



mr. Frédérique Hoppers

Advocaat - Partner Dirkwager legal & tax



mr. Laura Rozema

Advocaat bij Dirkwager legal & tax

Interpretatiegeschillen over verplichtstellingsbesluiten zijn aan de orde van de dag en resulteren in de nodige aansluitingsdiscussies tussen bedrijfstakpensioenfondsen en werkgevers. Belangrijke oorzaak is dat verplichtstellingsbesluiten lang niet altijd duidelijk zijn. Een gegeven dat vaker onderkend wordt door sociale partners. Die onderkenning resulteert inmiddels in de nodige aanpassingen van verplichtstellingsbesluiten, veelal onder de noemer ‘verduidelijking’. Echter, welke rol zou zo’n latere verduidelijking dan vervolgens in aansluitingsdiscussies moeten spelen? Met andere woorden: kan het fondsbestuur haar voordeel doen met een verduidelijking, als die haar interpretatie ondersteunt en daarmee een aansluiting met terugwerkende kracht afdwingen? Of is het juist de werkgever die hier haar voordeel mee kan doen in een aansluitingsdiscussie? Vragen die in feite (ook) neerkomen op de rol van de verduidelijking bij toepassing van de cao-norm. Een norm die staat voorgeschreven voor de uitleg van verplichtstellingsbesluiten. In deze bijdrage zal worden toegelicht het gewicht dat aan de verduidelijking tot op heden wordt en in de toekomst zou moeten worden toegekend, juist in het licht van die cao-norm.

Verplichtstellingsbesluiten: leuker kunnen ze het niet maken, wel duidelijker!

WEERBARSTIG

In de ideale bedrijfstakwereld zijn verplichtstellingsbesluiten duidelijk. Toch blijkt de praktijk weerbarstig. Bijvoorbeeld omdat de arbeidsmarkt of de wereld om ons heen verandert.¹ Veranderingen waar ten tijde van het verplichtstellingsbesluit geen rekening mee werd of kon worden gehouden. Soms is de onduidelijkheid niet door externe, veranderende omstandigheden aan de orde, maar bestaat deze van meet af aan. Een treffend voorbeeld zijn de verplichtstellingsbesluiten waarin het hoofdzakelijkheids criterium niet is uitgewerkt.² Zelfs tot op de dag van vandaag zijn er nog besluiten waarin verzuimd wordt dat criterium nader uit te werken, met de nodige onduidelijkheid tot gevolg.

HET MÓET DUIDELIJK ZIJN!

Onduidelijkheid verhoudt zich moeizaam tot de gevolgen van een verplichtte deelneming. Die gevolgen zijn immers verstrekkend.

Er is geen administratieve handeling vanuit het fonds nodig voor de verschuldigdheid van de premie door de werkgever. Werkgevers die vallen onder de reikwijdte van het verplichtstellingsbesluit, moeten van rechtswege vanaf het moment dat zij eronder vallen, doorsneepremies betalen.³ Met terugwerkende kracht, waarbij de mogelijkheid van een beroep op verjaring in de rechtspraak steeds meer ingeperkt wordt.⁴ De mogelijkheid tot verhaal van een werknemersbijdrage door de werkgever lijkt daarbij vanuit civielrechtelijk oogpunt uitermate beperkt.

Het verbaast dan ook niet dat wettelijk uitgangspunt is dat een verplichtstellingsbesluit duidelijk móet zijn. Onderdeel 2 van de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 licht dit als volgt toe:

1 Hoge Raad 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527.

2 Hof ‘s-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788.

3 Artikel 3 en 4 Wet Bpf 2000; zie ook: Hoge Raad 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6158.

“Het moet duidelijk zijn wie onder de werkingssfeer van de verplichtstelling vallen. Ongeorganiseerden moeten kunnen begrijpen of zij, in het geval van verplichtstelling, moeten deelnemen in het verplichtgestelde Bpf. (...) De bedrijfsactiviteiten moeten duidelijk worden omschreven.”

De Directie UAW zal bij de aanvraag van een verplichtstelling reclameren bij de indiener(s) van de aanvraag (sociale partners), indien er onduidelikheden in de voorgestelde werkingssfeer van de verplichtstelling zitten (zie Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000).

MAAR WAT ALS HET NIET DUIDELIJK BLIJKT TE ZIJN...?

Dan klimmen sociale partners steeds vaker in de pen. Er zijn in het verleden uiteenlopende verzoeken van sociale partners gedaan tot *verduidelijkingen* of *expliciteringen*, veelal na (lopende of afgeronde) rechterlijke procedures. Een tweetal voorbeelden:

- Ten aanzien het verplichtstellingsbesluit voor deelname in het Pensioenfonds Zorg en Welzijn is sinds 1 januari 2021 driemaal een aanvraag van sociale partners ontvangen en goedgekeurd, waarin ‘redactionele verduidelijkingen’ van het verplichtstellingsbesluit staan.⁵
- Ten aanzien van het verplichtstellingsbesluit voor deelname in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche (per heden ondergebracht in, en uitgevoerd door, Pensioenfonds PGB) is in 2015 een aanvraag gedaan tot toevoeging van het woord ‘online dienst’, waarbij sociale partners in de toelichting noemen dat tot deze toevoeging ‘uitsluitend ter verduidelijking’ is besloten. Er wordt opgemerkt: *“Dit is geen uitbreiding van de verplichtstelling daar deze werkgevers al onder de verplichtstelling vielen.”*⁶

Het fondsbestuur kan eerder niet dan wel voordeel doen met de verduidelijking

VERDUIDELIJKING EERST VERPAKT ALS WIJZIGING...

Als uitgangspunt is dat verplichtstellingsbesluiten duidelijk zijn, hoe vallen daarmee dan de verzoeken van sociale partners aan de Directie UAW tot verduidelijking van eerdere verplichtstel-

lingsbesluiten te verklaren? Niet, althans niet als de onduidelijkheid van meet af aan al bestond.

Hoe zijn de verzoeken – enkel – tot verduidelijking dan vervolgens wetstechnisch in te regelen? De Wet Bpf biedt alleen de mogelijkheid tot (1) aanvraag van de verplichtstelling, (2) wijziging van de verplichtstelling, (3) intrekking van de verplichtstelling en (4) ontheffing van de verplichtstelling. De verduidelijking past niet binnen één van deze vier categorieën, maar toch vinden de verduidelijkingen in de regel plaats onder de tweede noemer, dus een aanvraag tot wijziging van de verplichtstelling.

DIE WIJZIGING VERVOLGENS WEER UITGEPAKT ALS VERDUIDELIJKING...

In de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 staat bij wijziging van de verplichtstelling vermeld:

“Een wijziging van de verplichtstelling heeft betrekking op een aanpassing van de werkingssfeer, niet zijnde een inkrimping in de zin dat een bepaalde bedrijfstak of een afgebakend deel van de bedrijfstak uit de werkingssfeer wordt gehaald. Dan is namelijk sprake van intrekking van een deel van de verplichtstelling (zie hierover paragraaf 4c).”

Kortom, een aanvraag tot wijziging veronderstelt een aanvraag tot aanpassing van de werkingssfeer. Een aanvraag (enkel) onder de noemer ‘verduidelijking’, kan dus wetstechnisch gezien niet. Toch wordt het zo nog wel eens gepresenteerd door sociale partners en ook benadrukt, dat het feitelijk niet gaat om een wijziging in de reikwijdte.⁷ Er ontstaat dan een ambivalente situatie. Volgens sociale partners is het niet meer dan een verduidelijking, terwijl het volgens het wettelijk uitgangspunt gaat om een wijziging (dus aanpassing in de werkingssfeer) en zo’n wijziging kan geen terugwerkende kracht hebben. Zie ook de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf:

“Een besluit betreffende een wijziging van de verplichtstelling wordt bekend gemaakt in de Staatscourant. De datum van in werking treden wordt bij het besluit vermeld waarbij voor de volledigheid wordt aangegeven dat het besluit geen terugwerkende kracht heeft. Het besluit wordt met redenen omkleed wanneer tegen de aanvraag zienswijzen zijn ingebracht.”

5 Zie in dit kader de website van Pensioenfonds Zorg en Welzijn, specifiek de pagina ‘documentatie en wijziging verplichtstelling’: <https://www.pfzw.nl/werkgevers/pensioen-bij-ons/klant-woorden/moet-of-mag-ik-aansluiten/documentatie.html>

6 Hoge Raad 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, r.o. 2.1.

7 Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:562; Zie tevens Hoge Raad 17 juli 2022, ECLI:NL:HR:2020:1282, omtrent de verduidelijking van de werkingssfeer van de cao hetgeen ook werd toegepast op het verplichtstellingsbesluit van het pensioenfonds.

VERDUIDELIJKING VERTAALD NAAR TOEPASSING VAN DE CAO-NORM

Voor de uitleg van een bepaling uit een verplichtstellingsbesluit wordt de cao-norm gehanteerd. Het komt neer op een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao (of in dit geval het verplichtstellingsbesluit) gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.⁸ Ook de bewoordingen van de eventueel bijbehorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg worden betrokken.⁹ Zolang de bedoeling van de sociale partners maar kenbaar is, kan daaraan in de relatie tot partijen die niet bij de tekst betrokken waren (lees: werkgevers en werknemers) betekenis worden toegekend.¹⁰ Bij toepassing van de cao-norm kan geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan het verplichtstellingsbesluit zelf en de eventueel daarbij behorende toelichting, omdat anders voor diegene voor wie het verplichtstellingsbesluit geldt onvoldoende duidelijk is welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken.¹¹

Ratio achter de cao-norm is tweëerlei, te weten de beschermingsgedachte en de noodzaak van een eenvormige uitleg. Zie rechts-overweging 3.5 Hoge Raad 25 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2687):

Verplichtstellingsbesluiten móeten duidelijk zijn

“Uit een en ander volgt dat de bestaansgrond van de CAO-norm is gelegen in de bescherming van derden tegen een uitleg van een bepaling in een overeenkomst waarbij betekenis wordt toegekend aan de voor hen niet kenbare partijbedoeling, en in de noodzaak van een eenvormige uitleg voor alle door die overeenkomst gebonden partijen.”

8 (vgl. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, NJ 2012/142).

9 Hoge Raad 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376, NJ 2003/110.

10 Hoge Raad 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366, NJ 2003/111, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

11 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6793 r.o. 3.12. ; en zie Hoge Raad 4 mei 2018 ECLI:NL:HR:2018:678.

Betekenis schriftelijke toelichting en kenbare bedoeling in de praktijk

Ondanks dat de schriftelijke toelichting en de kenbare bedoeling van sociale partners als gezichtspunten onderdeel uitmaken van de cao-norm, is de feitelijke betekenis relatief beperkt. De ministeriële besluiten waarin de verplichtstellingen bekend worden gemaakt, bevatten geen toelichting. Datzelfde geldt voor wijzigingen van de verplichtstellingen. Wel dient de aanvraag van de verplichtstelling en ook de aanvraag tot wijziging van de verplichting door sociale partners voorzien te zijn van een toelichting.¹² Alle stukken in het kader van die aanvraag (dus ook de toelichting) moeten vervolgens ter visie worden gelegd en kunnen worden geraadpleegd via www.uitvoeringarbeidsvoorwaardenwetgeving.nl. Echter, na afloop van de zienswijze termijn blijken deze stukken niet meer op deze website terug te vinden. Niet ieder fonds publiceert vervolgens deze stukken op haar website.

Sociale partners klimmen steeds vaker in de pen

De toelichting op het verplichtstellingsbesluit of op de wijziging van het verplichtstellingsbesluit is dus slechts beperkt kenbaar voor een werkgever. De vraag is dan ook of zo'n toelichting dan nog betrokken mag worden in de uitleg van een verplichtstellingsbesluit. Strikt genomen wel, aangezien de toelichting ooit kenbaar is geweest en daarmee een van de gezichtspunten van de cao-norm oplevert, echter geldt dit ook jegens een werkgever die op het moment waarop de toelichting wel kenbaar was nog niet bestond of nog niet tot de bedrijfstak behoorde? Dat valt te betwijfelen, terwijl de cao-norm juist een eenvormige uitleg ten opzichte van de derden beoogt. Hoe dan ook is een oproep aan sociale partners, het ministerie en het bedrijfstakpensioenfonds om toelichtingen bij (aanvragen tot wijzigingen van) de verplichtstellingsbesluiten altijd online raadpleegbaar te maken, op zijn plaats. De lastige vindbaarheid verhoudt zich moeizaam tot de ratio van de cao-norm dat voor een derde, zoals een werkgever, duidelijk moet zijn welke bronnen wel en welke bronnen niet bij de uitleg mogen worden betrokken. Werkgevers kunnen aan de hand van een toelichting bovendien een betere inschatting maken of zij wel of niet tot de bedrijfstak behoren. Zeker als de tekst van de cao of het verplichtstellingsbesluit zelf multi-interpretabel is.

12 Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 en Regeling betreffende aanvragen op grond van de Wet Bpf 2000.

Latere verduidelijkingen

De vraag is vervolgens of je volgens de cao-norm betekenis mag toekennen aan die *latere* verduidelijkingen, al dan niet voorzien van een toelichting, op het moment dat er onduidelijkheid en/of een partijdebat bestaat over begrippen uit een eerdere cao of een eerder Verplichtingsbesluit. Deze vraag dient naar mijn mening ontkennend beantwoord te worden.

Een verduidelijking kan dus wetstechnisch niet

Allereerst is een latere verduidelijking niet in te regelen in de gezichtspunten die horen bij de cao-norm. Het moet immers gaan om objectief kenbare gegevens.¹³ Wanneer je latere verduidelijkingen mee gaat nemen in uitlegdiscussies, maak je geen gebruik van objectief kenbare gegevens, aangezien die gegevens op het moment van het verplichtstellingsbesluit niet bekend waren.

Bovendien, of in het verlengde daarvan, is toekenning van betekenis aan verduidelijkingen in strijd met de ratio van de cao-norm, oftewel het beschermen van derden, dus ook de werkgever. Die moet immers (vooraf) kunnen vaststellen of wel of niet sprake is van een verplichte deelneming (rechtszekerheidsbeginsel). Mag een latere verduidelijking indachtig deze beschermingsgedachte dan wél worden ingebracht als deze de interpretatie van het verplichtstellingsbesluit door de werkgever – juist – ondersteunt? Naar mijn overtuiging evenmin. Het betreft immers ook dan niet een objectief kenbaar gegeven. De achterliggende gedachte van bescherming van een werkgever, dicteert immers niet de uitkomst van een interpretatie. Het zou dus bij de toepassing van de cao-norm niet mogen uitmaken in wiens voordeel de verduidelijking uitpakt, dus of het de interpretatie van het bedrijfstakpensioenfonds of juist van de werkgever ondersteunt. Dat is maar goed ook, want er zijn nog meer derden betrokken, denk aan de deelnemers. Die kunnen juist weer baat hebben bij een interpretatie die tegengesteld is aan die van de werkgever.

Kan een werkgever dan in het geheel geen voordeel doen met een latere verduidelijking? Dat is zeker niet het geval. Een latere verduidelijking kan immers impliceren dat het verplichtstellingsbesluit onduidelijk was. Dit laatste is evident het geval op het moment dat de latere verduidelijking door sociale partners de

uitleg van het fonds in een aansluitingsdiscussie met een werkgever tegensprekt, maar ook als de verduidelijking zodanig is dat zonder die verduidelijking in feite geen eenvormige uitleg kan plaatsvinden. Bij tegenspreken is in feite de fondsuitleg aantoonbaar in strijd met wat sociale partners beogen of beoogd hebben, terwijl sociale partners juist over de reikwijdte van een bedrijfstak gaan. In zo'n situatie komt het mij voor dat een fonds ondanks de (inhoud van de) latere verduidelijking niet wegkomt met het betoog dat het verplichtstellingsbesluit voldoende duidelijk was. Dan val je terug op het wettelijk uitgangspunt: een verplichte deelneming dient geënt te zijn op een duidelijk verplichtstellingsbesluit. Zonder duidelijk verplichtstellingsbesluit geen verplichte deelneming.

RECHTSPRAAK

In hoeverre sluit bovengenoemde analyse aan bij de rechtspraak tot nu toe?

Consequent is de rechtspraak dat (inhoudelijke) wijzigingen van verplichtstellingsbesluiten geen terugwerkende kracht kunnen hebben.¹⁴

Evenzeer consequent is de rechtspraak dat in geval van een onduidelijk verplichtstellingsbesluit, de cao-norm, het legaliteits- en/of rechtszekerheidsbeginsel aan een verplichte deelname alsmede een toewijzing van een premieclaim jegens een werkgever in de weg staan.¹⁵

Wanneer onduidelijk verplichtstellingsbesluit?

Wel wordt er in de rechtspraak wisselend aangekeken tegen de vraag wanneer sprake is van een onduidelijk verplichtstellingsbesluit. Soms legt de rechter de lat hoog, door enkel van onduidelijkheid te spreken in geval van een leemte of hiaat¹⁶, in andere gevallen lijkt het enkele partijdebat of de afwezigheid van een eenvormige of een meer aanneemelijke uitleg al voldoende te zijn om onduidelijkheid aan te nemen.¹⁷ Waar bovendien sprake is van een leemte of hiaat, zoals bijvoorbeeld het ontbreken van een uitwerking van een hoofdzakelijkheids criterium, komt de rechter soms tóch tot de conclusie dat het verplichtstellingsbesluit voldoende duidelijk is.¹⁸ Het enkele gegeven dat sociale partners een verplichtstellingsbesluit verduidelijken of expliciteren leidt in de rechtspraak niet zonder meer tot de gevolgtrekking dat het

13 Hoge Raad 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366, NJ 2003/111, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

14 Zie o.a. Rechtbank Oost-Brabant 6 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:703.

15 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSE:2017:4788; Hof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3330.

16 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSE:2017:4788.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7382.

18 Rechtbank Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292.

besluit dan kennelijk onduidelijk was, hoewel dit argument naar mijn mening vooralsnog te beperkt in het debat wordt ingebracht.

Een wijziging kan geen terugwerkende kracht hebben

Latere verduidelijking wel ‘meegewogen’

Wordt een verplichtstellingsbesluit onduidelijk bevonden, dan zal ook een latere verduidelijking die onduidelijkheid in de periode daaraan voorafgaand niet wegnemen. De cao-norm verzet zich tegen het meewegen van die latere verduidelijking over het verleden, hoewel het indirect voor de aansluitingsdiscussie wel van betekenis kan zijn.

Een treffend voorbeeld is de *Joyce House*-kwestie.¹⁹ In de kwestie tegen het Pensioenfonds Zorg en Welzijn stond centraal de vraag of de werkgever ook zelf zorg moet verlenen, om onder het verplichtstellingsbesluit te vallen. *Joyce House* had wel de werknemers in dienst, maar verrichtte zelf de zorg niet; dat deed een aan haar gelieerde vennootschap. Als het verplichtstellingsbesluit ruim moet worden uitgelegd, valt ook de werkgever eronder die indirect, via een gelieerde vennootschap, zorg verleent. De tekst bood onvoldoende duidelijkheid of de enge of juist de ruime uitleg op zijn plaats is. Sociale partners hebben vervolgens onduidelijkheid over dit vraagstuk onderkend en daarom in 2020 een verzoek gedaan tot wijziging van het verplichtstellingsbesluit. Per 1 januari 2021 werd het verplichtstellingsbesluit aangepast en wel zodanig, dat vanaf dat moment de ruime uitleg gehanteerd moest worden. Volgens het pensioenfonds betrof het niet meer dan een ‘redactionele verduidelijking’ en gold de ruime uitleg dus ook vóór 1 januari 2021. Daar ging het Gerechtshof niet in mee. Sterker nog, die verduidelijking leverde juist een argument contra de uitleg van het fonds op:

*“Dat de tekst is gewijzigd, ondersteunt volgens het hof de zienswijze dat de werkgever-rechtspersoon die nu expliciet onder het bereik van de verplichtstelling is gebracht, daar voor deze wijziging nog niet onder viel. PFZW heeft deze zienswijze bestreden door te stellen dat dit slechts een redactionele verduidelijking is ter codificatie van bestaand beleid van PFZW, maar dat kan haar niet baten. Nog daargelaten dat PFZW niet heeft onderbouwd dat zij de werkingssfeer in de praktijk inderdaad heeft uitgelegd en toegepast op de wijze die zij voorstaat, geldt dat niet het beleid van PFZW maar de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit zelf bepalend zijn bij de uitleg.”*²⁰

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9628.

20 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9628, r.o. 3.10.

Voorname overweging houdt verband met het belang van duidelijkheid, dat wordt geëxpliciteerd door het Gerechtshof:

*“Het hof onderkent dit maar is van oordeel dat het belang van duidelijkheid voorop staat. Het kan niet zo zijn dat van geval tot geval bekeken moet worden of er sprake is van (bijkomende) omstandigheden op grond waarvan een werkgever, die niet zelf zorg verleent, in dat specifieke geval toch onder het verplichtstellingsbesluit valt.”*²¹

Mogelijk gold dus een andere uitkomst, als de onduidelijkheid niet van meet af aan zou hebben bestaan, maar pas later, bijvoorbeeld door technologische veranderingen:

*“Daarbij gaat het hier niet om een onduidelijkheid die is veroorzaakt doordat in het verplichtstellingsbesluit gebruikte begrippen op enig moment in de tijd een andere, ruimere, invulling moeten krijgen, bijvoorbeeld door technologische vooruitgang, maar om een onduidelijkheid die vanaf het begin heeft bestaan en die PFZW had kunnen voorzien. Zij had eerder kunnen aandringen op aanpassing van de omschrijving.”*²²

De toelichting is beperkt kenbaar voor een werkgever

Een arrest waar technologische veranderingen wel een rol speelden, betrof de *Booking*-kwestie. Beide partijen onderschreven dat de toevoeging van ‘online’ aan het woord ‘reisagent’ geen inhoudelijke wijziging betrof. Daarmee was het ook niet relevant voor de uitleg van het begrip ‘bemiddeling’. Gevolg is dat aan de hand van dit arrest niet kan worden beoordeeld welke betekenis een latere verduidelijking heeft in het licht van de cao-norm. Wel interessant is de conclusie van de AG in de *Booking*-kwestie, waarin staat dat objectieve aanknopingspunten voor de uitleg van een werkingssfeerbepaling in een verplichtstellingsbesluit kunnen zijn de tekst van een in de bedrijfstak geldende cao, eerdere of latere versies van het Verplichtstellingsbesluit, of (bij overlappende werkingssferen van verplichtstellingsbesluiten) de werkingssfeer van een verplichtstelling van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds voor een andere bedrijfstak.²³ Een vergelijkbare

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9628, r.o. 3.11.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9628, r.o. 3.10.

23 Hoge Raad 9 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, concl. AG, r.o. 3.18.

(algemene) overweging komt terug in de conclusie van AG op 11 november 2022.²⁴

Latere verduidelijking niet ‘meegewogen’

In een kwestie bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden tegen het Pensioenfonds Zorg en Welzijn, werd geen betekenis toegekend aan latere (toelichtingen op) verplichtstellingsbesluiten (waar de werkgever voor haar uitleg een beroep op deed), omdat “het gaat om een verplichtstellingsbesluit van een latere datum”.²⁵

Ook in een andere kwestie, bij de Rechtbank Oost-Brabant, werd strikt gekeken naar het moment waarop de aanpassing is gaan gelden.²⁶ Het ging om de toevoeging in het verplichtstellingsbesluit van het Pensioenfonds Metalektro per september 2015, in die zin dat ontwerpen en ontwikkelen in tegenstelling tot het verleden nadrukkelijk als Metalektro-activiteit benoemd werd (althans, voor zover het ontwerpen en ontwikkelen ten dienste van de Metalektro-activiteit zou staan). Hoewel het fonds betoogde dat het ontwerpen en ontwikkelen ook vóór september 2015 als activiteit voor het hoofdzaakcriterium moest meetellen (dus dat de aanpassing enkel een verduidelijking betrof), ging het hof daar niet in mee:

“Deze aanpassingen hebben geen terugwerkende kracht. Voor een werkgever moet, gelet op de vérstreckende gevolgen daarvan, immers duidelijk zijn wanneer hij onder de werkingssfeer van een verplichtstelling valt.”

Er mag geen betekenis worden toegekend aan latere verduidelijkingen

Wat leert de rechtspraak ons dus tot nu toe?

Rechters gaan terughoudend om met toekenning van betekenis aan latere verduidelijkingen ter onderbouwing van een verplichte deelneming in de periode daarvóór, er wordt hooguit een overweging ‘ter bevestiging’ of ‘ten overvloede’ aan gewijd.²⁷ De cao-norm, althans de ratio van de cao-norm, verzet zich in zo’n situ-

atie tot toekenning van betekenis aan latere verduidelijkingen. De verplichte aansluiting wordt dan in ieder geval niet geënt op latere verduidelijkingen (maar op basis van toepassing van de juiste gezichtspunten uit de cao-norm).

Daar waar het gaat om de onderbouwing dat werkgevers niet verplicht aangesloten zijn, zie je dat de latere verduidelijkingen (juist) soms wél in de onderbouwing door de rechter worden betrokken. Zoals ter motivatie dat zonder explicitering die situatie nog niet aan de orde was.

PRIJSKAARTJE

Terugkomend op de vraag of een pensioenfonds haar voordeel kan doen met een verduidelijking als die haar uitleg over de periode voorafgaand aan de verduidelijking ondersteunt. Volgens mij eerder niet dan wel. De cao-norm biedt hier immers geen ruimte voor.

Is het dan juist de werkgever die met een verduidelijking haar voordeel kan doen in een aansluitingsdiscussie? Eerder wel dan niet als je het hebt over de veronderstelde aansluitingsperiode voorafgaand aan de verduidelijking. De stelling van het fonds dat het verplichtstellingsbesluit voldoende duidelijk is, boet namelijk aan overtuigingskracht in, wanneer sociale partners aanleiding zien tot verduidelijking, zeker als die verduidelijking niet consistent blijkt aan de (eerdere) uitleg van het pensioenfonds. Als de verduidelijking bovendien geen verband houdt met latere, externe veranderingen, maar ziet op geconstateerde onduidelijkheid van meet af aan, wordt nog meer de intrinsieke onduidelijkheid van het verplichtstellingsbesluit onderstreept. Tel daarbij het nog niet ingebrachte argument op dat een verduidelijking wetstechnisch een aanpassing van de werkingssfeer impliceert, terwijl een aanpassing geen terugwerkende kracht kan hebben, en een werkgever staat nóg steviger in de discussie.

Aan een verduidelijking is dus mogelijk een prijskaartje voor het pensioenfonds verbonden. Echter, als je kijkt naar het prijskaartje dat verbonden is aan het nóg langer laten voortduren van onduidelijkheid en wat onduidelijkheid doet met het vertrouwen in het pensioenstelsel, zouden sociale partners vooral aangemoedigd moeten worden tot de ‘aankoop’ van een verzoek tot verduidelijking, oftewel een wijziging van de verplichtstelling. <

24 AG 11 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1041.

25 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2022
ECLI:NL:GHARL:2022:6793.

26 Rechtbank Oost-Brabant 6 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:703.

27 Zie Hoge Raad 2 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3857; en Hoge Raad 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171. Beide uitspraken zien op cao-discussies. Echter ook daarbij geldt de cao-norm als uitgangspunt, waardoor beiden uitspraken ook relevant zijn voor pensioenkwes- ties.