

RECHTSPRAAK

Gorillas is een virtuele winkel en valt onder de werkingssfeerbepaling van Bpf Levensmiddelen. Geen sprake van samenloop met Bpf Detailhandel of Bpf Vervoer.*Feiten*

Gorillas is op 20 november 2020 opgericht. Volgens haar website levert zij op bestelling via haar App boodschappen die in enkele minuten worden thuisbezorgd. Bij de Kamer van Koophandel staat Gorillas geregistreerd als Detailhandel via internet in voedingsmiddelen en drogisterijwaren.

Bpf Levensmiddelen heeft Gorillas bij brief van 30 april 2021 bericht dat zij met ingang van 20 november 2020 verplicht werd aangesloten bij Bpf Levensmiddelen en haar personeel binnen twee weken daarna diende aan te melden bij Bpf Levensmiddelen. Toen aanmelding achterwege bleef, heeft Bpf Levensmiddelen Gorillas daarvoor bij brief van 21 mei 2021 een herinnering gestuurd. Gorillas heeft haar werknemers ook daarna niet aangemeld. Nadien heeft Gorillas een eigen pensioenregeling getroffen. Bpf Levensmiddelen heeft voor de jaren 2021 en 2022 bij ambtshalve nota's de door Gorillas af te dragen premie vastgesteld op respectievelijk € 34.253,29 en € 10.830.552,43. Deze facturen zijn, ook na betalingsherinneringen, onbetaald gebleven.

Gorillas stelt dat Bpf Levensmiddelen haar ten onrechte heeft aangesloten en betwist kort gezegd dat zij onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt. Volgens haar is er sprake van overlap met de werkingssferen van de verplichtstellingsbesluiten Bpf Detailhandel en/of Bpf Vervoer, waardoor het verplichtstellingsbesluit onverbindend is. Dit blijkt uit het feit dat Bpf Detailhandel Gorillas heeft aangesloten, maar ook uit de zeer ruime tekst van de verplichtstellingsbesluiten. De betrokken sociale partners moeten op grond van de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 voor de overlap eerst een oplossing vinden, voordat het verplichtstellingsbesluit rechtskracht heeft. Bovendien valt Gorillas inhoudelijk niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit. Op grond van de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit gaat het om de vraag of Gorillas een of meer winkels exploiteert, waarbij onder winkel wordt verstaan iedere fysiek en virtuele inrichting waar overwegend een verscheidenheid aan verbruiksartikelen wordt verkocht. Onduidelijk is wat onder een virtuele winkel moet worden verstaan. Gorillas is een e-commerce bedrijf dat wezenlijk anders is georganiseerd dan de traditionele fysieke winkels. De activiteiten van Gorillas kwalificeren niet als de exploitatie van winkels zoals gedefinieerd in het verplichtstellingsbesluit. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de belangrijkste arbeid van de werkgever daarvoor bepalend. Bij Gorillas kunnen door middel

van een App bestellingen van levensmiddelen worden geplaatst die vervolgens binnen een beperkte tijd door medewerkers van Gorillas worden bezorgd. Gorillas is een flitsbezorger en de focus ligt op logistieke dienstverlening op basis van ICT-technologie. De hoofdactiviteiten van Gorillas bestaan dus niet uit de verkoop van levensmiddelen maar uit het ontvangen, inpakken, sorteren en/of bezorgen van via de Gorillas app verkochte zaken (E-fulfilment). Deze activiteiten worden verricht vanuit meerdere fulfilmentcentra. Het merendeel van de werknemers – in arbeidsuren en loonsom – houdt zich daarmee bezig, in de functies van rider en orderpicker. Volgens de definitie in het verplichtstellingsbesluit is een winkel iedere fysieke en virtuele inrichting waar overwegend een verscheidenheid aan verbruiksartikelen wordt verkocht. In een fulfilmentcentrum wordt niets verkocht en dat is daarom geen winkel. Gorillas valt dus kwalitatief niet onder de werking van het verplichtstellingsbesluit.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt.

Gorillas is een virtuele winkel en valt onder de werkingssfeerbepaling van Bpf Levensmiddelen

In het verplichtstellingsbesluit is een winkel omschreven als: “iedere fysieke en virtuele inrichting waar overwegend een verscheidenheid aan verbruiksartikelen (...) wordt verkocht”. Uit deze definitie, gelezen in combinatie met de verdere tekst van de werkingssfeerbepaling, volgt – anders dan Gorillas lijkt te betogen met haar standpunt dat in een fulfilmentcentrum niets wordt verkocht – niet dat slechts van een winkel sprake is als er een fysieke plek is waar de consument zelf boodschappen kan doen of boodschappen overhandigd krijgt. Ook een virtuele winkel wordt uitdrukkelijk onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit gebracht. Naar gangbaar taalgebruik moet daaronder worden verstaan een online winkel waar artikelen kunnen worden gekocht, precies zoals dat bij Gorillas (via een App) gebeurt. Dat deze winkel niet fysiek toegankelijk is voor klanten, doet daaraan niet af. Van onduidelijke bewoordingen van de werkingssfeerbepaling is geen sprake. De tekst van de cao voor het levensmiddelenbedrijf geeft geen aanleiding tot een ander oordeel, net zo min als de algemene aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid (om werkingssfeerbepalingen voor verplicht gestelde pensioenfondsen te actualiseren vanwege technische ontwikkelingen/innovaties) waarop Gorillas in dit verband een beroep heeft gedaan.

Gorillas is dus de exploitant van (virtuele) winkels waarin zij, vanuit haar eigen onderneming, levensmiddelen verkoopt. De onderneming van Gorillas is daarop gericht. De verkoop van levensmiddelen is de kernactiviteit. Dat de levensmiddelen online worden besteld en worden thuisbezorgd, maakt dat niet anders. Het verpakken en bezorgen van de artikelen door de werknemers van Gorillas is (anders dan in het Adimec-arrest ECLI:NL:HR2014:215) geen zelfstandige economische bedrijfsactiviteit, maar is dienstbaar en ondersteunend aan de levensmiddelenverkoop. De verpakings- en bezorgingsactiviteiten worden immers niet separaat van de verkoop van levensmiddelen en op commerciële basis aangeboden. Deze activiteiten vallen dan ook onder de exploitatie van de winkel. Dat Gorillas anders is georganiseerd dan een traditionele, fysieke winkel, maakt daarvoor – gelet op de

werkingsfeerbepaling waarin ook de ‘virtuele winkel’ wordt beschreven – niet uit. In dit verband wordt ook verwezen naar de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 28 februari 2023 (ECLI:NL:RBMNE:2024:1009) waarin kort gezegd is geoordeeld dat de activiteiten van Gorillas vallen onder de werkingssfeer van de cao voor het Levensmiddelenbedrijf, welke werkingssfeerbepaling grotendeels overeenkomt met de werkingssfeerbepaling uit het verplichtstellingsbesluit.

Geen sprake van samenloop Detailhandel en Vervoer

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de activiteiten van Gorillas onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit vallen. Loonbedrag en arbeidsdagen zijn daarvoor, anders dan Gorillas heeft aangevoerd, niet bepalend. Die criteria komen in beeld in geval van samenloop zoals bepaald in artikel 3 van het verplichtstellingsbesluit. Die situatie doet zich hier niet voor. De enige ondernemingsactiviteit van Gorillas is de exploitatie van een (virtuele) winkel. Gorillas voert in het kader van samenloop verder aan dat haar activiteiten mogelijk ook onder de werkingssfeer van Bpf Detailhandel of Bpf Vervoer vallen. Beide bedrijfstakpensioenfondsen hebben echter schriftelijk bevestigd dat Gorillas volgens hen niet onder hun werkingssfeer valt. De aard van het bedrijf van Gorillas is voorts de verkoop van levensmiddelen. Zij verkoopt die en levert die aan de klant, door middel van snelle bezorging. Met de verkoop van de levensmiddelen wordt ook de omzet gemaakt. De aard van het bedrijf is dan ook niet het vervoer. Gorillas mag op de mededelingen van Bpf Detailhandel en Bpf Vervoer vertrouwen en heeft (tegenover de gemotiveerde betwisting van Bpf Levensmiddelen) verder niet inhoudelijk toegelicht dat en waarom de werkingssferen elkaar zouden overlappen. Van een samenloopprobleem is dan ook geen sprake en er is geen reden, zou daarvoor al een rechtsgrond zijn, om te concluderen dat het verplichtstellingsbesluit jegens Gorillas rechtskracht mist.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-04-2024

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2024:2312

Zaaknummer: 10363633 \ CV EXPL 23-2954

Rechters: B. Brokkaar

Advocaten: S.H. Kuiper en M.W. Minnaard

Wetsartikelen: bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf