

Weeknieuws rechtspraak

Pensioenrecht

8 mei 2023
Editie 2023/2



Samengesteld door Prof. dr. Erik Lutjens

In deze editie:

Uitspraken over:

- **verplichtstelling zonder hoofdzaakcriterium**
- **rechtsgeldigheid dwangbevel met gebreken**

Prof. dr. Erik Lutjens
Hoogleraar Pensioenrecht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid *Vrije Universiteit Amsterdam*
Expertisecentrum Pensioenrecht
De Boelelaan 1077 - Initium
1081 HV Amsterdam
T (020) 59 86268 | M 06 52 418408 |
E e.lutjens@vu.nl |
I: www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht/

Advocaat bij
DLA Piper Nederland N.V.
Amstelveenseweg 638
1081 JJ Amsterdam
P.O. Box 75258
1070 AG Amsterdam –
M 06 52 418408
E erik.lutjens@dlapiper.com

Indien het hoofdzaakcriterium niet is opgenomen in de werkingssfeerbepaling is geen weging nodig van de mate waarin een onderneming de onder de verplichtstelling vallende werkzaamheden uitoefent

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 de december 2022, PJ 2023/24(PHJ/Meilink)

Dit geding gaat over de verplichtstelling van bpf voor de Houtverwerkende Industrie en Jachtbouw.

Onder de werkingssfeer vallen onder meer *Ondernemingen waarin het bedrijf wordt uitgeoefend van de vervaardiging, assemblage, import en groothandel van artikelen van hout of kunststof.*

De onderneming, Meilink, stelt dat haar hoofdactiviteit is het verrichten van (internationaal) transport en zij dus geen onderneming is die de beschreven activiteit als ‘bedrijf’ uitoefening heeft.

Het hof oordeelt (vet toegevoegd):

deze verweren slagen niet. Allereerst is in het besluit **geen hoofdzakelijkheids criterium opgenomen. Aan een weging van de mate waarin Meilink voldoet aan de in het besluit omschreven activiteiten komt het hof dan ook niet toe.** Als het hof vervolgens kijkt naar de werkwijze in het bedrijf van Meilink kan moeilijk worden volgehouden dat zij géén activiteiten verricht die onder het besluit vallen.

Rechtbank Midden-Nederland 22 februari 2023, (Bpf MITT/Luxe Tenten)

Dit geding gaat over de verplichtstelling van bpf MITT. In het verplichtstellingsbesluit staat geen hoofdzaakcriterium.

De onderneming, Luxe Tenten, voert aan dat de kern van haar onderneming is de verkoop en levering van lodges. Daarin zit beperkt textiel verwerkt. Dit laatste is een activiteit die onder de werkingssfeer van bpf MITT is te brengen.

De rechtbank oordeelt (vet toegevoegd):

Naar het oordeel van de kantonrechter is geen sprake van een hoofdzaakcriterium in het verplichtstellingsbesluit. Dat de in het besluit genoemde uitzonderingen (deels) zien op ondernemingen die in hoofdzaak bepaalde producten vervaardigen, kan niet leiden tot de conclusie dat dit criterium, dat inhoudt dat de relevante werkzaamheden van een onderneming in beginsel meer dan 50% van de activiteiten moeten vormen (zie ook Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 6 september 2016 ECLI:NL:GHSHE:2016:4026), voor het besluit in haar geheel geldt. Het is dus (behalve bij de beoordeling van de vraag of een uitzondering van toepassing is) **niet van belang wat de omvang is van de genoemde bedrijfsactiviteiten, hoeveel procent het textiel uitmaakt van de safaritenten/lodges of hoeveel procent winst daaruit wordt behaald.** Het gaat erom of LuxeTenten activiteiten verricht die vallen onder de in het verplichtstellingsbesluit opgenomen omschrijving.

Dat deze binnencabines **slechts een klein onderdeel van de luxere tenten vormen doet er niet toe**, omdat er zoals reeds overwogen in het verplichtstellingsbesluit geen hoofdzaakcriterium is opgenomen.

Het ontbreken van een hoofdzaakcriterium maakt de verplichtstelling volgens de rechtbank ook niet onduidelijk:

Weliswaar maakt dit het toepassingsbereik zeer ruim, is er discussie over onder de sociale partners en is het relatief ongebruikelijk (slechts bij 4 van de 40 verplichtstellingsbesluiten is dit zo), maar dat is kennelijk toch een keuze die in ieder geval op dit moment nog steeds wordt gehandhaafd. Dat maakt het besluit niet onduidelijk.

Rechtbank Den Haag 10 januari 2023, PJ 2023/35

Ook deze uitspraak gaat over de verplichtstelling van bpf MITT.

Deze rechtbank acht de omvang van de bedrijfsactiviteiten wel van belang (vet toegevoegd)

Onbetwist is dat het aandeel van het bedrukken van kleding in de omzet van [eiser01] minder dan 5% bedraagt en dat de hoofdzak van de activiteiten van [eiser01] een groothandel in sportprijzen en aanverwante artikelen betreffen. Niet alleen is dus het percentage van de omzet van bedrukt textiel (zeer) gering ten opzichte van de totale omzet van [eiser01], ook betreft de verkoop van bedrukt textiel eerder een bijproduct van [eiser01] dan zijn hoofdactiviteit.

In het kader van het voorgaande is de kantonrechter dus van oordeel dat ook in het geval een verplichtstellingsbesluit **geen hoofdzaakcriterium kent er sprake kan zijn van een zekere ondergrens**, waarbij, zoals ook uit de beslissing van de kantonrechter in Alkmaar en uit deze beslissing blijkt dat het aandeel van de betreffende activiteit ten opzichte van het totaal en of de betreffende activiteit tot de hoofdactiviteiten van de onderneming behoren of niet van invloed kunnen zijn op de beoordeling. Daarmee is in algemene zin de stelling van MITT **dat ook bij een verwaarloosbaar percentage van minder dan 1% de betreffende onderneming zich verplicht dient aan te sluiten bij MITT onhoudbaar**.

Commentaar E. Lutjens:

- De omschrijving van de bedrijfstak(ken) waarvoor een verplichtstelling geldt geschiedt via de omschrijving van bedrijfsactiviteiten (artikel 111 lid 2 Pensioenwet en Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000).
- Daarbij geldt niet de eis dat bedrijfsactiviteiten in een bepaalde omvang verricht moeten worden.
- Het is aan de sociale partners hier de door hen gewenst invulling aan te geven.
- Het ontbreken van vragen stuit op vragen bedrijven die de onder de werkingssfeeromschrijving vallende bedrijfsactiviteiten slechts in beperkte mate verrichten, zoals in bovengenoemde procedures. Is de onderneming dan wel aan te merken als een werkgever in de betreffende industrie (houtbewerking, mode) wanneer de kern of het grootste deel van de bedrijfsactiviteiten niet onder de werkingssfeeromschrijving valt? Of dat het geval is, wordt bij het ontbreken van een hoofdzaakcriterium niet door de kern of het grootste deel van de activiteiten bepaald. Volgens de werkingssfeerbepalingen valt een onderneming dan ook onder de betreffende industrie indien de beschreven activiteiten slechts een klein onderdeel van de werkzaamheden uitmaken.
- Dit is wat in de als eerste en tweede hierboven genoemde uitspraken is beslist en in het kader van de objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten is een andere uitkomst in mijn visie niet goed denkbaar.
- Wellicht is een volstrekt verwaarloosbare activiteit nog buiten beschouwing te laten, maar het ingewikkelde is dat dan de rechter de wet (het verplichtstellingsbesluit) dan door uitleg gaat inperken, waarbij het onduidelijk wordt. Want wat is dan de beoordelingsmaatstaf (omzet, loonsom, werknemers?) en waar ligt de grens (bij welk percentage?); geldt dit unaniem of is dit nog afhankelijk van de presentatie van het bedrijf en de setting waarin het zich begeeft. Dit nog los van de bewijsrechtelijke problematiek om het wel of niet voldaan zijn aan de grens aan te tonen.
- In zoverre kan men oordelen dat het ontbreken van een hoofdzaakcriterium duidelijk(er) is: de omvang doet er simpel niet toe.
- Het vanuit beleidsmatig oogpunt aanwezige voordeel van het hoofdzaakcriterium is dat het de witte vlek kan tegengaan en aan werknemers een (collectief en solidair) pensioen borgt.
- Het ontbreken van een hoofdzaakcriterium kan tot overlap met een andere verplichtstelling leiden. Voor overlap-gevallen, zou een anti-overlapbepaling wel nuttig zijn, zoals door bpf MITT wordt overwogen in te voeren indien een ander verplicht bpf van toepassing is.
- Dat is geen reden om een hoofdzaakcriterium (of iets dat daarnaar tendeert) in te voeren voor de – vele – gevallen waarin overlap niet aan de orde is.

Een dwangbevel mag gebaseerd zijn op geschatte premies maar mag niet zoveel gebreken kennen dat het daarom niet in stand kan blijven

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2022, PJ 2023/24(PHJ/Meilink)

Het in dit geding uitgebrachte dwangbevel is op geschatte premies gebaseerd over de jaren 2007 tot en met 2018 met telkens het premiepercentage van 26,9% en een opslag van 10% en op handelsrente.

Het hof oordeelt dat de vorderingen kan “volgen voor zover zij hierbij de loonsom moet schatten en daarbij wellicht aan de “veilige kant” gaat zitten.” Over het premiepercentage van 26,9% oordeelt het hof dat “onduidelijk” is waarom niet het in een afzonderlijk jaar geldende (en wisselende) premiepercentage is toegepast. De hoogte van de opslag kan het hof niet plaatsen. De handelsrente is onjuist omdat het uitvoeringsreglement slechts de (gewone) wettelijke rente noemt.

Hierop baseert het hof het oordeel: “Dit leidt ertoe dat het dwangbevel zoals het er nu ligt, zoveel gebreken kent dat het hof dit bevel niet in stand kan laten. Het hof zal er niet toe overgaan om het verschuldigde bedrag zelf te schatten.”

0000000000000000