

ger beroep vastgesteld op € 418,01 voor verschotten en op € 9.483,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Bpf Kappersbedrijf in de nakosten, begroot op € 157,- met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval Bpf Kappersbedrijf niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

wijst het meer of anders gevorderde af.

PJ 2019/107

HOF AMSTERDAM

23 juli 2019, nr. 200.226.448/01

(Mrs. F.J. Verbeek, G.C.C. Lewin, E. Verhulp)

met red. aant. mr. W.P.M. Thijssen

Art. 4, 8 Wet Bpf 2000; art. 24, 332, 337 lid 2, 843a Rv; art. 6:162 BW

ECLI:NL:GHAMS:2019:2674

Vorderingen bedrijfstakpensioenfondsen en CAO-fondsen toegewezen; hoger beroep te laat ingesteld en verweer achterwege gelaten.

De aansluitingsvorderingen, de premievorderingen, de vorderingen strekkend tot gegevensinvoer en de vorderingen tot schadevergoeding (vertragingsschade) van BPF Bouw en een drietal verplichte fondsen in de bouw werden toegewezen, wat de aansluitingsvorderingen betreft omdat pas met het hoger beroep tegen het eindvonnis in eerste aanleg (te laat) hoger beroep werd ingesteld tegen een eerder deelvonnis waarin de aansluitplicht was vastgesteld en wat de overige vorderingen betreft omdat in hoger beroep geen verweer werd gevoerd tegen een eisvermeerdering van de fondsen.

Redactionele aantekening

Deze zaak liep voor de werkgever die stelde niet onder de werkingssfeer van BPF Bouw en de verplichte fondsen binnen de bouw te vallen hoofdzakelijk om procesrechtelijke redenen volledig mis.

De aansluitkwestie

1. Tegen het deelvonnis waarin de Kantonrechter had geoordeeld dat de werkgever onder de werkingssfeer van de fondsen viel, werd pas hoger beroep ingesteld gelijktijdig met het hoger beroep tegen het eindvonnis van de Kantonrechter waarin de premieveroordelingen werden uitgesproken (zie overwegingen 3.2 tot en met 3.4 van het arrest van het hof). Omdat het deelvonnis van 3 juni 2016 dateerde, maar het hoger beroep pas op 14 en 18 september 2017 werd ingesteld, was het hoger beroep tegen het eindvonnis van 20 juni 2017 tijdig ingesteld, maar tegen het deelvonnis van 3 juni 2016 te laat. Hoe zit het ook weer? De termijn voor hoger beroep is 3 maanden (art. 339, lid 1 Rv). De praktijk kent tussenvonnissen (vonnissen die in het dictum, de formele uitspraak, geen eindbeslissingen bevatten) en eindvonnissen (vonnissen die in het dictum een eindbeslissing bevatten, bijvoorbeeld de beslissing dat een werkgever onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds of een bij CAO verplicht gesteld fonds valt). Tegen een eindvonnis is hoger beroep mogelijk (art. 332 Rv). Tegen een tussenvonnis is hoger beroep slechts mogelijk met het eindvonnis (art. 337, lid 2 Rv). Deelvonnissen zijn vonnissen die een eindbeslissing bevatten, maar geen einde maken aan de procedure. Het zijn deels eindvonnissen, deels tussenvonnissen. Het vonnis van 3 juni 2016 was een deelvonnis: het bevatte de eindbeslissing dat de werkgever onder de werkingssfeer van de fondsen viel maar maakte geen einde aan de procedure omdat werd geoordeeld dat de werkgever de juiste premiebepalende gegevens aan de fondsen mocht doen toekomen waarna de fondsen hun premievorderingen op de juiste gegevens zouden kunnen baseren. Daar uit de proceshouding van de werkgever in hoger beroep bleek dat hij zich tegen de aansluitplicht (althans tegen een aansluitplicht met terugwerkende kracht) wenste te blijven verzetten, had binnen 3 maanden te rekenen vanaf 3 juni 2016 hoger beroep tegen het deelvonnis moeten worden ingesteld. Zie overweging 3.10 van het arrest van het hof. Ik merk nog op dat uit art. 337, lid 2 Rv volgt dat tegen eindoverwegingen in een tussenvonnis die niet hun weerslag

vinden in het dictum (het formele oordeel), in hoger beroep tegen het eindvonnis grieven kunnen worden ingesteld, mits tevens hoger beroep tegen het tussenvonnis wordt ingesteld. Wordt dat nagelaten, dan staan de eindoordelen in het tussenvonnis in het hoger beroep vast (dit volgt uit het systeem van art. 337, lid 2 Rv).

De premiekwestie

2. Weliswaar werd tegen het eindvonnis van 20 juni 2017 tijdig hoger beroep ingesteld, zodat de hoogte van de premievordering in hoger beroep nog had kunnen worden bestreden, maar daar kwam kennelijk niets van terecht omdat in het hoger beroep tegen de hoogte van de door de fondsen gevorderde bedragen geen verweer werd gevoerd. Ook tegen de schadevergoedingsvordering werd geen verweer gevoerd. Zie overweging 3.10 van het arrest van het hof. Gevolg was dat de premievorderingen en de schadevergoedingsvorderingen werden toegewezen.

De schadevergoedingskwestie

3. Ik neem aan dat de schadevergoedingsvordering, althans die van BPF Bouw, ingesteld bij eiswijziging in hoger beroep (zie art. 130 Rv.), zag op het verschil tussen de (opgerente) doorsnee-premie en de actuariële premie benodigd voor de inkoop van rechten over de periode van terugwerkende kracht van de aansluiting. Deze vordering werd gebaseerd op onrechtmatige daad. De werkgever zou onrechtmatig hebben gehandeld door zich niet tijdig bij de fondsen te melden. Wat BPF Bouw betreft berust deze meldplicht op art. 4 Wet BPF 2000. Ik nuanceer de kwestie bij deze. Tegenover de meldplicht van de werkgever staat de handhavingsplicht van BPF Bouw. Een bedrijfstakpensioenfonds dient de verplichtstelling te handhaven wanneer het met de tot aansluiting verplichte werkgever bekend is of bekend had kunnen zijn (zie Asser/Lutjens 7-XI 2016/293). In het licht van het spanningsveld tussen meldplicht en handhavingsplicht dient te worden bepaald of niet aansluiting een onrechtmatige daad oplevert. Dat niet aansluiting onrechtmatig is, volgt uit art. 4 Wet BPF 2000. Maar voor een onrechtmatige daad is méér nodig dan onrechtmatigheid, zoals schuld. In mijn visie zou met name kunnen worden aangenomen dat van schuld geen sprake is, indien de werkings sfeer van de fondsen niet zodanig duidelijk is omschreven, dat de werkgever bij lezing van het werkings sfeerbesluit aanstonds kan vaststellen dat sprake is van aansluitplicht. Dit “duidelijkheids criterium” vond toepassing in Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 inzake *Lotra* (overweging 3.3.13), Gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849 inzake *Booking.com* (met name overweging 3.6) en recent in Rechtbank Rotterdam, Sector Kanton, Locatie Dordrecht 26 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6053 (overweging 5.28).

Onaanvaardbaarheidsverweer

4. Aan het bij akte overlegging productie in hoger beroep gevoerde “onaanvaardbaarheidsverweer” kwam het hof niet meer toe omdat die te laat (in strijd met de twee-conclusie-regel; zie HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3238 en de in overweging 3.3.2 van dat arrest aangehaalde rechtspraak) werd gevoerd. Ook dit verweer strandde op procesrechtelijke gronden.

Belang voor de rechtspraak

5. De vraag rijst of uit de eindoordelen van het hof (met name die ten aanzien van de schadevergoedingsplicht en de toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk) “regels” kunnen worden afgeleid die in de praktijk kunnen worden toegepast. Onbekend is immers hoe het hof zou hebben geoordeeld indien de zaak namens de werkgever optimaal zou zijn bepleit. Dit zal uit andere rechtspraak moeten blijken. De betekenis voor de rechtspraak van de hier geannoteerde uitspraak lijkt daarom beperkt. De belangen zijn groot, daar met de (schadevergoedings)vorderingen substantiële bedragen kunnen zijn gemoed.

mr. W.P.M. Thijssen

Arrest inzake:

Loon- en Aannemingsbedrijf [X] B.V., appellante, adv.: mr. P.W.M. Huisman te Bussum, tegen

1. Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid te Amsterdam,
2. Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Bouw & Infra te Harderwijk,
3. Stichting Scholingsfonds voor de Bouwnijverheid te Harderwijk,
4. Stichting Aanvullingsfonds Bouw & Infra te Harderwijk, geïntimeerden, adv.: prof. dr. E. Lutjens te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [X] en Bpf Bouw, O&O-fonds, Scholingsfonds en Aanvullingsfonds (geïntimeerden gezamenlijk: de Fondsen) genoemd.

[X] is bij dagvaarding van 14 september 2017 (ten aanzien van Bpf Bouw) en 18 september 2017 (ten aanzien van het O&O-fonds, Scholingsfonds en Aanvullingsfonds) in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam, (hierna: de kantonrechter), van 3 juni 2016 en 20 juni 2017, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen [X] als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie en de Fondsen als gedaagden in conventie, tevens eiseressen in reconventie.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens vermeerdering van eis, met producties;
- akte houdende uitlating vermeerdering van eis, met een productie, van de zijde van [X];
- akte houdende overlegging productie, van de zijde [X];
- antwoordakte van de zijde van de Fondsen.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 10 mei 2019 doen bepleiten, [X] door mr. Huisman voornoemd en mr. I. Morrema, advocaat te Bussum, en de Fondsen door mr. Lutjens voornoemd en door mr. B. Degelink, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht. Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] heeft geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en, uitvoerbaar bij voorraad, alsnog de vorderingen van [X] zal toewijzen en de vorderingen van de Fondsen zal afwijzen, met veroordeling van de Fondsen in de kosten van de procedure in beide instanties, inclusief nakosten en wettelijke rente.

De Fondsen hebben geconcludeerd dat het hof [X] niet-ontvankelijk zal verklaren in haar grieven, althans haar grieven ongegrond zal verklaren, en de bestreden vonnissen zal bekrachtigen en, na vermeerdering van eis, dat het hof [X] zal veroordelen tot betaling van:

1. aan Bpf Bouw wegens vergoeding van de schade die Bpf Bouw heeft geleden over de periode van 1 januari 2007 tot 24 maart 2009, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 24 maart 2009 tot de dag der algehele voldoening;
2. € 33.816,28 aan het O&O-fonds wegens vergoeding van de schade die het O&O-fonds heeft geleden over de periode van 1 januari 2007 tot 24 maart 2009, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 24 maart 2009 tot de dag der algehele voldoening;
3. € 17.703,17 aan het Aanvullingsfonds wegens vergoeding van de schade die het Aanvullingsfonds heeft geleden over de periode van 1 januari 2007 tot 24 maart 2009, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 24 maart 2009 tot de dag der algehele voldoening;
4. € 173.941,56 aan Bpf Bouw wegens premie over de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari 2018, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a en 6:120, lid 1 BW over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie op grond van het uitvoeringsreglement van Bpf Bouw betaald had moeten zijn tot de dag der algehele voldoening;
5. € 11.358,64 aan het O&O-fonds wegens premie over de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari 2018, te vermeerderen met de wettelijke rente over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie op grond van de cao Bedrijfstakeigen Regelingen voor de Bouwnijverheid (hierna: cao BTER) betaald had moeten zijn tot de dag der algehele voldoening;
6. € 16.925,89 aan het Aanvullingsfonds wegens premie over de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari 2018, te vermeerderen met de wettelijke rente over de verschuldigde premie twee weken nadat de premie op grond van de cao BTER betaald had moeten zijn tot de dag der algehele voldoening;

en dat het hof zal verklaren voor recht dat, indien uit de gegevens genoemd in de hierna te noemen vorderingen blijkt dat de door [X] verschuldigde premie over de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari

2018 hoger is dan het hiervoor onder 4, 5 en/of 6 genoemde bedrag, [X] dan verplicht is dat hogere bedrag te betalen aan Bpf Bouw, het O&O-fonds respectievelijk het Aanvullingsfonds;

dat het hof [X] zal veroordelen om binnen 14 dagen na de datum van betekening van het te wijzen arrest elektronisch de loon- en premiegegevens te verstrekken aan Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds, op de wijze als omschreven op <http://www.administratienet.nl>, omtrent de (gewezen) werknemers die tussen 1 januari 2007 en 24 maart 2009 en tussen 1 januari 2016 en de datum van het te wijzen arrest bij [X] in dienst zijn (geweest), op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per dag of gedeelte van een dag dat [X] geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen, met een maximum van € 200.000,-;

en dat het hof [X] zal verplichten om uiterlijk 42 dagen na de datum van betekening van het te wijzen arrest aan Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds te verstrekken een controleverklaring van een registeraccountant waarin de registeraccountant een goedkeurend oordeel uitspreekt over de juistheid en volledigheid van de loon- en premiegegevens die [X] heeft verstrekt, waaronder mede begrepen de loon- en premiegegevens die op grond van het onder 8 gevorderde zijn verstrekt, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per dag of gedeelte van een dag dat [X] geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen, met een maximum van € 200.000,-;

een en ander met veroordeling van [X] in de kosten van de procedure (naar het hof begrijpt) in hoger beroep, inclusief nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen nadat [X] is aangeschreven tot betaling van deze kosten.

[X] heeft geconcludeerd dat het hof de vorderingen van de Fondsen na vermeerdering van eis zal afwijzen.

[X] heeft in hoger beroep bewijs van haar stellingen aangeboden.

2 Feiten

De kantonrechter heeft in het in deze zaak gewezen vonnis van 3 juni 2016 de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1 [X] is opgericht in 1986 en houdt zich bezig met asbestverwijdering.

2.2 Bpf Bouw is een door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000).

2.3 De Fondsen zijn belast met de uitvoering en naleving van de cao bouwnijverheid, thans de cao bouw & infra (hierna: de cao bouw), de cao BTER en het besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (hierna: het verplichtstellingsbesluit). De uitvoering van de hieruit voortvloeiende verplichtingen tot premieheffing is uitbesteed aan Algemene Pensioen Groep N.V. (hierna: APG), voorheen Cordares Diensten B.V. De cao BTER bevat regelingen met betrekking tot het O&O-fonds, het Scholingsfonds en het Aanvullingsfonds op grond waarvan werkgevers die onder deze regelingen vallen, gehouden zijn tot premiebetaling aan deze fondsen.

2.4 Stichting Technisch Bureau voor de Bouwnijverheid (hierna: TBB), opgericht door werknemers- en werkgeversorganisaties in de bouwnijverheid, bevordert en ziet in opdracht van cao-partijen en Bpf Bouw toe op de naleving van het verplichtstellingsbesluit, de cao bouw en de cao BTER. In opdracht van TBB heeft APG onderzocht welke bedrijfsactiviteiten [X] verricht en hoe deze zich verhouden tot de verplichtstelling van Bpf Bouw en de werkingssfeer van de cao BTER. APG heeft daartoe op 11 september 2013 een bezoek gebracht aan [X] en op 16 september 2013 een rapport opgesteld. In dit rapport is geconcludeerd dat [X] een samengestelde onderneming is die zich hoofdzakelijk richt op asbestverwijdering, welke bedrijfsactiviteit valt onder de verplichtstelling van Bpf Bouw en de werkingssfeer van de cao BTER. Op basis van dit rapport heeft de commissie werkingssfeer, die is ingesteld door de betrokken cao-partijen, op 18 maart 2014 geoordeeld dat [X] met ingang van 1 januari 2007 verplicht is tot premiebetaling aan de Fondsen. Het bezwaar dat [X] hiertegen heeft gemaakt, is op 9 december 2014 ongegrond verklaard.

3 Beoordeling

3.1 [X] heeft in eerste aanleg in conventie gevorderd te verklaren voor recht dat zij niet onder de werkingssfeer van de cao bouw, de cao BTER en het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw is gevallen,

althans dat zij niet met terugwerkende kracht tot 1 januari 2007 gehouden is (pensioen)premies te voldoen, doch eerst per 24 maart 2014, met - uitvoerbaar bij voorraad - hoofdelijke veroordeling van de Fondsen in de proceskosten, met nakosten en wettelijke rente. De Fondsen hebben daartegen verweer gevoerd en in reconventie, kort samengevat, gevorderd - voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad - te verklaren voor recht dat [X] in ieder geval vanaf 1 januari 2007 onder de werkingssfeer van de sector bouwnijverheid valt, in het bijzonder van het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw, de cao BTER en de cao bouw; [X] te veroordelen om binnen twee weken na betekening van het te wijzen vonnis elektronisch de loon- en premiegegevens aan te leveren van haar werknemers over de loonperioden vanaf 1 januari 2007 op straffe van verbeurte van een dwangsom, en de hieruit volgende (vervangende) premienota's en kosten te voldoen, en [X] te veroordelen tot betaling van nader gespecificeerde bedragen aan premies; alles met veroordeling van [X] in de proceskosten, zowel in conventie als in reconventie, met nakosten en wettelijke rente.

3.2 De kantonrechter heeft in het dictum in zijn vonnis van 3 juni 2016 voor recht verklaard dat [X] in ieder geval vanaf 1 januari 2007 valt onder de werkingssfeer van de sector bouwnijverheid, in het bijzonder van de verplichtstelling van Bpf Bouw, en derhalve ingevolge artikel 4 Wet Bpf 2000 vanaf die datum gebonden is aan de statuten, reglementen en de besluiten van het bestuur van Bpf Bouw, alsmede van de algemeen verbindend verklaarde cao BTER, en voor de periode waarin deze algemeen verbindend verklaard is, de cao bouw, een en ander met dien verstande dat de verschuldigde (pensioen)premies c.a. door de Fondsen van [X] gevorderd kunnen worden met ingang van 24 maart 2009, en het overigens door [X] gevorderde afgewezen. Behoudens in zoverre dit vonnis als eindvonnis is aan te merken, heeft de kantonrechter iedere nadere beslissing aangehouden en daartoe - kort samengevat - overwogen dat ervan uitgegaan wordt dat [X] de loon- en premiegegevens vanaf 24 maart 2009 aan de Fondsen c.q. APG zal aanleveren, waarna de Fondsen in de gelegenheid zullen worden gesteld om bij nadere akte definitieve, op basis van de werkelijke gegevens opgemaakte premienota's in het geding te brengen onder aanpassing van hun betalingsvorderingen, waarna [X] hierop nog zal kunnen reageren.

3.3 In het vonnis van 20 juni 2017 heeft de kantonrechter overwogen dat hij zich gebonden acht aan de in het vonnis van 3 juni 2016 genomen eindbeslissingen en geen aanleiding ziet om zijn gegeven oordeel te herzien. De kantonrechter heeft verder [X] veroordeeld tot betaling van premies over de periode van 24 maart 2009 tot en met 31 december 2015, aan Bpf Bouw een bedrag van € 495.704,60, aan het O&O Fonds een bedrag van € 62.445,42 en aan het Aanvullingsfonds een bedrag van € 25.979, alles vermeerderd met de reglementair bepaalde wettelijke rente. De kantonrechter heeft het meer of anders gevorderde afgewezen en [X] veroordeeld in de kosten van de procedure zowel in conventie als in reconventie.

3.4 Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [X] met haar grieven op. Grief I houdt in dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat [X] valt onder de werkingssfeer van de hiervoor in r.o. 2.3 bedoelde besluiten en regelingen. Met grief II betoogt [X] dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de Fondsen van [X] (pensioen)premies c.a. kunnen vorderen over de periode vanaf 24 maart 2009. Grief III is gericht tegen de beslissing van de kantonrechter in het vonnis van 20 juni 2017 om niet terug te komen van (onderdelen van) het vonnis van 3 juni 2016.

Ontvankelijkheid

3.5 De Fondsen hebben zich op het standpunt gesteld dat [X] niet-ontvankelijk is in haar grieven. De grieven van [X] zijn gericht tegen de beslissingen in het dictum van het vonnis van 3 juni 2016, althans tegen de daaraan ten grondslag liggende overwegingen in het vonnis. In voornoemd dictum is omtrent een deel van het gevorderde een einde gemaakt en derhalve in zoverre sprake van een einduitspraak. De appeltermijn tegen dat gedeelte van het vonnis begon te lopen op 4 juni 2016. [X] heeft geen hoger beroep ingesteld binnen deze appeltermijn, zodat deze beslissingen - alsmede de daaraan ten grondslag liggende overwegingen in dat vonnis - tussen partijen vaststaan. Daartegen kan [X] in het onderhavige hoger beroep geen grieven richten, aldus de Fondsen.

3.6 [X] heeft aangevoerd dat de vonnissen van 3 juni 2016 en 20 juni 2017 een dermate grote onderlinge samenhang vertonen dat zij niet los van elkaar kunnen worden beschouwd en integraal, gezamenlijk in hoger beroep dienen te worden beoordeeld. De beide vonnissen berusten bovendien op een rechtens onjuiste grondslag en dienen vernietigd te worden omdat de cao bouw en het bijbehorend verplichtstellingsbesluit, waarop de Fondsen hun premievorderingen hebben gebaseerd, ten onrechte algemeen verbindend zijn verklaard. Omdat niet aan het representativiteitsvereiste is voldaan, had de cao bouw niet algemeen verbindend verklaard mogen worden en had deze regelgeving nooit aan de premievorderingen ten grondslag gelegd mogen worden. Vasthouden aan deze regelgeving moet in strijd met de openbare orde worden geacht, aldus [X].

3.7 Het hof volgt [X] niet in dit betoog. Indien in een uitspraak door een uitdrukkelijk dictum omtrent enig deel van het gevorderde een einde wordt gemaakt aan de instantie, is in zoverre sprake van een einduitspraak. De appel- of cassatietermijn tegen dat gedeelte van de uitspraak begint te lopen op de dag na die uitspraak. Indien een partij tegen dat deel van de uitspraak wil opkomen, moet zij binnen die termijn beroep instellen.

3.8 In de onderhavige zaak heeft de kantonrechter in het dictum in zijn vonnis van 3 juni 2016 beslissingen gegeven omtrent de vraag of, en zo ja vanaf welke datum [X] onder de werkingssfeer van de sector bouwnijverheid valt en de vraag met ingang van welke datum [X] op grond van de regelingen die gelden voor de bouwnijverheid (pensioen)premies c.a. aan de Fondsen verschuldigd is. Aldus heeft de kantonrechter in dit vonnis door een uitdrukkelijk dictum omtrent dit deel van het gevorderde reeds een einde gemaakt aan de eerste instantie en is in zoverre sprake van een einduitspraak waartegen direct een appeltermijn is gaan lopen. De grieven van [X] zijn alle gericht tegen deze einduitspraak. Aangezien [X] niet binnen de appeltermijn tegen deze einduitspraak in appel is gegaan, is zij niet-ontvankelijk in haar hoger beroep. Daarom komt het hof ook niet toe aan een inhoudelijk oordeel over de stelling van [X] dat de einduitspraak in strijd zou zijn met de openbare orde nu de cao bouw niet algemeen verbindend verklaard had mogen worden. Overigens valt niet in te zien dat, aangenomen dat de einduitspraak in het dictum in het vonnis van 3 juni 2016 in strijd zou zijn met de openbare orde, de kantonrechter bevoegd zou zijn geweest om dat uitgesproken vonnis 'in te trekken' of anderszins in het vonnis van 20 juni 2017 hiervan terug te komen en [X] heeft haar desbetreffende stellingen ook niet nader onderbouwd. In het vonnis van 20 juni 2017 heeft de kantonrechter vervolgens beslist over de hoogte van de door [X] aan de Fondsen verschuldigde (pensioen)premies c.a. en de proceskosten. Daartegen heeft [X] echter geen grieven aangevoerd. [X] zal daarom niet-ontvankelijk worden verklaard in het hoger beroep en de bestreden vonnissen zullen bekrachtigd worden.

Vergoeding van door de Fondsen over de periode van 1 januari 2007 tot 24 maart 2009 geleden schade

3.9 De Fondsen hebben na vermeerdering van eis betaling van schadevergoeding gevorderd omdat [X] in strijd met haar wettelijke plicht haar werknemers niet heeft aangemeld bij de Fondsen, geen gegevens heeft verstrekt over haar werknemers en daardoor geen premie heeft betaald over de periode van 1 januari 2007 tot 24 maart 2009. Aldus heeft [X] toerekenbaar onrechtmatig gehandeld en dient zij de daardoor door de Fondsen geleden schade te vergoeden. De Fondsen stellen de hoogte van de schade op de bedragen gelijk aan de premies en rente die [X] op grond van het uitvoeringsreglement van Bpf Bouw en de cao BTER over genoemde periode had moeten betalen aan de Fondsen.

3.10 Het hof stelt voorop dat gelet op de meergenoemde einduitspraak in het dictum in het vonnis van 3 juni 2016, die inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan, tussen partijen vast staat dat [X] in ieder geval vanaf 1 januari 2007 valt onder de werkingssfeer van de in r.o. 2.3 bedoelde besluiten en regelingen, in het bijzonder van de verplichtstelling van Bpf Bouw, en derhalve ingevolge artikel 4 Wet Bpf 2000 vanaf die datum gebonden is aan de statuten, reglementen en de besluiten van het bestuur van Bpf Bouw, alsmede van de algemeen verbindend verklaarde cao BTER, en voor de periode waarin deze algemeen verbindend verklaard is, de cao bouw. Aan het verweer van [X] dat zij, kort samengevat, niet wettelijk verplicht was om bedoelde regelingen na te leven gedurende de periode van 1 januari 2007 tot 24 maart 2009 gaat het hof daarom voorbij. Het hof overweegt dat [X] door haar verplichtingen uit bedoelde regelingen niet na te komen jegens de betreffende Fondsen onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is de dientengevolge door hen geleden schade te vergoeden. Tegen de hoogte van de gestelde schade en de gevorderde wettelijke rente heeft [X] geen verweer gevoerd zodat de desbetreffende vorderingen van de Fondsen als na te melden zullen worden toegewezen.

3.11 Voor zover [X] in haar akte houdende overlegging productie nog heeft aangevoerd dat toewijzing van de vorderingen van de Fondsen met terugwerkende kracht tot 2008 onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, kan daar geen acht op worden geslagen. Immers de rechter behoort in beginsel niet te letten op stellingen en wenen die later dan (zoals in dit geval) de akte houdende uitlating vermeerdering van eis worden aangevoerd, tenzij dit in strijd zou komen met de goede procesorde. Van zodanige strijd met de goede procesorde is echter geen sprake. Het hof overweegt ten overvloede dat de Fondsen gelet op hun verplichtingen jegens de werknemers in de bedrijfstak groot belang hebben bij toewijzing van hun premievorderingen vanaf de ingangsdatum terwijl [X] heeft nagelaten om deugdelijk te onderzoeken welke wettelijke verplichtingen zij heeft en na het werkingssfeeronderzoek heeft volhard in haar standpunt dat zij niet valt onder het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw, de cao bouw en de cao BTER. Van een mededelingsplicht van de Fondsen in dit verband is geen sprake en voor zover bij [X] verwarring is ontstaan door de verschillende regelingen, komt deze voor haar risico. Voor zover de stellingen van [X], dat zij haar medewerkers hogere salarissen heeft betaald

dan zij gedaan zou hebben als zij rekening had gehouden met de aan de Fondsen verschuldigde premies en dat zij er niet in zal slagen om de premies te verhalen op haar medewerkers, al juist zijn, geldt dat deze situatie uitsluitend door haar eigen toedoen is veroorzaakt. Anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het hof Den Haag van 2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3989, is het derhalve in de onderhavige zaak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat [X] met terugwerkende kracht tot 1 januari 2007 de verschuldigde premies dient te betalen terwijl bovendien niet valt in te zien dat en op welke wijze de Fondsen hierdoor ongerechtvaardigd zouden zijn verrijkt.

Premies over de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari 2018

3.12 De Fondsen hebben na vermeerdering van eis tevens betaling van premies over de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari 2018 gevorderd. [X] heeft aangevoerd dat niet vast staat dat de activiteiten van haar onderneming in deze periode (ook) onder de regelingen in de sector bouwnijverheid hebben gevallen. Betaling met terugwerkende kracht aan het Aanvullingsfonds en het O&O-Fonds zou bovendien volgens [X] leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van deze fondsen omdat dit niet meer tot enige prestatie van de zijde van deze fondsen kan leiden. Ten slotte heeft [X] de juistheid en de hoogte van de betreffende vorderingen van de Fondsen betwist omdat deze vorderingen niet zijn gebaseerd op haar feitelijke loongegevens.

3.13 Het hof overweegt dat de Fondsen tijdens het pleidooi onweersproken hebben toegelicht dat op verzoek van een werkgever een werkingssfeeronderzoek wordt herhaald wanneer de werkgever stelt dat een wijziging is opgetreden in de activiteiten van zijn onderneming. Een dergelijk verzoek heeft [X] echter niet gedaan zodat het hof als vaststaand aanneemt dat de activiteiten van [X] over de jaren 2016 en 2017 niet, althans niet noemenswaardig zijn gewijzigd ten opzichte van de in het in 2013 gehouden werkingssfeeronderzoek onderzochte periode. [X] heeft verder onvoldoende aangevoerd om te kunnen concluderen dat nakoming van haar betalingsverplichtingen jegens het Aanvullingsfonds en het O&O-Fonds over bedoelde periode zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van deze fondsen. Voor beide fondsen geldt, zoals de Fondsen onweersproken hebben aangevoerd, dat zij collectieve regelingen financieren terwijl tegenover de premiebetaling aan deze fondsen door werkgevers geen rechtstreekse betalingsverplichtingen van de fondsen jegens individuele werknemers staan. Derhalve is [X] gehouden om (ook) over de jaren 2016 en 2017 premies aan de betreffende fondsen te voldoen. Voor wat betreft de hoogte van de gevorderde premiebedragen stelt het hof echter vast dat de Fondsen niet hebben weersproken dat deze vorderingen niet zijn gebaseerd op de feitelijke loongegevens van [X] terwijl [X] inmiddels deze loongegevens wel heeft aangeleverd. Het hof acht de hoogte van de gevorderde premiebedragen om die reden door de Fondsen onvoldoende onderbouwd en zal dit deel van de vorderingen van de Fondsen daarom afwijzen.

Verstrekken van werknemersgegevens

3.14 Omdat de Fondsen onweersproken hebben gelaten dat [X] de gevorderde gegevens reeds heeft verstrekt, hebben zij naar het oordeel van het hof geen belang meer bij hun vordering tot het verstrekken van loon- en premiegegevens en zal hun daarop betrekking hebbende vordering eveneens worden afgewezen. [X] heeft geen verweer gevoerd tegen de vordering van de Fondsen tot het verstrekken van een verklaring van een registeraccountant waarin deze een goedkeurend oordeel uitsprekt over de juistheid en volledigheid van de loon- en premiegegevens die [X] heeft verstrekt, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Deze vordering acht het hof daarom toewijsbaar, behoudens het element 'goedkeurend', want dat heeft [X] niet (meer) in zijn macht, nu reeds vastligt over welke gegevens de accountant dient te oordelen.

Slotsom en proceskosten

3.15 Het bewijsaanbod van [X] wordt gepasseerd omdat [X] geen feiten heeft gesteld waarvan het bewijs tot een ander oordeel kan leiden dan hiervoor is overwogen. [X] zal niet-ontvankelijk worden verklaard in het hoger beroep. De (in hoger beroep vermeerderde) vorderingen van de Fondsen zullen gedeeltelijk worden toegewezen, een en ander als hierna vermeld, met veroordeling van [X] als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten in hoger beroep.

4 Beslissing

Het hof:

verklaart [X] niet-ontvankelijk in het hoger beroep;
veroordeelt [X] tot betaling van € 232.373,11 aan Bpf Bouw, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 24 maart 2009 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [X] tot betaling van € 33.816,28 aan het O&O-fonds, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 24 maart 2009 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [X] tot betaling van € 17.703,17 aan het Aanvullingsfonds, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 24 maart 2009 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [X] om uiterlijk 42 dagen na de datum van betekening van dit arrest aan Bpf Bouw, het O&O-fonds en het Aanvullingsfonds te verstrekken een controleverklaring van een registeraccountant waarin de registeraccountant een oordeel uitsprekt over de juistheid en volledigheid van de loon- en premiegegevens die [X] heeft verstrekt, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per dag of gedeelte van een dag dat [X] geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen, met een maximum van € 200.000,-;

veroordeelt [X] in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Fondsen begroot op € 716,- aan verschotten en € 3.222,- voor salaris en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen nadat [X] is aangeschreven tot betaling van deze kosten dan wel na het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde.

PJ 2019/108

RECHTBANK OVERIJSEL

2 juli 2019, nr. 7112817 \ CV Expl 18-4109
(Mr. J.A.O.M. van Aerde)

Art. 2 lid 1 en 23 Wet Bpf 2000; art. 8 Rome I

ECLI:NL:RBOVE:2019:2350

Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kon ambtshalve nota's opleggen. Nederland is gewoonlijk werkland dus verplichtstellingsbesluit is van toepassing.

Persoonlijke aansprakelijkheid tot betaling van premies aan verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Geen rechtsgeldige melding want alleen de mededeling "lijdt verlies" voldoet niet aan het vereiste tot verstrekken van inzicht in de oorzaken. Meldingen aan belastingdienst zijn niet aan Bpf gericht en daarom niet relevant. Aangezien werknemers gewoonlijk in Nederland werken en geen nauwere band met een ander land aanwezig is, is Wet Bpf 2000 van toepassing. Het Bpf mocht ambtshalve nota's opleggen. Niet is gebleken van wanverhouding. De melding "Klopt niks van" is geen deugdelijke betwisting.

Vonnis in de zaak van:

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg, en te Amsterdam, eiseres in de hoofdzaak in conventie, verweerster in reconventie, hierna te noemen: het Pensioenfonds, gem.: mr. E. Bakhuis, advocaat te Amsterdam, tegen

1. [Gedaagde],
2. De besloten vennootschap [gedaagd bedrijf 1 t/m 4] B.V. te Nieuwleusen, gedaagde partij in de hoofdzaak in conventie, eisende partij in reconventie, hierna te noemen [gedaagde] of [gedaagde], [gedaagd bedrijf 1], [gedaagd bedrijf 2], [gedaagd bedrijf 3] en [gedaagd bedrijf 4], gedaagden gezamenlijk worden [gedaagde] c.s. genoemd, gem.: aanvankelijk mr. M.D. Vrolijk, thans mr. L.H. Haarsma, advocaat te Paterswolde.

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - het vonnis van 12 februari 2019, gewezen tussen partijen, waarbij op de vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening is beslist en in de hoofdzaak tot voortzetting van de comparitie, die nadien is bepaald op 27 maart 2019;