

PJ 2024/115**RECHTBANK DEN HAAG**

24 juli 2024, nr. C/09/646995 / HA ZA 23-391
(Mrs. D.R. Glass, A.M. Boogers, W.M. Limborgh)
m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Art. 2, 4 Wet Bpf 2000; Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000; Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV); art. 56, 101 VWEU; art. 1 Protocol EVRM

ECLI:NL:RBDHA:2024:11549

Representativiteit bij aanvraag verplichtstelling en algemeenverbindendverklaring binnen de bouw voldoende aangetoond.

Vaststelling representativiteit aanvragers verplichtstelling en algemeenverbindendverklaring binnen de bouwbedrijfstak op basis van ledenbestanden aanvragende werkgeversorganisaties en databestanden administrateur; beleidsvrijheid Minister; bewijslastverdeling bij betwisting representativiteit; verplichtstelling en algemeenverbindendverklaring niet strijdig met vrijheid van dienstverrichting en vrije mededinging; geen inbreuk op eigendomsrecht.

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/646995 / HA ZA 23-391

Vonnis van 24 juli 2024

in de zaak van

- 1 **ASBESTZORG HOLLAND B.V. te Naaldwijk,**
2. **ASBESTVERWIJDERING EDE B.V.** te Amsterdam,
3. **[eiseres sub 3] B.V.** te [vestigingsplaats 1],
4. **DULO ASBESTVERWIJDERING B.V.** te De Lier
5. **ECORENO B.V.** te Oudenbosch,
6. **[eiseres sub 6] B.V.** te [vestigingsplaats 2],
7. **[eiseres sub 7] B.V.** te [vestigingsplaats 3],
8. **[eiseres sub 8] B.V.** te ' [vestigingsplaats 4],
9. **[eiseres sub 9] B.V.** te [vestigingsplaats 5],

eiseressen,

advocaat mr. R. Ridder te Amsterdam,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. P.J. Mauser te Den Haag.

en de zich aan de zijde van de Staat gevoegd hebbende partijen:

1. **STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR DE BOUWNIJVERHEID** te Amsterdam,
2. **STICHTING OPLEIDINGS- EN ONTWIKKELINGSFONDS BOUW & INFRA** te Harderwijk,
3. **STICHTING AANVULLINGSFONDS BOUW & INFRA** te Harderwijk,

advocaat mr. E. Lutjens te Amsterdam.

De eisende partijen zullen hierna gezamenlijk als "Eiseressen" worden aangeduid en gedaagde partij zal "de Staat" genoemd worden. De zich aan de zijde van de Staat gevoegd hebbende partijen zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als "de Fondsen" en afzonderlijk als respectievelijk "Bpf Bouw", "het O&O-fonds" en "het Aanvullingsfonds".

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 29 april 2023 met producties 1 tot en met 35;
 - de conclusie van antwoord van de zijde van de Staat met producties 1 t/m 25;
 - de incidentele conclusie tot voeging en tussenkomst ex artikel 217 Rv van de Fondsen;

- de conclusie van antwoord in het incident van de zijde van de Staat;
 - de conclusie van antwoord in het incident van de zijde van Eiseressen;
 - het vonnis in het incident van 13 september 2023 waarbij het de Fondsen is toegestaan zich te voegen aan de zijde van de Staat;
 - de conclusie van antwoord in de hoofdzaak van de zijde van de Fondsen;
 - het tussenvonnis van 24 januari 2024 waarbij een mondelinge behandeling is bevolen;
 - de in de aanloop naar de mondelinge behandeling namens Eiseressen in het geding gebrachte producties 36 tot en met 40.
- 1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 17 juni 2024. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van het verhandelde ter zitting. De advocaten van Eiseressen en de Staat hebben het woord gevoerd aan de hand van spreekantekeningen die zijn overgelegd. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. De bedrijfsactiviteiten van Eiseressen zijn (voornamelijk) gericht op asbestsanering.
- 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). De 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).
- Deze 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 voor de Bouwnijverheid (hierna: cao Bouw & Infra) en de cao Bedrijfstakeigen Regelingen Bouw & Infra (hierna: cao BTER). Deze cao's (hierna gezamenlijk aangeduid als de 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. In de jaren 2013 tot en met 2016 ontvingen alle Eiseressen een brief van het Technisch Bureau Bouwnijverheid naar aanleiding van een zogenaamd werkingssfeeronderzoek met de strekking dat de ondernemingen van Eiseressen onder de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra, de cao BTER en het verplichtstellingsbesluit vallen. Voor enkele van Eiseressen werd vastgesteld dat dit met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2007 of een later gelegen datum het geval is en ten aanzien van de overige eiseressen dat dit met ingang van een datum in (destijds) de nabije toekomst het geval zal zijn.
- 2.5. 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 op verzoek van één of meer coa-partijen 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. In het Toetsingskader AVV is opgenomen dat aan de hier genoemde representativiteits-eisen 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). Het representativiteitspercentage wordt verkregen door het aantal personen werkzaam bij werkgevers gebonden door de cao die binnen de werkingssfeer van de cao vallen (de teller), te delen door het totaal aantal personen dat binnen de werkingssfeer van de cao zou vallen (de noemer). Ten aanzien van de verplichtstelling geldt een vergelijkbare berekeningswijze.
- 2.6. Vanaf 12 januari 2016 zijn namens Eiseressen enkele malen tevergeefs bedenkingen gericht tegen de door de minister aanwezig geachte representativiteit van de cao's. Zo zijn namens Eiseressen bijvoorbeeld op 16 september 2020 dergelijke bedenkingen ingediend. Deze bedenkingen zijn vergezeld van een namens Eiseressen door het onderzoeksbureau Panteia opgemaakt, op 18 november 2019 gedaateerd rapport (hierna: het eerste Panteia-rapport). In het avv-besluit van de minister van 16 november 2020 (*Stcrt. 2020, 61582*) heeft de minister echter (wederom) geoordeeld dat door de cao-partijen in voldoende mate aannemelijk is gemaakt dat de bepalingen van de cao Bouw & Infra 2020 reeds voor een

belangrijke meerderheid (van 68,53%) van de in de bedrijfstak werkzame personen gelden. In dit besluit is voorts onder meer het volgende opgenomen:

“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 werkgevers 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 [de Algemene Pensioen Groep, rb] 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 (utapersoneel) 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 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.

Cao-partijen, Bpf Bouw en de BTER-fondsen Bouw & Infra hebben naar eigen zeggen bovendien een actief handhavingsbeleid. Werkgevers die wel onder de werkingssfeer vallen, maar ten onrechte de cao Bouw & Infra niet toepassen of ten onrechte niet zijn aangemeld, worden actief opgespoord en aangesloten. Dit blijkt ook uit de gerechtelijke procedures ten aanzien van asbestondernemingen. Werkgevers die onderdeel zijn van een werkingssfeeronderzoek zijn uitgesloten van de telling.

De gebruikte bronnen en systematiek zijn gebruikelijk en doorgaans als voldoende zorgvuldig aan te merken. Met een representativiteit van 68,53% op basis van het gebruikte bronmateriaal kan met voldoende zekerheid worden geconcludeerd dat wordt voldaan aan het meerderheidsvereiste. Ten aanzien van de alternatieve representativiteitscijfers over de jaren 2007-2016 die door bedenkinghebbenden 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 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 rapport van Panteia uitgaat 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 vallen. Die veronderstelling is volgens cao-partijen onjuist. De werkingssfeer wordt bepaald door de werkingssfeerbepalingen van de cao Bouw & Infra en niet door registratie op grond van een SBI-code. Het een en ander valt volgens cao-partijen niet geheel samen.

Hierbij verduidelijken cao-partijen ten eerste dat in de werkingssfeerbepalingen van de cao Bouw & Infra een opsomming staat van nauwkeurig omschreven bedrijfsactiviteiten welke behoren tot de Bouw & Infra, terwijl de bouw-gerelateerde SBI-codes een heel open omschrijving geven van de bedrijven die daaronder vallen. Ten tweede merken cao-partijen op dat de werkingssfeerbepalingen van de cao Bouw & Infra een zogenaamd 'in hoofdzaak'-criterium bevatten, dat er kort gezegd op neer komt dat een werkgever die ook actief is op

andere gebieden dan bouw, alleen onder de cao Bouw & Infra valt als hij de meerderheid van zijn loonsom behaalt met activiteiten als genoemd in de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra. In de bouw-gerelateerde SBI-codes wordt met dit 'in hoofdzaak'-criterium geen rekening gehouden.

In dit verband is volgens cao-partijen van belang dat er veel werkgevers zijn die wél een bouwgerelateerde SBI-code hebben, maar niet onder de cao Bouw & Infra vallen. Dat heeft verschillende redenen. Zij hanteren of een onjuiste SBI-code, of hun bedrijfsactiviteiten vallen niet onder de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra, dan wel behalen zij niet de meerderheid van hun loonsom met activiteiten als genoemd in de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra, of er is een combinatie van redenen. Dat is een belangrijke verklaring waarom er veel meer werknemers werkzaam zijn bij een werkgever met een bouw-gerelateerde SBI-code dan werknemers die vallen onder de cao Bouw & Infra. Dat blijkt volgens cao-partijen ook wel uit de praktijk, waar de SBI-code een aanknopingspunt kan zijn om een onderzoek te starten, waarna met regelmaat aan de hand van de feitelijke bedrijfsactiviteiten van de werkgever wordt geconstateerd dat die werkgever niet onder de bouwregelingen valt terwijl hij wel een bouw-gerelateerde SBI-code heeft volgens het Handelsregister. De werkgever wordt dan – terecht – niet aangesloten.

Met betrekking tot de constatering van Panteia dat de verschillen in de totaalaantallen waarschijnlijk mede te verklaren zijn door buitenlandse werknemers, merk ik op dat buitenlandse werknemers die in het kader van transnationale dienstverrichting op basis van een arbeids-overeenkomst tijdelijk arbeid verrichten in Nederland en niet gewoonlijk in of vanuit Nederland arbeid verrichten, niet dienen te worden meegenomen voor de representativiteit omdat zij niet rechtstreeks gebonden zijn door de werkingssfeer van de cao, maar door artikel 2a van de Wet AVV.”

2.7. Namens Eiseressen zijn op 9 augustus 2021 wederom bedenkingen ingediend met betrekking tot de representativiteit. Deze bedenkingen zijn vergezeld gegaan van het eerste Panteia-rapport, alsmede de door Panteia daarop gemaakte aanvulling van 21 oktober 2020 (hierna: het tweede Panteia-rapport). In het avv-besluit van de minister van 2 september 2021 (*Stcr. 2021, 36710*) heeft de minister wederom geoordeeld dat door de cao-partijen (op grond van dezelfde gegevens als die ten grondslag liggen aan het onder 2.6 genoemde besluit) in voldoende mate aannemelijk is gemaakt dat de bepalingen van de cao Bouw & Infra 2021 reeds voor een belangrijke meerderheid (van dus 68,53%) van de in de bedrijfstak werkzame personen gelden. In dit besluit is voorts onder meer het volgende opgenomen:

“De bedenkingen richten zich tegen de representativiteit en in het bijzonder tegen de brongegevens die cao-partijen hebben gebruikt om het totaal aantal werkzame personen vast te stellen dat binnen de werkingssfeer van de cao Bouw & Infra valt. Bedenkinghebbende stelt dat in de aangeleverde representativiteitsgegevens geen rekening is gehouden met de werknemers in dienst van ongeorganiseerde werkgevers die (nog) niet in beeld zijn bij de fondsen respectievelijk de uitvoerder van de pensioenregeling in de Bouwnijverheid (APG). Hierdoor is een substantiële groep werknemers buiten beschouwing gebleven en is niet aan de vereiste representativiteit voldaan.

Bedenkinghebbende baseert zijn stelling op een onderzoek uit 2019 dat Panteia op verzoek van bedenkinghebbende heeft verricht naar het aantal werknemers dat werkzaam is bij ongeorganiseerde werkgevers in de bouwsector over de jaren 2007–2016.

In dit onderzoek heeft Panteia data van andere bronnen, namelijk van Eurostat/CBS, het vestigingenregister LISA en van overige – secundaire – bronnen, gecombineerd en schat Panteia het aantal werknemers dat werkzaam is bij ongeorganiseerde werkgevers in de bouwsector aanzienlijk hoger in dan cao-partijen. [...] Volgens Panteia zijn de geconstateerde verschillen met de representativiteitsopgaves, naast dat niet is gekeken naar ongeorganiseerden die niet bekend waren bij het bedrijfstakpensioenfonds, met name te verklaren door administratieve zaken bij het bedrijfstakpensioenfonds en doordat buitenlandse werknemers door hun werkgever niet voor pensioen worden verzekerd bij het bedrijfstakpensioenfonds. Aangezien cao-partijen bij het onderhavige verzoek gebruik hebben gemaakt van dezelfde brongegevens als in voorgaande jaren, gaat dit volgens bedenkinghebbende ook op voor de huidige representativiteitsopgave.

In opdracht van bedenkinghebbende heeft Panteia ter nadere onderbouwing van de resultaten van het onderzoek uit 2019 in oktober 2020 een vervolgonderzoek uitgevoerd. In dit vervolgonderzoek stonden de kwaliteit van het Algemeen Bedrijvenregister van het CBS en het Werkgelegenheidsregister van LISA en de validiteit van de daarin gebruikte SBI-coderingen centraal. Volgens dit onderzoek worden er met terugwerkende kracht correcties doorgevoerd van foutieve SBI-codes in genoemde registers zodat de validiteit van de SBI-codering hoger is dan die in het Handelsregister. In het vervolgonderzoek worden opnieuw vraagtekens geplaatst bij de kwaliteit van gegevens van pensioenfondsen. Hiervoor wordt verwezen naar onderzoek door Platform voor onderzoeksjournalistiek Investico, De Groene Amsterdammer en Nieuwsuur, waaruit naar voren zou zijn gekomen dat fondsen nauwelijks nagaan of werkgevers wel al hun werknemers aanmelden. Hieruit zou blijken dat veel fondsen zelfs eenvoudige manieren om dit te controleren achterwege laten, zoals bijvoorbeeld via een koppeling van de pensioenadministratie aan de Polisadministratie van het UWV waarmee werknemers kunnen worden gevonden die mogelijk ten onrechte niet bij het fonds zijn aangesloten. [...]

In reactie op het vervolgonderzoek van Panteia geven cao-partijen aan dat Panteia nog steeds uit gaat van de veronderstelling dat de 'werkingsfeer' van de bouwgerelateerde SBI-codes en de werkingsfeerbepalingen van de cao Bouw & Infra grotendeels samenvallen, hetgeen [...] niet het geval is. Wat de kwaliteit van de gegevens van het pensioenfonds aangaat, wijzen cao-partijen erop dat Bpf Bouw er groot belang bij heeft dat alle werkgevers en werknemers die onder de werkingsfeer van de bouwregelingen vallen, zijn geregistreerd in de fondsenadministratie. Om die reden worden werkingsfeer-onderzoeken uitgevoerd door cao-partijen en Bpf Bouw. De eerste aanleiding voor het uitvoeren van een dergelijk werkingsfeeronderzoek kan zijn een individuele melding van een cao-partij, een werknemer of een andere onderneming. De tweede aanleiding daarvoor kan de uitkomst zijn van een bestandsvergelijking tussen de fondsenadministratie en het UWV. Iedere drie maanden verstrekt het UWV aan Bpf Bouw en de BTER-fondsen een actuele lijst van alle werkgevers met de sectorcode 'bouwbedrijf'. Deze UWV-lijst wordt door Bpf Bouw en de BTER-fondsen vergeleken met alle werkgevers die voor komen in de fondsenadministratie. Cao-partijen wijzen erop dat 40% van de ingestelde onderzoeken als uitkomst heeft dat de betreffende werkgever niet onder de werkingsfeer van de Bouw & Infra valt en derhalve terecht niet is opgenomen in de fondsenadministratie. Uit het vorenstaande trekken cao-partijen als conclusies dat sprake is van een actief handhavingsbeleid, dat het aantal werkgevers dat wel onder de werkingsfeer van de bouwregelingen valt maar zichzelf nog niet heeft aangemeld beperkt is (gemiddeld circa 75 werkgevers per jaar worden alsnog opgenomen in de fondsenadministratie; dat is minder dan 1% van het totaal aantal bekende werkgevers in de bouw & infra en daarmee heeft dit geen reëel effect op de uitkomst van de representativiteitsopgave) en dat de bouwgerelateerde SBI-codes, net als de sectorcode van het UWV, veel breder zijn dan de werkingsfeerbepalingen van de cao Bouw & Infra. Overigens worden werkgevers die onderdeel zijn van een werkingsfeeronderzoek uitgesloten van de tellingen voor het vaststellen van de representativiteit.

Op grond van het vorenstaande concludeer ik dat de onderzoeksmethode op basis van bouwgerelateerde SBI-codes, inclusief de door Panteia toegepaste correcties, geen goede onderzoeksmethode is om vast te stellen hoeveel werknemers onder de werkingsfeer van de cao Bouw & Infra vallen. Het vervolgonderzoek van Panteia doet niets af aan deze conclusie."

2.8. De laatste keer dat de minister de zogenoemde vijfjaarstoets van het verplichtstellingsbesluit heeft uitgevoerd, is in 2021 geweest. Namens Eiseressen is geen zienswijze ingediend in het kader van deze toets. Nadat de minister Bpf Bouw had verzocht opgaaf te doen van de representativiteit, heeft hij op 6 augustus 2021 geoordeeld dat de representativiteit (van 64,72%) afdoende was aangetoond.

2.9. De minister heeft geen gevolg gegeven aan namens Eiseressen gedane verzoeken tot intrekking met terugwerkende kracht van de cao's en het verplichtstellings-besluit en verzoeken tot dispensatie. Verder zijn door enkele van Eiseressen civiele procedures gevoerd betreffende de algemeen verbindend verklaarde cao's en het verplichtstellingsbesluit, waaronder een procedure van [eiseres sub 3] B.V. tegen de Fondsen waarbij genoemde vennootschap de representativiteit aan de orde heeft gesteld. In deze procedure is Bosvelt in het ongelijk gesteld bij arrest van het gerechtshof Amsterdam van 14 juni 2022 (ECLI:NL:GHAMS:2022:1754).

3 Het geschil

3.1. Eiseressen vorderen dat de rechtbank bij voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- I. de besluiten houdende algemeenverbindendverklaring van de cao Bouw & Infra, de cao BTER en de besluiten inhoudende de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid, alle vanaf 1 januari 2007, buiten werking te stellen ten aanzien van Eiseressen en degenen die bij Eiseressen vanaf 1 januari 2007 werkzaam zijn geweest;
 - II. de Staat te gebieden al zijn bevoegdheden in te zetten om te bewerkstelligen dat de onder I. genoemde besluiten geen rechtsgevolgen hebben voor Eiseressen en degenen die vanaf 1 januari 2007 bij Eiseressen werkzaam zijn geweest;
 - III. de Staat te gebieden om aan al diegenen die belast zijn met de uitvoering van de onder I. genoemde besluiten bekend te maken dat die besluiten jegens Eiseressen en degenen die vanaf 1 januari 2007 bij Eiseressen werkzaam zijn geweest buiten werking zijn gesteld en geen rechtsgevolgen hebben;
 - IV. de Staat zal veroordelen in de (na)kosten van het geding met rente.
- 3.2. Eiseressen leggen aan hun vorderingen samengevat het volgende ten grondslag.

De door cao-partijen aangeleverde representativiteitsgegevens zijn in relevante mate ontoereikend voor het oordeel van de minister dat van een belangrijke meerderheid sprake is. Eiseressen verwijzen daarbij naar het eerste en het tweede Panteia-rapport. Door desalniettemin, zelfs nadat namens Eiseressen op deze ontoereikendheid is gewezen, de cao's algemeen verbindend te blijven verklaren en het verplichtstellingsbesluit niet in te trekken, handelt de minister in strijd met de beginselen van evenredigheid, rechtszekerheid, zorgvuldigheid en gelijkheid, alsmede het vertrouwensbeginsel en de redelijkheid en billijkheid. Daarbij komt nog dat de minister om dezelfde reden in strijd handelt met het recht op eigendom verankerd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (1 EP). De cao's en het verplichtstellings-besluit zijn volgens Eiseressen dan ook onverbindend (ten opzichte van Eiseressen en hun werknemers). Ten slotte menen Eiseressen dat het verplichtstellingsbesluit strijdig is met het Europese mededingingsrecht (artikelen 106-109 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) en het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU); andere potentieel geïnteresseerde pensioen-verzekeraars hebben ten gevolge van dat besluit namelijk het nakijken.

3.3. De Staat voert, daarbij ondersteund door de Fondsen, verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

3.4. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. In dit geding dient de rechtbank te beoordelen of de minister (vanaf 2007) telkens ten aanzien van de cao's en het verplichtstellingsbesluit heeft mogen oordelen dat sprake is van een belangrijke meerderheid en dat dientengevolge sprake is van representativiteit.

4.2. De rechtbank stelt daarbij voorop dat aan de minister volgens vaste rechtspraak¹ 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.

4.3. Eiseressen stellen in de kern genomen de bruikbaarheid van het door de cao-partners (en het georganiseerd bedrijfsleven) aan de minister verstrekte bronmateriaal aan de kaak. Daarbij geldt dat het vanaf 2007 aan de minister verstrekte bronmateriaal telkens min of meer van dezelfde aard is geweest.

De rechtbank dient gezien de onder 4.2 aan de minister toekomende ruimte te beoordelen of de minister zijn oordeel over de representativiteit in redelijkheid mocht baseren op dit bronmateriaal.

4.4. Mede uit het onder 2.6 aangehaalde besluit valt af te leiden dat bij de berekening van het aantal direct aan de cao gebonden werkgevers, alsmede werkgevers gebonden door de werkingssfeer van de cao gebruik is gemaakt van de ledenbestanden van de werkgeversorganisaties partij bij de cao en de databestanden van de Algemene Pensioen Groep (APG), althans Cordares welke organisatie inmiddels

¹ Hoge Raad 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537.

is opgegaan in APG. In de loop van de jaren zijn door accountantskantoren zogenoemde *assurance-rapporten* opgemaakt ter controle van de vaststelling van het bronmateriaal.

4.5. In het licht van het voorgaande is het aan Eiseressen 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. Bij de beoordeling zijn gelet hierop met name argumenten van belang ter onderbouwing van het standpunt dat de gegevens waarop de berekening van de minister is gestoeld in redelijkheid geen goed beeld geven en in veel mindere mate argumenten ter verdediging van de eigen alternatieve berekenwijze van Eiseressen.

4.6. Niet ter discussie kan staan dat bij de vaststelling van de representativiteit de werkingssfeer van de cao's van bijzondere betekenis is. Evident is dat zo veel mogelijk moet worden voorkomen dat bij de berekening (werkgevers en) werknemers worden meegeteld die niet onder de werkingssfeer van de cao's vallen.

4.7. Namens de Staat en de Fondsen is benadrukt dat de werkingssfeer centraal staat in de onderzoeken van de Fondsen naar werkgevers van wie het vermoeden bestaat dat zij onder de bouwregelingen vallen, maar die niet toepassen. Hierbij hebben de Fondsen belang, omdat zij ook ten behoeve van werknemers die onder de werkingssfeer vallen, maar van wie de werkgever ten onrechte niet afdraagt, aanvullend pensioen dienen te verstrekken. Deze stellingname van de Staat en de Fondsen is door Eiseressen onvoldoende bestreden door de enkele verwijzing naar onderzoek door Platform voor onderzoeksjournalistiek Investico, De Groene Amsterdammer en Nieuwsuur waaruit blijkt dat fondsen nauwelijks nagaan of werkgevers wel al hun (buitenlandse) werknemers aanmelden. Desgevraagd kon immers niet bevestigd worden dat dit onderzoek ook (specifiek) betrekking had op de Fondsen zelf.

4.8. Tegen de achtergrond dat de cao's al sinds jaar en dag algemeen verbindend zijn verklaard en met name ook dat de Verplichtstelling al decennialang geldt en de (werkingssfeer)onderzoeken van de Fondsen dus al gedurende vele jaren zijn uitgevoerd en tot (extra) aanwas hebben geleid, kan volgens de rechtbank niet gezegd worden dat de APG-gegevens in redelijkheid niet als grond voor de besluiten van de minister konden worden gebruikt.

4.9. Daar komt bij dat de twee belangrijkste bezwaren van de Staat en de Fondsen tegen de onderzoeksopzet van Panteia naar het oordeel van de rechtbank niet zijn weerlegd.

4.10. Panteia heeft op grond van haar onderzoek geconcludeerd dat er vraagtekens te plaatsen zijn bij de cijfers waarop de minister zijn besluiten heeft gegrond en zij heeft alternatieve representativiteitspercentages vastgesteld met een marge: in de zogenoemde minimumvariant komt de representativiteit over de in dit geding relevante jaren op een percentage van 50% tot 60% (en dus een meerderheid), maar in de zogenoemde maximumvariant is dit percentage 40% tot 50%. De Staat en de Fondsen hebben echter erop gewezen dat aan het onderzoek van Panteia de onjuiste veronderstelling ten grondslag ligt dat alle werkgevers met een bepaalde bouw-gerelateerde SBI-code (de in het Handelsregister opgenomen code), in de noemer zouden moeten meetellen, behoudens enkele beperkte correcties. SBI-codes vallen - als ze al juist zijn gekozen - immers niet samen met de werkingssfeer, omdat in de werkingssfeerbepalingen nauwkeurig omschreven bedrijfsactiviteiten staan en de SBI-codes vrij ruime omschrijvingen kennen.

4.11. Genoemde werkingssfeer-bepalingen kennen voorts het zogenoemde "in hoofdzaak-criterium"; een werkgever valt alleen onder de werkingssfeer als hij de meerderheid van zijn loonsom behaalt met activiteiten vallende onder de werkingssfeer. Dit verklaart waarom er veel meer werknemers werkzaam zijn bij een werkgever met een bouw-gerelateerde SBI-code dan werknemers die vallen onder de werkingssfeer.

4.12. Deze wezenlijke tegenwerpingen van de Staat en de Fondsen zijn door Eiseressen niet voldoende ontkracht, ook niet door overlegging van het tweede rapport van Panteia. Daarin wordt met name betoogd dat zeer weinig bouwbedrijven foutieve SBI-codes hanteren en dat CBS en Stichting LISA op grond van onderzoek foutieve SBI-codes hebben gecorrigeerd in het Algemeen Bedrijvenregister van CBS en Werkgelegenheidsregister van LISA, welke registers ook door Panteia zijn betrokken in haar onderzoek. Daarmee is echter onvoldoende weerlegd dat de SBI-codes te ruim zijn en, ook na correctie, onvoldoende raakvlak hebben met de werkingssfeerbepalingen en dat onvoldoende recht is gedaan aan het "in hoofdzaak"-criterium.

4.13. Met betrekking tot dat laatste geldt dat onvoldoende is, zoals Panteia heeft gedaan, om op grond van een zoekslag in de vacaturebank Jobfeed te concluderen dat het inderdaad zo is dat bedrijven met relevante SBI-codes personeel werven voor arbeid die buiten deze code vallen, maar dat dat twee kanten op werkt, omdat bedrijven zonder relevante SBI-code personeel zoeken voor werkzaamheden die onder

de relevante codes vallen. Ten slotte ontbeert de stelling van Eiseressen dat een belangrijk deel van de ongeorganiseerden wordt gevormd door niet in beeld zijnde schijnzelfstandigen een onderbouwing.

Geen strijd met het zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel

4.14. Nu uit het voorgaande volgt dat de besluiten niet zijn gebaseerd op ondeugdelijke of onjuiste gegevens, kan van de door Eiseressen bepleite strijd met het zorgvuldigheids- en het en rechtszekerheidsbeginsel geen sprake zijn. Niet betwist is immers dat de minister telkens de (wettelijke) procedures correct heeft gevolgd en de namens Eiseressen naar voren gebrachte bezwaren in zijn besluitvorming heeft betrokken en gemotiveerd heeft verworpen.

Geen strijd met het evenredigheidsbeginsel en de redelijkheid en billijkheid

4.15. Ten aanzien van de door Eiseressen betoogde strijd met het evenredigheidsbeginsel en de redelijkheid en billijkheid overweegt de rechtbank als volgt.

4.15.1. Dit betoog van Eiseressen dient te worden geplaatst in de 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 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 werkingsfeer valt, zich aan de ter zake genomen besluiten dient te houden.

4.15.2. Met de Staat is de rechtbank voor oordeel dat gezien de zojuist geschetste context, niet snel tot onevenredigheid ten opzichte van een individuele werkgever kan worden besloten. Eiseressen hebben ook niet, ook niet nadat daarnaar expliciet is gevraagd, bijzondere omstandigheden aangevoerd die zouden kunnen leiden tot het oordeel dat ten opzichte van hen sprake is van onredelijke bezwarendheid. Dat de uit de besluiten voortvloeiende financiële verplichtingen moeilijk te dragen zijn voor Eiseressen, of zelfs op termijn tot hun faillissement zou kunnen leiden, wil de rechtbank niet bagatelliseren, maar daarmee onderscheiden Eiseressen zich niet voldoende van andere (kleine) bouwondernemingen die mede vanwege de uit de besluiten voortvloeiende verplichtingen moeilijk het hoofd boven water kunnen houden. Een andersluidend oordeel zou bovendien tot de onacceptabele situatie leiden dat werknemers van financieel kwetsbare ondernemingen zoals Eiseressen, die kennelijk niet in aanmerking komen voor dispensatie, bijvoorbeeld een la(a)g(er) loon ontvangen of geen of onvoldoende aanvullend pensioen opbouwen.

Geen strijd met artikel 1 EP

4.16. Het oordeel van de rechtbank dat ten aanzien van Eiseressen geen onevenredige bezwarendheid geldt, staat in de weg aan een succesvol beroep van Eiseressen op artikel 1 EP. Voor de bescherming van dit artikel is namelijk vereist dat sprake is van een "excessive burden" op de schouders van Eiseressen. De zojuist onder 4.15.2 besproken, door Eiseressen aangevoerde omstandigheden kwalificeren niet als zodanig. Bij dit oordeel weegt mee dat de besluiten een wettelijke basis hebben en het onder 4.15.1 omschreven algemeen belang dienen.

Geen strijd met het Europees mededingingsrecht en evenmin met artikel 56 VWEU

4.17. Dat verplichtstellingen niet strijdig zijn met het Europees mededingingsrecht volgt uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie². Eiseressen hebben geen argumenten aangevoerd op grond waarvan in deze zaak anders geoordeeld zou moeten worden. Daarbij weegt mee dat hiervoor is geoordeeld dat de gegevens die de minister heeft gebruikt niet onjuist zijn, als het tegendeel al een relevante omstandigheid zou zijn voor de vraag naar de verenigbaarheid van het verplichtstellingsbesluit met het Europees mededingingsrecht.

4.18. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU volgt eveneens dat een verplichtstelling een gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van diensten betreft als met zo'n verplichtstelling een dwingende reden van algemeen belang wordt nagestreefd.³ Nu ook ten aanzien van de door Eiseres-

2 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96 (Albany), ECLI:EU:C:1999:430, HvJ EU 21 september 1999, C-115/97 en C-117/97 (Brentjens), ECLI:EU:C:1999:434 en HvJ EU 21 september 1999, C-219/97 (Drijvende Blokken), ECLI:EU:C:1999:437 en HvJ 12 september 2000, C-180/98 t/m C-184/98 (Pavlov), ECLI:EU:C:2000:428.

3 HvJ EU 22 mei 2003, C-355/00 (Freskot), ECLI:EU:C:2003:298.

sen onrechtmatig geachte besluiten geldt dat zij een algemeen belang dienen, valt niet in te zien waarom in deze zaak tot een ander oordeel zou moeten worden gekomen. Te meer niet nu de Hoge Raad recent heeft geoordeeld dat de verplichtstelling niet in strijd is met het vrij verkeer van diensten en het dien-aangaande geldende transparantiebeginsel⁴. Hierbij laat de rechtbank nog in het midden of in het geval van de door Eiseressen bestreden besluiten sprake is van grensoverschrijdende elementen die voor de toepasselijkheid van artikel 56 VWEU een noodzakelijke voorwaarde zijn.

Conclusie en proceskosten

4.19. Gezien het voorgaande zullen de vorderingen van Eiseressen worden afgewezen. Dit betekent dat het beroep van de Staat op (gedeeltelijke) verjaring van de vorderingen van Eiseressen geen bespreking behoeft.

4.20. Eiseressen zullen als de in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van dit geding. De kosten van dit geding tot op heden aan de zijde van de Staat begroot de rechtbank op (€ 676 aan griffierecht, € 1.228 aan salaris advocaat (2 punten tegen tarief II van € 614 per punt) en € 178 aan nakosten is) € 2.082. De kosten van dit geding tot op heden aan de zijde van de Fondsen gevallen begroot de rechtbank op een zelfde bedrag.

De proceskosten zullen worden toegewezen met de gevorderde rente en de proceskosten-veroordeling zal, als eveneens gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5 De beslissing

De rechtbank:

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Eiseressen hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 2.082 en aan de zijde van de Fondsen tot op heden eveneens begroot op € 2.082, beide bedragen te betalen binnen veertien dagen na heden.

Wordt bij niet betaling het vonnis daarna betekend, dan moeten Eiseressen € 92 extra betalen, plus de kosten van betekening, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf veertien dagen na heden tot de dag van algehele voldoening,

5.3. verklaart de onder 5.2 opgenomen proceskostenvergoedingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In gerechtshof Amsterdam 14 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1754, *PJ 2022/111* met annotatie van mijn hand werd eiseres 3 in deze zaak op het punt van de representativiteit al in het ongelijk gesteld ten opzichte van het ingevolge de Wet Bpf 2000 verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds (Bpf Bouw) en de fondsen in de bedrijfstak bouw waaraan premieafdracht verplicht was op grond van een algemeen verbindend verklaarde cao. Saillant detail: in de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam werd deze werkgever geanonimiseerd, zo ook in dit vonnis, maar uit een kennelijke "slip of de tekstverwerker" in overweging 2.9 blijkt dat het om "Bosvelt" gaat. In deze zaak werd in vervolg op de eerdere vergeefs gepoogd de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds en de algemeenverbindendverklaring van de cao "onderuit te halen" door van de Staat te vorderen dat de verplichtstelling en de algemeenverbindendverklaring buiten werking zouden worden gesteld. Zie voor de precieze formulering van het gevorderde overweging 3.1. Door onjuiste toepassing van de representativiteitseis (zie daarover uitgebreid mijn annotatie bij *PJ 2022/111*) zou de Staat de in overweging 3.2 geduide algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben geschonden en daarnaast de redelijkheid en billijkheid.

Bestuursrechtelijke aspecten

2. Ik merk op dat als sprake zou zijn van schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van het nemen van de besluiten tot verplichtstelling van Bpf Bouw en algemeenverbindendverklaring van de cao's die tot premieafdracht aan de fondsen in de bedrijfstak verplichten, deze besluiten desondanks niet vernietigd zouden kunnen worden op de voet van artikel 8:72, lid 3 Awb omdat het gaat om besluiten van algemene strekking. Zie art. 8:1 jo. art. 8:3, lid 1, aanhef en onder a Awb en daarover uitgebreid mijn bijdrage in *TPV 2021/44*. Bezwaar en beroep is niet mogelijk,

⁴ Hoge Raad 24 november 2023 (Deliveroo), ECLI:NL:HR:2023:1622.

de enige vorm van bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor derden tegen verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen en algemeenverbindendverklaring van cao's is gelegen in de mogelijkheid zienswijzen in te dienen (zie ook *TPV 2021/44*). Uit overweging 2.8 blijkt dat bij de laatste vijfjaarstoets van de representativiteit volgens het bepaalde in artikel 12 Wet Bpf 2000 geen gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid een zienswijze in te dienen. De besluiten tot verplichtstelling van Bpf Bouw en algemeenverbindendverklaring van de cao's die tot premieafdracht aan de fondsen verplichtten hadden daarmee bestuursrechtelijk gezag van gewijsde gekregen. Hoe kan daar dan toch nog tegen worden opgekomen?

Civielrechtelijke aspecten

3. Het antwoord op die laatste vraag luidt dat dan uitsluitend nog een civielrechtelijke route kan worden gevolgd. Kennelijk daarom werd de procedure bij de rechtbank Den Haag civielrechtelijk ingestoken. In dat licht kwamen naast de algemene beginselen van bestuur de redelijkheid en billijkheid aan de orde. Ik vind het bijzonder dat de grondslag voor het gevorderde niet expliciet uit het vonnis blijkt, maar die grondslag moet kennelijk zijn gelegen in onrechtmatig handelen van de Staat door in strijd met de aangeduide algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de redelijkheid en billijkheid tot verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds en algemeenverbindendverklaring van de cao's over te gaan. De Staat zou door aldus te handelen een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Een vraag is dan of als dat door de rechter zou worden aangenomen, veroordeeld zou kunnen worden tot de vorderingen geformuleerd onder I, II en III als weergegeven in overweging 3.1. Het plegen van een onrechtmatige daad leidt immers volgens artikel 6:162, lid 1 tot de verplichting om schadevergoeding aan de benadeelde te betalen. In deze zou het gaan om een voortdurende onrechtmatige toestand en in verband daarmee voortdurende schadevergoeding. Daarin zou een prikkel kunnen zijn gelegen om de onrechtmatige toestand op te heffen. Schadevergoeding kan echter ook als dat wordt gevorderd in andere vorm dan betaling van een geldsom worden toegewezen (artikel 6:103 BW). Op de voet van artikel 6:103 BW zouden de ingestelde vorderingen toegewezen kunnen worden. Als de vorderingen zouden zijn toegewezen maar de Staat uitvoering zou weigeren, zou op grond van artikel 6:103 BW alsnog schadevergoeding in de vorm van betaling van een geldsom kunnen worden gevorderd.

Nogmaals een bestuursrechtelijk aspect

4. Gesteld dat de vorderingen zouden zijn toegewezen, dan zou voor de hand liggen dat de verplichtstelling van Bpf Bouw en de algemeenverbindendverklaring van de cao's die verplichtten tot premieafdracht aan de fondsen worden ingetrokken. De Staat zou de verplichtstelling van Bpf Bouw echter gezien het bepaalde in artikel 12 Wet Bpf 2000 pas in het kader van de eerstvolgende representativiteitstoets kunnen intrekken. Ambtshalve intrekking op de voet van artikel 11, lid 1 Wet Bpf 2000 zal in beginsel niet met terugwerkende kracht mogelijk zijn gezien het feit dat het verplichtstellingsbesluit bestuursrechtelijk gezien gezag van gewijsde heeft. Voor de interimperiode zouden eisers dan niet aan de verplichtstelling zijn gebonden op grond van buitenwerkingstelling.

5. De algemeen verbindendverklaring van de cao's zou als de vorderingen waren toegewezen kunnen worden ingetrokken op de voet van artikel 6, lid 1 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (de Wet AVV), echter op grond van artikel 6, lid 3 van de Wet AVV niet met terugwerkende kracht. Voor de interimperiode zou dan voor eisers de buitenwerkingstelling de rechtsgrond moeten zijn voor het niet gebonden zijn aan de cao's.

Bewijsrechtelijk aspect

6. De vorderingen werden echter afgewezen omdat de representativiteit van aanvragers naar het oordeel van de rechtbank voldoende was aangetoond. Aan de representativiteitseis is voldaan als de breuk (werknemers in dienst van werkgevers die lid zijn van de aanvragende werkgeversorganisaties) / (totaal aantal werknemers in de bedrijfstak) \times 100% ten minste op 60% uitkomt (zie meer gedetailleerd de punten 11-14 van mijn annotatie bij 2022/111). In de kern ging het erom of "in de noemer" alle werkgevers met de SBI-code van de bouw en alle werknemers van werkgevers die niet uitsluitend of in hoofdzaak in de bouw werkzaam waren meetelden. Omdat werkgevers ten onrechte (dan kan ook abusievelijk) de SBI-code voor de bouw bij de Kamer van Koophandel kunnen hebben doen registreren terwijl ze geen lid zijn van een aanvragende werkgeversorganisatie, zouden dan meer ongebonden werknemers

meetellen waardoor de representativiteit daalt. Hetzelfde geldt als werknemers van werkgevers die niet uitsluitend of in hoofdzaak in de bouw werkzaam zijn en geen lid zijn van een aanvragende werkgeversorganisatie meetellen. Doordat de rechtbank oordeelde dat deze werknemers niet “in de noemer” meetelden, hield de representativiteit stand.

7. Vanuit bewijsrechtelijk perspectief is van belang dat voor het betwisten van de representativiteit niet kan worden volstaan met overlegging van alternatieve rapporten waaruit andere representativiteitscijfers blijken. Voor succesvolle betwisting van de representativiteit dient de onjuistheid van het rapport dat aan de aanvraag ten grondslag is gelegd te worden aangetoond. Zie overweging 4.5 van het vonnis van de rechtbank. De rechtbank motiveert dit oordeel niet. De motivering kan zijn dat de Minister die het besluit tot verplichtstelling en algemeen verbindverklaring neemt, bij de beoordeling behoorlijke beleidsvrijheid heeft (zijn mijn annotatie bij *PJ* 2022/111, met name de punten 9, 16 en 18).

Belang van de uitspraak voor de praktijk

8. De uitspraak leert dat nadat een verplichtstellingbesluit is genomen of een cao algemeen verbindend is verklaard daartegen moeilijk meer kan worden opgekomen. De enige reële mogelijkheid is het indienen van een zienswijze in het kader van een verplichtstellingsaanvraag of het indienen van een bedenking bij een aanvraag tot algemeen verbindverklaring van een cao. Deze conclusie komt overeen met die in punt 19 van mijn annotatie bij *PJ* 2022/111.

mr. W.P.M. Thijssen