

**BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN
VERPLICHTSTELLING EN HANDHAVING**

BPF EN CAO AUDIT

15 april 2019

*Mr. Wim P.M. Thijssen, advocaat en verbonden aan VU
Expertisecentrum Pensioenrecht*

Hageveld 22
2102 LN Heemstede

tel: +31 (0)85 – 303 62 16

www.pensioenadvocaten.nl
wt@pensioenadvocaten.nl

Deze presentatie kan worden geraadpleegd via:

www.thijssen-pensioen-informatie.nl

onder de tab “lezingen”

Programma:

- Geen premie, toch pensioen?
 - Uitlegmethoden algemeen
 - Uitleg verplichtstellingsbesluiten
 - Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden)
 - Handhaving
 - Verkeerde indeling
 - Bestuurdersaansprakelijkheid
 - Verjaring
 - Advisering
 - De praktijk: aansluitbeleid BPF
 - Uitvoeren van werkingsfeeronderzoek
 - Internationaal privaatrecht
-

GEEN PREMIE, TOCH PENSIOEN?

Uitvoeringsovereenkomst verzekeraar/Geen premie, toch pensioen?

- Art. 7:929 BW (opzeggingsbevoegdheid verzekeraar bij schending mededelingsplicht)
 - Art. 5, lid 1 Pensioenwet (opzeggingsbevoegdheid geldt niet voor uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in de Pensioenwet)
 - Q&A DNB 10 november 2011
 - Wetsgeschiedenis: niet aanmelden is schending onderbrengingsplicht werkgever, werknemer geen vordering op verzekeraar
-

Uitvoeringsovereenkomst verzekeraar/Geen premie, toch pensioen?

- Staatssecretaris: deelneming niet aangemelde deelnemer berust op derdenbeding in uitvoeringsovereenkomst
- Amendement De Vries (“geen premie, geen pensioen”) niet aangenomen omdat het overbodig zou zijn
- Verbintenissen vloeien voort uit de wet (lees: wet, systeem van de wet of overeenkomst)
- Geen grondslag voor de regel “geen premie, toch pensioen” indien deze niet in de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen

Geen premie; toch pensioen bij verplicht gesteld BPF (binding van rechtswege):

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462

- Overweging 3.6
 - Pensioenaanspraken ontstaan rechtstreeks op grond van het vervuld zijn van de in het pensioenreglement gestelde voorwaarden
 - Premiebetaling gold niet als voorwaarde voor het verkrijgen van pensioenaanspraken
 - Daarom “geen premie, toch pensioen”
- Overweging 3.5:
 - Geen verjaring van de vordering tot toekenning van pensioenaanspraken op de voet van art. 3:307 BW omdat voor het verkrijgen van de vordering geen toekenningshandeling van het BPF was vereist

Geen premie; toch pensioen bij verplicht gesteld BPF (rechtsvorderingen):

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 inzake GOM:

- Overweging 3.1:
 - Overgang onderneming waarbij hetzelfde BPF van toepassing bleef
 - Vervreemder had premieachterstand en failleerde na de overgang
- Overweging 3.4.4:
 - Uit wetsgeschiedenis volgt dat wanneer bij overgang onderneming dezelfde BPF-pensioenregeling blijft gelden de verkrijger de rechten en verplichtingen uit de pensioenregeling moet overnemen (Kamerstukken II, 2000-2001, 27 469, nr. 3, p. 12)
- Overweging 3.5. tot en met 3.8:
 - Pensioenpremieschuld vervreemder gaat op grond van wetssystematische interpretatie over op verkrijger
- Extensieve werking overnemingsverplichting tot schulden vervreemder ten behoeve van werknemers aan derden

Geen premie; toch pensioen bij pensioenfondsen (restvragen):

- Pensioenreglement stelt toetredingsvoorwaarden
- Niet verplicht gesteld BPF
- Verplicht gesteld beroepspensioenfonds (zelfstandige; beroepsgenoot is pensioenrechthebbende maar ook degene die de premie is verschuldigd; “geen premie; toch pensioen” zou perverse prikkel geven)
- Verplicht gesteld beroepspensioenfonds (beroepsgenoot in loondienst)
- Niet verplicht gesteld beroepspensioenfonds
- Ondernemingspensioenfonds, APF

UITLEGMETHODEN ALGEMEEN

UITLEGMETHODEN ALGEMEEN:

- Verbintenissen vloeien voort uit de wet (lees: de wet, het systeem van de wet of overeenkomst) (art. 6:1 BW)
- Verbintenissen moeten voldoende bepaalbaar zijn (art. 6:227 BW)

Zie HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 inzake Quint/Te Poel: “uit de wet” houdt mede in: aansluiting zoeken bij stelsel van de wet of in de wet geregelde gevallen

Uitlegmethoden algemeen (bedoeling):

- 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 algemeen (bewoordingen):

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 algemeen (uitleg naar bewoordingen leidt tot niet gerechtvaardigde rechtsgevolgen):

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 algemeen (uitleg conform algemene voorwaarden):

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 algemeen (voorbeeld van uitleg aan de hand van de aannemelijkheid van de betreffende uitleg):

- 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
- Het betrof de middelen van de pensioenuitvoerder, niet van de werkgever omdat anders sprake zou zijn van de facto onvoorwaardelijke toeslagverlening (daarin lag de onaannemelijkheid van het rechtsgevolg)

UITLEG VERPLICHTSTELLINGSBESLUITEN

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (reikwijdte begrip “onderneming”):

- Gehele onderneming valt onder werkingssfeer BPF als de door het werkingssfeerbesluit bestreken werkzaamheden worden verricht (voorbeeld: het verrichten van “verzekerde zorg” naast particuliere zorg maakt dat gehele onderneming onder werkingssfeer PFZW valt (mogelijke oplossing als aansluiting niet wordt gewenst: splitsen onderneming)
- Gehele onderneming valt onder werkingssfeer BPF als de door het werkingssfeerbesluit bestreken werkzaamheden “uitsluitend of in hoofdzaak” worden verricht (mogelijke oplossing als aansluiting niet wordt gewenst: splitsen onderneming)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (werkingsfeeromschrijving onvoldoende bepaald en/of bepaalbaar):

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 (werkingsfeeromschrijving onvoldoende bepaald en/of bepaalbaar):

- Rechtbank Amsterdam 26 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8399
- De Kantonrechter merkt prealabel op dat de door hem uit te leggen werkingssfeerbepalingen “bijna onleesbaar” zijn door de vele verwijzingen, uitzonderingen en uitzonderingen op uitzonderingen;
- De stelplicht dat een werkgever aansluitplichtig is bij CAO-fondsen en een verplicht gesteld BPF rust op die fondsen en het BPF omdat die zich op het rechtsgevolg beroepen van hun stelling dat de werkgever onder de betreffende werkingssferen valt.

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (“uitsluitend of in hoofdzaak criterium”):

- 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 (“uitsluitend of in hoofdzaak criterium”):

- 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 arbeidsurencriterium of omzetcriterium hangt af van het verplichtstellingsbesluit en is interpretatiekwestie)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (“uitsluitend of in hoofdzaak criterium”):

- HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363: uitleg hoofdzakelijkheids criterium (concreet: uitleg van het begrip “overeengekomen arbeidsuren”); analyse en testen toe te rekenen aan repareren waardoor aan dat criterium is voldaan; feitencomplex afwijkend van dat in de Adimec-zaak waar research en development niet aan de onder de werkingssfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds vallende werkzaamheden werden toegerekend.
-

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (“uitsluitend of in hoofdzaak criterium”):

- **Annotatie:** kennelijk lijkt de Hoge Raad te willen aangeven dat de Adimec-leer wordt gehandhaafd; echter in deze zaak volgt een andere uitkomst omdat de feiten afwijken.
-

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (“uitsluitend of in hoofdzaak criterium”):

Annotatie. Uit deze uitspraak volgen drie min of meer nieuwe algemene uitgangspunten voor het interpreteren van verplichtstellingsbesluiten van verplicht gestelde BPF-en:

- De “bedoeling” van de tekst kan een rol spelen bij de uitleg, zij het dat het niet om de partijbedoeling gaat maar om wat uit de tekst valt af te leiden wat moet zijn bedoeld (overweging 3.4.2; volgt uit het gebruik van het woord “beoogd”);
- Corresponderende CAO’s kunnen bij de uitleg van een verplichtstellingsbesluit een rol spelen, omdat door sociale partners die tot AVV CAO’s en verplichtstelling van een BPF komen beogen de werkingssferen gelijk te doen zijn (overweging 3.3.2 en 3.3.3);
- De voorafgaande versie van een verplichtstellingsbesluit kan bij de uitleg van een nieuwere versie een rol spelen (overweging 3.3.3).

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden; reisbranche en groothandel in levensmiddelen):

- 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; uitzendovereenkomst):

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; uitzendovereenkomst vervolg):

- Art. 690 BW: De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde
- Geen tijdelijkheid vereist
- Geen allocatiefunctie vereist (matchen van vraag naar en aanbod van arbeid)
- Leiding en toezicht bij opdrachtgever
- Voor payrollondernemingen niet voldaan aan bepaalbaarheidsvereiste (geen sprake van ter beschikking stellen omdat opdrachtgever de werknemers zelf werft); geen extensieve interpretatie verplichtstellingsbesluit StiPP (ligt in lijn van Lotra-uitspraak)
- Voor detacheerders niet voldaan aan bepaalbaarheidsvereiste (leiding en toezicht berust bij de detacheerder, niet bij de opdrachtgever); geen extensieve interpretatie verplichtstellingsbesluit StiPP (eveneens in lijn van Lotra-uitspraak)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden; reisbranche en vervoer):

- 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 mede gezien daarover bij een Convenant gemaakte afspraken) (kantoorzaak; hoger beroep loopt)

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden; bakkersbedrijf):

- 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.)
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2665: Bakkerij Bart heeft bewezen dat minder dan 50% uit de omzet van bakkerijproducten afkomstig is, en valt niet onder werkingssfeer BPF Bakkersbedrijf

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden; brandpreventie):

- Rechtbank Amsterdam 26 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8399
- Omdat brandpreventie is uitgezonderd in de CAO en het verplichtstellingsbesluit van BPF Bouw valt werkgever niet onder de werkingssfeer van de sociale fondsen in de bouw en BPF Bouw;
- Dit wordt niet anders indien de werkgever ook niet onder een andere CAO en/of een ander verplicht gesteld BPF valt.
- **Annotatie:** zeldzaam voorbeeld van een uitspraak waarin uit de CAO en het verplichtstellingsbesluit volgt dat een bepaalde activiteit *niet* onder de werkingssfeer valt.

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden; horeca):

- Gerechtshof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3330: institutionele cateraar valt onder Pensioenfonds Horeca & Catering, niet onder BPF VLEP (gemaksvoeding) daar de maaltijden niet door de cateraar worden bereid; het moeten opwarmen van de maaltijd door de consument betekent niet dat sprake is van gemaksvoeding.
-

Uitleg verplichtstellingsbesluiten (voorbeelden; zoetwaren):

- Gerechtshof-Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11048
- Fabrikant van ouwel valt niet onder de werkingssfeer van BPF Zoetwaren
- Toetsing aan de hand van het criterium of het product ouwel gelijksoortig is aan de producten beschreven in het werkingssfeerbesluit (ouwel is onvoldoende vergelijkbaar met wafels, beschuit of toast); de grondstoffen spelen gezien de tekst van het werkingssfeerbesluit een ondergeschikte rol; objectieve uitleg aan de hand van Van Dale's woordenboek.

Pensioenadvocaten.nl

HANDHAVING

Handhaving (bevoegdheden BPF en verplichtingen werkgever):

- Artt. 149 – 152 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (stelplicht en bewijslast rusten op BPF)

VERSUS

- Art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (bijzondere exhibitieplicht voor werkgever)
-

Stelplicht en bewijslast:

Eerste stap: BPF dient aannemelijk te maken dat een onderneming onder de werkingssfeer valt

- 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 (vervolg):

- 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)
-

Exhibitieplicht:

Tweede stap: pas indien een BPF dat aannemelijk heeft gemaakt, geldt de bijzonder exhibitieplicht voor de werkgever

- 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)

Naleven statuten en reglementen BPF:

- Kader: 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)

Naleven statuten en reglementen BPF:

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8322, PJ 2018/174: verzet tegen dwangbevel strekkend tot afdracht van achterstallige pensioenpremie aan verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds afgewezen omdat de werkgever onjuiste informatie had aangeleverd.
-

VERKEERDE INDELING

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”)

Verkeerde indeling:

- Gerechtshof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3330
- Catering (zie hiervoor bij “voorbeelden”)
- **Overweging 10 (overweging ten overvloede).** Het hof voegt aan het bovenstaande, ten overvloede, nog het volgende toe. Uitgangspunt van de wetgever is dat cao-partijen er zorg voor dragen dat werkingssferen van verplichtstellingen duidelijk zijn afgebakend, en dat overlap wordt voorkomen. Indien er desondanks, zoals in dit geval, discussie ontstaat tussen bedrijfstakpensioenfondsen over de vraag onder welke verplichtstelling een bedrijf valt, mag van deze pensioenfondsen redelijkerwijs worden verwacht dat zij dit geschil gezamenlijk op korte termijn en in goed overleg oplossen, zo nodig door een verduidelijking van de verplichtstellingen. Indien de uitkomst van dit overleg is dat het bedrijf is aangesloten bij het verkeerde bedrijfstakpensioenfonds, ligt het in de rede dat de betreffende pensioenfondsen samen zorgdragen voor een soepele overgang van het bedrijf van het ene naar het andere pensioenfonds. De belangen van het bedrijf en de in dit bedrijf werkzame werknemers, die geen verwijt kan worden gemaakt van eventuele onduidelijkheden in werkingssferen van verplichtstellingen, dienen daarbij zoveel als mogelijk te worden ontzien. Hierbij past niet dat een bedrijfstakpensioenfonds gedurende vele jaren zeer hoge premienota's stuurt aan een bedrijf dat – op het eerste gezicht – te goeder trouw is aangesloten bij een ander bedrijfstakpensioenfonds. Dergelijke premienota's en de daaruit eventueel voortvloeiende juridische procedures, brengen voor het bedrijf en haar werknemers hoge financiële lasten en veel (pensioen)onzekerheid mee, wat maatschappelijk ongewenst is.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID:

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor pensioenpremie verschuldigd aan BPF (art. 22 Wet BPF-2000):

- Buitenlandse werkgever:
 - Leider vaste inrichting in Nederland
 - Binnen Nederland wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger
 - Persoon belast met de leiding over de Nederlandse activiteiten
- Pluraliteit van werkgevers: elk van die werkgevers (arbeidsovereenkomst met holding en dochter)
- Lichaam zonder rechtspersoonlijkheid of niet volledig rechtsbevoegd lichaam met rechtspersoonlijkheid: ieder der bestuurders (denk aan een maatschap)
- Onder het begrip bestuurder vallen ook de natuurlijke personen die bestuurder zijn van een rechtspersoon-bestuurder
- Regeling niet van toepassing bij vrijwillige aansluiting

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID:

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor pensioenpremie verschuldigd aan BPF (art. 23 Wet BPF-2000):

- Iedere bestuurder MITS de premie door een volledig rechtsbevoegde rechtspersoon is verschuldigd die Vpb-plichtig is
- Indien “onverwijld” melding betalingsonmacht, uitsluitend aansprakelijkheid indien BPF stelt en bewijst:
 - onbehoorlijk bestuur aannemelijk is;
 - Gedurende de periode van 3 jaar voorafgaand aan de melding;
 - Het onbehoorlijk bestuur te wijten valt aan de bestuurder
- Geen (tijdige) melding betalingsonmacht:
 - Rechtsvermoeden van onbehoorlijk bestuur
 - Drie-jaars periode gaat in op moment dat werkgever in gebreke is ter zake de premiebetaling
- bestuurder dient tegendeel te bewijzen ter bevrijding van aansprakelijkheid door te bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de werkgever in gebreke blijkt ter zake de afdracht van pensioenpremie

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID:

Artikel 2 lid 1 Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 bepaalt dat de mededeling van betalingsonmacht uiterlijk moet zijn gedaan veertien dagen na de dag waarop op grond van het uitvoeringsreglement van het Bpf de bijdrage behoorde te zijn voldaan

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID:

HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2998 (geen PJ vindplaats)

- Er is ook sprake van betalingsonmacht indien de onderneming over liquide middelen beschikt tot (ten minste) het bedrag van de premieschulden, maar zij die middelen wegens andere verplichtingen niet heeft aangewend voor de voldoening van haar premieschulden
 - Uitspraak in de sfeer van belastingschulden
-

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
 - Aan die eisen was niet voldaan 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 een wachttijd van 6 maanden kende (het betrof het BPF voor uitzendkrachten; StiPP)
 - Er geen sprake zou zijn van kwaad opzet maar van onoplettendheid van een administratief medewerker
 - De aangesproken bestuurder geen bestuurder meer was op de datum van het verstrijken van de gestelde betalingstermijn
 - De registeraccountant het niet nodig had geoordeeld een premievoorziening op de balans op te nemen
 - Het niet doorbetalen aan het BPF van uit de eigen pensioenregeling gerestitueerde pensioenpremie de bestuurder niet kon worden verweten omdat de bestuurder op de datum van de restitutie geen bestuurder meer was
 - De werkgever de bedrijfsactiviteiten heeft 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.

Bestuurdersaansprakelijkheid:

Rechtbank Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205, PJ 2018/157

- 4.13. Een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht in de relevante zin moet minst genomen inhouden de mededeling dat "het lichaam" niet tot betaling in staat is onder opgave van de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de bijdrage niet kan worden betaald. [gedaagde 4] heeft slechts medegedeeld dat de pensioenpremie niet tijdig kon worden voldaan en gevraagd om overleg om een (nieuwe) betalingsregeling tot stand te brengen. Dat is onvoldoende.
- 4.14. Er zijn goede redenen zijn om relatief strenge eisen te stellen aan de wijze waarop betalingsonmacht dient te worden gemeld. Indien er sprake is van de maatschappelijk zeer onwenselijke situatie waarin "het lichaam" nog wel pensioenpremies incasseert, maar die niet meer gaat/kan afdragen, is het van belang dat het Pensioenfonds daar op zo kort mogelijke termijn op ondubbelzinnige wijze over wordt geïnformeerd. De urgentie van het probleem is dan voor het Pensioenfonds duidelijk en het Pensioenfonds kan vervolgens zijn verantwoordelijkheid nemen om het daarheen te leiden dat aan die situatie op de kortst mogelijke termijn een einde komt.

Bestuurdersaansprakelijkheid:

Rechtbank Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205, PJ 2018/157 (vervolg)

- 4.15. Een mededeling van de betalingsplichtige of van een bestuurder waaruit impliciet zou kunnen worden afgeleid dat mogelijk sprake is van betalingsonmacht, maar welke ook zou kunnen worden begrepen als het louter informeren van het Pensioenfonds over een (tijdelijk) liquiditeitsprobleem (met verzoek om een betalingsregeling), kan dus niet worden aangemerkt als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht in de zin van artikel 23 lid 2 Wet Bpf. Evenmin kan een correcte melding achterwege blijven als er reeds een betalingsregeling is afgesproken en "het lichaam" die regeling niet, of niet correct nakomt. Ook dan blijft van belang dat (alsnog) een correcte melding van betalingsonmacht wordt gedaan.
-

Bestuurdersaansprakelijkheid:

Rechtbank Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205, PJ 2018/157 (vervolg)

- 4.16. [gedaagde 4] heeft er terecht op gewezen dat indien eenmaal een melding van betalingsonmacht op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf is gedaan, niet opnieuw een zodanige melding behoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten (zie HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019). Dat de melding van betalingsonmacht een dergelijke (door)werking heeft, is in de visie van de rechtbank echter juist mede gerechtvaardigd omdat aan het correct doen van de melding relatief strenge eisen worden gesteld. Zodra een bedrijfstakpensioenfonds een correcte melding van betalingsonmacht heeft ontvangen, moet hij worden geacht voldoende te zijn geïnformeerd en in staat te zijn om de nodige maatregelen te treffen om mogelijke schade door het onnodig lang voortduren van de ontstane situatie te beperken.

Bestuurdersaansprakelijkheid:

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:543
- Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder vennootschap voor afdracht pensioenpremie voor werknemer aan verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds gegeven de omstandigheden dat de werknemer bij het bedrijfstakpensioenfonds was afgemeld terwijl het dienstverband voortduurde, geen melding betalingsonmacht werd gedaan en niet kon worden vastgesteld dat het achterwege blijven van die melding niet aan de bestuurder viel te verwijten; vennootschap inmiddels gefailleerd.

Bestuurdersaansprakelijkheid (restvragen):

- Hoe werkt de regeling uit wanneer de verplichting tot deelneming pas na lange procedure komt vast te staan
- Meer specifiek: kan sprake zijn van onbehoorlijk bestuur indien successievelijke rechters (Kantonrechter, Hof, Hoge Raad) tot andersluidende oordelen komen
- Kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid bij aansluiting na een lange procedure waaruit blijkt dat sprake was van “reasonable doubt”
- Hoe werkt de regeling uit bij bij correctie van verkeerde indeling
- Hoe werkt de regeling uit indien een BPF niet met terugwerkende kracht aansluit, maar op grond van een door een (gewezen) werknemer gevoerde procedure komt vast te staan dat aansluiting met terugwerkende kracht had behoren te worden gerealiseerd door het BPF en het BPF een regresvordering tegen de werkgever instelt

VERJARING

Regeling voor verjaring van rechtsvorderingen in BW:

- Art. 3:306 BW: algemene verjaringstermijn van 20 jaar
- Art. 3:307 BW: rechtsvordering strekkend tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden
- Art. 3:308 BW: rechtsvorderingen tot betaling van ... alles wat bij het jaar of een kortere termijn moet worden betaald, verjaren door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden
- Art. 3:310, lid 1 BW: rechtsvorderingen tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden

Regeling voor verjaring van rechtsvorderingen uit verzekeringsrecht:

Art. 7:985 BW: een rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering verjaart door verloop van vijf jaar na de dag waarop die vordering opeisbaar is geworden, tenzij een langere termijn is bedongen

Regeling voor verjaring in Pensioenwet:

- Art. 59 Pensioenwet: geen verjaring verjaring rechtsvordering tegen pensioenuitvoerder tot het doen van uitkering
- Overgangsrecht: geldt voor alle vorderingen die op 1 januari 2007 nog niet waren verjaard op grond van de verjaringstermijn van 5 jaar, derhalve voor alle pensioentermijnen die op of na 1 januari 2002 opeisbaar werden
- Het recht op pensioen verjaart niet, zodat pensioentermijnen op of na 1 januari 2002 opeisbaar geworden uit hoofde van een niet opgevraagd pensioen dat vóór 2002 inging niet verjaren
- Restvraag: geldt de regeling ook voor vorderingen strekkend tot pensioenopbouw
- Antwoord: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL7922, PJ 2010/99: art. 59 Pensioenwet ziet op de rechtsvordering tot het doen van een uitkering (gebaseerd op een bestaand recht op pensioen), niet op een rechtsvordering tot het vaststellen en toekennen van rechten op pensioen (het betrof een vordering tot toekenning van pensioenopbouw tegen een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds)
- Anders voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen: HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462
- Restvraag: geldt de uitspraak van het Hof nog wel voor andere situaties dan verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen die geen voorwaarden aan de deelneming stellen indien dat rechtsgeldig zou zijn)

Toepassing in de sfeer werkgever-werknemer:

- Vordering tot opneming in pensioenregeling/aanmelding bij pensioenuitvoerder (onderscheid maken tussen deelneming aan verplicht gesteld BPF, al dan niet met toetredingsvoorwaarden, en andere pensioenuitvoerders)
- Vordering strekkend tot juiste nakoming pensioenovereenkomst (onderscheid maken tussen deelneming aan verplicht gesteld BPF, al dan niet met toetredingsvoorwaarden, en andere pensioenuitvoerders)
- Indien de verjaringstermijn 5 jaar bedraagt, vangt deze dan aan bij opbouw of ingang uitkering (en hangt dat af van het moment van het ontdekken of kunnen ontdekken van de vordering)
- Vordering tot betaling van pensioen (geldt alleen bij toegestaan eigen beheer; de DGA)

Toepassing in de sfeer werkgever-werknemer:

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9708: verjaring van de vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding ter zake gemiste pensioenopbouw tegen werkgever vangt aan op de pensioendatum omdat de vordering op die datum opeisbaar wordt; vordering strekkend tot vergoeding van schade in verband met gemiste FPU-uitkering toegewezen omdat de werknemer door de werkgever te laat bij ABP was aangemeld.
-

Toepassing in de sfeer werkgever-pensioenuitvoerder:

- Premievordering van verplicht gesteld BPF:
- Verjaringstermijn van 5 jaar leidt tot discongruentie met vordering werknemer tot toekenning pensioen
- Beroep op verjaringstermijn van 5 jaar leidt mogelijk tot onaanvaardbaar rechtsgevolg in de zin van art. 6:2, lid 2 BW
- Bij premievordering van pensioenuitvoerder anderszins spelt “geen premie, toch pensioen” mogelijk niet

Toepassing in de sfeer werkgever- pensioenuitvoerder:

- Hoge Raad 13 maart 2015,
ECLI:NL:HR:2015:588: de premievordering
van een verplicht gesteld BPF ontstaat van
rechtswege vanaf de datum waarop de
werkgever aansluitplichtig is
-

Toepassing in de sfeer aanspraakgerechtigde of pensioengerechtigde-pensioenuitvoerder:

- Nakoming pensioenreglement; geen verjaring of verjaring 5 jaar vanaf niet nakoming juiste opbouw of verjaring 5 jaar na pensioeningang;
- Hangt dit af van het ontdekken of kunnen ontdekken van de niet-nakoming of onjuiste nakoming
- Verhouding met de regeling uit de Pensioenwet/aard van de pensioenuitvoerder

“Zelfregulering” opeisbaarheid door pensioenuitvoerder:

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886, PJ 2017/130 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8322, PJ 2018/174: BPF kan datum van aanvang opeisbaarheid premievordering reguleren (stellen op bijvoorbeeld 14 dagen na verzending -1e uitspraak- of opleggen -2e uitspraak)
- Rechtbank Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205, PJ 2018/157 (overweging 4.67): de opeisbaarheid van de premievordering van een BPF dient objectief bepaalbaar te zijn en kan niet door het BPF zelf worden bepaald
- Lutjens/Degelink hangen de visie van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden aan
- WT: die visie staat op gespannen voet met het leerstuk “geen premie, toch pensioen”, als het pensioenrecht van rechtswege ontstaat, ontstaat ook de corresponderende premievordering van rechtswege

Pensioenadvocaten.nl

ADVISERING

Aansprakelijkheid voor nalaten BPF-check (verzekeraar en pensioenadviseur):

- Aanvullende werking redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW en art. 6:248 BW):
 - Precontractuele zorgplicht (informatieplicht)
 - Zorgplicht (informatieplicht)
 - Gebruik
- Art. 4:23, lid 1, aanhef en onder a Wft (verplichting relevante informatie omtrent de financiële positie van de klant in te winnen; eventuele verplichte premieafdracht beïnvloedt de financiële positie van de klant) (geldt sinds 2007)
- Leidraad pensioenadvisering (sinds 2011)

Aansprakelijkheid voor nalaten BPF-check (accountant):

- Aanvullende werking redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW en art. 6:248 BW):
 - Zorgplicht (informatieplicht)
 - Gebruik
- Art. 2:362, lid 1 BW (jaarrekening dient inzicht te geven in vermogenspositie en resultaat; daarvan is geen sprake indien premieafdracht aan BPF niet in de jaarrekening is verwerkt)

Aansprakelijkheid voor nalaten BPF-check (accountant - vervolg):

- Accountantskamer 4 juli 2014, ECLI:NL:TACAKN:2014:54
- In casu geen aansprakelijkheid voor nalaten BPF-check gegeven de aard van de opdracht
- Aansprakelijkheid bij samenstelopdracht wel denkbaar

Opmerking: bij controleopdracht lijkt deur voor aansprakelijkheid gezien deze uitspraak verder open te staan

Aansprakelijkheid voor nalaten BPF-check (accountant - vervolg):

Accountant kan na aansprakelijkstelling bij lopende opdracht schermen met art. 45 Verordening inzake de onafhankelijkheid van accountants bij assurance-opdrachten:

- 1. Een bedreiging die een maatregel vereist doet zich voor in geval van een dreigende of aangespannen juridische procedure tussen de accountantseenheid of een ander onderdeel van het netwerk en de verantwoordelijke partij.*
- 2. Het is verboden een assurance-opdracht uit te voeren als een juridische procedure dreigt of is aangespannen tussen de verantwoordelijke partij en:
 - a. de eindverantwoordelijke accountant of een ander lid van het assurance-team;*
of
 - b. de accountantseenheid of een ander onderdeel van het netwerk, voor zover deze procedure betrekking heeft op het oordeel of de conclusie met betrekking tot een eerder afgeronde assurance-opdracht.**

DE PRAKTIJK: AANSLUITBELEID BPF

De praktijk: hoe handelt een BPF?

- Aansluiting (welkomstbrief)
- Al dan niet aansluiting met terugwerkende kracht (5 jaar; onbeperkt in de tijd)
- Vrijstelling om andere redenen over verleden/gelijkwaardigheidseis
- Vrijwaring over verleden (vraag: is dat wettelijke toegestaan gezien de wettelijke handhavingsplicht van een BPF?)
- Bij aansluiting zonder terugwerkende kracht gevolgd door vordering individuele werknemer met terugwerkende kracht: regresvordering of ontkenning van de aansluitplicht over verleden (vraag: dient de individuele werknemer te stellen en bewijzen dat de werkgever onder de werkingssfeer van het BPF viel of dient het BPF dat te onderzoeken gezien de wettelijke handhavingsplicht)

UITVOEREN VAN WERKINGSFEERONDERZOEK

Uitvoeren van werkingsfeeronderzoek:

- Onderzoek juridische structuur
 - Onderzoek feitelijke structuur; eventueel ter plaatse
 - Onderzoek de website, contracten met klanten, arbeidsovereenkomsten
 - Inventariseer de risico's vanuit het verplichtstellingsbesluit
 - Onderzoek of de werkgever mogelijk voor een gedeelte van zijn personeel aansluiting dient te dulden en/of de onderneming feitelijk kan worden opgedeeld in afzonderlijke ondernemingen zodat de aansluitplicht wordt beperkt dat een deelonderneming (indien aansluiting als ongewenst wordt ervaren)
-

Internationaal privaatrecht

Vrijheid van dienstverrichting:

VWEU:

- Art. 56 VWEU: vrijheid van dienstverrichting; beperkingen verboden
 - Art. 57 VWEU: eigen arbeidsrecht land van waar uit wordt tewerkgesteld blijft “tijdelijk” van toepassing bij tewerkstelling in andere lidstaat
 - Art. 45 VWEU: vrij verkeer van werknemers
-

Vrijheid van dienstverrichting:

Richtlijn 96/71/EG (detacheringsrichtlijn):

- Kernarbeidsvoorwaarden van tijdelijk werkland gaan vóór
- Bedrijfspensioenvoorzieningen uitdrukkelijk uitgezonderd
- Geen reden om aan te nemen dat verplichtgestelde nationale bedrijfspensioenvoorzieningen niet onder begrip “bedrijfspensioenvoorzieningen” van de richtlijn vallen c.q. tot kernarbeidsvoorwaarden zouden behoren
- HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Luxemburg), ro. 26: lijst van kernarbeidsvoorwaarden is limitatief
- HvJ EU 18 december 2007, C-341/05 (Laval): lidstaten mogen lijst kernarbeidsvoorwaarden niet uitbreiden

Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“Rome I”):

- Rechtskeuze (art. 8, lid 1); indien Wet BPF-2000 geen bijzonder dwingend recht vormt, houdt de rechtskeuze stand
- Eigen land geldt als gewoonlijk werkland (art. 8, lid 2); indien Wet BPF-2000 geen bijzonder dwingend recht vormt, houdt de rechtskeuze stand
- Recht van het land waar werkgever is gevestigd (8, lid 2); indien Wet BPF-2000 geen bijzonder dwingend recht vormt, houdt de rechtskeuze stand
- Nauwere band met eigen land dan Nederland (exceptieregel; art. 8, lid 4); indien Wet BPF-2000 geen bijzonder dwingend recht vormt, houdt de rechtskeuze stand
- Bijzonder dwingend recht (art. 9)

Verband VWEU en Rome I:

- Literatuur: verplichtstelling geen bijzonder dwingend recht omdat verplichtstelling niet tot kernarbeidsvoorwaarden hoort
- Deze koppeling volgt uit paragraaf 34 considerans Rome I
- “Bijzonder dwingend recht” kan niet ruimer worden opgevat dan “kernarbeidsvoorwaarden” omdat Rome I dan de vrijheid van dienstverrichting zou beperken; Rome I kan niet in strijd komen met 56/57 VWEU
- HvJ Luxemburg-arrest: “*bijzonder* dwingend recht” is beperkter dan “recht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken = dwingend recht” (verplichtstelling is dat laatste gezien de uitzondering voor bedrijfspensioenvoorzieningen in de detacheringsrichtlijn)

Detachering in de Pensioenwet:

Art. 97 Pensioenwet:

- Deelneming aan eigen buitenlandse pensioenregeling kan worden voortgezet, i.c. was er voor de tewerkstelling naar Nederland een eigen regeling
 - BPF moet vrijstelling verlenen
 - Bestuursrechtelijk, niet geregeld in Vrijstellingsbesluit
-

Detachering in de Wet BPF-2000:

Art. 15 Wet BPF-2000:

- Ontheffing bij tijdelijke tewerkstelling
 - Individueel
 - Voorwaardelijk of onvoorwaardelijk
 - Voor bepaalde of onbepaalde tijd
-

Bijzonder dwingend recht:

- HvJ EU 23 november 1999, ECLI:EU:C:1999:575 (Arblade)
 - Bijzonder dwingend recht = nationale bepalingen van dwingend algemeen belang die moeten prevaleren boven ieder ander toepasselijk recht
-

Bijzonder dwingend recht:

- HvJ EU 17 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:663 (Unamar)
 - Voor kwalificatie tot bijzonder dwingend recht zijn de bewoordingen van nationale bepalingen bepalend gelezen in de context van alle omstandigheden
 - Strikte uitleg
 - Slechts bij uitzondering rekening houden met regels van bijzonder dwingend recht
-

Bijzonder dwingend recht:

- Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935, JAR 2017/6, PJ 2017/9 (AFMB):
 - Wet BPF bijzonder dwingend recht vanwege gelijkheid op AVV-CAO, ontheffingsmogelijkheid en “Albany-leer”
 - Onjuiste uitspraak, gaat volledig voorbij en uitzondering voor pensioen in detacheringsrichtlijn die doorwerkt in uitleg Rome I
 - Werknemers woonden in Nederland
-

Gewoonlijk werkland:

- Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935 (AFMB/BPF Vervoer):
 - Bpf vervoer gold
 - Werknemers hadden NL als gewoonlijk werkland
 - Geen sprake van detachering vanuit andere lidstaat naar NL
-

Gewoonlijk werkland

- Gerechtshof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4401 (tekst niet op rechtspraak.nl), PJ 2013/200 (BPF Vervoer/Post Kogeko)
- Engeland gewoonlijk werkland → niet onder BPF Vervoer
- Het betrof Engelse chauffeurs die hun opdrachten in Engeland ontvingen en in Engeland woonden
- Niet relevant in het kader van detachering: i.c. wonen de werknemers niet in het tijdelijk werkland en ontvangen zij hun opdrachten vanuit hun “eigen” land, zijnde hun gewoonlijk werkland

Gewoonlijk werkland

- Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2015, PJ 2015/81 (Rimec):
- Kort geding
- CAO Bouw en BPF Bouw moest worden toegepast op buitenlandse, tijdelijk naar Nederland uitgezonden werknemers
- Reden: Nederland was naar voorlopig oordeel gewoonlijk werkland omdat de werknemers in Nederland werkzaam waren en niet vast stond dat zij na terugkeer voor de uitzendende buitenlandse werkgever werkzaam zouden blijven
- Rechter kwam daarom niet toe aan de beoordeling of art. 8 WAADI (en de Wet BPF) van bijzonder dwingend recht waren

Gewoonlijk werkland

Rechtbank Midden-Nederland 22 juli 2015, PJ 2015/151 (Mecra; voorheen Rimec) en in hoger beroep Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1942, PJ 2018/61 (bodemzaak):

- Nederland gewoonlijk werkland
- Art. 8 WAADI van bijzonder dwingend recht
- Wet BPF van bijzonder dwingend recht (was oordeel rechtbank; stond vast in het hoger beroep)

Rechtbank:

- Niet relevant is of de uitzendende werkgever voor of na uitzending naar Nederland arbeidsovereenkomst aanbiedt
- Het gaat om de arbeidsovereenkomst op grond waarvan in Nederland wordt gewerkt
- Omdat in Nederland werkt gewerkt was Nederland gewoonlijk werkland
- Daarom rechtskeuze voor buitenlands recht terzijde gesteld
- Geen nauwere band met eigen land omdat ze in Nederland woonden

Gewoonlijk werkland (uit overwegingen rechtbank):

Bij de beantwoording van de vraag of uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan het land waar de werknemer gewoonlijk de arbeid verricht, moet de rechter rekening houden met alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken, en bepalen welke factoren volgens hem het zwaarste wegen. Tot die factoren behoren het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden (vgl. HvJ EU 12 september 2013 JAR 2013/250 inzake Schlecker/Boedeker). De rechtbank stelt hierbij voorop dat het bepaalde in artikel 8 leden 2 en 4 van Rome I meebrengt dat een weging plaatsvindt tussen de verschillende bij de arbeidsovereenkomst betrokken rechtsstelsels, alsook tussen het aanknopingspunt van het gewoonlijke werkland enerzijds en de factoren die mogelijk naar een ander land verwijzen anderzijds. Het feit dat Nederland bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst het gewoonlijke werkland is, behoudt derhalve in dit geding betekenis bij de toepassing van het vierde lid van artikel 8 van Rome I. Het gewicht van de 'locus laboris' is aanzienlijk, omdat de betrokken arbeidskrachten in de tijd dat ze aan de A2 hebben gewerkt in Nederland hebben gewerkt en gewoond, en aldus onderhevig zijn geweest aan het Nederlandse bedrijfs- en politieke klimaat. Dat zij mogelijk daarvoor en/of daarna in een ander Europees land hebben gewerkt, is niet of minder relevant, nu ook de 'nauwere band'-toets van artikel 8 lid 4 Rome I moet worden toegespitst op 'de overeenkomst', in dit geval dus de onderliggende arbeidsovereenkomst in geschil. De contractueel gemaakte rechtskeuze speelt bij de vraag naar de nauwere band evenzeer een onderschikte rol, omdat het bij de toepassing van de tweede volzin van artikel 8 lid 1 van Rome I juist gaat om de vraag of de werknemer ondanks die keuze de bescherming geniet van het dwingende recht van een ander land.

Gewoonlijk werkland en exceptieregel (land met nauwste band):

- Hoge Raad 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165
- Uitleg criterium gewoonlijk werkland (land waar of van waaruit de werknemer, rekening gehouden met alle elementen die deze werkzaamheid kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult; arrest Koelzsch)
- Uitleg criterium of de arbeidsovereenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het gewoonlijk werkland (rekening houden met alle omstandigheden die de arbeidsbetrekking kenmerken, daarbij komt belangrijke betekenis toe aan waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomen voldoet, en in welk land hij is aangesloten bij sociale zekerheidsregelingen, hij zijn ziektekostenverzekering heeft en waar hij pensioen opbouwt)
- Verwijzing voor onderzoek naar het gewoonlijk werkland of het land met de nauwste band.

Pensioenadvocaten.nl

BEDANKT VOOR UW AANDACHT
