

Interpretatie van werkingssfeerbepalingen

Inzichten voor de praktijk uit recente rechtspraak

Mr. drs. Edwin Schop, datum 26-05-2017

Datum	26-05-2017
Auteur	Mr. drs. Edwin Schop ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Verplichte toepassing van een algemeenverbindendverklaarde cao of een verplichte deelname aan een bpf heeft voor een onderneming vaak verstrekende financiële gevolgen. In deze bijdrage gaat het niet zozeer om (het voorkomen of beperken van) deze gevolgen, maar wél om de vaststelling of er überhaupt sprake is van een verplichting.

Is er sprake van een verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds (hierna 'bpf') of een algemeenverbindendverklaarde collectieve arbeidsovereenkomst (hierna 'cao') dan dient op voorhand duidelijk te zijn afgebakend op welk soort ondernemingen die verplichting van toepassing is, en – indien dit relevant is voor de helderheid – op welke niet. Dit wordt bepaald in de zogenaamde werkingssfeerbepalingen.

Werkingsfeerbepalingen zijn veelal helder, maar vaak is het uitleggen ervan toch een hele uitdaging. Met name wanneer sprake is van verschillende activiteiten binnen een onderneming of binnen een groep van gelieerde ondernemingen (concern). De veelheid van mogelijke interpretaties leidt vaak tot verschillende inzichten tussen een onderneming enerzijds ('er is geen sprake van een verplichtstelling') en de bij een algemeenverbindendverklaarde cao of een verplichtgesteld 'bpf' betrokken partijen anderzijds ('er is *wel* sprake van een verplichtstelling').

Verplichte toepassing van een algemeenverbindendverklaarde cao of een verplichte deelname aan een bpf heeft voor een onderneming vaak verstrekende financiële gevolgen. In deze bijdrage gaat het niet zozeer om (het voorkomen of beperken van) deze gevolgen,^[2] maar om de vaststelling of er überhaupt sprake is van een verplichting.

Vragen

Over verschillen van inzicht over de uitleg van werkingssfeerbepalingen verscheen recent weer interessante rechtspraak, met handvatten voor de praktijk. Op grond van enkele van deze rechterlijke uitspraken ga ik hierna in op de volgende vragen die kunnen worden gesteld als de interpretatie van de werkingssfeer aan de orde is. Uitgangspunt daarbij is een mogelijke verplichting tot deelname aan een bpf, maar in de meeste gevallen gaan de antwoorden in gelijke zin op voor binding aan een algemeenverbindendverklaarde cao.

De vragen zijn:

- a. Is er überhaupt wel sprake van een verplichting.
Met andere woorden: is er sprake van een bedrijfsactiviteit die in de werkingsfeerbepaling(en) van een bpf is opgenomen?
- b. En als er al sprake is van een dergelijke activiteit, dan dient de verplichte deelname te worden getoetst aan de hand van het hoofdzakelijkheids criterium, ook wel genoemd het 'in hoofdzaak-criterium'. Maar wat is er nu precies te verstaan onder 'in hoofdzaak': is dat meer dan 90%, 70% of het merendeel van de activiteiten in de zin van meer dan 50%?
- c. En als er sprake is van een merendeel, gaat het dan om 50% van het totaal aan activiteiten van de onderneming (absolute meerderheid) of de verhouding met het aandeel van de overige activiteiten van de onderneming (relatieve meerderheid)?
- d. En als er werknemers in de onderneming werkzaam zijn die niet de activiteiten verrichten die vallen onder de werkings sfeer van een bpf maar wel collega's ondersteunen die die activiteiten wél verrichten, moeten deze werknemers dan worden meegeteld om te bepalen of er sprake is van 'in hoofdzaak', en zo ja hoe?
- e. En over wie hebben we het in de werkings sfeerbepalingen als het gaat om een concern: het gehele concern (alle rechtspersonen/werkgevers) of de afzonderlijke rechtspersoon/werkgever?

Is er wel sprake van verplichtstelling?

Het komt regelmatig voor dat een bpf stelt tot verplichte deelname terwijl het maar de vraag is of dat terecht is. Omdat werkings sfeerbepalingen niet altijd duidelijk zijn, kan dit leiden tot interpretatieverschillen. Zie als zeer recent voorbeeld het verschil van inzicht tussen Scheepsbevoorradersbedrijf Terneuzen Bonded Stores en het pensioenfonds Foodservice ('Scheepsleverancier in de clinch met pensioenfonds over verplichtstelling', *Het Financieele Dagblad* 1 april 2017). Het bedrijf stelt slechts schepen te bevoorraden, het pensioenfonds ziet in het bedrijf een groothandel.

Voor de juiste uitleg van door sociale partners overeengekomen bepalingen moet de zogenaamde 'Caonorm' worden toegepast: de bewoordingen van een artikel, gelezen in het licht van de gehele tekst, en de gepubliceerde toelichting erop, zijn in beginsel van doorslaggevend betekenis; met de bedoeling mag (slechts) rekening worden gehouden als deze naar objectieve maatstaven volgt uit de tekst en de gepubliceerde toelichting. Tevens is van belang de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427). Zonder in te gaan op de feitelijke inhoud ervan leverde 2016 de volgende (gepubliceerde) rechtspraak over de uitleg van werkings sfeerbepalingen:

- Bpf Reiswerken. De vraag was hier of de werkgever (Booking.com) als reisagent kan worden aangemerkt als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit (Rb. Amsterdam 30 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9040).
- Bpf Landbouw. Hier speelde de vraag of de activiteit van mengen van sappen heeft te gelden als het fabrieksmatig verwerken van een uit fruit vervaardigd halffabricaat (Rb. Rotterdam 11 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9099).
- Bpf StiPP. In geding was of de eis van allocatiefunctie of tijdelijkheid van ter beschikking stellen, voorwaarde is om te kwalificeren als een uitzendovereenkomst (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356).
- Bpf PMT. Hier betrof het een oordeel over een onderneming die vangrails aanlegt en op grond daarvan premies afdroeg aan het Bpf Bouwnijverheid. Het hof oordeelde dat de onderneming

valt onder de regelingen voor de metaalsector, de Hoge Raad liet dit oordeel van het hof in stand (HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170).

- Bpf Bouwnijverheid. Hier was de vraag of een bedrijf die alleen voorbehandelende activiteiten verricht is te zien als een asbestverwijderingsbedrijf in de zin van de werkingssfeerbepalingen (Rb. Amsterdam 17 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7314).
- Bpf Groothandel in Levensmiddelen. Hier speelde de vraag of een horecacentrum onder de verplichtstelling valt indien het producten verkoopt aan bedrijfs-, school- en sportkantines en horeca-opleidingscentra (Hof Amsterdam 13 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2015:5246).
- Bpf Zoetwaren. De vraag hier was of de verplichtstelling ook geldt voor een bedrijf dat ouwel produceert en of ouwel hoort tot producten genoemd in verplichtstellingsbesluit of in ieder geval 'soortgelijk' daaraan zijn. (Rb. Midden Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:244).

Met andere woorden: het komt vaak voor dat werkingssfeerbepalingen niet duidelijk zijn. Het kan daarom voor ondernemingen van groot belang zijn om niet klakkeloos mee te gaan in het oordeel van het betreffende bpf.

Wat is 'in hoofdzaak'?

Deze discussie zal zich voordoen als een onderneming verschillende bedrijfsactiviteiten verricht die niet alle gevallen onder de werkingssfeer van één en het zelfde bpf. In het algemeen kan worden gesteld dat 'in hoofdzaak' in beginsel inhoudt 'meer dan 50%', zie onder meer Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2769. Ditzelfde hof heeft bij arrest van 6 september 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:4026, *Pensioenfonds Groothandel in glas en verf/Odin*) het 'in hoofdzaak-criterium' nader uitgelegd. Volgens het hof houdt het begrip 'in hoofdzaak' naar normaal spraakgebruik in: het merendeel. Dat betekent niet per definitie dat 'in hoofdzaak' meer dan 50% betekent, maar het vormt daartoe volgens het hof wel een belangrijke aanwijzing. In dit verband acht het hof van belang dat een andere uitleg ertoe zou leiden dat zelfs een kleine minderheid van werkzaamheden bepalend is voor de vraag of een werkgever onder de verplichtstelling valt, zolang maar vaststaat dat die kleine minderheid telkens groter is dan iedere andere kleine minderheid. Dat kan leiden tot afbakeningsproblemen met meerdere pensioenfondsen en geeft grote onzekerheden. Kortom, als in de werkingssfeerbepaling van een verplichtstellingsbeschikking staat dat de werkgever onder de verplichtstelling valt als de werkgever 'hoofdzakelijk' in een bepaalde branche werkt, dan moeten die werkzaamheden in beginsel meer dan 50% van de activiteiten vormen. Er moet dus ook sprake zijn van een absolute meerderheid (zie ook hierna Meerderheid van activiteiten: absoluut of relatief?).

Meerdere fasen

De discussie over werkingssfeerbepalingen kan zich overigens ook voordoen bij bedrijven waar meerdere fasen in een productieproces leiden tot vervaardiging van een (één) eindproduct waarbij (alleen) het uiteindelijke vervaardigen van dit eindproduct als hoofdactiviteit valt onder (is beschreven in) de werkingssfeer, maar deze activiteit een (zeer) beperkt aandeel heeft in het totaal van de activiteiten (om te komen tot dit eindproduct). In dat geval kan het zijn dat alle activiteiten (en dus alle werknemers in de onderneming) vallen onder de betreffende werkingssfeerbepaling. Zie bijvoorbeeld Hof

Den Bosch 12 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ0902 (*PMT/Mimeos*): meerdere fasen in het productieproces tot vervaardiging van nikkelen stampers voor de CD en DVD-industrie leiden tot een metalen product, waarbij het er dan niet toe doet op welke wijze de stampers worden vervaardigd. Aldus het hof: "...Weliswaar worden in de onderneming van Mimeos meer en andere werkzaamheden uitgeoefend dan (enkel) het aanbrengen van metaalneerslag op voorwerpen en het be- en verwerken van het daardoor verkregen nikkelen schijfje, zoals het polijsten van metaal (a), doch deze andere werkzaamheden, bestaande uit het verwerken van de aangeleverde informatiedata (pre-mastering) en het proces van glasmastering (b), vormen de noodzakelijke voorbereidende werkzaamheden om het nikkelen schijfje (de stamper) te kunnen vervaardigen. Daardoor zijn alle werknemers betrokken bij de met (a) aangeduide werkzaamheden. Hierbij neemt het Hof tevens in aanmerking dat Mimeos uitsluitend tot doel heeft het produceren van nikkelen stampers..." en "...Voor de vraag of Mimeos is aan te merken als een 'werkgever in de Metaal en Techniek' is (...) maatgevend of het aantal arbeidsuren van werknemers die 'betrokken zijn bij' de in 4.11.1. met (a) aangeduide werkzaamheden groter is dan het aantal overeengekomen arbeidsuren van de werknemers die betrokken zijn bij werkzaamheden uitgeoefend in enige andere tak van bedrijf". Als die andere tak van het bedrijf er niet is of de betreffende werknemers daarvoor niet (mede) werkzaam zijn, dan is de verplichtstelling op alle werknemers van toepassing.

De kern van de activiteiten

De Hoge Raad daarentegen oordeelde op 31 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:215, *PME/Adimec*) dat eerst moet worden vastgesteld wat de kern van de bedrijfsactiviteiten is (de aard en het karakter van de onderneming – in dit geval – metaalektro), om vervolgens te bepalen of de niet-metaalektro uren ondersteunend zijn aan de aard van het bedrijf of dat zij zelf de aard van het bedrijf vormen. Adimec heeft een grote R&D-(research en development) afdeling. Zij ontwerpt en ontwikkelt haar producten geavanceerde en gespecialiseerde hightech camera' – in nauw overleg met haar afnemers. De aantrekkelijkheid van Adimec voor haar (potentiële) klanten is met name gelegen in de bij haar aanwezige know how en haar innovatief potentieel. Het zwaartepunt van de gewerkte uren bij Adimec ligt bij productontwikkeling (R&D), de vermarkting van de resultaten van die productontwikkeling en het onderzoeken van nieuwe zakelijke mogelijkheden. De eindassemblage die bij Adimec plaatsvindt, heeft betrekking op door haar van derden betrokken onderdelen. Er is maar een zeer beperkt aantal van haar medewerkers betrokken bij die eindassemblage.

Volgens PME moeten die ontwikkelactiviteiten worden beschouwd als voortraject dat onmisbaar is voor, en ook altijd uitmondt in, een product dat wordt vervaardigd door middel van een of meer handelingen die als zodanig in het verplichtstellingsbesluit als metaalektro-activiteiten zijn vermeld (met name de eindassemblage van de camera's). Dat product, de camera's die Adimec levert, is het doel waarvoor de klant met Adimec in zee gaat en waarvoor hij bereid is te betalen. De onderneming van Adimec heeft derhalve geen andere omzet genererende producten dan de door Adimec geassembleerde camera's en dat is wat in dit verband doorslaggevend is. Het hof oordeelde echter (en de Hoge Raad heeft dit oordeel in stand gelaten) dat niet gezegd kan worden dat haar R&D-afdeling als zodanig dienstbaar is aan het be- en/of verwerken van metalen als bedoeld in de relevante werkingssfeerbepaling. Integendeel, de R&D-werkzaamheden zijn nu juist de kern en het zwaartepunt van wat haar onderneming kan en doet. Het is veeleer zo dat de eindassemblage daaraan ten dienste staat. Adimec was derhalve niet verplicht deel te nemen omdat niet metaalbewerking maar R&D bij Adimec de

hoofdactiviteit was. Het uitgangspunt daarbij is de kernactiviteit van het bedrijf en dat is niet per se de activiteit waarmee uiteindelijk omzet wordt gegenereerd.

Wie telt er mee?

In de zaak *PMT/Vector* oordeelde de Hoge Raad (24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889) dat het toerekenen van werknemers die ondersteuning verlenen, faciliteren of ervoor zorgen dat de producten van de onderneming afzet vinden zijn toe te rekenen aan (de activiteiten behorende bij) dat product. Zo ook Rb. Limburg 23 juli 2014 (ECLI:NL:RBLIM:2014:6684): voor de werkingssfeer hanteert de kantonrechter het criterium dat een redelijke uitleg van de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium meebrengt dat naast de arbeidsuren die door werknemers zijn gemaakt bij het verrichten van de gespecificeerde werkzaamheden, ook onder meer de arbeidsuren van andere werknemers in de onderneming die eerstgenoemden tot het verrichten van hun werkzaamheden in staat stellen, hun daarbij ondersteuning verlenen of anderszins faciliteren, toe te rekenen zijn aan 'de uitoefening van het bedrijf' zoals bedoeld in de werkingssfeerbepalingen. De Hoge Raad (*PMT/Projectsourcing*) oordeelde op 10 juni 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1172) op gelijke wijze en deelde 104 werknemers in ondersteunende functies evenredig toe op grond van het aantal werknemers actief in andere bedrijfsactiviteiten.

Meerderheid van activiteiten: absoluut of relatief?

In het laatstgenoemde arrest oordeelde de Hoge Raad tevens dat het 'in hoofdzaak'-criterium niet relatief maar absoluut opgevat dient te worden. Dit houdt in dat een bedrijf alleen valt onder betreffend verplichtstellingsbesluit, wanneer een bedrijf voor meer dan 50% (van de totale overige activiteiten van het bedrijf) de in het verplichtstellingsbesluit gedefinieerde activiteiten verricht. PMT redeneerde dat 'in hoofdzaak' betekent dat er binnen een onderneming meer medewerkers in metaal- en techniekbedrijven werken dan in enig ander soort bedrijf. Projectsourcing betoogde dat 'in hoofdzaak' impliceert dat het gaat om meer dan de helft van alle medewerkers binnen de onderneming. Het hof volgde eerder de redenering van Projectsourcing, de Hoge Raad heeft dit oordeel in stand gelaten. In (het referentiejaar) 2002 werkten binnen de onderneming 46 uitzendkrachten bij vervoersbedrijven, 285 werknemers hadden een tijdelijke baan in andere bedrijfstakken en 307 uitzendkrachten werkten in de metaalbranche. Wordt 307 vergeleken met 285 dan is er sprake van een relatieve meerderheid, wordt 307 vergeleken met $(46 + 285) = 331$ dan is er sprake van een absolute minderheid. De rechter oordeelde dat wanneer met 'in hoofdzaak' een relatieve meerderheid bedoeld zou worden, dit grote onzekerheid zou geven voor de onderneming en de werknemers. Dan zou zelfs een kleine minderheid tot ongewenst gevolg kunnen hebben dat de werkgever onder de werkingssfeer van de pensioenregeling of de Cao's van Metaal en Techniek zou vallen. De uitkomst moet zijn dat er sprake is van een absolute meerderheid.

Wat als sprake is van een concern?

Tot zover gebruikte ik bewust de term onderneming, in plaats van werkgever, rechtspersoon of vennootschap. Waarom? Omdat de Hoge Raad (FNV/Van Oers) op 23 september 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2015:294) arrest heeft gewezen over de uitleg van het ondernemingsbegrip in de Cao voor de Gemaksvoedingsindustrie (hierna 'de Cao'). Indien dat begrip niet gedefinieerd staat in het verplichtstellingsbesluit – wat vaak het geval is – kan namelijk onduidelijkheid bestaan over de vraag wat bedoeld is met de term onderneming. Zeker als het gaat om in een groep of concern gelieerde rechtspersonen.

Wat was er in deze casus aan de hand? In de Cao is opgenomen “de Cao is van toepassing op [...] (onderdelen van) ondernemingen die etenswaar klaarmaken [...] of samenstellen die als gemaksvoeding kunnen worden aangemerkt (kroketten, bitterballen, enz.)”. De BV Snacks is partij bij de Cao en past de Cao ook toe. Maar Snacks BV maakt onderdeel uit van een concern, een groep van BV's. Holding BV neemt (100%) deel in Snacks BV, Grootverbruik BV en Logistiek BV. Holding BV kent met betrekking tot deze vier BV's een geconsolideerde jaarrekening. In Holding BV is de staf en het ondersteunend personeel van het concern ondergebracht. Snacks BV houdt zich bezig met de productie van gemaksvoeding, precies zoals dit is gedefinieerd in de Cao. Grootverbruik BV houdt zich bezig met inkoop, opslag, verkoop en transport van het complete assortiment binnen het concern, maar zij handelt ook in gemaksvoeding afkomstig van andere (niet gelieerde) producenten. Logistiek BV verricht voornamelijk logistieke diensten voor twee andere (niet gelieerde) bedrijven. FNV is van oordeel dat alle BV's in het concern onder de Cao vallen (lees: onder onderneming moet worden verstaan het geheel aan rechtspersonen), Van Oers is van mening dat dit alleen Snacks BV betreft.

Eerder had de kantonrechter de vordering van FNV afgewezen. Daartoe overwoog hij dat het bij 'onderneming' in de werkingssfeerbepaling van de Cao gaat om het complex van bedrijfsactiviteiten dat wordt uitgeoefend door de natuurlijke of rechtspersoon die als werkgever optreedt. Daarom dient voor iedere rechtspersoon afzonderlijk te worden gezien of aan de omschrijving van die bepaling is voldaan. Het hof heeft daarentegen overwogen dat de activiteiten van de vier vennootschappen *wél* kunnen worden aangemerkt als één onderneming in de zin van de werkingssfeerbepaling van de Cao. Volgens het hof is deze onderneming gericht op de productie en groothandel in gemaksvoeding. Daarbij is het naar het oordeel van het hof nauwelijks meer van belang dat al deze op zich te onderscheiden activiteiten in verschillende vennootschappen zijn/waren ondergebracht, nu de samenhang van deze activiteiten evident is en dit ook haar vertaling heeft gevonden in de wijze waarop deze activiteiten op elkaar zijn afgestemd. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat de activiteiten van Snacks BV een afhankelijk karakter hebben, in die zin dat bij de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium (50% of meer) ook behoren te worden betrokken de arbeidsuren die in de onderneming worden gemaakt door anderen dan de werknemers die de in de werkingssfeerbepaling genoemde werkzaamheden verrichten, teneinde deze werknemers daartoe in staat te stellen of hun daartoe de noodzakelijke ondersteuning te bieden. Dit alles onder verwijzing naar voornoemd *Vector*-arrest. De Hoge Raad is echter van oordeel dat uit de tekst en systematiek van de Cao volgt dat ook indien sprake is van samenwerking in één groep of concern door meerdere rechtspersonen, voor iedere rechtspersoon afzonderlijk dient te worden beoordeeld of de Cao van toepassing is. Daarbij kent de Hoge Raad veel gewicht toe aan het feit dat wanneer niet per rechtspersoon zou moeten worden gezien of de Cao van toepassing is, de in de werkingssfeerbepaling opgenomen tekst '*(onderdelen van) ondernemingen die etenswaren klaarmaken*' geen begrijpelijke betekenis zou hebben. Ook kent de Hoge Raad gewicht toe aan het feit dat beoordeling per rechtspersoon aansluit op het in de Cao gedefinieerde werkgeversbegrip, namelijk 'een (natuurlijke of *rechts-*)persoon die op basis van een arbeidsovereenkomst één of meer werknemers in

dienst heeft *in zijn onderneming* (cursivering ES).

De Hoge Raad heeft de conclusie van de advocaat-generaal (hierna 'A-G') gevolgd. Twee opvattingen zijn in de conclusie van de A-G echter van belang hier toch te noemen:

- a. de zinsnede '(onderdelen van) ondernemingen' kan niet betekenen dat slechts een deel van een rechtspersoon die zich – geheel of grotendeels – bezighoudt met de productie van gemakvoeding onder de werkingssfeer van de Cao valt. Te denken valt aan een 'onderneming' binnen een rechtspersoon naast een andere 'onderneming' (een economische eenheid) binnen die zelfde rechtspersoon (bijvoorbeeld: in één BV zijn werknemers werkzaam die in de eigen winkels werkzaam (detailhandel) zijn en werknemers die groothandelsactiviteiten verrichten). Dit stemt overeen met de voornoemde uitspraken *Vector*, *Adimec* en *ProjectSourcing*;
- b. de zinsnede is wel van belang indien wordt bedoeld op de afzonderlijke rechtspersonen van een concern. Het ondernemingsbegrip heeft, aldus de A-G, niet noodzakelijkerwijs betrekking op individuele rechtspersonen, zoals een besloten vennootschap, maar kan ook betrekking hebben op een concern of een groep. Deze uitleg sluit volgens de A-G aan bij de strekking die het woord 'onderneming' in het algemene spraakgebruik heeft. Maar wat precies bedoeld is tussen Cao-partijen zal ook hier moeten worden bepaald aan de hand van de zogenaamde Cao-uitlegnorm. En in dit geval is, aldus de Hoge Raad, 'de onderneming' de rechtspersoon. Van belang is wel daarbij te onderkennen dat de uitspraak ziet op de specifieke omstandigheden van het geval, namelijk over de uitleg van een begrip uit de Cao voor de Gemakvoedingsindustrie. Dit biedt zeker aanknopingspunten, maar eenzelfde uitkomst kan niet zonder meer worden toegepast bij de uitleg van andere cao's of verplichtstellingsbeschikkingen. Het woord 'onderneming' wil dus niet altijd zeggen dat het gaat om de individuele rechtspersoon.

Voetnoten

[1]

Mr. drs. Edwin Schop is consulting partner van de Flexis Groep en lid van de redactieraad van dit vakmagazine.

[2]

Zie hiervoor onder meer E. Schop, 'Verplichte deelname aan een Bpf', *PensioenAdvies* 2015/10; en al eerder E. Schop, 'Aanschrijving van het Bpf: en dan?', *PA* 2012/11.