



Mr. C.A. Hoekstra
Blom Veugelers Zuiderman Advocaten



Mr. T.J. Zuiderman
Blom Veugelers Zuiderman Advocaten

2021 was een roerig jaar, ook voor wat betreft pensioenrechtjurisprudentie. In het laatste kwartaal wees het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een arrest waar ons kantoor bij betrokken is geweest. De kwestie betrof de vraag of Stichting Joyce-House Nederland (Joyce-House) onder de werkingssfeer van Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW) valt. Anders dan de kantonrechter in eerste aanleg, beantwoordde het hof deze vraag ontkennend. Daarbij geeft het hof op basis van de toepasselijke cao-norm een algemeen kader dat kan worden gehanteerd bij het oplossen van dergelijke vraagstukken. Dit artikel bespreekt het door het hof aangelegde kader in het licht van overige jurisprudentie van de afgelopen jaren. Op basis daarvan maken wij een inschatting van hoe de praktijk met de handreikingen in de Joyce-House uitspraak kan omgaan en geven wij aanbevelingen om dergelijke geschillen in de toekomst beter te kunnen oplossen of zelfs te vermijden.

Verplichtstellingsbesluiten: helder als kristal of als koffiedik?

DE CASUS

Na enkele inleidende beschietingen oordeelt het hof dat het in beginsel aan PFZW is om feiten te stellen en bij betwisting te bewijzen waaruit volgt dat Joyce-House onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt.

Primair heeft PFZW aangevoerd dat Joyce-House kwalificeert als een werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg. Het subsidiaire standpunt van PFZW wordt (eveneens) afgewezen en laten wij verder buiten beschouwing. Het verplichtstellingsbesluit van PFZW duidt werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg als “de rechtspersoon, de maatschap, de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap die zorg of hulp verleent (...)”.

De zorg die de Joyce-House groep aanbiedt, wordt verleend vanuit twee dochterstichtingen, Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren. Joyce-House (Nederland) heeft weliswaar zorgcontracten afgesloten, maar verleent zelf geen zorg en verricht (nagenoeg) uitsluitend administratieve werkzaamheden voor de dochterstichtingen. Dit alles staat in de procedure niet ter discussie.

Scharnierpunt in de procedure is de vraag of de werkgever-rechtspersoon de zorg daadwerkelijk zelf moet verlenen (visie Joyce-House) of dat dit ruim moet worden uitgelegd, zodat daar- onder ook de werkgever-rechtspersoon valt die indirect zorg ver-

leent (visie PFZW). Dit laatste gebeurt dan concreet door het verrichten van activiteiten die ondersteunend zijn aan de (groeps) vennootschap die de zorg verleent.

Ook voor werknemers moet het duidelijk zijn of er een aansluitverplichting bestaat

Bij de beantwoording van deze kernvraag stelt het hof voorop dat een bepaling in een verplichtstellingsbesluit volgens vaste rechtspraak moet worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm.¹ Deze welbekende norm houdt in dat in beginsel de bewoordingen en eventueel de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de tekst van het gehele verplichtstellingsbesluit van doorslaggevende betekenis zijn. Het komt dus niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit. Bij deze uitleg kan onder meer worden gekeken naar de op andere plekken in het verplichtstellingsbe-

1 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363, rov. 3.3.1.

sluit gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Bij toepassing van de cao-norm kan geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan het verplichtstellingsbesluit zelf en de eventueel daarbij behorende toelichting, omdat anders voor degenen voor wie het verplichtstellingsbesluit geldt onvoldoende duidelijk is welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken.¹

Vervolgens oordeelt het hof dat dit toetsingskader maakt dat de werkingssfeer in het verplichtstellingsbesluit zo moet zijn geformuleerd dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs duidelijk moet zijn, dat zijn bedrijfsactiviteiten onder het verplichtstellingsbesluit vallen. Het hof acht deze duidelijkheid nodig vanwege de gevolgen voor een werkgever als die moet aansluiten.

Op basis daarvan concludeert het hof dat de bepaling in het verplichtstellingsbesluit van PFZW eng moet worden uitgelegd. Alleen de werkgever-rechtspersoon die daadwerkelijk zelf zorg verleent valt onder de definitie. Het hof motiveert dit als volgt:

Zonder toelichting, die ontbreekt, moet in de eerste plaats worden teruggevallen op de letterlijke tekst van het verplichtstellingsbesluit. Als het de bedoeling was een bredere groep te binden, had dit aan de tekst kunnen (moeten) worden toegevoegd. Zonder een dergelijke toevoeging zou een ruime uitleg van het verplichtstellingsbesluit leiden tot onduidelijkheid. Gelet op de verstrekkende gevolgen van kwalificatie als werkgever in de zin van de verplichtstelling is dat ongewenst. Voor een ruime uitleg is dus geen plaats.

Verder overweegt het hof dat niet het beleid van het bedrijfstakpensioenfonds, maar de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit zelf bepalend zijn bij de uitleg. Daarbij komt dat de onduidelijkheid niet is veroorzaakt omdat de bewoordingen met het verstrijken van de tijd ruimer zouden moeten worden uitgelegd, bijvoorbeeld door technologische vooruitgang, maar altijd al heeft bestaan. PFZW had dus eerder op aanpassing kunnen aandringen.

Afrondend concludeert het hof dat het gaat om een objectieve uitleg die voor alle situaties geldt. Omstandigheden, zoals het uitsluitend verrichten van een ondersteunende functie en geen zelfstandig economisch bestaansrecht hebben, kunnen daarom niet meewegen.

1 Voor deze laatste toevoeging verwijst het hof naar HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, rov. 3.4.2.

Verplichtstellingsbesluiten zijn niet altijd begrijpelijk

DE CASUS AFGEZET TEGEN BESTAANDE RECHTSPRAAK

Wat ons betreft past het oordeel van het hof in de lijn van bestaande rechtspraak over de uitleg van verplichtstellingsbesluiten. De uitleg van een verplichtstellingsbesluit moet volgens vaste jurisprudentie plaatsvinden conform de hierboven al aangeduide cao-norm. De Hoge Raad en verschillende hoven hebben dit de afgelopen jaren bevestigd.²

Het kader over duidelijkheid dat het hof geeft, is onderdeel van deze uitlegnorm. Ook dat is niet nieuw. De formulering die in het verplichtstellingsbesluit ter aanduiding van de werkingssfeer wordt gebruikt moet zodanig zijn dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs moet zijn, dat zijn bedrijfsactiviteiten vallen onder de werkingssfeer, zo oordeelde het Arnhemse hof reeds in 2019.³ Vergelijkbaar oordeelde hof Amsterdam in datzelfde jaar⁴ met de overweging dat de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds duidelijk dient te zijn, omdat voor de onder de verplichtstelling vallende werkgevers van rechtswege de verplichting ontstaat tot naleving van de statuten en reglementen van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds.⁵ Ook al eerder, in 2017, was Hof 's-Hertogenbosch van mening dat indien niet duidelijk uit een verplichtstellingsbesluit blijkt dat een onderneming onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, dit ook niet kan worden vastgesteld.⁶

2 Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7382.

3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7382.

4 Gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849.

5 Het arrest van het Amsterdamse gerechtshof werd op 9 april 2021 in cassatie vernietigd, maar de klachten die slaagden richtten zich niet tegen deze specifieke overweging van het hof. Zie HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527. Ook doet de Joyce-House zaak overigens laatstgenoemde HR procedure ons inziens geen geweld aan, omdat die kwestie ging over voortschrijdende technologie en een aanvulling van de werkingssfeer die geen wijziging van het begrip beoogde (zo stond tussen partijen vast), terwijl het oordeel in de Joyce-House zaak juist niet over (nieuwe) technologie gaat.

6 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788.

Het voorgaande is eveneens terug te vinden in de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000¹ en door het rapport van de Stichting van de Arbeid getiteld ‘Aanvalsplan witte vlek’ van 20 juni 2020, gepubliceerd op 3 september 2020.² Beide documenten bespreken de reikwijdte van de verplichtstelling en geven een kader voor de omschrijving van de werkingsfeer, dat onder andere duidelijk moet zijn.

Gelet op het voorgaande, zijn wij van mening dat het duidelijkheidskader als integraal onderdeel van de toepasselijke cao-uitlegnorm moet worden gezien bij het beoordelen van verplichtstellingsbesluiten. In zoverre achten wij dit kader niet ten overvloede. Evenmin achten wij de positie van de werknemers in het kader onderbelicht. Voor hen geldt net zoals voor werkgevers dat het duidelijk moet zijn of er wel of geen aansluitverplichting bij een bedrijfstakpensioenfonds bestaat. De gevolgen daarvan zijn immers ook voor de werknemers substantieel.

Per rechtspersoon beoordelen strookt met het begrip werkgever in de cao

WAT MOET DE PRAKTIJK HIER NU MEE? DRIE PIJNPUNTEN

Zoals rechtspraak en literatuur duidelijk maakt, komen werkingsfeergeschillen tussen werkgevers en pensioenfonds in de praktijk regelmatig voor. In veel situaties zijn de geschillen terug te voeren op een verschil van inzicht over de uitleg van de tekst van de verplichtstelling. De werkgever, niet bewust dat de activiteiten onder de werkingsfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen, heeft aan het personeel in veel gevallen een eigen pensioenregeling aangeboden. Jaren later tracht het bedrijfstakpensioenfonds de werkgever alsnog aan te sluiten, vaak met terugwerkende kracht tot de datum van oprichting. De welkomstbrief van het bedrijfstakpensioenfonds leidt regelmatig tot langdurige discussies.

Veelvoorkomende oorzaak hiervan is de wijze waarop verplichtstellingsbesluiten zijn opgesteld. Deze zijn niet altijd even begrijpelijk omdat ze te gedetailleerd zijn opgesteld of juist te algemeen. Drie onderwerpen van geschil zien wij vaak terug:

- 1 De definitie van werkgever (onderneming/ rechtspersoon/ anders)
- 2 Wanneer valt een werkgever eronder (hoofdzaakcriterium)
- 3 Tijdvak (terugwerkende kracht)

Definitie van werkgever (onderneming/ rechtspersoon/ anders)

Het Joyce-House arrest biedt duidelijkheid ten aanzien van de vraag tot wie de verplichtstelling is gericht, indien de verplichtstelling zich richt tot de rechtspersoon. Eerder heeft de Hoge Raad zich gebogen over een vergelijkbare vraag, namelijk – kort gezegd – of in het geval meerdere vennootschappen deel uitmaken van een groep, de toepasselijkheid van de cao voor elke vennootschap afzonderlijk moet worden gezien of niet.³ Het aan de uitspraak van de Hoge Raad voorafgaande arrest van Hof 's-Hertogenbosch overwoog in deze kwestie tussen FNV en van Oers dat het niet nader gedefinieerde begrip ‘onderneming’ in de zin van de cao niet beperkt hoefde te blijven tot één rechtspersoon.⁴ Volgens het hof kon worden aangesloten bij hetgeen in het algemeen, naar spraakgebruik, onder ‘onderneming’ verstaan wordt, waaronder ook kan worden begrepen een organisatie van ondernemingen die een economische eenheid vormt (rov. 3.5.2).

Het hof is voorts van oordeel dat de ratio van (een) de werkingsfeerbepaling in de(ze) cao geweld wordt aangedaan, indien een feitelijke samenhang van op elkaar afgestemde activiteiten binnen een groep of een concern met als gevolg de toepasselijkheid van een cao, zou kunnen worden doorbroken door de betreffende min of meer op elkaar afgestemde activiteiten onder te brengen in afzonderlijke vennootschappen, ook al vormen die vennootschappen telkens ieder voor zich een eigen juridische entiteit.

In de cassatieprocedure in deze zaak concludeert A-G De Bock dat het begrip ‘onderneming’ in arbeidsrechtelijke en ondernemingsrechtelijke zin, maar ook in het algemeen spraakgebruik, inderdaad een groep of concern kan omvatten, zoals ook het hof oordeelde.⁵ Voor het geval van van Oers stelt De Bock echter dat, gelet op de tekst en systematiek van de cao, ook indien sprake is van samenwerking in een groep of concern door meerdere rechtspersonen, voor iedere rechtspersoon afzonderlijk dient te worden gezien of de cao van toepassing is.

De Hoge Raad volgt deze conclusie en overweegt onder meer in rov 3.4.4 dat de uitleg dat voor iedere rechtspersoon afzonderlijk dient te worden gezien of de cao van toepassing is, strookt met de omschrijving van het begrip ‘werkgever’ in artikel 2.1 van de cao, luidende “een (natuurlijke of rechts-) persoon die op basis van een arbeidsovereenkomst één of meer werknemers in dienst heeft in zijn onderneming”.

3 Hoge Raad, 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171.

4 Hof 's-Hertogenbosch, 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:294.

5 Parket bij de Hoge Raad, 27 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:449.

1 <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030815/2021-01-01>.

2 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-944797>.

Zowel deze Hoge Raad uitspraak, als de Joyce-House uitspraak, maken onzes inziens duidelijk dat indien de verplichtstelling zich richt tot de rechtspersoon, deze zich daartoe beperkt. Van een uitbreiding tot rechtspersonen binnen de groep die niet zelf de werkzaamheden uitvoeren zoals vermeld in de verplichtstelling, maar wel daaraan ondersteunende activiteiten verlenen, kan geen sprake zijn.

Tot zover lijkt het duidelijk. Maar niet iedere verplichtstelling biedt op dit punt de gewenste duidelijkheid. Zo definieert de verplichtstelling van PME de ‘werkgever’ in artikel 1 als de natuurlijke of rechtspersoon voor wie een werknemer (...) arbeid pleegt te verrichten. Vervolgens wordt het deelnemen in PME verplicht gesteld voor werknemers in dienst van een werkgever in een onderneming in de Metalektro. Daarna wordt het begrip ‘werkgever’ niet meer gehanteerd en wordt het hoofdzakelijkheids criterium verbonden aan de ‘onderneming’ die activiteiten verricht als beschreven in de verplichtstelling. Het begrip ‘onderneming’ zelf is niet nader gedefinieerd.

Strekt de werkingssfeer zich slechts uit tot de werkgever, zijnde de rechtspersoon? Of moet naar het concern als geheel gekeken worden, indien sprake is van een groep van rechtspersonen? Uit de conclusie van de A-G Wissink in de zaak ROM/PME vs. Vector, kan worden afgeleid dat ROM en PME in het partijdebat kanttekeningen hebben geplaatst bij het standpunt van Vector dat de toepasselijkheid van de Metalektro-cao’s respectievelijk het verplichtstellingsbesluit moet worden beoordeeld per rechtspersoon.¹ Voor de verdere beoordeling van deze zaak was dit onderscheid niet relevant, zodat uit de gepubliceerde stukken niet duidelijk wordt welke argumenten ROM en PME hebben aangebracht voor hun standpunt.

De rechtsgevolgen van een beoordeling op het niveau van de onderneming, waarbij ook een groep van entiteiten als onderneming kan worden gezien, zijn niet altijd even aannemelijk. De volgende voorbeelden maken dat duidelijk.

Indien één rechtspersoon in de groep louter de activiteiten verricht die in de verplichtstelling zijn omschreven (rechtspersoon A) en de andere entiteiten niet of slechts in beperkte mate (met inbegrip van ondersteunende activiteiten aan rechtspersoon A), dan wordt op het niveau van de (groep van) onderneming(en) mogelijk niet voldaan aan het hoofdzakelijkheids criterium. In dat geval is ook rechtspersoon A niet tot aansluiting verplicht, terwijl dit wel het geval zou zijn bij een beoordeling op het niveau van de rechtspersoon. Aan de andere kant kan een toetsing op onder-

nemingsniveau ertoe leiden dat een rechtspersoon binnen de groep die geen activiteiten verricht die in de verplichtstelling zijn omschreven of die daaraan ondersteunend zijn, toch bij het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds dient aan te sluiten.

In beide gevallen roept het de vraag op of een beoordeling op ondernemingsniveau leidt tot een aannemelijk rechtsgevolg. Naar onze mening kan hier niet in zijn algemeenheid van uit worden gegaan. Het verdient om die reden aanbeveling om duidelijkheid te verschaffen in de verplichtstelling over de bedoeling van sociale partners, door begrippen als ‘werkgever’ en ‘onderneming’ duidelijk te definiëren (vgl. de wijziging van de verplichtstelling van PFZW per 1 januari 2021).

Verplichtstelling richt zich op rechtspersoon, niet op rechtspersonen

Hoofdzakelijkheids criterium

Naast eventuele uitleggeschillen ten aanzien van de aan te sluiten rechtspersoon of -personen, kan tevens discussie ontstaan over de mate waarin sprake moet zijn van bepaalde activiteiten, teneinde onder de verplichtstelling te vallen. Veel verplichtstellingen kennen een ‘uitsluitend of in hoofdzaak’ bepaling (hoofdzakelijkheids criterium). Of uitsluitend of in hoofdzaak bepaalde activiteiten worden verricht kan bijvoorbeeld worden gemeten aan de hand van het aantal arbeidsuren of het loon van werknemers die betrokken zijn bij de genoemde activiteiten of aan de hand van de omzet. Doorgaans tellen de uren c.q. het loon van werknemers die niet de in de verplichtstelling genoemde activiteiten verrichten, maar daaraan wel ondersteuning bieden (in de zin van verkoop, administratie etc.) mee bij de vaststelling van het hoofdzakelijkheids criterium.

In de procedure zoals genoemd in noot 9 (Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg (**Bpf Vervoer**)/Lotra) was onderwerp van geschil welke maatstaf moest worden gehanteerd voor de beoordeling of Bpf Vervoer of een ander Bpf van toepassing was. Is als maatstaf bedoeld het loon? Of de arbeidsuren? Of de omzet? De verplichtstelling vermeldt het niet. Het hof concludeert dat door dit hiaat niet kan worden vastgesteld of Lotra onder de verplichtstelling valt. Opmerkelijk is dat de verplichtstelling van Bpf Vervoer tot op de dag vandaag – ruim vier jaar na de uitspraak van het hof – nog steeds niet is gewijzigd om de vereiste duidelijkheid te bieden.

¹ Parket bij de Hoge Raad, 24 februari 2021, overweging 3.4.4. ECLI:NL:PHR:2012:BU9889.

Geen hoofdzakelijkheids criterium?

Niet alle verplichtstellingen bevatten een (duidelijk) hoofdzakelijkheids criterium. Voorbeelden hiervan zijn bedrijfstakpensioenfondsen Mode-, Interieur, Tapijt- en Textielindustrie (MITT) en een aantal door PFZW uitgevoerde verplichtstellingen.

De vraag is of een dergelijk ruime omschrijving in de praktijk voldoende duidelijk is en of dit tot een aannemelijk rechtsgevolg leidt. Dat kan wellicht zo zijn, indien gemengde ondernemingen binnen de sector niet (veelvuldig) voorkomen. Zo ontplooiën verpleeghuizen van oudsher doorgaans geen activiteiten buiten de zorg en zullen tandartsen doorgaans evenmin nevenactiviteiten aanbieden buiten de (tand)zorg. Wel zien we in de praktijk dat nieuwe initiatieven die inspelen op diverse behoeftes in de markt, het speelveld kunnen wijzigen. Het gevaar van een dubbele aansluiting ligt dan al gauw op de loer.

Indien een bedrijf slechts in zeer beperkte zin activiteiten ontplooit die in de verplichtstelling zijn omschreven, kwalificeert de werkgever dan als werkgever in de bedoelde bedrijfstak? En om aansluiting te zoeken bij de overweging van het hof in de Joyce-House zaak: is het voor de niet-georganiseerde werkgever dan nog duidelijk dat hij dient aan te sluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds (en de cao dient te volgen)? En bij de sociale fondsen in de sector, die een specifiek opleidingsaanbod kennen dat voor de meerderheid van de werknemers niet relevant is? Wij menen dat hier ruimte is voor discussie. Alsdan zal beoordeeld moeten worden of een door het Bpf voorgestane ruime uitleg tot een aannemelijk rechtsgevolg leidt.

Wij plaatsen dan ook vraagtekens bij de houdbaarheid van verplichtstellingen zonder hoofdzakelijkheids criterium. Wellicht dat een dergelijke verplichtstelling van oudsher weinig vragen oproept, omdat de schoenmaker zich nog bij zijn leest hield en één ambacht uitoefende. Innovatie, uitbreiding van het assortiment en toenemende diversiteit van de werkzaamheden vraagt echter om meer maatwerk, teneinde te voorkomen dat werkgevers en werknemers verplicht worden om aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds in een sector waar ze geen of slechts in zeer beperkte mate affiniteit mee hebben of om een dubbele aansluiting te voorkomen.

Verjaring

Ten slotte leidt het tijdvak waarover een werkgever moet aansluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds tot veel en wisselende rechtspraak. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om daarop nader in te gaan. Wel kan worden gezegd dat een eenduidige lijn op dit front behulpzaam zou zijn.

Definitie werkgever en onderneming vaak onduidelijk

AANBEVELINGEN OM DEZE PIJNPUNTEN OP TE LOSSEN EN AFRONDING

In dit artikel is een aantal uitspraken over werkingsfeergeschillen de revue gepasseerd. Wij constateren daarnaast dat een aanzienlijk deel van onze praktijk bestaat uit werkingsfeeronderzoeken en geschillen tussen werkgevers en bedrijfstakpensioenfondsen. Vaak betreft het werkgevers die zich niet bewust waren van een verplichting tot deelname en waarbij ook hun adviseurs dit niet (tijdig) hebben opgemerkt. Ligt de schuld dan volledig bij de werkgever en diens eventuele adviseur(s)? Of kunnen sociale partners hier ook lering uit trekken bij de formulering van teksten van verplichtstellingsbesluiten? Sociale partners zijn tenslotte degenen die een bepaald rechtsgevolg – verplichte aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds voor alle werkgevers binnen de bedrijfstak – nastreven. Wat ons betreft is hier zeker nog ruimte voor verbetering en we doen dan ook graag een aantal praktische aanbevelingen.

Voor sociale partners

- 1 Stel vast tot wie de verplichtstelling zich richt. Is dat de ‘rechtspersoon in de zin van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek’? Is dat de ‘onderneming’? Of is dat ‘onderneming (of onderdelen daarvan)’? Gelet op het ontbreken van een eenduidige wettelijke definitie van het begrip ‘onderneming’ is het wenselijk om dit in de verplichtstelling te concretiseren. Vallen ondersteunende activiteiten die binnen de groep door een andere entiteit worden uitgevoerd ook onder de verplichtstelling? Leg dat dan vast in de verplichtstelling, zoals PFZW per 1 januari 2021 heeft gedaan.
- 2 Wordt in de verplichtstelling onderscheid gemaakt tussen de onderneming en onderdelen/afdelingen daarvan? Licht dan toe wat dit onderscheid inhoudt en wat de gevolgen daarvan zijn.
- 3 Vermeld in de verplichtstelling duidelijk of er wel of geen ‘in hoofdzaak criterium’ geldt en zo ja, leg helder vast op basis van welke maatstaf wordt getoetst (activiteit/omzet/loon-som/gewerkte uren/contracturen/etc.)?
- 4 Wordt er geen hoofdzakelijkheids criterium gehanteerd, dan is het wenselijk dat dit expliciet wordt benoemd, met inbegrip van een toelichting van de gevolgen daarvan en een deugdelijke motivering waarom die gevolgen aannemelijk en redelijk zijn, gelet op het (wettelijk) kader. Leg ook duidelijke regels

vast voor het geval sprake is van overlap met andere werkingssferen.

- 5 Terzijde is in het vorige hoofdstuk geconstateerd dat het niet altijd duidelijk is hoe ver terug het pensioenfonds de premie kan innen. De praktijk zou gebaat zijn bij een eenduidige lijn in de jurisprudentie op dit vlak. Daarnaast zou door sociale partners en/of het bedrijfstakpensioenfonds beleid geformuleerd kunnen worden over de termijn voor terugwerkende kracht, waarbij duidelijk gemotiveerd wordt waarom voor een bepaalde termijn is gekozen.

Is een verplichtstelling zonder hoofdzakelijkheids criterium houdbaar?

Voor bedrijfstakpensioenfonds

In de praktijk constateren wij dat pensioenfonds beleid ontwikkelen dat wordt gebruikt bij de beoordeling of een werkgever onder de werkingssfeer valt. Dit beleid is doorgaans niet gepubliceerd. In het belang van rechtseenheid is het wenselijk dat relevant beleid op dit punt algemeen toegankelijk is en niet leidt tot verrassingen achteraf. Voor uitleg van verplichtstellingsbesluiten conform de cao-norm is dit zelfs noodzakelijk. Dit helpt niet alleen de duidelijkheid richting werkgevers, maar ook voor het pensioenfonds. Indien het beleid niet kenbaar is en niet blijkt uit de tekst van de verplichtstelling of algemeen beschikbare toelichtingen daarop, dan zal een beroep hierop bij de rechter niet kansrijk zijn.

Voor werkgevers

Voor werkgevers blijft het uiteraard van belang om – bij voorkeur periodiek – te laten beoordelen of de activiteiten mogelijk onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Bij meerdere rechtspersonen binnen een groep die een bepaalde samenhang kennen, verdient het aanbeveling om te laten toetsen of de verplichtstelling zich mogelijk uitstrekt tot alle rechtspersonen binnen de groep.

Ook bij overnames van ondernemingen is een werkingssfeeronderzoek (als onderdeel van een due diligence onderzoek) noodzakelijk. Niet zelden blijkt na de overname dat de overgenomen entiteit onder de werkingssfeer valt van een bedrijfstakpensioenfonds en dat de premies niet zijn afgedragen.

CONCLUSIE

De vraag of een werkgever onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt en zo ja, per wanneer, leidt regelmatig tot jurisprudentie. En dat is nog maar het topje van de ijsberg. Veel gehoord argument van de kant van bedrijfstakpensioenfonds is dat zij gelet op het adagium ‘geen premie, wel recht’ genoodzaakt zijn om niet aangesloten werkgevers op te sporen en ‘handhavend’ op te treden. Dit om te voorkomen dat het collectief opdraait voor de kosten van deze niet aangesloten werkgevers. Van dit laatste zullen maar weinig voorstander zijn. Van belang is dat op dit punt ook winst te behalen valt door de eigen verplichtstellingstekst goed tegen het licht te houden, gehanteerde begrippen te verduidelijken en te toetsen of de tekst aanpassing behoeft met het oog op innovatieve ontwikkelingen binnen de bedrijfstak. Streef naar zoveel mogelijk kristalheldere teksten, zodat werkgevers geen koffiedik hoeven te kijken.