkgevers heeft de cao een dwingend karakter en dat brengt mee dat afwij-

11 Zie ook noot G. Hekkelman bij HR 19 maart 1976, AA 1978, p. 301; R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en fondsenbepalingen', *SMA* 1988, afl. 3, p. 205; E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek (Boek 7)*, Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1059; W.J.P.M. Fase, *C.a.o.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1982, p. 23. Verhulp is van mening dat de Wet CAO a priori geen definitieve grenzen stelt aan de inhoud van een cao en stelt zich op het standpunt dat het in de praktijk vaak zo zal zijn dat naarmate onderwerpen die in het kader van de cao-onderhandelingen aan de orde worden gesteld, verder verwijderd raken van de kern van de cao, te weten arbeidsvoorwaardenbepalingen, er minder kans is dat partijen met betrekking tot die onderwerpen tot overeenstemming zullen komen in een cao. Praktisch leidt dit volgens Verhulp tot het gevolg dat de grenzen bepaald worden door de mogelijkheid voor onderhandelende partijen hun wensen tot regeling van een onderwerp in de cao door te zetten. Zie E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 1 Wet CAO, aant. 4.

12 Jansen 2019, p. 37.

N. Jansen

kingen van de cao nietig zijn (art. 12 Wet CAO), en dat de cao de arbeidsovereenkomst aanvult in geval van leemtes (art. 13 Wet CAO). Werkgevers en werknemers die niet lid zijn van een van de cao-partijen worden ongebonden werkgevers of werknemers genoemd, en zij blijven in beginsel buiten de werking van de cao. Ongebonden werkgevers en werknemers behouden te allen tijde hun contractsvrijheid.<sup>13</sup> Bijzonder aan de cao is evenwel dat de Wet CAO gebonden werkgevers verplicht de cao ook toe te passen op ongebonden werknemers (art. 14 Wet CAO), en in de praktijk wordt aan deze verplichting veelal uitvoering gegeven door een zogenoemd incorporatiebeding. Artikel 14 Wet CAO heeft als oogmerk te voorkomen dat het voor een aan de cao gebonden werkgever aantrekkelijk kan zijn alleen ongebonden werknemers in dienst te nemen.<sup>14</sup> Artikel 14 Wet CAO beschermt de cao en de aan de cao gebonden leden en beoogt geenszins rechten aan ongebonden werknemers te verlenen.<sup>15</sup> Dit uitgangspunt is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Suk/Brittania* en is nog steeds staande rechtspraak.<sup>16</sup> In het cao-recht zijn op grond van het voorgaande twee vormen van binding aan de cao te onderscheiden: enerzijds binding van rechtswege via lidmaatschap van een cao-partij (een werkgever kan ook rechtstreeks partij zijn bij een cao) en anderzijds contractuele binding (incorporatie) via een individuele partijafspraken.

Cao-bepalingen kunnen bij besluit van de minister algemeen verbindend worden verklaard op grond van de Wet AVV. De minister kan niet zelfstandig besluiten tot verbindendverklaring van cao-bepalingen, maar doet dat op verzoek van een der partijen. De verbindendverklaring is een daad van materiële wetgeving<sup>17</sup> en wanneer cao-bepalingen verbindend worden verklaard, gelden deze dwingend voor alle werkgevers en werknemers die onder het bereik van de cao vallen. Lidmaatschap en incorporatie doen er bij de verbindendverklaring niet meer toe. De verbindendverklaring heeft tot gevolg dat elk beding tussen werkgever en werknemer dat strijdig is met de verbindend verklaarde cao-bepalingen nietig is en vervangen wordt door de desbetreffende verbindend verklaarde cao-bepaling(en). Bij gebreke van een beding in de arbeidsovereenkomst over een onderwerp dat een verbindend verklaarde cao-bepaling wel regelt, geldt dat de arbeidsovereenkomst wordt aangevuld door deze verbindend verklaarde cao-bepaling. De rechtsgevolgen van de verbindendverklaring treden van rechtswege in. Voor de verbindendverklaring is op grond van artikel 2 Wet AVV vereist dat een cao reeds geldt voor een belangrijke meerderheid van de in een sector werkzame personen. Uit paragraaf 4.1 van het Toetsingskader AVV volgt dat voor het berekenen van de

13 Jansen 2019, hoofdstuk 4.

14 W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht, het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 92.

15 Zie *Kamerstukken II 1926/27*, 166, nr. 3, p. 7.

16 HR 7 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:78, NJ 1957/527 (*Suk/Brittania*).

17 S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: D. Tjeenk Willink & Zoon NV 1939, p. 41; Fase 1982, p. 96; HR 16 maart 1962, NJ 1963/222 ('Een verbindend verklaarde cao-bepaling is een tot ieder gerichte algemene regeling gegeven door het daartoe bevoegde gezag en derhalve (...) een "wet" in de zin van art 99 R.O').

meerderheid niet slechts dient te worden gekeken naar het aantal werkgevers en werknemers dat aan de cao gebonden is, maar dat het gaat om het aantal werknemers dat werkzaam is bij aan de cao gebonden werkgevers die naar de aard van hun functie respectievelijk werkzaamheden binnen de werkingssfeer van de cao zouden vallen. Het gaat dus om leden en niet-leden in dienst van aan de cao gebonden werkgevers.<sup>18</sup> Tot slot is van belang dat cao-partijen of de minister dispensatie kunnen verlenen van een verbindend verklaarde cao, waarover hierna meer.

### 3. Doelen van de Wet AVV

Volgens het Toetsingskader AVV heeft de verbindendverklaring tot doel de arbeidsvoorwaardenvorming door sociale partners (via het afsluiten van cao's) te ondersteunen en te beschermen, en is het beoogde effect van de verbindendverklaring de concurrentie op arbeidsvoorwaarden door onderbieding door niet-gebonden werkgevers en werknemers te voorkomen.<sup>19</sup> In de parlementaire geschiedenis bij de Wet AVV zijn dit doel en dit beoogde effect terug te vinden. De minister wees er destijds op dat de voordelen die de cao het bedrijfsleven (werkgevers en werknemers) had gebracht, goeddeels zouden verdwijnen wanneer werkgevers keuzevrijheid hebben. Werkgevers die buiten een cao blijven, kunnen immers tegen slechtere arbeidsvoorwaarden werk aanbieden, en die scherpe concurrentie zou er vervolgens toe kunnen leiden dat werkgevers die eerst georganiseerd waren hun lidmaatschap opzeggen om hun vrijheid op het terrein van de onderhandeling over arbeidsvoorwaarden te herkrijgen. Als meer werkgevers zich onttrekken aan de organisatie wordt het steeds moeilijker cao's te sluiten.<sup>20</sup> Met de verbindendverklaring verband houdende positieve gevolgen waren volgens de minister dat hierdoor systemen van verplicht lidmaatschap (de verplichting van ongebonden werknemers alleen bij gebonden werkgevers in dienst te treden bijvoorbeeld) onaantrekkelijk werden en dat zelfregulering werd gestimuleerd, waardoor overheidsingrijpen in veel gevallen niet nodig was.<sup>21</sup>

In het kader van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) onlangs verzocht om bepalingen van de nieuwe Cao Gemeenten verbindend te verklaren. Dit verzoek wees de minister af onder verwijzing naar voornoemde doelen van de Wet AVV. Het doel van de VNG was om met de verbindendverklaring alle werknemers aan de cao te binden. Volgens de minister is de verbindendverklaring daarvoor niet bedoeld, maar is de verbindendverklaring bedoeld om onderbieding door ongebonden werkgevers te voorkomen. Omdat alle gemeenten al zijn gebonden aan de cao, kan er volgens de

18 Zie ook HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4614, NJ 1984/147.

19 Algemeen beleidsuitgangspunt, Toetsingskader AVV.

20 *Kamerstukken II 1936/37*, 274, nr. 3, p. 3.

21 *Kamerstukken II 1936/37*, 274, nr. 3, p. 3.

N. Jansen

minister van onderbieding geen sprake zijn en vervalt daarmee de noodzaak van de verbindendverklaring.<sup>22</sup>

#### 4. Kritiek op de verbindendverklaring, SER-advies in 1992 en de evaluatie van de verbindendverklaring in 2015

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet AVV werd gesteld dat de verbindendverklaring de economie zou verstarren,<sup>23</sup> en die kritiek werd herhaald in de jaren negentig.<sup>24</sup> Zalm stelde zich onder meer op het standpunt dat de loonvorming door de verbindendverklaring kunstmatig hoog zou worden gehouden, hetgeen ten koste zou gaan van de werkgelegenheid. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS)<sup>25</sup> blijkt dat de cao-lonen de afgelopen dertig jaar nauwelijks zijn gestegen en in het regeerakkoord 2017-2021 is opgemerkt dat er gemiddeld genomen ruimte is voor een loonstijging.<sup>26</sup> Dat de lonen kunstmatig hoog worden gehouden door de verbindendverklaring wordt niet door cijfers gesteund. Daarbij komt dat de stelling van Zalm miskent dat in het cao-overleg aanpassing van de lonen aan marktomstandigheden plaatsvindt door sociale partners. Volgens Rojer worden kosten van onverantwoorde loonontwikkeling doorberekend door sociale partners.<sup>27</sup>

Een ander veelgehoord punt van kritiek met betrekking tot de verbindendverklaring is dat de verbindendverklaring haaks zou staan op de behoefte aan maatwerk, differentiatie en decentralisatie. Verbindendverklaring zou niet alleen in economisch opzicht verstarrend werken, maar werkgevers ook te veel verhinderen een arbeidsvoorwaardenbeleid te voeren dat is afgestemd op bedrijfsspecifieke kenmerken. Christe en Koot-van der Putte hebben hiertegenover gesteld dat de cao zich heeft aangepast aan individualiserings- en decentralisatietendenzen, in die zin dat cao's steeds vaker keuzemenu's bevatten.<sup>28</sup> Denk aan zogenoemde raam-cao's en 'à la carte'-cao's en decentralisatiebepalingen in cao's.<sup>29</sup> Het instrument heeft cao-partijen er niet van weerhouden ruimte te geven voor meer maatwerk, differentiatie en decentralisatie. Rojer heeft opgemerkt dat de gewenste flexibiliteit in de arbeidsvoorwaardenvorming door cao-partijen met beleid is vormgegeven in verschillende cao's, waarbij steeds wordt gezocht naar een combinatie van de voordelen van collectieve regelingen met mogelijkheden tot

22 'Géén AVV voor Cao Gemeenten', 7 oktober 2019, <https://vng.nl/nieuws/geen-avv-voor-cao-gemeenten>.

23 *Kamerstukken II 1936/37*, 274, nr. 5, p. 15.

24 G. Zalm, 'Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring', *ESB* 15 januari 1992.

25 CBS StatLine, 'Reële contractlonen, verdiende lonen en arbeidsproductiviteit'.

26 'Vertrouwen in de toekomst', 10 oktober 2018.

27 M.F.P. Rojer, 'Algemeen verbindend verklaren van cao's. Stoppen of doorgaan?', *Zeggenschap* 2002/1.

28 D. Christe & E. Koot-van der Putte, 'Wet AVV, een robuust compromis tussen vrijheid, dwang en behoefte aan diversiteit', *SMA* 2008, afl. 2, p. 98-106.

29 N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TAO* 2017/76.

maatwerk.<sup>30</sup> Overigens biedt het avv-beleid via dispensatie de mogelijkheid voor bedrijven om arbeidsvoorwaarden meer af te stemmen op bedrijfsspecifieke omstandigheden.<sup>31</sup>

Een bezwaar van meer principiële aard is dat de verbindendverklaring de individuele contractsvrijheid doorkruist. De minister stelde hier tijdens de parlementaire behandeling van de Wet AVV tegenover dat contractsvrijheid inderdaad een groot goed is, maar dat wanneer die vrijheid het scheppen van behoorlijke verhoudingen tussen werkgevers en werknemers in de weg staat, die vrijheid behoort plaats te maken. 'Kan het ongewenscht heeten, dat een minderheid door de meerderheid tot iets gedwongen wordt, nog ongewenschter zal het in de regel zijn, wanneer het omgekeerde geschiedt', aldus de minister.<sup>32</sup> Hierbij verdient uiteraard opmerking dat de inbreuk op de individuele (en de collectieve) contractsvrijheid die het gevolg is van de verbindendverklaring uiteraard niet alleen kan worden gerechtvaardigd met een beroep op – en gereduceerd tot – de wens van de meerderheid. Op de achtergrond speelt steeds de vraag of de sociaaleconomische voordelen van de verbindendverklaring (zie par. 1) nog in voldoende mate aanwezig worden geacht en/of de inbreuk op de contractsvrijheid niet verder gaat dan noodzakelijk.

In 1992 adviseerde de Sociaal-Economische Raad (SER) unaniem dat de verbindendverklaring als instrument diende te blijven bestaan en dat er geen reden was het instrument ter discussie te stellen, maar dat dit op een later moment wel het geval zou kunnen zijn.<sup>33</sup> In 2015 is door Regioplan onderzoek gedaan naar de effecten van de verbindendverklaring. Regioplan concludeerde dat de voordelen van de verbindendverklaring nog opwogen tegen de nadelen.<sup>34</sup> In het onderzoek van Regioplan is een aantal bedreigingen genoemd die de opmaat van deze bijdrage vormen, en ik noem de twee belangrijkste. In de eerste plaats wordt de ontduiking van cao's (lees: het niet-naleven) als bedreiging van het instrument genoemd en in dat kader is door *stakeholders* benadrukt dat meer werk gemaakt moet worden van de handhaving van cao's. Dat de ontduiking van cao's wordt gezien als een bedreiging is verklaarbaar in het licht van het doel van de verbindendverklaring, te weten het voorkomen van onderbieding door een gelijk speelveld. Als het instrument niet langer in staat is een gelijk speelveld te creëren, heeft dat een negatief effect op de functionaliteit van het instrument. Waarom zouden werkgevers zich nog organiseren, cao's afsluiten en verzoeken om de verbindendverklaring daarvan, als ongebonden werkgevers de cao kunnen ontduiken en daarmee wegbomen? Opmerking verdient dat concrete cijfers over ontduiking van cao's niet voorhanden zijn.<sup>35</sup>

30 Rojer 2002.

31 Jansen 2019, p. 194.

32 *Kamerstukken II* 1936/37, 274, nr. 5, p. 15.

33 SER, *Advies inzake algemeen-verbindendverklaring (avv), de toepassing daarvan en de verruiming van de mogelijkheden tot avv* (advies van 16 oktober 1992, SER 92/14), Den Haag 1992.

34 Regioplan, *Effecten van algemeen verbindendverklaring*, Amsterdam, september 2015.

35 Kamerbrief van 8 november 2018 en N. Payton & M. Keune, *Outsourcing in the Netherlands: Challenges to Traditional Sector Boundaries* (Recover Policy Paper), 2018, par. 2.2.

N. Jansen

De afnemende organisatiegraad aan werkgeverszijde wordt gezien als tweede grote bedreiging voor het instrument en ook dat is verklaarbaar. Hoe minder werkgevers zich vrijwillig onderwerpen aan het regime, hoe groter de kans op ontduiking bestaat en hoe kleiner het draagvlak voor de cao. Daarbij komt dat het meerderheidsvereiste wordt berekend op basis van de bij de aan de cao gebonden werkgevers in dienst zijnde werknemers en hoe lager de organisatiegraad aan werkgeverszijde, hoe groter de kans dat het meerderheidsvereiste niet wordt gehaald en cao-bepalingen niet verbindend kunnen worden verklaard. Deze twee bedreigingen – ontduiking en afnemende organisatie – worden versterkt door de groeiende behoefte aan maatwerk, globalisering en een toenemend aantal zzp'ers op de arbeidsmarkt.

Voor genoemde bedreigingen en ontwikkelingen komen samen in twee verschillende thema's die ik hierna zal uitdiepen, en dat zijn: handhaving en werkingssfeer. Het thema handhaving ligt voor de hand in het licht van het door stakeholders in 2015 gesignaleerde gebrek hieraan. De werkingssfeer lijkt wellicht minder voor de hand te liggen, maar is net zozeer van belang. Het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden is namelijk niet alleen een kwestie van het optreden tegen ontduiking, maar ook een kwestie van de juiste afbakening van de werkingssfeer van de cao. Welk bedrijf of welke activiteiten beogen de verbindendverklaring te reguleren en welke niet? Als de werkingssfeer te eng is bepaald, vallen activiteiten buiten de scope, terwijl die wel concurrerend zijn. Ik bespreek de thema's handhaving en werkingssfeer in de omgekeerde volgorde en begin dus met de werkingssfeer.

## 5. Werkingssfeerperikelen

Een cao is een overeenkomst en het privaatrechtelijke karakter van de cao brengt mee dat cao-partijen onderhandelings- en contractsvrijheid hebben. Cao-partijen hebben de vrijheid te onderhandelen met wie (uiteraard wel een daartoe bevoegde partij) zij willen, waarover zij willen en hoe zij dat willen. Het staat cao-partijen dus ook vrij de werkingssfeer van een cao zelf te bepalen.<sup>36</sup> Cao-partijen kunnen ervoor kiezen de werkingssfeer van een cao ruim te formuleren, waardoor veel activiteiten onder de reikwijdte van een cao vallen. De werkingssfeer van de Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen is bijvoorbeeld ruim geformuleerd. Deze cao is onder meer van toepassing op alle werkgevers die tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verrichten anders dan van personen, over de weg of over andere dan voor het openbaar verkeer openstaande wegen. Vanwege deze ruime werkingssfeerbepaling, waarin het begrip beroepsgoederenvervoer ontbreekt, kwamen respectievelijk de rechtbank Gelderland<sup>37</sup> in 2018 en de rechtbank Amsterdam<sup>38</sup> in 2019 tot het oordeel dat

36 Zie ook de beslissing van de Minister van SZW op 22 november 2018 inzake het dispensatieverzoek van DI-Stone.

37 Rb. Gelderland 28 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5107.

38 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210.

postbezorger Sandd en maaltijdbezorger Deliveroo onder de werkingssfeer van deze cao vielen en deze cao derhalve dienden toe te passen gedurende de periode van de verbindendverklaring. Deliveroo voerde in de procedure vergeefs aan dat zij niet valt onder de sector Beroepsgoederenvervoer en derhalve niet onder toepassing van de cao kan vallen. De rechtbank overwoog dat de toepasselijkheid van een cao enkel wordt bepaald aan de hand van de werkingssfeerbepaling in de cao.<sup>39</sup>

Het vormgeven van werkingssfeerbepalingen in het kader van de verbindendverklaring plaatst cao-partijen voor uitdagingen. Een te beperkte werkingssfeer heeft tot gevolg dat een van de doelen van de verbindendverklaring, te weten het creëren van een gelijk speelveld, niet of niet volledig wordt bereikt. Een ruim geformuleerde werkingssfeerbepaling, zoals bij de Cao Beroepsgoederenvervoer, brengt mee dat veel activiteiten onder de cao vallen, waardoor het voor werkgevers niet eenvoudig is om de cao te omzeilen of te ontduiken. Voor cao-partijen heeft dat als voordeel dat concurrentie op arbeidsvoorwaardenvorming op een breed terrein is uitgesloten. Aan het vormgeven van een ruime werkingssfeer kleven evenwel ook weer complicaties.

Een eerste complicatie is dat voor de verbindendverklaring van cao-bepalingen nodig is dat de cao geldt voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen. Het gaat daarbij om het aantal personen (leden en niet-leden) dat werkzaam is bij werkgevers die al aan de cao zijn gebonden (rechtstreeks of via lidmaatschap), uitgedrukt in een percentage van het totaal aantal personen dat binnen de werkingssfeer van de cao valt. Een meerderheid van 60% wordt in het Toetsingskader AVV als 'belangrijk' gekwalificeerd. Een meerderheid tussen 55 en 60% wordt ook nog als belangrijk gekwalificeerd, tenzij het draagvlak voor de cao binnen het werkingssfeergebied gering is of er een scheve verdeling van de meerderheid binnen het werkingssfeergebied bestaat. Wanneer cao-partijen kiezen voor een verruiming van de werkingssfeer, dan zullen zij in het kader van de verbindendverklaring zich er steeds rekenschap van moeten geven dat een belangrijke meerderheid van de werkgevers die onder de cao valt reeds aan de cao is gebonden. Als de meerderheid niet wordt behaald, vindt immers geen verbindendverklaring plaats. Recent vond een verruiming van de werkingssfeer van de Cao Afbouw plaats, in die zin dat ook ondernemingen die voorheen vielen onder de Cao Natuursteen onder de nieuwe Cao Afbouw gingen vallen. Tegen deze verruiming, en meer specifiek het verzoek tot verbindendverklaring van de nieuwe Cao Afbouw, werden bedenkingen ingediend door een aantal ondernemingen die zich bezighouden met de verwerking van natuursteen. Deze ondernemingen hadden zich georganiseerd in ondernemersvereniging DI-Stone en een eigen Cao Natuursteen afgesloten. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) overwoog dat het aan cao-partijen is om de werkingssfeer van hun cao naar eigen inzicht te omschrijven en aan te passen, en dat wanneer cao-partijen nieuwe branches en subsectoren aan de reikwijdte van hun

39 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210, r.o. 17.

cao toevoegen, zij over het geheel genomen aan het meerderheidsvereiste zullen moeten (blijven) voldoen om hun cao wederom voor avv in aanmerking te kunnen laten komen.<sup>40</sup> Dispensatie van de Cao Afbouw werd niet verleend vanwege de omstandigheid dat de ondernemingen die zich hadden georganiseerd in DI-Stone (en om dispensatie hadden verzocht) onvoldoende aannemelijk hadden gemaakt dat sprake was van zwaarwegende argumenten, op grond waarvan toepassing van de Cao Afbouw door middel van avv redelijkerwijs niet kon worden gevegd.<sup>41</sup>

De omstandigheid dat twee cao's elkaar qua werkingsfeer kunnen gaan overlappen, zoals het geval bij de Cao Afbouw en Cao Natuursteen, brengt mij bij de volgende complicatie van ruime werkingsferen. In bijna geen enkele sector in Nederland bestaat slechts één cao die geldt voor alle werknemers. Veelal bestaan er per sector meerdere cao's, die gelden voor bepaalde categorieën werknemers of bepaalde bedrijfsonderdelen of ondernemingen.<sup>42</sup> Frenkel, Jacobs en Nieuwstraten-Driessen hebben het Nederlandse cao-overleg omschreven als een 'planetenstelsel, waarin één of twee cao's de kern(en) vormen met daaromheen een aantal ondergeschikte satelliet-cao's'.<sup>43</sup> Wanneer cao-partijen kiezen voor een ruime werkingsfeer of een verruiming van de werkingsfeer, dan is het mogelijk dat de cao gaat overlappen met een andere reeds bestaande cao. In dat geval wordt wel gesproken van overlappende of botsende cao's en het is staand beleid dat wanneer sprake is van overlap, de minister niet overgaat tot verbindendverklaring.<sup>44</sup> Dat risico dwingt cao-partijen tot terughoudendheid wat betreft werkingsfeer wanneer afstemming met andere 'cao-tafels' niet tot vruchtbare resultaten leidt. Deze terughoudendheid kan er in sectoren toe leiden dat sommige activiteiten of ondernemingen buiten de reikwijdte van een cao vallen. Goed overleg tussen cao-partijen is dus geboden. Een andere oplossing is om zogenoemde voorrangregels in cao's op te nemen. In dat geval kan worden gekozen voor een basis-cao, die geldt als vangnet wanneer geen andere cao geldt.

De laatste complicatie houdt verband met de inbreuk die de verbindendverklaring op de (collectieve) contractsvrijheid maakt en de omstandigheid dat de verbindendverklaring soms botst met de wens van werkgevers om voor hun onderneming een afwijkend pakket aan arbeidsvoorwaarden samen te stellen. De verbindendverklaring van cao-bepalingen beperkt de contracts- en onderhandelingsvrijheid van individuele werkgevers en werknemers, doordat de cao-normen voor hen als 'wet' gaan gelden. Die beperking is overigens beperkt qua duur en indien

40 Beslissing van de Minister van SZW op 22 november 2018 inzake het dispensatieverzoek van DI-Stone.

41 Beslissing van de Minister van SZW op 22 november 2018 inzake het dispensatieverzoek van DI-Stone.

42 Jansen 2019, p. 29.

43 B.S. Frenkel, A.T.M.J. Jacobs & E. Nieuwstraten-Driessen, *De structuur van het cao-overleg. Een verkenning van de wijze waarop sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg functioneren*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1980, p. 26.

44 Par. 6.2 van het Toetsingskader AVV. In de zaak van DI-Stone was dit nog niet aan de orde, omdat alleen van de nieuwe Cao Afbouw verbindendverklaring was verzocht. Van deze cao was dispensatie gevraagd voor de nieuwe Cao Natuursteen.

het een minimum-cao beperkt, is afwijken ten gunste van werknemers altijd mogelijk. In die zin zijn de beperkingen niet absoluut. De verbindendverklaring van cao-bepalingen beperkt ook de contracts- en onderhandelingsvrijheid op collectief niveau. Verbindend verklaarde cao-bepalingen gaan in juridische zin voor op niet-verbindende cao-bepalingen. De hiervoor besproken *DI-Stone*-casus is hiervoor illustratief. De beperking van de collectieve contracts- en onderhandelingsvrijheid door de verbindendverklaring is niet in strijd met internationale verdragen omtrent collectieve onderhandelingen (ILO-conventie 87 en 98), voor zover de verbindendverklaring wordt gedragen door de meerderheid van de groep die gedekt wordt door de cao, en het systeem de mogelijkheid biedt voor bedingen. Het Nederlandse systeem bevat het hiervoor uiteengezette meerderheidsvereiste en biedt de mogelijkheid bedingen in te dienen alsmede de mogelijkheid dispensatie te vragen, en is daarom niet in strijd met de ILO-conventies.<sup>45</sup> Een verzoek om dispensatie komt tegemoet aan de wens tot maatwerk en dient in het Nederlandse systeem primair aan sociale partners te worden gedaan, en kan – als zij weigeren – aan de minister worden gedaan. Een dispensatieverzoek van werkgevers wordt gehonoreerd wanneer zij vallen onder een eigen cao die met voldoende afhankelijke vakbonden is afgesloten, en zij kunnen aantonen dat vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de avv-cao redelijkerwijze niet van hen kan worden gevergd. Zwaarwegende argumenten zijn aanwezig wanneer de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv gerekend kunnen worden. Hoewel uit cijfers van het ministerie blijkt dat het aantal gehonoreerde dispensatieverzoeken beperkt is (tussen 19 en 23%), is het door de minister gevoerde beleid niet in strijd met voornoemde ILO-conventies.<sup>46</sup> Het is niet ondenkbaar dat ruimere werkingssferen zullen leiden tot meer dispensatieverzoeken, en dat legt een extra administratieve last bij werkgevers.

Uit het hiervoor reeds aangestipte onderzoek van Regioplan uit 2015 volgt dat omzeiling of ontduiking van de cao door experts als een andere grote bedreiging van het instrument van de verbindendverklaring wordt gezien.<sup>47</sup> Dit is verklaarbaar omdat omzeiling of ontduiking van de verbindend verklaarde cao meebrengt dat niet voor iedereen een gelijk speelveld ten aanzien van arbeidsvoorwaarden bestaat en concurrentievoordelen kunnen worden behaald door tegen lagere arbeidsvoorwaarden werk aan te bieden. Als dit op grote schaal gebeurt, zal dat op termijn effect kunnen hebben op de bereidheid van werkgevers om cao's aan te gaan. Het tegengaan van ontduiking en omzeiling van de cao is primair de verantwoordelijkheid van sociale partners, in die zin dat zij verantwoordelijk zijn voor de vormgeving van de werkingssfeer van een cao, en daarmee kunnen zij ook de omzeiling en ontduiking van cao's tegengaan. Daarbij werkt echter niet mee dat de minister bij overlappende werkingssferen niet overgaat tot verbindendverklaring. Dit beleid zorgt immers voor terughoudendheid van sociale partners en

45 ILO-Committee on Freedom of Association 18 november 2008, JAR 2008/296.

46 ILO-Committee on Freedom of Association 25 oktober 2019, JAR 2019/297.

47 Regioplan 2015, p. III en 27 e.v.

N. Jansen

staat zelfregulering in die zin in de weg. Uit de Kamerbrief van 13 mei 2019 blijkt overigens dat het tegengaan van ontduiking en omzeiling van de cao ook hoog op de politieke agenda van het Ministerie van SZW staat en dat thans verschillende beleidsrichtingen worden onderzocht. Het tegengaan van ontduiking en omzeiling is niet alleen een kwestie van goede afbakening, maar ook een kwestie van handhaving, en daarmee kom ik bij het tweede thema van deze bijdrage, dat ik in de volgende paragraaf bespreek: handhaving.

## 6. Handhaving

De binding aan de cao van enerzijds individuele werkgevers en werknemers die lid zijn van een cao-partij en anderzijds de werkgevers- en werknemersorganisaties die de cao zijn aangegaan, brengt volgens de Hoge Raad mee dat daarmee een betere naleving van de door een cao gecreëerde arbeidsvoorwaarden is verzekerd.<sup>48</sup> Deze verschillende manieren van binding leiden immers tot verschillende handhavingsmogelijkheden.<sup>49</sup>

Individuele werknemers (en werkgevers) kunnen rechtstreeks nakoming van de cao-bepalingen vorderen voor de civiele rechter omdat de cao-bepalingen dwingend doorwerken in de arbeidsovereenkomst (in rechte vorderen zij dan nakoming van de arbeidsovereenkomst). Daarnaast bestaat voor vakbonden (en voor werkgeversorganisaties) op grond van de Wet CAO zelfstandig de mogelijkheid naleving van de cao te vorderen via het civiele recht. De grondslag daarvan is artikel 9, tweede lid, Wet CAO (en art. 3, tweede en vierde lid, Wet AVV).<sup>50</sup> De vakbond heeft bovendien de mogelijkheid schade te vorderen. Dat kan zijn eigen schade zijn (denk aan reputatieschade wegens het niet-naleven van een cao) en schade van zijn leden (art. 15 Wet CAO). Schade van de leden en eigen schade kunnen cumulatief en alternatief worden gevorderd en vakbonden hebben voor het vorderen van schade van leden geen procesvolmacht nodig.<sup>51</sup> De rechtshandhaving van verbindend verklaarde bepalingen werkt op dezelfde wijze als de handhaving van gewone cao-bepalingen, met die aanvulling dat ook ongebonden werkgevers en werknemers alsmede vakorganisaties die geen partij zijn bij de cao nakomingsacties kunnen instellen.

Met betrekking tot nakomingsacties van de vakbond heeft de Hoge Raad overwogen dat dit een zelfstandig vorderingsrecht betreft en dat een dergelijke vordering niet wordt ingesteld 'namens iedere werknemer'. Voor de toewijsbaarheid daarvan is ook niet nodig dat wordt onderzocht welke aantallen individuele werknemers tegen de gedragslijn van de werkgever bezwaar hebben.<sup>52</sup> Zelfs

48 HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749.

49 C.P. Robben & S.N. de Valk, 'Handhaving van cao's en contractsvrijheid (deel I)', *TRA* 2019/46.

50 Acties op grond van art. 3:305a BW laat ik onbesproken, maar dit artikel kan nuttig zijn als het instrumentarium uit de Wet CAO niet van toepassing is. Zie hierover C. van der Bor & D.M.A. Bij de Vaate, 'Collectief procederen door de vakbond', *TRA* 2020/12.

51 Zie ook Fase 1982, p. 57.

52 HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532.

wanneer individuele werknemers geen bezwaar maken tegen de niet-naleving van een cao, bestaat dit vorderingsrecht. Dit overwoog de Hoge Raad expliciet in het *Pennwalt*-arrest. Een door een individuele werkgever en werknemer overeengekomen vaststellingsovereenkomst met betrekking tot cao-verplichtingen staat volgens de Hoge Raad bovendien niet in de weg aan de mogelijkheid van de vakbond om een schadevergoeding van de werkgever ex artikel 15 Wet CAO (zie ook art. 3 Wet AVV) te vorderen wegens schending van de verplichtingen uit de cao.<sup>53</sup>

Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het *Pennwalt*-arrest volgt wel dat een toewijzing van een door de vakbond ingestelde nalevingsvordering alleen kan zien op de nakoming van een verplichting van een werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak kunnen en willen maken.<sup>54</sup> Nakoming is daarmee dus afhankelijk gesteld van de wil van individuele werknemers. Deze overweging van de Hoge Raad wringt met het dwingende systeem van doorwerking van normatieve cao-bepalingen ex artikel 12 en 13 Wet CAO en passen niet bij het handhavingssysteem van de wet, dat een belangrijke rol toekent aan de vakbond.<sup>55</sup> Rechtbank Groningen overwoog over het afstand doen van een aanspraak op de cao als volgt:

‘[H]et aanvaarden van de mogelijkheid van het door een werknemer vrijwillig afstand doen van rechten die uit een cao voortvloeien legt (...) de bijl aan de wortel van het algemeen als waardevol beschouwde collectieve arbeidsrecht, althans aan de cao als instrument.’<sup>56</sup>

Ik deel de overweging van rechtbank Groningen dat de wil van een werknemer in het cao-systeem geen rol speelt of dient te spelen wat betreft de nakoming van de verplichtingen van de werkgever. Het past bovendien niet in het handhavingssysteem dat een werkgever die op vordering van de vakbond door de rechter gedwongen wordt de cao na te leven, dat slechts hoeft te doen ten opzichte van werknemers die daarom vragen. Daarmee wordt de handhaving van de cao in feite weer in handen van individuele werknemers gelegd, terwijl de gedachte van de Wet CAO juist is dat individuele werknemers daarvoor zelf onvoldoende zorg kunnen dragen.<sup>57</sup>

Dan ook nog kort iets over het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met betrekking tot cao-verplichtingen. Volgens de Hoge Raad brengt het sluiten van

53 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19.

54 HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532. Zie ook recent HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980 (*FNV/Inretail*).

55 Zie ook Robben & De Valk 2019.

56 Rb. Groningen 6 augustus 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ6501, *JAR* 2004/198. Zie ook Van Nispen tot Sevenaer, in: A.F. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1907, Deel I, p. 490 en 491: ‘Wat is nu in vredesnaam de betekenis van een collectief contract, als ieder man van het oogenblik af aan, dat hij zegt: het staat mij niet meer aan, daarvan kan ik afwijken. Door iets dergelijks aan te nemen handelt men zo beslist in strijd met elk begrip van het collectief contract, dat men daaraan de gehele bedoeling ontnemt, waarmede het wordt aangegaan. Als men op die wijze een collectief contract wil aangaan, laat men het dan gerust varen.’

57 Zie ook Jansen 2019, hoofdstuk 4.

N. Jansen

een vaststellingsovereenkomst mee dat een individuele werknemer niet langer gerechtigd kan zijn de nakoming van de cao te vorderen.<sup>58</sup> Verbindend verklaarde cao-bepalingen zijn echter bepalingen van dwingend recht en daarvan kan niet zonder meer bij vaststellingsovereenkomst worden afgeweken. De wetgever heeft met artikel 7:902 van het Burgerlijk Wetboek (BW) slechts beoogd de mogelijkheid te aanvaarden van een vaststelling die in haar resultaat in strijd komt met dwingend recht, indien zij strekt tot beëindiging van een bestaande onzekerheid of van een bestaand geschil, maar niet indien zij strekt tot voorkoming van een (toekomstige) onzekerheid of van een (toekomstig) geschil.<sup>59</sup> Dit brengt mee dat het wegcontracteren van cao-verplichtingen door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst niet aan de orde is wanneer over die verplichting geen onduidelijkheid bestaat.<sup>60</sup>

In veel cao's is de handhaving van cao-bepalingen overigens in handen gegeven van een door cao-partijen opgericht lichaam. Mogelijk het meest bekende voorbeeld hiervan is de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU). Handhaving van de cao geschiedt via de privaatrechtelijke weg, in die zin dat de SNCU bij de rechter naleving van de cao kan afdwingen. Het belang van handhaving van de cao's doet zich met name voelen bij de verbindendverklaring van cao's, omdat dit instrument meebrengt dat werkgevers ook tegen hun wil aan de cao gebonden kunnen worden en niet-naleving zich derhalve vaker voordoet. De handhavende taak van een door cao-partijen opgericht lichaam strekt zich gedurende de verbindendverklaring uit tot alle werkgevers die onder het bereik van de cao vallen. Wanneer de verbindendverklaring van de cao afloopt, heeft dat geen gevolgen voor de bevoegdheid van het lichaam in het kader van zijn toezichthoudende taak ten opzichte van ongebonden werkgevers, voor zover het de naleving van de cao over de periode van verbindendverklaring betreft. Dit heeft de Hoge Raad overwogen in het *Tido Vesta*-arrest. Volgens de Hoge Raad zou een andere opvatting ernstig afbreuk doen aan de handhaafbaarheid van de cao. Controle en handhaving kunnen immers deels slechts achteraf plaatsvinden, omdat – onder meer – de loonadministratie over de periode waarin de algemeenverbindendverklaring gold, pas achteraf, na het verstrijken van die periode, beschikbaar komt, aldus de Hoge Raad.<sup>61</sup>

In het Sociaal Akkoord 2013 is het belang van handhaving van cao's stevig benadrukt. Daarbij werd een aantal maatregelen voorgesteld, zoals de uitbreiding van de ketenaansprakelijkheid naar cao-loon, een versterking van de samenwerking tussen de Inspectie SZW en cao-partijen bij de handhaving van (avv-)cao's, alsmede een intensivering van de handhavingsinspanningen van publieke handhavers die zouden kunnen bijdragen aan handhaving en toezicht.<sup>62</sup> In de Wet aan-

58 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19 en HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39.

59 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19.

60 Zie ook C.P. Robben & S.N. de Valk, 'Handhaving van cao's en contractsvrijheid (deel II)', *TRA* 2019/55.

61 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3458.

62 Sociaal Akkoord 2013, p. 24.

pak schijnconstructies (WAS) zijn twee maatregelen uit het Sociaal Akkoord verder uitgewerkt. In de eerste plaats is ter verbetering van de cao-naleving en -handhaving de mogelijkheid gecreëerd de verbindendverklaring van een cao eenmalig voor dezelfde duur, maar maximaal voor een jaar te verlengen indien cao-partijen daar gezamenlijk om verzoeken. Daarnaast is de mogelijkheid gecreëerd voor de Inspectie SZW om op verzoek van cao-partijen een onderzoek in te stellen naar de naleving van een avv-cao. Dit is uitgewerkt in het huidige artikel 10 Wet AVV en brengt mee dat een onderzoek wordt gelast door de Inspectie indien het vermoeden van niet-naleving bestaat. De Inspectie SZW kan zelf geen boetes opleggen, maar het verslag van het onderzoek wordt aan cao-partijen overgelegd en dat verslag kunnen cao-partijen in een civiele procedure gebruiken. Andersom kan ook de Inspectie SZW bij een vermoeden van niet-naleving van een cao informatie uitwisselen met cao-partijen (art. 18p, zevende lid, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML)). In de evaluatie van de WAS is het belang van een goede informatie-uitwisseling tussen Inspectie en sociale partners onderstreept.<sup>63</sup> Uit een rapportage uit 2017 over cao-nalevingsonderzoeken volgt dat de Inspectie SZW in 2016 36 onderzoeken heeft afgerond.<sup>64</sup> Dat aantal is hoger dan in 2014 en 2015, maar nog wel beperkt qua omvang. De afgeronde onderzoeken blijken wel een belangrijke bijdrage te leveren aan een oplossing van geconstateerde misstanden, want bij 22 van de 36 afgeronde onderzoeken heeft de inzet van de Inspectie geleid tot civielrechtelijke vervolgacties. De publiek-private samenwerking levert derhalve een belangrijke bijdrage aan de handhaving, maar deze bijdrage kan worden vergroot door deze samenwerking te intensiveren. Denkbaar is ook dat aan de Inspectie SZW verdergaande toezichthoudende bevoegdheden worden toegekend op het terrein van de naleving van de avv-cao.

Met betrekking tot de mogelijkheid tot verlenging van avv-besluiten is in de evaluatie van de WAS opgemerkt dat van deze mogelijkheid slechts beperkt gebruik is gemaakt, maar dat dit niet wegneemt dat sociale partners positief staan tegenover deze maatregel. Sectoren waar de mogelijkheid tot verlenging van het avv-besluit benut is, hebben daar goede ervaringen mee en sociale partners staan in het algemeen positief tegenover maatregelen die bijdragen aan de naleving en het draagvlak van cao's.<sup>65</sup>

## 7. Afronding

De belangrijkste bedreiging voor de effectiviteit van het avv-instrument is de ontduiking of ontwijking van cao's. Het tegengaan van ontduiking en ontwijking is in de eerste plaats een kwestie van handhaving. De Wet CAO en de Wet AVV hebben aan vakorganisaties bevoegdheden toegekend in het kader van deze handhaving omdat de wetgever voorzag dat handhaving van de cao niet alleen in handen van individuele werknemers kon worden gelegd. Daarmee zou het instrument onvol-

63 *Kamerstukken I 2019/20*, 34108, K, p. 27.

64 *Cao-nalevingsonderzoeken van de Inspectie SZW dragen bij aan eerlijk werk*, 22 augustus 2017.

65 *Kamerstukken I 2019/20*, 34108, K, p. 29.

N. Jansen

doende worden beschermd. Sociale partners maken ook daadwerkelijk werk van de handhaving van (avv-)cao's, doordat in verschillende sectoren aparte instanties zijn opgericht die zijn belast met een toezichthoudende taak. Het belang van toezicht en handhaving wordt door de rechtspraak van de Hoge Raad onderstreept, door de mogelijkheid toe te staan dat ook na afloop van de verbindendverklaring ongebonden werkgevers kunnen worden onderworpen aan een nalevingsonderzoek, voor wat betreft de periode waarin de cao verbindend was verklaard. Vanuit sociale partners is aangedrongen op meer samenwerking met de Inspectie SZW. Deze samenwerking is vruchtbaar, maar nog beperkt qua omvang. Intensivering van de samenwerking komt de naleving van cao's ten goede en het is niet ondenkbaar om de taken en bevoegdheden van de Inspectie op dit terrein te vergroten.

Een punt van aandacht voor de wetgever is de rol die de Hoge Raad heeft toegekend aan de wil van de individuele werknemers bij de handhaving van cao's door sociale partners. Aan die wil is in de rechtspraak van de Hoge Raad belangrijke betekenis toegekend; dat verzwakt het wettelijk handhavingssysteem en is naar mijn mening bovendien niet in lijn met hetgeen de wetgever voor ogen had bij het ontwerpen van de Wet CAO en de Wet AVV. Wanneer in de civiele rechtspraak uitgangspunt blijft dat een toewijzing van een door de vakbond ingestelde nalevingsvordering alleen kan zien op de nakoming van een verplichting van een werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak kunnen en willen maken, verdient het aanbeveling dat de wetgever nadenkt over een publiekrechtelijk handhavingsmechanisme voor het cao-instrument. Ik denk daarbij onder andere aan de mogelijkheid tot het opleggen van boetes of maatregelen wanneer werkgevers zich niet houden aan uit de verbindend verklaarde cao voortvloeiende verplichtingen.

Naleving van de cao is niet alleen een kwestie van handhaving, maar ook een kwestie van goede afbakening van werkingssferen. Die afbakening is eveneens primair een taak van sociale partners. Het beleid van het Ministerie van SZW om botsende cao's in beginsel allebei niet verbindend te verklaren vormt echter een belangrijke belemmering voor sociale partners om werkingssferen zodanig aan te passen, dat nieuwe activiteiten en nieuwe ondernemingsvormen onder de reikwijdte van een cao vallen. Herzien van dit beleid ligt naar mijn mening in de rede. Overigens is thans nog geen sprake van een zodanige daling van de organisatiegraad aan werkgeverszijde, dat het vereiste meerderheidsvereiste niet meer wordt gehaald of in het gedrang komt bij de vormgeving van nieuwe werkingssferen. Mocht dat in de toekomst niettemin het geval worden, dan kan nagedacht worden over aanpassing van het meerderheidsvereiste. In bijvoorbeeld Duitsland is het meerderheidsvereiste losgelaten en kan ook met het oog op het algemeen belang een cao verbindend worden verklaard. Bij een wijziging in die richting dient wel rekening te worden gehouden dat het systeem van de verbindendverklaring van cao's in lijn blijft met de door Nederland geratificeerde ILO-verdragen over collectieve onderhandelingen.