

# Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (AVV)

SZW

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid maakt bekend, gehoord hebbend de Stichting van de Arbeid<sup>1</sup>, dat bij verzoeken tot algemeen verbindendverklaring van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Stb. 801), verder aangeduid als Wet AVV, de hierna volgende beleidsregels (Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring van cao-bepalingen) van toepassing zijn.

Met de publicatie van dit toetsingskader wordt beoogd zowel aan onderhandelingspartijen bij cao's als aan derden bekendheid te geven aan de criteria waaraan de verzoeken tot algemeen verbindend verklaren (avv) worden beoordeeld en de daarna geldende procedure.

In het kader van de avv-procedure kunnen derden bedenkingen tegen avv inbrengen. Met 'derden' worden zowel diegenen bedoeld die door een besluit tot avv onder bepalingen van een cao worden gebracht als diegenen die indirect daarvan de gevolgen zullen ondervinden. Als 'bedenkingen' worden ook beschouwd verzoeken van één of meer ondernemingen om van een avv-besluit te worden uitgezonderd. Met de publicatie van dit toetsingskader wordt ook beoogd bekendheid te geven aan de criteria waaraan bedenkingen van derden tegen avv worden beoordeeld en de bedenkingenprocedure.

Cao-partijen kunnen op basis van deze publicatie bij de formulering van hun cao en de aanvraag van avv met deze criteria rekening houden en daarmee de afhandeling van hun verzoek tot avv versnellen. Derden kunnen de relevantie van eventuele bedenkingen adequater beoordelen.

## 1. Algemeen beleidsuitgangspunt

De totstandkoming en de inhoud van afspraken omtrent arbeidsvoorwaarden is in beginsel de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers en hun organisaties. Collectieve afspra-

ken bevorderen evenwichtige arbeidsverhoudingen en arbeidsrust en vormen daarmee een belangrijke randvoorwaarde voor een positieve sociaal-economische ontwikkeling. Avv heeft in de kern tot doel het uitoefenen van die verantwoordelijkheid van sociale partners (via collectieve afspraken in de vorm van cao's) te ondersteunen en te beschermen. Het beoogde effect van avv is concurrentie op arbeidsvoorwaarden door onderbieding door niet gebonden werkgevers en werknemers te voorkomen. Door avv kan andere regelgeving door de centrale overheid worden beperkt.

Cao-partijen zijn verantwoordelijk voor de inhoud en vormgeving van de cao in het algemeen en voor de aanvraag van avv. Cao-bepalingen waarvoor zij avv aanvragen dienen een op zichzelf duidelijk en consistent geheel te vormen, juridisch correct te zijn en in het kader van de Wet AVV voor avv in aanmerking te kunnen komen.

Dit betekent dat indien een artikel of artikellid van een cao niet voor avv in aanmerking komt en daardoor verwijzingen of verbanden met andere artikelen worden doorbroken, het aan cao-partijen is om het betreffende artikel of artikellid zo te redigeren dat dit wel voor avv in aanmerking komt, dan wel de andere artikelen volledig zelfstandig toepasbaar te maken om voor avv in aanmerking te komen. Rechten en plichten die ook nog in een andere cao met dezelfde werkingssfeer zijn opgenomen komen niet voor avv in aanmerking.

## 2. Bereik van het instrument

Avv is een daad van materiële wetgeving. Het is een besluit van algemene strekking, dat rechtsgevolgen heeft voor alle werkgevers en werknemers die bij inwerkingtreding of gedurende de looptijd van de avv onder de werkingssfeer vallen of komen te vallen. Avv doet niet af aan het civielrechtelijke karakter van cao-bepalingen; naleving van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van cao's kan uiteindelijk alleen via de civiele rechter worden afgedwongen.

Tegen een genomen avv-besluit is geen beroep mogelijk op grond van het overgangsrecht ten aanzien van artikel 8:2, aanhef, onder a en b, van de Algemene wet bestuursrecht.

Indien cao-partijen in hun cao een dispensatie-bepaling hebben opgenomen en daarvoor avv hebben aangevraagd en verkregen kan door ondernemingen die via avv aan de cao zijn gebonden een beroep op deze dispensatie-bepaling worden gedaan.

## 3. De procedure

Een verzoek tot avv van cao-bepalingen moet schriftelijk bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden ingediend en wordt namens deze behandeld door de Arbeidsinspectie. Een verzoek kan worden aangevraagd door één of meer werkgevers of door één of meer verenigingen van werkgevers of werknemers die partij zijn bij de cao (art 4 lid 1 Wet AVV).

De minister heeft op grond van artikel 4, tweede en vijfde lid, Wet AVV regels vastgesteld betreffende het aanvragen van avv. De eisen voor de aanvraag zijn vastgelegd in besluit

no.AV/A&M/98/33035. Een aanvraag wordt eerst in behandeling genomen, indien deze voldoet aan de in dit besluit genoemde vereisten. De Arbeidsinspectie zal de aanvrager zonodig zo spoedig mogelijk verwittigen van onvolledigheid van de toegezonden bescheiden, en van eventueel gewenste aanvullende informatie zoals bedoeld in artikel 2;3 van dit besluit. De inhoudelijke toetsing van verzoeken tot avv van cao-bepalingen en van daar tegen ingebrachte bedenkingen vindt plaats op grond van de Wet AVV, het recht en het avv-beleid zoals verwoord in respectievelijk paragraaf 4, 5 en 6 van dit toetsingskader.

Bepalingen worden getoetst op basis van de ingediende tekst en in principe niet op de mogelijke toepassingspraktijk. De toetsing aan het recht betreft toetsing op kennelijke strijdigheid met het recht. Ambtelijke correctie op voor avv voorgedragen cao-bepalingen door bijvoorbeeld het schrappen van

(onderdelen van) artikelen of het plaatsen van voetnoten vindt in principe niet plaats.

Tegen een verzoek tot avv kunnen binnen de termijn, in beginsel 3 weken, genoemd in de bekendmaking van het verzoek in de Nederlandse

Staatscourant bedenkingen worden ingebracht (artikel 4, derde lid, Wet AVV).

Bedenkingen ingediend vóór de tervisielegging worden niet in behandeling genomen. Overschrijding van de drie weken termijn is in principe alleen mogelijk met toestemming van de Arbeidsinspectie en vereist dat tenminste de hoofdpunten van de bedenkingen tijdens de periode van tervisielegging zijn ingebracht en de motivering van het verzoek om uitstel deugdelijk is onderbouwd.

Bedenkingen worden door de Arbeidsinspectie aan cao-partijen voorgelegd met het verzoek om een reactie. Cao-partijen zijn niet gebonden aan een termijn voor hun reactie. Eerst na een reactie van partijen kan de bedenkingen-procedure weer worden voortgezet.

De bedenkingen, de reactie van cao-partijen en het voorgenomen besluit van de Minister of eventueel specifieke vragen van de Minister worden aan de Stichting van de Arbeid voorgelegd met een verzoek om een reactie, tenzij de bedenkingen een herhaling zijn van eerder ingebrachte bedenkingen waarover al besloten is of indien de bedenkingen in het licht van staand beleid evident kansloos zijn. Voorbeelden van bedenkingen die normalerwijze als evident kansloos zullen worden aangemerkt zijn bedenkingen tegen de representativiteit die inmiddels op basis van een accountantsverklaring weerlegd zijn, en bedenkingen in verband met onvoldoende betrokkenheid bij cao-overleg. Bedenkingen in verband met een eigen rechtsgeldige ondernemings- of subsectorcao worden normalerwijze niet aan de Stichting van de Arbeid voorgelegd maar direct gehonoreerd (zie paragraaf 6.2).

De Stichting wordt in elk geval altijd om een reactie gevraagd bij overlap van werkingssferen van bedrijfstak-CAO's zodat zij kan bezien of haar tussenkomst wenselijk is. De Stichting van de Arbeid wordt geïnformeerd over besluiten betreffende evident kansloze en herhalings-bedenkingen.

Van een besluit tot algemeen verbind-

dend verklaring van cao-bepalingen wordt mededeling gedaan in de Staatscourant. Het besluit wordt met redenen omkleed indien tegen het verzoek bedenkingen zijn ingebracht. De SDU publiceert de definitieve teksten van avv-besluiten.

De indiener van bedenkingen wordt schriftelijk geïnformeerd over het genomen besluit.

#### 4. Wet AVV

##### 4.1. Meerderheidsvereiste

De cao-bepalingen waarop het verzoek tot avv betrekking heeft moeten reeds gelden voor een naar het oordeel van de minister belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen (art. 2, eerste lid, Wet AVV).

De representativiteit wordt als volgt berekend:

Het aantal werknemers in dienst van werkgevers gebonden door de cao, die naar de aard van hun functie resp. werkzaamheden – met inachtneming van artikel 14 van de Wet CAO<sup>2</sup> – binnen de werkingssfeer van de cao vallen, uitgedrukt in een percentage van het totaal aantal werknemers die binnen de werkingssfeer van de cao zouden vallen<sup>3</sup>.

Om te bepalen of wordt voldaan aan het vereiste van een belangrijke meerderheid worden de volgende uitgangspunten gehanteerd:

- een meerderheid van 60 procent van de werknemers of meer wordt in ieder geval als 'belangrijk' gekwalificeerd;
- een meerderheid tussen 55 procent en 60 procent wordt nog als een belangrijke meerderheid gekwalificeerd tenzij het draagvlak<sup>4</sup> voor de cao binnen het werkingssfeergebied gering is of er een zeer scheve verdeling<sup>5</sup> van de meerderheid binnen het werkingssfeergebied bestaat;

- bij een meerderheid beneden 55 procent vindt avv niet plaats, tenzij er naar het oordeel van de Minister sprake is van bijzondere omstandigheden. De beoordeling van de onder de tweede en derde categorie bedoelde situaties is uiteraard maatwerk.

Indien naar zijn oordeel noodzakelijk, kan de Minister van partijen een door een registeraccountant of accountants-administratieconsulent met certificerende bevoegdheid geverifieerde opgave van bedoelde aantallen en van de betrouwbaarheid van gebruikte bronnen verlangen; dat gebeurt in elk geval indien de representativiteit lager

is dan 60% en ingeval van beargumenteerde bedenkingen tegen de representativiteit.

##### 4.2. Wel of geen cao

Een cao is conform artikel 1 van de Wet CAO een overeenkomst, aangegaan door één of meer werkgevers, of één of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers enerzijds en één of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers anderzijds, waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen. In de Wet CAO heeft het begrip arbeidsvoorwaarden een brede strekking en is niet limitatief afgegrensd.

Cao-bepalingen die verband houden met arbeidsvoorziening, werkgelegenheid, arbeidsmarkt, arbeidsverhoudingen, arbeidsomstandigheden, scholing en toepassing van de cao kunnen voor avv in aanmerking komen. Bij de toetsing is een criterium dat de cao-bepaling primair verband moet houden met arbeid.

Op basis van artikel 2 van de Wet CAO moeten verenigingen van werkgevers of van werknemers krachtens hun statuten bevoegd zijn tot het afsluiten van een cao. De verenigingen moeten één of meer leden hebben in de werkingssfeer van de overeenkomst.

De verenigingen van werkgevers en werknemers moeten onafhankelijk van elkaar zijn, dat wil zeggen dat ze vrij moeten zijn van inmenging van de één in de zaken van de ander bij de oprichting, de uitoefening van werkzaamheden en het beheer van hun organisaties (ILO-verdrag 98).

##### 4.3. Typen cao-bepalingen die wel c.q. niet voor avv in aanmerking komen

###### Voor avv in aanmerking komen:

Cao-bepalingen die rechten en plichten regelen van werkgever en werknemer onderling (normatieve bepalingen) en van werkgever en werknemer ten opzichte van cao-partijen (diagonale bepalingen).

###### Niet voor avv in aanmerking komen:

1. Intentieverklaringen, protocollen of aanbevelingen en eventuele toelichtingen op de cao.

2. Cao-bepalingen die de relaties tussen cao-partijen onderling regelen

(obligatoire bepalingen). Dergelijke bepalingen hebben alleen betekenis voor cao-partijen en komen daardoor – naar hun aard – niet voor avv in aanmerking.

Voor zover cao-bepalingen zoals bedoeld onder 1 en 2 normatieve of diagonale elementen bevatten, is avv daarvan alleen mogelijk indien deze separaat (als een geheel op zichzelf staande afspraak) in de cao zijn geredigeerd.

Het feit dat obligatoire bepalingen niet voor avv in aanmerking kunnen komen, betekent niet dat de uitkomsten van zulke afspraken tussen cao-partijen geen consequenties voor de avv kunnen hebben. Afspraken tussen cao-partijen kunnen betrekking hebben op openbreken, opzeggen of wijzigen van de cao. Zonder geldende cao vervalt ook de basis van het avv-besluit. Het avv-besluit van de niet langer geldende cao zal dan ook worden ingetrokken (zie hierna onder 4.4). Bij tussentijdse wijziging van een cao moet – als gevolg van de nietigheid op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wet AVV – wijziging van het avv-besluit verzocht worden, wil deze wijziging effectief kunnen zijn.

3. Cao-bepalingen die ertoe strekken (artikel 2, vijfde lid, Wet AVV):

a. de beslissing van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten; Een geschillenprocedure dient om voor avv in aanmerking te kunnen komen aan de volgende voorwaarden te voldoen:

– beide partijen in het geding moeten om een bindend advies verzoeken; een bindend advies dient niet verplicht te zijn opgelegd, alsmede

– de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om het bindend advies marginaal te toetsen mag niet worden aangetaast, alsmede

– de mogelijkheid van een bindend advies dient open te staan voor zowel georganiseerden als ongeorganiseerden (zie voorts hierna onder c), alsmede

– de wettelijke bevoegdheid van een ander orgaan (bijvoorbeeld de Regionaal directeur arbeidsvoorziening) mag niet worden doorkruist; b. dwang uit te oefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een vereniging van werkgevers of werknemers aan te sluiten (closed shop); Een voorbeeld van een dergelijke cao-bepaling is een verbod aan de werkge-

ver arbeid te doen verrichten door een werknemer, die geen lid is van een der werknemerspartijen bij de cao.

c. ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg te brengen;

Voorzieningen zoals bij voorbeeld die in het kader van fondsen dienen open te staan voor alle werkgevers en werknemers die aan de relevante voorwaarden voldoen, ongeacht of zij al dan niet lid zijn van een der partijen bij de cao.

d. werknemers te betrekken bij de handhaving van regelingen betreffende de prijzen die voor goederen of diensten door de werkgever van derden gevorderd zullen worden, of betreffende de voorwaarden waaronder door de werkgever aan derden zal worden geleverd.

4. Cao-bepalingen over 'pensioenen'.

Pensioenen zijn voorzieningen op lange termijn met de daarbij behorende eisen ten aanzien van opbouw van aanspraken en financiering. Voor pensioenen bestaat analoog aan het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen de 'verplichte deelname' op basis van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (WBpf). Dit geldt ook voor afspraken over aanvullende sociale zekerheid die het karakter hebben van een pensioenuitkering (invaliditeitspensioen, nabestaandenpensioen). De Wet AVV vindt hier derhalve geen toepassing.

Afspraken over vervroegd uittreden (vut) komen wel voor avv in aanmerking. De financiering dient op omslagbasis te geschieden. Avv is voor een periode van maximaal 5 jaar mogelijk. In het geval van gemengde vut- en flex-pensioenregelingen geldt dat de regelingen administratief en financieel gescheiden moeten zijn met te onderscheiden premies voor vut en flex-pensioen. Een in de VUT-regeling opgenomen overgangsregeling mag geen rechten toekennen welke eerst zijn te verkrijgen op een na de werkingsduur van het avv-besluit gelegen tijdstip. Er mag geen sprake zijn van reservevorming of voorfinanciering van de ene regeling ten behoeve van de andere. De VUT-regeling en de pensioenregeling kunnen wel op elkaar zijn afgestemd wat betreft werkings sfeer, dispensatie-beleid en rechten in de overgangperiode. Daarbij geldt dat de besluitvorming over het avv-ver-

zoek en de besluitvorming over verplichtstelling van deelname aan het pensioenfonds op elkaar moet worden afgestemd. Indien geen verplichtstelling van het pensioendeel mogelijk is, is geen avv van een daarmee samenhangende vut- en flex-pensioenregeling mogelijk omdat dan de werkings sferen niet meer op elkaar aansluiten. De VUTregeling moet in dat geval volledig onafhankelijk staan van de pensioenvoorziening.

5. Cao-bepalingen over herverzekeren van eigen risico's van werkgevers. Werkgevers hebben de wettelijke plicht tot doorbetaling van loon bij ziekte of de eerste periode van arbeidsongeschiktheid. De werkgeversverplichtingen tot verzekering van dergelijke risico's uit hoofde van de cao zijn geen arbeidsvoorwaarden maar afdekking van ondernemersrisico's. Bovenwettelijke toeslagen op sociale zekerheid inclusief het verzekeren van de daaruit voortvloeiende risico's zijn daarentegen wel arbeidsvoorwaarden en komen derhalve wel voor AVV in aanmerking .

6. Cao-bepalingen die geen verband houden met arbeid.

Afspraken over bijvoorbeeld de ontwikkeling van nieuwe technieken, bedrijfseconomische ontwikkeling, kwaliteit van het product of de promotie van een branche houden op zich zelf geen of onvoldoende verband met arbeid en kunnen niet voor avv in aanmerking worden gebracht. Voor zover in deze afspraken elementen zijn opgenomen die wel voldoende duidelijk verband houden met arbeid is avv wel mogelijk, maar deze dienen separaat te worden geredigeerd.

#### 4.4. Werkingsduur

Avv treedt in werking de tweede dag na publicatie van het besluit in de Staatscourant, dan wel op de in het besluit genoemde datum, en loopt tot maximaal de einddatum van de cao. De maximale looptijd van een besluit tot avv bedraagt 2 jaar, met uitzondering van bepalingen ten aanzien van fondsen (artikel 2, tweede lid, Wet AVV). Een avv-besluit met betrekking tot fondsen kan voor een maximale looptijd van vijf jaar gelden (artikel 2, tweede lid, Wet AVV juncto artikel 18, Wet CAO).

Wanneer het avv-verzoek betrekking heeft op cao-bepalingen met een ver-

schillende looptijd kunnen de langerlopende bepalingen voor die langere duur algemeen verbindend worden verklaard mits ook de werkingssfeerbepalingen van de cao daarin voorzien. Een besluit tot avv heeft geen terugwerkende kracht. Dit impliceert dat cao-bepalingen die uitdrukkelijk tot een bepaald tijdstip van kracht zijn niet voor avv in aanmerking komen indien dat tijdstip gelegen is voor de inwerkingtreding van het avv-besluit. Evenmin komen voor avv in aanmerking cao-bepalingen ingevolge welke een eenmalig recht wordt toegekend, te verkrijgen op een tijdstip dat voor (of na) de werkingsduur van het avv-besluit ligt. Dit geldt ook ten aanzien van bepalingen waarin een eenmalige verplichting wordt opgelegd, te voldoen op een tijdstip dat voor (of na) de werkingsduur van het avv-besluit ligt.

Indien een cao waarvan bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard tussentijds door partijen wordt beëindigd, dient daarvan door (een van de) partijen mededeling te worden gedaan conform artikel 4 van de Wet op de loonvorming. Naar aanleiding van die mededeling zal het desbetreffende avv-besluit worden ingetrokken. Een intrekkingbesluit zal in de Nederlandse Staatscourant worden gepubliceerd. Wijziging van een cao vergt een nieuwe avv-procedure voor de gewijzigde bepaling(en).

#### 4.5. *Werkings sfeer*

Avv kan op grond van artikel 2, eerste lid van de Wet AVV worden verleend voor het hele of voor een deel van het land op grond van de 'aard van de arbeid' waarop de cao betrekking heeft. Voorwaarde voor avv is daarom dat de aard van de arbeid (de sociaal-economische werkingssfeer) en eventueel de territoriale werkingssfeer in de cao helder is beschreven. Het meest voorkomende probleem, overlap van werkingssferen tussen cao's onderling, komt in paragraaf 6.2. aan de orde. Cao-bepalingen die aan ondernemingen de mogelijkheid bieden om zich vrijwillig bij de cao-regeling aan te sluiten lenen zich niet voor avv.

### 5. *Strijdigheid met het recht*

#### 5.1. *Wet- en regelgeving*

Gezien de verantwoordelijkheid van partijen voor de totstandkoming en de inhoud van cao-bepalingen rust op hen

eveneens de primaire verantwoordelijkheid voor toetsing aan relevante wet- en regelgeving. Cao-bepalingen die kennelijk in strijd zijn met wet- en regelgeving komen niet voor avv in aanmerking. Het gaat daarbij om bepalingen die een inbreuk maken op dwingend rechtelijke voorschriften waarvan geen afwijking bij cao is toegestaan.

Bijvoorbeeld cao-afspraken die:

– een beloning lager dan het wettelijk minimum(jeugd)loon vastleggen of die minder recht op vakantie geven dan het minimum dat is vastgelegd in het BW,

– lagere normen ten aanzien van veiligheid, gezondheid of welzijn bevatten dan de normen op basis van de Arbeidsomstandighedenwet,

– eisen stellen met betrekking tot medische keuringen bij aanstelling, functie-wijziging of voor toegang tot collectieve verzekeringen welke strijdig zijn met de Wet op de medische keuringen,

– wettelijk toegekende bevoegdheden inperken, zoals bijvoorbeeld de rechten van een OR of het recht van een werkgever ontslag op staande voet aan te zeggen op basis van in de wet vastgelegde gronden dan wel ontbinding te vragen aan de kantonrechter (overigens kunnen bepalingen met nadere regels voor gewone opzegging wel voor avv in aanmerking komen). Wel voor avv in aanmerking komen

afspraken die in juridische zin een aanvulling vormen op de (minimum) normen van wet- en regelgeving.

Eveneens komen voor avv in aanmerking bepalingen die een invulling geven aan regelruimte die de wetgever expliciet aan cao-partijen heeft gegeven (drie kwart dwingend recht). Bijvoorbeeld afspraken over werk- en rusttijden tussen de grenzen van de zogenaamde 'standaardregeling' en de 'overlegregeling'. Cao-bepalingen die het van kracht worden van bepaalde wetgeving als voorwaarde hebben kunnen niet eerder voor avv worden voorgelegd dan nadat die wet in het Staatsblad is gepubliceerd.

Het oordeel van de minister laat onverlet het uiteindelijke oordeel van de civiele rechter.

Voor zover algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niettemin in strijd met wet en regelgeving blijken, prevaleert de wet. Een desbetreffend dictum is gebruikelijk in het besluit tot AVV opgenomen.

#### 5.2. *Algemene rechtsbeginselen*

Cao-bepalingen die niet duidelijk de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen weergeven of die teveel overlaten aan de uitvoeringsmaatregelen, vast te stellen door organen van of namens partijen waarop derden geen invloed hebben wat betreft de samenstelling, komen niet in aanmerking voor avv. Zulke bepalingen scheppen immers onduidelijkheid omtrent de rechten en plichten van derden.

Niet voor avv in aanmerking komen cao-bepalingen die onvoldoende rechtswaarborgen voor betrokkenen geven bijvoorbeeld cao-bepalingen over disciplinaire maatregelen die tot een vermindering van loon kunnen leiden zoals boete, schorsing, degradatie, weigering van een periodieke verhoging, indien deze in de cao niet omkleed zijn met procedures en criteria ter waarborging van de rechten van betrokkenen (zoals schriftelijk meedelen van gronden, duur van de maatregel). Avv van een cao-bepaling die schorsing met vermindering van loon regelt is niet mogelijk, tenzij in de bepaling is aangegeven dat het alleen van toepassing kan zijn op situaties die op zichzelf volgens de wet ook een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren.

#### 5.3. *Inbreuk op grondrechten*

Niet voor avv in aanmerking komen cao-bepalingen die:

a. *inbreuk maken op de vrijheid van arbeidskeuze (Art. 19 Grondwet)*, bijvoorbeeld absolute verboden op nevenarbeid; eventuele restricties dienen gemotiveerd te zijn.

b. *inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van een werknemer (Art. 10 Grondwet)*, bijvoorbeeld verboden om bepaalde sporten te beoefenen.

c. *inbreuk maken op het recht van organisatie en collectieve actie* zoals onder meer vastgelegd in verdragen 87 en 98 van de Internationale Arbeidsorganisatie, bijvoorbeeld:

– bepalingen over verplicht overleg welke zich beperken tot werknemersorganisaties die partij zijn bij de cao; voor het verkrijgen van avv moeten de organisaties neutraal zijn aangeduid als werknemersorganisaties; – bepalingen waarbij partijen zich verplichten om tijdens de looptijd van de cao geen acties, zoals staking of uitsluiting, tegen elkaar te voeren (vredes-

plicht) kunnen niet aan anderen (niet cao-partijen) worden opgelegd;  
– bepalingen die werkgevers verplichten met een werkgeversorganisatie te overleggen;

*d. inbreuk maken op het beginsel van gelijke behandeling*

Op grond van Artikel 1 van de Grondwet, de Wet Gelijke Behandeling Mannen en Vrouwen (WGB) respectievelijk de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) is direct en indirect onderscheid op grond van geslacht, godsdienst, levensbeschouwing, politieke gezindheid, ras, nationaliteit, seksuele geaardheid of burgerlijke staat altijd verboden, behalve voor zover in deze wetten daarvoor uitdrukkelijk een uitzondering is gemaakt (bescherming van de vrouw in verband met zwangerschap en moederschap en voorkeursbeleid voor vrouwen en personen behorend tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep). Bepalingen die bijvoorbeeld onderscheid maken tussen gehuwden of ongehuwden of tussen allochtonen en autochtonen kunnen dus niet algemeen verbindend worden verklaard.

Onderscheid in rechten op grond van voorkeursbeleid mag niet voortduren als de achterstandssituatie is opgeheven. Indien bijvoorbeeld vrouwen een betere kinderopvangregeling krijgen dan mannen dient er een hardheidsclausule te zijn op grond waarvan mannen in een vergelijkbare positie ook aanspraak kunnen maken op die rechten.

Van 'indirect' onderscheid is sprake wanneer een (ogenschijnlijk) neutraal geformuleerde bepaling of maatregel in de praktijk vrouwen of personen van een bepaalde nationaliteit of ras in duidelijk onevenredige mate blijkt te treffen. Bijvoorbeeld wanneer de deeltijders een geringer uurloon, minder recht op studiefaciliteiten, minder recht op buitengewoon verlof etc. ontvangen en die deeltijders met name vrouwen zijn. Hetzelfde geldt voor bepalingen die kostwinners indien dat meest mannen zijn, bevoordelen. Indirect onderscheid is alleen toegestaan voor zover er een voldoende objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid is.

De Wet verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur (Wvoa) verbiedt het maken van onderscheid in de arbeidsvoorwaarden tussen werknemers op

grond van een verschil in arbeidsduur, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Cao-bepalingen op grond waarvan de basisbeloning en vakantiebijslag niet naar evenredigheid worden berekend of bepalingen waarbij deeltijders niet in aanmerking komen voor vut maar niettemin wel premieplichtig zijn komen niet voor avv in aanmerking. Van dergelijke bepalingen wordt op voorhand aangenomen dat ze niet te rechtvaardigen zijn.

## 6. Avv-beleid

Avv kan volgens de Memorie van Toelichting (MvT) van de Wet AVV geweigerd worden om gegronde redenen. De MvT vermeldt, niet limitatief, de volgende voorbeelden van algemene gronden voor weigering van avv.

1. in strijd met het recht (zie hiervoor);
2. in strijd met het algemeen belang;
3. te grote benadeling van de rechtmatige belangen van derden in de betrokken bedrijfstak of daarbuiten.

De vaststelling en uitvoering van het avv-beleid berust derhalve op een belangenafweging waarbij de maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen van de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties betrokken worden. In het vervolg van deze paragraaf worden deze gronden nader toegelicht:

### 6.1. Strijd met het algemeen belang

Het begrip algemeen belang kan niet op voorhand worden afgebakend. De minister kan de effecten van een bepaalde cao-afpraak of van een bepaald type cao-afspraken in het licht van de sociale en economische ontwikkeling als strijdig met het algemeen belang beoordelen en op grond daarvan niet algemeen verbindend verklaren.

### 6.2. Te grote benadeling van de rechtmatige belangen van derden

De belangenafweging betreft hier zowel derde werkgevers en werknemers binnen de werkings sfeer van de cao als "externe" derden, van wie de belangen als gevolg van avv in het geding zijn. Partijen dienen met die belangen rekening te houden wil hun verzoek tot avv kunnen worden gehonoreerd.

In beginsel worden de volgende bepalingen niet algemeen verbindend verklaard:

1. *Ten aanzien van de werkings sfeer*  
Bepalingen inzake de werkings sfeer die geen duidelijke afbakening van de rechtsgebieden bevatten of die overlapping met een of meer andere cao's teweeg brengen worden niet algemeen verbindend verklaard. Aan eerstgenoemde voorwaarde is bijvoorbeeld niet voldaan indien in de werkings sfeer naar wetgeving, vestigings- of instellingsbesluiten wordt verwezen welke niet zijn gedateerd. De betreffende wetgeving c.q. besluit dient van kracht te zijn. Een cao-bepaling die voorschrijft dat in elke individuele arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen dat de cao van toepassing is leent zich niet voor avv. Daarmee zouden avv-gebonden ook onder de niet algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao gebracht worden. Aan de tweede voorwaarde is niet voldaan indien partijen geen overeenstemming over de wederzijdse werkings sfeerbepalingen bereiken. Het verzoek tot avv van een cao die overlapping teweeg brengt zal niet worden gehonoreerd. Bij het verstrijken van de werkings duur van het avv-besluit betreffende de cao waarmee overlap is ontstaan zal ook deze niet meer voor avv in aanmerking komen tot het afbakeningsprobleem is opgelost.

Avv van bepalingen die de werkings sfeer van een andere reeds algemeen verbindend verklaarde cao overlappen, is niet mogelijk omdat op een arbeidsverhouding niet gelijktijdig twee avv-besluiten van dezelfde aard van toepassing kunnen zijn. Dit niet alleen omdat bepalingen kunnen conflicteren, doch eveneens omdat daaruit dubbele verplichtingen kunnen voortvloeien.

Op schriftelijke mededeling van bedenkingen tegen avv wordt dispensatie van het avv-besluit verleend aan werkgevers die gebonden zijn aan een andere rechtsgeldige cao.

### 2. Ten aanzien van bedrijfsuitoefening

Bepalingen die de toegang – direct of indirect – tot de relevante markt voor bonafide ondernemingen afsluiten of tot een onevenredig niveau beperken, zonder dat daarbij tenminste in een met waarborgen omklede dispensatiemogelijkheid voor werkgevers is voorzien, worden niet algemeen verbindend verklaard. Het gaat hier bijvoorbeeld om exclusiviteit van een of enkele verzekeringsmaatschappijen,

arbo-diensten, scholingsinstituten of uitzendorganisaties, of om een verbod op of te vergaande inperking van het inlenen van personeel.

Cao-bepalingen die inbreuk maken op het territorium van de werkgever worden niet algemeen verbindend verklaard.

Met territorium wordt zowel bedoeld op het grondgebied als op de communicatie- en overlegstructuur binnen de onderneming. Het gaat bijvoorbeeld om cao-bepalingen inzake vakbondswerk in de onderneming. Cao-bepalingen over vakbondswerk in de onderneming die niet beschouwd worden als inbreuk op het territorium van de werkgever, zijn afspraken over verlof-faciliteiten voor het bijwonen van congressen of bestuursvergaderingen van werknemersorganisaties en cao-bepalingen die betrekking hebben op bescherming van de rechtspositie van vakbondswerkers. Daarbij geldt als vereiste dat deze bepalingen neutraal zijn geformuleerd, dat wil zeggen van toepassing moeten zijn op alle hiervoor in aanmerking komende georganiseerde werknemers.

### 3. Ten aanzien van fondsen

Bepalingen betreffende fondsvorming, die niet aan de navolgende vormvereisten voldoen.

– De bestedingsdoelen moeten passen binnen het kader van bepalingen die voor avv in aanmerking komen zoals hiervoor aangegeven, waaronder mede begrepen de bestuurs- en beheerskosten van het fonds. Dat vereist een heldere en limitatieve beschrijving van de bestedingsdoelen. Uitgezonderd zijn de kosten met betrekking tot het eigenlijke cao-overleg.

– Het fonds dient ondergebracht te worden in een aparte stichting met juridisch afgescheiden vermogen.

– De statuten en reglementen van de stichting moeten:

– het bestuur belasten met het beheer van het fondsvermogen,  
– het doel en de wijze waarop dat doel wordt bereikt nauwkeurig omschrijven in de vorm van activiteiten en wijze van fondsvorming, waarbij – ingeval van een inhouding op het loon van de werknemer – tevens wordt voldaan aan het bepaalde in artikel 7:631 BW en de voorwaarden die in dat kader bij algemene maatregel van bestuur zijn of worden gesteld (Besluit Fondsen en spaarregelingen);

– een geïntegreerd onderdeel van de cao zijn en corresponderen met de overige cao-tekst;

– vastleggen op welke wijze en onder welke voorwaarden er recht op een verstrekking uit het fonds bestaat voor zover dit niet in de desbetreffende cao zelf is geschied;

– voorschrijven dat subsidieverzoeken-de instellingen een begroting moeten indienen;

– voorschrijven dat de subsidie-ontvangende instellingen jaarlijks een door een registeraccountant of accountants-administratieconsulent met certificerende bevoegdheid gecontroleerde verklaring overleggen over de besteding van de subsidiegelden;

– voorschrijven dat het bestuur jaarlijks een begroting opstelt, welke voor betrokkenen beschikbaar moet zijn;

– voorschrijven dat het bestuur jaarlijks een verslag opstelt en publiceert conform het – bepaalde in artikel 1 f van het Besluit Fondsen en spaarregelingen; dit verslag en de verklaring omtrent de rechtmatigheid daarvan dienen aan het Centraal kantoor van de Arbeidsinspectie te worden gezonden.

Bedenkingen in verband met onvoldoende toegang tot het cao-overleg zijn doorgaans geen grond avv te weigeren. Het verloop van het cao-overleg is primair een zaak van partijen.

Belanghebbenden kunnen zich tot de rechter wenden indien zij op onredelijke wijze door cao-partijen buiten het overleg worden gehouden. Alleen onder bijzondere omstandigheden of in combinatie met andere factoren zal de minister avv op deze grond weigeren.

### 7. Publicatie

Dit toetsingskader wordt gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant.

### 8. Geldingsduur

Dit toetsingskader geldt vanaf 1 januari 1999 en voor onbepaalde tijd, het kan worden gewijzigd en aangevuld.

*'s-Gravenhage, 2 december 1998.  
De Minister van Sociale Zaken en  
Werkgelegenheid,*

*K.G. de Vries.*

<sup>1</sup> Stichting van de Arbeid: Advies inzake de toetsing van avv-verzoeken en daarbij te volgen procedures, Publikatiernr 5/98.

<sup>2</sup> In zijn arrest van 10 juni 1983, nr. 12098, heeft de Hoge Raad beslist dat onder 'belangrijke meerderheid' dient te worden verstaan: alle in dienst van de gebonden werkgevers zijnde werknemers. Derhalve worden de bij de gebonden werkgevers in dienst zijnde niet of anders georganiseerde werknemers meegeteld voor het bepalen van een meerderheid.

<sup>3</sup> Voorbeeld berekeningswijze van de representativiteit:

1.000 werkgevers zijn lid van de werkgeversorganisaties bij de cao met samen 10.000 werknemers. De werkings sfeer beslaat 2.000 werkgevers en er werken in totaal 15.000 werknemers. De representativiteit =  $10.000 : 15.000 = 66,6\%$ .

<sup>4</sup> Indicaties voor gebrek aan draagvlak voor de cao kunnen bij voorbeeld blijken uit ingebrachte bedenkingen of het gegeven dat niet alle bij de onderhandelingen betrokken werknemerspartijen de cao hebben getekend.

<sup>5</sup> Van scheve verdeling kan bijvoorbeeld sprake zijn tussen grote en kleine bedrijven of ten aanzien van deelsectoren binnen de werkings sfeer.