

Representativiteit in de administratieve en civiele avv-procedure nader beschouwd

ArbeidsRecht 2024/55

De beoordeling door de civiele en de administratieve rechter loopt langs verschillende lijnen. Zo ook bij de beoordeling van de representativiteit bij de avv van cao's. In deze bijdrage wordt recente jurisprudentie over dit onderwerp van de civiele en de administratieve rechter vergeleken. Beoordeeld wordt in hoeverre de beoordelingscriteria en beoordelingslijnen bij de verschillende rechtsingangen op elkaar zijn afgestemd en tot eenheid in rechtspraak leiden dan wel het kan lonen om de beoordeling bij de civiele of juist de administratieve rechter neer te leggen.

1. Rol van representativiteit

Bij het algemeen verbindend verklaren van een cao speelt de representativiteit een grote rol. Een belangrijk vereiste voor de toewijzing van een avv-aanvraag is dat de cao waarop het verzoek tot avv betrekking heeft van toepassing moet zijn op een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen. In het Toetsingskader AVV² zijn daaromtrent inhoudelijke en formele eisen geformuleerd. De vraag is hoe dit representativiteitsvereiste in de praktijk moet worden toegepast, welke ruimte de minister (de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) daarbij heeft en welke rechtsmiddelen daarbij eventueel kunnen worden ingezet. Dit artikel behandelt de rol van de representativiteit in de administratieve en de civiele procedure en behandelt recente rechtspraak op dit vlak. Daarbij wordt ook een vergelijking gemaakt met recente jurisprudentie over het meerderheids criterium in het kader van de verplichtstellingsbesluiten op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) en van de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

2. Representativiteit in de administratieve avv-procedure

2.1 Representativiteit in het Toetsingskader AVV

Een belangrijk vereiste voor het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen is dat de cao-bepalingen op een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen van toepassing moeten zijn (art. 2 lid 1 Wet AVV). Paragraaf 4.1 van het Toetsingskader AVV onderscheidt voor dit criterium drie categorieën: een meerderheid van 60% of meer is in ieder geval 'belangrijk'. Een meerderheid tussen de 55 en 60% is nog steeds belangrijk, tenzij het draagvlak voor de cao binnen het werkingsfeergebied gering

is of een scheve verdeling van de meerderheid binnen het werkingsfeergebied bestaat. Van een scheve verdeling kan bijvoorbeeld sprake zijn tussen grote en kleine bedrijven of ten aanzien van deelsectoren binnen de werkingsfeer van de cao.³ Van onvoldoende draagvlak kan sprake zijn als dit volgt uit ingediende bedenkingen tegen de avv-aanvraag of als niet alle bij de onderhandelingen betrokken werknemerspartijen de cao hebben getekend.⁴ Een meerderheid onder de 55% is naar de maatstaven van het Toetsingskader niet belangrijk.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2021 volgt dat de minister een ruime beleids- en beoordelingsvrijheid heeft bij de beoordeling of de meerderheid een belangrijke is en op welke wijze de avv-verzoekende partij voldoende heeft aangetoond dat sprake is van een belangrijke meerderheid.⁵ Hierbij past een slechts marginale toetsing door de rechter; een meerderheid kan immers op verschillende manieren vastgesteld worden. Ingevolge art. 2 lid 1 Wet AVV is het aan de minister om te bepalen of de meerderheid een belangrijke is en de door de verzoeker gebruikte methode de juiste was.⁶ Als een andere partij vindt dat de gebruikte berekeningsmethode en de door de verzoeker aangeleverde bronnen onjuist zijn, dan moet hij aantonen dat de door de verzoeker gehanteerde methode niet deugt. Omtrent de vraag of gegeven de vaststellingsmethodiek sprake is van een meerderheid heeft de minister nagenoeg geen beoordelingsruimte.⁷

2.2 Concretisering representativiteit bij avv-verzoek

Paragraaf 2 van het Besluit aanmelding van collectieve arbeidsovereenkomsten en het verzoeken om algemeenverbindendverklaring (hierna: Besluit AVV) bepaalt waar het verzoek tot avv aan moet voldoen. Het verzoek wordt gedaan door of namens een of meer werkgevers of meer verenigingen van werkgevers of werknemers die partij zijn bij de collectieve arbeidsovereenkomst. Art. 2:2 lid 1 sub b en c Besluit AVV geeft een opsomming van de daarbij aan te leveren gegevens, het aantal aan de cao gebonden werkgevers, het totaal aantal werkgevers, de aantallen van de daar werkzame personen en een toelichting op de representativiteitsgegevens: een opgave van de gebruikte bronnen voor

1 Mr. W.O. (Wilfred) Groustra is advocaat bij Unger Nolet Advocaten te Amsterdam.
2 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV), wetten.overheid.nl/BWBR0028909.

3 Zie noot 4 bij Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV).
4 Zie noot 3 bij Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV).
5 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 (SNCU/STFR Beheer B.V.).
6 Vgl. de conclusie van conclusie van A-G Drijber onder 3.12 vóór HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 (Inforcontracting/SNCU); A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (MSR nr. 28), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 167–168; 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. 145.
7 Zie ook L.C.J. Sprengers, 'Het meerderheidsvereiste en dispensatie bij het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen', *ArA* 2022-1, p. 18–41.

de aantallen werkgevers en werknemers, een opgave van de gehanteerde onderzoeksmethode, een opgave van de wijze van meting, een opgave van de peildatum of de periode waarop de cijfers betrekking hebben en een toelichting waaruit blijkt dat de grenzen van het domein waarover de gegevens zijn verzameld, gerelateerd zijn aan de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst.

De representativiteit wordt beoordeeld aan de hand van de betrokken werknemers: door het aantal personen werkzaam bij rechtstreeks aan de cao gebonden werkgevers, te relateren aan het aantal personen werkzaam bij de onder de cao vallende werkgevers.

Opmerkelijk aan het meerderheidsvereiste zoals dat in het Toetsingskader AVV is vormgegeven, is dat voor de verbindendverklaring van cao-bepalingen met name de organisatiegraad aan werkgeverszijde van belang is, want dat bepaalt het aantal door de cao gebonden werknemers. Een hoge organisatiegraad aan werkgeverszijde zal dan ook snel leiden tot verbindendverklaring.⁸ De representativiteit van de vakbonden die de betreffende cao hebben gesloten, speelt bij de verbindendverklaring van cao-bepalingen niet of nauwelijks een rol. Het is dus mogelijk dat een cao die door een niet-representatieve vakbond tot stand is gekomen, niettemin kan gelden voor alle werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen.⁹

2.3 Bedenkingen

Een avv-verzoek wordt in de Staatscourant gepubliceerd. Binnen drie weken dienen eventuele bedenkingen te zijn ingediend (art. 4 lid 3 Wet AVV): gelet op het belang dat als zodanig met avv is gemoeid, zijn de in het kader van de dispensatieprocedure gestelde termijnen kort.¹⁰ De bedenkingen kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de door de verzoeker ingediende representativiteitsgegevens. De wet, het Toetsingskader AVV noch het Besluit AVV bepaalt hoe de minister bedenkingen moet beoordelen. Hieruit kan worden afgeleid dat de minister dienaangaande ruime beleids- en beoordelingsruimte heeft.¹¹

Bedenkingen kunnen ertoe leiden dat de avv-aanvraag nader moet worden onderbouwd. De minister kan bijvoorbeeld om een accountantscontrole van de representativiteitsgegevens vragen. Na de ingediende aanvraag en eventuele bedenkingen wijst de minister het avv-verzoek toe of af. Een avv-besluit heeft geen terugwerkende kracht (art. 2 lid 3 Wet AVV). Tegen het besluit van de minister staat geen

bezwaar en beroep open: het avv-besluit is een algemeen verbindend voorschrift (art. 8:3 lid 1 sub a Awb).

2.4 Dispensatie

Om binding aan een avv-cao te voorkomen, kan onder bepaalde voorwaarden dispensatie worden gevraagd aan de minister, zie hoofdstuk 7 Toetsingskader AVV. Een dispensatieverzoek komt alleen in aanmerking voor toewijzing indien op het moment van indiening van het verzoek wordt beschikt over een eigen rechtsgeldige cao. Het dispensatieverzoek moet door de gezamenlijke cao-sluitende partijen worden gedaan (art. 2:7 Besluit aanmelding van collectieve arbeidsovereenkomsten en het verzoeken om algemeenverbindendverklaring. De verdere inhoudelijke eisen aan een dergelijk verzoek vallen buiten het kader van deze bijdrage). Tegen de toe- of afwijzing van het dispensatieverzoek staat wel bezwaar bij de minister en beroep bij de bestuursrechter open.

Aan het dispensatieverzoek kan ten grondslag zijn gelegd dat niet aan het representativiteitsvereiste is voldaan en daarom geen binding aan de avv-cao kan volgen. Dat speelde in de uitspraak van de Raad van State van 7 september 2011.¹² Deze uitspraak is illustratief voor hoe de beoordeling door de minister wordt getoetst en de ruime beoordelingsvrijheid die de minister bij de beantwoording van de vraag welke gegevens aan de beoordeling ten grondslag mogen worden gelegd, daarbij toekomt. Het ging daarbij in de kern om de vraag of het aantal werkzame personen in de uitzendbranche in personen of fte's uitgedrukt moest worden. De NVUB (een andere werkgeversvereniging in de uitzendbranche die geen partij was bij de betreffende uitzend-cao) betoogde dat van het aantal werknemers sec moest worden uitgegaan, omdat in de toepasselijke wet- en regelgeving wordt gesproken van een belangrijke meerderheid van werknemers; daarmee komt de representativiteit uit op 48% in plaats van 66,4%. De minister volgde de avv-aanvraag dat het aantal uitzenduren uitgedrukt in fte's bepalend was. Dit paste volgens de Afdeling binnen de beoordelingsruimte van de minister: het gebruik van ook andere gegevensbronnen en methodieken dan alleen de werknemersaantallen sec is denkbaar omdat het tellen van het aantal werknemers, gelet op de aard van de bedrijfstak – de uitzendbranche – minder eenduidig is dan bij werknemers met een vast(er) dienstverband. In andere branches zou deze beoordeling dus anders kunnen uitpakken.

3. Representativiteit in de civiele procedure

3.1 Civiele onverbindendverklaring wegens gebrek aan representativiteit

Tegen een avv-besluit is zoals gezegd geen bezwaar en beroep mogelijk. Wel is de gang naar de burgerlijke rechter altijd mogelijk. Partijen, ongeacht of zij bedenkingen tegen de avv-aanvraag of een verzoek tot dispensatie hebben ingediend, kunnen bij de civiele rechter vorderen om de

8 N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (MSR nr. 74) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 79.

9 N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (MSR nr. 74) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 187 en 198.

10 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV), hoofdstuk 7.

11 J. Mulder, 'Representativiteit bij avv-cao nader beschouwd', *TAP* 2023/144, p. 16.

12 ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6877.

avv-cao niet op hen van toepassing te verklaren of zelfs de gehele avv-cao onverbindend te verklaren. Dit vloeit voort uit het *Binnenvaart*-arrest:¹³ algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde wetten in formele zin, kunnen aan hogere wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen getoetst worden, ook in een civiele procedure.¹⁴ Bij die civiele toets geldt de extra eis dat de eiser moet bewijzen dat het avv-besluit onmiskenbaar in strijd is met wettelijke voorschriften of algemene rechtsbeginselen.¹⁵ Buitenwerkingstelling van het avv-besluit kan worden gevorderd op de grond dat het avv-besluit niet aan het representativiteitsvereiste voldoet en dus in strijd is met wettelijke voorschriften of algemene rechtsbeginselen, de zogenaamde exceptieve toetsing. Als de rechter oordeelt dat geen sprake is van representativiteit, dan ontbeert het avv-besluit legitimiteit.

Deze problematiek komt ook aan de orde bij de toetsing van verplichtstellingsbesluiten van (pensioen)fondsen. Dat betreft weliswaar andere wetgeving,¹⁶ maar betreft inhoudelijk identieke problematiek. De toetsing of sprake is van een belangrijke meerderheid (gebaseerd op art. 2 lid 1 van de Wet Bpf 2000) in het kader van de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 is zeer wel vergelijkbaar met die ter zake van het Toetsingskader Wet AVV.¹⁷ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 juni 2021¹⁸ inzake Karmac tegen het Pensioenfonds Openbare Bibliotheken. Karmac betoogde daarin dat zij niet onder de bedrijfstak valt, omdat zij niet voldoet aan alle (vijf) eisen die worden gesteld aan een openbare bibliotheek in de zin van de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen (Wsob). Het hof oordeelt dat dat in het midden kan worden gelaten, omdat de minister nu eenmaal niet heeft gekozen voor een toetsing langs de meetlat van de Wsob, maar voor een andersoortige toetsing, namelijk een toetsing aan de criteria die in de omschrijving van de werkingssfeer van de diverse verplichtstellingsbesluiten zijn vermeld. Dat en waarom de minister die andere toetsingscriteria niet heeft mogen aanleggen, is met de enkele stelling dat Karmac niet voldoet aan de Wsob-criteria dan niet voldoende onderbouwd. De Wet Bpf 2000 dwingt de minister, bij het nemen van verplichtstellingsbesluiten, ook niet tot het hanteren van criteria die congruent zijn met overige in de desbetreffende bedrijfstak bestaande regelgeving. Verder oordeelt het hof dat de betwisting dat sprake is van een voldoende belangrijke meerderheid door Karmac onvoldoende is onderbouwd gelet op de (bij pleidooi) gegeven cijfermatige onderbouwing

door het pensioenfonds. De bewijslast dat sprake zou zijn van onvoldoende representativiteit ligt dus bij degene die tegen het verplichtstellingsbesluit opkomt. Een interessant gezichtspunt van Karmac was nog dat een verplichtstellingsbesluit jegens een ongeorganiseerde werkgever (zoals Karmac) slechts verbindend kan zijn indien die ongeorganiseerde werkgever lid kan worden van de werkgeversvereniging in de bedrijfstak. Als dat niet het geval is, kan die werkgever namelijk zijn stem niet laten doorklinken bij het al dan niet aanvragen van een verplichtstelling, aldus Karmac. Het hof verwerpt dit argument, omdat Karmac onvoldoende heeft onderbouwd dat zij daadwerkelijk geen lid kon worden, waarbij Karmac ook wordt tegengeworpen dat zij de mogelijkheid onbenut heeft gelaten om voorafgaand aan de diverse verplichtstellingsbesluiten een 'zienswijze'¹⁹ in te dienen.

Een ander geval betrof een kort geding waarin Uber van onder meer de staat eiste dat de avv-cao met betrekking tot Uber en haar chauffeurs buiten werking wordt gesteld.²⁰ Volgens Uber was het avv-besluit onmiskenbaar onrechtmatig, omdat het in strijd was met art. 2 lid 1 Wet AVV: de minister zou géén beleids- en beoordelingsruimte hebben ten aanzien van de vraag wie onder de werkingssfeer van de cao vallen (dat wil zeggen wie de in een bedrijf werkzame personen zijn). Het Hof Den Haag overweegt dat de minister wel degelijk afwegingsruimte heeft bij de beantwoording van de vraag wie moet worden meegeteld bij de berekening van de representativiteit, dat wil zeggen bij de vraag wie onder de werkingssfeer van de cao en dus als "in een bedrijf werkzame personen" (art. 2 lid 1 Wet AVV) kunnen worden aangemerkt. De minister is evenmin verplicht zelf nader onderzoek te doen naar de representativiteit door op zoek te gaan naar bronnen waar de aantallen 'gebonden' werknemers uit zouden kunnen blijken. Omdat op basis van de opgave van de cao-partijen sprake was van een meerderheid van 68,29% en volgens het Toetsingskader AVV uitgangspunt is dat dit een belangrijke meerderheid is, is het avv-besluit niet onmiskenbaar onrechtmatig. De minister heeft naar het oordeel van het hof binnen zijn afwegingsruimte bewogen aangaande de vraag welke werknemers betrokken moeten worden bij het bepalen van de representativiteit van de avv-cao. Anderzijds had Uber onvoldoende gesteld en onderbouwd dat zijn berekeningswijze wel de (enig) juiste zou zijn. Hier stuit de vordering eveneens af op de civiele stel- en bewijsplicht.

Nog recenter kwam deze problematiek aan de orde in de uitspraak van Rechtbank Den Haag van 24 juli 2024 waarin Asbestzorg vorderde dat de verplichtte deelneming in (pensioen)fondsen uit hoofde van de avv-verklaarde cao en het verplichtstellingsbesluit ten aanzien van haar buitenwerking diende te worden gesteld.²¹ Daarbij werd een beroep gedaan op een door Asbestzorg ingeschakelde deskundige

13 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.9.2.

14 Zie voor toetsing van een verplichtstellingsbesluit van een pensioenfonds: Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6158, r.o. 4.7.

15 Zie bijv. Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2457, r.o. 6.6 (*Uber*); zie ook de zaak in eerste aanleg Rb. Den Haag 18 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7111, r.o. 5.4.

16 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) en Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

17 Zie voor de overeenkomsten (maar ook verschillen): N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg* (MSR nr. 74) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 253 en 254.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6158.

19 Als bedoeld in art. 16 lid 2 Wet Bpf 2000.

20 Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2457.

21 Rb. Den Haag 24 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:11549.

die tot een representativiteit van minder dan 60% kwam. De overwegingen van de rechtbank volgen het vaste stramien: de rechtbank stelt voorop dat aan de minister volgens vaste rechtspraak een ruime mate van beleids- en beoordelingsruimte toekomt bij de beantwoording van de vraag welke bronnen aan de gegevensverstrekking voor de vaststelling van de representativiteit ten grondslag gelegd mogen worden. Diezelfde ruimte komt de minister toe bij de beantwoording van de vraag of een meerderheid belangrijk genoemd kan worden. Het is dan aan de partij die daartegen opkomt om aan te tonen dat het door de minister gehanteerde bronmateriaal ondeugdelijk of onjuist is en dientengevolge in redelijkheid niet aan de besluiten ten grondslag kon worden gelegd. Het enkel presenteren van een alternatieve berekeningswijze die tot andere uitkomsten leidt, is daartoe onvoldoende. De rechtbank betreft bij de beoordeling van het door de minister gebruikte bronnenmateriaal ook de omstandigheid dat de eerdere cao's al sinds jaar en dag algemeen verbindend zijn verklaard en met name ook dat de verplichtstelling al decennialang geldt en de (werkings sfeer)onderzoeken van de fondsen dus al gedurende vele jaren zijn uitgevoerd en tot (extra) aanwas hebben geleid. Dit alles maakt dat volgens de rechtbank niet gezegd kan worden dat het betreffende bronmateriaal in redelijkheid niet als grond voor de besluiten van de minister kon worden gebruikt. De rechtbank plaatst de toetsing vervolgens ook in een brede context van de, niet ter discussie staande, maatschappelijke en sociaaleconomische doelstellingen van het algemeen verbindend verklaren van cao's en de verplichtstelling van de deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds. Een belangrijke doelstelling daarin is het beschermen van werknemers door zogenoemde grijze en witte vlekken – het niet of nauwelijks opbouwen van aanvullend pensioen – te voorkomen. Bovendien is een doelstelling om concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan en aldus stabiliteit op de arbeidsmarkt te brengen. Kern van het systeem van algemeen verbindend verklaarde cao's en verplichtstellingen, alsmede de voorwaarde voor de werking daarvan, is dat iedere werkgever die onder de werkingssfeer valt, zich aan de ter zake genomen besluiten dient te houden. Aldus de brede context zoals door de rechtbank genoemd. De rechtbank wijst vervolgens de vordering als onvoldoende onderbouwd af.

Deze in een brede context geplaatste toetsing past bij de ruime beoordelings- en beleidsvrijheid die de minister ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2021 toekomt. Deze toets door de civiele rechter is dezelfde als de toets die de bestuursrechter toepast, zoals in dit arrest was beslist.²² Het is duidelijk dat aan een vordering tot onverbindendheid van een avv-cao gebaseerd op een onvoldoende representativiteit, hoge eisen aan de stel- en bewijsplicht van de eisende partij worden gesteld.

De vordering tot algehele onverbindendverklaring van de avv-cao is uiteraard nog verstrekkender en ligt (dus) nog

22 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537, r.o. 3.1.2.

moeilijker. Als de rechter deze vordering toewijst, dan is immers de avv-cao niet meer van toepassing op de *gehele* bedrijfstak. In de gepubliceerde rechtspraak is geen geval te vinden waarin een dergelijke vordering is ingediend. Toewijzing zou ook vergaande consequenties hebben. De gehele bedrijfstak zou na onverbindendverklaring met terugwerkende kracht niet meer onder de avv-cao vallen en in de gehele bedrijfstak zouden de ingevolge de avv-cao reeds verrichte verloningen moeten worden teruggedraaid waarbij dan ook de discussie opspeelt in hoeverre normen van goed werkgeverschap, redelijkheid en billijkheid en onaanvaardbaarheid zich tegen zo'n terugdraaien verzetten. Voor nu lijkt dat allemaal theorie waarbij de drempel zo hoog ligt dat betwijfeld moet worden of een dergelijke vordering ooit in praktische zin tot toewijzing kan leiden.

3.2 *Gebrek aan representativiteit als verweer: de Deliveroo-arresten*

Naast de vordering tot buitentoepassingsverklaring of onverbindendverklaring kan een partij ook de ongeldigheid van het avv-besluit als zodanig wegens gebrek aan representativiteit als verweer opwerpen.²³ Dit speelde in de twee *Deliveroo*-arresten van november 2023.²⁴ Het eerste arrest ging over de vraag of *Deliveroo* onder de werkingssfeerbepaling van de avv-cao beroepsgoederenvervoer over de weg moet worden gerekend. Het tweede arrest betrof de vraag of *Deliveroo* onder het verplichtstellingsbesluit van Pensioenfonds Vervoer viel. In beide zaken had *Deliveroo* een verweer met betrekking tot het representativiteitsvereiste opgeworpen met als doel om *Deliveroo* buiten de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit en de avv-cao te brengen. In de cao-zaak betoogde *Deliveroo* dat door een gebrek aan representativiteit de avv-cao niet op haar van toepassing was en dat de uitleg van de werkingssfeerbepaling werknemers zou omvatten die nooit zijn meegeteld tijdens de avv-procedure.²⁵ Inzake de cao deed de Hoge Raad de zaak af met toepassing van art. 81 RO. De A-G overwoog in zijn conclusie dat de representativiteit van de avv-cao niet meegenomen mocht worden in de uitleg van de werkingssfeerbepaling van de cao volgens de cao-norm.²⁶ De representativiteitsgegevens waren namelijk niet kenbaar voor derden. In casu beschikten alleen de minister en de avv-verzoeker(s) over die gegevens; *Deliveroo* kennelijk niet. *Deliveroo* heeft in ieder geval dienaangaande geen voldoende concrete stellingen aangevoerd. Dit impliceert dat als deze gegevens voor derden, waaronder *Deliveroo*, wel kenbaar zouden zijn, de representativiteit dan wel een rol zou kunnen hebben gespeeld bij de uitleg van de werkingssfeerbepaling.²⁷ Ook benoemt de A-G het feit dat *Deliveroo* niet heeft beargumenteerd dat het avv-besluit als

23 Zie Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, r.o. 3.22.

24 HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610; HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622.

25 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:224, bij HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610, punt 4.52–4.53.

26 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL: ECLI:NL:GHARL:2021:6158, bij HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610.

27 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:224, bij HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610, punt 4.54.

zodanig ongeldig is.²⁸ Een enkel beroep op een gebrek aan representativiteit is dan onvoldoende.²⁹ Het beroep moet onderbouwd worden met precieze gegevens over de representativiteit c.q. het gebrek daaraan.

3.3 *Andere recente jurisprudentie inzake representativiteit: Booking.com-arrest*

Het arrest van het Hof Den Haag van 30 januari 2024 betrefte de vraag of Booking.com verplicht was deel te nemen in de pensioenregeling voor de bedrijfstak Reisbranche.³⁰ Appellante in deze zaak was het bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds PGB. PGB vorderde een verklaring voor recht dat Booking.com verplicht is aan PGB deel te nemen. In debat was de uitleg van het verplichtstellingsbesluit inzake deelname aan dit bedrijfstakpensioenfonds. De Hoge Raad had al in 2021 uitgemaakt dat Booking.com een (online)reisagent is.³¹ De zaak is daarbij verwezen om de overige verweren van Booking.com te behandelen en te beslissen (de onderhavige uitspraak). Daarin was een van de verweren van Booking.com dat het met terugwerkende kracht van toepassing verklaren van de pensioenregeling tot onaanvaardbare rechtsgevolgen zou leiden.³² Dat zou Booking.com te veel benadelen: Booking.com wist immers pas vanaf het arrest van de Hoge Raad van 2021 dat zij een reisagent zou zijn en daarmee onder het bereik van het verplichtstellingsbesluit viel. Als dit eerder was vastgesteld, dan hadden de werknemers van Booking.com in de avv-procedure van de cao Reisbranche c.q. de beoordeling van het meerderheidsvereiste van het verplichtstellingsbesluit moeten zijn meegenomen. Volgens Booking.com zou dan niet aan het representativiteitsvereiste voldaan zijn, geen sprake kunnen zijn van een belangrijke meerderheid en had met verdiscontering van ook de aantallen Booking.com-werknemers de cao niet algemeen verbindend verklaard mogen worden. Booking.com bepleitte dat daarom het verplichtstellingsbesluit jegens hem, buiten toepassing moet blijven. Idem dito zou dit gelden voor de beoordeling of de toepassing van het verplichtstellingsbesluit op Booking.com naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake Deliveroo en Pensioenfonds Vervoer³³ verwerpt het hof het verweer van Booking.com. In het Deliveroo-arrest werd immers eenzelfde verweer op grond van de representativiteit verworpen.

Hierbij moet wel bedacht worden dat deze beoordeling plaatsvond in het kader van een gevorderde verklaring voor recht. Bij een vordering tot concrete premiebetalingen is er wellicht ruimte voor verweren van Booking.com als dat hij een eigen pensioenregeling heeft waar al premies aan betaald zijn en dat een vordering met terugwerkende kracht

(het zou mogelijk om € 405 miljoen gaan³⁴) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare gevolgen zou kunnen leiden, bijvoorbeeld het geval dat de metaalfondsen premiebetaling vorderden over een periode waarin de werkgever reeds premies had betaald aan de bouwfondsen.³⁵

Mogelijk was de Booking.com-zaak anders gelopen als een reconventionele eis tot buitentoeepassingsverklaring van het verplichtstellingsbesluit wegens het niet voldoen aan het representativiteitsvereiste was ingesteld, waarbij voldoende concreet gesteld en bewezen moet zijn dat de minister niet tot het verplichtstellingsbesluit had kunnen komen, omdat geen sprake was van een belangrijke meerderheid. Er hadden ook zienswijzen kunnen worden ingediend tegen een verzoek tot wijziging van een verplichtstellingsbesluit, zie Toetsingskader Wet Bpf 2000. Of deze processuele initiatieven ook een reële kans van slagen zouden hebben gehad, is vanwege de complexe feitelijke bewijsvoering en de aan de minister toekomende beoordelingsvrijheid op dit vlak, moeilijk in te schatten.

3.4 *Overeenkomsten en verschillen*

De rode draad in de besproken procedures is de grote beleids- en beoordelingsvrijheid van de minister ten aanzien van de bepaling op basis van welke methodes en gegevens de representativiteit vastgesteld kan worden. Tegen het avv-besluit zelf kan niet geprocedeerd worden: in de administratieve procedure kan geen bezwaar en beroep tegen het besluit worden ingediend. In de civiele procedure kan wel gevorderd worden dat de avv-cao onverbindend is dan wel in een individueel geval niet van toepassing moet worden verklaard. Daarnaast kan zowel bestuursrechtelijk als civielrechtelijk het gebrek aan representativiteit als argument in een bezwaar/beroep of als verweer gebruikt worden. In beide situaties geldt echter het primaat van de beoordelingsvrijheid van de minister. Verder kan alleen in een administratieve procedure voorafgaand aan het avv-besluit zelf al een beroep worden gedaan op een gebrek aan representativiteit door middel van het indienen van een bedenking.³⁶ Voor de civiele procedure is niet vereist dat de partijen een bedenking tegen het avv-verzoek hebben ingediend.

4. *Hoge drempels voor het aanvechten van representativiteit van avv-besluiten*

Uit de hier behandelde rechtspraak blijkt hoe moeilijk het is om een gebrek aan representativiteit van een al genomen avv-besluit in rechte aan te vechten. De representativiteit kan en mag op zich worden aangevallen en dat is niet bij voorbaat kansloos, maar aan de onderbouwing worden

28 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:224, bij HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610, punt 4.64.

29 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:224, bij HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610, punt 4.62.

30 Hof Den Haag 30 januari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:73.

31 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527.

32 Hof Den Haag 30 januari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:73, r.o. 6.12.

33 HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622.

34 P. van Ammelrooy, 'Gerechtshof verplicht Booking tot deelname aan pensioenfonds van de reisbranche', *de Volkskrant* 30 januari 2024.

35 Zie o.m. HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170, RvdW 2016/961 (art. 81 lid 1 RO). Zie ook meer recent concl. A-G. B.F. Assink 19 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:437, punt 3.15.

36 'Zienswijze' genaamd bij een verplichtstellingsbesluit (zie art. 16 lid 2 Wet Bpf 2000).

hoge eisen gesteld. Een vermeend gebrek kan reeds in de administratieve procedure tijdens de avv-aanvraag als bedenking aan de orde worden gesteld. In de civiele procedure kan op grond van strijd met het representativiteitsvereiste worden gevorderd dat het avv-besluit niet van toepassing is of onverbindend moet worden verklaard. Zowel de civiele als de administratieve rechter toetst terughoudend en langs dezelfde lijnen: in zowel de administratieve als de civiele procedures komt zwaarwegende betekenis toe aan de beoordelings- en beleidsvrijheid van de minister. Omdat de rechter deze vrijheid niet alleen marginaal toetst maar de beoordeling (terecht) ook plaatst in een brede context van het algemeen belang van een avv-besluit, zal een avv-besluit wegens onvoldoende representativiteit zowel bij de civiele als de administratieve toets niet snel aangetast kunnen worden.