

1989, NJ 1989, 425, HR 16 april 1993, NJ 1993, 444 en HR 14 mei 1993, NJ 1993, 445).

3.16. *Grief 5* in principaal appel faalt derhalve. De door Atos in hoger beroep (andermaal) verzochte verklaring voor recht dat de geheimhouding terecht is ingeroepen en het gebod voor de COR om zich aan de geheimhouding te houden zal worden afgewezen.

Proceskosten

3.17. Het hof zal gelet op het bepaalde in artikel 22a WOR de proceskosten in hoger beroep compenseren.

Slotsom

3.18. De slotsom is dat de grieven in incidenteel appel falen, dat de grieven in principaal appel gedeeltelijk slagen, dat de bestreden beschikking moet worden vernietigd en dat het hof zal beslissen zoals in het dictum te melden.

4. Beslissing

Het hof:

in het principale beroep:
vernietigt de bestreden beschikking en
opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat het voorgenomen besluit tot wijziging van de jubileumregeling geen instemmingsplichtig besluit als bedoeld in artikel 27 lid 1 WOR is en dat de COR ten onrechte een beroep heeft gedaan op de nietigheid daarvan op grond van artikel 27 lid 6 WOR;

gebiedt de COR om binnen twee dagen na betekening van deze beschikking zijn onverwijld en onvoorwaardelijke medewerking te verlenen aan de tenuitvoerlegging van het voorgenomen besluit tot wijziging van de jubileumregeling;
in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

in het principale en in het incidentele beroep:
compenseert de proceskosten zowel in eerste aanleg als in het principale en het incidentele beroep, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.
verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders verzochte af.

46

Enge uitleg werkingssfeerbepaling verplichtstellingsbesluit Bpf

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden z.p. Arnhem
12 oktober 2021, nr. 200.271.981,
ECLI:NL:GHARL:2021:9628
(mr. Boorsma, mr. Van de Merwe,
mr. Kemperink)
Noot mr. F. Hoppers-Rademaker

Cao-norm. Feitelijke activiteiten van de werkgever. Normale spraakgebruik.

[BW art. 6:248; Wet Bpf 2000 art. 4]

In de sector Zorg en Welzijn geldt een verplicht gestelde pensioenregeling op grond waarvan deelname verplicht is voor werkgevers in de intra- en/of extramurale zorg. De werkgever bestuurt twee dochterstichtingen die actief zijn in de gehandicaptenzorg en verplicht zijn aangesloten bij het bedrijfstakpensioenfonds (bpf). De werkgever verleent zelf geen directe zorg, maar verricht (nagenoeg) uitsluitend ondersteunende administratieve werkzaamheden. De werkgever vindt, anders dan het bpf, dat hij niet onder het verplichtstellingsbesluit valt. Partijen zijn vooral verdeeld over de betekenis van de bepaling 'de rechtspersoon die zorg of hulp verleent' uit het besluit. De werkgever pleit voor een enge uitleg die is beperkt tot de werkgever die zorg daadwerkelijk moet verlenen. Het bpf meent dat werkgevers die ondersteunende activiteiten verrichten voor rechtspersonen die de bedoelde zorg verlenen ook onder de bepaling vallen. In eerste aanleg vordert de werkgever een verklaring voor recht dat hij niet onder de werkingssfeerbepaling valt. De kantonrechter wijst de vordering af. Het hof stelt de werkgever alsnog in het gelijk. Een verplichtstellingsbesluit moet aan de hand van de cao-norm worden uitgelegd. Voor een gemiddelde werkgever moet het duidelijk zijn, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs duidelijk zijn, dat de bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeerbepaling vallen. In het normale spraakgebruik betekent de zinsnede 'de rechtspersoon die zorg of hulp verleent', dat de desbetreffende

rechtspersoon de zorg of hulp zelf moet verlenen. Als een bredere groep werkgevers werd bedoeld, had het voor de hand gelegen dat in de tekst te verduidelijken. Het hanteren van een ruimere uitleg leidt hier tot onduidelijkheden. Vanwege de verstrekende gevolgen die een kwalificatie als werkgever in de zin van het verplichtstellingsbesluit heeft, moet de werkingssfeerbepaling eng worden uitgelegd. Erkent wordt dat er verschillen kunnen ontstaan tussen enerzijds werkgevers die zorg verlenen en ondersteunende taken verrichten en anderzijds werkgevers die hoofdzakelijk ondersteunende taken uitvoeren ten behoeve van gelieerde rechtspersonen die zorg verlenen. Het belang van duidelijkheid gaat echter voor. Verder leidt een enge uitleg niet tot onaannemelijke rechtsgevolgen. Dat de solidariteit binnen het bpf onder druk is komen te staan omdat vergelijkbare constructies veelvuldig voorkomen, is niet gebleken.

NB. Het hof kiest hier, anders dan de kantonrechter in «JAR» 2019/231, voor een uitleg op basis van de tekst van het verplichtstellingsbesluit. Daardoor wordt ruimte gecreëerd voor ontduiding van de cao, door alleen een dochterbedrijf eronder te laten vallen, maar niet de moederstichting. De kantonrechter vond dat niet wenselijk, omdat een organisatie dan zelf zou kunnen bepalen welke werknemers bij het bpf pensioen opbouwen en welke niet. Het hof vindt kennelijk dat cao-partijen de werkingssfeerbepaling moeten aanpassen. Dat betekent wel extra werk, wat bij een 'wezen gaat voor schijn'-bepaling niet nodig zou zijn.

De stichting Stichting Joyce-House Nederland te Smilde,
appellante,
in eerste aanleg: eisende partij,
hierna: Joyce-House Nederland,
advocaat: mr. S.J. Cammelbeeck,
tegen
de stichting Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn te Utrecht,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde partij,
hierna: PFZW,
advocaat: mr. E. Lutjens.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep
(...)

2. Waar gaat deze zaak over?

2.1. PFZW voert als bedrijfstakpensioenfonds de verplicht gestelde pensioenregeling voor de sector Zorg en Welzijn uit. De verplichting tot deelname volgt uit het verplichtstellingsbesluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zoals dat van tijd tot tijd luidt (hierna: het verplichtstellingsbesluit). Het verplichtstellingsbesluit omschrijft welke (categorieën) werkgevers onder de werkingssfeer vallen. Deze bij PFZW aangesloten werkgevers zijn onder andere gehouden pensioenpremies af te dragen aan PFZW. Een van de categorieën werkgevers genoemd in het verplichtstellingsbesluit betreft de werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg. Een andere categorie betreft de werkgever in de jeugdzorg.

2.2. Joyce-House Nederland bestuurt twee dochterstichtingen: Stichting Joyce-House Smilde (hierna: Joyce-House Smilde) en Stichting Joyce-House Haren (hierna: Joyce-House Haren). Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren exploiteren huizen en dagverblijven voor ernstig meervoudig en/of verstandelijk gehandicapten. Gezien hun werkzaamheden heeft PFZW Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren aangemerkt als werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg en om die reden zijn zij aangesloten bij PFZW. Niet in geschil is dat dat terecht is.

2.3. Waar het in dit geschil om draait is of Joyce-House Nederland valt aan te merken als werkgever in de zin van het verplichtstellingsbesluit, dat wil zeggen als werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg of als werkgever in de jeugdzorg. Volgens Joyce-House Nederland is dat niet het geval omdat zij niet zelf intramurale en/of extramurale zorg verleent, maar (nagenoeg) uitsluitend administratieve werkzaamheden. Ook meent zij geen voorziening van jeugdzorg in stand te houden. Daarom heeft zij de kantonrechter in eerste aanleg – kort samengevat – een verklaring voor recht gevraagd dat Joyce-House Nederland niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt en daarom geen premies is verschuldigd. Daarnaast heeft zij buitengerechtelijke kosten en een proceskostenveroordeling gevorderd. De kantonrechter heeft de

vorderingen van Joyce-House Nederland afgewezen.

2.4. Met haar grief heeft Joyce-House Nederland het geschil in volle omvang voorgelegd aan het hof. In hoger beroep heeft Joyce-House Nederland – na wijziging van eis – voor zover mogelijk bij arrest uitvoerbaar bij voorraad gevorderd i) een verklaring voor recht dat Joyce-House Nederland vanaf 6 juni 2016 niet meer onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt, ii) PFZW te bevelen de premienota's die zij over enige periode vanaf 6 juni 2016 aan Joyce-House Nederland heeft opgelegd, op straffe van een dwangsom, in te trekken, iii) PFZW te veroordelen tot terugbetaling van de premies die Joyce-House Nederland aan PFZW heeft betaald voor werknemers die vanaf 1 september 2019 in dienst zijn c.q. zijn geweest, en iv) PFZW te veroordelen in de proceskosten in beide instanties.

2.5. Anders dan de kantonrechter oordeelt het hof dat Joyce-House Nederland tot 1 januari 2021 niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit viel. Het hof licht hierna toe hoe het tot dit oordeel is gekomen. Daarbij gaat het hof uit van de feiten zoals vastgesteld door de kantonrechter onder rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 van het bestreden vonnis. Voor zover nodig zullen die feiten bij de beoordeling van het hoger beroep nog nader worden omschreven en/of herhaald. Het hof voegt daaraan toe dat met ingang van 1 januari 2021 een nieuw verplichtstellingsbesluit van kracht is geworden. Partijen zijn het erover eens dat Joyce-House Nederland vanaf 1 januari 2021 onder de werkingssfeer van dat besluit valt.

3. Het oordeel van het hof

Inleiding

3.1. Het is in beginsel aan PFZW om de feiten te stellen en bij betwisting te bewijzen waaruit volgt dat Joyce-House Nederland onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt. PFZW heeft daartoe aangevoerd dat Joyce-House Nederland primair kwalificeert als een werkgever bedoeld onder a (werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg), dan wel subsidiair als werkgever bedoeld onder f (werkgever in de jeugdzorg) van het verplichtstellingsbesluit.

3.2. Het verplichtstellingsbesluit luidde op de voor dit geschil relevante onderdelen vanaf 1 juli 2016 als volgt:

“De deelneming in de Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn is verplicht gesteld voor de hieronder gedefinieerde werkgevers en werknemers:

A. Werkgevers:

a. werkgevers in de intramurale en/of extramurale zorg
(...)

f. werkgevers in de jeugdzorg
(...)

Deze werkgevers worden als volgt nader omschreven:

a. werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg:

de rechtspersoon, de maatschap, de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap die zorg of hulp verleent in een of meer van de volgende vormen:

(...)

2. persoonlijke verzorging

3. verpleging

4. begeleiding

5. medisch specialistische zorg door vrij gevestigde medisch specialisten

6. behandeling

7. verblijf

(...)

11. jeugdgezondheidszorg

(...)

15. de indicatiestelling voor één of meer van de bovengenoemde vormen van zorg en voor materiële voorzieningen voor gehandicapten,

(...)

f. werkgever in de jeugdzorg:

de rechtspersoon die nagenoeg uitsluitend de navolgende voorzieningen van jeugdzorg in stand houdt c.q. beheert:

1. alle vormen van ambulante hulpverlening en therapeutische interventies gericht op de individuele jeugdige of het gezin, waaronder:

– opvoedcursussen

– intensieve (ortho)pedagogische gezinsbegeleiding

– spelbegeleiding

– speltherapie

– creatieve therapie

– vaardigheidstrainingen gericht op het omgaan met specifiek probleemgedrag van jeugdigen

– specifieke aanpak van gedragsproblemen van jeugdigen

– individuele begeleiding en training van jeugdigen of hun ouders

– kindertelefoons

– jongerenadviescentra, en

– adviesbureaus voor jeugd en gezin;

2. (deeltijd) verblijf in een accommodatie van een zorgaanbieder of verblijf bij een pleegouder ter vervanging van de gezinssituatie, in verband met psychosociale, psychische of gedragsproblemen waaraan het gezin het hoofd niet kan bieden of tijdens voogdij of voorlopig voogdij van een bureau jeugdzorg, waaronder:

– voorzieningen voor crisisopvang

– observatietehuizen

– tehuizen voor opvoeding en verzorging

– tehuizen voor buitengewone behandeling, en

– gezinshuizen;

3. de medische kindertehuizen, waaronder worden verstaan tehuizen waarin aan jeugdigen wier lichamelijke of geestelijke gezondheid is aangetast of in ernstige mate wordt bedreigd hulp wordt geboden bestaande uit geneeskundig onderzoek en observatie en geneeskundige behandeling door artsen in samenwerking met andere deskundigen, alsmede verpleging en verzorging gedurende dag en nacht; (...)

5. de bureaus jeugdzorg alsmede voorzieningen voor observatiediagnostiek ten behoeve van het stellen van een indicatie voor jeugdzorg (...);”

De tekst van de werkingsfeerbepaling in het verplichtstellingsbesluit die gold van 1 juni 2016 tot 1 juli 2016 wijkt minimaal en op voor dit geschil ondergeschikte punten af van de hiervoor opgenomen tekst. Het hof zal bij de beoordeling dan ook uitgaan van bovenstaande tekst.

Werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg?

3.3. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de zorg die door de Joyce-House groep wordt aangeboden, feitelijk wordt verleend vanuit Joyce House Smilde en Joyce-House Haren. Ook zijn zij het erover eens dat Joyce-House Nederland vanaf 1 juni 2016 wel zorgcontracten heeft afgesloten, maar feitelijk (nagenoeg) uitsluitend administratieve werkzaamheden heeft verricht, ondersteunend aan de zorgactiviteiten van Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren, en zelf geen directe zorg heeft verleend.

3.4. Wat partijen verdeeld houdt, is de vraag wat moet worden verstaan onder “de rechtspersoon die zorg of hulp verleent in een of meer van de volgende vormen”, zoals geformuleerd bij de nadere omschrijving onder a. van het verplichtstellingsbesluit. Meer concreet gaat het erom of dit, zoals

Joyce-House Nederland betoogt, eng moet worden uitgelegd, in de zin dat de betreffende werkgever-rechtspersoon die zorg daadwerkelijk zelf moet verlenen, of dat dit, zoals PFZW bepleit, ruim moet worden uitgelegd, zodat daaronder ook de werkgever-rechtspersoon valt die indirect zorg verleent door het verrichten van activiteiten ondersteunend aan de (groeps)vennootschap die de zorg verleent.

3.5. Het hof stelt voorop dat voor de uitleg van een bepaling in een verplichtstellingsbesluit volgens vaste rechtspraak geldt dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de tekst van het gehele verplichtstellingsbesluit, van doorslaggevende betekenis zijn (de zogenoemde cao-norm).¹ Het komt dus niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit. Bij deze uitleg kan onder meer worden gekeken naar de op andere plekken in het verplichtstellingsbesluit gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. 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 degenen voor wie het verplichtstellingsbesluit geldt onvoldoende duidelijk is welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken.²

3.6. Gelet op dit toetsingskader geldt dat de werkingsfeer in het verplichtstellingsbesluit zo moet zijn geformuleerd dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs duidelijk moet zijn, dat zijn bedrijfsactiviteiten onder het verplichtstellingsbesluit vallen. Die duidelijkheid is nodig omdat voor de onder het verplichtstellingsbesluit vallende werkgevers van rechtswege de verplichting ontstaat tot naleving van de statuten en reglementen van het verplichte bedrijfstak-

1 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363, rov. 3.3.1.

2 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, rov. 3.4.2.

pensioenfonds, waaronder de verplichting tot afdracht van premies.

3.7. Het hof is van oordeel dat de tekst zoals opgenomen in het verplichtstellingsbesluit dat tot 1 januari 2021 gold, zo moet worden uitgelegd dat de feitelijke activiteiten van de werkgever moeten bestaan uit het daadwerkelijk zelf verlenen van zorg, een enge uitleg dus. Het hof motiveert dit als volgt.

3.8. Vaststaat dat een toelichting op het verplichtstellingsbesluit, zoals dat in de relevante periode tot 1 januari 2021 gold, ontbrak, zodat uitleg op basis van die toelichting niet mogelijk is. Het komt dus aan op de bewoordingen in het verplichtstellingsbesluit zelf, te weten *“de rechtspersoon die zorg of hulp verleent”*. De betekenis die daar in het normale spraakgebruik aan wordt gegeven, is volgens het hof dat de desbetreffende rechtspersoon de zorg of hulp zelf moet verlenen. Als het de bedoeling was geweest een bredere groep werkgevers onder deze definitie te laten vallen, had het voor de hand gelegen dat in de tekst zelf te verduidelijken. Bijvoorbeeld door toe te voegen dat ook een holdingvennootschap of een werkgever-rechtspersoon die de betreffende zorg *“doet verlenen”*, *“in stand houdt”* of *“beheert”*, daaronder valt. Het is niet ongebruikelijk om dit soort bewoordingen in verplichtstellingsbesluiten toe te voegen. Ook in het verplichtstellingsbesluit zelf is dat gedaan, bijvoorbeeld waar het de omschrijving van werkgever in de jeugdzorg betreft.

3.9. Het in afwezigheid van dergelijke toevoegingen toekennen van een ruimere uitleg aan de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit, leidt tot onduidelijkheid. Zo zou voor werkgevers die ondersteunende diensten verlenen onder andere niet duidelijk zijn of zij alleen onder de werkingssfeer vallen als zij deel uitmaken van dezelfde groep als de feitelijke zorgverlener, of ook als zij ondersteunende diensten verrichten voor externe zorgverleners. Daarnaast kan de vraag rijzen of voldoende is dat in hoofdzaak ondersteunende werkzaamheden worden verricht, of dat het moet gaan om (nagenoeg) uitsluitend ondersteunende werkzaamheden. Een dergelijke onduidelijkheid is onwenselijk gelet op de verstrekkende gevolgen van een kwalificatie als werkgever in de zin van het verplichtstellingsbesluit en vormt voor het hof aanleiding de bewoordingen niet ruim uit te leggen.

3.10. PFZW heeft deze onduidelijkheid zelf ook onderkend en in 2020 is een verzoek gedaan om

het verplichtstellingsbesluit op dit punt te wijzigen. Sinds 1 januari 2021 is aan de omschrijving van werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg de volgende tekst toegevoegd: *“inclusief de rechtspersoon die in een groepsverhouding is verbonden met en nagenoeg uitsluitend ten dienste staat aan een werkgever die zorg of hulp verleent in een van de vormen vermeld in 1 tot en met 11, vast te stellen op basis van de loonsom”*. 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. 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.

3.11. PFZW heeft ter onderbouwing van de door haar voorgestane uitleg van het verplichtstellingsbesluit verder gewezen op het feit dat werknemers, in dienst bij onder de werkingssfeer vallende werkgevers, die andere werkzaamheden verrichten dan het verlenen van zorg, zoals bijvoorbeeld HR-medewerkers of administratief personeel, ook onder het verplichtstellingsbesluit vielen en dat dit niet anders zou moeten zijn alleen maar omdat zij in dienst waren genomen door een groepsvennootschap. 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. Om die reden kunnen de door PFZW aangevoerde omstandigheden, waaronder dat de activiteiten van het *“Joyce-House-concern”* aan-

sluiten bij de in het verplichtstellingsbesluit genoemde activiteiten, dat alle werkzaamheden van de werknemers van Joyce-House Nederland ten dienste staan aan de activiteiten van het "Joyce-House-concern", dat Joyce-House Smilde en Joyce-House Assen niet kunnen functioneren zonder Joyce House Nederland en dat de activiteiten van Joyce-House Nederland op zichzelf geen economische waarde kunnen genereren, evenals de overige door de kantonrechter in r.o. 3.11 van het bestreden vonnis genoemde omstandigheden, naar het oordeel van het hof ook niet tot een andere uitkomst leiden. Het gaat erom tot een objectieve uitleg te komen die voor alle situaties, en niet slechts die van Joyce-House Nederland, toepasbaar is. Daarbij past gelet op hetgeen hiervoor is overwogen een enge en geen ruime uitleg.

3.12. Anders dan PFZW stelt, leidt deze enge uitleg ook niet tot onaannemelijke rechtsgevolgen. PFZW heeft onvoldoende onderbouwd dat er veel ondernemingen vanwege het hanteren van een vergelijkbare constructie niet (langer) deelnemen aan PFZW, als gevolg waarvan de solidariteit binnen het fonds onder druk zou komen te staan. Voor zover dat wel het geval zou zijn, vloeit dat voort uit het geldende verplichtstellingsbesluit. Als dat ongewenst zou zijn, ligt het op de weg van PFZW aan te dringen op wijziging van het verplichtstellingsbesluit.

3.13. Samengevat is het hof van oordeel dat hij geen aanknopingspunten ziet om de definitie van werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg ruim uit te leggen op de manier zoals PFZW die voorstaat. Dit betekent dat de grief van Joyce-House Nederland slaagt.

Werkgever in de jeugdzorg?

3.14. De conclusie dat Joyce-House Nederland niet valt aan te merken als werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg, maakt dat het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep dient te beoordelen of Joyce-House Nederland valt aan te merken als werkgever in de jeugdzorg, zoals PFZW subsidiair heeft gesteld.

3.15. Om als werkgever in de jeugdzorg te kunnen worden aangemerkt, is vereist dat de onderneming "nagenoeg uitsluitend de navolgende voorzieningen van jeugdzorg in stand houdt c.q. beheert". Nagenoeg uitsluitend betekent dat de onderneming naast deze activiteiten (nagenoeg) geen andere bedrijfsactiviteiten heeft. Dat er door Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren acti-

viteiten worden verricht die aangemerkt moeten worden als intramurale en/of extramurale zorg staat tussen partijen niet ter discussie. Het is ook op die basis dat zij verplicht zijn aangesloten bij PFZW. Om die reden kan het er volgens het hof voor gehouden worden dat het zwaartepunt van de activiteiten ligt bij het verlenen van intramurale en/of extramurale zorg. De activiteiten van Joyce-House Nederland zijn ondersteunend aan die van Joyce-House Smilde en Joyce-House Nederland, dus aan het verlenen van (overwegend) intramurale en/of extramurale zorg. Dat leidt ertoe dat niet kan worden aangenomen dat Joyce-House Nederland nagenoeg uitsluitend voorzieningen van jeugdzorg in stand houdt. Zij kan dan ook niet worden aangemerkt als werkgever in de jeugdzorg als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit.

4. De slotsom

4.1. Het voorgaande brengt mee dat de grieven slagen. Het vonnis van de kantonrechter zal worden vernietigd en de vorderingen van Joyce-House Nederland zullen worden toegewezen. Daarbij is van belang dat Joyce-House Nederland ter zitting haar eis heeft verminderd in die zin dat deze waar relevant in tijd worden beperkt tot 1 januari 2021. Dit in verband met het feit dat er tussen partijen geen discussie over bestaat dat Joyce-House Nederland per 1 januari 2021 onder de verplichtstelling valt zoals die vanaf dat moment geldt. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd, in die zin dat deze zal worden vastgesteld op 1.000,- per dag dat PFZW in gebreke is aan dit bevel te voldoen, met een maximum van € 25.000,-.

4.2. PFZW wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties. De kosten van de procedure in eerste aanleg worden aan de zijde van Joyce-House Nederland vastgesteld op € 103,38 voor exploitkosten, € 119,- voor griffierecht en € 900,- voor salaris gemachtigde. De kosten van het hoger beroep worden aan de zijde van Joyce-House Nederland vastgesteld op € 99,01 voor exploitkosten, € 760,- voor griffierecht en op € 2.228,- (2 punten tarief II) voor salaris van de advocaat.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Joyce-House Nederland in de periode vanaf 6 juni 2016 tot 1 januari 2021 niet onder de werkingssfeer van de op die datum geldende verplichtstelling van PFZW en de daarna in werking getreden verplichtstellingen van PFZW valt en dat de werknemers die vanaf 6 juni 2016 of een latere datum in dienst van Joyce-House Nederland zijn of zijn geweest, tot 1 januari 2021 niet verplicht zijn c.q. waren deel te nemen aan de pensioenregeling van PFZW;

beveelt PFZW de premienota's die zij betreffende enige periode vanaf 6 juni 2016 tot 1 januari 2021 aan Joyce-House Nederland heeft opgelegd, binnen veertien dagen na betekening van dit arrest, in te trekken op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag dat PFZW in gebreke is aan dit bevel te voldoen, met een maximum van € 25.000,-;

veroordeelt PFZW tot terugbetaling van de premies die Joyce-House Nederland aan PFZW heeft betaald betreffende werknemers die vanaf 1 september 2019 in dienst zijn c.q. zijn geweest, voor zover die premies zien op deelname in de periode tot 1 januari 2021;

veroordeelt PFZW in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Joyce-House Nederland wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 222,38 voor verschotten en op € 900,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 859,01 voor verschotten en op € 2.228,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Centraal staat de vraag of groepsvennootschappen geraakt kunnen worden door een pensioenplicht bij een bedrijfstakpensioenfonds, ook al verrichten zij zelf niet de bedrijf stakeigen activiteit. Een vraagstuk dat ook kan spelen bij de beoordeling of groepsvennootschappen gebonden zijn aan een cao.

Bij werkingssfeerdiscussies binnen concernverband staat buiten kijf dat vennootschappen

slechts in zeer uitzonderlijke gevallen vereenzelvigd mogen worden. De vennootschapsrechtelijke benadering komt erop neer dat iedere concernvennootschap een aparte juridische entiteit behelst. Een vereenzelving komt neer op het wegdenken van juridische identiteitsverschillen. Volgens rechtspraak kan dat alleen onder uitzonderlijke omstandigheden, bij misbruik. De Hoge Raad heeft in haar uitspraak van 21 mei 2010 («JAR» 2010/164 (*Volker Wessels*)) overwogen dat van een misbruiksituatie sprake kan zijn als de rechtspersoonlijkheid gebruikt wordt voor het frustreren van arbeidsrechtelijke rechtsregels. Nu er tal van legitieme redenen ten grondslag kunnen liggen aan een spreiding van activiteiten over meerdere concernvennootschappen, zal misbruik in het kader van de pensioenplicht naar mijn inschatting vrijwel nooit aangetoond kunnen worden.

Het vennootschapsrecht gaat bedrijfstakpensioenfonds hier dus in de regel niet verder helpen. Het is de cao-norm op basis waarvan de vraag van een eventuele pensioenplicht beantwoord moet worden. Dat is namelijk de uitlegmethodiek die bij de beoordeling van het Verplichtstellingsbesluit geldt. De bewoordingen van de bewuste bepaling, met een eventuele schriftelijke toelichting daarop, zijn daarbij van doorslaggevende betekenis. Bij die uitleg mag onder meer gekeken worden naar elders in het Verplichtstellingsbesluit gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe bepaalde tekstinterpretaties leiden. Die uitlegmethodiek moet uitwijzen of de beoordeling plaatsvindt op vennootschapsniveau of – juist – op het niveau van het concern. Langs verschillende lijnen zou dan tot een pensioenplicht geconcludeerd kunnen worden. Bijvoorbeeld omdat het Verplichtstellingsbesluit zo geformuleerd is dat de werkgever zelf niet de bedrijf stakeigen activiteit hoeft te verrichten, maar voldoende is dat zij dit doet ten behoeve van een (groeps)vennootschap die tot de bedrijfstak behoort. Via de redenering van toerekening in het *Vector*-arrest kom je er in ieder geval niet, omdat die redenering enkel soelaas biedt binnen het schild van de werkgever. Werknemers die zelf niet de bedrijf stakeigen activiteiten verrichten, maar wel ondersteunend zijn aan de bedrijf stakeigen activiteiten van andere werknemers bij die(zelfde) werkgever, tellen volgens het *Vector*-arrest mee voor het hoofdzakelijkheidscri-

terium. Dat is wezenlijk anders dan toerekening van ondersteunende werknemers aan werknemers in dienst van een andere werkgever. Denk verder bijvoorbeeld aan een formulering die de beoordeling op de pluraliteit van de vennootschappen loslaat, door doorslaggevend te maken of de werknemers van de groepsvennootschappen tezamen hoofdzakelijk bedrijfstakeigen activiteiten verrichten.

De vraag of een pensioenplicht geldt voor een groepsvennootschap die zelf niet de bedrijfstakeigen activiteit verricht, valt dus nooit eenduidig te beantwoorden, omdat deze afhankelijk is van de inhoud van het Verplichtstellingsbesluit. Wel durf ik de stelling in te nemen dat maar weinig Verplichtstellingsbesluiten momenteel zo zijn geformuleerd dat ook de groepsvennootschap die de bedrijfstakeigen activiteit niet verricht, op een pensioenplicht kan worden aangesproken.

Wordt met voornoemde benadering, waarbij gekeken wordt naar de inhoud van het Verplichtstellingsbesluit, het element van de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde tekstinterpretatie niet teveel terzijde geschoven? Die benadering kan er namelijk in resulteren dat werkgevers aan de hand van inrichting van het concern bepalen welke werknemers wel en welke niet deelnemen in de pensioenregeling. Vooropgesteld: op het moment dat de gestelde onaannemelijkheid van het rechtsgevolg van een interpretatie leidt tot een uitleg die indruist tegen de letterlijke tekst van het Verplichtstellingsbesluit, gaat er iets wezenlijk mis in de toepassing van de cao-norm. Bij de beoordeling volgens de cao-norm staat de tekst van het Verplichtstellingsbesluit en de kenbare bedoeling van partijen immers voorop. Op de (on)aannemelijkheid van het rechtsgevolg moet binnen deze interpretatiewijze slechts acht worden geslagen. Een van de teksten tegengestelde interpretatie verhoudt zich niet met het rechtszekerheidsbeginsel, een van de pijlers waarop de cao-norm gestoeld is. Terrecht noemt het hof dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing van het Verplichtstellingsbesluit duidelijk moet zijn of sprake is van een pensioenplicht.

Daarnaast plaats ik grote vraagtekens bij de veronderstelde onaannemelijkheid van het rechtsgevolg. Als het al zo onaannemelijk is als werkgevers via concerninrichting de pensioenplicht kunnen bepalen, was het dan niet des te aannemelijker geweest voor fondsen er bij sociale part-

ners op aan te dringen de tekst van het Verplichtstellingsbesluit aan te passen? Indruisen tegen de solidariteitsgedachte van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 doet een afwezigheid van de pensioenplicht bij een groepsvennootschap in ieder geval naar mijn overtuiging niet. Het gaat immers om solidariteit *binnen* de bedrijfstak, dat is iets anders dan de solidariteit uitbreiden naar een entiteit die niet tot de bedrijfstak behoort.

De 'wezen gaat voor schijn'-doctrine is in dit soort pensioenkwesies niet eerder ingebracht, maar zou een benadering kunnen zijn. Niet wordt dan de vennootschapsrechtelijke schil doorbroken of een andere toepassing van de cao-norm bepleit, maar is de benadering dat met de papieren werkelijkheid van de groepsvennootschap als formele werkgever enkel een schijnwerkelijkheid gecreëerd is.

Met dit arrest van het hof is in ieder geval opnieuw bekrachtigd dat het vennootschapsrechtelijke schild staat als een huis, zoals eerder het geval was in de *Picnic*-zaak («JAR» 2020/1) en *FNV/Van Oers* («JAR» 2016/249), waar voor iedere vennootschap afzonderlijk moest worden bezien of de cao van toepassing was. Groepsvennootschappen kunnen de pensioenplicht buiten huis houden, zolang de tekst van het Verplichtstellingsbesluit niet is toegeschreven naar de realiteit van de concernconstructies en de 'wezen gaat voor schijn'-doctrine evenmin opgaat. Veel Verplichtstellingsbesluiten zullen daarom op initiatief van sociale partners moeten worden aangepast als fondsen de pensioenplicht daadwerkelijk willen verruimen, zeker nu dit soort concernconstructies – ook volgens het hof – te voorzien zijn, maar de vraag is of en wanneer deze hand-
schoen wordt opgepakt.

Gezien de verstrekkende gevolgen van een kwalificatie als werkgever in de zin van het Verplichtstellingsbesluit, is een terughoudende uitleg in geval van onduidelijkheid mijns inziens in ieder geval op zijn plaats. Met daarbij terdege het besef dat werknemers in zo'n situatie pensioenaanspraken potentieel mislopen, maar dat is dan eenvoudigweg te wijten aan het laten voortbestaan van onduidelijkheden in het Verplichtstellingsbesluit. Nota bene ten aanzien van situaties die, anders dan onduidelijkheid als gevolg van technologische vooruitgang (vergelijk de *Deliveroo*-zaak («JAR» 2022/11)), vanaf het begin te voorzien waren. Volkomen terecht derhalve dat het hof overweegt dat

het fonds eerder had kunnen aandringen op aanpassing van de omschrijving.

mr. F. Hoppers-Rademaker
advocaat bij Dirkzwager

47

Geen verjaring vakantiedagen als werknemer deze niet heeft kunnen opnemen

Gerechtshof Den Haag
16 november 2021, nr. 200.291.706/01,
ECLI:NL:GHDHA:2021:2386
(mr. Van Kooten, mr. Ruizeveld, mr. Sick)
Noot mr. I. Arts

Werknemer redelijkerwijs niet in staat gesteld tot opnemen vakantiedagen. Vakantiedagen niet vervallen en ook niet verjaard. Max Planck-arrest.

[BW art. 3:317 lid 1, 7:634, 7:640a, 7:641, 7:642, 7:671b; Richtlijn 2003/88/EG art. 7; Handvest grondrechten EU art. 31 lid 2]

De werknemer is op 7 november 2005 bij de werkgever in dienst getreden als advocaat. De werknemer had recht op 25 vakantiedagen per jaar. Sinds begin 2018 hebben partijen een geschil over het aantal door de werknemer niet-genoten vakantiedagen. Dit geschil is ernstig geëscaleerd. Uiteindelijk heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2021 ontbonden. Daarbij heeft de kantonrechter geoordeeld dat de werknemer recht heeft op een vergoeding voor 22 niet-genoten vakantiedagen in plaats van de door hem gevraagde 256,5 dagen. In hoger beroep verzoekt de werknemer vergoeding van 222,25 (resterende) dagen.

Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat niet kan worden vastgesteld of één der partijen ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de werknemer geen recht heeft op een billijke vergoeding, maar wel op de transitievergoeding. Het is voldoende komen vast te staan dat de werknemer tijdens zijn dienstverband in totaal 251,25 niet-genoten vakantiedagen heeft opgebouwd. De wettelijke vakantiedagen zijn niet komen te vervallen op grond van art. 7:640a BW, nu de

werkgever onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat hij jegens de werknemer aan zijn zorg- en informatieverplichting heeft voldaan. Niet duidelijk is hoe concreet en actief de werkgever in de periode 2012-2019 ervoor heeft gezorgd dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid had zijn vakantiedagen op te nemen, of hij de werknemer zo nodig daartoe formeel heeft aangezet, en of hij de werknemer tijdig over het verval van zijn vakantiedagen heeft geïnformeerd. De wettelijke vakantiedagen zijn evenmin verjaard uit hoofde van art. 7:642 BW. Art. 7:642 BW laat, in strijd met art. 7 Richtlijn 2003/88/EG en de uitleg daarvan door het Hof van Justitie, geen ruimte voor het geval waarin een vordering tot toekenning van vakantiedagen niet verjaart doordat de werknemer niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Het artikel moet daarom buiten toepassing blijven. De bovenwettelijke vakantiedagen zijn ook niet verjaard, omdat de werknemer de verjaring daarvan tijdig heeft gestuit. De 222,25 nog resterende vakantiedagen (na betaling van de 22 dagen) moeten dus ook worden uitbetaald.

NB. In «JAR» 2018/17 (King) overwoog het HvJ EU dat King, nadat was vastgesteld dat hij werknemer was in plaats van zelfstandige, nog recht had op vergoeding van niet-genoten vakantiedagen over de duur van zijn dienstverband, nu hij niet in staat was geweest om deze op te nemen. Annotator Funke schreef reeds toen dat dit arrest zou moeten leiden tot aanpassing of buiten toepassing laten van art. 7:642 BW in gevallen waarin een werknemer niet in staat was geweest om vakantie op te nemen. Wanneer dit het geval is, is nader uitgewerkt in het Max Planck-arrest: HvJ EU, «JAR» 2018/318, m.nt. Funke.

[Appellant] te [woonplaats], verzoeker in het principaal hoger beroep, verweerder in het incidenteel hoger beroep, hierna te noemen: [appellant], advocaat: mr. J.C.A. Ettema te Wassenaar, tegen [geïntimeerde], handelend onder de naam [naam] advocaten en belastingadviseurs, te Voorschoten en kantoorhoudende te Den Haag, verweerder in het principaal hoger beroep, verzoeker in het incidenteel hoger beroep, hierna te noemen: [geïntimeerde], advocaat: mr. E.V.H. van Tricht te Middelharnis.