

WERKINGSSFEERPERIKELEN

Studiemiddag bij CBP te Rotterdam

12 september 2023

Mr. Wim P.M. Thijssen

Advocaat, verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht

Onderwerpen

- Representativiteit
- Uitleg algemeen
- Aansluiting van rechtswege
- Verjaring
- Naam bedrijfstak bepalend voor werkingssfeer?
- Bedoeling
- Duidelijkheids criterium
- Normadressaat
- Aansluiting zoeken bij andere wetgeving
- Tekstuele uitleg
- Werkzaamheden dienstbaar aan BPF-werkzaamheden
- Loonsom, omzet of uren
- Hoofdzakelijkheids criterium
- Overlap
- Herstel schattingsnota's
- Bewijslast en exhibitieplicht

Representativiteit

Representativiteit:

- Aanvraag verplichtstelling
- Zienswijzen belanghebbenden
- Verplichtstellingsbesluit
- Geen bezwaar en beroep mogelijk (besluit van algemene strekking = materiële wetgeving)

Wat te doen om achteraf aan te vechten?

Een aantal werkgevers deed een poging:

- Herroepingsvordering rechterlijk oordeel dat werkgever onder werkingssfeer viel
 - Bedrog BPF
 - Bij representativiteit werkgevers en werknemers meegeteld die weliswaar onder werkingssfeer vielen, maar geen lid waren van de aanvragende werkgevers- en werknemersorganisaties
 - Voldoende gelegenheid dit argument als zienswijze in te brengen
 - Vorderingen afgewezen
-

Zie:

- Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1705 inzake Dulo Asbestverwijdering/BPF Bouw
 - Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1706 inzake /BPF Bouw
 - Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1707 inzake /BPF Bouw
 - Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1708 inzake /BPF Bouw
 - Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1709 inzake /BPF Bouw
-

Uitleg algemeen

HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 inzake Pensioenfonds DSM:

- Cao-uitleg of objectieve uitleg
- Geldt voor stukken die gelden voor derden die niet bij totstandkoming zijn betrokken
- Bewoordingen bepalend
- Gelezen in het licht van de gehele tekst
- Niet louter taalkundige uitleg, maar uitleg van de bewoordingen naar objectieve maatstaven
 - Elders in het stuk gebruikte formuleringen
 - Aannemelijkheid rechtsgevolgen
- Schriftelijke toelichting die onderdeel uitmaakt van het stuk
- Betekenis van bewoordingen in de maatschappelijke kring van betrokkenen

HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake FNV/Condor:

- Objectieve uitleg pakt uit ten nadele werknemers
- Dan uitleg naar de niet kenbare bedoeling toch mogelijk

Toepassing leerstuk onaannemelijk rechtsgevolg of
onaanvaardbaarheidsleerstuk?

Aansluiting van rechtswege

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462 inzake Labots/BPF

Vervoer:

- Recht op pensioen jegens verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bestaat van rechtswege als aan reglementaire voorwaarden voor deelneming is voldaan
- Voorwaarde van aanmelding waarschijnlijk niet rechtsgeldig
- Voorwaarde van premiebetaling waarschijnlijk niet rechtsgeldig
- Strijdig met systeem verplichtstelling
- Daarom “geen premie, toch pensioen”
- Geen sprake van “pensioentoekenning” zodat verjaringstermijn voor vordering tot nakoming niet geldt
- Geen verjaring omdat pensioenrecht van rechtswege bestaat

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2023,
ECLI:NL:GHSHE:2023:365 inzake X BV/BPF Vervoer:**

- Verplichtstelling geldt van rechtswege
 - Mededeling van een bedrijfstakpensioenfonds dat voor een werkgever geen aansluitplicht geldt niet op rechtsgevolg gericht
 - Praktijk: aan werkingssfeeronderzoek door een bedrijfstakpensioenfonds kan een werkgever geen rechten ontlenen
 - Rechter beslist
-

Verjaring

**Gerechtshof Den Haag 6 september 2022,
ECLI:NL:GHDHA:2022:2177 inzake
Werkgever/BPF Bouw:**

- Verjaring premievordering
bedrijfstakpensioenfonds stuit af op
onaanvaardbaarheidslasterstuk (art. 6:2, lid
2 BW)
-

Naam bedrijfstak bepalend voor werkingsfeer?

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2263, bekrachtigd door HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1732 inzake Domino's Pizza/BPF Detailhandel:

- Pizzabakker detaillist
 - Feit dat ingekochte waren worden bewerkt voor doorverkoop aan particulieren niet relevant
 - Wie denkt bij “detailhandel” aan een pizzabakker?
-

**Gerechtshof Amsterdam 14 september 2021,
ECLI:NL:GHAMS:2021:2836, bekrachtigd door HR
24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298 inzake
Greenpeace/BPF Koopvaardij:**

- Greenpeace (werknemers op de schepen van Greenpeace) vallen onder BPF Koopvaardij
 - Wie denkt bij actievoerende zeeschepen van Greenpeace aan de handelskoopvaart?
-

Conclusie:

- Werkingssfeer verplichtstellingsbesluit kan ruimer zijn dan uit naamgeving bedrijfstak lijkt te volgen
 - Geeft onduidelijkheid
-

Bedoeling

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:535 inzake X

Consultancy/PMT:

- De bedoeling van partijen bij het formuleren van de “bedongen arbeid” in de arbeidsovereenkomst is niet relevant voor beantwoording van de vraag of de werknemer onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt
 - Bepalend is welke activiteiten de werknemer feitelijk heeft
 - Als die afwijken van de in de arbeidsovereenkomst geformuleerde “bedongen arbeid” zijn de feitelijke activiteiten bepalend
-

**Rechtbank Midden-Nederland 19 april 2023,
ECLI:NL:RBMNE:2023:1882 inzake
Werkgever/PFZW:**

- Notulen van een bespreking waarin een bedrijfstakpensioenfonds het standpunt zou hebben ingenomen dat een werkgever over een bepaalde periode niet aansluitplichtig zou zijn, is niet relevant voor de uitleg van een verplichtstellingsbesluit
-

**Rechtbank Den Haag 1 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12945 en
Gerechtshof Den Haag 23 mei 2023, geen ECLI, PJ 2023/70 inzake Livekindly/BPF
VLEP:**

Rechtbank:

- Vegetarische gehaktbal bevat geen vlees
- Tekst verplichtstellingsbesluit niet geëvolueerd in die zin dat vegetarische gehaktbal als vlees zou moeten worden beschouwd

Hof:

- Net andersom op grond van taalkundige uitleg en evolutie van taal
- Sterker was geweest als het Hof het oordeel op het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg had gebaseerd
- Oordeel Hof in strijd met duidelijkheidsleerstuk

Duidelijkheids criterium

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017,
ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 inzake Lotra/BPF
Vervoer:**

- Als een verplichtstellingsbesluit niet duidelijk is, kan geen oordeel worden gegeven dat de werknemers van een werkgever onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen
-

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019,
ECLI:NL:GHARL:2019:7382 inzake Haags
Kinderatelier/PFZW:**

- Naar objectieve maatstaven onvoldoende duidelijk dat de activiteiten van de werknemers van de werkgever onder het begrip “beeldende vorming” van het verplichtstellingsbesluit van PFZW vielen
 - Geen aansluitplicht voor de werkgever
-

**Rechtbank Midden-Nederland 20 januari 2021,
ECLI:NL:RBMNE:2021:202 inzake NN BV/PFZW:**

- Als twee tekstinterpretaties mogelijk zijn, dient de rechter te oordelen
 - De objectieve uitlegmaatstaf betekent dat de rechter geen uitleg moet volgen waarmee partijen redelijkerwijs geen rekening hoefden te houden
-

**Gerechtshof Den Haag 20 april 2021,
ECLI:NL:GHDHA:2021:832 (pannenkoek is geen
koek):**

- Werkgevers, werknemers en bedrijfstakpensioenfondsen moeten aan de hand van de tekst van het verplichtstellingsbesluit kunnen vaststellen of de activiteiten van de werknemers door het verplichtstellingsbesluit worden bestreken
 - Geen uitleg waarmee zij in redelijkheid geen rekening hadden hoeven houden
-

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 juni 2022,
ECLI:NL:GHSHE:2022:1849 inzake
Kingspan/BPF HIBIN:**

- Werknemers en werkgevers moeten kunnen begrijpen of zij in het geval van een verplichtstelling moeten deelnemen
-

**Gerechtshof Amsterdam 14 september 2021,
ECLI:NL:GHAMS:2021:2836, bekrachtigd
door HR 24 februari 2023,
ECLI:NL:HR:2023:298 inzake
Greenpeace/BPF Koopvaardij:**

- De werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dient duidelijk te zijn
-

Conclusie ten aanzien van duidelijkheidseis:

- Vloeit voort uit het toetsingskader
 - Sociale partners die verplichtstelling aanvragen moeten voor duidelijkheid zorgdragen
 - Minister zou actief moeten toetsen, maar doet dat niet
 - Alle hoven volgen de duidelijkheidseis...maar passen ze die ook strikt toe (?)
 - Hoge Raad volgt de duidelijkheidseis niet
 - Duidelijkheidseis vloeit voort uit leerstuk (on)aannemelijk rechtsgevolg
-

Pensioenadvocaten.nl

Normadressaat

**Rechtbank Amsterdam 3 december 2019,
ECLI:NL:RBAMS:2019:8968 inzake FNV/Picnic:**

- Bij CAO en BPF Vervoer is de werkgever/rechtspersoon normadressaat voor de verplichtstelling
 - Uitsluitend de BV van de Picnic-groep waarin de chauffeurs waren ondergebracht valt onder BPF Vervoer
-

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021,
ECLI:NL:GHARL:2021:9628 inzake Joyce
House/PFZW:**

- Verplichtstelling PFZW richt zich niet op een werkgever/rechtspersoon binnen een zorggroep die zelf geen zorg levert
 - Verplichtstelling PFZW uitgebreid
 - Aansluiting met terugwerkende kracht voor Joyce House voorkomen
-

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2023,
ECLI:NL:GHSHE:2023:365 inzake X BV/BPF
Vervoer:**

- Geen “ondernemingen” onderscheiden binnen een rechtspersoon
- Als de kernactiviteit geen vervoer is, vallen de werknemers niet onder BPF Vervoer
- Ook de chauffeurs niet
- Normadressaat = “werkgever”

Aansluiting zoeken bij andere wetgeving

**HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527
inzake Booking.com/BPF Reisbranche:**

- Begrip “bemiddelen” niet uitgewerkt in verplichtstellingsbesluit
 - Aansluiting gezocht bij begrip “bemiddelen” van art. 7:425v. BW
-

**Gerechtshof Amsterdam 14 september 2021,
ECLI:NL:GHAMS:2021:2836, bekrachtigd door HR
24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298 inzake
Greenpeace/BPF Koopvaardij:**

- Schepen van Greenpeace voldoen aan definitie “zeeschip” van art. 8:2. lid 1 BW
 - Uitzondering voor “pleziervaartuigen” geldt niet omdat uit wetsgeschiedenis art. 311 WvK blijkt dat de schepen van Greenpeace door de wetgever niet als pleziervaartuigen werden beschouwd
-

Tekstuele uitleg

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2022,
ECLI:NL:GHARL:2022:535 inzake X Consultancy/PMT:**

- Doorslaggevend zijn de feitelijk verrichte werkzaamheden
 - Betonvlechters en tekenaars betrokken bij metaalbewerking vallen naar de letter onder werkingssfeer
 - Voldaan aan hoofdzakelijkheids criterium
 - Tijdelijke tewerkstelling en wat partijen bedoelden niet relevant
 - Dat hoofdactiviteit niet als metaal en techniek wordt beschouwd is evenmin relevant
-

**Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2022,
ECLI:NL:RBAMS:2022:5315 inzake Crisp/BPF
Levensmiddelenbedrijf:**

- Virtuele winkel niet uitgesloten in verplichtstellingsbesluit, ook niet expliciet genoemd
- Verplichtstellingsbesluit houdt naar de letter niet in dat een virtuele winkel uitsluitend onder de werkingssfeer valt als deze wordt gecombineerd met een fysieke winkel
- Virtuele winkel valt naar de letter onder begrip winkel

**Rechtbank Den Haag 1 september 2022,
ECLI:NL:RBDHA:2022:12945 en Gerechtshof Den
Haag 23 mei 2023, geen ECLI, PJ 2023/70 inzake
Livekindly/BPF VLEP:**

- **Rechtbank:** vegetarisch product bevat geen vlees zodat het naar de letter en het systeem van het verplichtstellingsbesluit niet daardoor wordt bestreken
 - **Hof:** precies andersom
-

**WERKZAAMHEDEN
DIENSTBAAR AAN
BPF-WERKZAAMHEDEN**

**Rechtbank oost-Brabant 18 november 2021,
ECLI:NL:RBOBR:2021:7204 inzake Hader/BPF
Reisbranche:**

- De uitbesteding van de ICT-dienstverlening door Prijsvrij aan Hader houdt uitbesteding van een kernactiviteit in het kader van reisbemiddeling in
 - Daarom valt Hader onder BPF Reisbranche als aan het hoofdzakelijkheids criterium in de verplichtstelling van BPF reisbranche is voldaan
-

**Rechtbank Zeeland-West-Brabant 14 december 2022,
ECLI:NL:NL:RBZWB:2022:8150 inzake Topvorm
Prefab/BPF Bouw:**

- Topvorm staat bij de KvK ingeschreven als groothandel in bouwmaterialen
 - Feitelijke activiteit is ontwerpen en maatwerk aflevering van gemodificeerde bouwmaterialen
 - Topvorm valt niet onder BPF HIBIN
 - Wel onder BPF Bouw
-

LOONSOM, OMZET OF UREN

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018,
ECLI:NL:GHARL:2018:11397 inzake ADO/BPF Vervoer:**

- Verplichtstellingsbesluit BPF Vervoer geeft niet aan of voor de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium de loonsom of de omzet bepalend is
 - Systematische interpretatie
 - Verwijzing naar CAO waarin omzet bepalend is niet gevolgd
 - Verwijzing naar andere bepaling in verplichtstellingsbesluit waar loonsom bepalend is gevolgd
-

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20
november 2018,
ECLI:NL:GHARL:2018:10142 inzake
Werkgever/BPF Vervoer:**

- Gewerkte arbeidsuren, gemeten naar de loonsom bepalend voor toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium
-

HOOFDZAKELIJKHEIDSCRITERIUM

HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889 inzake Vector/PME:

- Redelijke uitleg in het kader van toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium
 - Het gaat om arbeidsuren
 - Toe te rekenen arbeidsuren van werknemers die de bedrijfsuitoefening faciliteren of die zorgen dat de producten van de onderneming afzet vinden meetellen
-

HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:215 inzake Adimec/PME:

- Bedrijf dat high tech camera's ontwikkelt, produceert en verkoopt
 - Omdat de research en development de hoofdactiviteit is en de productie ondergeschikt, niet voldaan aan hoofdzakelijkheidseis
 - Adimec niet aansluitplichtig bij PME
-

HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 inzake Unis/PMT:

- Doorslaggevend is het aantal met de werknemers overeengekomen arbeidsuren
- De activiteit van een werknemer die gedeeltelijk “PMT-werkzaamheden” en gedeeltelijk andere werkzaamheden verricht telt voor 100% als “PMT”
- Let op: ziet specifiek op verplichtstellingsbesluit PMT
- Geldt niet voor PME of andere verplichtstellingsbesluiten waarin niet een soortgelijke bijzondere regeling voorkomt

**Rechtbank Rotterdam 7 oktober 2022,
ECLI:NL:RBROT:2022:8405 inzake Spero
Services/PMT:**

- Werkgever stelt uitzendbureau te zijn en onder StiPP te vallen...
 - Maar geeft zelf aan dat het merendeel van de activiteiten “PMT-werkzaamheden” zijn
 - Aansluiting bij PMT
-

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2022,
ECLI:NL:GHARL:2022:10647 inzake Meilink/BPF
Hout:**

- Tekst in verplichtstellingsbesluit dat ondernemingen die “A en B” als activiteit hebben onder de werkingssfeer vallen niet cumulatief (te lezen als “A en/of B”)
- Omdat BPF Hout geen hoofdzakelijkheids criterium kent, valt een onderneming die als nevenactiviteit goederen in een houten bekisting verpakt en als hoofdactiviteit die goederen vervoert onder BPF Hout

**Rechtbank Den Haag 10 januari 2023,
ECLI:NL:RBDHA:2023:3046 inzake Werkgever/BPF
MITT:**

- Geen hoofdzakelijkheidseis
 - Als gemeten naar de omzet minder dan 1% van de activiteit door het verplichtstellingsbesluit wordt bestreken, geen aansluitplicht
 - Er geldt een ondergrens als geen hoofdzakelijkheidseis geldt
-

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 januari 2023,
ECLI:NL:GHSHE:2023:365 inzake X BV/BPF Vervoer:**

- Onderneming die enerzijds koelen en vriezen en anderzijds vervoer als activiteit heeft
 - Hoofdzakelijkheids criterium niet geconcretiseerd op basis van uren, loonsom of omzet
 - Kantonrechter: leemte; loonsom doorslaggevend
 - Hof: kijken wat de kernactiviteit is waarbij loonsom een rol kan spelen
-

**Rechtbank Midden-Nederland 22 februari 2023,
ECLI:NL:RBMNE:2023:752 inzake LuxeTenten/BPF
MITT:**

- LuxeTenten levert lodges en tenten waarbij één tent uit textiel is vervaardigd en sommige andere een binnentent vervaardigd van textiel kennen
 - Levering en assemblage is kernactiviteit
 - Geen hoofdzakelijkheids criterium
 - LuxeTenten valt onder BPF MITT
-

HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:847 inzake Rioolservice/PMT:

- Nadere uitleg Unis-arrest
- Nagaan welke werknemers “PMT-activiteiten” verrichten, ook als ze slechts gedeeltelijk die activiteiten verrichten
- Hun totale overeengekomen arbeidsuren vaststellen (A)
- Totaal aantal bij de werkgever overeengekomen arbeidsuren vaststellen (B)
- Als A 50% of meer van B bedraagt valt de werkgever onder PMT

Overlap

**Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2022,
ECLI:NL:RBAMS:2022:5315 inzake Crisp/BPF
Levensmiddelenbedrijf:**

- Verplichtstellingsbesluit kent overlapbepaling (“ander verplichtgesteld BPF gaat voor”)
 - Crisp stelt mogelijk onder werkingssfeer BPF Vervoer te vallen
 - Daarvan is niets gebleken, verweer verworpen
-

HERSTEL SCHATTINGSNOTA'S

Zie de Kantonrechter in deze zaken:

- Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11021 en HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:969 inzake Presta Meat/BPF VLEP
- Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2295 inzake Lema/BPF VLEP en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11015 inzake Lema/BPF VLEP
- Rechtbank Limburg 4 mei 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:3489 inzake Moppie/BPF Schoonmaak
- Rechtbank Rotterdam 24 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2603 inzake BPF Bouw/Werkgever

Praktijktips:

- BPF niet verplicht om schattingsnota bij te stellen als alsnog de juiste gegevens worden aangeleverd?
 - Advies: gegevens anoniem aanleveren
 - Anoniem omdat als blijkt dat de verplichtstelling niet gold, bij niet anonieme gegevensverstrekking de AVG zou zijn geschonden
-

BEWIJSLAST EN EXHIBITIEPLICHT

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 april 2023,
ECLI:NL:GHSHE:2023:1069 inzake
Personeelsdiensten Ysselsteyn/PMT:**

- Stelplicht en bewijslast ter zake verplichte deelneming rusten bij het BPF
 - Werkgever vergaande exhibitieplicht
 - Voldoende gegevens verstrekken zodat het BPF de feitelijke werkzaamheden van de werknemers kan vaststellen
-

Conclusies:

- Extensieve interpretatie verplichtstellingsbesluiten lijkt een lijn
 - Ratio: witte vlek bestrijding
 - Nadelen:
 - Rechtsonzekerheid werkgevers
 - “Geen premie, toch pensioen”-risico voor bedrijfstakpensioenfondsen
 - Bedrijfstakpensioenfondsen zouden voorziening moeten opnemen voor dat risico, maar doen dat niet
-