

**BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN
VERPLICHTSTELLING EN VRIJSTELLING**

**CURSUSMIDDAG VOOR NPB-LEGAL
TE BUNNIK**

13 NOVEMBER 2018

Mr. Wim P.M. Thijssen

Hageveld 22
2102 LN Heemstede

tel: +31 (0)85 – 303 62 16

www.pensioenadvocaten.nl
wt@pensioenadvocaten.nl

**Deze presentatie en het bijbehorende
studiemateriaal kunnen worden geraadpleegd
via:**

www.thijssen-pensioen-informatie.nl

onder de tab “lezingen”

Geen premie, toch pensioen:

- Art. 5 Pensioenwet (relatie met verzekeringsrecht; geen opzeggingsbevoegdheid bij schending mededelingsplicht)
- Art. 7:929 BW (opzeggingsbevoegdheid bij schending mededelingsplicht)
- Q&A DNB 10 november 2011, referentie 01155 (voor verzekerde pensioenregelingen)
- HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, PJ 2012/39 (geen premie toch pensioen bij verplicht BPF; geen voorwaarden; geen verjaring)
- HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, PJ 2016/156 inzake GOM (overgang premievordering BPF bij overgang onderneming)

Naleven statuten en reglementen BPF:

- Art. 4 Wet BPF 2000
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0688, PJ 2013/61 (bij handhaving dient BPF acht te slaan op relevante aangeleverde gegevens; ook wanneer die gegevens op andere wijze worden aangeleverd dan via het werkgeversportal indien dat niet werkt; “Kafkaëske” correspondentie tijdens het BPF door ondanks het niet functioneren van de werkgeversportal geen acht te willen slaan op gegevens die op andere wijze werden aangeleverd)
- Rechtbank Limburg 31 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:926, PJ 2018/76 (achterstallige premie; gevorderde incassokosten “onaanvaardbaar”; rentevordering wel toegewezen)

Handhavingsplicht voor CAO-partijen van algemeen verbindend verklaring en voor verplicht gestelde (bedrijfstak)pensioenfondsen van verplichtstelling:

- Artt. 149 – 152 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (stelplicht en bewijslast)
 - Art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (bijzondere exhibitieplicht)
-

Exhibitieplicht:

- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BE0021 (geen PJ) (een verplicht BPF mag aannemen dat een werkgever onder de werkingssfeer van het BPF valt als de werkgever de informatie die nodig is voor het doen van een werkingssfeeronderzoek niet beschikbaar stelt)
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, PJ 2013/197 (indien een verplicht BPF aannemelijk maakt dat een werkgever onder de werkingssfeer van het BPF valt, kan de werkgever niet met blote betwisting volstaan maar dient hij te bewijzen dat geen sprake is van verplichte deelneming door de voor die vaststelling benodigde informatie te verstrekken)

Stelplicht en bewijslast:

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, PJ 2013/197 (indien een verplicht BPF aannemelijk maakt dat een werkgever onder de werkingssfeer van het BPF valt, kan de werkgever niet met blote betwisting volstaan maar dient hij te bewijzen dat geen sprake is van verplichte deelneming door de voor die vaststelling benodigde informatie te verstrekken)
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0688, PJ 2013/61 (verplicht BPF dient aan te tonen dat een werkgever onder de werkingssfeer van het BPF valt indien premieafdracht wordt gevorderd; in casu niet voldaan aan stelplicht door uitsluitend beroep te doen op niet relevante wetgeving (wet Walvis); “ludieke” interpretatie van wetgeving door het BPF)

Uitlegmethoden CAO en verplichtstellingsbesluit:

- Haviltex-uitleg (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635) (uitleg naar de bedoeling; naar hetgeen partijen over en weer in redelijkheid van elkaar mochten verwachten)

Uitlegmethoden CAO en verplichtstellingsbesluit:

CAO-uitleg (HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366; HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 inzake PF DSM; HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889 en HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376) (CAO-uitleg houdt in dat aan een bepaling van een CAO een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de CAO tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO is gesteld. 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. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de CAO behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.)

Uitlegmethoden CAO en verplichtstellingsbesluit:

CAO-uitleg verfijnd/afwijkend in HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake FNV c.s./Condor (de bestaansgrond van de CAO-norm is gelegen in de bescherming van derden tegen een uitleg van een bepaling in een overeenkomst waarbij betekenis wordt toegekend aan de voor hen niet kenbare partijbedoeling, en in de noodzaak van een eenvormige uitleg voor alle door die overeenkomst gebonden partijen; een van de CAO-norm afwijkende uitleg is denkbaar voor een situatie waarin het gaat om de vraag of een groep werknemers die, uitgaande van de tekst van een sociaal plan, buiten de werkingssfeer daarvan valt, daaraan niettemin rechten kan ontleen; bij de uitleg van het sociaal plan komt mede betekenis toe aan de voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het Sociaal Plan indien in het licht van de bestaansgrond van de CAO-norm de toepassing daarvan niet gerechtvaardigd is (de niet kenbare bedoeling strekte meer tot bescherming van de werknemers dan de tekst van het sociaal plan); daarom dienden bij de uitleg van het sociaal plan ook de niet-openbare eerdere concepten van het sociaal plan en het positieve advies van de OR bij het reorganisatieplan te worden betrokken)

Uitlegmethoden CAO en verplichtstellingsbesluit:

Contra proferentem regel (HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6203 inzake NN) (uitleg van polisvoorwaarden niet uitsluitend op basis van de bedoeling van de verzekeringnemer, maar op hetgeen de verzekeraar en de verzekeringnemer zijn overeengekomen en hetgeen de verzekerde te dien aanzien redelijkerwijs heeft moeten begrijpen en hoe hij de polisvoorwaarden redelijkerwijs heeft moeten opvatten.)

Uitlegmethoden CAO en verplichtstellingsbesluit:

Verfijning CAO-uitleg (Gerechtshof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2043, PJ 2017/117 met aant. WPMT) (uitleg van de bepaling in een pensioenreglement die inhoudt dat toeslagen worden verleend “voor zover de middelen dat toelaten” aan de hand van het gebruik op basis van toepassing van het leerstuk van de aannemelijkheid van het rechtsgevolg als component van de CAO-uitlegmethode; betekenis van de uitvoeringsovereenkomst bij uitleg van een pensioenreglement)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten:

- Hoge Raad van 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, NJ 2012,142, PJ 2012/65 (Vector) (uitsluitend of in hoofdzaak-criterium; aan hoofdwerkzaamheid toe te rekenen werkzaamheden tellen mee als werkzaamheden die door het werkingssfeerbesluit worden bestreken)
- HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:215, PJ 2014/69 (Adimec) (uitsluitend of in hoofdzaak-criterium; omdat het leeuwendeel van de werkzaamheden niet werd bestreken door het werkingssfeerbesluit van het BPF gold geen aansluitplicht voor de werkgever; niet relevant dat deze werkzaamheden (ontwerpen en ontwikkeling) op zichzelf geen omzet genereerden)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten:

- HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1172, PJ 2016/104, hoger beroep van Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2769, PJ 2014/143 (Projectsourcing) (uitsluitend of in hoofdzaak c.q. het merendeel van de werkzaamheden betekent “meer dan 50% van de activiteiten”; of moet worden getoetst aan een arbeidsuren criterium of omzetcriterium hangt af van het verplichtstellingsbesluit en is interpretatiekwestie)
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788, PJ 2018/5 (Lotra) (in principe geen beleidsvrijheid BPF bij uitleg verplichtstellingsbesluit omdat zo'n besluit wetgeving betreft; een verplichtstellingsbesluit dient aan de hand van CAO-uitleg te worden uitgelegd waarbij de rechter slechts in beperkte mate de vrijheid heeft om leemten op te vullen; in casu was niet duidelijk of het uitsluitend of in hoofdzaak criterium inhield dat aan “de loonsom” (hoe vast te stellen?) of “de arbeidsuren” diende te worden getoetst met als consequentie dat niet kon worden vastgesteld dat de werkgever onder de werkingssfeer van het BPF viel)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden):

- Rechtbank Amsterdam 30 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2016:9040, PJ 2017/10 inzake Booking.com (Booking.com valt niet onder het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche. Geen sprake van bemiddeling door Booking.com bij de totstandkoming van een individuele reisovereenkomst.)
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:824, PJ 2014/84 bekrachtigd in HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3550, PJ 2016/21 (HANOS valt niet onder werkingssfeer BPF GIL omdat HANOS zich uitsluitend richt op de buiten huishoudelijke markt; geen extensieve uitleg verplichtstellingsbesluit op basis van historische ontwikkelingen)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden):

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, PJ 2017/6 (Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van art. 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende “allocatiefunctie” als door het onderdeel wordt bepleit. Uit de toelichting op het artikel blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – “klassieke uitzendrelatie” onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan (Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 9-10). Opmerking verdient dat hetgeen is overwogen over de uitleg van art. 7:690 BW, ook gevolgen heeft voor de uitleg van art. 7:691 BW. De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever in art. 7:691 BW aan het begrip “uitzendovereenkomst” een andere betekenis heeft willen geven dan in art. 7:690 BW. Gelet op de plaatsing van beide artikelen in een afzonderlijke afdeling in de wet, waarbij art. 7:690 BW de begripsomschrijving en art. 7:691 BW enkele regels geeft, ligt zo’n andere betekenis ook niet voor de hand. Voor zover de toepassing van de regels van art. 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrollrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de art. 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen. Dat neemt niet weg dat de rechter bij de toepassing de mogelijkheid heeft de regels van art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. In het onderhavige geval is een en ander echter niet aan de orde.)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden):

- Rechtbank Midden-Nederland 9 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2044, PJ 2018/108 (de vorderingen van Hotel Booker BV en Bungalow Booker BV om voor recht te verklaren dat zij niet vallen onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit en niet onder de CAO Sociaal Fonds, en daarmee niet verplicht zijn om deel te nemen in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche, worden afgewezen. Daartoe is overwogen dat zij wel bemiddelen tussen de accommodatie-aanbieders en accommodatie-zoekers en daarvoor ook een vergoeding ontvangen.)
- Noord-Nederland 27 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5887 (tussenuitspraak) gevolg door Rechtbank Noord-Nederland 4 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:4354 (einduitspraak) (BCB/PF Vervoer en SOOB; pechhulpverlening indien noodzakelijk uitmondend in berging en vervolgens in beperkte mate vervoer valt niet onder vervoer over de weg maar onder metaal en techniek gezien daarover bij een Convenant gemaakte afspraken)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden):

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5130, PJ 2018/124 gevolgd door Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8311 inzake Bakkerij Bart/BPF Bakkerbedrijf (uitsluitend of in hoofdzaak-criterium; het hof volgt Bakkerij Bart niet in de uitleg dat de omzet uit belegde broodje als totaal genomen niet betrekking heeft op bakkersproducten. De broodjes, die zij ook los verkoopt, zijn dat immers onmiskenbaar wel. Dat het beleg niet zonder broodje wordt verkocht en indien de klant een belegd broodje wenst, dat ter plekke door de verkoper wordt samengesteld en klaar gemaakt, doet er naar 's hofs oordeel niet aan af dat de transactie waarbij de klant een belegd broodje bestelt en betaalt, mede bestaat uit de verkoop van een broodje. Derhalve is het hof van oordeel dat de broodjes die samen met het beleg worden verkocht, nog steeds bakkersproducten zijn. Hetzelfde geldt voor de broodjes die onderdeel zijn van het verkochte "totaal ontbijt". Hoe de waarde van het verkochte eindproduct (een belegd broodje c.q. een "totaal ontbijt") zich verhoudt tot de waarde van de daarin verwerkte broodjes, valt uit de overgelegde cijfers niet af te leiden. Bakkerij Bart heeft weliswaar aangevoerd dat de waarde van het eindproduct een veelvoud is van de verkoopprijs van het onbelegde broodje, maar dit is te onbepaald. Of Bakkerij Bart sedert 2014 voor meer dan 50% aan omzet heeft behaald met niet-bakkersproducten, kan het hof derhalve niet vaststellen op grond van de overgelegde stukken.)

Verkeerde indeling:

- HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170, PJ 2016/155 in cassatie van Gerechtshof Den Haag 2 december 2014, ECLI:GHDHA:2014:3989, PJ 2015/10 inzake Geleiderails (overgang van ene naar andere BPF in verband met verkeerde indeling met terugwerkende kracht “onaanvaardbaar”)
-

Bestuurdersaansprakelijkheid:

- Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:197, PJ 2017/56 (bestuurdersaansprakelijkheid voor niet aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds betaalde premies; vereisten voor melding betalingsonmacht; vereisten voor tegenbewijs rechtsvermoeden verwijtbaarheid – gedetailleerde criteria; hof als semi wetgever)
-

Bestuurdersaansprakelijkheid (vervolg uitspraak):

- Overweging 2.3: na een werkingssfeeronderzoek werd de werkgever aangesloten bij het BPF
- Overweging 2.4: de werkgever bestrijdt de aansluiting op grond van het argument dat een CAO geldt die dwingt tot aansluiting bij een ander BPF (omdat een bepaalde urengrens was overschreden, vond een BPF-wissel plaats)
- Overwegingen 2.5 tot en met 2.8: het BPF legt ambtshalve premienota's op en de werkgever gaat failliet
- Overweging 2.9: het BPF stelt de bestuurder aansprakelijk voor de niet betaalde premie (en rente en kosten)
- Overweging 3.3:
 - Een melding betalingsonmacht kan ook in de situatie dat de premiehoogte nog niet vaststaat rechtsgeldig zijn
 - Een melding betalingsonmacht dient aan de volgende eisen te voldoen:
 - Duidelijk moet blijken dat een premievordering, gezien de hoogte daarvan, niet zal kunnen worden voldaan
 - Deze betalingsonmacht moet feitelijk worden onderbouwd
 - De mededeling dat bij het vaststellen van de premie door het BPF geen rekening is gehouden met de premie verschuldigd uit de eigen pensioenregeling van de werkgever is niet voldoende
 - De mededeling dient uitdrukkelijk te vermelden dat het een melding betalingsonmacht betreft
 - met als gevolg dat de werkgever niet aan de meldplicht had voldaan

Bestuurdersaansprakelijkheid (vervolg uitspraak):

- Overweging 3.4: voor de weerlegging van het bewijsvermoeden dat het achterwege blijven van betaling aan de werkgever is te wijten is onvoldoende dat:
 - De premie die het BPF vorderde vele malen hoger was dan de premie bij het BPF waarbij de werkgever was aangesloten
 - Het BPF waarbij de werkgever was aangesloten kende een wachttijd van 6 maanden (het betrof het BPF voor uitzendkrachten; StiPP)
 - Er zou geen sprake zijn van kwaad opzet maar van onoplettendheid van een administratief medewerker
 - De aangesproken bestuurder was geen bestuurder meer op de datum van het verstrijken van de gestelde betalingstermijn
 - De registeraccountant had het niet nodig geoordeeld een premievoorziening op de balans op te nemen
 - Het niet doorbetalen aan het BPF van uit de eigen pensioenregeling gerestitueerde pensioenpremie kon de bestuurder niet worden verweten omdat de bestuurder op de datum van de restitutie geen bestuurder meer was
 - De werkgever heeft de bedrijfsactiviteiten beëindigd om de premieschuld niet verder te laten oplopen (de lasten konden niet worden doorberekend).
- Overweging 3.6: de betwisting door het BPF van het gestelde dat geen sprake zou zijn van kwade opzet was onvoldoende weerlegd.

Vrijstelling:

- CBB 2 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8253, PJ 2013/104 (weigering vrijstelling van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds om andere redenen als bedoeld in artikel 6 van het Vrijstellingsbesluit Bpf 2000. Het bedrijfstakpensioenfonds kan in redelijkheid het belang dat is gediend met het zoveel mogelijk handhaven van de solidariteit in het algemeen zwaarder laten wegen dan het belang van een werkgever en werknemers om deel te nemen in een eigen pensioenfondsregeling.)
-

Vrijstelling:

- CBB 25 november 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5735, PJ 2009/5 (geen recht op vrijstelling van verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds op grond van concernvorming indien bij de aanvraag geen vakbonden zijn betrokken)
 - CBB 26 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:239, PJ 2014/141 (aandelentransactie houdt geen overgang onderneming of juridische fusie in zodat geen vrijstelling van de verplichte deelneming aan BPF Recreatie kon worden ontleend op grond van de vrijstellingsregels bij fusie)
-

Vrijstelling:

HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3242, PJ 2016/6 (de Rekenregels voorzien niet in algemene zin in compensatie van het bedrag dat nodig is ter dekking van het risico dat is verbonden aan de (toekomstige) indexering van de aanspraken van niet-actieven. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels blijkt dat om praktische en uitvoeringstechnische redenen ervan is afgezien om dit indexeringsrisico in algemene zin te scharen onder de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel. Dit laat onverlet dat de toekenning van indexering kan plaatsvinden langs de weg van inkoop van aanspraken voor niet-actieven.)

Vrijstelling:

Gerechtshof Amsterdam 11 april 2017,
ECLI:NL:GHAMS:2017:1264, PJ 2017/73 (geen recht op restitutie van als onderdeel van de doorsneepremie betaalde premie voor voorwaardelijke VPL-rechten indien de werkgever vrijstelling van de verplichte deelneming aan het BPF aanvraagt en verkrijgt waardoor de VPL-rechten voor zijn werknemers jegens het BPF verloren gaan en de werkgever deze rechten elders moet onderbrengen)

Procesrecht:

- Gezag van gewijsde in het privaatrecht
 - Art. 236 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (gezag van gewijsde in het privaatrecht)
 - Rechtbank Midden-Nederland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:263, PJ 2018/44 (formele rechtskracht vrijstellingsbesluit)
-

Procesrecht:

- Gezag van gewijsde in het bestuursrecht
 - RvS 6 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI0801 (Brummen-richtlijn; gezag van gewijsde in het bestuursrecht)
 - Rechtbank Rotterdam 15 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:999, PJ 2018/51 (bezwaartermijn voor derde-belanghebbende tegen besluit met gezag gewijsde)
-

Procesrecht:

- Positie pensioenfonds
 - Rechtbank Gelderland 15 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4812 (beroepspensioenfonds is geen bestuursorgaan voor zover rechtshandelingen worden verricht strekkend tot de incasso van pensioenpremie en het verrichten van pensioenuitkeringen)
-

Pensioenadvocaten.nl

BEDANKT VOOR UW AANDACHT
