

Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten

TPV 2021/36

Sinds het “geen premie, toch pensioen”-arrest van de Hoge Raad² hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen het handhavingsbeleid sterk geïntensiveerd. Dat heeft tot veel rechtspraak geleid waarin verplichtstellingsbesluiten door de rechter privaatrechtelijk zijn getoetst. Privaatrechtelijke toetsing houdt in de meeste gevallen uitleg van verplichtstellingsbesluiten in. Getoetst wordt of een verplichtstellingsbesluit van toepassing is op bij een werkgever werkzame personen. Daarnaast kan privaatrechtelijke toetsing inhouden dat wordt beoordeeld of handhaving van een verplichtstellingsbesluit ten opzichte van een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen onrechtmatig kan zijn of tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg kan leiden. In dit artikel wordt uiteengezet op welke wijze de burgerlijke rechter verplichtstellingsbesluiten dient te toetsen.

1. Inleiding

In dit artikel wordt uitgegaan van de bestaande wettelijke regeling rond de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen. Deze wettelijke regeling wordt niet ter discussie gesteld. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben belang bij handhaving van de verplichtstelling voor beperking van het “geen premie, toch pensioen”-risico. Voor werkgevers is het van belang inzicht te hebben in hun pensioenlasten. Voor werknemers en andere werkzame personen voor wie de verplichtstelling geldt³, is het van belang voor inzicht in hun pensioenverwering. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, werkgevers en werknemers hebben een gezamenlijk belang bij duidelijkheid omtrent de eventuele verplichting tot aansluiting. Verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds heeft immers verstrekkende gevolgen voor werkgevers en werknemers. Hun belang bij objectieve uniforme uitleg van verplichtstellingsbesluiten, waarbij alle relevante omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden gewogen en waarbij geen betekenis wordt toegekend aan eventuele niet-kenbare bedoelingen van de sociale partners bij het opstellen van een verplichtstellingsbesluit, is dan ook erkend in de rechtspraak van de Hoge

Raad.⁴ Hun belangen dienen bij de interpretatie van werkingssfeerbepalingen zorgvuldig te worden gewogen.⁵ Geanalyseerd wordt hoe en aan de hand van welke normen bij de interpretatie van verplichtstellingsbesluiten een evenwichtige weging van deze belangen dient te worden gemaakt. Dit betreft uitleg; daarnaast wordt geanalyseerd of, en zo ja, onder welke omstandigheden, handhaving van een verplichtstellingsbesluit onrechtmatig⁶ kan zijn of tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg kan leiden.⁷

2. De status van een verplichtstellingsbesluit in het privaatrecht

Privaatrechtelijk geldt een verplichtstellingsbesluit als wetgeving. Een verplichtstellingsbesluit is een wet in materiele zin en behoort tot het objectieve recht als bedoeld in art. 79, lid 1, aanhef en onder b Wet op de rechterlijke organisatie.⁸ Uit dat artikelonderdeel volgt dat ook de Hoge Raad een verplichtstellingsbesluit kan uitleggen, zodat in privaatrechtelijke procedures over de uitleg van verplichtstellingsbesluiten in drie instanties kan worden geoordeeld.⁹

3. Objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten

Het is vaste rechtspraak dat bij de uitleg van verplichtstellingsbesluiten de objectieve uitlegmethode wordt gevolgd. Werkingssfeerbepalingen in verplichtstellingsbesluiten van bedrijfstakpensioenfondsen worden op basis van dezelfde uitlegmethode uitgelegd als werkingssfeerbepalingen in al dan niet algemeen verbindend verklaarde cao's. Deze uitlegmethode wordt door de Hoge Raad daarom, óók als het om uitleg van andere documenten dan cao's gaat, als uitleg volgens de cao-norm aangeduid.¹⁰

1 Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Pensioenadvocaten.nl te Amstelveen, is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam en is vaste medewerker van dit tijdschrift. Daar waar op een enkele plaats wordt verwezen naar verplichtstellingsbesluiten van concreet aangeduide bedrijfstakpensioenfondsen, is sprake van een louter illustratief bedoelde keuze, zonder uit te sluiten dat in de verplichtstellingsbesluiten van andere bedrijfstakpensioenfondsen soortgelijke bewoordingen voorkomen. Met dank aan prof. dr. E. Lutjens en mr. A.W. Cramer CPL voor hun opbouwende commentaar bij een concept voor dit artikel.

2 HR 3 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:BT8462, PJ 2021/39, m.nt. J.T. Gommer inzake *BPF Vervoer/Labots*.

3 Verplichtstellingsbesluiten kunnen ook andere werkzame personen raken dan werknemers. Zie art. 3 Pensioenwet.

4 Expliciet in HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake *FNV/Condor*, r.o. 3.5-3.6, een van de kernarresten in verband met deze zogenoemde objectieve uitlegmethode of uitleg volgens de cao-norm (zo genoemd, omdat ook cao's volgens deze uitlegmethode dienen te worden uitgelegd).

5 De relevantie van deze belangenafweging is in de rechtspraak ook erkend. Zie bijvoorbeeld r.o. 5.3 in Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:832, PJ 2021/82 in de zogenoemde “pannenkokenzaak”. Ik merk op dat ik als advocaat bij deze zaak was betrokken.

6 Dit leidt tot toepassing van art. 6:162 BW.

7 Dit leidt tot toepassing van art. 6:2, lid 2 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid).

8 Recent HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 inzake *Booking.com*, verder in dit artikel nader te behandelen. Zie r.o. 4.1.3.

9 Graag verwijs ik naar de beschouwingen in *Asser/Lutjens 7-XI 2019/343-356*.

10 Zie bijvoorbeeld r.o. 3.4 in HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake *FNV/Condor*. Ik geef de voorkeur aan de term “objectieve uitleg”, omdat deze uitlegmethode niet uitsluitend voor de uitleg van (algemeen verbindend verklaarde) cao's dient te worden toegepast, maar ook voor de uitleg van alle stukken met werking ten opzichte van derden (zoals bijvoorbeeld niet algemeen verbindend verklaarde cao's en pensioenreglementen vastgesteld door verzekeraars of pensioenfondsen). Zie in verband met de reikwijdte van de objectieve uitlegmethode ook r.o. 4.3 in HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 inzake *Pensioenfonds DSM*.

Deze uitlegmethode houdt in eigen bewoordingen samengevat globaal in¹¹ dat:

- verplichtstellingsbesluiten in beginsel grammaticaal (op basis van de objectieve betekenis die aan de bewoordingen moet worden toegekend) dienen te worden uitgelegd;
- systematische uitleg mogelijk is, bijvoorbeeld indien een woord op de ene plaats in het verplichtstellingsbesluit niet duidelijk is, maar op de andere plaats wel (dan kan de rechter oordelen dat het woord die duidelijke betekenis heeft op alle plaatsen in het verplichtstellingsbesluit waar het woord voorkomt);
- de niet kenbare bedoeling van een verplichtstellingsbesluit bij de uitleg geen rol speelt;
- de bedoeling die uit de tekst van een verplichtstellingsbesluit blijkt bij de uitleg wel een rol kan spelen;
- een bij een verplichtstellingsbesluit behorende toelichting die onderdeel uitmaakt van het verplichtstellingsbesluit bij de uitleg ook een rol kan spelen;
- uitleg dient te leiden tot aannemelijke rechtsgevolgen, zodat uitleg die leidt tot een onaannemelijk rechtsgevolg niet dient te worden gevolgd.

Een uitzondering op de regel dat de niet kenbare bedoeling van een verplichtstellingsbesluit geen rol kan spelen bij de uitleg daarvan kan gelden indien de niet kenbare bedoeling leidt tot een uitleg die de belangen van de normadressaten van het verplichtstellingsbesluit (werk-

gevers en de personen werkzaam in de bedrijfstak) beter dient dan objectieve uitleg.¹²

Een theoretische vraag is of, indien een verplichtstellingsbesluit in een concrete situatie duidelijk is, nog wel aan uitleg en daarmee aan het oordeel dat de objectieve uitlegmethode moet worden gevolgd wordt toegekomen.¹³ Geredeneerd kan worden dat, indien een verplichtstellingsbesluit duidelijk is, het niet meer hoeft te worden uitgelegd, zodat ook niet hoeft te worden geoordeeld welke uitlegmethode moet worden toegepast. Ook het oordeel dat een verplichtstellingsbesluit duidelijk is berust echter hoe dan ook op uitleg, zodat, ook indien een verplichtstellingsbesluit duidelijk is, vooraf dient te worden vastgesteld aan de hand van welk uitlegcriterium het verplichtstellingsbesluit wordt uitgelegd (objectieve uitleg) om te kunnen vaststellen dat het duidelijk is.

4. Toepasselijkheid van een verplichtstellingsbesluit dat niet voldoet aan de bestuursrechtelijke totstandkomingsvereisten

In het licht van de bestuursrechtelijke vereisten voor de totstandkoming van verplichtstellingsbesluiten vastgelegd in de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 (“het Toetsingskader”), dat deze duidelijk dienen te zijn en dat geen sprake mag zijn van overlap,¹⁴ rijst de vraag of de rechter in een civielrechtelijke procedure überhaupt wel aan uitleg van een verplichtstellingsbesluit kan toekomen, indien een verplichtstellingsbesluit niet duidelijk is. Uit het Toetsingskader volgt immers dat een verplichtstellingsbesluit duidelijk dient te zijn, zodat, indien het niet duidelijk is, waardoor uitleg nodig is, het verplichtstellingsbesluit niet aan de duidelijkheidseis voldoet en daarmee in strijd met de wet (het Toetsingskader) is genomen. Een overeenkomstige redenering geldt in het kader van overlap. Dient de rechter, indien een verplichtstellingsbesluit niet duidelijk is of indien sprake is van overlap, zonder meer te oordelen dat het buiten toepassing blijft, zonder het verplichtstellingsbesluit verder te beoordelen (middels uitleg)?

De rechter kan in het kader van een privaatrechtelijke procedure niet in die zin oordelen op grond van het argument dat het verplichtstellingsbesluit niet voldoet aan de wettelijke eisen geformuleerd in de bestuursrechtelijke wettelijke regeling voor de totstandkoming van verplichtstellingsbe-

11 De lezer zal bekend zijn met de rechtspraak. Ik volgde hier met name het hierna te noemen arrest in de zaak *FNV/Condor*. Als kernarresten ten aanzien van de toepassing van de objectieve uitlegmethode bij de uitleg van verplichtstellingsbesluiten van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen noem ik HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 inzake *Pensioenfonds DSM* (zie r.o. 4.2-4.5; het kernarrest met betrekking tot de uitleg van het pensioenreglement van een pensioenfonds waarin in r.o. 4.3-4.5 de “vloeiende overgang” tussen Haviltex-uitleg en de cao-norm wordt verijnd), HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake *FNV/Condor* inzake de uitleg van een sociaal plan dat als cao is aangemeld en waarin de Hoge Raad de eigen rechtspraak omtrent de objectieve uitlegmethode samenvat (r.o. 3.4-3.6) en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, r.o. 3.4.2, en 3.4.3 inzake de uitleg van een cao. Aanvullend geeft ik de volgende vindplaatsen van uitspraken waarin de Hoge Raad de objectieve uitlegmethode toepaste: HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 en HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174 ten aanzien van cao's, HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 ten aanzien van een sociaal plan dat niet op een cao berust, HR 23 maart 2001, *NJ* 2003, 715 ten aanzien van een trustakte bij een obligatielening, HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376 inzake een bindende regeling voor arbeidsvoorwaarden (r.o. 3.6), HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366 inzake een algemeen verbindend verklaarde cao (r.o. 3.4.2), HR 16 mei 2003, *NJ* 2003, 470 inzake het Bindend besluit Regres 1984, HR 24 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:BU9889 inzake *Vector/PME* (het betrof de uitleg van het hoofdzakelijkheids criterium in een verplichtstellingsbesluit; zie r.o. 3.5.2) en HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, *PJ* 2021/65, m.nt. E. Lutjens (*Booking.com*) inzake de uitleg van een verplichtstellingsbesluit, zie r.o. 2.3).

12 Dat was een nieuw element in het kader van objectieve uitleg in HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake *FNV/Condor* (zie r.o. 3.7.2). In de *Condor*-zaak werd geoordeeld dat de uitzondering niet van toepassing was, maar de mogelijkheid van de uitzondering werd open gehouden bij de woorden “in het onderhavige geval” in r.o. 3.7.2. Ik zie het zo dat de niet kenbare bedoeling in de aangeduide situatie bij de uitleg een rol kan spelen via het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg. Het niet (mede) in aanmerking nemen van de niet kenbare bedoeling zou onder omstandigheden tot een onaannemelijk rechtsgevolg kunnen leiden.

13 Ik merk daarbij op dat niet denkbaar is dat een verplichtstellingsbesluit niet aan de hand van de objectieve uitlegmethode moet worden uitgelegd.

14 Beleidsregels van 7 december 2011, *Stcrt.* 2011, 22535, zoals laatstelijk gewijzigd op 15 december 2020, *Stcrt.* 2020, 67396 onder de kop “Omschrijving van de werkingssfeer van de verplichtstelling” en onder de kop “Overlapping van werkingssferen”.

sluiten, omdat het daar slechts om instructienormen voor de bevoegde minister¹⁵ (“de Minister”) gaat (wettelijke vereisten voor verplichtstellingsbesluiten die door de Minister bij het nemen van een verplichtstellingsbesluit in acht genomen dienen te worden¹⁶). Als een verplichtstellingsbesluit bij onduidelijkheid buiten toepassing moet blijven, is de consequentie overigens dat de reikwijdte van verplichtstellingsbesluiten in de praktijk enorm wordt beperkt, omdat in de praktijk al snel op zijn minst enige uitleg nodig zal zijn om te kunnen vaststellen of een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen onder de werkingssfeer van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vallen.

4.1 **Gevolgen van het bestuursrechtelijk gezag van gewijsde**

Indien een verplichtstellingsbesluit onduidelijk is of overlapt met een ander verplichtstellingsbesluit, kan het in strijd met de wettelijke normen vastgelegd in het Toetsingskader tot stand gekomen zijn. Als het tot stand is gekomen omdat de Minister zijn bevoegdheid ondanks deze “gebreken” heeft gebruikt om tot het nemen van het verplichtstellingsbesluit over te gaan en een eventuele zienswijze terzijde heeft gelegd, dan is de burgerlijke rechter desondanks aan het verplichtstellingsbesluit gebonden. De burgerlijke rechter kan het niet nietig verklaren en kan een vernietigingsvordering niet toewijzen op grond van het argument dat de “route” om het nemen van het verplichtstellingsbesluit te voorkomen niet is gevolgd of heeft gefaald (omdat een zienswijze is genegeerd). Evenmin komen privaatrechtelijke nietigheidsgronden of vernietigbaarheidsgronden in beeld. Een verplichtstellingsbesluit met bestuursrechtelijk gezag van gewijsde behoort tot het recht in de zin van art. 79, lid 1, aanhef en onder b Wet op de rechterlijke organisatie en kan door de rechter niet op rechtsgeldigheid worden getoetst. Zelfs indien het verplichtstellingsbesluit op enige grond in strijd met de Grondwet zou zijn, geeft dat de burgerlijke rechter geen grond het nietig te verklaren of een vordering tot vernietiging toe te wijzen, omdat de rechter niet bevoegd is om wetgeving aan de Grondwet te toetsen (art. 120 Grondwet). Een grond om het verplichtstellingsbesluit in verband met strijd met Europees recht buiten toepassing te laten ontbreekt eveneens.

4.2 **De leerstukken van het onaannemelijk en het onaanvaardbaar rechtsgevolg**

De burgerlijke rechter zou een onduidelijk verplichtstellingsbesluit of een verplichtstellingsbesluit dat overlapt met een ander verplichtstellingsbesluit slechts in die zin buiten toepassing kunnen laten door op basis van objectieve uitleg te oordelen dat het verplichtstellingsbesluit in de concreet ter beoordeling voorliggende situatie niet tot een

aansluitplicht voor een werkgever en bij die werkgever werkzame personen leidt (het oordeel luidt dan dat zij niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit vallen). Tot dat oordeel zou de rechter kunnen komen binnen het uitlegkader van de objectieve uitlegmethode, door te oordelen dat bij onduidelijkheid of overlap sprake zou zijn van een onaannemelijk rechtsgevolg indien tot een verplichting tot aansluiting zou worden geoordeeld. Hij kan ook tot dat oordeel komen door weliswaar te concluderen dat het verplichtstellingsbesluit van toepassing is, maar toepassing tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg als bedoeld in art. 6:2, lid 2 BW leidt. Het verplichtstellingsbesluit leidt dan niet tot een aansluitplicht op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

4.3 **De Lotra-zaak**

Slechts één mij bekende uitspraak kan zo worden gelezen dat de rechter oordeelde dat een verplichtstellingsbesluit niet diende te worden toegepast omdat het onduidelijk was in de berechte situatie, omdat het een leemte inhield. Het gaat om Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788,¹⁷ waarin het Hof oordeelde dat het bedrijfstakpensioenfonds niet had aangetoond dat een bepaalde voorgeschreven norm aan de loonsom (in plaats van het aantal gewerkte uren) diende te worden getoetst en hoe die loonsom dan diende te worden vastgesteld. Het Hof oordeelde daarom dat het op basis van de tekst van het werkingssfeerbesluit dat door het Hof op basis van objectieve uitleg werd geïnterpreteerd en de overige omstandigheden die speelden, niet kon vaststellen dat de werkgever die als partij optrad in de procedure met de daar werkzame personen onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel.¹⁸ Opvallend is dat het Hof niet stelde het verplichtstellingsbesluit zo te interpreteren dat de werkgever en de bij de werkgever werkzame personen niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vielen, maar dat dit als gevolg van een leemte in het verplichtstellingsbesluit niet kon worden vastgesteld (met als gevolg dat de aansluitvordering van het bedrijfstakpensioenfonds werd afgewezen).

Het Hof oordeelde in deze zaak dat het verplichtstellingsbesluit volgens de objectieve methode diende te worden uitgelegd, dat sprake was van een onduidelijkheid (concreet: een leemte op het punt van toetsing aan een concreet bepaalde loonsom of aan de gewerkte uren), dat een leemte niet zonder meer in het kader van objectieve uitleg kan worden aangevuld,¹⁹ dat daarom niet kon worden vastgesteld of de werkgever en de bij de werkgever werkzame personen onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vielen en dat de aansluitvordering daarom diende te worden afgewezen. Aan het einde van het arrest overwoog het Hof dat een aansluitplicht voor de werkgever en de bij de werkgever werkzame personen strijd zou opleveren met het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel.²⁰ De werkgever was immers (vanwege de onduidelijk-

15 De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zie art. 2, lid 1, gelezen in verband met art. 1, aanhef en onder a Wet Bpf 2000.

16 Overigens is de praktijk dat de Minister zich laat leiden door de formulering die de aanvragers kiezen, zodat de aanvragers de duidelijkheid behoren te waarborgen en overlap dienen te voorkomen, zoals blijkt uit het Toetsingskader. Het primaat voor de reikwijdte van een verplichtstellingsbesluit ligt daarom in de praktijk bij de sociale partners in de bedrijfstak (de aanvragers).

17 PJ 2018/5, m.nt. V. Gerlach inzake *Lotra/BPF Vervoer*.

18 Zie r.o. 3.3.11.

19 Zie r.o. 3.3.3.

20 Zie r.o. 3.3.13.

heid als gevolg van de leemte in het verplichtstellingsbesluit) niet in staat om vast te stellen dat hij onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel en had zijn bedrijfsvoering daarop niet kunnen afstemmen.

Het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel stammen uit het bestuursrecht. Het was zuiverder geweest als het Hof had overwogen dat de Minister het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel schond door het verplichtstellingsbesluit af te geven, dat dit voor de werkgever die partij was bij de procedure een voldongen feit was, maar dat het invullen van de leemte op zodanige wijze dat een aansluitplicht zou worden geconstrueerd tot een in het licht van objectieve uitleg onaannemelijk rechtsgevolg zou leiden of tot een in het licht van het bepaalde in art. 6:2, lid 2 BW onaannemelijk rechtsgevolg. Het arrest van het Hof past overigens wel in de bestaansgrond van de objectieve uitlegmethode, die mede is gelegen in de bescherming van de individuele werkgever.²¹

4.4 Handhaving onder omstandigheden onrechtmatig?

Ik signaleer het bestaan van een andere denkbare mogelijkheid dan de mogelijkheid via objectieve uitleg om aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds op grond van een verplichtstellingsbesluit dat niet aan de wettelijke vereisten voor de totstandkoming daarvan voldoet in verband met onduidelijkheid of overlap te voorkomen. Rechtsgrond voor het buiten toepassing laten is dan dat toepassing van het verplichtstellingsbesluit ten opzichte van de werkgever en eventueel de bij hem werkzame personen onrechtmatig is en tot een onrechtmatige daad leidt, omdat aan de eisen daarvoor (toerekenbaarheid, causaliteit, relativiteit) is voldaan.²² Het kan dan gaan om een absoluut toepassingsverbod voor een groep van werkgevers die door een bedrijfstakpensioenfonds worden verondersteld aansluitplichtig te zijn. Het kan ook gaan om een relatief toepassingsverbod ten opzichte van één werkgever die door een bedrijfstakpensioenfonds wordt verondersteld aansluitplichtig te zijn, maar die stelt dat het verplichtstellingsbesluit niet aan de bestuursrechtelijke vereisten voor de totstandkoming daarvan voldoet. In het kader van een verplichtstellingsbesluit dient onderscheid te worden gemaakt tussen de rol van de Minister bij het nemen van het verplichtstellingsbesluit en de rol van het bedrijfstakpensioenfonds bij de handhaving van het verplichtstellingsbesluit.

Het verkrijgen van een rechterlijk oordeel dat een verplichtstellingsbesluit ten opzichte van een bepaalde werkgever en de bij die werkgever werkzame personen buiten toepassing dient te blijven, kan worden gevorderd in een civiele procedure tussen die werkgever en het bedrijfstakpensioenfonds. De vraag is dan of het bedrijfstakpensioen-

fonds, dat het verplichtstellingsbesluit niet zelf nam, onrechtmatig handelt ten opzichte van de werkgever indien het bedrijfstakpensioenfonds het verplichtstellingsbesluit ten opzichte van die werkgever niet buiten toepassing laat. Concreet komt dat erop neer dat het bedrijfstakpensioenfonds het verplichtstellingsbesluit ten opzichte van de werkgever niet zou mogen handhaven op de voet van art. 4 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 ("de Wet Bpf 2000"). De werkgever is dan niet verplicht tot nakoming van art. 4 Wet Bpf 2000.

4.5 De Karmac-zaak

De vraag of deze toets mogelijk was speelde in Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6158.²³ Het Hof overwoog dat verplichtstellingsbesluiten door de civiele rechter op rechtmatigheid kunnen worden getoetst. Deze rechtmatigheidstoets kan een toets zijn op verenigbaarheid met hogere regelgeving of een toets waarbij wordt beoordeeld of aan de inhoud of de wijze van totstandkoming zodanig ernstige gebreken kleven, dat het verplichtstellingsbesluit niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen. Ik neem aan dat het bij die "beslissingen" niet uitsluitend om (voortbouwende) besluiten in de zin van art. 1:3 Awb hoeft te gaan, maar dat het ook kan gaan om oordelen van de burgerlijke rechter, zoals het oordeel of een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen naar het oordeel van het Hof een belangrijk richtsnoer bij de toetsing, naar ik aanneem ook bij toetsing door de civiele rechter.²⁴ Het Hof ging ervan uit dat, indien een concreet verplichtstellingsbesluit de toets niet kan doorstaan, het verplichtstellingsbesluit onverbindend is.²⁵ Uit het oordeel van het Hof bleek niet welke gevolgen het onverbindend zijn van een verplichtstellingsbesluit dient te hebben in de rechtsverhouding tussen een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en de individuele werkgever die een beroep op het onverbindend zijn van het verplichtstellingsbesluit doet. Indien de civiele rechter in een concreet geval oordeelt dat een verplichtstellingsbesluit onverbindend is, heeft dat concreet tot gevolg dat de rechter zal moeten oordelen dat handhaving van het verplichtstellingsbesluit tot een voor

21 HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake *FNV/Condor*, r.o. 3.5, laatste volzin.

22 Deze mogelijkheid wordt verondersteld door R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss.), Deventer: Kluwer, 2009, paragraaf 4.2.1.2. De auteur werkt uit dat een wet die in strijd is met andere wetgeving weliswaar op grond van art. 120 Grondwet niet mag worden getoetst, maar dat toepassing van die wet een onrechtmatige overheidsdaad kan inhouden als aan alle vereisten van art. 6:162 BW is voldaan.

23 *Pf* 2021/94 inzake *Karmac/Stichting Pensioenfonds Openbare Bibliotheken*. Vgl. Rb. Gelderland 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3823 waarin werd geoordeeld dat een cao buiten toepassing kan blijven indien deze onrechtmatig tot stand is gekomen (dat was in die zaak niet het geval; zie r.o. 5.5). Vgl. CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, waaruit blijkt dat de bestuursrechter bevoegd is om een besluit dat algemeen verbindende voorschriften bevat buiten toepassing te laten indien het in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is tot stand gekomen, zie r.o. 75.1-75.2.

24 Zie r.o. 4.7. De juistheid van deze aannames van mijn kant blijkt uit het feit dat het Hof in de op r.o. 4.7 volgende overwegingen toetste of de Minister in redelijkheid tot de werkingssfeeromschrijving opgenomen in het door hem genomen verplichtstellingsbesluit kon komen (r.o. 4.10), of de Minister de representativiteit op de juiste wijze had getoetst (r.o. 4.14) en of de eventuele onmogelijkheid voor een werkgever die volgens een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dient aan te sluiten om lid te worden van een aanvragende werkgeversorganisatie een rol speelt (r.o. 4.17).

25 Zie r.o. 4.6. In de betreffende zaak bleek dat overigens niet het geval.

de werkgever en de daar werkzame personen onaanvaardbaar rechtsgevolg zal leiden.

5. Tussenconclusie

De uiteenzettingen hiervoor leiden tot de volgende tussenconclusies:

- In een procedure waarin de burgerlijke rechter moet oordelen over de reikwijdte van een verplichtstellingsbesluit door dat verplichtstellingsbesluit uit te leggen, is de rechter niet bevoegd het verplichtstellingsbesluit te toetsen aan de bestuursrechtelijke instructienormen waaraan de Minister is gebonden bij het afgeven van een verplichtstellingsbesluit (de normen dat de werkingssfeer duidelijk moet zijn omschreven en dat overlap moet worden voorkomen);
- In het kader van het leerstuk van objectieve uitleg bestaat de mogelijkheid dat de rechter oordeelt dat een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen niet onder de werkingssfeer van een verplichtstellingsbesluit vallen, op grond van het argument dat het tegengestelde oordeel tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg leidt;
- In het kader van het leerstuk van het onaanvaardbaar rechtsgevolg (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, art. 6:2, lid 2 BW) bestaat de mogelijkheid dat de rechter een verplichtstellingsbesluit ten opzichte van een werkgever en de bij de werkgever werkzame personen buiten toepassing laat omdat toepassing tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg leidt;
- Indien de Minister de voor hem bij het afgeven van een verplichtstellingsbesluit geldende instructienormen heeft geschonden, bestaat de mogelijkheid dat het betreffende bedrijfstakpensioenfonds het verplichtstellingsbesluit buiten toepassing moet laten ten opzichte van een werkgever waarvoor niet duidelijk is of de verplichtstelling op de bij hem werkzame personen van toepassing is of ten opzichte van een werkgever die met overlap wordt geconfronteerd (de rechtsgrond voor het buiten toepassing laten van het verplichtstellingsbesluit is daarin gelegen, dat het bedrijfstakpensioenfonds onrechtmatig handelt ten opzichte van de werkgever indien de verplichtstelling zou worden gehandhaafd).

6. Uitleg van een verplichtstellingsbesluit

Aan de hand van het theoretisch kader dat hiervoor is geanalyseerd en samengevat in de tussenconclusies, kan worden geanalyseerd in welke situaties een verplichtstellingsbesluit op grond van uitleg in een concrete situatie niet op een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen van toepassing is. In dit opzicht wordt ingegaan op onduidelijkheid van bewoordingen, bepalingen in verplichtstellingsbesluiten die tot doel hebben dat het verplichtstellingsbesluit een ruime werking heeft, het niet van toepassing zijn van het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium en ex-tunc- of ex-nunc-uitleg.

6.1 De duidelijkheidseis

In het kader van objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten hebben de vier Nederlandse gerechtshoven in min of meer overeenkomende overwegingen geoordeeld dat slechts kan worden aangenomen dat een werkgever en de bij de werkgever werkzame personen onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen, als dat bij lezing van het verplichtstellingsbesluit “duidelijk” is. Deze duidelijkheidseis volgt uit de objectieve uitlegmethode, die de reikwijdte van een verplichtstellingsbesluit zodanig afbakt dat bij de uitleg niet-kenbare bedoelingen van de sociale partners bij het opstellen van de beschrijving van de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds geen rol mogen spelen.²⁶

Hiervoor werd al ingegaan op Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788. In die zaak oordeelde het Hof dat het rechtszekerheidsbeginsel impliceert dat leemten in een verplichtstellingsbesluit slechts beperkt door de rechter kunnen worden aangevuld. Omdat in de door het Hof te berechten situatie niet uit het verplichtstellingsbesluit bleek of het toepasselijke “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium leidde tot toetsing aan de loonsom of de arbeidsuren, kon niet worden vastgesteld of de werkgever onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel. Daarom bestond naar het oordeel van het Hof geen aansluitplicht. Feitelijk volgde het Hof hier in het kader van toepassing van de objectieve uitlegmethode de “duidelijkheidseis”, inhoudend dat een werkgever en de bij de werkgever werkzame personen niet onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen als dat niet duidelijk uit de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit blijkt.²⁷ Let wel: in dit kader wordt niet getoetst aan het Toetsingskader. Dat bevat slechts instructienormen voor de Minister.

Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849²⁸ oordeelde dat de werkingssfeer van een verplichtstellingsbesluit voor werkgevers duidelijk dient te zijn, omdat verplichtstelling van rechtswege de aansluitplicht voor de werkgever schept.²⁹ Het betrof de alom bekende zaak van Booking.com, waarbij de vraag was of Booking.com bemiddelt bij de totstandkoming van reisovereenkomsten en daarom zou moeten aansluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de reisbranche, of slechts een “prikbord” was waarop reisaccommodaties zich aanbieden. In verband met de duidelijkheidseis gold, ondanks het gebruik van de woorden “bemiddelen ... in de ruimste zin des woord”, het online platform opgezet door Booking.com niet als bemiddeling,

²⁶ Zie wederom HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake *FNV/Condor*, r.o. 3.5.

²⁷ *Asser/Lutjens 7-XI 2019/343* stelt zich de vraag of het Hof in plaats van te oordelen dat een leemte niet kon worden opgevuld niet de vraag had moeten beantwoorden welke de betekenis van het verplichtstellingsbesluit, mede in het licht van de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van het te geven oordeel, in de concrete te berechten situatie had. Op basis van objectieve uitleg had het Hof ook kunnen oordelen dat de werkgever en de daar werkzame personen niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vielen.

²⁸ *PJ 2019/87*, m.nt. B. Degelink inzake *Booking.com*.

²⁹ R.o. 3.6.

omdat Booking.com niet rechtstreeks bij de totstandkoming van reisovereenkomsten is betrokken.³⁰ De uitspraak van het Hof hield bij de Hoge Raad geen stand, zoals blijkt uit HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527.³¹ De Hoge Raad oordeelde dat wél sprake was van bemiddelen. De Hoge Raad kwam tot dat oordeel, omdat dit duidelijk zou volgen uit de (wetsgeschiedenis van de) wettelijke definitie van de bemiddelingsovereenkomst.³² De Hoge Raad oordeelde niet met zoveel woorden dat bij de uitleg van verplichtstellingsbesluiten de “duidelijkheidseis” geldt. Deze werd feitelijk toegepast in het kader van toepassing van objectieve uitleg.

In Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7382³³ werd geoordeeld dat een werkgever slechts onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt als het verplichtstellingsbesluit zodanig is geformuleerd dat het voor de gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs moet zijn, dat de bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeer vallen.³⁴

In Rb. Rotterdam 26 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6053³⁵ werd geoordeeld dat van een aansluitplicht bij een bedrijfstakpensioenfonds slechts sprake is, gezien de “verstrekende gevolgen” van verplichtte aansluiting, als het voor de werkgever duidelijk is dat hij onder de werkingssfeer valt.³⁶ In hoger beroep oordeelde Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:832³⁷ dat werkingssferen duidelijk moeten zijn afgebakend en dat overlap moet worden voorkomen. Op basis van de tekst van een verplichtstellingsbesluit moet met voldoende zekerheid kunnen worden bepaald of een werkgever onder de verplichtstelling valt. Daarbij past geen dermate ruime uitleg van verplichtstellingsbesluiten dat werkgevers die op grond van de tekst van een verplichtstellingsbesluit mogen aannemen dat zij niet onder de werkingssfeer van een BPF vallen, daar toch onder zouden vallen. Het Hof paste het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg toe in verband met de grote premievorderingen en de grote “geen premie; toch pensioen”-vorderingen die zouden ontstaan indien werkingssfeerbesluiten extensief zouden worden uitgelegd.³⁸

Alle vier gerechtshoven volgen in het kader van objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten de duidelijkheidseis. Indien uit de letterlijke tekst van een verplichtstellingsbesluit niet duidelijk volgt dat een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen, bestaat geen aansluitplicht. Hof Den Haag plaatste de toepassing van de duidelijkheidseis in het juiste juridische kader. Door exten-

sieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten zouden werkgevers met grote premievorderingen in verband met de terugwerkende kracht van aansluiting worden geconfronteerd. Bedrijfstakpensioenfonds zouden met grote “geen premie, toch pensioen”-vorderingen worden geconfronteerd. Dat zijn in het licht van objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten geen aannemelijke rechtsgevolgen. Werkgevers die zich niet wensen aan te sluiten en zich daarom “verstoppert”, terwijl “duidelijk” is dat zij dienen aan te sluiten, zijn niet beschermd tegen premievorderingen met terugwerkende kracht van een bedrijfstakpensioenfonds. Dat zou juist géén aannemelijk rechtsgevolg zijn. Maar bij onduidelijkheid wordt niet tot aansluiting veroordeeld, om het onaannemelijk rechtsgevolg te voorkomen dat de werkgever met een premievordering met terugwerkende kracht wordt geconfronteerd en het bedrijfstakpensioenfonds met het insolventierisico van die werkgever (dat ten laste van het collectief komt). De Hoge Raad heeft tot op heden niet uitdrukkelijk geoordeeld dat de duidelijkheidseis voortvloeit uit objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten, maar paste deze eis in de zaak van Booking.com wel toe om te concluderen dat Booking.com onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor de reisbranche viel.

In de zaak van Booking.com oordeelde de Hoge Raad over de situatie dat een verplichtstellingsbesluit wordt verduidelijkt door het opnemen van een uitbreiding (zoals in die zaak de verduidelijking dat ook online reisagenten onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor de reisbranche vielen). Het oordeel hield in dat niet kan worden gesteld dat een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen niet al voor de verduidelijkende wijziging onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds kunnen vallen, omdat niet duidelijk zou zijn geweest dat sprake was van een verplichting tot aansluiting.³⁹ Daarbij merk ik op dat dit dan wel echt duidelijk moet zijn geweest.

6.2 *Extensieve uitleg*

Regelmatig komen in verplichtstellingsbesluiten bepalingen voor die inhouden dat een bepaalde omschrijving van activiteiten moet worden gelezen in de ruimste zin van het woord, of woorden van gelijke strekking.⁴⁰ Dergelijke bepalingen lees ik als een instructienorm voor het bedrijfstakpensioenfonds om bij de handhaving van het verplichtstellingsbesluit van extensieve uitleg van de gebruikte bewoordingen uit te gaan. Dit werpt de vraag op of, en zo ja, in hoeverre, het gebruik van instructienormen strekkend tot extensieve uitleg ertoe leiden dat niet opgesomde activiteiten, ondanks het feit dat deze niet worden genoemd, toch door het verplichtstellingsbesluit worden bestreken. Een voorvraag is of de Minister tot het afgeven van een verplichtstellingsbesluit mag overgaan, indien in de verplichtstellingsaanvraag instructienormen strekkend

30 R.o. 3.13.

31 PJ 2021/65, m.nt. E. Lutjens.

32 Zie art. 7:425 BW, waarnaar de Hoge Raad verwees.

33 PJ 2020/1 inzake *Haags Kinderatelier/PFZW*.

34 R.o. 4.4.

35 PJ 2019/117, m.nt. E. Schop, “pannenkoek is geen koek”.

36 R.o. 5.28.

37 PJ 2021/82.

38 Ik merk nogmaals op dat ik als advocaat bij deze zaken was betrokken.

39 Zie r.o. 2.1.

40 Zie bijvoorbeeld de opsomming van activiteiten in het verplichtstellingsbesluit van Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek, *Stcr.* 2015, 11859, onder I, 1. A die eindigt met de woorden: “alles in de ruimste zin van het woord”.

tot extensieve uitleg worden opgenomen (waarmee wordt beoogd niet genoemde activiteiten desondanks onder de reikwijdte van de verplichtstelling te brengen). Het verplichtstellingsbesluit is dan immers niet op voorhand duidelijk, terwijl het Toetsingskader voorschrijft dat een verplichtstellingsbesluit duidelijk moet zijn.

De duidelijkheidseis zoals geformuleerd in het Toetsingskader impliceert dat een verplichtstellingsaanvraag waarin de hier bedoelde bewoordingen of bewoordingen van gelijke strekking zijn opgenomen, moet worden afgewezen. Dergelijke bewoordingen hebben immers evident tot gevolg dat niet vooraf duidelijk is welke werkgevers met de bij hen werkzame personen onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen, omdat vooraf niet duidelijk is op basis van welke interpretatie het bedrijfstakpensioenfonds tot handhaving zal overgaan en op welke wijze de rechter vervolgens zal oordelen over de reikwijdte van het verplichtstellingsbesluit in het licht van de instructienorm tot extensieve uitleg.

Wanneer desondanks een verplichtstellingsbesluit wordt afgegeven waarin bewoordingen zijn opgenomen die strekken tot extensieve uitleg van dat verplichtstellingsbesluit in het kader van de handhaving, dient de burgerlijke rechter bij het beoordelen van aansluitingskwesties terughoudend te zijn bij het toepassen daarvan. Slechts als voor een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen duidelijk moet zijn dat zij onder de werkingssfeer van een bepaald bedrijfstakpensioenfonds vallen, ook al worden de bedrijfsactiviteiten van de werkgever niet uitdrukkelijk genoemd, zou in het licht van objectieve uitleg van extensieve uitleg sprake kunnen zijn. Daarvoor is bijvoorbeeld niet voldoende dat het woord “koek” onderdeel is van het woord “pannenkoek” om te concluderen dat een bedrijf dat pannenkoeken produceert onder de werkingssfeer van Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Zoetwarenindustrie valt.⁴¹

Soms valt het kwartje anders in de rechtspraak. Rb. Midden-Nederland 27 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6141⁴² oordeelde dat franchisenemers die de ingrediënten voor het bakken van pizza's inkopen en daarvan pizza's bakken die worden verkocht aan particulieren op basis van afhaal en thuisbezorging als detaillisten moeten worden aangemerkt. Kort samengevat luidde het oordeel dat deze franchisenemers “waren” inkopen en verkopen aan particulieren. Dat deze “waren” voor de doorverkoop worden bewerkt tot pizza's deed niet ter zake, primair omdat nog steeds dezelfde “waren” worden doorverkocht, subsidiair omdat in het licht van objectieve uitleg sprake zou zijn van een onaannemelijk rechtsgevolg, indien een inkoper en verkoper van “waren” aan aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de de-

tailhandel zou kunnen ontkomen, door de waren alvorens deze te verkopen te modificeren.⁴³ Meer subsidiair speelde een rol dat, indien de pizzabakkers niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor de detailhandel zouden vallen, geen verplichtstellingsbesluit van toepassing zou zijn. Met name zouden zij niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor de horeca en de catering vallen, omdat de pizzabakkers geen restaurantfunctie aanbieden.

Dit oordeel wekt de schijn dat de rechtbank het antwoord op de vraag of een ander bedrijfstakpensioenfonds van toepassing zou zijn in het licht van het leerstuk van het aannemelijk rechtsgevolg een rol heeft laten spelen. Het primaire oordeel van de rechtbank impliceert dat de pizzabakkers naar de letterlijke bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen. Het subsidiaire en meer subsidiaire oordeel zijn gebaseerd op het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg. Hoewel het ogenschijnlijk kloppend is gemaakt, ben ik kritisch. Pizzabakkers horen uit de aard van hun werkzaamheden niet tot de bedrijfstak detailhandel. Het is bij lezing van het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor de detailhandel, mede daarom, niet duidelijk dat pizzabakkers detaillisten zijn. Objectieve uitleg betekent immers dat systematische uitleg is toegestaan. Systematische uitleg leidt ertoe dat bij de uitleg van de bewoordingen ook rekening kan worden gehouden met de reikwijdte van de bedrijfstak waarvoor het verplichtstellingsbesluit geldt. De conclusie dat pizzabakkers wel tot de bedrijfstak detailhandel behoren is gebaseerd op de constatering dat zij waren doorverkopen. Dit is geen aannemelijk rechtsgevolg. De constructie van de rechtbank is onjuist, omdat pizzabakkers uit hun aard niet tot de bedrijfstak detailhandel thuishoren. Indien pizzabakkers worden “opgeslokt” door bedrijfstakpensioenfonds detailhandel, kunnen zij mogelijk voor de toekomst aan aansluiting ontkomen door de representativiteit van het verplichtstellingsbesluit aan te vechten. Zij zouden ook het buiten toepassing laten kunnen vorderen op basis van de conclusies van dit artikel daaromtrent.⁴⁴

6.3 **Het niet van toepassing zijn van het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium**

Het hierna volgende is beperkt tot verplichtstellingsbesluiten die het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium kennen en verplichtstellingsbesluiten waarbij het niet wordt toegepast.

Met het oog op de situatie dat een verplichtstellingsbesluit niet het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium kent, moet onderscheid worden gemaakt tussen verplichtstellingsbesluiten die de bij een “werkgever” werkzame personen als

41 Zie nogmaals Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:832, *PJ* 2019/117, m.nt. E. Schop, met nogmaals de opmerking dat ik als advocaat bij die zaak was betrokken.

42 *PJ* 2020/21, m.nt. B. Degelink inzake een franchiseketen van thuisbezorgende pizzabakkers tegen Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel.

43 Zie r.o. 5.5 en 5.6.

44 Vergelijk ook Rb. Amsterdam 3 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:821, *PJ* 2020/46 inzake *Greenpeace/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Koopvaardij*. Zie met name r.o. 18. Greenpeace behoort uit de aard van de activiteiten niet bij de koopvaardij (de handelsvaart die een winsttoegmerk heeft). Ik merk op dat deze zaak tot de kantoorzaken van Pensioenadvocaten.nl behoort.

normadessaat kennen en verplichtstellingsbesluiten die zich richten tot de personen werkzaam bij “de onderneming” van een werkgever. Indien een verplichtstellingsbesluit dat niet het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium kent zich richt op de bij een “werkgever” werkzame personen, kan de situatie ontstaan dat, indien slechts een beperkt aantal personen die bij die werkgever werkzaam zijn de activiteiten verrichten die door de werkingssfeersomschrijving worden omvat, de werkgever desondanks voor alle bij de werkgever werkzame personen (óók personen die geheel andere activiteiten uitoefenen) moet aansluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds.⁴⁵ Dat is geen aannemelijk rechtsgevolg, zodat de burgerlijke rechter in die situatie een aansluitingsvordering in het kader van handhaving van het bedrijfstakpensioenfonds dient af te wijzen. Ik ga er daarbij van uit dat, zelfs indien op basis van de bewoordingen van een verplichtstellingsbesluit op zichzelf “duidelijk” is dat een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen onder de werkingssfeer vallen, het leerstuk van het onaannemelijk rechtsgevolg in het kader van objectieve uitleg kan betekenen dat geen aansluitplicht bestaat. In deze situatie leidt een aansluitplicht tot een onaannemelijk rechtsgevolg, omdat te veel personen met activiteiten die niet onder de werkingssfeersomschrijving van het bedrijfstakpensioenfonds vallen tot deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds verplicht zouden worden. Indien een verplichtstellingsbesluit dat niet het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium kent zich richt op de bij een “onderneming” werkzame personen van een werkgever, vallen uitsluitend de personen die activiteiten verrichten die in het verplichtstellingsbesluit zijn beschreven onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds, indien hun activiteiten als een separate onderneming kunnen worden onderscheiden. In die situatie leidt een aansluitplicht niet tot een onaannemelijk rechtsgevolg. Indien geen afzonderlijke onderneming kan worden onderscheiden, leidt een aansluitplicht eveneens tot een onaannemelijk rechtsgevolg.⁴⁶

6.4 *Ex-tunc- of ex-nunc-uitleg*

In de zaak van Booking.com, die hiervoor al aan de orde kwam (HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527), oordeelde de Hoge Raad dat ook activiteiten die ten tijde van de totstandkoming van een verplichtstellingsbesluit nog niet bestonden, onder een werkingssfeerbesluit kunnen vallen, indien deze activiteiten volgens de tekst van het werkingssfeerbesluit daardoor “duidelijk” worden bestreken. Een verplichtstellingsbesluit dient niet *ex tunc* (naar de situatie ten tijde van de totstandkoming), maar naar de actuele situatie (*ex nunc*) te worden geïnterpreteerd. Dat betekende dat Booking.com, toen het de nieuwe activiteit van het opzetten van een online platform voor het boeken van verblijfsaccommodaties opzette, had moeten begrijpen

dat deze vanuit technologisch oogpunt geheel nieuwe activiteit onder het begrip “bemiddelen” viel, zoals gebruikt in het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor de reisbranche.

Hoewel het een grote inspanning van de sociale partners in de bedrijfstakken waar een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds opereert vergt, betekent de duidelijkheidseis toch dat de hoofdregel moet zijn dat nieuwe bedrijfsactiviteiten pas onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen wanneer dat “duidelijk” is op grond van de tekst van een verplichtstellingsbesluit. De Hoge Raad oordeelde in het *Booking.com*-arrest overigens ook dat “voor een geval als het onderhavige”, ondanks het feit dat de activiteit van Booking.com ten tijde van de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit niet bestond en daarom niet in het verplichtstellingsbesluit kon worden beschreven, in verband met de nieuwe activiteit “toch voldaan kan zijn” aan de omschrijving van het werkingssfeerbesluit. Daaruit blijkt dat een nieuwe bedrijfsactiviteit niet altijd zonder meer onder de werkingssfeersomschrijving van een bestaand verplichtstellingsbesluit valt. Mogelijk bedoelt de Hoge Raad dat dit slechts dan het geval is, als dat naar objectieve uitleg van het verplichtstellingsbesluit “duidelijk” is.⁴⁷

7. **Overlap**

Overlap situaties kunnen door de burgerlijke rechter worden beoordeeld in het kader van de mogelijkheid om een verplichtstellingsbesluit buiten toepassing te laten, indien toepassing in de concreet te berechten situatie onrechtmatig is, of door toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk (art. 6:2, lid 2 BW). Een leidraad, gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid, voor de beoordeling kan zijn dat:

- de oudste verplichtstelling voorgaat, indien de werkgever en de bij de werkgever werkzame personen die onder meerdere verplichtstellingen vallen bij geen enkel bedrijfstakpensioenfonds zijn aangesloten;
- de oudste feitelijke aansluiting voorgaat, indien de werkgever bij een bedrijfstakpensioenfonds is aangesloten vóórdat een tweede of meerdere andere bedrijfstakpensioenfondsen constateren dat de werkgever onder hun werkingssfeer valt.

In dit verband is evident dat dubbele aansluiting in het kader van objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten

⁴⁵ Een voorbeeld is het verplichtstellingsbesluit van Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie, *Strct.* 2018, 6910.

⁴⁶ Eventueel is ook sprake van een onaanvaardbaar rechtsgevolg waar sprake is van een onaannemelijk rechtsgevolg, maar indien het oordeel luidt dat sprake is van een onaannemelijk rechtsgevolg, wordt aan de onaanvaardbaarheidstoets niet meer toegekomen.

⁴⁷ Zie r.o. 3.2 en 3.3 van het arrest. Overigens was, gezien de ingewikkelde redenering op grond waarvan de Hoge Raad oordeelde dat de activiteit van Booking.com als bemiddeling gold (zeer extensieve interpretatie van dat begrip), gezien de letterlijke bewoording van het verplichtstellingsbesluit geenszins “duidelijk” dat Booking.com aansluitplichtig was. Het oordeel van de Hoge Raad is daarom in mijn visie onjuist, gezien de belangenafweging die had moeten worden gemaakt. Zie voetnoot 4.

zonder meer tot een onaannemelijk rechtsgevolg leidt⁴⁸ en bovendien ook tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg.⁴⁹

8. Conclusie

Het vervolg op de tussenconclusies luidt samengevat dat:

- de burgerlijke rechter uitsluitend tot een aansluitplicht bij een bedrijfstakpensioenfonds kan oordelen, indien uit de letterlijke tekst van het uit te leggen verplichtstellingsbesluit “duidelijk” blijkt dat de bij een werkgever of de bij een door de werkgever gedreven onderneming⁵⁰ werkzame personen onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen;
- objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten impliceert dat de rechter terughoudend moet zijn met extensieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten;
- objectieve uitleg van verplichtstellingsbesluiten impliceert dat de rechter terughoudend moet zijn met ex-tunc-uitleg van verplichtstellingsbesluiten;
- bij overlap de oudste verplichtstelling voorgaat, maar bij een bestaande aansluiting de bestaande aansluiting voorgaat.

48 Waarbij ik ervan uitga dat het leerstuk rond het onaannemelijk rechtsgevolg ook kan leiden tot het buiten toepassing laten van een verplichtstellingsbesluit in de situatie waarin op zichzelf “duidelijk” uit de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit blijkt dat de werkgever en de bij hem werkzame personen onder de werkingssfeer vallen.

49 In Hof Den Haag 2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3989, *PJ* 2015/10 inzake *Geleiderails*, bekrachtigd door HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170, *PJ* 2016/155 was geen sprake van overlap maar van verkeerde indeling, maar werd geoordeeld dat verkeerde indeling niet tot de juiste indeling met terugwerkende kracht kon leiden, eveneens om dubbele aansluiting te voorkomen. In dit verband werd het onaanvaardbaarheidsleerstuk toegepast in het kader van het oordeel dat de juiste aansluiting geen terugwerkende kracht kon hebben.

50 Indien de normadressaat van een verplichtstellingsbesluit een onderneming is.