

PJ 2023/57

Uitleg begrip personeelsvennootschap in Verplichtstellingsbesluit-2015 van StiPP.

Hof Arnhem-Leeuwarden 02-05-2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3665, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Hof Arnhem-Leeuwarden
Datum	2 mei 2023
Magistraten	Mrs. J. Sap, A.E.F. Hillen, T.J. Zuiderman
Zaaknummer	200.305.436
Noot	mr. W.P.M. Thijssen
JCDI	JCDI:ADS702227:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:GHARL:2023:3665, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 02-05-2023
Wetingang	Art. 4 Wet Bpf 2000; art. 2:24a, 2:24b BW

Essentie

Uitleg begrip personeelsvennootschap in Verplichtstellingsbesluit-2015 van StiPP.

Samenvatting

Personeelsvennootschap met binnen een groep een publiekrechtelijke rechtspersoon als aandeelhouder en een publiekrechtelijke rechtspersoon als opdrachtgever kwalificeert als van verplichte deelneming aan StiPP uitgezonderde uitzendonderneming.

Partij(en)

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Arnhem, afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof: 200.305.436

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht: 9119051)

arrest van 2 mei 2023

in de zaak van

Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten

die is gevestigd in Zeist

die hoger beroep heeft ingesteld

en bij de kantonrechter optrad als gedaagde in conventie en eisende partij in reconventie

hierna: StiPP

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer

tegen:

Zuidhoek-Flex B.V.

die is gevestigd in Zierikzee

die ook hoger beroep heeft ingesteld (incidenteel appel)

en die bij de kantonrechter optrad als eisende partij in conventie en verwerende partij in reconventie

hierna: Zuidhoek-Flex

advocaat: mr. P.H. Burger

Uitspraak

1. Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1

Naar aanleiding van het arrest van 30 augustus 2022 heeft op 4 april 2023 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal).

1.2

Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

2. De kern van de zaak

2.1

StiPP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Werkgevers die onder de werking van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn verplicht om daarin deel te nemen. Deelneming in StiPP is verplicht gesteld bij opvolgende besluiten van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verplichtstellingsbesluiten). Het gaat in deze zaak om de vraag of Zuidhoek-Flex in de periode 2013 tot 2021 valt onder de werkingssfeer van de Verplichtstellingsbesluiten. StiPP vindt dat dat het geval is, maar Zuidhoek-Flex denkt daar anders over. Partijen zijn het erover eens dat Zuidhoek-Flex vanaf 1 januari 2021 niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit van StiPP valt.

2.2

Partijen hebben bij de kantonrechter verklaringen voor recht gevorderd die inhouden dat Zuidhoek-Flex in de periode 2013 tot 2021 niet (de vordering in conventie van Zuidhoek-Flex) respectievelijk wel (vordering in reconventie van StiPP) onder de werkingssfeer van de Verplichtstellingsbesluiten valt, met enkele nevenvorderingen.

2.3

De kantonrechter heeft geoordeeld dat Zuidhoek-Flex:

- a. gedurende de periode 2013 tot 2015 wel, en
- b. gedurende de periode 2015 tot 2021 niet onder de werkingssfeer van de Verplichtstellingsbesluiten valt en de vorderingen van partijen gedeeltelijk toegewezen. De kosten van de procedure zijn gecompenseerd. De bedoeling van het hoger beroep is dat het hof hun afgewezen vorderingen alsnog toewijst. Het hoger beroep van StiPP richt zich op periode b en het (incidenteel) hoger beroep van Zuidhoek-Flex richt zich op periode a.

3. Het oordeel van het hof

De beslissing van het hof

3.1

Het hof zal beslissen dat Zuidhoek-Flex gedurende de hele periode van 2013 tot 2021 niet onder de werkingssfeer van de opvolgende Verplichtstellingsbesluiten valt. Het hof legt deze beslissing hierna uit.

De uitgangspunten voor de beslissing

3.2

Het hof zal voor de beide in geschil zijnde periodes (2013-2015 en 2015-2021) onderzoeken of Zuidhoek-Flex valt onder de werkingssfeer van Verplichtstellingsbesluiten die in de betreffende periodes golden. Bij dat onderzoek gaat het hof van het volgende uit.

3.3

In de periode 2013 tot 2015 gold het Verplichtstellingsbesluit StiPP van 30 januari 2009 (Verplichtstellingsbesluit 2009)^[1.]. Daarin staat:

“Het deelnemen in de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten is verplicht gesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming (...).

Hierbij wordt verstaan onder:

- uitzendonderneming:

de natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek.

- 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. (...)"

3.4

Van 1 januari 2015 tot 1 januari 2021 luidde het Verplichtstellingsbesluit van StiPP (Verplichtstellingsbesluit 2015)^[2.1], voor zover van belang, als volgt:

"Het deelnemen in de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten is verplichtgesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming, vanaf de eerste dag van de maand waarin zij de leeftijd van 21 jaar bereiken tot de eerste dag van de maand waarin zij de leeftijd van 67 jaar bereiken. Hierbij wordt verstaan onder:

- uitzendonderneming: de natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon in de zin van artikel 8 en 11 Wfsv (...) op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (...), niet zijnde de personeelsvennootschap.
- 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.
- personeelsvennootschap: de rechtspersoon, die voor de totale omvang van het premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van opdrachtgevers met wie de rechtspersoon in de zin van artikel 2:24a of 2:24b Burgerlijk Wetboek is verbonden om uitsluitend onder leiding en toezicht van die opdrachtgevers arbeid te laten verrichten. (...)"

3.5

De Verplichtstellingsbesluiten zijn recht in de zin van artikel 79 RO. Op de uitleg van deze regeling is de zogeheten cao-norm van toepassing, zo heeft de Hoge Raad herhaaldelijk bevestigd^[3.1]. De cao-norm houdt het volgende in. In beginsel zijn de bewoordingen van een cao, gelezen in het licht van de gehele tekst daarvan, van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de cao. De bedoeling van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, is in beginsel niet van belang voor de uitleg. Met die bedoeling kan alleen rekening gehouden worden als die naar objectieve maatstaven kenbaar is uit de bepalingen van de cao of de toelichting bij de cao. Bij de uitleg van een cao kan onder meer rekening worden gehouden met de op andere plaatsen in de cao gebruikte formuleringen. Ook kan van belang zijn of de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden aannemelijk zijn. De bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. Andere objectieve aanknopingspunten kunnen ook zijn eerdere of latere versies van het verplichtstellingsbesluit en wettelijke begrippen^[4.1].

3.6

Bij de beoordeling van de vraag of Zuidhoek-Flex onder de reikwijdte van de Verplichtstellingsbesluiten valt

gaat het erom welke activiteiten daadwerkelijk binnen haar onderneming worden uitgeoefend. Daarbij zijn de statutaire doelomschrijving of sectorindeling in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel niet doorslaggevend^[5.].

3.7

StiPP stelt dat Zuidhoek-Flex valt onder de reikwijdte van de Verplichtstellingsbesluiten. De bewijslast van die stelling berust op StiPP. Dat neemt niet weg dat van Zuidhoek-Flex, die betwist dat het Verplichtstellingsbesluit op haar van toepassing is, verlangd wordt dat zij haar verweer substantieert. De feitelijke gegevens, die van belang zijn voor de beoordeling van de vraag of Zuidhoek-Flex onder het Verplichtstellingsbesluit valt, hebben betrekking op haar bedrijfsvoering en personeelsbestand. Die gegevens bevinden zich dus in haar domein. Dat betekent dat Zuidhoek-Flex feitelijke gegevens moet verstrekken ter motivering van haar betwisting. Zij heeft in die zin een verzwaarde motiveringsplicht van haar verweer.

(personeels)vennootschap in de zin artikelen 2:24a en 2:24 b BW

3.8

Partijen zijn het er niet over eens of Zuidhoek-Flex een (zuivere) personeelsvennootschap is in de zin van het Verplichtstellingsbesluit 2015. In dat besluit is de personeelsvennootschap uitgezonderd van de definitie van de uitzendonderneming (zie 3.4). Partijen voeren in dat kader de discussie of Zuidhoek-Flex een dochteronderneming is in de zin van de artikelen 2:24a en 2:24b BW, omdat in het Verplichtstellingsbesluit 2015 aan die artikelen wordt gerefereerd in de definiëring van het begrip personeelsvennootschap. Het hof vindt die discussie ook van belang voor de vraag of Zuidhoek-Flex valt onder de definitie van een uitzendonderneming in de zin van de beide Verplichtstellingsbesluiten, dus ook het Verplichtstellingsbesluit 2009. In beide Verplichtstellingsbesluiten wordt de uitzendonderneming omschreven als (voor zover van belang) “ *zijnde een werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek*”. Dit wetsartikel definieert de uitzendovereenkomst en moet worden gelezen in samenhang met artikel 7:691 BW, zo heeft de Hoge Raad beslist^[6.]. Artikel 7:691 lid 6 BW bevat een uitzondering voor de uitzendovereenkomst “ *waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2*”. Ook hier wordt dus voor de uitzondering verwezen naar de artikelen 2:24a en 2:24b BW. Dat betekent dat als Zuidhoek-Flex niet binnen de reikwijdte van de artikelen 7:690 en 7:691 BW valt, zij ook niet kwalificeert als een uitzendonderneming in de zin van de Verplichtstellingsbesluiten.

3.9

Voor de uitleg van de tekst van het Verplichtstellingsbesluit 2009 let het hof ook op de overwegingen voorafgaand aan het Verplichtstellingsbesluit 2015, zoals kenbaar uit de publicatie van dat besluit in de Staatscourant. Daarin is (naar aanleiding van een zienswijze van het Verbond van Verzekeraars over doorlening) overwogen dat de sociale partners hebben aangegeven dat de voorgestelde verduidelijking ten aanzien van personeelsvennootschappen aansluit bij de al bestaande toepassingspraktijk. Daaruit blijkt dat het opnemen van de uitzondering van de personeelsvennootschappen geen wijziging in de werkingsfeer inhoudt. De vraag waar het dan in essentie om draait, is of Zuidhoek-Flex moet worden aangemerkt als uitzendonderneming (zoals bedoeld in de artikelen 7:690 en 7:691 BW).

De bedrijfsactiviteiten van Zuidhoek-Flex

3.10

StiPP stelt dat Zuidhoek-Flex een uitzendonderneming is, omdat zij werkgever is in de zin van artikel 7:690 BW (en niet valt onder de uitzonderingsbepaling van Verplichtstellingsbesluit 2015). StiPP verwijst naar de

inschrijving in de Kamer van Koophandel, waarin Zuidhoek-Flex is ingedeeld in de categorie “ *SBI-code: 78202 - Uitleenbureaus, Inzetten van arbeidskrachten, al dan niet met subsidie*”, de statuten van Zuidhoek-Flex, de arbeidsovereenkomsten, de verzamelloonstaten en de door Zuidhoek-Flex verstrekte informatie. Zuidhoek-Flex betwist dat zij een uitzendonderneming is in de zin van de Verplichtstellingsbesluiten. In dat verband voert zij aan dat de onderneming per 1 januari 1997 is opgericht door de gemeente Schouwen-Duiveland, die ook enig aandeelhouder is. Bij Zuidhoek-Flex zijn medewerkers in dienst die vallen onder de reikwijdte van de Participatiewet. De medewerkers van Zuidhoek-Flex worden allemaal tewerk gesteld bij het SW-bedrijf van de Gemeente (De Zuidhoek). Het betreft medewerkers met ernstige structurele beperkingen (maar zonder SW-indicatie) aan wie werkzaamheden in beschermd verband wordt aangeboden. Zij werken onder toezicht en leiding van de Gemeente (al dan niet aan opdrachten van derden). Daarop is volgens haar slechts één uitzondering geweest en die betrof een 17-jarige jongen die zij gedurende een jaar bij een derde partij tewerk heeft gesteld. Zuidhoek-Flex heeft ter onderbouwing van haar bedrijfsactiviteiten (ook al voorafgaande aan deze procedure) stukken uit haar administratie ter beschikking gesteld. Bij memorie van grieven heeft zij alle stukken overgelegd die betrekking hebben op de periodes waar het hier om gaat. Dat zijn arbeids- en detacheringsovereenkomsten en verzamelloonstaten. Daaruit blijkt dat al haar werknemers te werk gesteld zijn bij De Zuidhoek, aldus Zuidhoek-Flex.

3.11

Het hof oordeelt dat Zuidhoek-Flex, nu zij alle beschikbare gegevens heeft overgelegd en deze uitgebreid heeft toegelicht, heeft voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht. StiPP heeft daartegenover haar stelling dat de activiteiten van Zuidhoek-Flex meeromvattend zijn dan het tewerkstellen van medewerkers bij de gemeente onvoldoende onderbouwd. Allereerst volgt dat niet uit de indeling in de Kamer van Koophandel en de doelomschrijving in de statuten, omdat die niet leidend zijn. Het gaat immers om de werkelijke bedrijfsactiviteiten. StiPP benoemt een medewerker die eind 2015 twee maanden heeft gewerkt bij het Stadhuismuseum. Zuidhoek-Flex heeft echter aangetoond dat het museum toen nog van de gemeente was en per 1 januari 2016 is verzelfstandigd. Daarnaast is er één geval geweest van de hierboven al genoemde 17-jarige jongen die een jaar bij een ondernemer heeft gewerkt die hem graag aan de slag wilde helpen. Dat dit geval geen uitzondering was, zoals StiPP stelt, heeft zij tegenover het met stukken toegelichte verweer van Zuidhoek-Flex niet onderbouwd. Het hof gaat hierna (in rechtsoverweging 3.17) nog in op het belang van dit geval in verband met de definitie van de personeelsvennootschap in het Verplichtstellingsbesluit 2015, die uitgaat van de *totale* omvang van het premieplichtig loon op jaarbasis. Maar die ene uitzondering rechtvaardigt niet de stelling dat Zuidhoek-Flex zich bezighoudt met terbeschikkingstelling van medewerkers aan derden. StiPP erkent ook dat tewerkstelling in het overgrote deel van de gevallen bij de gemeente heeft plaatsgevonden. Zij wijst er nog op dat Zuidhoek-Flex zich ook met detachering bij derden bezighoudt, onder meer door overlegging van een screenshot van de website, maar Zuidhoek-Flex heeft erop gewezen dat het gaat om activiteiten en de website van De Zuidhoek, en niet van Zuidhoek-Flex.

3.12

Dit betekent dat het hof er bij de verdere beoordeling van uitgaat dat Zuidhoek-Flex, zoals zij stelt, werknemers in dienst heeft die zij tewerkstelt bij de gemeente.

Zuidhoek-Flex is een (personeels)vennootschap in de zin artikelen 2:24a en 2:24 b BW

3.13

Volgens StiPP is Zuidhoek-Flex geen (personeels)vennootschap in de zin van de artikelen 2:24a en 2:24b BW, omdat de Gemeente als publiekrechtelijk rechtspersoon is uitgezonderd van de toepasselijkheid van titel 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het hof volgt StiPP daarin niet. Het gaat hier namelijk niet om de vraag of de Gemeente binnen het bereik van de wetsbepalingen valt, maar of dat zo is voor Zuidhoek-Flex. Zuidhoek-Flex is een besloten vennootschap en voldoet aan de in artikel 2:24a BW omschreven definitie van een dochteronderneming van (de rechtspersoon) de Gemeente. Dat op de Gemeente de regels van titel 1 van

Boek 2, waaronder de artikelen 2:24a en 2:24b BW, niet van toepassing zijn doet dus niet ter zake. Iets anders blijkt ook niet uit de door StiPP geciteerde wetsgeschiedenis bij de betreffende artikelen ter uitvoering van de Zevende Richtlijn 83/349/ EEG en de door haar genoemde literatuur. Het hof leest daarin niet dat dat een publiekrechtelijk rechtspersoon geen dochteronderneming in de zin van de artikelen 2:24a en 2:24b BW kan hebben. Het feit dat de Gemeente geen vennootschapsrechtelijke onderneming is staat er niet aan in de weg dat zij “*een rechtspersoon*” is als genoemd in die artikelen en dat zij dus een dochteronderneming kan hebben. Het hof verwijst overigens naar wat de kantonrechter onder 4.6 heeft overwogen.

3.14

StiPP wijst in dit verband ook nog naar een brief aan haar van de sociale partners van 9 juni 2017. Nog los van het feit dat het hier niet gaat om een objectief kenbare openbare bron zoals hiervoor onder 3.5 genoemd, heeft de kantonrechter terecht overwogen dat in die brief niet meer staat dan dat de sociale partners uitzendovereenkomsten in het kader van de Participatiewet niet hebben willen uitzonderen van de werkingssfeer. Dat laat onverlet dat aan de overige vereisten van de Verplichtstellingsbesluit voldaan moet zijn.

3.15

StiPP benoemt tot slot de Verzamelwet SZW 2020 en wijst op de passage in de Memorie van Toelichting over artikel 1 lid 3 onder c van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)^[7]. Uit de door haar aangehaalde passage volgt dat de wetgever intra-concernuitzending binnen twee publiekrechtelijke rechtspersonen onder de uitzondering van artikel 1 lid 3 onder c van de Waadi wilde brengen. Uit de zin “*Deze definitie ziet echter niet op de publiekrechtelijke rechtspersonen, bedoeld in artikel 1, boek 2, BW, zodat intra-concern detacheringen bij deze rechtspersonen niet onder de definitie vallen*” volgt niet dat de artikelen 2:24a en 2:24b BW niet zien op een dochteronderneming van een publiekrechtelijk rechtspersoon, maar slechts dat deze niet zien op publiekrechtelijke rechtspersonen zelf.

3.16

Uit wat hiervoor is overwogen volgt dat het hof Zuidhoek-Flex aanmerkt als een dochteronderneming in de zin van artikel 2:24a BW van de Gemeente. De tewerkstelling van medewerkers van Zuidhoek-Flex moet dan ook gezien worden als intra-concern ter beschikkingstelling. Dat valt buiten de scope van de uitzendovereenkomst en daarmee van de definitie van de uitzendonderneming. Zuidhoek-Flex kwalificeert daarom, zoals onder 3.8 is overwogen, niet als een uitzendonderneming in de zin van de Verplichtstellingsbesluiten 2009 en 2015. In dit opzicht is de toevoeging over de “*personeelsvennootschap*” in het Verplichtstellingsbesluit 2015 slechts een verduidelijking, omdat de definitie van het begrip “*uitzendonderneming*” voldoende afbakening bood en biedt. Kennelijk was dit ook de opvatting van opstellers van het Verplichtstellingsbesluit 2015, zoals hierboven onder 3.9 al is overwogen. In zoverre kan niet van een gewijzigde omvang van de werking van het Verplichtstellingsbesluit worden gesproken.

3.17

Hieruit vloeit eveneens voor dat Zuidhoek-Flex een personeelsvennootschap is zoals gedefinieerd in de (uitzonderingsbepaling van) het Verplichtstellingsbesluit 2015. Het feit dat zij in één geval een 17-jarige jongen met beperkingen (die op grond van de leeftijdsgrens geen pensioen opbouwt) bij een derde partij tewerk gesteld heeft maakt dat niet anders. Hoewel in de omschrijving van de personeelsvennootschap in het Verplichtstellingsbesluit 2015 staat dat de intra-concern terbeschikkingstelling “*de totale omvang*” van het premieplichtig loon moet omvatten, geldt in dit geval dat één enkele terbeschikkingstelling aan een derde (zeker in de bijzondere situatie van een zeer kwetsbare jongere zoals toegelicht door Zuidhoek-Flex) niet maakt dat Zuidhoek-Flex als een uitzendonderneming gezien moet worden. Dat is een onaannemelijk rechtsgevolg.

3.18

StiPP heeft bij de mondelinge behandeling (voor het eerst) aangevoerd dat voor een zuivere personeelsvereniging de eis zou gelden dat sprake moet zijn van gelijke arbeidsvoorwaarden binnen het concern. Gelet op de twee conclusie-regel zal het hof deze stelling passeren. Ten overvloede merkt het hof op dat StiPP niet concreet heeft toegelicht waarop die eis van gelijke arbeidsvoorwaarden stoelt. Bovendien heeft Zuidhoek-Flex daar tegenover gesteld dat het de bewuste keuze van de wetgever is geweest om in het kader van de Participatiewet geen gelijke arbeidsvoorwaarden te laten gelden om de drempels naar de arbeidsmarkt voor mensen met een structurele beperking zo klein mogelijk te maken. Daarop stuiten ook de stellingen van StiPP af dat hier sprake is van een door de Gemeente gehanteerde constructie met het doel van benadeling van de medewerkers. Het feit, tot slot, dat StiPP andere (aan gemeentes gelieerde) ondernemingen, die zich bezighouden met terbeschikkingstelling van medewerkers in het kader van de Participatiewet, wel heeft aangesloten, leidt evenmin tot de conclusie dat dat voor Zuidhoek-Flex ook moet gelden. StiPP heeft namelijk niet gesteld en toegelicht dat de deze ondernemingen op dezelfde wijze zijn georganiseerd en dezelfde activiteiten verrichten als Zuidhoek-Flex.

Conclusie

3.19

De conclusie luidt dat Zuidhoek-Flex niet onder de werkingssfeer van de Verplichtstellingsbesluiten van StiPP valt. Het hof passeert het bewijsaanbod van StiPP, omdat zij geen feiten heeft gesteld die het hof tot een ander oordeel kunnen leiden. Het hoger beroep van StiPP slaagt niet, het incidenteel beroep van Zuidhoek-Flex wel.

3.20

Omdat StiPP in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof haar tot betaling van de proceskosten zowel in hoger beroep als bij de kantonrechter veroordelen. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

4. De beslissing

Het hof:

rechtdoende in het principaal en incidenteel hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland van 13 oktober 2021 en beslist:

verklaart voor recht dat Zuidhoek-Flex over de periode van 1 januari 2013 tot 1 januari 2021 niet onder de werkingssfeer van de Verplichtstellingsbesluiten van StiPP valt;

veroordeelt StiPP tot betaling van de volgende proceskosten van Zuidhoek-Flex tot aan de uitspraak van de rechtbank/kantonrechter:

€ 126,- aan griffierecht;

€ 85,81 aan kosten voor het betekenen (bekendmaken) van de dagvaarding aan StiPP;

€ 500,- aan salaris van de advocaat van Zuidhoek-Flex (2 procespunten x tarief onbepaalde waarde);

en tot betaling van de volgende proceskosten van Zuidhoek-Flex in hoger beroep:

€ 783,- aan griffierecht;

€ 2.366,- aan salaris van de advocaat van Zuidhoek-Flex (2 procespunten x appeltarief II)

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat verder is gevorderd.

Noot

Auteur: mr. W.P.M. Thijssen

In deze uitspraak oordeelde het hof dat een besloten vennootschap als bedoeld in art. 2:175 BW, waarvan de aandelen worden gehouden door een gemeente (een publiekrechtelijke rechtspersoon) en waarbij werknemers in dienst zijn die worden uitgezonden naar de gemeentelijke sociale werkplaats (net als de gemeente zelf ook een publiekrechtelijke rechtspersoon) als van verplichte deelneming aan StiPP uitgezonderde personeelsvennootschap geldt als de rechtspersonen tot een groep behoren. De personeelsvennootschap dient een privaatrechtelijke rechtspersoon te zijn, de aandeelhouder en de opdrachtgever binnen de groep kunnen publiekrechtelijk zijn. Het hof kwam tot dat oordeel op basis van voldoende door de personeelsvennootschap omtrent haar feitelijke activiteit gestelde en bewezen gegevens.

Juridisch relevante oordelen

1.

De juridisch relevante oordelen laten zich als volgt samenvatten:

- a. Een verplichtstellingsbesluit geldt als recht in de zin van art. 79 RO en moet worden uitgelegd op basis van objectieve uitleg (de Cao-uitlegmethode), zodat een brief van sociale partners die niet als toelichting bij het verplichtstellingsbesluit is opgenomen, niet als bij de uitleg in aanmerking te nemen rechtsbron geldt (zie de overwegingen 3.5 en 3.14);
- b. Op zichzelf rusten de stelplicht en bewijslast dat de werknemers van een werkgever de activiteiten beschreven in het verplichtstellingsbesluit op grond waarvan de deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds is verplichtgesteld op het bedrijfstakpensioenfonds (zie overweging 3.7);
- c. Omdat de gegevens die nodig zijn om te kunnen vaststellen of sprake is van verplichte deelneming zich in het domein van de werkgever bevinden, dient de werkgever het verweer dat geen sprake is van verplichte deelneming voor zijn werknemers te substantiëren door de voor toetsing van de activiteiten aan het verplichtstellingsbesluit benodigde gegevens te ontsluiten (zie overweging 3.7 en 3.11);
- d. De statutaire doelomschrijving en de sectorindeling van een werkgever in het handelsregister van de KvK zijn niet per se doorslaggevend voor de vaststelling of de activiteiten van de werknemers van de werkgever worden bestreken door een verplichtstellingsbesluit van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (zie overweging 3.5);
- e. Van een onder Verplichtstellingsbesluit-2015 van StiPP uitgezonderde personeelsvennootschap is sprake als deze vennootschap een dochter is als bedoeld in art. 2:24a BW van een andere publiekrechtelijke rechtspersoon en deze publiekrechtelijke aandeelhouder, de personeelsvennootschap zelf en de eveneens publiekrechtelijke opdrachtgever tot een groep als bedoeld in art. 2:24b BW behoren (zie overweging 3.13);
- f. Van een onder Verplichtstellingsbesluit-2015 van StiPP uitgezonderde personeelsvennootschap kan

sprake zijn als de aandelen van een vennootschap in de zin van art. 2:175 BW die als uitzendonderneming fungeert, worden gehouden door een publiekrechtelijke rechtspersoon (in casu een gemeente) en uitzending plaatsvindt naar een andere publiekrechtelijke rechtspersoon die door de gemeente in het leven is geroepen en die behoort tot de groep waartoe de aandeelhouder en de personeelsvennootschap behoren (het gaat er om dat de personeelsvennootschap een privaatrechtelijke rechtspersoon is, de aandeelhouder en de opdrachtgever kunnen publiekrechtelijke rechtspersoon zijn; zie overweging 3.13 en 3.3.16);

- g. Met de uitzondering in Verplichtstellingsbesluit-2015 van StiPP voor personeelsvennootschappen werd de reeds onder Verplichtstellingsbesluit-2009 geldende uitzondering, gebaseerd op de toepassingspraktijk, vastgelegd als toelichting op Verplichtstellingsbesluit-2015 (zie overweging 3.16);
- h. Als tijdelijk één werknemer niet binnen de groep wordt uitgezonden, betekent dat niet dat de personeelsvennootschap met alle werknemers onder de werkingssfeer van StiPP valt omdat in die situatie niet het totale premieplichtig loon op intra concern uitzending ziet, omdat een dergelijke strikte uitleg in het licht van objectieve uitleg tot een onaannemelijk rechtsgevolg zou leiden (zie overweging 3.17);
- i. Binnen de groep waarbinnen een personeelsvennootschap functioneert, hoeven de arbeidsvoorwaarden van “intra concern” uitgezonden werknemers niet gelijk te zijn aan die van andere werknemers (zie overweging 3.18).

2.

Een duidelijke, juiste en ook duidelijk gemotiveerde uitspraak. Op het punt van de positie van intra concern uitzending binnen groepen waartoe publiekrechtelijke rechtspersonen behoren geeft het hof duidelijke guidance: de personeelsvennootschap dient een private rechtspersoon te zijn, de aandeelhouder van de personeelsvennootschap en de opdrachtgever kunnen publiekrechtelijke rechtspersonen zijn. Een paar andere aspecten verdienen nog aandacht.

Bijzondere exhibitieplicht

3.

Als de partij die de feiten, die aan zijn vordering ten grondslag worden gelegd, moet stellen en bewijzen afhankelijk is van de wederpartij voor het verkrijgen van de daarvoor benodigde feitelijke informatie, geldt de zogenaamde bijzondere exhibitieplicht. Zie art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In het kader van geschillen tussen een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en een werkgever die wenst dat de rechter oordeelt dat de activiteiten van zijn werknemers niet worden bestreken door het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds, zal de werkgever niet bereidwillig zijn informatie te verstrekken. Dat kan zijn procespositie immers schaden.

4.

Uit de rechtspraak blijkt echter dat de exhibitieplicht relatief snel wordt aangenomen. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, *PJ* 2013/197 oordeelde dat als een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds aannemelijk maakt dat een werkgever onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, de werkgever niet met blote betwisting van dat standpunt van het

bedrijfstakingpensioenfondsen kan volstaan. De werkgever dient dan te bewijzen dat geen sprake is van verplichte deelneming door de voor die vaststelling benodigde informatie te verstrekken. De exhibitieplicht komt dan bijna neer op een omkering van de bewijslast. De sanctie op het niet verstrekken van de gegevens die een verplichtgesteld bedrijfstakingpensioenfonds nodig heeft om te kunnen vaststellen of de werknemers van een werkgever activiteiten verrichten die worden bestreken door het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakingpensioenfonds bleek uit Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BE0021 (niet opgenomen in PJ). Het hof oordeelde dat een verplichtgesteld bedrijfstakingpensioenfonds mag aannemen dat de werknemers van een werkgever onder de werkingssfeer van het bedrijfstakingpensioenfonds vallen als de werkgever de informatie die nodig is voor het doen van een werkingssfeeronderzoek niet beschikbaar stelt.

Declaratoire versus constitutieve wijziging van een verplichtstellingsbesluit

5.

Het hof oordeelde dat de codificatie van de personeelsvereniging in Verplichtstellingsbesluit-2015 van StiPP declaratoir was (verduidelijking van wat al als rechtens gold onder Verplichtstellingsbesluit-2009). Dat oordeel baseerde het hof op de totstandkomingshistorie van Verplichtstellingsbesluit-2015. Dat kon het hof zo construeren binnen het kader van objectieve uitleg omdat die historie bleek uit de publicatie van Verplichtstellingsbesluit-2015 in de Staatscourant (*Stcrt.* 22 december 2014, nr. 37623).

6.

Voor de praktijk rijst de vraag wanneer meer in het algemeen een wijziging van een verplichtstellingsbesluit declaratoir of constitutief is. Het antwoord op die vraag kan van groot belang zijn in verband met beantwoording van de vraag vanaf welk moment verplichte deelneming voor de werknemers van een bepaalde werkgever aanvangt en voor beantwoording van de vraag of recht bestaat op vrijstelling van de verplichte deelneming op de voet van art. 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf-2000 (vrijstelling in verband met bestaande eigen pensioenregeling).

7.

Het antwoord lijkt dat een wijziging van een verplichtstellingsbesluit die naar de letter een verruiming (of een beperking) van de werkingssfeer inhoudt constitutief is, tenzij uit de tekst of een schriftelijke toelichting die onderdeel uitmaakt van het verplichtstellingsbesluit het tegendeel blijkt. Het zou de rechtszekerheid te veel geweld aandoen als verplichtgestelde bedrijfstakingpensioenfondsen door verruiming van de werkingssfeer op grote schaal werkgevers met terugwerkende kracht zouden kunnen aansluiten. De feitelijke handhavingspraktijk is overigens volgens de rechtspraak in het kader van uitleg van een verplichtstellingsbesluit zonder betekenis (HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298 inzake Greenpeace/BPF Koopvaardij).

Leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg

8.

Het oordeel dat door uitzending van één werknemer buiten de groep de personeelsvereniging niet onder

de werkingssfeer van StiPP komt te vallen is opmerkelijk. Strikt genomen werd niet de totale loonsom aan uitzending binnen de groep gependend. Toch betekende dit niet dat alle werknemers van de personeelsvereniging onder de werkingssfeer van StiPP kwamen te vallen, omdat die consequentie tot een onaannemelijk rechtsgevolg zou leiden in het licht van objectieve uitleg van het verplichtstellingsbesluit van StiPP. Het hof had dit oordeel ook kunnen baseren op het onaanvaardbaarheidsleerstuk (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid; art. 6:2, lid 2 BW) waarmee het verplichtstellingsbesluit terzijde zou kunnen worden geschoven. De keuze voor de route via het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg komt mij juist voor. Als het meer algemene middel (het onaanvaardbaarheidsleerstuk) niet hoeft te worden ingezet omdat een meer specifiek middel (het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg) beschikbaar is, ligt het in de rede het meer specifieke middel in te zetten. Het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg is specifiek voor interpretatie van rechtsbronnen zoals verplichtstellingsbesluiten in de rechtspraak ontwikkeld. Het hof verwees naar HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 inzake PMT/Unis en HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298 inzake Greenpeace/BPF Koopvaardij.

9.

In twee andere recente zaken werd een verplichtstellingsbesluit ook niet strikt toegepast. Het betrof werkgevers waarvan slechts een gering deel van de werknemers actief was binnen de sfeer van het verplichtstellingsbesluit. Het ging om de uitleg van het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor de textielindustrie (BPF MITT) dat géén hoofdzakelijkheids criterium bevat. In Rechtbank Alkmaar 8 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11361 inzake Woltex/BPF MITT werd 24% van de omzet van de werkgever gegenereerd met activiteiten beschreven in het werkingssfeerbesluit van BPF MITT. De rechtbank oordeelde dat gezien het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium weliswaar een ondergrens geldt, maar dat deze werkgever desondanks aansluitplichtig was. De rechtbank oordeelde dat aansluiting gegeven de omstandigheid dat 24% van de omzet onder het bereik van BPF MITT viel aansluiting niet diende af te stuiten op toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk. Kennelijk baseerde de Rechtbank de ondergrens op het onaanvaardbaarheidsleerstuk. In Rechtbank Den Haag 10 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3046 inzake Nescio Nomen/BPF MITT stelde BPF MITT dat ook wanneer de in het werkingssfeerbesluit beschreven activiteiten voor een verwaarloosbaar percentage van minder dan 1% worden verricht, alle werknemers moeten deelnemen. Bij de betreffende werkgever ging het om minder dan 5% van de omzet. De Rechtbank oordeelde dat onder die omstandigheden geen aansluitplicht bestaat. In het midden bleef of de rechtbank tot dat oordeel kwam op basis van toepassing van het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg of het onaanvaardbaarheidsleerstuk. In het licht van de hier geannoteerde uitspraak lijkt toepassing van het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg geïndiceerd. Dat leerstuk had ook in de zaak ten overstaan van de Rechtbank Alkmaar kunnen worden toegepast.

Voetnoten

[1.] *Stcrt.* 3 februari 2009, nr. 22

[2.] Besluit van 18 december 2014, *Stcrt.* 22 december 2014, nr 37623

[3.] HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363, ro. 3.3.1, zie ook HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298

[4.] ECLI:PHR:2022:1041, 3.15 en 3.17

[5.] ECLI:PHR:2022:1041, 3.18

[6.] HR 4 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356

[7.] [Kamerstukken II, 1996-1997, 25263](#) nr. 3 p. 7