

PJ 2022/111

Beroep op het niet of onjuist meewegen van informatie omtrent de representativiteit van de partijen die algemeen verbindend verklaring van een cao en verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds aanvragen door de Minister in het kader van het nemen van het besluit tot algemeen verbindend verklaring en verplichtstelling niet meer mogelijk nadat het besluit bestuursrechtelijk gezag van gewijsde heeft gekregen.

Hof Amsterdam 14-06-2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1754, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Hof Amsterdam
Datum	14 juni 2022
Magistraten	Mrs. I.A. Haanappel-van der Burg, M.L.D. Akkaya, T.S. Pieters
Zaaknummer	200.293.402/01
Noot	mr. W.P.M. Thijssen
JCDI	JCDI:ADS672491:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:GHAMS:2022:1754, Uitspraak, Hof Amsterdam, 14-06-2022
Wetingang	Art. 2 lid 1 Wet AVV; art. 2 lid 1 Wet Bpf 2000; art. 4 lid 1 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV); art. 3 lid 1 Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000

Essentie

Beroep op het niet of onjuist meewegen van informatie omtrent de representativiteit van de partijen die algemeen verbindend verklaring van een cao en verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds aanvragen door de Minister in het kader van het nemen van het besluit tot algemeen verbindend verklaring en verplichtstelling niet meer mogelijk nadat het besluit bestuursrechtelijk gezag van gewijsde heeft gekregen.

Samenvatting

Vordering inhoudend dat de Minister en de partijen betrokken bij de aanvraag tot algemeen verbindend verklaring van de cao's in de bouw en de verplichtstelling van BPF Bouw in het kader van de representativiteitstoets onrechtmatig jegens de werkgever hebben gehandeld, die onder de werkingssfeer van de cao's viel en verplicht werd aangesloten bij BPF Bouw, afgewezen. Beroep op informatie omtrent de representativiteit die niet of niet correct is meegewogen in het kader van het nemen van een besluit op een aanvraag tot algemeen verbindend verklaring van een cao en een aanvraag tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds dat bestuursrechtelijk gezag van gewijsde heeft verkregen niet meer mogelijk om de algemeen verbindend verklaring en de verplichtstelling aan te tasten. Uitleg van de werkingssfeerbepalingen in de cao's en het verplichtstellingsbesluit.

Partij(en)

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.293.402/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam: 8609768 CV EXPL 20-11642

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 14 juni 2022

inzake

[appellante],

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

advocaat: mr. P.W.M. Huisman te Amsterdam,

tegen

1. *STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR DE BOUWNIJVERHEID*, gevestigd te Amsterdam,

2. *STICHTING OPLEIDINGS- EN ONTWIKKELINGSFONDS VOOR DE BOUWNIJVERHEID*, gevestigd te Harderwijk,

3. *STICHTING AANVULLINGSFONDS BOUW & INFRA*, gevestigd te Harderwijk, geïntimeerden, advocaat: mr. E. Lutjens te Amsterdam.

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

Appellante wordt hierna [appellante] genoemd en geïntimeerden worden hierna gezamenlijk de fondsen genoemd en afzonderlijk aangeduid met Bpf Bouw, O&O-fonds en Aanvullingsfonds.

[appellante] is bij dagvaarding van 30 maart 2021 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter), van 12 januari 2021, onder bovenvermeld zaaknummer geweest tussen [appellante] als eiseres in conventie, tevens gedaagde in reconventie en de fondsen als gedaagden in conventie tevens eiseressen in reconventie (hierna: het bestreden vonnis).

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 25 maart 2022 doen bepleiten, [appellante] door mr. Huisman voornoemd en de fondsen door mr. Lutjens voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. [appellante] heeft bij die gelegenheid nog producties in het geding gebracht. Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellante] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover de vorderingen van de fondsen jegens [appellante] daarbij zijn toegewezen en de vorderingen van [appellante] jegens de

fondsen daarbij zijn afgewezen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de fondsen jegens [appellante] alsnog zal afwijzen en de vorderingen van [appellante] jegens de fondsen alsnog zal toewijzen en de fondsen zal veroordelen al hetgeen [appellante] ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de fondsen heeft voldaan aan [appellante] terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente en met veroordeling van de fondsen in de kosten van beide instanties.

De fondsen hebben - na vermindering van eis - geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van [appellante] in de kosten van het hoger beroep, daaronder begrepen nakosten en wettelijke rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs aangeboden.

2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.12 de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1

[appellante] is opgericht in 1976. [appellante] heeft verschillende activiteiten, waaronder asbestverwijdering. [appellante] is niet aangesloten bij een werkgeversvereniging.

2.2

Bpf Bouw is een door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000). Deze verplichte deelneming in Bpf Bouw is verplicht gesteld bij een verplichtstellingsbesluit van de minister voor werknemers die in dienst zijn van werkgevers in de Bouw & Infra (hierna: het verplichtstellingsbesluit). De verplichtstelling heeft tot gevolg dat onder de verplichtstelling vallende werkgevers verplicht zijn de statuten en reglementen van Bpf Bouw na te leven. Onderdeel daarvan is de verplichting tot betaling van pensioenpremie.

2.3

Het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds zijn sociale fondsen in de bedrijfstak Bouw & Infra. De verplichtingen jegens deze fondsen zijn gebaseerd op de cao Bouw & Infra en de cao Bedrijfstakeigen Regelingen Bouw & Infra (hierna: cao BTER). Deze cao's bepalen dat werkgevers in de Bouw & Infra verplicht zijn tot premiebetaling aan het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds. De minister heeft thans en in het verleden de bepalingen van de cao Bouw & Infra en de cao BTER algemeen verbindend verklaard op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: wet avv).

2.4

Volgens artikel 2 Wet Bpf 2000 kan verplichtstelling door de minister volgen ' *op aanvraag van het*

georganiseerde bedrijfsleven (...) dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt (...) Algemeen verbindend verklaring van een cao is volgens artikel 2 Wet avv mogelijk als deze naar het oordeel van de minister voor een belangrijke meerderheid van de onder die cao vallende werknemers geldt. Uit nadere besluiten vloeit voort dat aan de hier genoemde representativiteitseisen in elk geval is voldaan als meer dan 60% van de in de bedrijfstak werkzame werknemers in dienst is van de georganiseerde werkgevers. In de door de minister gehanteerde representativiteitsonderzoeken is dat percentage steeds gehaald, met percentages tussen 64% en 74% (tussen 2007 en 2016).

2.5

In het verplichtstellingsbesluit is sinds 2020 als werkgever onder meer gedefinieerd: '(...) de ondernemingen op het gebied van het bouw- en infrabedrijf.

Hieronder worden verstaan de ondernemingen, waarvan het bedrijf gericht is op productie (respectievelijk dienstverlening) voor of aan derden op het gebied van

1. het geheel of gedeeltelijk uitvoeren van bouwwerken c.q. bouwactiviteiten; waarbij onder bouwwerken c.q. bouwactiviteiten wordt verstaan respectievelijk daarmee wordt gelijkgesteld:

(...)

aa. asbestverwijdering; (...)'

Tot en met (een deel van) 2015 gold hierop een uitzondering voor asbestverwijdering als voorbehandeling ten behoeve van het aanbrengen, herstellen, bekleden, afwerken en/of onderhouden van isolerende materialen (hierna: de isolatie-uitzondering).

2.6

De cao Bouw & Infra en cao BTER kennen een vergelijkbare werkingssfeerbepaling en kenden een vergelijkbare isolatie-uitzondering.

2.7

In opdracht van partijen bij de cao Bouw & Infra en Bpf Bouw heeft de Commissie Werkingssfeer een werkingssfeeronderzoek uitgevoerd naar de onderneming van [appellante], naar aanleiding waarvan op 2 juli 2014 is geoordeeld dat de onderneming van [appellante] onder de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra, de cao BTER en het verplichtstellingsbesluit valt en per 1 januari 2015 zou worden ingeschreven bij pensioenuitvoeringsorganisatie APG. [appellante] heeft hiertegen bezwaar aangetekend, welk bezwaar is afgewezen.

2.8

Voornoemd besluit van de commissie werkingssfeer is gebaseerd op een werkingssfeeronderzoek van 19 mei 2014, uitgevoerd door APG Rechtenbeheer N.V. (hierna: APG) in opdracht van Technisch Bureau Bouwnijverheid (inmiddels Technisch bureau Bouw & Infra geheten) (hierna: TBB). APG heeft in het rapport van haar onderzoek onder meer opgenomen: '(...)

3. Profiel onderneming

(...)

Verloonde activiteiten (AC's)

In de onderstaande tabel staan de activiteiten, van het in dienst zijnde personeel van de onderneming, onderverdeeld naar drie activiteitscategorïeën (AC's) (...)

1. Onder werkingsfeer

- Asbestsaneringen
- Schoonmaakwerkzaamheden asbest
- Verbouwingen
- Straatwerk

2. Toerekenbaar

ï, N.v.t.

3. Niet onder werkingsfeer

- Schoonmaakwerkzaamheden overig
- Rioolreiniging, ontstoppingsdienst
- Aanleg en onderhoud hemelwaterafvoer en dakgoten
- Isolatiwerkzaamheden leidingen
- Loodgieters werkzaamheden
- Woningontruiming
- Ongedierte bestrijding

Toelichting indeling activiteiten

De heer [appellante] is van mening dat het schoonmaakwerk bij asbestsaneringen geen deel uitmaakt van de asbestsaneringen. Het komt hierbij neer op reiniging (stofzuigen en dweilen) van een bepaalde ruimte door andere personen als de asbestsaneerders.

(...)

4. Onderzoeksmethode

De gehanteerde onderzoeksmethode betreft een indeling naar aanleiding van de bedrijfsactiviteiten, over een periode van 3 jaar, om zodoende een beeld te krijgen van de omzet en verloning.

(...)

Omdat een analyse van de bedrijfsactiviteiten op basis van de aard van de onderneming en een indeling van functies op persoonsniveau niet mogelijk bleek is gekozen voor een verdeling van de omzet op basis van de omzetadministratie.

(...)

6. Omzetverdeling

(...)

Onder de werkingssfeer/Cat. I 43,58% (...) 66,60% (...) 60,66%

(...)

2.9

Op 18 mei 2015 heeft [appellante] TBB verzocht de bezwaarprocedure te heropenen. TBB heeft dit verzoek op 28 mei 2015 afgewezen, waarna [appellante] het verzoek op 24 juni 2015 heeft herhaald. Daarbij heeft [appellante] uitgebreid toegelicht hoe de verdeling van de uren over de categorieën asbestverwijdering en overig er volgens haar uitziet. TBB heeft zich op 17 november 2015 bereid verklaard een aanvullend onderzoek te doen.

2.10

In een aanvullend rapport van APG van 8 juni 2016 staat onder meer:

‘(...) Naar aanleiding van een bezwaar van de werkgever tegen de inschrijving BpfBouw naar aanleiding van het eerder uitgevoerde onderzoek over de jaren 2011 t/m 2013 is door de opdrachtgever gevraagd een vervolgonderzoek in te stellen over de jaren 2014 en 2015 en het jaar 2013 tevens hierbij te betrekken wat betreft de door de werkgever aangeleverde urenadministraties over de jaren 2013 t/m 2015.

(...)

3. Loonadministratie

‘(...) Bij het onderzoek is eerst getracht op basis van de door de werkgever aangeleverde urenadministratie over de jaren 2013 t/m 2015 een verdeling naar sectoren te maken. Dit bleek echter niet mogelijk. Onderstaande redenen zijn hiervoor aan te voeren:

- Functiebenamingen volgens arbeidsovereenkomst zijn niet gelijk aan die in de geleverde urenverdeling;
- De in de urenverdeling opgenomen uren zijn op geen enkele wijze verifieerbaar met de gefactureerde uren dan wel een andersoortige vorm van urenadministratie (deze laatste is niet aanwezig);
- Er zijn geen urenbriefjes aanwezig waarop de geleverde urenverdeling getoetst zou kunnen worden.

Voorts wordt opgemerkt dat de werkgever nog immer op het standpunt staat dat de voor- en nabewerking bij asbestsanering geen deel uitmaakt van asbestsanering (lees: Bouw). De toelevering en opbouw van een beschermende omgeving, de ontmanteling hiervan, de reiniging van de ruimte(s) en de afvoer van afval acht de werkgever geen onderdeel van asbestverwijdering.

In telefonisch overleg met de opdrachtgever is besloten de aangeleverde urenverdeling niet verder te volgen in het onderzoek vanwege het ontbreken van enig middel ter toetsing op juistheid van de overgelegde urenverantwoording van de zijde van de werkgever.

In onderling overleg is besloten de jaren 2014 en 2015 in het vervolgonderzoek te betrekken met dezelfde uitgangspunten als ingenomen in het eerder uitgevoerde onderzoek, namelijk de in de financiële administratie opgenomen Omzet manuren. (...)

4. Omzetverdeling

Aangezien uit de loonadministratie geen onderverdeling van de loonsom over de sectoren kan worden verkregen, is een analyse op de omzet manuren uitgevoerd. (...)

De gehanteerde methode analyse op basis van factuur en omschrijving. (...)

Het onderzoek is over het jaar 2015 uitgevoerd. Hierbij bleek dat ten opzichte van de conclusies in het voorgaande rapport grote verschuivingen plaats te vinden in de sectoren hetgeen toch enige bevreemding wekte. (...) Vervolgens zijn steekproefsgewijs enige facturen bezien waaruit bleek dat vele werkzaamheden met betrekking tot verwijderen van asbesthoudende materialen geboekt zijn op met name Manuren loodgieterswerk (...). Als verklaring van de werkgever wordt gemeld dat dit samenhangt met de gewenste facturatie van de opdrachtgevers, met name woningbouwverenigingen. (...) Teneinde een juiste verdeling naar sectoren te kunnen vervaardigen zijn alle omzetfacturen 2015 bezien en zijn de onjuist geboekte manuren gecorrigeerd opgenomen in de analyse. (...)

Omzetverdeling

Bouwnijverheid (...) 62,40 [%] (...)

2.11

[appellante] heeft een eigen pensioenregeling voor haar werknemers.

2.12

De fondsen hebben [appellante] tevergeefs gesommeerd tot betaling van premies.

3. Beoordeling

3.1.1

In eerste aanleg heeft [appellante] in conventie gevorderd te verklaren voor recht dat de cao Bouw & Infra, de cao BTER en de verplichtstellingsbeschikking (hierna samen: de bouwregelingen) vanaf 1 januari 2007, althans 1 januari 2015, niet op [appellante] van toepassing zijn, zodat de fondsen daaraan geen vordering tot betaling van premie of andere vorderingen kunnen ontlenen, met veroordeling van de fondsen, uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten. Ter zitting in eerste aanleg heeft [appellante] haar vordering beperkt tot de periode vanaf 1 januari 2015, aangezien de fondsen te kennen hebben gegeven geen aanspraken te pretenderen in de periode daaraan voorafgaand. De fondsen hebben in conventie verweer gevoerd strekkende tot afwijzing van de vorderingen van [appellante] met veroordeling van [appellante] in de proceskosten. In reconventie hebben de fondsen gevorderd, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, samengevat:

- a) te verklaren voor recht dat [appellante] vanaf 1 januari 2015 onder de verplichtstelling van Bpf Bouw valt, gebonden is aan de statuten, reglementen en besluiten van Bpf Bouw en vanaf 1 januari 2015 premie moet betalen aan Bpf Bouw conform haar uitvoeringsreglement;
- b) te verklaren voor recht dat [appellante] vanaf 1 januari 2015 gebonden is aan de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao Bouw & Infra en de cao Bedrijfstakeigen Regelingen voor de Bouwnijverheid en vanaf 1 januari 2015 premie moet betalen aan het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds conform de bepalingen van deze cao's;

- c) [appellante] te veroordelen tot betaling van € 445.372,70 aan Bpf Bouw, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie betaald had moeten zijn tot de dag van betaling, dat wil zeggen de rente vanaf veertien dagen na elke loonperiode en vanaf Uitvoeringsreglement 2020 vanaf de dag dat de premie volgens de factuur betaald had moeten zijn of vanaf de dag dat [appellante] niet aan de verplichting tot het aanleveren van gegevens heeft voldaan;
- d) [appellante] te veroordelen tot betaling van € 20.374,88 aan het O&O-fonds, te vermeerderen met de wettelijke rente over de verschuldigde premie vanaf twee weken nadat deze op grond van de cao BTER betaald had moeten zijn tot de dag van betaling;
- e) [appellante] te veroordelen tot betaling van € 9.522,42 aan het Aanvullingsfonds, te vermeerderen met de wettelijke rente over de verschuldigde premie vanaf twee weken nadat deze op grond van de cao BTER betaald had moeten zijn tot de dag van betaling;
- f) [appellante] te veroordelen tot betaling van buitengerechtigde kosten over de premiebedragen;
- g) voor recht te verklaren dat, indien uit de gegevens in na te noemen vorderingen blijkt dat [appellante] tussen 1 januari 2015 en 1 september 2020 een hogere premie verschuldigd was, [appellante] verplicht is dat hogere bedrag te betalen aan Bpf Bouw, het O&O-fonds, respectievelijk het aanvullingsfonds;
- h) [appellante] te veroordelen om binnen twee weken na betekening van het vonnis elektronisch de loon- en premiegegevens aan te leveren van al haar werknemers over de loonperioden vanaf 1 januari 2015, op straffe van verbeurte van een dwangsom en voorts de hieruit volgende (vervangende) premienota's te voldoen;
- i) [appellante] te gelasten om uiterlijk twee maanden na betekening van het vonnis aan de fondsen een controleverklaring van een registeraccountant te verstrekken met goedkeurend oordeel over de juistheid van de verstrekte loon- en premie gegevens, op straffe van een dwangsom;
- j) veroordeling van [appellante] in de proceskosten.

3.1.2

De kantonrechter heeft - samengevat weergegeven - geoordeeld dat het rapport 'Onderzoek naar ongeorganiseerde werknemers in de bouwsector' van Panteia van 18 november 2019 (hierna: het Panteia-rapport), waarop [appellante] haar stelling baseert dat bij het beoordelen van de representativiteit door de minister niet alle ongeorganiseerde werknemers zijn betrokken, de minister bij aanvang van de bouwregelingen niet bekend was, zodat de minister op dat moment in redelijkheid kon beslissen op basis van de aangeleverde gegevens. Tijdens de procedures voor verlenging van de bouwregelingen is het Panteia-rapport niet op de voorgeschreven wijze onder de aandacht gebracht, zodat niet geoordeeld kan worden dat de minister in redelijkheid niet tot die nadere besluiten heeft kunnen komen. Met betrekking tot de werkingssfeer heeft de kantonrechter geoordeeld dat de fondsen werkingssfeeronderzoeken hebben laten uitvoeren en op basis daarvan hebben geconcludeerd dat [appellante] onder de werkingssfeer van de bouwregelingen valt. Omdat het niet mogelijk was op basis van de administratie van [appellante] tot een berekening te komen is een indirecte berekeningsmethode gebruikt waarbij alle facturen aan de hand van de vermelde werkzaamheden zijn beoordeeld en teruggevoerd op loonsomgegevens. [appellante] heeft daar onvoldoende tegenover gesteld, zijn eigen urenopstelling is niet verifieerbaar en bovendien was deze ook onderdeel van het werkingssfeeronderzoek. [appellante] heeft - voor zover de isolatie-uitzondering in 2015 nog van toepassing was - onvoldoende concreet gemaakt waarom een deel van haar werkzaamheden daar onder valt. De door [appellante] gehanteerde definitie van asbestverwijdering is volgens de kantonrechter te beperkt. De kantonrechter heeft de vorderingen van [appellante] afgewezen en de vorderingen van de fondsen toegewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellante] met

haar grieven op. De fondsen bestrijden de grieven.

Representativiteitsgegevens

3.2.1

Met *grief 1* voert [appellante] aan dat de kantonrechter ten onrechte niet heeft geoordeeld dat de fondsen samen met de minister ten opzichte van [appellante] onrechtmatig hebben gehandeld, althans dat de fondsen welbewust hebben geprofiteerd van de onzorgvuldigheid aan de zijde van de minister bij het uitvoeren van het verplichtstellingsbesluit en de algemeenverbindendverklaring van de cao's. Ten onrechte heeft de kantonrechter in het verlengde daarvan niet geoordeeld dat de bepalingen van het verplichtstellingsbesluit en de bepalingen van de cao's niet op [appellante] van toepassing zijn. [appellante] heeft daartoe - samengevat weergegeven - aangevoerd dat bij de door de minister gebruikte representativiteitsgegevens ten tijde van de algemeenverbindendverklaring en de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit ongeorganiseerd ten volle buiten beschouwing zijn gebleven. [appellante] heeft aan de hand van het Panteia-rapport aangetoond dat de omvang van deze categorie zodanig groot is dat de vereiste representativiteit niet tot stand komt als die categorie wordt meegewogen. De fondsen wisten dat de door TBB aangeleverde representativiteitsgegevens onjuist waren. TBB was op de hoogte van de verstrekking van onjuiste gegevens en de fondsen en cao-partijen zijn verweven via TBB. Bovendien maken twee van de vier bestuurders van TBB deel uit van het bestuur van de fondsen. De besluiten tot vaststelling van de verplichtstelling respectievelijk de besluiten tot algemeenverbindendverklaring van cao's zijn in strijd met hogere regelgeving, waarmee de onrechtmatigheid van de algemeen verbindende voorschriften is gegeven als gevolg waarvan zij onverbindend moeten worden verklaard respectievelijk buiten toepassing moeten worden gelaten, aldus nog steeds [appellante].

3.2.2

Het hof oordeelt als volgt. Uit artikel 2 lid 1 Wet Bpf 2000 volgt dat de minister beslist op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven, terwijl uit artikel 4 Wet avv volgt dat de verbindendverklaring alleen kan geschieden op verzoek van een of meer werkgevers of een of meer verenigingen van werkgevers of werknemers die partij zijn bij de cao. Het zijn derhalve de sociale partners die bij de aanvraag tot verplichtstelling c.q. het verzoek tot algemeenverbindendverklaring bepalen welke representativiteitsgegevens aan de minister worden verstrekt. De fondsen zijn daarbij geen partij en gaan ervan uit dat de sociale partners de juiste representativiteitsgegevens verstrekken en dat de minister daar kritisch naar zal kijken. Zodra de minister besluit tot verplichtstelling of algemeenverbindendverklaring is de minister van oordeel dat aan de representativiteitsvereisten is voldaan.

3.2.3

Uit de door [appellante] in de dagvaarding in eerste aanleg aangehaalde gegevens blijkt dat bij de aanvraag tot verplichtstelling c.q. het verzoek tot algemeenverbindendverklaring de representativiteitsgegevens zijn aangeleverd door de sociale partners in de Bouw & Infra, dat een onafhankelijke accountant deze gegevens heeft beoordeeld en akkoord bevonden, dat in een aantal gevallen nadere vragen over de representativiteit zijn gesteld, dat de sociale partners die vragen hebben beantwoord en dat de minister vervolgens de verplichtstelling en algemeenverbindendverklaring heeft uitgesproken.

3.2.4

Het Panteia-rapport is op 18 november 2019, mede namens [appellante], naar de minister gezonden, met daarbij het verzoek het verplichtstellingsbesluit en de cao's buiten toepassing te laten en de schade die [appellante] heeft geleden en nog zal lijden te vergoeden. De minister heeft bij brief van 23 december 2019 geantwoord dat de conclusies van het Panteia-rapport in de procedure leidend tot de gewraakte besluiten niet zijn ingebracht als bedenking of zienswijze en dus voor de reeds rechtmatig genomen besluiten niet meer relevant zijn. Dit laat onverlet, aldus de minister, dat [appellante] bedenkingen of zienswijzen kan indienen bij

toekomstige verzoeken tot algemeenverbindendverklaring en verplichtstellingsaanvragen.

3.2.5

Dit heeft [appellante] vervolgens gedaan ten aanzien van het door de fondsen geciteerde besluit van de minister van 18 december 2020 tot algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de cao BTER. Namens onder meer [appellante] zijn bedenkingen ingebracht tegen het verzoek tot algemeenverbindendverklaring, met verwijzing naar het Panteia-rapport. In het besluit is ten aanzien van de aangeleverde representativiteitsgegevens overwogen:

‘(...) Cao-partijen hebben bij de aanlevering van de representativiteitsgegevens gebruik gemaakt van het formulier representativiteitsgegevens. Uit de overgelegde representativiteitsopgave blijkt dat voor de berekening van het aantal direct aan de cao gebonden werkgevers en werknemers gebonden door de werkingssfeer van de cao gebruik is gemaakt van de ledenbestanden van de werkgeversorganisaties partij bij de cao en de databestanden van APG met peildatum 1 april 2020. APG beschikt als uitvoerder van de bedrijfstakfondsen in de sector Bouw & Infra over de gegevens van alle werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen. De ledenbestanden zijn naast de databestanden van APG gehouden en de leden zijn gekoppeld aan werkgevers in de databestanden van APG op basis van APG-ledennummer. Bij het bepalen van de representativiteit is alleen gekeken naar werkgevers met een CAO01 (Bouwplaatspersoneel) en/of CAO06 (uta-personeel) registratie in de databestanden van APG. Werkgevers die vrijwillig deelnemen zijn uitgesloten en er is gecontroleerd op dubbel geregistreerde werkgevers en gewaarborgd dat bedrijven slechts één keer worden meegenomen. Voor de berekening van het aantal werknemers werkzaam bij direct gebonden werkgevers en de werknemers die onder de werkingssfeer van de cao vallen is eveneens gebruik gemaakt van de databestanden van APG met peildatum 1 april 2020.

In reactie op de geuite bedenkingen en ter bevestiging van de juistheid van de representativiteitsopgave hebben cao-partijen een assurancerapport van een onafhankelijke accountant toegezonden. Hieruit blijkt dat de opgave naar het oordeel van de accountant in alle van materieel belang zijnde aspecten in overeenstemming is met de gestelde eisen. Om tot dit oordeel te kunnen komen heeft de accountant nadrukkelijk moeten kijken of de opgegeven aantallen juist en volledig zijn, of de geautomatiseerde koppeling van de bestanden zorgvuldig is gebeurd en of de opgave gerelateerd is aan de werkingssfeer van de cao. Verder blijkt dat de standgegevens inzake werkzame personen maandelijks via de opgave van loon en premiegegevens van de werkgever actueel worden gehouden. Dit proces borgt de juistheid en volledigheid van de namens het bedrijfstakpensioenfonds en de BTER-fondsen geadmistreerde werkzame personen.

Ten aanzien van de lage werkgeversrepresentativiteit en de gestelde scheve verhouding, merk ik op dat voldaan is aan het meerderheidsvereiste zoals bedoeld in de Wet AVV, het Besluit aanmelding van collectieve arbeidsovereenkomsten en het verzoeken om algemeenverbindendverklaring en het Toetsingskader AVV. Met een meerderheid van 68,53% is op grond van het Toetsingskader AVV sprake van een belangrijke meerderheid en is een beoordeling van een eventuele scheve verdeling niet aan de orde. Cao-partijen hebben in hun reactie op de bedenkingen nog aangevoerd dat het percentage van 34,15% logisch te verklaren is doordat relatief veel van de ‘grote’ werkgevers georganiseerd zijn, maar dat er ook vele ‘kleine’ werkgevers lid zijn van de werkgeversverenigingen die het onderhavige avv-verzoek hebben ingediend. (...)’

In het besluit is ten aanzien van de bedenkingen van onder meer [appellante] in overwegingen ten overvloede het volgende opgenomen:

‘(...) Ten aanzien van de alternatieve representativiteitscijfers over de jaren 2007-2016 die door bedenkinghebbende zijn aangedragen, merk ik op dat deze zijn gebaseerd op bronnen (SBI-codes) die niet volledig gerelateerd zijn aan de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra BTER en mede daardoor als minder betrouwbaar en valide kunnen worden aangemerkt ter vaststelling van de representativiteit.

Cao-partijen wijzen er in de reactie op de bedenkingen op dat het primaire rapport van Panteia uit gaat van de veronderstelling dat alle werkgevers met een bouw-gerelateerde SBI-code, afgezien van enkele beperkte correcties die de opstellers van het rapport hebben toegepast, onder de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra BTER vallen. Die veronderstelling is volgens cao-partijen onjuist. De werkingssfeer wordt bepaald door de werkingssfeerbepalingen van de cao Bouw & Infra BTER en niet door registratie op grond van een SBI-code. Het een en ander valt volgens cao-partijen niet geheel samen. (...)’

De minister heeft geconcludeerd:

‘(...) Naar aanleiding van het door cao-partijen overgelegde formulier representativiteitsgegevens, de nadere toelichting en het assurancerapport, kan worden vastgesteld dat door cao-partijen in voldoende mate aannemelijk is gemaakt dat de bepalingen van de cao waarop het verzoek tot avv betrekking heeft reeds voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen gelden.

De bedenkingen zijn naar mijn oordeel voldoende weerlegd en doen geen afbreuk aan de door cao-partijen overgelegde representativiteitsgegevens. (...)’

3.2.6

Gelet op het voorgaande is komen vast te staan dat het verplichtstellingsbesluit en de algemeenverbindendverklaring rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, en dat in het kader van het besluit van de minister van 18 december 2020 tot algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de cao BTER, de bedenkingen van [appellante] en anderen op basis van het Panteia rapport expliciet zijn meegewogen en verworpen. De fondsen en de minister hebben niet onrechtmatig gehandeld jegens [appellante], noch hebben de fondsen welbewust geprofiteerd van de onzorgvuldigheid van de minister bij het uitvoeren van het verplichtstellingsbesluit en de algemeenverbindendverklaring van de cao's. Grief 1 slaagt niet.

Werkings sfeer

3.3.1

Met *grief 2* bestrijdt [appellante] het oordeel van de kantonrechter dat de conclusie van de werkingssfeeronderzoeken onvoldoende is weersproken en dat [appellante] onder de werkingssfeer van de bouwregelingen valt. [appellante] heeft daartoe - samengevat weergegeven - aangevoerd dat een groot deel van de activiteiten van [appellante] niet valt onder de werkingssfeer van de bouwregelingen. [appellante] beroept zich daartoe op een overzicht van loongegevens van werknemers die bij haar gedurende de jaren 2012 tot en met mei 2015 in dienst waren, waaruit zou blijken dat een groot deel van de werknemers niet belast is met asbestwerkzaamheden. Er zou geen enkele aanleiding zijn om de analyse van de activiteiten van [appellante] te benaderen via een analyse van de omzetten. Volgens [appellante] moet de isolatie-uitzondering zo worden opgevat dat asbestsanering niet valt onder de werkingssfeer van de bouwregelingen als de asbestverwijdering plaatsvindt met het oog op het aanbrengen van (ander) isolerend materiaal, zoals bij renovatieprojecten. Tussen het verwijderen van asbest en de daaropvolgende werkzaamheden tot het aanbrengen van isolerende materialen bestaat connexiteit en wel zodanig dat er een functionele band bestaat tussen de asbestverwijdering en het vervolgens (kunnen) aanbrengen van isolatie, aldus nog steeds [appellante].

3.3.2

Het hof stelt voorop dat de fondsen moeten stellen en zo nodig bewijzen dat [appellante] onder de werkingssfeer van de bouwregelingen valt. De fondsen zijn hier in beginsel in geslaagd door de werkingssfeeronderzoeken van 2014 en 2016. De gemachtigde van [appellante] heeft op 13 januari 2014 schriftelijk bezwaar gemaakt bij TBB tegen het werkingssfeeronderzoek, waarin onder andere is opgenomen: ‘(...) Cliënte houdt zich, voor het grootste gedeelte, bezig met asbestwerkzaamheden. De werkzaamheden vallen niet onder de werkingssfeer van de cao voor de Bouwnijverheid. (...)’ Hieruit blijkt dat [appellante] zich in 2014 juist op het standpunt stelde dat zij zich overwegend bezig hield met asbestwerkzaamheden. Voorts heeft [appellante] niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist dat tijdens het werkingssfeeronderzoek gezamenlijk de beslissing is genomen om de analyse van de werkzaamheden van [appellante] te maken op basis van de in de financiële administratie opgenomen omzet manuren. In de rapportage van het werkingssfeeronderzoek van 2014 is opgenomen dat uit de loonadministratie geen onderverdeling van de loonsom over de drie activiteitscategorieën (zie onder 2.8) kon worden verkregen, reden waarom een analyse op de omzet is uitgevoerd om inzicht te verkrijgen in het relatieve aandeel in de

omzet van elke categorie van bedrijfsactiviteiten. In het werkings sfeeronderzoek van 2016 is naar aanleiding van bezwaren van [appellante] opgenomen dat het niet mogelijk was op basis van de door [appellante] aangeleverde urenadministratie over de jaren 2013 tot en met 2015 een verdeling naar sectoren te maken omdat de functiebenamingen volgens arbeidsovereenkomst niet gelijk waren aan die in de aangeleverde urenverdeling, de in de urenverdeling opgenomen uren op geen enkele wijze verifieerbaar waren met de gefactureerde uren (dan wel een andersoortige vorm van urenadministratie) en er geen urenbriefjes aanwezig waren waarop de geleverde urenverdeling getoetst zou kunnen worden (zie onder 2.10). Op grond hiervan slaagt het beroep van [appellante] op het overzicht van loongegevens van werknemers en zijn betwisting van analyse van de activiteiten van [appellante] via de omzetten niet.

3.3.3

Voor zover [appellante] heeft betoogd dat de in 2015 vervallen isolatie-uitzondering op haar van toepassing was, heeft te gelden dat dit hof in 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2666) heeft geoordeeld dat bij een geslaagd beroep op de isolatie-uitzondering er tussen het verwijderen van asbest en het aanbrengen van isolerende materialen een zekere connexiteit moet bestaan. Er dient een functionele band tussen de asbestverwijdering en een specifiek doel, te weten het vervolgens (kunnen) aanbrengen van isolatie, te bestaan. Het is dus niet zo dat de isolatie-uitzondering van toepassing is zodra na asbestverwijdering op enigerlei wijze isolatie wordt aangebracht, of bij renovatieprojecten. [appellante] heeft niet geconcretiseerd dat de door haar verrichte asbestverwijderingswerkzaamheden ten behoeve van isolatiewerkzaamheden zijn uitgevoerd, zodat van connexiteit tussen asbestverwijdering en het aanbrengen van isolerende materialen geen sprake is. Het hof acht die connexiteit ook niet aannemelijk, omdat algemeen bekend is dat asbestverwijdering veelal geschiedt met het oog op de gezondheidsrisico's van asbest en niet in verband met de isolerende werking ervan. Het beroep van [appellante] op de isolatie-uitzondering slaagt ook niet en daarmee faalt grief 2.

Buitensporige vordering

3.4.1

Met *grief 3* komt [appellante] (subsidiar) op tegen het door de kantonrechter passeren van haar standpunt dat de vorderingen van de fondsen buitensporig zijn. [appellante] heeft daartoe - samengevat weergegeven - aangevoerd dat de vorderingen van de fondsen uitsluitend op schattingen zijn gebaseerd en niet op de door [appellante] aangeleverde loongegevens. [appellante] betwist de vorderingen van de fondsen, nu niet is komen vast te staan dat dit vorderingen zijn die uit reële loongegevens voortvloeien.

3.4.2

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van artikel 14 lid 3 sub e van het uitvoeringsreglement Bouwnijverheid van de Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor de Bouwnijverheid is bij niet of niet tijdige aanlevering van de vereiste gegevens dan wel bij aanlevering van foutieve gegevens Bpf Bouw bevoegd de nodige gegevens naar beste weten vast te stellen en te hanteren bij de voorlopige vaststelling van de premie. Deze ambtshalve vastgestelde premie is vanwege het niet verstrekken van informatie door [appellante] gebaseerd op schattingen. De ambtshalve vastgestelde premies zijn door de fondsen in eerste aanleg vastgesteld op € 445.372,70 voor Bpf Bouw, € 20.374,88 voor het O&O-fonds en € 9.522,42 voor het Aanvullingsfonds, tot betaling waarvan [appellante] (onder andere) is veroordeeld. [appellante] heeft deze bedragen in hoger beroep onvoldoende gemotiveerd betwist. De loon- en premiegegevens vanaf 1 januari 2015 zijn aan de fondsen verstrekt en de vorderingen van de fondsen die daarmee samenhangen, zijn afgewezen. De fondsen hebben gesteld dat door nieuw verschenen premies en rekening houdend met deelbetalingen op basis van een met [appellante] getroffen betalingsregeling de vordering hoger is geworden, maar dit incidenteel appel is onvoldoende onderbouwd, reden waarom het tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep is ingetrokken. De beslissingen van de kantonrechter tot veroordeling van de in het dictum van het bestreden vonnis genoemde bedragen zullen derhalve worden bekrachtigd. Grief 3 slaagt niet.

3.5

Grief 4 is een veegrief en heeft - gelet op het voorgaande - geen zelfstandige behandeling.

3.6

De slotsom is dat alle grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. [appellante] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

3.7

[appellante] heeft geen concrete stellingen te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden kunnen leiden, zodat haar bewijsaanbod daarom wordt gepasseerd.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de fondsen begroot op € 5.610,00 aan verschotten en € 9.702,00 voor salaris en op € 163,00 voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,00 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Auteur: mr. W.P.M. Thijssen

1.

Deze aantekening ziet op gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1708 (hierna: uitspraak 1708) en op gerechtshof Amsterdam 14 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1754 (hierna: uitspraak 1754). Uitspraak 1708 betreft, voor zover voor de rechtsontwikkeling van belang, de vraag welke rechtsmiddelen openstaan tegen besluiten tot algemeen verbindend verklaring van cao's en verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds op grond van gebreken in de representativiteit van de partijen die de aanvraag tot algemeen verbindend verklaring en verplichtstelling deden en welke criteria gelden voor het representativiteitsvereiste. Uitspraak 1754 betreft, eveneens voor zover voor de rechtsontwikkeling van belang, dit representativiteitsvereiste, en daarnaast de uitleg van de werkingssfeeromschrijvingen in de betrokken cao's en het betrokken verplichtstellingsbesluit. Beide zaken speelden in de bouwnijverheid. Voor achtergrondinformatie verwijs ik naar mijn bijdragen in *TPV 2021/36* en *TPV 2021/44*. In die artikelen werd vanuit het objectieve recht op de problematiek die in deze zaken speelde, ingegaan. Zie voorts voor met uitspraak 1708 vergelijkbare uitspraken gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1705, 1706, 1707 en 1709.

De vorderingen

2.

Zou met toewijzing van de vorderingen het door de werkgevers beoogde doel zijn bereikt?

Uitspraak 1708

3.

Het doel dat de werkgever die als appellant fungeerde in uitspraak 1708 voor ogen stond was om te ontkomen aan gebondenheid aan de cao's in de bouw en verplichte aansluiting bij BPF Bouw, nadat tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en verplichtstelling van BPF Bouw was overgegaan. Tegen de betreffende besluiten staat geen rechtsmiddel open, gezien het feit dat het om besluiten van algemene strekking gaat (zie art. art. 8:1 Awb gelezen in verband met art. 8:3, lid 1, aanhef en onder a Awb).

4.

Daarom was aanvankelijk geprocedeerd over de vraag of de werkgever onder de werkingssfeer van de cao's viel en de werknemers van de werkgever onder de werkingssfeer van BPF Bouw vielen. De kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2016 dat dit niet het geval was (zie overweging 2.1.5 in uitspraak 1708), het gerechtshof Amsterdam oordeelde in 2019 dat dit wel het geval was (zie overweging 2.1.6 in uitspraak 1708). Deze uitspraken van de kantonrechter en het hof zijn niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.

5.

Vervolgens werd een beroep gedaan op art. 382, aanhef en onder a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met als doel tot herroeping van het arrest van het hof uit 2019 te komen. Dat artikel luidt, voor zover van belang voor deze annotatie, als volgt:

“Een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, kan op vordering van een partij worden herroepen indien: a. het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd”.

Het rechtsgevolg van herroeping van het arrest van het hof zou zijn geweest dat de uitspraak van de Kantonrechter uit 2016 zou “herleven” (kracht en gezag van gewijsde zou krijgen), met het door de werkgever gewenste resultaat als effect. Het door de werkgever gewenste resultaat zou daarom zijn bereikt, indien het arrest uit 2019 zou zijn herroepen.

Uitspraak 1754

6.

De werkgever die in uitspraak 1754 als appellant fungeerde stond hetzelfde doel voor ogen. Voor zover het gevorderde inhield dat voor recht zou worden verklaard dat de werkgever niet onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde cao's zou vallen en zijn werknemers niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit van BPF Bouw, zou het gewenste resultaat kunnen worden bereikt als de rechter in deze zin zou oordelen. Het hof oordeelde echter dat de werkgever onder de werkingssfeer van de cao's viel en de werknemers van de werkgever onder de werkingssfeer van BPF Bouw vielen omdat zij zich bezig hielden met asbestverwijdering en de inmiddels vervallen uitzondering voor isolatiewerkzaamheden niet van toepassing was. De uitzondering was niet van toepassing omdat geen zodanige samenhang tussen asbestverwijdering en isolatiewerkzaamheden bestond, dat zou kunnen worden geoordeeld dat feitelijk sprake was van isolatiewerkzaamheden. Zie overweging 3.3.2 in uitspraak 1754.

7.

Voor zover het gevorderde inhield dat dat de fondsen waaraan premieafdracht op grond van de cao verplicht was, BPF Bouw en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de algemeen verbindend verklaring van de cao's en de verplichtstelling van BPF Bouw onrechtmatig zouden hebben gehandeld jegens de werkgever, zou het gewenste doel niet kunnen zijn bereikt. Hetzelfde geldt indien voor recht zou zijn verklaard dat de fondsen welbewust zouden hebben geprofiteerd van de onzorgvuldige besluitvorming door de Minister (kennelijk zag dit onderdeel van de vordering op onrechtmatig handelen door de fondsen jegens de werkgever). Ik verwijs naar overweging 3.2.1 in uitspraak 1754. Gesteld dat de bedoelde verklaringen voor recht zouden zijn gegeven, dan zou het rechtsgevolg niet zijn geweest dat de bepalingen uit de algemeen verbindend verklaarde cao's die de werkgever tot premieafdracht aan de verplichte fondsen in de bedrijfstak dwongen en het verplichtstellingsbesluit dat de werkgever tot premieafdracht aan BPF Bouw dwong (via art. 4 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000; hierna: de Wet BPF 2000) niet op de werkgever van toepassing zouden zijn geweest (dit door de werkgever gewenste rechtsgevolg blijkt eveneens uit overweging 3.2.1 in uitspraak 1754). Immers, de besluiten die leidden tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en verplichtstelling van BPF Bouw hadden bestuursrechtelijk gezag van gewijsde (zie TPV 2021/44, onderdeel 3).

8.

Hooguit zou sprake kunnen zijn van een verplichting tot schadevergoeding te betalen door de Staat en/of de fondsen, indien de bedoelde verklaringen voor recht zouden zijn gegeven zodat zou vaststaan dat de Minister en de fondsen onrechtmatig zouden hebben gehandeld. Dan zou overigens wel ook aan de overige vereisten voor het plegen van een onrechtmatige daad moeten zijn voldaan (schuld, causaliteit, relativiteit en schade; zie art. 6:162 BW en art. 6:163 BW voor het relativiteitsvereiste). Vooral interessant is dan de vraag of in die situatie sprake zou zijn van schade. Indien de besluiten tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en tot verplichtstelling van BPF Bouw niet voor de werkgever zouden gelden, zou geen sprake zijn van een verplichting tot premieafdracht (wat de cao's betreft mits de werkgever ook geen lid was van een werkgeversorganisatie die partij was bij de cao; zie art. 9, lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst). Het bevreemdt in dit verband dat kennelijk geen vordering tot schadevergoeding was ingesteld met het oog op de mogelijkheid dat de gevorderde verklaringen voor recht zouden zijn gegeven. Dit wekt de indruk dat de processtrategie door de werkgever op dit punt niet optimaal was doordacht. In iets meer technische zin: de grondslag "onrechtmatige daad" voor de gevorderde verklaringen voor recht had moeten worden uitgewerkt tot een vordering tot schadevergoeding, niet tot de vordering inhoudend dat de cao's en de verplichtstelling van BPF Bouw niet voor de werkgever zouden gelden, omdat die laatste vorderingen gezien het bestuursrechtelijk gezag van gewijsde van de besluiten tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en de verplichtstelling van BPF Bouw niet toewijsbaar waren.

Het representativiteitsvereiste

9.

Zou een beroep op gebreken in de representativiteit van de werkgevers- en werknemersorganisaties die de algemeen verbindend verklaring van de cao's en de verplichtstelling van BPF Bouw aanvroegen tot aantasting van de inmiddels genomen besluiten tot algemeen verbindend verklaring en verplichtstelling hebben kunnen leiden? Dat de lat daarvoor hoog ligt, blijkt uit HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 en uit gerechtshof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, PJ 2022/12 (BPF Vervoer/Deliveroo), waarin werd geoordeeld dat de Minister ruime beleids- en beoordelingsruimte toekomt in het kader van het beoordelen van de (betrouwbaarheid van de brongegevens die worden gebruikt om de) representativiteit aan te tonen.

Algemeen verbindend verklaring van cao's

10.

Voor algemeen verbindend verklaring van cao's volgt het representativiteitsvereiste uit art. 2, lid 1 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (de Wet AVV CAO). Het vereiste is uitgewerkt in het Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV) (het Toetsingskader-AVV), in het bijzonder onder 4.1 daarvan. Ik lees het zo dat het representativiteitsvereiste inhoudt dat een cao slechts dan algemeen verbindend kan worden verklaard, als deze zonder algemeen verbindend verklaring naar het oordeel van de Minister die tot algemeen verbindend verklaring van een cao bevoegd is al voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen geldt. Geanalyseerd moet worden welk percentage deze groep uitmaakt van alle in de bedrijfstak werkzame personen (dat zijn de personen waarvoor de cao na algemeen verbindend verklaring gaat gelden). Als dat 60% of meer is, is zonder meer voldaan aan het representativiteitsvereiste van een "belangrijke meerderheid". Als dat een percentage tussen 55 en 60 is, is ook aan het representativiteitsvereiste voldaan, tenzij het draagvlak voor de cao beperkt is of algemeen verbindend verklaring tot een scheve verdeling van de meerderheid leidt (bijvoorbeeld tussen grote en kleine bedrijven in de bedrijfstak). Als het percentage lager dan 55 uitvalt, wordt de cao niet algemeen verbindend verklaard, tenzij naar het oordeel van de Minister sprake is van bijzondere omstandigheden. De cijfermatige onderbouwing moet voldoen aan de vereisten gesteld in art. 2:2 van het Besluit aanmelding van collectieve arbeidsovereenkomsten en het verzoeken om algemeenverbindendverklaring.

Verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen

11.

Voor verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen volgt het representativiteitsvereiste uit art. 2, lid 1 Wet BPF 2000. Het criterium luidt anders dan bij algemeen verbindend verklaring van cao's. Het representativiteitsvereiste is nader uitgewerkt in de beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, in het bijzonder onder 3.1. Daarnaast is het Besluit beleidsregels representativiteit van de SER nog van belang.

12.

De Minister beoordeelt zowel de representativiteit aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde. Immers, anders dan bij verzoeken tot algemeenverbindendverklaring, moet het verzoek tot verplichtstelling gedragen worden door zowel werkgeversverenigingen als door werknemersverenigingen (in de woorden van de wettekst het "georganiseerde bedrijfsleven"; art. 3, lid 1 Wet Bpf 2000). De Minister beoordeelt de representativiteit aan de hand van twee toetsen. De eerste houdt in dat de Minister zich ervan dient te verzekeren dat werkgeversorganisaties op grond van hun statuten bevoegd zijn om voor de desbetreffende bedrijfstak arbeidsvoorwaarden overeen te komen. De tweede houdt in dat de Minister moet nagaan welk gedeelte van de in de bedrijfstak werkzame personen in dienst is van de werkgeversorganisaties die verplichtstelling aanvragen. Wanneer die werkgeversorganisaties een *belangrijke meerderheid* van de werknemers in de bedrijfstak vertegenwoordigen, gaat de Minister in beginsel over tot verplichtstelling. Van een belangrijke meerderheid is sprake wanneer 60% van de in de bedrijfstak werkzame personen in dienst is bij de werkgeversorganisaties die de verplichtstelling aanvragen. De bedrijfstak is de bedrijfstak volgens de werkingsfeeromschrijving in de verplichtstellingsaanvraag. Bij een percentage van 55-60 wordt de representativiteit verondersteld, tenzij blijkt dat het draagvlak voor verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds beperkt is of een zeer scheve verdeling zou ontstaan binnen de werkingsfeer (bijvoorbeeld omdat de totale organisatiegraad in de bedrijfstak laag is). Bedraagt het percentage 50-55, dan wordt niet tot verplichtstelling overgegaan, tenzij de Minister oordeelt dat sprake is van bijzondere omstandigheden. Bedraagt het percentage minder dan 50, dan wordt de verplichtstellingsaanvraag zonder meer afgewezen (de uitzondering voor bijzondere omstandigheden zoals die bij een aanvraag tot algemeen verbindend verklaring van een cao geldt, is niet opgenomen in het Toetsingskader Wet Bpf 2000).

13.

Het enkele feit dat werknemersverenigingen de aanvraag steunen, betekent dat in beginsel voldoende duidelijk is dat ook steun voor de verplichtstellingsaanvraag bestaat bij de werknemers in de bedrijfstak. Van hun representativiteit wordt uitgegaan wanneer de betrokken werknemersverenigingen op grond van hun statuten bevoegd zijn tot het maken van afspraken over arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak die het betreft. De toets aan werknemerszijde is dus een tamelijk lichte.

14.

Wanneer een derde belanghebbende (bijvoorbeeld een werknemersvereniging die niet bij de verplichtstellingsaanvraag is betrokken) door middel van een zienswijze opkomt tegen de representativiteit aan werknemerszijde, dan wordt de organisatiegraad van de aanvragende werknemersverenigingen vergeleken met de organisatiegraad van de overige werknemersorganisaties die in de bedrijfstak actief zijn. Dat gebeurt door de Stichting van de Arbeid die een toets zal aanleggen zoals die voorheen door de SER geschiedde en is vastgelegd in het Besluit beleidsregels representativiteit van de SER (het SER-Besluit). Voor werknemersverenigingen geldt het criterium dat hun ledenaantal in de groep die zij beoogt te vertegenwoordigen "niet onbetekenend" is, vergeleken met het ledenaantal van andere werknemersverenigingen. Verder dienen deze leden voldoende over de groep te zijn gespreid. Het SER-Besluit werkt beide criteria niet uit. Duidelijk is in elk geval dat sprake is van een relatieve toets, waarbij het ledenaantal van de werknemersvereniging(en) die zich in een zienswijze verzetten tegen de aanvraag wordt afgezet tegen het ledenaantal van de aanvragende werknemersvereniging(en) indien de zienswijze wordt ingediend door (een) werknemersvereniging(en).

Uitspraak 1708

15.

Wat speelde op het punt van de representativiteit in uitspraak 1708? Niet dat de door de aanvragers tot verplichtstelling aangeleverde representativiteitsgegevens onjuist waren, maar dat deze niet als grondslag hadden kunnen fungeren om tot verplichtstelling te komen. Omdat op dit punt in het kader van de verplichtstellingsaanvraag geen zienswijze was ingediend, werd teruggevallen op de regeling voor herroeping op grond van bedrog. Bedrog door de aanvragende werkgevers- en werknemersorganisaties werd echter niet aangenomen, omdat de werkgever slechts een beroep deed op onjuiste weging door de Minister van de representativiteitscijfers in het kader van het nemen van het besluit tot verplichtstelling. De herroepingsvordering gegrond op bedrog zou slechts redelijke kans van slagen kunnen hebben gehad indien zou kunnen onderbouwd dat de aanvragende werkgevers- en werknemersorganisaties bewust verkeerde representativiteitscijfers zouden hebben aangeleverd. Uitspraak 1708 illustreert dat een partij die in het kader van een verplichtstellingsaanvraag geen zienswijze indient, nadat het verplichtstellingsbesluit is afgegeven geen regulier rechtsmiddel meer heeft om tegen het verplichtstellingsbesluit op te komen. Met de herroepingsvordering werd immers niet opgekomen tegen het verplichtstellingsbesluit, maar tegen een rechterlijk oordeel inhoudend dat de werkgever aansluiting bij BPF Bouw moest dulden omdat zijn werknemers onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit vielen. Gesteld dat de vordering was geslaagd, dan nog zou het verplichtstellingsbesluit bestuursrechtelijk gezag van gewijsde behouden en zou de werkgever verplicht blijven aansluiting bij BPF Bouw te dulden. De werkgever zou dan hooguit een schadevergoedingsvordering kunnen hebben op de aanvragende werkgevers- en werknemersorganisaties vanwege het gepleegde bedrog.

16.

Indien de Minister de in die situatie onjuiste representativiteitsgegevens op zichzelf juist zou hebben toegepast, is van een onrechtmatige overheidsdaad waarschijnlijk geen sprake, daar de Minister indien geen zienswijze wordt ingediend op het aspect van de representativiteitscijfers, geen zelfstandige onderzoeksplicht heeft ten

aanzien van de juistheid van de cijfers indien de representativiteitscijfers zijn aangeleverd met inachtneming van de Praktische handreiking voor het opstellen van een representativiteitsopgave Wet Bpf 2000 (te vinden via www.uitvoeringarbeidsvoorwaardenwetgeving.nl). Dit zou slechts anders kunnen zijn indien de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 en de hiervoor aangeduide Praktische handleiding in strijd met de wet zouden zijn (bijvoorbeeld omdat ze zodanig zijn ingericht, dat ze geen juiste reflectie vormen van het vereiste van de belangrijke meerderheid in art. 2, lid 1 Wet BPF 2000).

Uitspraak 1754

17.

In uitspraak 1754 werd in de kern gesteld dat de organisatiegraad van de werknemers in de bedrijfstak onvoldoende was om tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en verplichtstelling van BPF Bouw te kunnen komen. Hoewel dat niet zo duidelijk uit de uitspraak blijkt, was kennelijk in de visie van de werkgever in het kader van de algemeen verbindend verklaring van de CAO geen sprake van een belangrijke meerderheid van werknemers in de bedrijfstak waarvoor de CAO reeds gold zonder algemeen verbindend verklaring als bedoeld in art.2, lid 1 Wet AVV CAO. Verder was dan kennelijk sprake van onvoldoende draagvlak voor algemeen verbindend verklaring van de cao's, zou een scheve verdeling ontstaan bij algemeen verbindend verklaring gezien de lage organisatiegraad in de bedrijfstak en was geen sprake van bijzondere omstandigheden die desondanks algemeen verbindendverklaring zouden rechtvaardigen. Zie voor deze toetscriteria art. 4.1 Toetsingskader AVV. Ten aanzien van de verplichtstelling van BPF Bouw gold kennelijk in het licht van art. 3.1 Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 een overeenkomstige redenering.

18.

De redenering ging echter niet op omdat de besluiten tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en verplichtstelling van BPF Bouw bestuursrechtelijk gezag van gewijsde hadden gekregen. De door de werkgever geopperde bezwaren waren in het kader van de aanvragen tot algemeen verbindend verklaring van de cao's en verplichtstelling van BPF bouw niet formeel als zienswijze ingebracht (zie overweging 3.2.4 van uitspraak 1754). Omdat de geopperde bezwaren feitelijk wel waren meegewogen in het kader van de besluitvorming, was van onrechtmatig handelen door de Minister in het kader van de besluitvorming en van onrechtmatig handelen door de fondsen in het kader van de handhaving van de cao's en de verplichtstelling geen sprake (zie overweging 3.2.6 van uitspraak 1754). Vergelijk Rechtbank Den Haag 18 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7111 (voorzieningenrechter inzake Uber) waarin de algemeen verbindend verklaring van de cao zorg- en taxivervoer niet onrechtmatig werd geoordeeld omdat niet aan de representativiteitseis zou zijn voldaan door de werknemers van Uber niet mee te tellen, nu Uber betwistte (in hoger beroep) dat haar werknemers onder de werkingssfeer van de cao vielen.

Belang voor de praktijk

19.

Wat valt uit de geannoteerde uitspraken te leren? Het rechtssubject dat bezwaren heeft tegen algemeen verbindend verklaring van een cao of verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds, dient die bezwaren te uiten in een formele bestuursrechtelijke zienswijze in het kader van de procedure strekkend tot algemeen verbindend verklaring van een cao of verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds. Gebeurt dat niet, dan blijkt dat het recht nauwelijks nog openingen biedt om besluiten tot algemeen verbindend verklaring van cao's of verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen aan te tasten. Dat was ook de conclusie van mijn bijdragen *TPV 2021/36* en *TPV 2021/44*.