

Hoge Raad der Nederlanden

Zaaknummer: 24/02241

Zitting: 3 januari 2025

DUPLIEK

van mrs. J.H.M. van Swaaij en Th.F. de Jong

inzake:

ACS / STICHTING PENSIOENFONDS METAAL EN TECHNIEK

De door mr. M.W. Scheltema voor de Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek gegeven schriftelijke toelichting (hierna: STP) in het cassatieberoep noopt ons tot het maken van de volgende opmerkingen:

A. Uitleg conform de CAO-maatstaf (van de tekst) van het Verplichtstellingsbesluit heeft het primaat (subonderdeel 2.1)

1. STP-§ 3.2 legt met verwijzing naar het arrest van Uw Raad inzake Mt-fondsen/Stinissen¹ de nadruk op het beschermingsoogmerk van een Verplichtstellingsbesluit. In die zaak echter was – anders dan in casu het geval is – de vraag naar de toepasselijkheid van twee werkingsferen juist wèl aan de orde. In die zaak heeft Uw Raad in rov. 3.7 geoordeeld dat het niet voor de hand ligt om de betreffende werkingssfeerbepalingen waarvan moet worden geoordeeld dat er sprake is van overlap, aldus uit te leggen, dat een onderneming onder geen van beide valt. Dat moet in een dergelijk geval zoveel mogelijk worden vermeden. Volgens de STP zou in het geval van ACS het hof „*kennelijk*” hebben geoordeeld dat het ‘materieel-wettelijk systeem’ niet behoeft te worden toegepast.
2. Dat laat zich evenwel in het oordeel van het hof niet lezen. Waar de STP aan voorbij gaat, is dat bij een oordeel over de toepasselijkheid van een Verplichtstellingsbesluit in een concreet geval, een *uitleg* volgens de CAO-norm van (de bepalingen van) dat besluit noodzakelijk. Uit rov. 19 van ’s hofs arrest volgt dat daarvoor feiten dienen te worden gesteld wat betreft de te kwalificeren werkzaamheden. De toepassing van de CAO-norm beoogt (een redelijke mate van) voorspelbaarheid van de uitleg te bewerkstelligen. Als zodanig moet op basis van de tekst reeds tot een te begrijpen uitleg worden gekomen. ACS betoogt met het oog op die begrijpelijkheid, bijvoorbeeld, dat zij niet te kwalificeren is als een „*tentoonstellingsinstallatiebedrijf*” (art. 9.1 onder i), omdat uit de tekst van het besluit (reeds) volgt dat het bij een ‘tentoonstellingsinstallatiebedrijf’ gaat om werkzaamheden betreffende „*elektrotechnische installaties*” zoals omschreven in art. 9.1 onder a., namelijk „*elektrotechnische zwak- en sterkstroominstallaties*”. Die horde in de uitleg kon het hof al niet nemen, want de werknemers van ACS ‘sleutelen’ niet aan dergelijke installaties (maar gebruiken netspanning die door dergelijke (in sommige gevallen: tijdelijke) installaties gebruiksklaar wordt aangeleverd). De uitleg van het hof op dat punt is, gezien de tekst, juist (zie i.h.b. rov. 36 van het arrest). PMT

1. HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:847.

daarentegen doet het voorkomen alsof alles wat aan werkzaamheden op enige wijze met elektriciteit in verband lijkt te brengen, onder „*elektrotechnische installaties*” zou kunnen worden geschaard. Die ruimte geeft het Vrijstellingsbesluit niet; het is *onjuist*.

3. Als niet reeds met een in redelijkheid te volgen en objectieve uitleg volgens de CAO-norm kan worden gekomen tot de aannemelijkheid van toepasselijkheid van het Verplichtstellingsbesluit, dan komt men aan het ‘materieel-wettelijk systeem’ niet eens toe. Dat is (opmerkelijk genoeg) ook wat STP-§ 3.2 tot vertrekpunt neemt. Immers, in STP-§ 3.2 wordt vermeld: „*Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.*” Welnu, dat is precies waar het in casu om gaat. De „*op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties*” gaan volgordelijk vooraf aan terugval op elders in de CAO gebruikte bewoordingen en aan een ‘toetsing’ van de aannemelijkheid van rechtsgevolgen. Voorwaarde voor een beoordeling naar de aannemelijkheid van een rechtsgevolg, is derhalve een tekstinterpretatie die op zichzelf reeds te verdedigen is. Als die er niet is, dan is het besluit niet van toepassing. Een *op zichzelf* mogelijke tekstinterpretatie is de eerste horde die genomen moet worden bij de beoordeling of een besluit van toepassing is. De zaak van PMT strandt reeds op het ontbreken van een te verdedigen interpretatie van de tekst van het besluit.²
4. In casu gaat het uitsluitend om de toepasselijkheid van het Verplichtstellingsbesluit Metaal en Techniek en daarin wijkt de zaak af van de zaak in het arrest Mt-fondsen/Stinissen.³ Dat in de ogen van PMT de vaststelling dat een bedrijf als ACS niet onder het Verplichtstellingsbesluit Metaal en Techniek valt, een ongewenst oordeel is, dan rechtvaardigt dat nog niet dat de met uitleg volgens de CAO-norm beoogde rechtszekerheid als startpunt kan wijken. Alleen aanpassing of aanvulling van de tekst van het besluit kan tot een andere uitkomst nopen.⁴

2. Een *onduidelijkheid* in het besluit, zoals onderwerp van HR 30 augustus 2024, ECLI:NL:HR:2024:1102, is in casu niet aan de orde.

3. Vgl. de noot van Lutjens onder het arrest waarvan cassatie in PJ 2024, nr. 53, waar deze schijft: „*Hierbij kan een nevengezichtspunt zijn dat overlap (dubbele verplichtstelling) voorkomen moet worden, zie Hoge Raad 27 mei 2011, PJ 2011/107 (PMT/BAM). Een nevengezichtspunt is ook dat een ‘blinde vlek’ (geen enkele verplichtstelling van toepassing) aannemen geen voor de hand liggende uitleg is, wanneer activiteiten onder twee verplichtstellingen zouden kunnen vallen, zie Hoge Raad 2 juni 2023, PJ 2023/69.*”

4. In dit verband merkt ACS op dat een werkgever die niet onder een verplichtstelling valt, deze de vrijheid heeft om zelf een pensioenregeling te treffen bij een geschikte aanbieder. Vgl. de noot van Lutjens onder het arrest waarvan cassatie in PJ 2024, n. 53 waar hij schrijft: „*Wat echter niet mogelijk is de tekst en uitleg van een verplichtstellingsbesluit buiten hetgeen volgt uit de cao-norm zodanig oprekken, dat ondernemingen altijd onder een verplichtstelling worden gebracht om een witte vlek te voorkomen. Om dat te bereiken zou een wijziging van het verplichtstellingsbesluit nodig zijn.*”

5. Het ‘materieel-wettelijk systeem’ zoals dat door PMT wordt bepleit, is als een *deus ex machina* die alsnog een uitleg zou moeten afdwingen waarbij het besluit van toepassing is.⁵ Dat is wat het hof terecht in rov. 19 van zijn arrest aanduidt als oprekken dat niet is te verenigen met (het oogmerk van) de CAO-norm: rechtszekerheid.
6. Vaststaat dat ACS sinds 2004 beschikt over een pensioenregeling bij Nationale Nederlanden.⁶ Daarmee staat ook vast dat geen sprake is van werknemers die tussen wal en schip vallen (geen ‘witte vlek’). Er is ook niet gesteld dat sprake zou zijn van een *inferieure* pensioenregeling bij de verzekerde pensioenregeling via Nationale Nederlanden. Verder is er ook geen regel (laat staan: voortvloeiend uit een ‘materieel-wettelijk systeem’) die de rechter verplicht om bij oordeel over het antwoord op de vraag óf een specifiek Verplichtstellingsbesluit op een werkgever van toepassing is, te beoordelen (laat staan: mee te wegen) of een reeds aanwezige (verzekerde) pensioenregeling wel van ‘voldoende kwaliteit’ is.

B. Een „elektrotechnisch installatiebedrijf”? (onderdeel 3)

7. In STP-§ 4.1 staat de bewering dat het hof zou hebben overwogen dat „tentoonstellingsinstallatiebedrijf” zou zien op werkzaamheden die worden verricht aan de „vaste” installatie (van gebouwen). Die bewering mist feitelijke grondslag, want dat heeft het hof niet geoordeeld. Immers, het hof heeft in rovv. 34 t/m 38 geoordeeld dat het bij „installatiebedrijf” gaat om „installatiewerkzaamheden” en dat zijn „werkzaamheden {...} met betrekking tot de elektriciteitsvoorziening, zoals het aanleggen en repareren van elektriciteitsleidingen, schakelkasten en dergelijke” (rov. 36). Met het oog op de omschrijving van „elektrotechnisch installatiebedrijf” in art. 9 lid 1, onder a. en de nadere inperking tot „tentoonstellingsinstallatiebedrijf” onder letter i. is duidelijk wat het hof met de laatste aanduiding op het oog heeft: een bedrijf dat ten behoeve van een *tijdelijk* evenement, de elektriciteitsvoorziening regelt. Medewerkers van ACS doen dat niet; zij maken slechts gebruik van die voorzieningen voor hun eigen audiovisuele werkzaamheden. Het hof legt hier het Verplichtstellingsbesluit op de juiste wijze uit en overigens ook begrijpelijk (zeker wat betreft de maatschappelijke kring waartoe PMT moet worden gerekend).⁷

5. De aanduiding ‘materieel-wettelijk systeem’ is overigens gemunt door mr. M.J.H. Halsema in het artikel “Een universeel rekenmodel voor bedrijfstak(cao- en pensioen)regelingen?”, Arbeidsrechtelijke Annotaties, 2018, nr. 3.. Mr. Halsema was de advocaat van PMT in feitelijke instanties. Opmerkelijk is dat ook hij dat ‘systeem’ lijkt te zien als iets wat betrekking heeft op de verhouding van twee (‘concurrerende’) bedrijfstakpensioenregelingen.

6. Zie productie 17 dagvaarding, productie 19 (verlenging middelloonregeling); productie 24.

7. Evenementen in en rond gebouwen die daarop niet berekend zijn, vragen soms om tijdelijke elektriciteitsvoorzieningen van aanzienlijke omvang en capaciteit. Niet zelden wordt gebruik gemaakt van

8. Het „tentoonstellingsinstallatiebedrijf” is een specius van het genus „elektrotechnisch installatiebedrijf”. Dat het, zoals STP-§ 4.1 betoogt, zou gaan om gescheiden bedrijfstakken en om die reden ook zou gaan om niet gelijkgerichte bedrijfstakken, is (voorzover al begrijpelijk) een onjuiste uitleg.
9. Ter toelichting op subonderdeel 3.2.1 betoogt STP-§ 5.1 dat bij „het samenstellen en ophangen van metalen (truss)constructies en het daaraan monteren van verlichting en andere apparaten” sprake zou zijn van het totstandbrengen van een „elektrotechnische installatie”. Dat is een onjuiste uitleg van dat begrip. Met het ophangen van de trussen, met daaraan elektrische (audio-visuele) apparatuur, worden geen „elektrotechnische zwak- en sterkstroominstallaties” tot stand gebracht. Op die onjuiste uitleg van het Verplichtstellingsbesluit strandt het verdere betoog in §§ 5.2 t/m 5.4 over het ‘dienstbaar zijn aan’-criterium.
10. STP-§ 5.4 legt de nadruk op het feit dat de trussen gemaakt zijn van metaal (terzijde: altijd van aluminium). Nergens in het betoog van PMT is de stelling te vinden (laat staan enige argumentatie) waarom het hanteren (of: werken met) trussen als zodanig onder het Verplichtstellingsbesluit zou vallen. Het voornaamste argument is de stelling dat in verband met de „AV-apparatuur”⁸ sprake zou zijn van de totstandkoming van een „elektrotechnische installatie”. Naast wat reeds over de inhoud van die aanduiding is betoogd, valt op te merken dat in het besluit de uitdrukking „AV-apparatuur” niet is te vinden, ook niet voluit geschreven. De aanduidingen „audio”, „visueel” en „visuele” worden ook niet gebruikt. Het is in zijn algemeenheid niet te betwisten dat het professionele audio-visuele ‘gebeuren’ een belangrijke rol speelt in de moderne samenleving (ook reeds in 2015, het jaar van actualisering van het Verplichtstellingsbesluit). Bij de uitleg van het besluit mag mede betekenis toekomen aan het feit dat naar zo’n allerm minst marginale bedrijfstak als die waarin ACS opereert, geen enkele verwijzing in het besluit is opgenomen. Daarbij komt ook betekenis toe aan het feit dat elektriciteitsvoorziening voor tijdelijke evenementen wel afzonderlijk is aangeduid: „tentoonstellingsinstallatiebedrijf”.

C. ACS had geen stelplicht, maar heeft meer dan voldoende feiten gesteld (onderdeel 4)

11. Er kan ten aanzien van de stellingen in de STP-§§ 6.1 t/m 6.5 wat betreft de bewijslevering niet voorbijgegaan worden aan het gegeven dat de aanleiding van het door ACS in eerste aanleg aanhangig maken van dit geding nu juist gelegen was in het feit dat PMT – na het onderzoek door buitenmedewerker De Graaf van PMT – onvoorwaardelijk het standpunt ingenomen heeft

generatoren, omdat het lokale vaste net, onvoldoende capaciteit heeft. Dát is het werk van het „tentoonstellingsinstallatiebedrijf”.

8. Zie bijv. § 3.122 Memorie van Griefen.

dat ACS onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen. Dit standpunt heeft PMT per brief van 6 november 2015 aan ACS medegedeeld.⁹ Toen was er derhalve reeds sprake van een voldoende overtuiging bij PMT dat ACS onder de werkingssfeer van het besluit zou vallen. Dit kan niet anders dan betekenen dat PMT zelf van mening was dat zij toen reeds over voldoende informatie beschikte (al dan niet verkregen van ACS) om tot toepasselijkheid van de verplichtstelling te concluderen.

12. Ook kan niet voorbijgegaan worden aan het feit dat PMT haar standpunt van de toepasselijkheid van het besluit in 2015 baseerde op de overtuiging dat ACS te kwalificeren zou zijn als een „radio- en televisie installatie- en reparatiebedrijf” in de zin van art. 9 lid 1, onder d. van het Verplichtstellingsbesluit Metaal en Techniek. Nadat ACS die kwalificatie bestreden had, is PMT een zwalkende koers gaan varen. Ter onderbouwing namelijk van haar standpunt dat het Verplichtstellingsbesluit van toepassing zou zijn, heeft PMT getracht om ACS op uiteenlopende andere wijzen te kwalificeren. Met de wijze waarop zij dat heeft gedaan, heeft ze de grenzen van wat ze nog bepleitbaar achtte wel héél ruim getrokken.
13. Dat ACS (ook) in strijd gehandeld zou hebben met de zorgvuldigheid die haar in het maatschappelijk verkeer betaamde, vooral ten opzichte van haar eigen werknemers, is door PMT niet aannemelijk gemaakt. ACS heeft reeds ruim twintig jaar – namelijk sinds 2004 – een pensioenregeling voor haar werknemers en heeft destijds ook door een pensioenadviseur laten onderzoeken of voor haar bedrijf een verplichtstelling gold. Meer dan dat kon van haar in het kader van de door haar in acht te nemen zorgvuldigheid (waaronder mede te begrijpen is het voldoen aan een onderzoeksplicht) niet gevergd worden. PMT verwijt ACS (zie 6.1 S.T.) onder verwijzing naar art. 7:655 lid 1 sub j. BW en art. 2 lid 2 en 7 Pensioenwet dat zij niet zelfstandig onderzocht zou hebben of ACS onder de Mt-regelingen valt. Dat verwijt is onterecht. De genoemde wetsbepalingen houden in dat dat een werkgever een werknemer moet informeren of er een aanbod voor een pensioenuitvoerder wordt gedaan en zo ja, bij welke pensioenuitvoerder. ACS heeft daaraan voldaan, zij heeft namelijk haar werknemers geïnformeerd over de pensioenregeling bij Nationale Nederlanden (die inmiddels sinds 20 jaar loopt).
14. Bovendien heeft ACS meer gedaan dan dat. Want behalve dat zij meegewerkt heeft aan het onderzoek van de buitendienstmedewerker De Graaf, heeft ACS in dit geding nog een tweetal onderzoeken laten verrichten, namelijk in de procedure in eerste aanleg door het Nationaal Pensioenbureau en in hoger beroep door Three Oaks. Daarbij is nog méér informatie aan PMT

9. Inl.Dagv-§ 6.

ter beschikking gekomen. De omvang van die informatie is aanzienlijk groter, dan wat PMT zelf nog in het najaar van 2015 voldoende vond voor haar standpuntbepaling.

15. PMT is het oneens met het oordeel van het hof over de werkzaamheden van de medewerkers van ACS. Dat oordeel echter kan in cassatie niet meer ter discussie staan, zelfs niet in het kader van een (ingewikkeld) betoog over de stelplicht en de bewijslast. Het hof heeft over die werkzaamheden geoordeeld en daaruit rechtens door uitleg de conclusie getrokken – en mogen trekken – dat ACS niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit Metaal en Techniek valt.

Dit processtuk bevat 2.328 woorden.