

De pensioenplicht binnen concernverband: to whom it may concern?

Ditmaal niet de pannenkoek of de reisagent die de klok slaan. Nee, het zijn de moeder, dochter en zus die in pensioenland van zich laten horen. Er zijn serieuze *concerns* voor deze concernvennootschappen, omdat ter discussie is komen te staan of zij geraakt kunnen worden door een pensioenplicht bij een bedrijfstakpensioenfonds. Het gaat hier over de aansluitingsdiscussies omtrent de reikwijdte van een pensioenplicht op concernniveau. In de kern komt het neer op de vraag of een concernvennootschap aan wie bepaalde niet-bedrijfstak gerelateerde taken zijn uitbesteed in een verplichte deelneming betrokken kunnen of moeten worden. Of moet het fonds de verplichte deelneming gewoon per concernvennootschap beoordelen, juist vanwege de aanwezigheid van een vennootschapsrechtelijk schild?

Het schild om een rechtspersoon lijkt vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief niet te doorbreken, maar toch zijn er pensioenfonds die hier hun tanden in hebben gezet. Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PfZW) is er in geslaagd gebleken door dat schild heen te komen; de rechtbank heeft een verplichte aansluiting van een moeder- en zustervennootschap aangenomen. Gaat dit fonds zich in hoger beroep en/of cassatie alsnog verslikken?¹ Hoe dan ook, een uitermate interessante discussie, zeker voor werkgevers die zich in een concern bevinden en voor wie een splitsing van de bedrijfsactiviteiten per entiteit of een uitbesteding van bepaalde bedrijfsactiviteiten het bestaande of gewenste organisatiemodel is. Gepoogd zal worden in deze bijdrage alvast handvatten mee te geven voor de beoordeling van een eventuele pensioenplicht binnen concernverband, zodat – naar ik

hoop – binnen het nogal troebele pensioenmoeras meer helderheid over dit vraagstuk ontstaat.

Gepoogd zal worden in deze bijdrage alvast handvatten mee te geven voor de beoordeling van een eventuele pensioenplicht binnen concernverband

■ RECENTE ONTWIKKELINGEN RECHTSPRAAK

Eerste PfZW-uitspraak

De Rechtbank Midden-Nederland heeft op 28 augustus 2019 in een procedure tussen PfZW en een moedervernootschap in het nadeel van de moedervernootschap beslist. De moedervernootschap verricht ondersteunende en administratieve werkzaamheden ten behoeve van haar twee dochtervennootschappen. Beide dochtervennootschappen zijn zorgverlenende vennootschappen en uit dien hoofde verplicht aangesloten bij PfZW. Volgens de Rechtbank is sprake van een zodanige wederzijdse afhankelijkheid tussen de moedervernootschap en de twee dochtervennootschappen, dat zij voor de beoordeling van de werkingssfeerbepaling als één geheel moeten worden gezien. Ook de moedervernootschap valt daarom onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit en moet ver-



Frédérique Hoppers
Mr. F.V.I.M. Hoppers-Rademakers is advocaat/partner bij Dirkzwager legal & tax.

¹ Dit artikel is inhoudelijk afgerond op 5 augustus 2021.

plicht aansluiten bij het fonds. De Rechtbank overweegt in dit kader:

“Kortom: de moeder enerzijds en de beide dochters anderzijds kunnen niet zonder elkaar opereren. De door de dochters te verlenen zorg kan niet zonder bijstand van de moeder worden verleend. Indirect verleent de moeder daarmee dus ook zorg. De conclusie is daarom dat voor de reikwijdte van de verplichtstellingsbeschikking de moeder en de beide dochters als één geheel moeten worden gezien, en dat dus ook de moeder onder de werkingssfeer daarvan valt.”

De Rechtbank stelde dus eerst op basis van feitelijke omstandigheden wederzijdse afhankelijkheid vast. Wanneer daarvan sprake is, worden de twee vennootschappen als één geheel gezien en vanuit dat geheel beoordeeld of de werkgevers onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Feitelijke omstandigheden die door de Rechtbank in aanmerking zijn genomen, zijn:

- De moederverenootschap verricht uitsluitend voor de twee (zorgverlenende) dochtervennootschappen activiteiten en is als gevolg daarvan geen zelfstandig opererende rechtspersoon.
- De taakverdeling tussen de concernvennootschap is géént op een beslissing van de moedervennootschap.
- De dochters kunnen feitelijk geen zorg verlenen zonder de door de moeder verrichte werkzaamheden.
- Naar buiten toe (in communicatie-uitlatingen) wordt het concern als één entiteit gepresenteerd.
- De statuten en de bedrijfsomschrijving in het Handelsregister maken melding van zorggerelateerde activiteiten.

De Rechtbank gaat hierna verder met haar beoordeling, ditmaal onder toepassing van één van de elementen van de cao-norm: de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van bepaalde tekstinterpretaties. Niet duidelijk is of het hier een overweging ten overvloede betreft, of dat deze overweging de eerder veronderstelde gelijkstelling zou hebben moeten ondersteunen of onderstrepen. Zo overweegt de Rechtbank:

“3.12. Een ander oordeel zou verder tot het onaannemelijke rechtsgevolg leiden dat een zorgverlenende organisatie door bepaalde, niet uit het feitelijk verlenen van zorg bestaande werkzaamheden in een andere rechtspersoon, deel uitmakende van die organisatie, onder te brengen zou kunnen bepalen welke werknemers bij PFZW pensioen opbouwen en welke niet. Dit zou bovendien afbreuk doen aan de solidariteitsgedachte die aan de Wet Bpf 2000 ten grondslag ligt.”

Tweede PfZW-uitspraak

Een paar maanden later boekt PfZW opnieuw een overwinning bij de Rechtbank Midden-Nederland, wederom in een procedure waarin sprake is van een concernrelatie tussen een vennootschap die sowieso al aangesloten is bij PfZW en haar zuster-

vennootschap die een verplichte aansluiting betwist. Het strekt te ver om ook aan deze uitspraak de gevolgtrekking te verbinden dat het pensioenfonds kennelijk concernvennootschappen met elkaar gelijkstelt. Het lijkt er in die zaak meer op dat de discussie zich toespitst op de vraag of voor de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit relevant is of de betreffende werkgever zelf verzekerde zorg declareert, of dat voldoende is dat verzekerde zorg feitelijk geleverd wordt (maar door een andere concernvennootschap gedeclareerd).

Weliswaar besteedt de Rechtbank ook aandacht aan de samenwerking tussen beide concernvennootschappen, maar niet om tot een gelijkstelling tussen beide vennootschappen te (kunnen) concluderen, maar om daarmee inzichtelijk te maken dat feitelijk de zorg verleend wordt door de werknemers van de concernvennootschap die de verplichte aansluiting betwist. De Rechtbank overweegt zelf nadrukkelijk dat in deze kwestie geen toerekening van de activiteit van de ene vennootschap aan de andere vennootschap plaatsvindt.

Te ver strekt dus de conclusie dat de Rechtbank tweemaal op basis van een concernrelatie tot een gelijkstelling en daarmee een verplichte aansluiting van beide concernvennootschappen heeft geconcludeerd. Dat neemt niet weg dat de Rechtbank wel eenzelfde overweging ten aanzien van de (on)aannemelijkheid van het rechtsgevolg van een bepaalde tekstinterpretatie doet.

Picnic-uitspraak

Het is zeker niet zo dat met deze twee uitspraken de strijd om de pensioenplicht binnen concernverband gestreden is. Zoals toegelicht, lijkt de tweede uitspraak niet eens een dergelijke impact van gelijkstelling van of toerekening aan concernvennootschappen te hebben. Bovendien is in die-

Het is zeker niet zo dat met deze twee uitspraken de strijd om de pensioenplicht binnen concernverband gestreden is

zelfde periode een uitspraak geweest waarin – juist – geen gelijkstelling, vereenzelviging of toerekening heeft plaatsgevonden. Het gaat hier om de *Picnic*-zaak waarin de Rechtbank Amsterdam op 3 december 2019 beslist heeft. Het *Picnic*-concern bestaat uit meerdere vennootschappen, waarbij iedere vennootschap eigen activiteiten verricht. Alleen de vennootschap die de online supermarkt exploiteert, past de cao voor het levensmiddelenbedrijf toe. De vakbond is van mening dat ook de hieraan gelieerde vennootschappen, die zich bijvoorbeeld bezig houden met de

opslag, distributie of software-ontwikkeling, onder de betreffende cao vallen. Weliswaar niet in relatie tot pensioen, maar omdat een cao net als een Verplichtstellingsbesluit moet worden uitgelegd op basis van de cao-norm, is de relevantie van deze uitspraak voor pensioenland niet minder.

De vakbond overweegt dat alle vennootschappen onderdeel uitmaken van hetzelfde Picnic-concern en in het leven zijn geroepen om de exploitatie van de online supermarkt gestalte te geven en mogelijk te maken. De Rechtbank gaat echter niet mee in dit betoog. Onder verwijzing naar de cao-norm toetst de Rechtbank of de werkingsfeerbepaling ruimte laat voor een dergelijke uitleg en dat blijkt niet het geval. De Rechtbank constateert dat de activiteiten niet binnen één juridische entiteit worden verricht, maar door afzonderlijke vennootschappen. De werkingsfeerbepaling moet volgens de Rechtbank aan die feitelijke situatie getoetst worden. Dat leidt tot de slotsom:

“Naar het oordeel van de kantonrechter is in de definitiebepalingen noch elders in de CAO een aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat het begrip “werkgever” in artikel 2c van de CAO zo moet worden opgevat dat daaronder ook rechtspersonen kunnen worden geschaard die weliswaar niet zelf een winkel exploiteren, maar waarvan de activiteiten op een of andere manier samenhangen met het exploiteren van een winkel door een andere rechtspersoon die binnen dezelfde groep of hetzelfde concernverband opereert.”

Ook vanwege andere redenen is de strijd om de pensioenplicht nog niet gestreden. Voor zover mij bekend loopt in ieder geval het hoger beroep tegen de eerste PFZW-uitspraak nog. Op die uitspraak zijn de nodige kritiekpunten te geven.

■ KRITIEKPUNTEN

Ondermijning cao-norm

Hoewel de Rechtbank voorafgaand aan de hiervoor geciteerde overwegingen noemt dat een uitleg van het Verplichtstellingsbesluit dient plaats te vinden op basis van de zogenoemde cao-norm, blijkt nergens uit hoe deze uitleg zich verhoudt tot de veronderstelde gelijkstelling van de concernvennootschappen. Wanneer het Verplichtstellingsbesluit tekstueel wordt beoordeeld, bestaat er in ieder geval geen enkel aanknopingspunt om tot een dergelijke gelijkstelling te kunnen concluderen. Integendeel. Het Verplichtstellingsbesluit koppelt het werkgeversbegrip direct aan (o.a.) de zorgverlenende “rechtspersoon” (enkelvoud dus) en bij het werknemersbegrip gaat het om de personen “in dienst van de werkgever”. In feite zou hier dan dus eenzelfde tekstuele uitleg hebben moeten plaatsvinden als in de Picnic-zaak.

De Rechtbank past tevens naar mijn overtuiging op een verkeerde wijze het aspect van de (on)aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde tekstinterpretatie toe. De vraag is hoe onaannemelijk het door de Rechtbank geschetste

rechtsgevolg is. Immers, als sociale partners een dergelijk scenario van het tegengaan van een pensioenplicht via concernconstructies niet wenselijk zouden hebben gevonden, hadden zij het Verplichtstellingsbesluit, zoals het werkgeversbegrip, tekstueel anders, zelfs tegengesteld, kunnen laten luiden. Bovendien valt juist te betwijfelen of het wel zo aannemelijk is om activiteiten die als zodanig geen directe verwantschap hebben met de bedrijfstak, toch onder de werkingsfeer te laten vallen. Juist eerder onaannemelijk dan aannemelijk. Vergelijk de situatie waarin een zorgorganisatie zou hebben besloten bepaalde niet-zorggerelateerde taken aan werknemers van een vennootschap buiten het concern uit te besteden; die betreffende werknemers zouden dan in de regel evenmin met een verplichte deelneming geconfronteerd zijn geweest. Onder de streep wordt de onaannemelijkheid dan enkel gestoeld op het gegeven dat er een concernrelatie zou bestaan. Hoezo zouden werknemers in een gelieerde rechtspersoon een wezenlijk andere arbeidsvoorwaardelijke positie moeten innemen dan werknemers in een niet-gelieerde rechtspersoon, terwijl die werknemers in feite exact dezelfde niet verwante activiteiten verrichten?

De verwijzing naar de solidariteitsgedachte uit de

De verwijzing naar de solidariteitsgedachte uit de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, kan ik niet plaatsen

Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, kan ik niet plaatsen. Het gaat immers om solidariteit *binnen* de betreffende bedrijfstak, waarbij het door de wet voorgeschreven heffen van doorsneepremies de ultieme uiting van solidariteit betreft. Dat is iets anders dan de solidariteit uitbreiden naar een entiteit die niet tot de bedrijfstak behoort. Solidariteit betekent derhalve niet het aantal deelnemers zo uitgebreid mogelijk te laten zijn.

Tot slot: waarom zou bij de toepassing van de cao-norm de (on)aannemelijkheid van rechtsgevolgen van een bepaalde tekstinterpretatie de doorslag moeten krijgen? Zeker wanneer toepassing van dat element de facto leidt tot een uitleg *contra* de letterlijke tekst van het Verplichtstellingsbesluit, zijn hier grote vraagtekens bij te plaatsen. Uitgangspunt van de cao-norm is nu juist dat de bewoordingen doorslaggevend zijn, in het licht van de gehele tekst, waarbij bij deze uitleg onder meer “acht kan worden geslagen” op de (on)aannemelijkheid van rechtsgevolgen. Dit uitgangspunt hanteert de Rechtbank niet, daar waar de Rechtbank compleet

over de tekst van het Verplichtstellingsbesluit heen stapt, ook via formuleringen elders, en de doorslag geeft aan een (vermeende) onaannemelijkheid van rechtsgevolgen van een bepaalde uitleg. Hoe aannemelijk is een uitleg die een ander resultaat oplevert dan wat er in de tekst staat?

Kortom: de cao-norm lijkt hier door de Rechtbank in de eerste PfZW-zaak te zijn verlaten. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede, terwijl die rechtszekerheid – zeker bij pensioenplichten in bedrijfstakpensioenfondsen met verstrekkingen gevolgen zowel aan de premie- als aan de aansprakelijkheid – buiten kijf had moeten staan. Normerend zou moeten zijn de uitlegmethodiek die de Rechtbank in de Picnic-zaak hanteert.

Vennootschapsrecht: wel/geen toerekening?

De benadering door de Rechtbank in de eerste PfZW-kwestie levert een ondermijning van het vennootschapsrecht op.

Gevolgd zou moeten worden de lijn die gehanteerd is in het arrest van de Hoge Raad van 23 september 2016 (*FNV/Van Oers*). Daarin is namelijk overwogen dat ook indien sprake is van een concern waarbinnen tussen rechtspersonen wordt samengewerkt, voor iedere rechtspersoon afzonderlijk dient te worden bezien of de cao van toepassing is. De enkele samenwerking levert dus nog niet een situatie op waarin vennootschappen met elkaar vereenzelvigd moeten worden, of dat de activiteit van de ene vennootschap moet worden toegerekend aan de andere vennootschap. Dit is in overeenstemming met de vennootschapsrechtelijke benadering, waarin de rechtspersoonlijkheid immers een schild oplevert. Iedere concernvennootschap is een aparte juridische entiteit; het concern levert een juridische veelheid op. Er is alleen dan sprake van een eenheid, voor zover de wet daarin – juist – expliciet iets regelt. Bijvoorbeeld in het kader van kapitaal- en vermogensbescherming (zie artikel 2:95 BW en artikel 2:98d).

Zouden de aparte juridische entiteiten met elkaar vereenzelvigd worden, dan komt dat neer op het wegdenken van juridische identiteitsverschillen. Dat is in feite wat de Rechtbank in de eerste PfZW-zaak heeft gedaan. Waar de Rechtbank echter aan voorbij gaat, is dat vereenzelviging in de rechtspraak niet snel wordt aangenomen. Er moet sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden. Vereenzelviging vereist misbruik. Dat de hobbel zo hoog is, door misbruik te verlangen, is niet meer dan logisch. Het schild van de rechtspersoonlijkheid wordt namelijk bij vereenzelviging genegeerd. Bij uitzonderlijke omstandigheden moet volgens de Hoge Raad worden gedacht aan misbruikssituaties waar de rechtspersoonlijkheid is gebruikt voor het frustreren van arbeidsrechtelijke rechtsregels, zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2010 (*Volker Wessels*).

Naar mijn inschatting is het vrijwel onmogelijk voor een fonds om een misbruikscenario aan te tonen. Een concern kan uiteenlopende – legitieme –

redenen hebben om haar activiteiten te verspreiden over meerdere concernvennootschappen.

■ WANNEER PENSIOENPLICHT BINNEN CONCERNVERBAND IN BEELD?

Betekent dit dan dat pensioenfondsen nooit een pensioenplicht bij concernvennootschappen mogen aannemen? Dat is zeker niet het geval, maar zo'n pensioenplicht moet dan wel via de juiste lijn worden aangenomen. Er is in mijn optiek maar één lijn denkbaar en dat is dat sociale partners de reikwijdtebepaling – voor de toekomst – uitbreiden. Daar zijn meerdere modaliteiten in denkbaar en nu al waarneembaar. Bijvoorbeeld door het hoofdzakelijkheids criterium op het concernniveau voor te schrijven. Keerzijde daarvan is wel, dat dit tot gevolg kan hebben dat werkgevers die nu wel aangesloten zijn, bij de concernbenadering juist niet aangesloten raken, namelijk als op concernniveau overwegend andere op zichzelf staande bedrijfsactiviteiten verricht worden. Een andere modaliteit is het werkgeversbegrip niet langer te beperken tot de rechtspersoon, maar hier een veelvoud van te maken. Ook kan gedacht worden aan een uitbreiding van het *ten dienste van* begrip, door dit werkgeversoverstijgend te formuleren.

Met dergelijke aanpassingen wordt het vennootschapsrechtelijke schild niet ondermijnd. Dat schild blijft gewoon staan. Alleen schrijft het Verplichtstellingsbesluit voor dat het reikwijdteonderzoek moet plaatsvinden op een vennootschaps-overstijgend niveau. Vergelijk het met een aantal bepalingen uit Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waarin voor specifieke situaties de juridische veelheid van de concernentiteiten als een eenheid dient te worden benaderd.

Wanneer aanpassing van het Verplichtstellingsbesluit achterwege blijft en er al enige ruimte zou bestaan voor een vereenzelviging, dan zouden de navolgende feitelijke omstandigheden nog relevant kunnen zijn:

- Verricht de concernvennootschap ook op zichzelf staande activiteiten en/of activiteiten voor niet-concernvennootschappen?
- Kunnen de aangesloten vennootschappen binnen de bedrijfstak in theorie ook zelfstandig functioneren zonder de aanwezigheid van de concernvennootschap? Dus gaat het hier om activiteiten die de aangesloten vennootschap net zozeer bij een externe (niet-gelieerde) partij zou kunnen beleggen?
- Zijn de activiteiten die de concernvennootschap verricht niet direct verwant met de bedrijfstak? Met andere woorden: gaat het hier om niet-bedrijfstakeigen activiteiten of -functies?

Daarmee zeg ik nadrukkelijk niet dat wanneer deze vragen allen of een deel daarvan ontkennend beantwoord worden, er dus reden bestaat voor vereenzelviging. Uiteindelijk komt het er dan op aan dat een fonds moet kunnen aantonen dat de concernconstructie uitsluitend tot doel heeft gehad om bepaalde werknemers hun pensioenaanspra-

ken te onthouden. Een onmogelijke taak, zo dunkt mij. Het is uiteindelijk dus echt aan sociale partners om voor de toekomst Verplichtstellingsbesluiten op dit punt uit te breiden, mocht dat daadwerkelijk beoogd worden.

■ EXPLICITERING OF UITBREIDING?

In het recente verleden is een Verplichtstellingsbesluit op verzoek van sociale partners (diezelfde sociale partners veelal vertegenwoordigd binnen het fondsbestuur) al wel eens aangepast in navolging van een rechterlijk oordeel. Als dat aan de duidelijkheid van een Verplichtstellingsbesluit bijdraagt, valt dat uiteraard alleen maar toe te jui-

Terechte vraag die dan ontstaat is of dit zich niet moeizaam verhoudt met het uitgangspunt dat Verplichtstellingsbesluiten geen effect met terugwerkende kracht kunnen en mogen hebben

chen. Dan moet die nieuwe tekst echter wel duidelijk zijn, maar dat laat nog wel eens te wensen over. Wat hierin opvalt is dat menig aanpassing vanuit sociale partners, al dan niet onder invloed van het fondsbestuur, gepresenteerd wordt onder de noemer “*verduidelijking*” of “*explicitering*” en dus nadrukkelijk niet als uitbreiding. Met andere woorden: die tekstinterpretatie gold al, maar we hebben het nu nog maar eens onderstreept. Terechte vraag die dan ontstaat is of dit zich niet moeizaam verhoudt met het uitgangspunt dat Verplichtstellingsbesluiten geen effect met terugwerkende kracht kunnen en mogen hebben. Wanneer de facto die nieuwe uitleg een uitleg oplevert die *contra* is aan de tekst van het eerdere Verplichtstellingsbesluit, zou deze vraag zonder meer ontkennend beantwoord moeten worden.

Ter illustratie: de aanpassing van het Verplichtstellingsbesluit van PfZW in navolging van de twee

voornoemde uitspraken van de Rechtbank Midden-Nederland. Onder de noemer “*verduidelijking*” wordt een concernbepaling toegevoegd, die in feite op de gelijkstellingsredenering van de Rechtbank neerkomt. Die verduidelijking staat haaks op de letterlijke tekst van het eerdere Verplichtstellingsbesluit waar zoals toegelicht nog gesproken werd over de werknemers in dienst van de rechtspersoon (enkelvoud). Zou een gewijzigde tekstclausule zo tegengesteld zijn aan het oorspronkelijke Verplichtstellingsbesluit en als verduidelijking “gedoogd” worden, wordt daarmee de facto ondermijnd dat (gewijzigde) Verplichtstellingsbesluiten, net als bijvoorbeeld algemeen verbindend verklaarde cao’s, niet met terugwerkende kracht mogen worden vastgesteld. Dat verhoudt zich niet met het rechtszekerheidsbeginsel. Daargelaten dat daarmee getracht wordt werkgevers in lopende rechterlijke discussies in hoger beroep en cassatie de mond te snoeren. Een dergelijke handelswijze roept tevens de vraag op: als dat kennelijk reeds al die tijd beoogd is, waarom is dat dan niet veel eerder verduidelijkt? Tussen het moment waarop de concernconstructies zijn opgetuigd en het moment waarop fondsen hier een punt van zijn gaan maken, zit veelal jaren, soms zelfs decennia.

■ DE PERSONEELSVENNOOTSCHAP

Tot slot het fenomeen van de personeelsvennootschap, oftewel de vennootschap die zich tot doel heeft gesteld om medewerkers aan concernvennootschappen ter beschikking te stellen. Het feit dat hiervoor een separaat wettelijk regime in het leven is geroepen (via de Waadi) levert naar mijn overtuiging alleen maar de bevestiging op van het juridische uitgangspunt dat een (wederzijds) afhankelijkheid tussen concernvennootschappen nog niet met zich brengt dat deze vennootschappen als één geheel gezien moet worden. Immers, in dat geval had men het separate wettelijke regime überhaupt niet nodig gehad.

■ TOT SLOT

De strijd is dus gezien de geschetste kritiekpunten en het vennootschapsrechtelijke uitgangspunt van separate juridische entiteiten allesbehalve gestreden. De Rechtbank in de eerste PfZW-zaak heeft getracht de concernvennootschap te raken, maar in mijn opinie raakt het eerder kant noch wal. ●