

Platformarbeid: biedt het Rariteitenbesluit soelaas?

TRA 2019/15

Platformarbeid staat volop in de schijnwerpers. De vraag in hoeverre platformwerkers bescherming kunnen ontnemen aan de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen in de werknemersverzekeringen, is nog onderbelicht. In deze bijdrage komt naar voren, dat een grote groep 'work on demand' platformwerkers kan vallen onder de in art. 3 Rariteitenbesluit opgenomen tussenkomstbepaling.

1. Inleiding

Platformwerk staat volop in de aandacht. De vraag in hoeverre platformwerkers een arbeids- of uitzendovereenkomst hebben is al verschillende malen in de literatuur aanbod gekomen. Kruit en Ouwehand verkenden in dit tijdschrift voor verschillende categorieën platformwerkers de vraag in hoeverre de arbeidsrechtelijke bescherming van Boek 7, titel 10 van toepassing is.² Houwerzijl besteedde aandacht aan de transnationale dimensies.³ De mogelijke toepasselijkheid van de Waadi is in een ander tijdschrift reeds de revue reeds gepasseerd.⁴

De vraag of platformwerkers wellicht bescherming kunnen ontnemen aan de zogenoemde tussenkomstbepaling van art. 3 Rariteitenbesluit is onderbelicht.⁵ Deze vraag is relevant omdat de aanwezigheid van een dergelijke fictieve dienstbetrekking kan meebrengen dat platformwerkers in ieder geval verplicht verzekerd zijn voor de ZW, de WW en de WIA. Dit levert niet alleen bescherming op tegen het intreden van het ziekte-, arbeidsongeschiktheids-, en werkloosheidsrisico van de platformwerker, maar draagt ook bij aan het creëren van een level playing field met ondernemingen die hun (platform)werkers wel arbeidsovereenkomsten aanbieden.

Voorts vormt een positief antwoord op de vraag ook een mogelijke invulling in de zoektocht naar een nieuw vorm te geven werknemersbegrip. Art. 3 Rariteitenbesluit kent potentieel een zeer ruim bereik. Het artikel stelt arbeidsverhoudingen waarin via een 'intermediair' ten behoeve van een derde persoonlijke arbeid wordt verricht, met een dienstbetrekking gelijk. Het artikel vereist niet de aanwezigheid van een gezagsverhouding met de intermediair

en vereist evenmin leiding en toezicht aan de kant van de derde. Evenmin is van belang, dat de werker zich persoonlijk heeft verbonden arbeid te verrichten.

2. Opzet en afbakening types platformwerk

In het navolgende zal worden bekeken in hoeverre art. 3 Rariteitenbesluit voor bepaalde types platformwerk soelaas biedt. Dit onderzoek is van belang voor platforms die zich richten op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van diensten. Hierbij wordt de dienst via het werkplatform verricht bij een 'eindgebruiker'. Ik denk hierbij aan het verrichten van werk via platforms als Uber (taxivervoer), Helpling (schoonmaakwerk), Deliveroo (maaltijdbezorging), en Temper (horecawerk). De wijze waarop de diverse werkplatforms zich juridisch presenteren, varieert. Uber presenteert zich als serviceverlenend prikbord voor 'zelfstandige taxichauffeurs' en hun klanten, Temper doet zich voor als bemiddelaar van 'zelfstandige' opdrachtnemers. Helpling presenteert zich eveneens als bemiddelaar, en laat het ter beoordeling van de eindgebruiker over of de Regeling Dienstverlening aan Huis wellicht van toepassing is. Deliveroo sluit contracten, getiteld 'overeenkomst van opdracht' met maaltijdbezorgers.

In het hiernavolgende zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre het mogelijk is om – ondanks de door de werkplatforms gegeven kwalificatie – van een arbeidsverhouding in de zin van art. 3 Rariteitenbesluit te spreken. In par. 3 ga ik in op de vraag in hoeverre de fictieve dienstbetrekkingen sinds de Wet DBA nog relevant zijn. Voorts licht ik kort toe welke rol art. 3 Rariteitenbesluit in de (nabije) toekomst zal (kunnen) spelen. Vervolgens komt in par. 4 de plaats van de tussenkomstbepaling binnen de wettelijke systematiek ter vaststelling van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen aan de orde en licht ik voorts het praktische belang van de tussenkomstbepaling toe. Daarna volgt in par. 5 tot en met 7 een bespreking van de wijze waarop de tussenkomstbepaling in de jurisprudentie wordt ingevuld. Afgesloten wordt met enkele concluderende opmerkingen.

3. Fictieve dienstbetrekkingen (straks) nog relevant?

Sinds de eeuwwisseling zijn diverse kabinetten zoekende geweest naar een nieuw werknemersbegrip. De focus lag aanvankelijk op het vinden van een nieuw begrip werknemer in de werknemersverzekeringen.⁶ Deze ambitie lijkt

1 Mr. dr. L. (Lucy) van den Berg is universitair docent sociaal recht aan de Vrije Universiteit.

2 P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid, De ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58.

3 M.S. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving, transnationale dimensies en dilemma's', *TRA* 2017/59.

4 Zie: E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer!', *ArbeidsRecht* 2018/1.

5 W.H.A.C.M. Bouwens presenteert in zijn position paper ten behoeve van het rondetafelgesprek bij de Tweede Kamer in november 2017 art. 3 Rariteitenbesluit als mogelijk nieuwe invulling, zie: www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2017A03004. In het rapport *Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelaties*, Interdepartementale ambtelijke werkgroep, 2017, wordt een op art. 5 Rariteitenbesluit gebaseerde variant geschetst.

6 Zie: L. van den Berg, *Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen*, Den Haag: BJU 2010, p. 70-76. In de vader/moeder van dit tijdschrift heb ik in 2004 reeds een poging gedaan te komen tot een nieuwe invulling van het begrip werknemer in de werknemersverzekeringen, zie: L. van den Berg, 'Het begrip werknemer in de werknemersverzekeringen', *SMA* 2004/4, p. 293 e.v. Zie voor voorstellen voor aanpassing van art. 7:610 BW van mijn kant met een wat recenter datum: L. van den Berg, 'De zelfstandige zonder personeel', in: D.J.B. De Wolf & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 182-184.

inmiddels te zijn uitgebreid tot een verkenning naar een nieuw werknemersbegrip over het brede terrein van het arbeidsrecht. Eén van de vragen die hierbij zonder twijfel opkomt, is of de huidige definitie van de arbeidsovereenkomst aan een herijking toe is.⁷

Recentelijk heeft minister Koolmees een commissie ingesteld om advies te geven over de fundamentele vragen met betrekking tot de toekomst van de regulering van werk in het arbeidsrecht, de werknemersverzekeringen en de fiscaliteit.⁸ Het advies wordt eind 2019 verwacht.

Bovendien wordt reeds lange tijd gezocht naar een evenwichtige manier om werkverschaffers zekerheid vooraf te geven over de status van de arbeidsrelatie.⁹ Het kabinet Rutte-III leek tot voor kort op dit tweede onderwerp binnen korte termijn succes te gaan boeken met de voornemens tot de introductie van een opdrachtgeversverklaring ter vervanging van de Wet DBA. Daarnaast waren er plannen om (voor de toepassing van de werknemersverzekeringen en de loonbelasting) een vorm van verplicht werknemerschap te gaan invoeren voor werkenden tegen een laag tarief. Hiermee zou uiteraard ook een belangrijk antwoord zijn gegeven op de vraag hoe om te gaan met de verzekerings- en premieplicht van platformwerkers. De Europese Commissie is echter voor de plannen van het kabinet voor verplicht werknemerschap van laagbetaalde werkenden gaan liggen. Minister Koolmees van Sociale Zaken schreef op 26 november 2018 aan de Kamer dat de wetgeving om schijnzelfstandigheid en concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen, daarvoor minimaal een jaar vertraging zal oplopen. In de brief geeft hij aan dat gewerkt wordt aan alternatieven, die hij komend voorjaar ter consultatie gaat voorleggen. De opvolger van de Wet DBA schuift daarmee op naar januari 2021.¹⁰

In dit verband zou ten slotte de vraag kunnen rijzen welke rol de fictieve dienstbetrekkingen onder de Wet DBA spelen in verband met de door dezelfde wet gecreëerde mogelijkheid van opting-out. De Wet DBA geeft namelijk 'gelijkgestelden' de mogelijkheid de regeling van de fictieve dienstbetrekking buiten toepassing te laten, indien zij (voor aanvang van de betaling van de beloning) schriftelijk overeenkomen dat het de bedoeling van beide partijen is dat deze regeling niet van toepassing is.¹¹ Deze opt-out geldt echter niet voor werkenden als bedoeld in art. 3 Rariteitenbesluit. Deze keuze kan in verband worden gebracht met de behoefte schijnzelfstandigheid in gevallen van tussenkomst door intermediairs te kunnen bestrijden.¹² Ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel DBA werd afschaffing van

de fictieve dienstbetrekkingen niet wenselijk geacht, omdat daarmee de handhaafbaarheid van de bestaande wetgeving zou verslechteren.¹³

Hiermee is de conclusie gerechtvaardigd dat de vraag in hoeverre platformwerkers onder art. 3 Rariteitenbesluit vallen, in ieder geval tot 2021, en mogelijk nog vele jaren daarna relevant blijft.

4. De tussenkomstbepaling

De tussenkomstbepaling is gebaseerd op art. 5, aanhef en onderdeel d ZW. Dit onderdeel maakt het mogelijk om bij AMvB de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en niet reeds ingevolge de voorgaande bepalingen als dienstbetrekking wordt beschouwd, met een dienstbetrekking gelijk te stellen. Deze nadere regels zijn te vinden in art. 3 (en art. 5) van het zogenoemde Rariteitenbesluit.¹⁴ Art. 3 Rariteitenbesluit luidt als volgt:

“Zonodig in afwijking van de artikelen 3, 4 en 5, onderdeel a, b en c, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Ziektewet en de Werkloosheidswet wordt als dienstbetrekking beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die persoonlijk arbeid verricht ten behoeve van een derde door tussenkomst van de natuurlijke persoon tot wie of van het lichaam tot welk de arbeidsverhouding bestaat.”

In de huidige systematiek is de regeling van art. 3 Rariteitenbesluit uitsluitend relevant, indien wordt vastgesteld dat geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Verder geldt ook binnen de regeling van de fictieve dienstbetrekkingen een verplichte toetsingsvolgorde, die inhoudt dat alleen indien men niet werkzaam is in een arbeidsverhouding als bedoeld in art. 4 en 5, onderdeel a, b, en c van de ZW, kan worden overgegaan tot beoordeling van verzekeringsplicht als bedoeld in art. 3 en 5 Rariteitenbesluit.¹⁵

Het praktische belang van de regeling van de tussenkomstbepaling is er in de eerste plaats in gelegen dat niet is vereist dat sprake is van een *gezagsverhouding* tussen de werkverschaffer en de werkende, dan wel van *leiding en toezicht* aan de kant van de derde, zoals is vereist voor de arbeidsovereenkomst, respectievelijk de uitzendovereenkomst. Verder geldt voor gelijkstelling niet dat sprake moet zijn van een *verplichting* persoonlijk arbeid te verrichten. Voor de Deliveroo-bezorgers is het verder van belang dat niet relevant is dat tussen de intermediair en de derde sprake is van terbeschikkingstelling in het kader van 'een overeenkomst van opdracht'. Aangezien de vervoersovereenkomst in art. 7:400 BW is uitgezonderd van

7 J.H. Bennaars, 'Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja', *ArbeidsRecht* 2018/28.

8 Zie: www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-sociale-zaken-en-werkgelegenheid/documenten/kamerstukken/2018/11/07/kamerbrief-commissie-regulering-van-werk.

9 Zie voor een kort overzicht: L. van den Berg, 'De zelfstandige zonder personeel', in; D.J.B. De Wolf & E. Verhulst, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

10 Zie: www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-sociale-zaken-en-werkgelegenheid/documenten/kamerstukken/2018/11/26/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-werken-als-zelfstandige.

11 Zie art. 5 lid 4 Rariteitenbesluit, gewijzigd in *Stb.* 2016, 165.

12 Zie Rapport Commissie Boot, p. 21.

13 *Kamerstukken I* 2015/16, 34036, C, p. 12.

14 Besluit van 24 december 1986, *Stb.* 1986, 655 inzake de aanwijzingen van gevallen waarin een arbeidsverhouding als dienstbetrekking worden beschouwd.

15 CRvB 27 februari 1997, RSV 1997/149 (m.nt. E. Van Waaijen). Dit betekent kort gezegd, dat indien de platformwerker werkzaam is als aannemer van werk, handelsagent, bestuurder van een coöperatie met werknemerszelfbestuur, deelvisser, thuiswerker, sekswerker, sporter of artiest, hij geen bescherming kan ontlenen aan art. 3 of 5 Rariteitenbesluit.

de overeenkomst van opdracht, kan ten aanzien van bezorger geen uitzendovereenkomst worden aangenomen.¹⁶ Ten slotte gelden geen eisen ten aanzien van de duur en omvang van de werkzaamheden en de (hoogte van het) inkomsten. Dergelijke eisen gelden wel voor de zogenoemde 'persoonlijk arbeid verrichter' in de zin van art. 5 Rariteitenbesluit.¹⁷ Hieronder wordt ingegaan op de uit art. 3 Rariteitenbesluit volgende vereisten voor gelijkstelling en op de vraag in hoeverre platformwerkers hieraan (kunnen) voldoen.

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de tussenkomstbepaling de platformwerker soelaas biedt, zal ik niet alleen jurisprudentie van de CRvB, de belastingkamers van de gerechtshoven en de HR over art. 3 Rariteitenbesluit betrekken, maar zal ik eveneens ingaan op fiscale arresten inzake art. 4, onderdeel e Wet Lb 1964 jo. art. 2a Uitvoeringsbesluit Lb 1965. Dit artikel vormt de fiscale pendant van art. 3 Rariteitenbesluit en stelt voor de inhoudingsplicht van loonbelasting met de dienstbetrekking gelijk; *'de arbeidsverhouding van degene die door tussenkomst van degene tot wie de arbeidsverhouding bestaat, persoonlijk arbeid verricht ten behoeve van een derde'*. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op het vereiste van 'persoonlijke arbeid' (par. 5), de aanwezigheid van een arbeidsverhouding met het werkplatform (par. 6) en op het vereiste van het ontbreken van zelfstandig ondernemerschap (par. 7).

5. Persoonlijke arbeid

Voor diverse arbeidsverhoudingen die voor de werknemersverzekeringen en de loonbelasting met een dienstbetrekking worden gelijkgesteld, geldt de voorwaarde dat de arbeid persoonlijk wordt verricht. Ook art. 3 Rariteitenbesluit stelt dit vereiste. De eis van *het persoonlijk verrichten* van arbeid kan worden onderscheiden van het uit art. 7:610 BW volgende element dat de werknemer *de verplichting heeft de arbeid persoonlijk te verrichten*. De redactie van art. 3 Rariteitenbesluit duidt immers niet op de contractuele gebondenheid van de werknemer de arbeid persoonlijk te verrichten.¹⁸ Volgens de Hoge Raad vloeit uit de bepaling inderdaad geen contractuele gebondenheid voort; voldoende is dat er in feite persoonlijk arbeid wordt verricht.¹⁹

Voor de Uber-chauffeur en de schoonmaker via Helpling zal naar mijn mening moeilijk kunnen worden ontkend dat sprake is van een *verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten*. De Uber-chauffeur dient bij de aanmelding in ieder geval een foto, gegevens over een vervoersmiddel, een chauffeurskaart en een VOG in te sturen. Ook de eind-

gebruiker weet bij het accepteren van een rit precies welke chauffeur hem zal vervoeren. Degenen die zich bij Helpling aanmelden worden vooraf gescreend en dienen een VOG over te leggen. De klant krijgt ten minste zes beschikbare kandidaten voorgesteld, inclusief de beoordelingen door andere klanten, en kan op basis daarvan een voorkeur uitspreken. Bij ziekte of vakantie van de schoonmaker zorgt Helpling voor vervangende hulp.²⁰ Het vereiste van 'het persoonlijk verrichten van arbeid' in art. 3 Rariteitenbesluit biedt voor deze types platformwerk dus geen meerwaarde. Voor de Deliveroo-bezorger echter geldt een geclausuleerde vervangingsvrijheid: zijn vervanger dient over de vereiste vaardigheden en training te beschikken en moet ingeschreven zijn bij de Kamer van Koophandel.²¹ Dat het restaurant of de klant enige zeggenschap heeft welke bezorger de maaltijden bezorgt, lijkt onwaarschijnlijk. In de lagere civiele jurisprudentie over pakket- en krantenbezorger is regelmatig het oordeel te vinden dat de arbeidsovereenkomst ontbreekt vanwege (onder meer) de afwezigheid van de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten.²² Ook de Deliveroo-bezorger overkwam dit lot. Volgens de Kantonrechter Amsterdam betekent de omstandigheid dat Deliveroo van een vervanger eist dat hij over de vereiste vaardigheden en training beschikt, nog niet dat het laten vervangen een loze bepaling is. Deze vereisten zien volgens de kantonrechter niet op de persoon van een vervanger, maar op objectieve eisen om de werkzaamheden te kunnen verrichten.²³

De werker via Temper heeft volgens art. 6.3 van de gebruikersovereenkomst zelfs een ongeclausuleerde vervangingsvrijheid.²⁴ Het is dus aannemelijk dat de werker via Temper niet verplicht is de arbeid persoonlijk te verrichten.

Het is interessant na te gaan in hoeverre voor een arbeidsverhouding als bedoeld in art. 3 Rariteitenbesluit een ruimere vervangingsvrijheid geldt. Indien ook nog aan het vereiste van persoonlijk arbeid verrichten is voldaan, indien vervanging uitsluitend kan plaatsvinden binnen een selecte groep met objectieve kwalificaties, dan biedt het artikel voor de Deliveroo-bezorger wellicht soelaas. Mocht het begrip zo worden uitgelegd dat voldoende is dat er (ook) arbeid door de

20 www.helpling.nl/av-dienstverleningsovereenkomst.

21 De relevante contractuele bepaling luidde als volgt: *'Deliveroo onderkent dat er omstandigheden kunnen zijn waarin Jij iemand anders wenst in te schakelen om de Diensten te verlenen. Deliveroo is niet bepalend in dergelijke omstandigheden en daarom heb Jij het recht om, zonder voorafgaande toestemming van Deliveroo, een andere koerier de Diensten (geheel of gedeeltelijk) te laten verlenen namens jou. Dit kan inhouden het verlenen van Diensten door anderen die direct werkzaam zijn voor of ingeschakeld door jou. 7.2 (...) Het is jouw verantwoordelijk om ervoor te zorgen dat jouw vervangers over de vereiste vaardigheden en training beschikken en dat zij de garanties opgenomen in artikel 6 hierboven afgeven ten behoeve van jou en ten behoeve van Deliveroo (...).'*

22 Overigens zou ook het ontbreken van een verplichting gehoor te geven aan een oproep in de weg kunnen staan aan een persoonlijke arbeidsverplichting. Indien echter wel aan de elementen van de arbeidsovereenkomst is voldaan op het moment dat de werker gehoor heeft gegeven aan de oproep, ontstaat een arbeidsovereenkomst voor de duur van de oproep. In een dergelijk geval zou gelet op art. 7:668a BW na drie oproepen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen ontstaan.

23 Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, JAR 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel & J.M. van Slooten.

24 Zie: <https://temper.works/algemene-voorwaarden/opdrachtnemers>.

16 Vgl. Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:752.

17 De persoonlijk arbeidsverrichter gedurende ten minste een maand, op 2 dagen per week werkzaam te zijn tegen een inkomen van ten minste 40% van het minimumloon.

18 Een dergelijk redactioneel verschil is echter niet zonder meer bepalend voor de uitleg van het begrip, vgl. HR 9 december 2011, JAR 2012/17, waarin de HR ten aanzien van art. 1 BBA (oud) oordeelde dat hiervoor een contractuele gebondenheid geldt. Uiteraard kan het bestaan van deze contractuele gebondenheid wel worden afgeleid uit de uitvoering van het contract.

19 HR 5 november 1980, BNB 1981/127; HR 18 november 2016, NTFR 2016/2772.

werkende zelf moet worden verricht, dan kan potentieel zelfs de Temper werker met een ongeclausuleerde vervangingsvrijheid onder het bereik van art. 3 Rariteitenbesluit vallen. Volgens de jurisprudentie van de CRvB is nog sprake van (een verplichting tot) het persoonlijk verrichten van arbeid indien vervanging uitsluitend plaatsvindt uit een selecte, aan de werkgever bekende groep, of indien vervanging (zo nodig zonder medeweten van de werkgever) plaatsvindt uit een bepaalde groep van personen met specifieke kwalificaties.²⁵ Ook uit de fiscale jurisprudentie zijn aanwijzingen te vinden dat bij vervanging uit een vaste poule van gekwalificeerde werkers, aan het persoonlijk verrichten van arbeid is voldaan.²⁶ Voor de Deliveroo-bezorger geldt zoals gezegd een geclausuleerde vervangingsvrijheid. De eisen die aan de vervanger worden gesteld, brengen mee dat vervanging in wezen uitsluitend kan plaatsvinden uit de pool van reeds voor Deliveroo werkzame bezorgers. Dit rechtvaardigt de conclusie dat ten aanzien van de Deliveroo-bezorger tot de aanwezigheid van het persoonlijk verrichten van arbeid kan worden geconcludeerd.

Een CRvB-uitspraak over een deponhouder en de bezorger van een dagblad zou erop kunnen duiden dat het vereiste van het persoonlijk verrichten van arbeid een (zo goed als ongeclausuleerde) vervangingsvrijheid inhoudt. De deponhouder liet zich regelmatig vervangen, maar was in ieder geval twee dagen per week persoonlijk werkzaam ten behoeve van de werkverschaffer. Hierdoor was voldaan aan het volgens art. 5 Rariteitenbesluit geldende vereiste dat de deponhouder op ten minste twee dagen per week persoonlijk arbeid verrichtte.²⁷ Dit zou voor de werker via Temper kunnen betekenen, dat alleen in het geval hij zich volledig laat vervangen, niet meer van persoonlijke arbeid kan worden gesproken. De fiscale jurisprudentie geeft helaas geen antwoord op de vraag of ook van een fictieve dienstbetrekking sprake is, indien vaststaat dat de werkende zich weliswaar laat vervangen, maar zelf ook arbeid verricht.²⁸ Een argument tegen deze uitleg dat zou kunnen opkomen, is dat het zou leiden tot een onhanteerbare regeling, omdat hierdoor de werkverschaffer buiten zijn medeweten werkgever kan worden.²⁹ Naar mijn mening gaat dit argument niet op, omdat voor de aanwezigheid van een fictieve dienstbetrekking tevens sprake moet zijn van 'een arbeidsverhouding' met de werkverschaffer. Hierop ga ik hieronder verder in.

6. De aanwezigheid van een arbeidsverhouding met het werkplatform

Volgens art. 3 Rariteitenbesluit dient verder sprake te zijn van een *arbeidsverhouding tot* het platform. Van bemidde-

ling door het werkplatform bij het tot stand brengen van een arbeidsrelatie met de 'eindgebruiker' mag uiteraard geen sprake zijn; in dat geval zou slechts nog de arbeidsverhouding met de 'eindgebruiker van de werkzaamheden' op de aanwezigheid van verzekeringsplicht getoetst kunnen worden.

Hier bestaat uiteraard een zekere link met het hierboven besproken vereiste van 'persoonlijke arbeid'. Om tot een fictieve dienstbetrekking te kunnen concluderen dient sprake te zijn van 'het verrichten van arbeid ten behoeve van het werkplatform'. Indien het werkplatform uitsluitend optreedt als serviceverlener van een 'voor eigen rekening en risico' handelende platformwerker, kan van gelijkstelling geen sprake zijn.³⁰

In de jurisprudentie van de CRvB wordt bij de afbakening tussen bemiddeling en tussenkomst in het kader van art. 3 Rariteitenbesluit onder meer beoordeeld in hoeverre er een voortdurende relatie bestaat met het tussenkomstbureau. Die vraag is bevestigend beantwoord in gevallen waarin het tussenkomstbureau aan derden factureert en zelf de betaalingen aan de werker verricht.³¹ Ook de omstandigheid dat aan de zijde van het tussenkomstbureau sprake is van een zekere mate van zeggenschap over de werkzaamheden van de werker, kan duiden op het bestaan van een (voortdurende) arbeidsverhouding.³² Ook in de jurisprudentie van de gerechtshoven vinden we deze gezichtspunten terug bij de afbakening van bemiddeling en tussenkomst.³³

Voor vrijwel alle types platformwerk geldt dat de werkers via het platform worden betaald. Het is gelet op het bovenstaande goed denkbaar dat alleen al daarom gesproken kan worden van een bestendige relatie, dus een arbeidsverhouding met het werkplatform. Bovendien kan van diverse werkplatforms wel degelijk worden gezegd, dat sprake is van een zekere mate van zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden. Ten aanzien van de werkers voor Temper zijn er kleding- en gedragsvoorschriften. Helping, Uber en Deliveroo werken eveneens met klantbeoordelingen en ratings. Verder wijst het gegeven dat Helping bij ziekte van de werker een vervanging regelt, meer op de hoedanigheid van uitzendbureau dan op het optreden als bemiddelaar. Naar mijn mening zal daarom ten aanzien van deze types platformarbeid voldoende aanleiding bestaan een arbeidsverhouding met het platform aanwezig te achten.

25 Zie voor verwijzingen, L. van den Berg, *Tussen feit en fictie*, p. 104-105.

26 Hof den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2415.

27 CRvB 5 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV1423.

28 Opgemerkt kan overigens worden dat ten aanzien van de in art. 4, lid 1 onderdeel a ZW gelijkgestelde aannemer van werk geen andere uitleg mogelijk is dan dat het voldoende is dat hij (een deel) van de arbeid zelf verricht. De gelijkstelling van de hulp van de aannemer in art. 4, lid 1, onderdeel b ZW zou anders namelijk zinledig zijn.

29 Vgl. Hof Amsterdam 26 september 1973, nr. 430/71, FED 24 januari 1974, LB '64: art. 4:2, met aantekening Stuvoet.

30 Vgl. CRvB 12 december 1997, RSV 1998/121; HR 5 november 1980, BNB 1981/127. Indien sprake zou zijn van louter serviceverlening, zou gelijkstelling met de dienstbetrekking overigens eveneens kunnen afstuiten op de omstandigheid, dat de platformwerker werkzaam is in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf als bedoeld in art. 8 Rariteitenbesluit (zie hierna in par. 7).

31 CRvB 23 oktober 1995, RSV 1996/74; CRvB 2 april 2002, RSV 2002/171; CRvB 30 juli 2003, RSV 2003/256.

32 Vgl. CRvB 27 februari 1997, USZ 1997/100; CRvB 12 juni 1997, USZ 1997/188; CRvB 5 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU2930.

33 Hof Amsterdam 23 januari 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD9212; Hof Arnhem Leeuwarden, te kennen uit: HR 15 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1435.

7. Afwezigheid van zelfstandig ondernemerschap

Art. 8 Rariteitenbesluit bevat een aantal uitzonderingen op gelijkstelling.³⁴ De voor de platformwerker belangrijkste uitzondering betreft het verrichten van de werkzaamheden in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf.³⁵ De platformwerkers via Temper, Uber en Deliveroo werken op papier als zelfstandige en dienen in het bezit te zijn van een inschrijving bij de Kamer van Koophandel. Voor vrijwel alle platformwerkers geldt dat zij zich persoonlijk aansprakelijk hebben gesteld voor fouten bij de uitvoering van de werkzaamheden. Bovendien worden de Deliveroo-bezorger en de Uber-chauffeur niet per uur, maar per rit betaald en heeft laatstgenoemde in voorkomende gevallen geïnvesteerd in een auto.³⁶

In hoeverre deze feiten en omstandigheden tot het aannemen van zelfstandig ondernemerschap zullen leiden in het geval van de platformwerker valt te bezien, nu kan worden gezegd dat hij voor het verkrijgen van werk afhankelijk is van het werkplatform.

In de jurisprudentie van de CRvB vormt de omstandigheid dat een werkende voor het verkrijgen van werk (exclusief) afhankelijk is van het tussenkomstbureau immers een belangrijke contra-indicatie van zelfstandig ondernemerschap.³⁷ Mij is slechts een voorbeeld bekend waarin de CRvB in het geval van tussenkomst zelfstandig ondernemerschap aannam.³⁸

In het kader van de vraag of een interim-manager die bij derden via een tussenkomstbureau werkzaam was als ondernemer voor de inkomstenbelasting kwalificeerde, volgde Hof Den Haag een soortgelijke redenering. Van economische zelfstandigheid was geen sprake, omdat vaststond dat hij zijn klanten niet zelfstandig aantrok en behield. Bovendien liep de interim-manager geen debiteurenrisico.³⁹

Dit hof oordeelde in een andere zaak omtrent chauffeurs-pakketbezorgers die zich presenteerden als vennoot van een vennootschap onder firma (vof) dat sprake was van tussenkomst. Volgens het hof waren de chauffeurs-pakketbezorgers geen vennoot, omdat zij niet op voet van gelijkwaardigheid samenwerkten in de vof. Ook de vraag of de chauffeurs hun eigen onderneming dreven werd ontkennend beantwoord.

34 In art. 3, lid 2 Rariteitenbesluit is verder aan Onze Minister de bevoegdheid gegeven om gevallen aan te wijzen, waarin het eerste lid niet van toepassing is. In art. 4 en 5 Regeling aanwijzing als werkgever is van deze bevoegdheid gebruik gemaakt voor onder meer personen, die werkzaam zijn bij wijze van arbeidstherapie, bepaalde stagiaires en gastouders.

35 Ten slotte kan nog gedacht worden aan de in art. 8, lid 1 onderdeel c Rariteitenbesluit opgenomen uitzondering op gelijkstelling indien het verrichten van arbeid rechtstreeks is overeengekomen ten behoeve van diens persoonlijke aangelegenheden. Nu in deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre de platformwerker in fictieve dienstbetrekking staat tot het werkplatform, is deze uitzondering niet relevant.

36 Hierbij kan uiteraard de opmerking worden geplaatst dat met de Uber-chauffeurs miljoenen Nederlanders deze investering hebben gedaan.

37 Zie: CRvB 21 november 1990, RSV 1991/127; CRvB 27 november 1997, RSV 1997/7; CRvB 27 november 1997, USZ 1998/14. Overigens is ook een privaatrechtelijke dienstbetrekking (uitzendovereenkomst) in een dergelijk geval heel goed denkbaar, vgl. CRvB 1 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU2439.

38 CRvB 22 juli 2004, RSV 2004/293. Hier betrof het een ICT-consultant die via zijn eigen BV werkte en van wie vaststond dat hij ook zelfstandig opdrachten verwierf.

39 Hof Den Haag 13 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX2214.

Hiervoor was relevant dat de chauffeurs niet beschikten over de voor de zelfstandige uitoefening van de onderneming vereiste vervoersvergunning, geen eigen bestelbus hadden, niet zelfstandig naar buiten optraden als ondernemer en nagevoel geen vrijheid hadden om de werkzaamheden zelf in te delen, waardoor het ook nauwelijks mogelijk was voor andere opdrachtgevers te werken.⁴⁰ Andere relevante contra-indicaties voor zelfstandig ondernemerschap in de fiscale jurisprudentie zijn de omstandigheid dat het uurloon ongebruikelijk laag is voor zelfstandig ondernemers en dat in naam van de opdrachtgever wordt gewerkt.⁴¹

Naar mijn mening kan moeilijk worden gezegd dat platformwerkers zich in het maatschappelijk verkeer als ondernemers presenteren. Of zij een reëel ondernemersrisico lopen, valt naar mijn mening ook te bezien. De tarieven van de platformwerkers liggen in de regel niet boven de € 18 per uur. Daarom is naar mijn mening de conclusie gerechtvaardigd dat de meeste platformwerkers geen zelfstandig ondernemer zijn.

8. Tot slot

Geconcludeerd kan worden dat goed denkbaar is dat art. 3 Rariteitenbesluit soelaas biedt voor een grote groep van 'work on demand' platformwerkers. Er kan zonder meer van persoonlijke arbeid worden gesproken, indien de platformwerker zich uitsluitend laat vervangen door personen uit een selecte groep met objectieve kwalificaties. Bovendien zijn er aanwijzingen dat ook in het geval de platformwerker zich volledig vrij mag laten vervangen, maar ook nog zelf arbeid verricht, toch nog sprake is van persoonlijke arbeid. De typering van het platform als prikbord of bemiddelaar gaat verder mogelijk niet op, indien de betalingen aan de werkers via het platform verlopen. Bovendien kan van de meeste platforms wel degelijk worden gezegd dat sprake is van enige zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden, hetgeen te meer aanleiding geeft van een arbeidsverhouding met het platform te kunnen spreken.

Ten slotte zal van gelijkstelling geen sprake zijn indien de platformwerker de werkzaamheden uitoefent in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf. Nu het gegeven dat de platformwerker voor het verkrijgen van werk afhankelijk is van het werkplatform een zeer belangrijke contra-indicatie oplevert van het zelfstandig ondernemerschap en de meeste platformwerkers tegen een laag tarief werken, zal van grote groepen platformwerkers niet kunnen worden gezegd dat zij zelfstandig ondernemer zijn. Voor deze groep platformwerkers brengt dit inkomensbescherming in geval van ziekte, werkloosheid en arbeidsongeschiktheid mee. Voor werkplatforms betekent het bovenstaande dat zij beducht dienen te zijn voor naheffingen van premies werknemersverzekeringen.

40 Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:752; TRA 2018/94, m.nt. S.S.M. Peters.

41 Zie verder: L. van den Berg, *Tussen feit en fictie*, Den Haag: BJU 2010, p. 140-142.

Build that wall? Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende waardeoverdrachten van pensioenregelingen

TRA 2019/16

Eind 2018 werd de Nederlandse implementatiewet van EU pensioenfondsen richtlijn (IORP II) in de Eerste Kamer aangenomen. Januari 2019 treedt deze in werking.

De gevolgen van deze richtlijn zijn voor werknemers die pensioen opbouwen – al of niet verplicht bij bijvoorbeeld het ABP – bijzonder groot.

In dit artikel gaan wij in op een belangrijk aspect van de implementatiewetgeving: de collectieve (grensoverschrijdende) waardeoverdracht van pensioenregelingen van werknemers wanneer de pensioenregeling wordt overgebracht naar een ander pensioenfonds.

Hoe wordt de werknemer hiertegen beschermd? Waarom wordt in de implementatiewet een onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse waardeoverdrachten? Is dat niet in strijd met EU-recht?

1. Inleiding

Een groot deel van de werknemers in Nederland bouwt via de werkgever pensioen op, het tweede pijler pensioen.² De arbeidsvoorwaarde pensioen is een afspraak tussen de werkgever en de werknemer.³ Pensioenafspraken kunnen op individueel niveau tussen werkgever en werknemer worden gemaakt, maar dit kan ook op collectief niveau door werkgevers(organisaties) en vakbonden of beroepsorganisaties. Echter weinig werknemers zullen beseffen dat de invloed van Europa steeds groter wordt op de pensioenen in Nederland. Zo heeft het Europees Parlement begin september 2018 ingestemd met de tekst van de PEPP-verordening.⁴ Het PEPP is een Europees persoonlijk pensioenproduct dat een nieuwe optie biedt om via beleggingen te sparen voor de oude dag. Ook de Algemene Verordening gegevensbescherming (de GDPR) is van toepassing op pensioenfondsen en pensioenuitvoeringsorganisaties, aangezien zij persoonsgegevens van pensioendeelnemers verwerken.⁵

¹ H. van Meerten is advocaat en daarnaast hoogleraar EU pensioenrecht bij Universiteit Utrecht. L. Geerling is consultant bij Westerbrink.

² Uit cijfers van het CBS blijkt dat 856.000 Nederlanders in loondienst geen pensioen opbouwen. Dat is veel hoger dan wordt aangenomen. Prof. Heemskerk noemt dit 'shockerend'. *Trouw*, 14 december 2018.

³ Art. 1 Pensioenwet.

⁴ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake een pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP), Brussel, 29.6.2017.

⁵ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

Daarnaast, en dat is het onderwerp van deze beschouwing, is in 2003 de Richtlijn betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, ook wel de IORP I-richtlijn, aangenomen.⁶ De IORP I-richtlijn is in 2017 herzien en uiterlijk 13 januari 2019 dient de IORP II-richtlijn te zijn geïmplementeerd door de lidstaten.⁷ Op 18 december 2018 nam de Eerste Kamer de wet aan.

Dit artikel concentreert zich op de rechten van de werknemer (of: 'pensioendeelnemer', of zijn vertegenwoordigers) op grond van de IORP II-richtlijn in het geval van een (grensoverschrijdende) collectieve waardeoverdracht: bijvoorbeeld een overdracht van de pensioenregeling van fonds A naar fonds B. Daarbij zal ook de (voorzien) rol van het orgaan van de pensioeninstelling aan de orde komen dat de (althans in theorie) deelnemers vertegenwoordigt: het verantwoordingsorgaan.⁸

De centrale vraag in dit artikel luidt: is het vanuit EU-recht bezien correct dat de door de regering gekozen vorm van grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht qua instemming van de deelnemer verschilt van een nationale waardeoverdracht?

Allereerst volgt – voor een goede duiding – een schets van enkele begrippen: wat is de IORP II-richtlijn, wat is een waardeoverdracht, en wie vertegenwoordigt *in casu* de werknemer. Vervolgens komt de kwestie aan de orde hoe het 'instemmingsregime' van waardeoverdrachten zich verhoudt met EU-recht.

2. De IORP II-richtlijn

De IORP II-richtlijn heeft betrekking op IORPs (*Institutions for Occupational Retirement Provision*): instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, die arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen verstrekken op basis van een overeenkomst die gesloten is met de werkgever en de (vertegenwoordigers van de) werknemers, of met zelfstandigen. Nederlandse pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen (ppi's) worden aangemerkt als een IORP in de zin van de richtlijn.

⁶ Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IORP I-richtlijn).

⁷ Richtlijn 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IORP II-richtlijn).

⁸ Dit is de meest voorkomende figuur. Het kan ook voorkomen dat de deelnemer wordt vertegenwoordigd door de Ondernemingsraad. Daar gaan wij niet op in.

De IORP II-richtlijn heeft als doel het bevorderen van de verdere ontwikkeling van het tweede pijler pensioen in de Europese Unie. IORPs moeten de mogelijkheid hebben om in andere lidstaten op te treden en dienen daarbij deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen een hoog niveau van bescherming en veiligheid te bieden.⁹ De richtlijn beoogt minimale harmonisatie en mag de lidstaten daarom niet beletten verdere voorschriften ter bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden van bedrijfspensioenregelingen in te voeren.¹⁰ Daarnaast beoogt de richtlijn goede governance, informatieverstrekking aan deelnemers en een transparante en veilige bedrijfspensioenvoorziening te garanderen.¹¹ De IORP II-richtlijn beoogt de grensoverschrijdende activiteiten van IORPs en de grensoverschrijdende overdracht van pensioenregelingen te vergemakkelijken door procedures, zoals waardeoverdracht, te verduidelijken en onnodige belemmeringen weg te nemen.¹²

3. Grensoverschrijdende waardeoverdracht

Voor de definitie van 'waardeoverdracht' is art. 1 van de Nederlandse Pensioenwet relevant. Op grond van art. 1 van de Pensioenwet wordt onder waardeoverdracht verstaan 'iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van: 1. andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder, of 2. dezelfde aanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder'. Bij een collectieve waardeoverdracht wordt de waarde van de pensioenaanspraken en pensioenrechten van alle of een deel van deelnemers overgedragen.¹³ Op grond van art. 83 Pensioenwet kan een collectieve waardeoverdracht plaatsvinden op verzoek van de werkgever bij einde van de uitvoeringsovereenkomst, bij overgang van onderneming, bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst of in geval van een overdracht naar een andere collectiviteitskring in hetzelfde algemeen pensioenfonds. Het pensioenfonds stelt het verantwoordingsorgaan in de gelegenheid om advies over de waardeoverdracht uit te brengen.¹⁴ Voorwaarde voor het verwezenlijken van een collectieve waardeoverdracht is dat de (gewezen) deelnemers, gewezen partners of pensioengerechtigden geen bezwaren tegen de waardeoverdracht kenbaar hebben gemaakt jegens de pensioenuitvoerder nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd.¹⁵ Een collectieve waardeoverdracht van pensioenafspraken is op grond van art. 83 Pensioenwet dus niet mogelijk voor de deelnemers die tegen deze overdracht bezwaar hebben gemaakt.¹⁶ Indien een pensioenfonds liquideert en 'opgaat' in een ander

Nederlands pensioenfonds, is het pensioenfonds verplicht op grond van art. 84 Pensioenwet tot collectieve waardeoverdracht. Hierbij hebben begunstigden geen bezwaarmogelijkheid.

In art. 12 van de IORP II-richtlijn is een regeling neergelegd voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Een grensoverschrijdende overdracht betreft de situatie waarin een pensioenuitvoerder passiva of technische voorzieningen van een pensioenregeling, andere verplichtingen en rechten, en de overeenkomstige activa of de geldwaarde daarvan, geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een pensioenuitvoerder in een andere lidstaat.¹⁷ Op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn moet de grensoverschrijdende waardeoverdracht van tevoren worden goedgekeurd door de meerderheid van de betrokken deelnemers en een meerderheid van de betrokken pensioengerechtigden of, in voorkomend geval, door een meerderheid van hun vertegenwoordigers. Deze meerderheid wordt gedefinieerd overeenkomstig het nationale recht. De vraag die hieronder aan de orde komt is wie deze vertegenwoordigers van de deelnemers en pensioengerechtigden in Nederland kunnen zijn die op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn de grensoverschrijdende waardeoverdracht moeten goedkeuren.

4. Het verantwoordingsorgaan

De meest voorkomende figuur – naast het bestuur en de raad van toezicht – bij Nederlandse pensioenfonds is het verantwoordingsorgaan.¹⁸ In Nederland zijn de deelnemers en pensioengerechtigden evenredig op basis van onderlinge getalsverhoudingen vertegenwoordigd in het verantwoordingsorgaan van het pensioenfonds.¹⁹ De leden van het verantwoordingsorgaan vormen een zo evenwichtig mogelijke afspiegeling van de betreffende geleding.²⁰ De werkgever kan ook vertegenwoordigd zijn in het verantwoordingsorgaan, indien de werkgever of de deelnemers en pensioengerechtigden dit wensen.²¹ Het verantwoordingsorgaan heeft de taak om een oordeel te geven over het handelen van het bestuur van het pensioenfonds aan de hand van het bestuursverslag, de jaarrekening en andere informatie.²² Het bestuur dient verantwoording af te leggen aan het verantwoordingsorgaan over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd.²³ Het verantwoordingsorgaan heeft ook het recht om advies uit te brengen over de in art. 115a lid 3 genoemde zaken, bijvoorbeeld in geval van gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds.²⁴

9 Preambule 2 Richtlijn 2016/2341.

10 Preambule 3 Richtlijn 2016/2341.

11 Preambule 4 Richtlijn 2016/2341.

12 Preambule 12 Richtlijn 2016/2341.

13 Definitie volgens DNB. Zie de website van DNB, te bereiken via: www.toezicht.dnb.nl/2/6/50-236754.jsp.

14 Art. 115a lid 3 onder f Pensioenwet.

15 Art. 83 lid 2 Pensioenwet.

16 Voor de deelnemers die geen bezwaar hebben gemaakt gaat de waardeoverdracht wel door. Zie *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 236*.

17 Art. 12 lid 1 IORP II-richtlijn.

18 www.statistiek.dnb.nl.

19 Art. 115 lid 2 Pensioenwet.

20 Art. 115 lid 2 Pensioenwet.

21 Art. 115 lid 2 Pensioenwet.

22 Art. 115a lid 2 Pensioenwet.

23 Art. 115a lid 1 Pensioenwet.

24 Art. 115a lid 3 onder f Pensioenwet.

Uit de zaak 'Pensioenfonds Tandtechniek', die in 2017 speelde voor de Ondernemingskamer, blijkt echter dat het verantwoordingsorgaan slechts zeer beperkte bevoegdheden heeft.²⁵ Het bestuur en het verantwoordingsorgaan van het bedrijfstakpensioenfonds Tandtechniek waren al enkele jaren met elkaar in conflict. Zo had het verantwoordingsorgaan een negatief advies uitgebracht over het samengaan met Pensioenfonds Zorg en Welzijn, maar het bestuur heeft dit toch doorgezet. Op 22 augustus 2017 heeft het verantwoordingsorgaan bij de Ondernemingskamer een beroep gedaan op zijn recht van enquête en was daarmee het eerste verantwoordingsorgaan dat van dit recht gebruikmaakte. Op grond van art. 219 Pensioenwet heeft het verantwoordingsorgaan de bevoegdheid om een verzoek in het kader van het recht van enquête, als bedoeld in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, in te dienen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Het verantwoordingsorgaan van Tandtechniek maakte gebruik van zijn recht van enquête en verzocht de Ondernemingskamer op grond van art. 2:345 Burgerlijk Wetboek (BW) om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de stichting Pensioenfonds Tandtechniek over de periode vanaf 1 januari 2014.²⁶

De Ondernemingskamer was van oordeel dat het verzoek moest worden afgewezen, aangezien het de bedoeling van de wetgever zou zijn dat het verantwoordingsorgaan (mede)zeggenschap heeft en niet de rol van (mede)beleidsbepaler.²⁷ Dit zou meebrengen dat het verantwoordingsorgaan derhalve in essentie een medezeggenschapsorgaan is. De Ondernemingskamer was van oordeel dat het onderhavige verantwoordingsorgaan zijn rol ten opzichte van het bestuur en de raad van toezicht miskende en zijn taken en bevoegdheden op grond van de wet, de statuten en het reglement van het verantwoordingsorgaan te ruim had opvat.²⁸

5. Grensoverschrijdende waardeoverdracht

Zoals gezegd dient op grond van art. 12 lid 3 IORP II-richtlijn een meerderheid (curs. HvM, LG) van de (vertegenwoordigers van) (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden akkoord te gaan met een grensoverschrijdende waardeoverdracht. De regering stelde in de kamerbrief van 13 april 2017²⁹ met betrekking tot de implementatie van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn het volgende voor:

“Voor pensioenfondsen wil ik hierbij uitgaan van goedkeuring door een meerderheid van het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan exclusief de vertegenwoordiging van de werkgever. Voor premiepensioeninstellingen (ppi's) willen we uitgaan van instemming van de ondernemingsraad of, wanneer dit

niet mogelijk is, door middel van het voorleggen aan alle (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden waarbij een meerderheid van de reacties de doorslag zal geven.”³⁰

Dit zou betekenen dat het verantwoordingsorgaan op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn een goedkeuringsrecht zou krijgen ten aanzien van grensoverschrijdende overdrachten.³¹ Daarbij verdient aandacht dat de implementatie van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn voor het verantwoordingsorgaan niet wordt verwezenlijkt door het van toepassing verklaren van het adviesrecht als bedoeld in art. 115a lid 3 onder f Pensioenwet. Het recht om goedkeuring te geven is namelijk 'sterker' dan het recht om advies te geven. Voor de implementatie van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn moet aan het verantwoordingsorgaan een goedkeuringsrecht ten aanzien van grensoverschrijdende overdracht worden toegekend, vergelijkbaar met art. 115c lid 9 onder a Pensioenwet voor het belanghebbendenorgaan. Daarmee zouden de rechten van het verantwoordingsorgaan worden uitgebreid ten opzichte van de rechten dat het had op grond van de Nederlandse wet, waar het namelijk alleen een adviesrecht had op grond van art. 115a lid 3 Pensioenwet. Het goedkeuringsrecht van het verantwoordingsorgaan op grond van art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn vormt daarmee een sterke aanwijzing om het verantwoordingsorgaan aan te merken als medebeleidsbepaler in plaats van medezeggenschapsorgaan. Dit zou een strengere toets door DNB tot gevolg hebben bij de benoeming van een persoon in het verantwoordingsorgaan.

Op 26 september 2018 heeft Minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) een nota van wijziging ingediend bij het wetsvoorstel dat de implementatie regelt van de IORP II-richtlijn met betrekking tot art. 12 lid 3 van deze richtlijn.³² Voorgesteld werd het goedkeuringsrecht van het verantwoordingsorgaan c.q. het belanghebbendenorgaan van een pensioenfonds voor een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht te vervangen door de eis dat goedkeuring vereist is van een tweederdemeerderheid van de deelnemers en gewezen deelnemers en een tweederdemeerderheid van de pensioengerechtigden die hebben gereageerd op een daartoe strekkend schriftelijk verzoek (hierna: 2/3 meerderheids-eis). Op deze manier zou nadrukkelijker worden geborgd dat er vanuit de verschillende geledingen voldoende steun is voor de grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht. Onduidelijk is waarom minister Koolmees kiest voor de 2/3 meerderheids-eis aangezien de IORP II-richtlijn een gewone meerderheid in art. 12 voorschrijft. De keuze voor goedkeuring door een tweederdemeerderheid van de betrokken deelnemers en een tweederdemeerderheid van de betrokken pensioengerechtigden, die hebben gereageerd op het verzoek

25 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378.

26 Art. 219 Pensioenwet en art. 2:2345 lid 1 BW.

27 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378, r.o. 3.5.

28 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:378, r.o. 3.7.

29 Kamerstukken II 2016/17, 33931, 20.

30 Kamerstukken II 2016/17, 33931, 20, p. 2.

31 H. van Meerten & O. de Baan, 'Het verantwoordingsorgaan: een serieuze zaak', *PensioenMagazine* 2017/101, afl. 8/9.

32 Kamerstukken II 2018/19, 34934, 11.

vormt zeer waarschijnlijk³³ een relatief hoge drempel om tot goedkeuring te komen. Daarnaast is niet vereist dat een meerderheid van alle deelnemers en een meerderheid van alle pensioengerechtigden instemt, maar slechts diegenen die hebben gereageerd. Het is dus irrelevant hoeveel deelnemers en gepensioneerden hebben gereageerd. Indien drie deelnemers zouden reageren waarvan twee instemmen zou een waardeoverdracht al verwezenlijkt kunnen worden. Tegenovergesteld kan een waardeoverdracht tegengehouden worden indien drie deelnemers reageren waarvan er twee tegenstemmen. De vraag is hoe representatief deze 2/3 meerderheids-eis is nu er geen minimale respons is vereist.

De 2/3 meerderheids-eis geldt daarentegen niet voor een binnenlandse collectieve waardeoverdracht. Indien 2/3 tegenstemt gaat – in tegenstelling tot wat art. 83 Pensioenwet inhoudt – de gehele waardeoverdracht niet door.³⁴

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is de vraag gesteld of het is toegestaan om onderscheid te maken tussen de voorwaarden die gelden voor een grensoverschrijdende en een binnenlandse collectieve waardeoverdracht.³⁵

6. Strijd met EU-recht

Art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn – en daarmee ook de implementatiewet – maakt met de invoering van de 2/3 meerderheids-eis een onderscheid tussen de grensoverschrijdende en de nationale waardeoverdracht, nu er een drempel wordt opgeworpen voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten die niet geldt voor nationale waardeoverdrachten.³⁶ De goedkeuringseisen die gelden voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten, maar niet voor binnenlandse waardeoverdrachten kunnen een belemmering vormen voor het vrije verkeer. Dit onderscheid kan op grond van EU-recht worden aangemerkt als een onderscheid op grond van 'nationaliteit' (van de pensioenregeling).³⁷ Dit beginsel is ook vervat in art. 21 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar dit artikel bevat geen uitzonderingsgronden. Art. 21 lid 2 Handvest bepaalt dat 'binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden is'.³⁸ Dit grondrecht wordt als een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie beschouwd en heeft zogenoemde horizontale werking. Uit de zaak T-618/15 van 20 november 2017 blijkt dat 'artikel 21 van het Handvest een bijzondere uitdrukking van het be-

ginsel van gelijke behandeling vormt en dat dit beginsel en het verbod van iedere discriminatie twee benamingen zijn van eenzelfde algemeen rechtsbeginsel, dat enerzijds verbiedt om vergelijkbare situaties verschillend te behandelen en anderzijds om verschillende situaties op gelijke wijze te behandelen, tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen'.³⁹ Wanneer we dit arrest op het onderhavige geval toepassen dienen vergelijkbare situaties, te weten een grensoverschrijdende en een nationale waardeoverdracht, op gelijke wijze te worden behandeld tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen. De vraag is of het onderscheid op grond van nationaliteit dat art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn maakt gerechtvaardigd kan worden. Voor de beantwoording van deze vraag toetst het Hof van Justitie EU in algemene zin aan gerechtvaardigde beperkingen voortvloeiend uit EU-verdragen of aan dwingende redenen van algemeen belang. Deze redenen dienen voorts doeltreffend te zijn en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te verwezenlijken. De bepalingen omtrent nationale en grensoverschrijdende waardeoverdrachten zouden ons inziens gelijk moeten worden getrokken, om een mogelijke schending van het EU-recht te voorkomen.

Richtlijnen en verordeningen (secundair EU-recht) moeten in overeenstemming zijn met fundamentele grondrechten zoals vastgelegd in het EU-Verdrag en het EU Handvest. Meerdere secundaire wetgeving die hierop inbreuk maakte, is door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) vernietigd. Vandamme geeft in zijn proefschrift een groot aantal voorbeelden van (door het Hof) vernietigde richtlijnen.⁴⁰ Niet alleen kan de EU-rechter een deel van de IORP II-richtlijn ongeldig verklaren wegens verboden onderscheid, maar ook nationale implementatiewetgeving kan dan buiten toepassing worden verklaard. Het zou *in casu* kunnen betekenen dat alle bestaande (nationale en internationale) waardeoverdrachten niet kunnen worden uitgevoerd.

In het Kamerdebat van 11 oktober 2018 betreffende de invoering van de gewijzigde IORP II-richtlijn vroegen D66, VVD en 50Plus om nadere uitleg over het onderscheid tussen collectieve waardeoverdrachten binnen en buiten Nederland. Minister Koolmees stelde dat het onderscheid bij waardeoverdrachten binnen en buiten Nederland in de IORP II-richtlijn zit en daarom zou het niet in strijd zijn met Europees recht als Nederland zwaardere eisen stelt aan grensoverschrijdende waardeoverdrachten.⁴¹

Op verzoek van de Eerste Kamer werd de kwestie nogmaals aan de Raad van State voorgelegd.⁴² Op 28 november 2018 heeft de Raad van State antwoord gegeven op de vraag of

33 Het goedkeuringrecht voor de gehele grensoverschrijdende waardeoverdracht geldt niet voor binnenlandse waardeoverdrachten. Maar in theorie kan het voorkomen dat 99,9% van de deelnemers bezwaar maakt op grond van art. 83 Pensioenwet.

34 Dat kan geconcludeerd worden uit de IORP II-richtlijn.

35 *Kamerstukken II 2018/19, 34934, 16.*

36 H. Van Meerten & M. Van Slagmaat, 'Implementatie IORP II roept vragen op', *Pensioen & Praktijk 2017/2*.

37 Hoe deze wordt bepaald is te lezen in: H. Van Meerten, 'Pensionreform in the EU: recent developments after the implementation of the IORP Directive', *Pensions: An International Journal*, 14, 4, 2009.

38 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2012/C 326/02.

39 T-618/15, ECLI:EU:T:2017:821.

40 T.A.J.A. Vandamme, *The invalid directive: the legal authority of a union act requiring domestic law making*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

41 Zie ook 'Koolmees: onderscheid waardeoverdracht binnen en buiten Nederland zit in richtlijn', *PensioenPro*, 12 oktober 2018.

42 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, B.*

het onderscheid bij waardeoverdrachten binnen en buiten Nederland in strijd zou zijn met het Europees recht.⁴³ De Raad van State concludeert dat zij geen aanleiding ziet om te veronderstellen dat de voorgestelde 2/3 meerderheids-eis voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten in strijd zou komen met het Europees recht. De Raad van State stelt dat 'bij een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht de gevolgen voor deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden aanzienlijk kunnen zijn als gevolg van de verschillen tussen toepasselijke pensioenstelsels. Bij binnenlandse collectieve waardeoverdrachten is van zulke gevolgen geen sprake'.⁴⁴ De Raad van State concludeert 'dat weliswaar sprake is van ongelijke behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende collectieve waardeoverdrachten, maar dat de gevallen zozeer van elkaar verschillen dat deze terecht verschillend worden behandeld. Er kan dan ook niet geconcludeerd worden dat deze in strijd zou zijn met het Unierecht'.⁴⁵

Gesteld kan worden dat de gevolgen voor een binnenlandse waardeoverdracht net zo groot kunnen zijn voor (gewezen) deelnemers en gepensioneerden als bij een grensoverschrijdende waardeoverdracht. Te denken valt aan een situatie als hierboven geschetst, waarbij een deelnemer fors gekort wordt – bij het Pensioenfonds Tandtechniek wel 9,3%⁴⁶ – op de pensioenafspraken indien het Nederlands pensioenfonds opgaat in een ander Nederlands pensioenfonds. Deze flinke korting heeft wel degelijk aanzienlijke gevolgen voor (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden. In tegenstelling tot hetgeen de Raad van State concludeert, lijkt er sprake te zijn van onderscheid op grond van nationaliteit van de pensioenregeling, nu er een drempel wordt opgeworpen voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten die niet geldt voor nationale waardeoverdrachten.⁴⁷

Voor minister Koolmees (en de Raad van State) is een belangrijk argument om het onderscheid in waardeoverdrachten te rechtvaardigen dat het een essentieel verschil is dat bij een grensoverschrijdende waardeoverdracht één of meerdere landen betrokken zijn. Echter, op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) lijkt het niet ter zake te doen of er sprake is van een overdracht waarbij meerdere landen betrokken zijn. Zo overweegt het HvJ EU in het arrest *ING Pensii* het volgende:

"In casu blijkt uit het dossier dat aan het Hof is overgelegd dat de litigieuze diensten grensoverschrijdend konden worden verstrekt, daar de personen die verplicht waren zich bij een van de erkende fondsen aan te sluiten en hun werkgevers in andere lidstaten gevestigd konden zijn en de in Roemenië opgerichte pensioenfondsen kon-

den toebehoren aan vennootschappen gevestigd in andere lidstaten."⁴⁸

Gevestigd 'konden zijn' aldus het HvJ EU. Dat doet sterk denken aan de zogeheten 'Dassonville-uitspraak', die een potentiële handelsbelemmering tussen lidstaten van de EU verbiedt.⁴⁹

Derhalve, het HvJ EU legt 'grensoverschrijdende activiteit' zeer ruim uit en het kan dus ook situaties betreffen binnen een lidstaat.

Voorts, tot slot, vroeg CDA-senator Oomen-Ruijten nog het volgende:

"Bij het stellen van extra eisen aan een grensoverschrijdende collectieve waardeoverdracht hanteert de regering het argument dat het prudentieel kader in een andere lidstaat zou verschillen van het Nederlandse prudentieel kader, waardoor extra voorwaarden aan een buitenlandse collectieve waardeoverdracht noodzakelijk zijn, zo lezen de leden van de CDA-fractie in de memorie van antwoord. Zien deze leden het goed, dan zijn er toch ook in Nederland verschillen in het prudentieel kader, afhankelijk van het type pensioenregeling? Zo gelden toch voor een bedrijfspensioenfonds andere regels dan voor een verzekeraar of premiepensioeninstelling."⁵⁰

Het antwoord van de regering was dat dit 'juist is' maar 'de pensioenregeling valt dan dus voor een groot deel niet meer onder de Nederlandse invloedsfeer'.⁵¹

Los van de omstandigheid dat ook dit niet geheel juist is,⁵² is grensoverschrijdend verkeer vergemakkelijken de kern van EU-recht en de bedoeling van de IORP II richtlijn. De minister en de Raad van State lijken aldus voorbij te gaan aan de omstandigheid dat de IORP II-richtlijn zelf strijdig kan zijn met Europees recht? Deze cruciale vraag bleef in het Raad van State advies onbeantwoord.

7. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de instemming van de werknemer (of: pensioendeelnemers) in geval van een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 12 lid 3 van de IORP II-richtlijn leek te zijn uitgebreid voor grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Het verantwoordingsorgaan, als (theoretisch?) vertegenwoordiger van de pensioengerechtigden en pensioendeelnemers, zou op grond van de oorspronkelijke implementatie een goedkeuringsrecht

43 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, E.*

44 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, E, p. 6.*

45 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, E, p. 6.*

46 PensioenPro, 5 september 2018, 'Tandtechniek kort maximaal 9,3% bij overgang naar PFZW'.

47 H. Van Meerten & M. Van Slagmaat, 'Implementatie IORP II roept vragen op', *Pensioen & Praktijk* 2017/2.

48 HvJ EU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:484 (*ING Pensii*).

49 *Kamerstukken I 2018/19, bijlage bij Kamerstuk 34934, nr. B* ('Technische informatie over de publicatie Waarom artikel 12 IORP II in strijd is met het EU Verdragsrecht' (Prof. dr. mr. H. Van Meerten, hoogleraar EU Pensioenrecht)).

50 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, G.*

51 *Kamerstukken I 2018/19, 34934, H.*

52 De IORP II-richtlijn bevat tal van mechanismen die de Nederlandse toezichthouder heeft om de regeling die wordt uitgevoerd door een IORP uit een andere lidstaat te kunnen 'bijsturen' indien noodzakelijk.

krijgen in geval van een collectieve grensoverschrijdende waardeoverdracht. Dit zou betekenen dat er sterke aanwijzingen zouden bestaan dat de rol van het verantwoordingsorgaan in deze context met de komst van de IORP II-richtlijn is verschoven van medezeggenschapsorgaan naar medebeleidsbepaler.

Later paste de Minister van SZW dit aan en verving dit door een 2/3 meerderheids-eis van de deelnemers in geval van grensoverschrijdende waardeoverdrachten. De 2/3 meerderheids-eis geldt daarentegen niet voor een binnenlandse collectieve waardeoverdracht en de vraag was of daarmee deze eis in strijd was met het EU-recht. De minister vond van niet en lijkt hiermee voorbij te gaan aan de omstandigheid dat de IORP II-richtlijn *zelf* strijdig kan zijn met Europees recht. Op 18 december 2018 werd de implementatiewet in de Eerste Kamer aangenomen.

In dit artikel hebben wij aangetoond dat een deelnemer die (fors) wordt gekort op zijn pensioenafspraken zich terecht kan afvragen – indien zijn Nederlands pensioenfonds bijvoorbeeld opgaat in een ander Nederlands pensioenfonds – waarom grensoverschrijdende waardeoverdrachten andere – zeer waarschijnlijk ‘zwaardere’ – instemming van de deelnemer behoeft dan nationale waardeoverdrachten. Dit geldt *a fortiori* daar het HvJ EU ‘grensoverschrijdende activiteit’ zeer ruim uitlegt en het ook situaties kan betreffen binnen een lidstaat.