

PJ 2024/10

## Uitleg hoofdzakelijkheids criterium op basis van objectieve uitleg bij overlap.

Rb. Amsterdam 17-11-2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:7314, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum	17 november 2023
Magistraten	Mr. M.W. van der Veen
Zaaknummer	10064717 CV EXPL 22-11025
Noot	mr. W.P.M. Thijssen
JCDI	JCDI:ADS941863:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:RBAMS:2023:7314, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 17-11-2023
Wetingang	Art. 2, 4, 13 Wet Bpf 2000; art. 2, 7 lid 5 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000; Beleid sregels Toetsingskader Wet Bpf 2000

### Essentie

Uitleg hoofdzakelijkheids criterium op basis van objectieve uitleg bij overlap.

### Samenvatting

Bij overlap op grond van objectieve uitleg beperkte uitleg van een verplichtstellingsbesluit zonder hoofdzakelijkheids criterium ten faveure van een verplichtstellingsbesluit met hoofdzakelijkheids criterium als de kernactiviteiten van de werkgever leiden tot aansluiting bij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds dat het hoofdzakelijkheids criterium hanteert, terwijl de activiteiten van de werkgever die tot aansluiting leiden bij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds dat geen hoofdzakelijkheids criterium hanteert een beperkt deel van activiteiten uitmaken.

### Partij(en)

vonnis

*RECHTBANK AMSTERDAM*

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 10064717 CV EXPL 22-11025

vonnis van: 17 november 2023

*vonnis van de kantonrechter*

Inzake

*de stichting*

*Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode- Interieur, Tapijt- en Textielindustrie*

gevestigd te Heerlen

eiseres

nader te noemen: Bpf MITT

gemachtigde: mr. E. Lutjens

tegen

*de commanditaire vennootschap*

*G-Star Raw C.V.*

gevestigd te Amsterdam-Duivendrecht

gedaagde

nader te noemen: G-Star

gemachtigden: mrs. P.G. Vestering en D.L. Kok

met als tussenkomende partij:

*de stichting*

*Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel*

gevestigd te Utrecht

tussenkomende partij

nader te noemen: Bpf Detailhandel

gemachtigde: mr. M.W. Minnaard

## **Uitspraak**

### **VERDER VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

Op 18 november 2022 is een tussenvonnis geweest. Het verdere verloop van de procedure volgt uit:

- de conclusie van antwoord van G-Star, met producties;
- de conclusie van eis in tussenkomst van Bpf Detailhandel, met producties;
- de conclusie van antwoord in tussenkomst van Bpf MITT, met een productie;
- de antwoordakte in tussenkomst van G-Star;
- het instructievonnis van 10 maart 2023, waarin een mondelinge behandeling van de zaak is gelast;

- aanvullende producties van G-Star van 7 september 2023;
- aanvullende producties van Bpf MITT van 11 september 2023.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 19 september 2023. Voor Bpf MITT zijn verschenen [naam bestuursvoorzitter] (bestuursvoorzitter) en [naam secretaris] (secretaris), vergezeld door de gemachtigde. Namens G-Star is [naam General Counsel] (General Counsel) verschenen, met de gemachtigden. Namens Bpf Detailhandel zijn [naam Hoofd Pensioenen] (Hoofd Pensioenen) en [naam werknemersvoorzitter] (werknemersvoorzitter) verschenen, eveneens vergezeld door de gemachtigde.

Partijen zijn gehoord, hebben pleitnotities voorgedragen en hebben vragen van de kantonrechter beantwoord.

Ten slotte is vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

## Gronden van de beslissing

### Feiten

1.  
Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast:

#### 1.1.

Bpf MITT en Bpf Detailhandel zijn verplichtgestelde bedrijfstak-pensioenfondsen in de zin van de Pensioenwet en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000). De werkgever voor wiens werknemers deelneming in Bpf MITT, dan wel Bpf Detailhandel verplicht is gesteld is gehouden tot betaling van de voor zijn werknemers uit hoofde van hun verplichte deelneming aan het pensioenfonds verschuldigde premies.

#### 1.2.

Het Verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT van 6 februari 2018 (Staatscourant 2018, nr. 6910) geldt voor werknemers die werkzaam zijn bij een werkgever in de mode-, interieur-, tapijt- en textielindustrie. Onder mode- en interieurindustrie moet volgens de verplichtstelling worden verstaan het vervaardigen en/of doen vervaardigen en/of het ver- en/of bewerken dan wel doen ver- en/of bewerken van kleding en/of kledingaccessoires en/of andere textielstukgoederen. Van vervaardigen en/of doen vervaardigen en/of ver- en/of bewerken dan wel doen ver- en/of bewerken is sprake als een onderneming één of meer van de fasen van de voortbrengingscyclus (van ontwerp tot en met verzendklaar maken) van kleding en/of kledingaccessoires en/of andere textielgoederen verricht en/of in zijn opdracht door derden laat verrichten.

#### 1.3.

Het Verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel (besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 december 1971, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 30 september 2020) geldt voor werknemers die werkzaam zijn bij werkgevers die de detailhandel uitoefenen, te weten: (i) het bedrijf van het kopen en aan particulieren verkopen van waren en (ii) het vervullen van de functie van het in een winkel aan particulieren verkopen van waren. In de verplichtstelling is verder opgenomen dat de verplichtstelling niet geldt voor werkgevers “ *in wiens onderneming de detailhandel in loonbedrag overtroffen wordt door het loonbedrag in verband met andere in die onderneming plaatsvindende bedrijvigheid.*”. Dit wordt ook wel het

hoofdzakelijkheids criterium genoemd. Het Verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT kent geen hoofdzakelijkheids criterium.

#### 1.4.

G-Star is de moedermaatschappij van een concern dat zich richt op de exploitatie van een kleding(verkoop)bedrijf. In G-Star is het hoofdkantoor van de G-Star Groep ondergebracht. Op het hoofdkantoor waren eind 2022 afgerond 300 full time equivalent (fte) werknemers in dienst.

#### 1.5.

Omdat (de rechtsvoorganger van) G-Star al tijdig voordat de verplichtstelling van Bpf MITT van toepassing werd een eigen pensioenregeling had, heeft G-Star in 2000 op grond van artikel 13 Wet Bpf 2000 en het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (verder: het Vrijstellingsbesluit) vrijstelling van deelneming in Bpf MITT gevraagd en verkregen. Die vrijstelling is per 1 januari 2017 gecontinueerd.

#### 1.6.

G-Star heeft zich per 1 april 2019 aangesloten bij Bpf Detailhandel, wat door Bpf Detailhandel is bevestigd bij brief van 6 juli 2020. Per diezelfde datum heeft G-Star van Bpf Detailhandel een vrijstelling van deelname op grond van het Vrijstellingsbesluit verkregen omdat Bpf Detailhandel de eigen pensioenregeling van G-Star als gelijkwaardig aan de regeling van Bpf Detailhandel heeft beoordeeld.

#### 1.7.

Bij brief van 22 april 2020 heeft Bpf MITT aan G-Star bericht de gelijkwaardigheid van de eigen pensioenregeling opnieuw te willen toetsen. G-Star heeft op dit verzoek gereageerd op 18 juni 2020 en onder meer aangegeven -kort gezegd- dat zij de afgelopen jaren een transitie heeft doorgemaakt van ontwerp- en groothandelorganisatie naar een organisatie die vooral gericht is op de verkoop van kleding aan consumenten. Op pensioengebied heeft dit volgens G-Star tot gevolg dat zij niet langer onder Bpf MITT valt, maar dat de pensioenregeling van Bpf Detailhandel qua werkingssfeer past bij G-Star.

#### 1.8.

In daaropvolgende correspondentie tussen Bpf MITT en G-Star heeft Bpf MITT zich steeds op het standpunt gesteld dat G-Star onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in Bpf MITT valt. G-Star heeft dit telkens betwist en te kennen gegeven dat haar activiteiten inmiddels zijn gewijzigd van kledingontwerp- en productiebedrijf naar overwegend retailbedrijf en dat zij als detailhandelsbedrijf dient te worden aangemerkt.

#### 1.9.

Bij besluit van 12 mei 2022 heeft Bpf MITT de aan G-Star verleende vrijstelling ingetrokken. G-Star heeft bezwaar gemaakt tegen de intrekking.

#### 1.10.

In de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 (verder: de Beleidsregels) is onder het kopje 'overlapping van werkingssferen' het volgende opgenomen:  
"Het is mogelijk dat de werkingssferen van twee verschillende bedrijfstakpensioenfondsen elkaar overlappen. Zo'n overlap van werkingssferen komt meestal aan het licht via ingediende zienswijzen. Wanneer deelname in een van de betrokken bpf-en al verplichtgesteld is zal dit er toe leiden dat een later ingediende aanvraag om

verplichtstelling daarvan afgebakend moet worden.

(...)

In het geval van overlapping van werkingssferen zullen de bij die bpf-en betrokken sociale partners zelf een oplossing moeten vinden. De werkingssfeer wordt immers vastgesteld door sociale partners. De Minister van SZW heeft met de omschrijving van de werkingssfeer geen bemoeienis.”

## Vorderingen en standpunten van partijen

### De vordering en het standpunt van Bpf MITT

2.  
Bpf MITT vordert, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- een verklaring voor recht dat G-Star ook op en na 1 april 2019 valt onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in Bpf MITT, zodat zij vanaf die datum aan de nalevingsplicht van artikel 4 Wet Bpf 2000 moet voldoen;
- veroordeling van G-Star om binnen 14 dagen na dit vonnis elektronisch de gegevens van haar werknemers te verstrekken aan Bpf MITT via de website <https://portal.mijnpensioenadministratie.nl/mitt/inloggen/> (op de wijze als omschreven in de Handleiding voor werkgevers welke is gepubliceerd op de website <https://www.pensioenfondsmitt.nl/>) en wel van de werknemers die vanaf 1 april 2019 in dienst zijn (geweest) bij S-Star, dit op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per werknemer en per dag of gedeelte van een dag dat G-Star geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met het nakomen van deze verplichting met een maximum van € 1,5 miljoen, dit met uitzondering voor het geval dat de aan G-Star aanvankelijk verleende vrijstelling, die is ingetrokken, alsnog wordt gecontinueerd door een nieuw vrijstellingsbesluit van Bpf MITT nadat de gelijkwaardigheid ten genoegen van Bpf MITT is aangetoond;
- veroordeling van G-Star in de proceskosten.

3.  
Bpf MITT stelt zich op het standpunt, kort gezegd, dat G-Star gelet op haar bedrijfsactiviteiten vanaf haar oprichting onder de verplichtstelling van Bpf MITT valt. G-Star houdt zich onder meer bezig met het ontwerpen en vervaardigen van kleding, dan wel het aan derden opdracht daartoe geven. Deze activiteiten leiden ertoe dat de verplichtstelling van Bpf MITT op G-Star van toepassing is. Tot voor kort was hierover geen discussie. G-Star verricht geen activiteiten waarop de verplichte deelneming in Bpf Detailhandel van toepassing is. Er is dus geen sprake van een verplichting tot dubbele aansluiting. De verkoop van G-Star producten aan particulieren vindt niet plaats rechtstreeks vanuit G-Star, maar vanuit haar dochterondernemingen: Erno's B.V. exploiteert winkels en G-Star Raw e-Store B.V. exploiteert de webshop. G-Star zelf verkoopt geen kleding. Dat de werknemers van G-Star zich (grotendeels) bezighouden met de aansturing en ondersteuning van de verkoopactiviteiten van die dochterondernemingen, en binnen de eStore geen personeel werkzaam is, maakt dit niet anders. Voor zover er geoordeeld zou worden dat er wel sprake is van een aansluitingsverplichting bij zowel Bpf MITT als Bpf Detailhandel, is G-Star toch gehouden zich volledig en met al haar werknemers aan te sluiten bij Bpf MITT omdat G-Star nu eenmaal activiteiten in de mode- en interieurindustrie verricht en het verplichtstellingsbesluit Bpf MITT geen hoofdzakelijkheids criterium kent.

### De vordering en het standpunt van Bpf Detailhandel

4.  
Bpf Detailhandel vordert, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- een verklaring voor recht dat indien een onderneming activiteiten verricht die zowel in de verplichtstelling van Bpf Detailhandel als die van Bpf MITT worden omschreven, de verplichtstelling van Bpf MITT niet van toepassing is als de onderneming op jaarbasis meer dan 50% van haar totale omzet behaalt met activiteiten die zijn beschreven in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel, althans

in overwegende mate activiteiten verricht die zijn beschreven in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel;

- een verklaring voor recht dat het aansluiten door Bpf MITT van werkgevers die gezien sub 1 buiten de werkingssfeer van Bpf MITT vallen, onrechtmatig is;
- een verklaring voor recht dat G-Star uitsluitend onder de werkingssfeer valt van Bpf Detailhandel;
- een verklaring voor recht dat G-Star niet onder de werkingssfeer valt van Bpf MITT;
- veroordeling van Bpf MITT in de proceskosten.

5.

Het standpunt van Bpf Detailhandel is dat G-Star in de loop van haar bestaan in overwegende mate een ander bedrijf is gaan uitoefenen. Van het ontwerpen en maken van kleding is in de loop der jaren steeds meer de nadruk komen te liggen op de verkoop van kleding aan consumenten. G-Star valt daarom niet meer onder de werkingssfeer van Bpf MITT. Bpf MITT legt haar eigen werkingssfeerbepalingen onjuist uit. Het standpunt van Bpf MITT leidt tot onaanvaardbare rechtsgevolgen zoals dubbele pensioenopbouw, dubbele kosten en fiscale sancties. Bpf Detailhandel wordt door de opstelling van Bpf MITT geconfronteerd met grote aantallen aangesloten werkgevers op wie druk wordt uitgeoefend ook premie te betalen aan Bpf MITT. Bpf Detailhandel is bekend met meer dan 200 werkgevers die bij haar zijn aangesloten (soms al jaren), al dan niet van deelname zijn vrijgesteld, maar ook door Bpf MITT worden verplicht tot aansluiting. Deze werkgevers worden door twee bedrijfstakpensioenfondsen voor het betalen van premie aangesproken, met alle ongewenste gevolgen van dien. Deze overlapsituatie dient te worden opgelost. Sinds medio 2020 zijn door Bpf Detailhandel pogingen gedaan om het bestuur van Bpf MITT te overtuigen de dubbele aansluitingen te beëindigen en sociale partners ertoe te bewegen een hoofdzaakcriterium op te nemen in het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT. Overleg heeft tot op heden niet geleid tot een oplossing. Dat is in strijd met de zorgplicht die bedrijfstakpensioenfondsen in de Beleidsregels is opgelegd. Door de onrechtmatige keuze van Bpf MITT om G-Star te dagvaarden in deze procedure, restte er voor Bpf Detailhandel geen ander keuze dan in deze procedure tussen te komen en onderhavige vordering in te stellen.

### **Het standpunt van G-Star**

6.

G-Star erkent dat zij voorheen als werkgever onder de verplichtstelling van Bpf MITT viel. Gaandeweg zijn haar bedrijfsactiviteiten echter veranderd: G-Star en haar werknemers verrichten sinds enkele jaren in hoofdzaak detailhandelactiviteiten. De (online) verkoop van kleding aan consumenten staat centraal. Circa 90% van de werknemers van G-Star houdt zich bezig met activiteiten die voor het grootste deel gericht zijn op, of ondersteunend zijn aan, de verkoop van kleding aan consumenten. Daarom is G-Star sinds 1 april 2019, op basis van het daarvoor geldende verplichtstellingsbesluit, aangesloten bij Bpf Detailhandel. Het feit dat binnen G-Star nog (zeer beperkte) MITT-activiteiten plaatsvinden, kan volgens G-Star niet betekenen dat zij nog steeds onder de werkingssfeer van Bpf MITT valt. Zij zou dan immers dubbel zijn aangesloten, zowel bij Bpf MITT als bij Bpf Detailhandel, en dat is in strijd met regelgeving, de bedoeling van de wetgever, jurisprudentie en leidt tot een fiscaal onzuivere pensioenregeling. Bpf MITT legt de werkingssfeerbepaling te ruim uit. Subsidiar beroept G-Star zich op onrechtmatig handelen van Bpf MITT. Met de onderhavige dagvaarding kiest Bpf MITT ervoor haar wettelijke plicht om tot een goede afbakening te komen van haar verplichtstelling te veronachtzamen en bewust aan te sturen op een dubbele aansluiting van G-Star. Dat is in strijd met de zorgplicht van Bpf MITT om overlappende problemen op te lossen, zoals is omschreven in de Beleidsregels. G-Star mag niet het slachtoffer worden van een gebrek aan afbakening door Bpf MITT.

### **Beoordeling**

7.

Gelet op de samenhang tussen de vorderingen van Bpf MITT en de tussenkomende partij Bpf Detailhandel



zullen deze hieronder gezamenlijk worden beoordeeld.

8.

In deze zaak is in geschil wat de reikwijdte is van de verplichtstellingsbesluiten Bpf MITT en Bpf Detailhandel. Onder 1.2 en 1.3 van dit vonnis zijn de verplichtstellings-besluiten van Bpf MITT en Bpf Detailhandel weergegeven. Kort gezegd geldt de verplichtstelling van Bpf MITT voor werkgevers die in hun bedrijf kleding (doen) vervaardigen of bewerken. In het besluit is geen hoofdzakelijkheids criterium opgenomen. De verplichtstelling van Bpf Detailhandel geldt voor werkgevers in de detailhandel, waarbij de loonsom besteed aan detailhandel minstens 50% is.

Het probleem dat zich hierbij kan voordoen is dat een werkgever meer dan 50% van haar loonsom besteedt aan detailhandel, maar daarnaast ook kleding vervaardigt of bewerkt binnen haar bedrijf. Deze werkgever zou bij strikte toepassing van de verplichtstellingsbesluiten zowel onder de werkingssfeer van Bpf MITT, als Bpf Detailhandel vallen.

Volgens G-Star en Bpf Detailhandel doet deze overlap zich voor in de onderhavige zaak en speelt dit probleem tevens bij verschillende andere werkgevers.

### **Is G-Star een detailhandelsbedrijf?**

9.

Bpf MITT heeft zich in de eerste plaats op het standpunt gesteld dat G-Star geen werkgever in de detailhandel is zoals omschreven in het verplichtstellingsbesluit Bpf Detailhandel en dus niet onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in Bpf Detailhandel valt. Bpf voert daartoe samengevat aan dat G-Star niet zelfstandig rechtstreeks kleding aan particulieren verkoopt, maar slechts ondersteunende diensten verricht zoals inkoop, finance en marketing ten behoeve van de verkoop door andere ondernemingen. G-Star en Bpf Detailhandel betwisten dit standpunt van Bpf MITT.

10.

Overwogen wordt als volgt. Partijen zijn het oneens over de uitleg van de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit Bpf Detailhandel. Voor de uitleg van deze bepaling geldt volgens vaste rechtspraak dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de tekst van het gehele verplichtstellingsbesluit, van doorslaggevende betekenis zijn (de zogenoemde cao-norm). Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin het verplichtstellingsbesluit en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in het verplichtstellingsbesluit gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke, tekstinterpretaties zouden leiden.

11.

Om te kunnen beoordelen of G-Star een detailhandelsbedrijf in de zin van het verplichtstellingsbesluit Bpf Detailhandel uitoefent dient de kernactiviteit van de onderneming te worden bepaald. G-Star is het hoofdkantoor en tevens moedermaatschappij van een groep waartoe ook G-Star Raw eStore B.V. (online verkopen aan consumenten) en Erno's B.V. (fysieke winkels) behoren. De activiteiten van de werknemers van G-Star en haar dochtervennootschappen eStore en Erno's zijn nauw met elkaar verweven. Uit de door G-Star overgelegde niet concreet betwiste recente informatie over het aantal werknemers en aard van de werkzaamheden kan worden afgeleid dat het hoofdkantoor van G-Star zich voornamelijk bezig houdt met aan retail gerelateerde ondersteunende activiteiten. Het gaat dan om werkzaamheden zoals inkoop, marketing, finance, logistiek en IT ten behoeve van de verkoop van kleding aan consumenten door de eStore en de fysieke winkels. De eStore heeft zelfs geen eigen personeel in dienst; de werkzaamheden ten behoeve van de eStore worden verricht door werknemers van G-Star. De totale omzet van de G-Star Groep bestaat sinds enkele jaren voor meer dan 50% uit de verkoop van kleding aan consumenten.

11.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het zwaartepunt van de bedrijfsactiviteiten van G-Star - en

daarmee haar kernactiviteit - ligt bij de verkoop van kleding aan particulieren. Daarbij wordt ook betrokken dat uit het arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BU9889 ROM & PME/Vector) volgt dat de werkzaamheden die bijdragen (ondersteunend zijn) aan de kernactiviteit daaraan toegerekend kunnen worden.

13.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat G-Star als detailhandelsbedrijf in de zin van het verplichtstellingsbesluit Bpf Detailhandel dient te worden aangemerkt en dus terecht verplicht is aangesloten bij Bpf Detailhandel.

#### **Dubbele verplichtstelling?**

14.

G-Star houdt zich voor een klein deel ook bezig met het ontwerpen en (doen) vervaardigen van kleding. Bpf MITT heeft zich op het standpunt gesteld dat het verplichtstellingsbesluit G-Star dwingt om bij overlap met een ander verplichtstellingsbesluit de verplichte aansluiting bij Bpf MITT te laten voortduren.

15.

Bij overlap van de werkingssferen van de verplichtstellingsbesluiten dienen de sociale partners zelf een oplossing te vinden. Dit staat in de Beleidsregels, zie r.o. 1.10. Bpf Detailhandel en Bpf MITT zijn sinds medio 2020 in overleg over dit onderwerp, maar kunnen niet tot concrete afspraken komen over de afbakening van de werkingssferen. Bpf Detailhandel heeft G-Star op haar verzoek per 1 april 2019 aangesloten, zonder afstemming te bereiken met Bpf MITT, waar G-Star tot dat moment was aangesloten. Bpf Detailhandel kan hiervan een verwijt worden gemaakt, omdat dit heeft geleid tot onzekerheid onder werkgevers over hun (pensioen)verplichtingen. Ook Bpf MITT handelt onzorgvuldig door tot dagvaarding van G-Star over te gaan, in plaats van zich rechtstreeks tot Bpf Detailhandel te wenden (zie ook: Gerechtshof Den Haag 20 april 2021 ECLI:NL:GHDHA:2021:832). Werkgevers mogen niet de dupe worden van de discussie tussen de bedrijfstakpensioenfondsen over de afbakening als zij zelf verantwoordelijk zijn voor de oplossing. Daarmee is echter het conflict in de onderhavige zaak niet beslecht.

16.

Teneinde partijen duidelijkheid te bieden zal het verplichtstellingsbesluit MITT op het punt van de werkingssfeer worden uitgelegd. Die uitleg vindt plaats op basis van de cao norm, als omschreven in r.o. 10.

17.

Partijen zijn het erover eens dat gelijktijdige verplichte deelname aan meer dan één pensioenfonds onwenselijk is, en niet de bedoeling kan zijn geweest van de wetgever. Dit is ook de lijn van de jurisprudentie (zie onder andere ECLI:NL:GHDHA:2018:3330 (Food Connect) en ECLI:NL:HR:2011:BQ0010 (Geleiderail-arrest)). Het kan leiden tot dubbele lasten en bovenmatige pensioenopbouw met fiscale gevolgen en schaadt de belangen van de G-Star en haar werknemers.

17.

Doelstelling van de verplichtstelling is het elimineren dan wel voorkomen van concurrentie in de bedrijfstak op de arbeidsvoorwaarde pensioen en het creëren van een uniforme pensioenvoorziening voor iedereen in de bedrijfstak. Nu duidelijk is dat G-Star in de bedrijfstak Detailhandel haar kernactiviteit verricht zou deze doelstelling worden doorkruist door ook aansluiting in een andere bedrijfstak verplicht te stellen. Ook speelt mee dat Bpf MITT de werkingssfeer van de verplichtstelling van haar pensioenfonds ruim heeft omschreven om de zogenaamde 'witte vlek' terug te dringen, te weten het verplicht aansluiten van werkgevers waarvoor anders geen verplichte pensioenaansluiting zou gelden. Die situatie doet zich hier echter niet voor. Een ruime interpretatie van de werkingssfeer is in dit geval niet nodig.

19.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de werkingssfeer in het verplichtstellingsbesluit Bpf MITT beperkt dient te worden uitgelegd. In geval van overlap, zoals in de onderhavige situatie, dient die beperkte uitleg ertoe dat een dubbele aansluiting wordt voorkomen en daarmee wordt nagestreefd dat er geen sprake is van verplichte deelname aan meer dan één pensioenfonds. Daarom wordt het hoofdzakelijkheids criterium ingelezen, in die zin dat werkgevers verplicht zijn aangesloten indien en voorzover een bedrijf hoofdzakelijk



MITT-activiteiten verricht. Nu G-Star niet aan dat criterium voldoet zijn de vorderingen van Bpf MITT in conventie niet toewijsbaar. De verklaringen voor recht die Bpf Detailhandel heeft gevorderd ten aanzien van G-Star zijn wel toewijsbaar.

### **De vorderingen van Bpf Detailhandel ten aanzien van de overige werkgevers**

20.

Bpf Detailhandel heeft verder gevorderd:

- een verklaring voor recht dat indien een onderneming activiteiten verricht die zowel in de verplichtstelling van Bpf Detailhandel als die van Bpf MITT worden omschreven, de verplichtstelling van Bpf MITT niet van toepassing is als de onderneming op jaarbasis meer dan 50% van haar totale omzet behaalt met activiteiten die zijn beschreven in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel, althans in overwegende mate activiteiten verricht die zijn beschreven in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel; en
- een verklaring voor recht dat het aansluiten door Bpf MITT van werkgevers die gezien het voorgaande buiten de werkingssfeer van Bpf MITT vallen, onrechtmatig is.

21.

Deze verklaringen voor recht worden afgewezen. De werkgevers waarnaar Bpf Detailhandel verwijst zijn geen partij in deze procedure. Er zal een individuele beoordeling van de kern van de bedrijfsactiviteiten per werkgever moeten plaatsvinden. Dit kan per bedrijf tot een ander oordeel leiden, hetgeen niet in deze procedure kan worden beoordeeld.

### **Proceskosten**

22.

Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij wordt Bpf MITT veroordeeld in de proceskosten van Bpf Detailhandel en G-Star.

### **Beslissing**

De kantonrechter:

wijst de vorderingen van Bpf MITT af;

verklaart voor recht dat G-Star uitsluitend valt onder de werkingssfeer van Bpf Detailhandel;

verklaart voor recht dat G-Star niet onder de werkingssfeer valt van Bpf MITT;

veroordeelt Bpf MITT in de proceskosten die aan de zijde van G-Star en Bpf Detailhandel tot op heden begroot worden op € 794,00 per partij aan salaris van de gemachtigde, voor zover van toepassing, inclusief btw;

veroordeelt Bpf MITT in de na dit vonnis ontstane kosten van G-Star en Bpf Detailhandel, begroot op € 66,00 per partij aan salaris gemachtigde, voor zover van toepassing inclusief btw;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

### **Noot**

**Auteur:** mr. W.P.M. Thijssen

## 1. Feiten, vorderingen, gestelde rechtsgrond voor de vorderingen

Ik vat de feiten en de uitgangspunten van partijen kort chronologisch samen. G-Star kende een eigen pensioenregeling. Toen G-Star aansluitplichtig werd bij Bpf MITT omdat zij onder de werkingssfeer van Bpf MITT kwam te vallen, vroeg G-Star vrijstelling van de verplichte deelneming aan Bpf MITT. G-Star verkreeg de aangevraagde vrijstelling (verplichte vrijstelling wegens bestaande pensioenvoorziening; art. 2 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000; hierna: "het Vrijstellingsbesluit"). G-Star moest wel aan de gelijkwaardigheidseis voldoen (art. 7, lid 5 Vrijstellingsbesluit). Tot 1 april 2019 werd kennelijk steeds aan de gelijkwaardigheidseis voldaan. Omdat de activiteiten van G-Star zodanig verschoven van ontwerpen en (doen) vervaardigen van kleding naar verkoop aan particulieren van kleding dat met die laatste activiteit meer dan 50% van de omzet was gemoeid, sloot Bpf Detailhandel G-Star verplicht aan. G-Star accepteerde de verplichte aansluiting bij Bpf Detailhandel. G-Star weigerde nog langer jegens Bpf MITT om aan de gelijkwaardigheidseis te voldoen, omdat G-Star niet meer onder Bpf MITT zou vallen. Daarop trok Bpf MITT de verleende vrijstelling in op de voet van art. 13 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: "de Wet Bpf 2000"). Bpf MITT vorderde (kort gezegd) aansluiting. Rechtsgrond voor de aansluitvordering was het verplichtstellingsbesluit: omdat G-Star nog altijd (hoe beperkt eventueel ook, dat valt niet goed uit de uitspraak af te leiden) activiteiten binnen de werkingssfeer van Bpf MITT verrichtte, bleef de aansluitplicht bij Bpf MITT gelden (o. 3) omdat Bpf MITT nu eenmaal geen hoofdzakelijkheids criterium hanteert en ging Bpf MITT vóór omdat G-Star als eerste bij Bpf MITT was aangesloten (o. 14). Bpf Detailhandel vorderde in het kader van een procedure van tussenkomst eveneens (kort gezegd) aansluiting. Rechtsgrond voor die vordering was het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel. De omzet van G-Star werd inclusief volgens het Vector-leerstuk toe te rekenen activiteiten in elk geval vanaf 1 april 2019 voor méér dan 50% gerealiseerd uit verkoop van kleding aan particulieren. G-Star voerde verweer inhoudend dat zij vanaf 1 april 2019 niet meer onder de werkingssfeer van Bpf MITT viel maar onder die van Bpf Detailhandel. Rechtsgrond voor het verweer van G-Star was primair dat Bpf MITT de eigen verplichtstelling te ruim uitlegde door vast te houden aan het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium bij overlap. Subsidiar onderbouwde G-Star haar verweer tegen de aansluitvordering van Bpf MITT door te stellen dat Bpf MITT onrechtmatig handelde door G-Star te willen dwingen tot dubbele aansluiting (aansluiting bij Bpf MITT en Bpf Detailhandel).

## 2. Oordeel van de rechtbank

De Kantonrechter oordeelde, kort samengevat, dat:

- Op grond van objectieve uitleg van het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel (o. 10) dat G-Star een onderneming in de detailhandel was omdat de kernactiviteit de verkoop van kleding aan consumenten was. De Kantonrechter toetste aan het hoofdzakelijkheids criterium opgenomen in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel: meer dan 50% van de omzet van G-Star werd behaald uit de verkoop van kleding aan particulieren. Bij die toets werd uitdrukkelijk uitgegaan van toerekening van activiteiten die op zichzelf niet direct de verkoop aan particulieren betroffen volgens het Vector-arrest van de Hoge Raad uit 2012. De Kantonrechter nam daarbij aan dat de werknemers van de webshop bij G-Star in dienst waren omdat Bpf MITT niet concreet betwist zou hebben dat deze werknemers bij de B.V. in dienst zouden zijn die de webshop exploiteert (eStore, zie o. 3, standpunt Bpf MITT en o. 11, oordeel Kantonrechter). Ik lees de overweging van de Kantonrechter in o. 11 dat sprake was van verwevenheid niet zo, dat de Kantonrechter de werkzaamheden van werknemers in dienst van andere vennootschappen op basis van het Vector-leerstuk aan G-Star zou hebben toegerekend;
- Eveneens op grond van objectieve uitleg van het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT de werknemers van G-Star niet onder de werkingssfeer van Bpf MITT vielen. Dit omdat vanwege de situatie van overlap tussen de verplichtstellingsbesluiten van Bpf Detailhandel en Bpf MITT het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT beperkt moest worden uitgelegd. Die beperkte uitleg hield in dat G-Star niet onder de werkingssfeer van Bpf MITT viel. Enerzijds gezien het feit dat G-Star met toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium opgenomen in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel onder de werkingssfeer van Bpf Detailhandel viel. Anderzijds gezien het feit dat G-Star formeel weliswaar nog onder de werkingssfeer van Bpf MITT viel doordat het werkingssfeerbesluit van Bpf MITT geen hoofdzakelijkheids criterium kent, maar gegeven het feit dat G-Star ook onder Bpf

Detailhandel viel voor de toepassing van het werkingsfeerbesluit van Bpf MITT een hoofdzakelijkheids criterium moest worden ingelezen (o. 19).

### 3. Interpretatie van verplichtstellingsbesluiten

Over de interpretatiemethode van verplichtstellingsbesluiten is veel rechtspraak beschikbaar (zie *TPV* 2021/36). Ik vat de in het kader van deze annotatie belangrijkste rechtspraak kort als volgt samen:

- Verplichtstellingsbesluiten moeten op basis van de objectieve uitlegmethode worden geïnterpreteerd. Zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 inzake Pensioenfonds DSM en talloze andere uitspraken. Zie ook o. 10 in de hier geannoteerde zaak;
- Verplichtstellingsbesluiten moeten volgens alle vier gerechtshoven duidelijk zijn (zie in een overigens wat afwijkende motivering gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 inzake Lotra/Bpf Bouw, en uitdrukkelijk gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849 inzake [Booking.com](#), gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7382 inzake Haags Kinderatelier/PFZW, gerechtshof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:832 inzake Bpf Zoetwaren, de zaak waarin werd geoordeeld dat pannenkoek geen koek is, en nogmaals gerechtshof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2836 inzake Greenpeace/Bpf Koopvaardij). Dit duidelijkheids criterium is overigens niet overgenomen door de Hoge Raad. Het is gebaseerd op punt 2 van de beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 (zie de tekst onder de kop “Omschrijving van de werkingsfeer van de verplichtstelling”);
- Verplichtstellingsbesluiten dienen ruim te worden uitgelegd in die zin dat in geval van overlap niet geldt dat de werknemers van de werkgever vanwege overlap onder geen van de overlappende bedrijfstakpensioenfondsen vallen. Dit gezien de doelstelling van de instrument van verplichtstelling (witte vlek bestrijding; zie o. 17 die kennelijk is ingegeven door HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:847 i nzake Riooltechniek/PMT);
- Bij gemengde ondernemingen binnen één vennootschap dient niet per onderneming te worden bepaald of de werknemers die daarbinnen werkzaam zijn onder een bepaald verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen (zodat één vennootschap zich voor de werknemers van afzonderlijke door de vennootschap geëxploiteerde ondernemingen bij meerdere bedrijfstakpensioenfondsen dient aan te sluiten), maar dient te worden bepaald wat de kernactiviteit is (gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:365 inzake X B.V./BPF Vervoer).

### 4. De geannoteerde uitspraak

In de geannoteerde zaak diende over overlap te worden geoordeeld. Het is voor de rechtspraak van belang dat (meer) duidelijkheid komt te bestaan op dit punt:

- Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vanwege het risico dat zij lopen gezien de regel “geen premie, toch pensioen” (HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462 inzake Labots/Bpf Vervoer);
- Voor individuele werkgevers omdat zij in de praktijk bij slepende rechtszaken worden betrokken die in feite het domein van de sociale partners die de werkingsfeeren van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen bepalen betreffen (zie ook o. 15);
- Voor werknemers omdat zij er belang bij hebben te weten aan welk verplichtgesteld

## 5.

O. 19 van de geannoteerde uitspraak kan echter in het licht van objectieve uitleg naar mijn mening geen stand houden. De consequentie van de uitleg die de Kantonrechter gaf aan het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT, waarin een hoofdzakelijkheids criterium ontbreekt, lijkt immers te zijn dat in het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT bij overlap een hoofdzakelijkheids criterium moet worden ingelezen, maar dat als geen sprake is van overlap geen hoofdzakelijkheids criterium hoeft te worden ingelezen. Dat zou betekenen dat hetzelfde verplichtstellingsbesluit afhankelijk van de feitelijke situatie waarin het moet worden toegepast (de situatie waarin overlap speelt en waarin overlap niet speelt) anders zou moeten worden geïnterpreteerd. Dat verdraagt zich niet met objectieve uitleg.

## 6.

De Hoge Raad gaf in het hiervoor aangehaalde arrest Riooltechniek/PMT de richting aan waarin de oplossing bij overlap binnen het kader van objectieve uitleg zou kunnen worden gezocht (zie o. 3.8.1): toetsing van de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een denkbare interpretatie, zoeken naar de kennelijke strekking van het verplichtstellingsbesluit (de niet kenbare bedoeling speelt geen rol, een schriftelijke toelichting die onderdeel uitmaakt van het verplichtstellingsbesluit eventueel wel) of toetsen of andere bedrijfstakingen in een oplossing voorzien. Ik voeg daaraan toe dat als binnen het kader van de objectieve uitlegmethode niet tot een interpretatie kan worden gekomen die overlap voorkomt, de rechter een verplichtstelling buiten toepassing kan laten op basis van het onaanvaardbaarheidsleerstuk (art. 6:2, lid 2 BW; derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid).

## 7. Correctie bij het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium

In twee uitspraken werd geoordeeld dat in de situatie waarin de werknemers van een onderneming beperkt werkzaamheden verrichten die door het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT worden bestreken, geen aansluitplicht bij Bpf MITT bestaat. Er werd een ondergrens verondersteld in het kader van toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium. Ik wijs op Rechtbank Den Haag 10 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3046 inzake Werkgever/Bpf MITT waar de werkzaamheden die onder de werkingssfeer van Bpf MITT vielen zo beperkt van omvang waren dat geen aansluitplicht werd aangenomen en op Rechtbank Midden-Nederland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:752 inzake LuxeTenten/Bpf MITT waarin de werkzaamheden die onder de werkingssfeer van Bpf MITT vielen (ver) boven de door de rechtbank veronderstelde ondergrens uitstegen. In deze uitspraken werd mijns inziens voor de rechtspraak onvoldoende duidelijk gemotiveerd welke de rechtsgrond voor het hanteren van een ondergrens bij het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium was. Ik ben van mening, om de reden die ik hiervoor aangaf, dat het kader van objectieve uitleg (met name het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg) een rechtsgrond biedt voor het hanteren van ondergrens bij het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium. Dit standpunt wringt mogelijk op het eerste gezicht met het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Riooltechniek/PMT, waarin juist werd geoordeeld dat verplichtstellingsbesluiten ruim moeten worden uitgelegd vanwege de ratio van witte en grijze vlek bestrijding van de verplichtstelling. Daartegen pleit echter dat bij PMT wel een hoofdzakelijkheids criterium geldt, zodat de uitspraak in de zaak van Riooltechniek/PMT zich mogelijk niet uitstrekt tot de uitleg van verplichtstellingsbesluiten waarin een hoofdzakelijkheids criterium ontbreekt. Mocht objectieve uitleg geen uitkomst bieden, dan kan een verplichtstellingsbesluit in individuele gevallen (zoals bij overlap) buiten toepassing worden gelaten met toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk.

## 8. Terug naar de geannoteerde uitspraak

De Kantonrechter had mijns inziens tot de gewenste uitkomst kunnen komen om overlap te voorkomen en G-Star bij Bpf Detailhandel in te delen door:

- Hetzij in lijn van Rechtbank Den Haag 10 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3046 en Rechtbank Midden-Nederland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:752 te oordelen dat het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg in het kader van objectieve uitleg impliceert dat bij het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium in een verplichtstellingsbesluit een ondergrens moet worden ingelezen en te oordelen dat G-Star beneden deze ondergrens bleef (zoals hiervoor aangegeven blijkt niet duidelijk uit de uitspraak in hoeverre G-Star nog activiteiten verrichtte die bestreken werden door het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT);
- Het verplichtstellingsbesluit van Bpf MITT voor G-Star met toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk buiten toepassing te laten in verband met de overlap met Bpf Detailhandel.

Ik merk nog op dat als de Kantonrechter ten onrechte zou hebben geoordeeld dat de werknemers van de webshop (eStore) bij G-Star in dienst zijn, het oordeel mogelijk om die reden ten gunste van Bpf MITT had moeten uitpakken. Dit zou met name zo kunnen zijn als daarvan uitgaande niet aan het hoofdzakelijkheids criterium volgens het werkingsbesluit van Bpf Detailhandel zou zijn voldaan.

## 9.

Als feitelijk zou vaststaan dat de activiteiten van G-Star sinds april 2019 nog slechts zeer beperkt worden bestreken door het werkingsfeerbesluit van Bpf MITT, ligt toepassing van het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg het meest voor de hand. Als feitelijk zou vaststaan dat G-Star weliswaar bij Bpf Detailhandel moet aansluiten, maar voor een zeer substantieel deel ook activiteiten verricht die door het werkingsfeerbesluit van Bpf MITT worden bestreken, biedt het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg geen soelaas omdat de activiteiten van G-Star dan niet beneden een binnen het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg redelijk te achten ondergrens blijven. Omdat evident is dat dubbele aansluiting moet worden voorkomen, moet de oplossing dan worden gezocht door toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk. Een oordeel wordt dan meer arbitrair. Bij wijziging van de activiteiten dunkt mij dat, zoals de Kantonrechter deed, dient te worden vastgesteld wat de kernactiviteit is (geworden). De werkgever dient dan aan te sluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds dat behoort bij zijn kernactiviteit. Dat zou dan in de situatie van G-Star Bpf Detailhandel zijn.

## 10.

Ik begreep dat Bpf MITT hoger beroep heeft ingesteld. De uitkomst daarvan zou kunnen zijn dat het Hof op andere rechtsgronden tot hetzelfde oordeel komt als de Kantonrechter. Het oordeel in hoger beroep zou ook anders kunnen uitpakken als komt vast te staan dat de werknemers van de webshop niet bij G-Star in dienst zijn. Ook heeft Bpf MITT op 28 september 2023 een aanvraag tot wijziging van het verplichtstellingsbesluit ingediend (zie de website van SZW onder "lopende verplichtstellingsaanvragen"), op grond waarvan naar mij bekend is tot op zekere hoogte een hoofdzakelijkheids criterium in de verplichtstelling wordt opgenomen. Omdat zo'n wijziging geen terugwerkende kracht heeft, zal dat G-Star niet baten.