

goeding ex art. 7:673 lid 7 aanhef onder c BW te doen, maakte werkgever handig gebruik van de herkansingsfunctie in hoger beroep. Het hof kon met die nieuwe feiten, die zich voordeden voor de datum van de ontbindingsbeschikking en de aanvulling van het ontbindingsverzoek met ernstig verwijtbaar gedrag van werknemer, via een ex-tuncbeoordeling tot de conclusie komen dat sprake was van een ontbinding als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. De consequentie daarvan is dat werknemer geen recht heeft op de transitievergoeding. Ik kan niet anders concluderen dan dat werkgever handig heeft geprocedeerd.

Back to the future

In geval het hof tot de conclusie komt dat de ontbinding in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen, kan hij ex nunc beoordelen of er reden is voor herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding voor de werknemer.² Let op: dit is een andere billijke vergoeding dan de billijke vergoeding die de werknemer kan worden toegewezen ingeval ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van werkgever.³ Ingeval de ontbinding in eerste aanleg in stand wordt gehouden maar op basis van nieuwe feiten – die zich wel hebben voorgedaan voor de ontbindingsbeschikking – ex tunc wordt geoordeeld in hoger beroep dat werkgever zich ernstig verwijtbaar heeft gedragen, kan werknemer in hoger beroep een billijke vergoeding toekomen. In een dergelijke situatie kan de appelrechter dan weer ex nunc rekening houden met het feit dat werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden. Overigens wordt hierover in de literatuur opgemerkt dat een dergelijke toets kan leiden tot bewuste vertraging van procedures.⁴ Immers, hoe langer het hoger beroep duurt, hoe groter de kans dat werknemer inmiddels zijn eigen schade heeft beperkt. In hoger beroep kan handig worden ingespeeld op deze wisselende toetsen – van ex nunc naar ex tunc en weer terug.

Hoger beroep na afwijzing

De Hoge Raad⁵ deed tegelijkertijd uitspraak over de omgekeerde situatie, namelijk hoger beroep tegen een afgewezen ontbindingsverzoek (art. 7:683 lid 5 BW). De beoordeling in een dergelijk hoger beroep is wezenlijk anders dan de beoordeling die hiervoor is besproken (art. 7:683 lid 3 BW). Hier is ten tijde van de beoordeling in hoger beroep, gelet op het feit dat het hoger beroep ingevolge art. 7:683 lid 1 BW geen schorsende werking heeft, nog een arbeidsovereenkomst in stand. In appel wordt de daaraan ten grondslag liggende beslissing van de kantonrechter bestreden en wordt alsnog op beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de appelrechter aangestuurd. Bij deze stand van zaken (de arbeidsovereenkomst bestaat nog; moet zij alsnog worden beëindigd?) ligt het voor de hand dat de appelrechter uiteindelijk ex nunc toetst, ook waar het de herplaatsingsmogelijkheid en eventuele opzegverboden betreft.

Deze lijn werd overigens al gevolgd door de meeste hoven. Hof Den Haag⁶ en Hof Amsterdam⁷ pasten al eerder een ex-nunc-toetsing toe waarin in hoger beroep alsnog werd ontbonden.

mr. M.A. Oliemans-Ouwehand
Wieringa Advocaten

39

ABRvS over toetsing dispensatieverzoek avv in de uitzendbranche door payrollondernemingen

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
18 december 2019, nr. 201803140/1/A3,
ECLI:NL:RVS:2019:4283
(mr. Verheij, mr. Schueler, mr. De Moor-van Vugt)
Noot mr. S.C. Verlinden

Algemeenverbindendverklaring. Avv. Dispensatie. ABU-cao. Specifieke bedrijfskenmerken.

[Wet AVV art. 2; Waadi art. 8; Toetsingskader Wet AVV]

Essentie: Dispensatie avv. Aannemelijk dat DPA zich, met eigen beloningssystematiek, onderscheidt van ondernemingen die tot de werkingsfeer van de ABU-cao en de SFU-cao gerekend kunnen worden. De Minister is in zijn besluit onvoldoende ingegaan op vraag of sprake is van specifieke bedrijfskenmerken.

Samenvatting: Bij besluiten van 22 maart 2016 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Minister) geweigerd een mede door Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. (hierna: Tentoo) en DPA Group N.V. (hierna: DPA) ingediend verzoek om verlening van dispensatie van het besluit van de Minister van 22 maart 2016 (Stcrt. 2016, 15865) tot algemeenverbindendverklaring tot en met 4 november 2017 van bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 in te willigen. Bij besluiten van 22 april 2016 heeft de Minister geweigerd een mede door Tentoo en DPA ingediend verzoek om verlening van dispensatie van het besluit van de Minister van 22 april 2016 (Stcrt. 2016, 21968) tot algemeenverbindendverklaring tot en met 30 juni 2016 van bepalingen uit de SFU-cao 2015-2016 in te willigen. Bij onderscheiden besluiten van 27 juli 2017 heeft de Minister de door Tentoo onderscheidenlijk DPA daartegen gemaakte bezwaren ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 5 april 2018 heeft de rechtbank de door Tentoo en DPA daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Tegen deze uitspraak hebben Tentoo en DPA ieder voor zich hoger beroep ingesteld.

De Afdeling is van oordeel dat Tentoo geen belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het door haar ingestelde hoger beroep. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat Tentoo, zoals de Minister ter zitting heeft bevestigd, gedurende de perioden waarop de besluiten tot algemeenverbindendverklaring van 22 maart 2016 en 22 april 2016 zien voorlopig gedispenseerd is geweest van die besluiten. Daaraan doet

2 Art. 7:683 lid 3 BW.

3 Art. 7:671b lid 9 aanhef onder c of art. 7:671b lid 10 aanhef onder b BW.

4 M.S.A. Vegter, TRA 2018/79; D. van Gerven, TRA 2018/318, p. 13; F.G. Laagland en I.H. Lintsen, TRA 2018/2.

5 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

6 ECLI:NL:GHDHA:2017:1715.

7 ECLI:NL:GHAMS:2017:2572.

niet af dat de besluiten van 13 april 2018, waarbij de Minister heeft geweigerd Tentoo dispensatie te verlenen van zijn besluiten tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit de ABU-cao 2017-2019 en de SFU-cao 2018-2019, een repeterend karakter hebben ten opzichte van de in het onderhavige hoger beroep aan de orde zijnde besluiten van 22 maart 2016 en 22 april 2016 tot weigering van dispensatieverlening aan Tentoo en het besluit van 27 juli 2017 tot handhaving daarvan. Daartoe is redengevend dat de Afdeling bij uitspraak van heden in zaak nr. 201805415/1/A3, ECLI:NL:RVS:2019:4213 heeft beslist op het door Tentoo ingestelde hoger beroep in het geschil over die besluiten van 13 april 2018. De vraag of een veroordeling tot vergoeding van in beroep en hoger beroep gemaakte proceskosten moet worden uitgesproken, geeft voorts, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:278), onvoldoende aanleiding om tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak over te gaan. Het door Tentoo ingestelde hoger beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Anders dan bij Tentoo is de Afdeling van oordeel dat DPA wel belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het door haar ingestelde hoger beroep. Evenals in het geval van Tentoo heeft de Minister ook voor DPA besluiten op verzoeken om dispensatie genomen die een repeterend karakter hebben ten opzichte van de in het onderhavige hoger beroep aan de orde zijnde besluiten. In het geval van DPA neemt de Afdeling aan dat die besluiten nog niet in rechte onaantastbaar zijn geworden omdat DPA zich onweersproken op het standpunt heeft gesteld dat het door haar tegen de handhaving door de Minister van die besluiten ingestelde beroep nog aanhangig is bij de rechtbank. Naar het oordeel van de Afdeling heeft DPA niet aannemelijk gemaakt dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 of de SFU-cao 2015-2016 het aangaan van langdurige arbeidsrelaties met bovengemiddelde arbeidskrachten tegen bovengemiddelde lonen, dan wel loondoorbetaling na beëindiging van een opdracht, bemoeilijken. Verder kan de Afdeling DPA niet volgen in haar standpunt dat het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 aanleiding geeft om bij de toepassing van het Toetsingskader sneller aan te nemen dat sprake is van zwaarwegende argumenten op grond waarvan toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 redelijkerwijze niet kan worden gevergd. In zoverre faalt het betoog. De Afdeling overweegt verder dat tussen partijen niet in geschil is dat DPA ten tijde van belang gebruik heeft gemaakt van de in art. 8 lid 3 Waadi vervatte mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift af te wijken en dat DPA destijds bij haar werknemers de arbeidsvoorwaarden en de beloningssystematiek heeft toegepast als vermeld in de DPA-cao. Omdat in de ABU-cao 2012-2017 de inlenersbeloning wordt voorgeschreven, acht de Afdeling aannemelijk dat DPA zich ten tijde van belang heeft onderscheiden van ondernemingen die tot de werksfeer van de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 gerekend konden worden. Gelet daarop is de Afdeling van oordeel dat de Minister in het aan DPA gerichte besluit van 27 juli 2017 ondeugdelijk gemotiveerd is ingegaan op de vraag of bij DPA, gezien dit onderscheid, sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten van die ondernemingen verschillen en, zo daar sprake van is, waarom toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen redelijkerwijze van DPA kan worden gevergd. In dit kader acht de Afdeling onder meer van belang hetgeen DPA heeft aangevoerd over de koppeling tussen beloning enerzijds en

prestaties en ontwikkeling anderzijds, het ontbreken van vergelijkbare functies bij inleners, de loonaanspraken tijdens 'de bankzit', de zware administratieve lasten indien zij moet omschakelen op de inlenersbeloning en de door DPA beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling. In zoverre slaagt het betoog. Het besluit van 27 juli 2017 wordt vernietigd.

1. Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. (hierna: Tentoo), gevestigd te Amsterdam,
2. DPA Group N.V. (hierna: DPA), gevestigd te Amsterdam, appellanten,

tegen
de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 5 april 2018 in zaken nrs. 17/4899 en 17/5330 in het geding tussen:
Tentoo,
DPA,
en
de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 22 maart 2016 heeft de minister geweigerd een mede door Tentoo ingediend verzoek om verlening van dispensatie van het besluit van de minister van 22 maart 2016 (Str. 2016, nr. 15865) tot algemeenverbindendverklaring tot en met 4 november 2017 van bepalingen uit de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao) voor Uitzendkrachten (hierna: ABU-cao) 2012-2017 in te willigen. Bij separaat besluit van 22 maart 2016 heeft de minister geweigerd een mede door DPA ingediend verzoek van gelijke strekking in te willigen.

Bij besluit van 22 april 2016 heeft de minister geweigerd een mede door Tentoo ingediend verzoek om verlening van dispensatie van het besluit van de minister van 22 april 2016 (Str. 2016, nr. 21968) tot algemeenverbindendverklaring tot en met 30 juni 2016 van bepalingen uit de cao Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (hierna: SFU-cao) 2015-2016 in te willigen. Bij separaat besluit van 22 april 2016 heeft de minister geweigerd een mede door DPA ingediend verzoek van gelijke strekking in te willigen.

Bij onderscheiden besluiten van 27 juli 2017 heeft de minister de door Tentoo onderscheidenlijk DPA daartegen gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 5 april 2018 heeft de rechtbank de door Tentoo en DPA daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben Tentoo en DPA ieder voor zich hoger beroep ingesteld.

De minister heeft in beide hoger beroepen een schriftelijke uiteenzetting gegeven. De Algemene Bond Uitzendondernemingen (hierna: de ABU) heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven in het door Tentoo ingestelde hoger beroep.

Tentoo, DPA en de Landelijke Belangen Vereniging (hierna: LBV) hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 januari 2019, waar Tentoo, vertegenwoordigd door mr. W.O. Groustra, advocaat te Amsterdam, DPA, vertegenwoordigd door directeur, bijgestaan door Groustra en [gemachtigde], de minister, vertegenwoordigd door mr. A.S.M.J. Bol, mr. R.J. Vixseboxse, mr. G.E. Sneller-Jonkers, mr. A.D. Brouwers-Wozniak en mr. B. Tukas-Kara, de ABU, vertegenwoordigd door mr. L. Spangenberg, de LBV, vertegenwoordigd door [gemachtigde], en de Federatie Nederlandse Vakbeweging, vertegenwoordigd door [gemachtigden], zijn verschenen.

*Overwegingen**Procesbelang*

1. In beide hoger beroepen zijn besluiten aan de orde waarbij de minister heeft geweigerd om Tentoo en DPA dispensatie te verlenen van algemeenverbindendverklaringen van bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016. Omdat de perioden waarop deze algemeenverbindendverklaringen zien geheel in het verleden liggen, doet zich de vraag voor of Tentoo en DPA belang hebben bij een inhoudelijke bespreking van het hoger beroep dat zij ieder voor zich hebben ingesteld.

2. De Afdeling is van oordeel dat Tentoo geen belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het door haar ingestelde hoger beroep. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat Tentoo, zoals de minister ter zitting heeft bevestigd, gedurende de perioden waarop de besluiten tot algemeenverbindendverklaring van 22 maart 2016 en 22 april 2016 zien, hetzij bij wijze van voorlopige voorziening, hetzij bij besluit van de minister, voorlopig gedispenseerd is geweest van die besluiten. Daaraan doet niet af dat de besluiten van 13 april 2018, waarbij de minister heeft geweigerd Tentoo dispensatie te verlenen van zijn besluiten tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit de ABU-cao 2017-2019 en de SFU-cao 2018-2019, een repeterend karakter hebben ten opzichte van de in het onderhavige hoger beroep aan de orde zijnde besluiten van 22 maart 2016 en 22 april 2016 tot weigering van dispensatieverlening aan Tentoo en het besluit van 27 juli 2017 tot handhaving daarvan. Daartoe is redengevend dat de Afdeling bij uitspraak van heden in zaak nr. 201805415/1/A3, ECLI:NL:RVS:2019:4213, heeft beslist op het door Tentoo ingestelde hoger in het geschil over die besluiten van 13 april 2018. De vraag of een veroordeling tot vergoeding van in beroep en hoger beroep gemaakte proceskosten moet worden uitgesproken, geeft voorts, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:278), onvoldoende aanleiding om tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak over te gaan. Ten slotte heeft Tentoo, hoewel de Afdeling haar daartoe uitdrukkelijk in de gelegenheid heeft gesteld, geen belangen aangevoerd die, in weerwil van het hiervoor overwogene, een inhoudelijke beoordeling van het door haar ingestelde hoger beroep rechtvaardigen. De Afdeling zal het door Tentoo ingestelde hoger beroep niet-ontvankelijk verklaren.

3. Anders dan bij Tentoo is de Afdeling van oordeel dat DPA wel belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het door haar ingestelde hoger beroep. Evenals in het geval van Tentoo heeft de minister ook voor van DPA besluiten op verzoeken om dispensatie genomen die een repeterend karakter hebben ten opzichte van de in het onderhavige hoger beroep aan de orde zijnde besluiten van 22 maart 2016 en 22 april 2016 van de minister tot weigering van dispensatieverlening aan DPA. In het geval van DPA neemt de Afdeling aan dat die besluiten nog niet in rechte onaantastbaar zijn geworden, omdat DPA zich onweersproken op het standpunt heeft gesteld dat het door haar tegen de handhaving door de minister van die besluiten ingestelde beroep nog aanhangig is bij de rechtbank. De Afdeling zal hierna het door DPA ingestelde hoger beroep inhoudelijk beoordelen.

Juridisch kader

4. De relevante bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van cao's (hierna: de

Wet avv), het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW), de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi), het Besluit aanmelding van cao's en het verzoeken om algemeen verbindend verklaring (hierna: het Besluit), de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016, alsmede de relevante onderdelen uit het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV) (hierna: het Toetsingskader) zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. De bijlage maakt deel uit van de uitspraak.

Inleiding

5. DPA is een detachingsonderneming. Zij stelt haar werknemers op basis van detachering ter beschikking aan haar opdrachtgevers, de zogenoemde inleners, om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die opdrachtgever. DPA heeft samen met de LBV de cao DPA Detachering 2015-2018 (hierna: DPA-cao) tot stand gebracht. DPA heeft haar onderscheiden verzoeken om dispensatie samen met de LBV ingediend.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, overwogen dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 690 van Boek 7 van het BW niet kan worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van deze bepaling eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende 'allocatiefunctie'. Uit de toelichting op deze bepaling blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de zogenoemde 'klassieke uitzendrelatie' onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan (Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 9-10), aldus de Hoge Raad in dit arrest. Gelet hierop zijn de arbeidsovereenkomsten die DPA met haar gedetacheerde werknemers heeft afgesloten uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 690 van Boek 7 van het BW.

Het besluit van 27 juli 2017 op de door DPA gemaakte bezwaren

6. Blijkens het besluit van 27 juli 2017 heeft de minister de verzoeken van DPA volgens het Toetsingskader beoordeeld. Met de in het Toetsingskader vervatte beleidsregels heeft de minister invulling gegeven aan de ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet avv aan hem verleende bevoegdheid om dispensatie te verlenen. De minister heeft zich onder verwijzing naar voormeld arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 op het standpunt gesteld dat DPA, hoewel zij als detachingsonderneming geen allocatiefunctie vervult, binnen de werkingssfeer van de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 valt, gezien de artikelen 1, aanhef en onder y, en 2, eerste lid, van die ABU-cao en de artikelen 1, aanhef en onder 1, en 2, eerste lid, van die SFU-cao. Onder verwijzing naar het door Birch consultants opgestelde rapport 'Dynamiek en Diversiteit van Diensten' van 19 oktober 2015 heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat zich onder de ABU-leden detachingsondernemingen bevinden. Die ondernemingen passen de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 toe. DPA heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij beschikt over specifieke bedrijfskenmerken waarmee zij op essentiële punten van die ondernemingen verschilt. DPA heeft niet aannemelijk gemaakt dat wegens zwaarwegende argumenten toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 redelijkerwijze niet van haar kan worden gevergd. Evenmin is gebleken

van omstandigheden die aanleiding geven tot afwijking van het Toetsingskader, aldus de minister.

De aangevallen uitspraak, voor zover die op DPA ziet

7. De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraak overwogen dat de minister zich deugdelijk gemotiveerd op het standpunt heeft gesteld dat in de omstandigheid dat DPA in het verleden gedispenseerd is geweest voor algemeenverbindendverklaringen van de ABU-cao en de SFU-cao geen grond is gelegen de verzoeken om dispensatie die thans aan de orde zijn in te willigen. Voor zover DPA andere bedrijfskenmerken heeft dan de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 behoren, heeft zij niet aannemelijk gemaakt dat deze bedrijfskenmerken zodanig zwaarwegend zijn dat de minister haar verzoeken had moeten inwilligen. DPA heeft de door haar gestelde gevolgen van de toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 niet onderbouwd, zodat niet aannemelijk is dat deze gevolgen DPA onevenredig raken in vergelijking tot andere ondernemingen. De minister heeft inwilliging van de door DPA ingediende verzoeken om dispensatie mogen weigeren, omdat geen sprake is van zwaarwegende argumenten waardoor toepassing van deze algemeen verbindend verklaarde bepalingen niet van DPA kan worden geveerd, aldus de rechtbank.

Het hoger beroep van DPA

8. DPA heeft de Afdeling verzocht de behandeling van het door haar ingestelde hoger beroep uit te stellen in afwachting van de afhandeling van een op 28 december 2018 door de LBV bij de International Labour Organisation (hierna: ILO) ingediende klacht over de wijze waarop de minister in de praktijk uitvoering geeft aan de in het Toetsingskader neergelegde beleidsregels over dispensatie. Volgens die klacht is die uitvoeringspraktijk in strijd met de ingevolge ILO-verdragen geldende vrijheid van collectief onderhandelen en vrijheid van vakvereniging.

De Afdeling wijst het verzoek om uitstel af, omdat zij bij de beoordeling van het door DPA ingestelde hoger beroep zelfstandig moet toetsen of de door DPA voorgedragen hogerberoepsgronden aanleiding geven voor vernietiging van de aangevallen uitspraak.

9. DPA betoogt dat de rechtbank de toepassing door de minister van het Toetsingskader op onjuiste wijze heeft getoetst. DPA voert aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat volgens het Toetsingskader voor dispensatie niet is vereist dat naast het bestaan van zwaarwegende argumenten tevens moet worden vastgesteld dat de toepassing van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen redelijkerwijze niet kan worden geveerd. Het bestaan van zwaarwegende argumenten is voldoende voor verlening van dispensatie. Daarnaast wordt in het Toetsingskader, anders dan de rechtbank heeft overwogen, geen gewicht toegekend aan de bescherming van werknemers en het voorkomen van oneerlijke concurrentie, aldus DPA.

9.1. Volgens het Toetsingskader dient degene die om dispensatie verzoekt te motiveren dat wegens zwaarwegende argumenten toepassing van de desbetreffende algemeen verbindend verklaarde cao redelijkerwijze niet kan worden geveerd. Volgens het Toetsingskader is van zwaarwegende argumenten met name sprake als specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van ondernemingen die tot de werkingssfeer van die cao gerekend kunnen worden. Het Toetsingskader brengt met zich dat de aan de verzoeken tot

dispensatie ten grondslag gelegde argumenten zodanig zwaarwegend dienen te zijn dat toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en SFU-cao 2015-2016 redelijkerwijze niet van DPA kan worden geveerd. DPA kan derhalve niet worden gevolgd in haar standpunt dat geen betekenis toekomt aan de vraag of toepassing van die bepalingen redelijkerwijze kan worden geveerd. Daarnaast heeft algemeenverbindendverklaring volgens het Toetsingskader tot doel de totstandkoming en de inhoud van collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden te ondersteunen, met als beoogd effect te voorkomen dat niet gebonden werkgevers en werknemers door onderbieding concurreren op arbeidsvoorwaarden. Gelet daarop kan DPA evenmin worden gevolgd in haar standpunt dat volgens het Toetsingskader geen gewicht toekomt aan de bescherming van werknemers en het voorkomen van oneerlijke concurrentie. In het aangevoerde is geen grond gelegen voor het oordeel dat de rechtbank een onjuist toetsingskader heeft toegepast. Het betoog faalt.

10. DPA betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat haar bedrijfskenmerken niet zodanig zwaarwegend zijn dat de minister haar verzoeken om dispensatie niet had mogen afwijzen. DPA voert aan dat haar businessmodel niet is te vergelijken met de bedrijfsvoering waarop de ABU-cao is toegesneden. De focus van DPA ligt immers op het aangaan van langdurige arbeidsrelaties met haar werknemers. Als na beëindiging van een opdracht geen vervolgoedraacht voorhanden is, dan gaat de loonbetaling door en wordt de vrijgekomen tijd bijvoorbeeld gebruikt voor scholing. Daarnaast werft DPA bovengemiddelde arbeidskrachten door bovengemiddelde lonen te bieden en de loonontwikkeling te koppelen aan de prestaties en de ontwikkeling van individuele werknemers. De DPA-cao kent een daarop toegesneden beloningssystematiek die niet op één lijn kan worden gesteld met het loonverhoudingsvoorschrift in artikel 8, eerste lid, van de Waadi en de bij die bepaling aansluitende zogenoemde inlenersbeloning als voorgeschreven in de ABU-cao 2012-2017. DPA maakt met de DPA-cao, anders dan de ABU-cao 2012-2017, gebruik van de in artikel 8, derde lid, van de Waadi vervatte mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift af te wijken. De DPA-cao kent een eigen loonhuis waardoor de beloning van haar werknemers onafhankelijk is van de arbeidsvoorwaarden die de verschillende inleners bieden. Door de inlenersbeloning toe te passen ontstaat er onderscheid in arbeidsvoorwaarden tussen de werknemers van DPA onderling en zal het lastiger worden om werknemers te plaatsen bij inleners met minder gunstige arbeidsvoorwaarden, hetgeen DPA onwenselijk acht. Bij veel inleners is bovendien geen sprake van vergelijkbare functies, zodat DPA dan vanzelfsprekend moet kunnen terugvallen op haar eigen loongebouw als uitgewerkt in de DPA-cao. Daarnaast kunnen loonaanspraken van haar werknemers, in perioden dat zij geen opdracht uitvoeren bij een inlener, de zogenoemde bankzitt, niet worden gekoppeld aan het loon van een inlener. Toepassing van het loonverhoudingsvoorschrift zal voor haar werknemers niet zonder meer tot een hogere beloning leiden, maar veeleer tot een herschikking van loonbestanddelen. Daarnaast zal die toepassing leiden tot zware administratieve lasten voor DPA. Volgens DPA is het niet zo dat met haar vergelijkbare detachingsondernemingen die tot de werkingssfeer van de ABU-cao 2012-2017 kunnen worden gerekend, die cao zonder problemen kunnen toepassen. In de praktijk leidt dat echter niet tot grote problemen, omdat die detachingsondernemingen hun werknemers hoger dan marktcon-

form verlonen. Om die reden zullen die ondernemingen niet door hun werknemers worden aangesproken, indien bepaalde looncomponenten niet op dezelfde wijze worden toegepast als door de inlener. Door de algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 zet de minister een streep door de mogelijkheid die in artikel 8, derde lid, van de Waadi wordt geboden. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, aldus DPA. Ten slotte wijst DPA op voormeld arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016. Omdat de diversiteit van vormen van dienstverlening die onder artikel 690 van Boek 7 van het BW vallen door dit arrest is toegenomen, bestaat volgens DPA aanleiding om bij de toepassing van het Toetsingskader eerder aan te nemen dat sprake is van zwaarwegende argumenten op grond waarvan toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 redelijkerwijze niet kan worden gevegd. DPA voert voorts nog aan dat zij bij weigering van dispensatie haar bedrijfsvoering en de daarop toegesneden software, administratieve processen en contracten in verregaande mate zal moeten aanpassen. Gelet daarop is sprake van bijzondere omstandigheden die, indien toepassing van het Toetsingskader niet tot inwilliging van haar verzoeken om dispensatie leidt, de minister hadden moeten nopen tot afwijking van het Toetsingskader, aldus DPA.

10.1. De minister heeft zich in zijn schriftelijke uiteenzetting bij het door DPA ingestelde hoger beroep op het standpunt gesteld dat artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, van de Waadi er niet aan in de weg staat dat de gedetacheerde werknemer een hogere beloning ontvangt dan die geldt voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Die bepaling hoeft geen beletsel voor DPA te vormen, omdat DPA zich op het standpunt heeft gesteld dat zij haar werknemers bovengemiddeld beloont, aldus de minister. Die bepaling wordt bovendien probleemloos toegepast door ondernemingen, waaronder detacheringsondernemingen die de ABU-cao toepassen, zodat niet duidelijk is waarom DPA de ABU-cao niet zou kunnen toepassen. In het geval vergelijkbare functie bij de inlener ontbreken, kan bijvoorbeeld worden aangesloten bij functies met hetzelfde opleidingsniveau. Artikel 8 van de Waadi ziet, gelet op de geschiedenis van zijn totstandkoming, op de naleving van grondrechten ter bescherming van werknemers. In de omstandigheid dat de naleving van die bepaling tot zware administratieve lasten zal leiden, kan geen rechtvaardiging zijn gelegen om van die naleving af te zien, aldus de minister in zijn schriftelijke uiteenzetting. Ter zitting van de Afdeling heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat hij gelijkheid tussen werknemers op de werkvloer bij de inleners belangrijker vindt dan gelijkheid tussen de werknemers van DPA onderling. Voorts is een klacht ontvangen van een werknemer van DPA over onderbetaling ten opzichte van de inlenersbeloning, aldus de minister ter zitting.

10.2. Naar het oordeel van de Afdeling heeft DPA niet aanneemelijk gemaakt dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 of de SFU-cao 2015-2016 het aangaan van langdurige arbeidsrelaties met bovengemiddelde arbeidskrachten tegen bovengemiddelde lonen, dan wel loondoorbetaling na beëindiging van een opdracht bemoeilijken. Verder kan de Afdeling DPA niet volgen in haar standpunt dat voormeld arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 aanleiding geeft om bij de toepassing van het Toetsingskader sneller aan te nemen dat sprake is van zwaarwegende argumenten op grond waarvan toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017

en de SFU-cao 2015-2016 redelijkerwijze niet kan worden gevegd.

In zoverre faalt het betoog.

10.3. Tussen partijen is niet in geschil dat dat DPA ten tijde van belang gebruik heeft gemaakt van de in artikel 8, derde lid, van de Waadi vervatte mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift af te wijken en dat DPA destijds bij haar werknemers de arbeidsvoorwaarden en de beloningssystematiek heeft toegepast als vermeld in de DPA-cao. Omdat in de ABU-cao 2012-2017 de inlenersbeloning wordt voorgeschreven, acht de Afdeling aanneemelijk dat DPA zich ten tijde van belang heeft onderscheiden van ondernemingen die tot de werkingssfeer van de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 gerekend konden worden. Gelet daarop is de Afdeling van oordeel dat de minister in het aan DPA gericht besluit van 27 juli 2017 ondeugdelijk gemotiveerd is ingegaan op de vraag of bij DPA, gezien dit onderscheid, sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten van die ondernemingen verschillen en, zo daar sprake van is, waarom toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen redelijkerwijze van DPA kan worden gevegd. In dit kader acht de Afdeling onder meer van belang hetgeen DPA heeft aangevoerd over de koppeling tussen beloning enerzijds en prestaties en ontwikkeling anderzijds, het ontbreken van vergelijkbare functies bij inleners, de loonaanspraken tijdens de bankzitting, de zware administratieve lasten indien zij moet omschakelen op de inlenersbeloning en de door DPA beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling. De hiervoor onder 10.1 weergegeven standpunten van de minister kunnen niet afdoen aan dat oordeel, omdat de minister die standpunten eerst in hoger beroep heeft aangevoerd. Hierna wordt overwogen of die standpunten, in weerwil van het motiveringsgebrek in bezwaar, aanleiding geven tot een definitieve beslechting van het geschil.

In zoverre slaagt het betoog.

10.4. Voor zover DPA betoogt dat sprake is van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 van de Awb die in dit geval afwijking van het Toetsingskader rechtvaardigen, laat de Afdeling een inhoudelijke bespreking van het betoog achterwege. De reden daarvoor is dat de gestelde bijzondere omstandigheden verband houden met de specifieke bedrijfskenmerken van DPA en dat de Afdeling hiervoor onder 10.3 tot het oordeel is gekomen dat de minister ondeugdelijk heeft gemotiveerd of die kenmerken volgens het Toetsingskader tot inwilliging van de verzoeken om dispensatie hadden moeten leiden.

Conclusies

11. Het hoger beroep van Tentoo is niet-ontvankelijk. Het hoger beroep van DPA is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover daarbij het beroep van DPA ongegrond is verklaard. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van DPA tegen het aan haar gericht besluit van 27 juli 2017 van de minister alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking.

12. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, is de Afdeling van oordeel dat in de hiervoor onder 10.1 weergegeven standpunten van de minister geen grond is gelegen om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van de Awb de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat DPA niet beoogt artikel 8 van de Waadi buiten toepassing te

laten, maar dat DPA toepassing wil kunnen geven aan het derde lid van die bepaling. Door zich op het standpunt te stellen dat andere detacheringsondernemingen geen problemen ondervinden bij het toepassen van de ABU-cao, dat niet duidelijk is waarom DPA die cao niet kan toepassen en dat de minister gelijkheid op de werkvloer bij inleners belangrijker acht dan gelijkheid tussen de werknemers van DPA onderling, heeft de minister zich niet alsnog deugdelijk gemotiveerd op het standpunt gesteld dat geen sprake is van specifieke bedrijfskenmerken die op essentiële punten van die ondernemingen verschillen en waarom, indien daarvan sprake is, toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen redelijkerwijze van DPA kan worden geveerd. Naar het oordeel van de Afdeling laat dit onverlet dat DPA geen belang heeft bij nieuwe beoordeling van de door haar gemaakte bezwaren, omdat de perioden waarop de algemeenverbindendverklaringen van bepalingen uit de ABU-cao 2012-2017 en de SFU-cao 2015-2016 betrekking hebben geheel in het verleden liggen, DPA in bezwaar niet heeft verzocht om vergoeding van de kosten die zij in verband met de behandeling van de bezwaren redelijkerwijs heeft moeten maken, en DPA evenmin andere belangen heeft gesteld die een inhoudelijke beoordeling van de door haar gemaakte bezwaren rechtvaardigen. Om die reden ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb zelf in de zaak te voorzien en de door DPA gemaakte bezwaren niet-ontvankelijk te verklaren.

13. Voor een proceskostenveroordeling ten aanzien van Tentoo bestaat geen aanleiding. De minister dient ten aanzien van DPA op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep van Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. niet-ontvankelijk;

II. verklaart het hoger beroep van DPA Group N.V. gegrond;

III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 5 april 2018 in zaken nrs. 17/4899 en 17/5330, voor zover daarbij het door DPA Group N.V. ingestelde beroep ongegrond is verklaard;

IV. verklaart dat door DPA Group N.V. bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;

V. vernietigt het aan DPA Group N.V. gerichte besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 27 juli 2017, kenmerk WBJA/JA SVIA/2.2016.0643.001;

VI. verklaart de door DPA Group N.V. gemaakte bezwaren tegen de besluiten van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 maart 2016 en 22 april 2016 tot afwijzing van door DPA Group N.V. ingediende verzoeken om dispensatie niet-ontvankelijk;

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 27 juli 2017;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij DPA Group N.V. in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.048,= (zegge: tweeduizend achtenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan DPA Group N.V. het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 846,= (zegge: achthonderdzesenveertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Bijlage

De Awb

Artikel 4:84

Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Artikel 7:12

1. De beslissing op het bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld. Daarbij wordt, indien ingevolge artikel 7:3 van het horen is afgezien, tevens aangegeven op welke grond dat is geschied.

[...]

Artikel 8:72

1. Indien de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, vernietigt hij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk.

2. De vernietiging van een besluit of een gedeelte van een besluit brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van dat besluit of van het vernietigde gedeelte daarvan mee.

3. De bestuursrechter kan bepalen dat:

a. de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven, of

b. zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan.

[...]

De Wet avv

Artikel 2

1. Onze Minister kan bepalingen van eene [cao], die in het geheele land of in een gedeelte des lands voor eene – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden, in het geheele land of in dat gedeelte des lands algemeen verbindend verklaren. Deze bepalingen zijn dan, behalve in de gevallen door Onzen Minister uitgezonderd, binnen dat gebied verbindend voor alle werkgevers en werknemers ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, die naar den aard van den arbeid, waarop zij betrekking hebben, onder de [cao] vallen of zouden vallen, hetzij deze arbeidsovereenkomsten op het tijdstip, waarop de werking der verbindendverklaring aanvangt, reeds gesloten zijn, hetzij zij daarna gesloten worden.

[...]

Boek 7 van het BW

Artikel 690

De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

*De Waadi**Artikel 8*

1. De ter beschikking gestelde arbeidskracht heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt:

- a. met betrekking tot het loon en overige vergoedingen;
- b. op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met betrekking tot de arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen.

2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot:

- a. de voorschriften ter bescherming van zwangere werknemers, van werknemers die een borstkind voeden, kinderen en jeugdige werknemers en ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; en
- b. de maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid, die gelden op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt.

3. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan worden afgeweken van het eerste en tweede lid, mits:

- a. indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt, die overeenkomst voorziet in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen; en
- b. indien het een collectieve overeenkomst betreft die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, die overeenkomst bepalingen bevat op grond waarvan een werkgever zich ervan moet verzekeren dat de aan zijn onderneming ter beschikking gestelde arbeidskrachten de arbeid verrichten tegen de arbeidsvoorwaarden, genoemd in het eerste lid, die voor deze arbeidskrachten bij die overeenkomst zijn voorgeschreven.

*Het Besluit**Artikel 2:7*

1. Een verzoek om dispensatie van algemeen verbindend te verklaren bepalingen van [cao's] wordt ingediend gedurende de periode dat tevens de toepasselijke werkingssfeerbepalingen ter visie liggen. Een dergelijk verzoek kan uitsluitend worden gehonoreerd als daaraan een rechtsgeldige [cao] ten grondslag ligt.

2. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt schriftelijk ingediend en ondertekend door of namens alle partijen die de rechtsgeldige [cao] hebben afgesloten op grond waarvan dispensatie wordt gevraagd. Het in de eerste zin bedoelde verzoek wordt gedaan aan de hand van een daarvoor bestemd formulier dispensatie van avv dat volledig moet zijn ingevuld.

3. Een verzoek om dispensatie dat buiten de periode van tervisielegging, bedoeld in het eerste lid, wordt gedaan, wordt niet gehonoreerd.

4. Van een beschikking op een verzoek om dispensatie wordt in de overwegingen bij het besluit tot algemeen verbindendverklaring melding gemaakt.

*Het Toetsingskader**1. Algemeen beleidsuitgangspunt*

De totstandkoming en de inhoud van afspraken omtrent arbeidsvoorwaarden is in beginsel de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers en hun organisaties. Collectieve afspraken bevorderen evenwichtige arbeidsverhoudingen en arbeidsrust en vormen daarmee een belangrijke randvoorwaarde voor een positieve sociaaleconomische ontwikkeling. Avv heeft in de kern tot doel het uitoefenen van die verantwoordelijkheid van sociale partners (via collectieve afspraken in de vorm van cao's) te ondersteunen en te beschermen. Het beoogde effect van avv is concurrentie op arbeidsvoorwaarden door onderbieding door niet gebonden werkgevers en werknemers te voorkomen. [...]

7. Dispensatie

Avv heeft tot doel de totstandkoming en de inhoud van collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden te ondersteunen, met als beoogd effect te voorkomen dat niet gebonden werkgevers en werknemers door onderbieding concurreren op arbeidsvoorwaarden. De minister heeft de bevoegdheid om uitzonderingen te maken op de algemeenverbindendverklaring (artikel 2, eerste lid, Wet avv). Nadere regels over deze bevoegdheid zijn neergelegd in het Besluit [...]. Deze bevoegdheid is, blijkens de memorie van toelichting (Bijlage Handelingen II 1936/37, 274 nr. 3), behalve ter voorkoming van samenloop van collectieve regelingen met name gegeven om rekening te houden met de situatie dat de verbindendverklaring in het algemeen wel gemotiveerd is, doch voor bepaalde ondernemingen op gegronde bezwaren zou stuiten omdat de situatie van de onderneming(en) verschilt van de ondernemingen die onder de avv'de cao vallen. Uitzondering van avv maakt in die gevallen maatwerk in de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in een afzonderlijke onderneming of subsector mogelijk. [...]

Voor zover werkgevers niet al door maatregelen van de cao-partijen zelf van de werking van de cao zijn uitgesloten, kan de minister toepassing geven aan zijn bevoegdheid uit hoofde van art. 2 Wet avv tot het verlenen van dispensatie van algemeenverbindendverklaring.

Het verlenen van dispensatie geschiedt in lijn met de doelstelling van de Wet avv. Een verzoek om dispensatie wordt alleen in behandeling genomen wanneer deze is voorzien van een motivering waaruit blijkt dat de beoogde dispensatie aansluit bij deze doelstelling.

In de motivering komen in ieder geval de volgende elementen aan bod:

- Dispensatie van avv wordt alleen verleend indien vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de bedrijfstak-cao door middel van avv redelijkerwijze niet kan worden gevergd. Van zwaarwegende argumenten is met name sprake als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv-cao gerekend kunnen worden. Weging van de afzonderlijke arbeidsvoorwaardenpakketten vindt in het kader van een dispensatieverzoek niet plaats. [...]

*ABU-cao 2012-2017**Artikel 1*

In deze cao wordt verstaan onder:

[...]

y. uitzendovereenkomst: de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW, waarbij de ene partij als werknemer door de andere partij als werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van die werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan die werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. [...]

Artikel 2

1. De cao is van toepassing op de uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming, indien en voor zover de omvang van de uitzendloonsom ten minste 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt, behoudens dispensatie op grond van artikel 4 van de cao.

2. De cao is niet van toepassing op de werkgever die als lid is toegelaten bij de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (NBBU). Een overzicht van deze leden is te vinden op de website van de NBBU.

3. De cao is niet van toepassing op de uitzendonderneming, die valt onder de werkingssfeeromschrijving van een andere bedrijfstak-cao, tenzij die uitzendonderneming voldoet aan de in lid 4 genoemde cumulatieve vereisten.

[...]

De SFU-cao 2015-2016

Artikel 1

In deze CAO en de daarvan deel uitmakende bijlagen, wordt verstaan onder:

1. uitzendovereenkomst: de arbeidsovereenkomst, waarbij de ene partij als werknemer door de andere partij als werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van die werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan die werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

[...]

Artikel 2

1. Deze CAO is van toepassing op de uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming, indien en voor zover de omvang van de uitzendloonsom ten minste 50 procent van het totale bruto loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt.

2. Deze CAO is niet van toepassing op de uitzendonderneming, die valt onder de werkingssfeeromschrijving van een bedrijfstak-CAO in een andere sector dan de uitzend-sector, tenzij die uitzendonderneming voldoet aan de in lid 4 genoemde cumulatieve vereisten.

[...]

NOOT

Essentie

De ondeugdelijk gemotiveerde weigering van de Minister van SZW om detacheerder DPA te dispensereren van algemeenverbindendverklaring ('avv') van de uitzend-cao en de SFU-cao, beweegt de Afdeling er in deze uitspraak toe om de Minister terug te fluiten. Belangwekkend is dat de Afdeling daarbij een aantal concrete gezichtspunten benoemt om te bepalen of een dispensatieverzoek moet worden toegewezen. Daarmee doet de Afdeling een belangrijke handreiking

aan de praktijk die al jaren worstelt met onduidelijkheden in het sinds 2007 gewijzigde dispensatiebeleid van de Minister.

Avv en dispensatie

Het doel van avv is om tegen te gaan dat niet-gebonden werkgevers en werknemers door onderbieding concurreren op arbeidsvoorwaarden: een gelijk speelveld creëren. Dispensatie wordt verleend om samenloop van cao's te voorkomen, en om die ondernemingen van avv uit te zonderen waarvan de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die onder de werkingssfeer vallen.

Als uitgangspunt dient eerst – voordat een dispensatieverzoek aan de Minister wordt gericht – de weg te worden bewandeld om via cao-partijen zelf dispensatie te verkrijgen. Dat kan op drie manieren:

1. doordat de avv-verzoekende cao-partijen ermee instemen een bepaalde werkgever of sub-sector uit te zonderen;
2. doordat de avv-verzoekende cao-partijen in de werkingssfeerbepaling van de avv-cao een bepaalde werkgever uitzonderen;
3. door een beroep op een dispensatiebepaling die in de cao is opgenomen.

Avv-verzoekende cao-partijen zullen evenwel doorgaans nauwelijks belang hebben bij dispensatieverlening. Dat vertaalt zich in het restrictieve dispensatiebeleid van cao-partijen: dispensatie wordt alleen in zeer uitzonderlijke gevallen verleend. Het is dan ook niet vreemd dat vervolgens al snel een dispensatieverzoek aan de Minister in beeld komt.¹

Toetsingskader

Art. 2 lid 1 Wet AVV geeft de Minister de bevoegdheid om bepaalde ondernemingen uit te zonderen van avv. De wijze waarop de Minister in de praktijk invulling geeft aan zijn dispensatiebevoegdheid, is vastgelegd in het Toetsingskader.² Waar dispensatie voorheen nog welhaast automatisch werd verleend zolang de dispensatieverzoekende cao-partijen maar beschikten over een eigen rechtsgeldige cao, en onafhankelijk waren ten opzichte van elkaar, wordt een dispensatieverzoek sinds 2007 ook inhoudelijk getoetst. Dispensatie wordt de verzoeker alleen verleend als vanwege *zwaarwegende argumenten redelijkerwijs niet kan worden gevergd* dat de avv-cao wordt toegepast.

Specifieke bedrijfskenmerken?

Het Toetsingskader schrijft voor dat zwaarwegende argumenten met name aanwezig zijn indien de *specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen* van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de avv-cao gerekend worden. Wat daar concreet onder moet worden verstaan, vermeldt het Toetsingskader niet, en ook de jurisprudentie over specifieke bedrijfskenmerken bood tot nu toe weinig houvast. Daar brengt de Afdeling nu verandering in.

De Afdeling benoemt in de zaak van DPA een aantal gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij de vraag of sprake is van specifieke bedrijfskenmerken waarmee de onderneming

1 Evaluatie wijziging dispensatieregels Toetsingskader AVV, ECORYS, Rotterdam 6 november 2009; Rojer en Van der Veldt, 'Dispensatie onder de loep', ARBAC, oktober 2010.

2 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV), art. 7.

zich onderscheidt van de ondernemingen die onder de avv-cao vallen:

- het feit dat DPA gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bij cao van het loonverhoudingsvoorschrift van art. 8 lid 3 Waadi af te wijken;
- het feit dat DPA bij haar werknemers de arbeidsvoorwaarden en beloningssystematiek van de DPA-cao heeft toegepast;
- de koppeling tussen beloning enerzijds en prestaties en ontwikkeling anderzijds;
- het ontbreken van vergelijkbare functies bij inleners;
- de loonaanspraken tijdens de bankzit;
- de zware administratieve lasten indien DPA moet omschakelen op de inlenersbeloning;
- de door DPA beoogde gelijkheid in arbeidsvoorwaarden tussen haar werknemers onderling.

In een gelijktijdig gedane uitspraak³ benoemt de Afdeling een aantal vergelijkbare gezichtspunten waarin payrollonderneming Tentoo zich onderscheidt van andere (payroll)ondernemingen die vallen onder de avv-cao:

- de (korte) duur van de arbeidsrelaties die Tentoo met haar werknemers aangaat;
- de van de inlenersbeloning afwijkende beloningsafspraken ('lumpsum') die door die werknemers en de opdrachtgevers worden gemaakt;
- de wijze waarop de door de opdrachtgevers betaalde beloningen door Tentoo (namelijk: met toepassing van de Tentoo-cao) worden verloond.

De Afdeling komt in beide uitspraken tot het oordeel dat de Minister – in het licht van vorenstaande gezichtspunten – ondeugdelijk heeft gemotiveerd of de genoemde onderscheidende bedrijfskenmerken op grond van het Toetsingskader tot dispensatie hadden moeten leiden. Dit noopt de Minister in voorkomende gevallen deugdelijk(er) in te gaan op de vraag naar de onderscheidendheid van specifieke bedrijfskenmerken.

Uitzendbranche

Na *StiPP/Care4Care*⁴ was al vast komen te staan dat payroll en detachering vallen onder de uitzenddefinitie (art. 7:690 BW) en in het verlengde daarvan: onder de werkingssfeer van de uitzend-cao. Daar brengen de uitspraken van de Afdeling geen wijziging in aan. Wel meen ik dat detachers⁵ aan deze uitspraken van de Afdeling steekhoudende argumenten kunnen ontleenen om onder omstandigheden toch met succes om dispensatie te verzoeken.

Gemiste kans?

Opvallend is dat in dispensatieverzoeken bijna nooit concrete invulling wordt gegeven aan het criterium dat *toepassing van de avv-cao redelijkerwijs niet gevegd kan worden*.⁶ Ten onrechte, zoals de Afdeling in het geval van DPA ook expliciet overweegt:

'Het Toetsingskader brengt met zich dat de aan de verzoeken tot dispensatie ten grondslag gelegde argumenten zodanig zwaarwegend dienen te zijn dat toepassing van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen (...) redelijkerwijze niet (...) kan worden gevegd'.⁷

Dispensatieverzoekers laten hier naar mijn oordeel een kans liggen om een dispensatieverzoek te kleuren en kracht bij te zetten. Maar ook in afwijzende besluiten van de Minister én in de daaropvolgende toetsing door de rechter, ontbreekt vrijwel altijd concrete motivering op dit punt.⁸

Belang voor de praktijk

Omdat in dit geval dispensatie werd verzocht van de uitzend-cao, hangen de aangehaalde gezichtspunten vanzelfsprekend nauw samen met de uitzendbranche. Ik zie echter geen reden om aan te nemen dat de reikwijdte van deze uitspraken zich tot de uitzendbranche beperkt. Naast genoemde gezichtspunten is niet uitgesloten dat ook een veelheid aan andere bedrijfsonderscheidende kenmerken kunnen leiden tot dispensatie.

Ik meen dat de cao-praktijk gebaat is bij deze impuls waarmee de Afdeling het zieltogende instrument van dispensatie nieuw leven inblaast.

mr. S.C. Verlinden
advocaat bij Liber Dock te Amsterdam

Personen- en familierecht

40

Recht van vruchtgebruik op woning erflater

Gerechtshof Den Haag
29 januari 2020, nr. 200.261.392/01,
ECLI:NL:GHDHA:2020:79
(mr. Van Baardewijk, mr. Van Kempen, mr. Ibili)
Noot mr. I.W. van Osch

Vruchtgebruik. Verzorgingsvruchtgebruik. Behoefte. Woning. Erflater.

[BW art. 4:29, 4:30]

Essentie: In deze zaak staat de vraag centraal of de langstlevende echtgenoot behoefte heeft aan het vestigen van een recht van vruchtgebruik op de woning van erflater (als bedoeld in art. 4:29 BW en art. 4:30 BW), waarbij deze vraag wordt beoordeeld aan de hand van de stelregel, de zogenoemde Hof-norm, zoals wordt gehanteerd bij het vaststellen van de behoefte aan partneralimentatie.

3 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4213 (*Tentoo/Minister SZW*).

4 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:238, «JIN» 2017/1, m.nt. M.A.H.M. van der Velden.

5 Voor payrollwerkgevers ligt dit sinds 1 januari 2020 reeds anders, nu sinds dat moment payroll is uitgezonderd van de uitzenddefinitie (art. 7:690 BW) en van de uitzend-cao.

6 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV), art. 7.

7 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4213 (*Tentoo/Minister SZW*), r.o. 9.1.

8 Zoals reeds in 2010 is geconstateerd door Rojer en Van der Veldt ('Dispensatie onder de loep', *ARBAC*, oktober 2010). Ook nadien vertoont de jurisprudentie een gelijk beeld.