

Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen

Wim Thijssen | Donderdag 4 maart 2021

Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen

Onderwerpen:

- Geen premie, toch pensioen
- Status verplichtstelling en uitvoeringsreglement; uitleg
- Werkingssfeeronderzoek
- Handhaving
- Terugwerkende kracht/Vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds
- Verjaring
- Vrijstelling en gelijkwaardigheid

Geen premie, toch pensioen

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462 inzake Labots/BPF Vervoer:

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

Geen premie, toch pensioen

Restvragen:

- Pensioenreglement stelt toetredingsvoorwaarden (premiebetaling; aanmelding)
- 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

Geen premie, toch pensioen

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

Restvraag: geldt deze uitspraak ook indien bij de verkrijger geen of een ander BPF van toepassing is?

Status verplichtstelling en uitvoeringsreglement; uitleg

- Recht in de zin van art. 79 Wet op de Rechterlijke Organisatie
- Uitlegvraagstukken worden door de Hoge Raad beoordeeld
- Procederen over werkingssfeer in 3 volle instanties

- **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:** objectieve uitleg; in beginsel grammaticale uitleg, zo nodig systematische uitleg, niet kenbare bedoeling speelt geen rol, tekst uitleggen op basis van de objectieve betekenis, aannemelijkheid rechtsgevolgen meewegen; bij het stuk horende schriftelijke toelichting weegt mee.
- **HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake FNV c.s./Condor:** de voor derden niet kenbare bedoeling kan bepalend zijn in het kader van objectieve uitleg indien deze meer tot bescherming strekt van de normadressaat (in casu de werknemer), met als gevolg dat objectieve uitleg niet gerechtvaardigd is.
- **Gerechtshof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2043, PJ 2017/117 met aant. W.P.M. Thijssen:** uitleg van tekst waaraan twee betekenissen zouden kunnen worden toegekend aan de hand van het leerstuk van het (on)aannemelijk rechtsgevolg (uitleg van de woorden “beschikbare middelen” voor toeslagverlening; beperkt tot de middelen van de pensioenuitvoerder, niet tevens die van de werkgever).

- **Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 inzake Lotra/BPF Vervoer:** rechtszekerheidsbeginsel impliceert dat leemten in een verplichtstellingsbesluit slechts beperkt door de rechter kunnen worden aangevuld; bij ontbreken regeling of “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium is gekoppeld aan de loonsom of de arbeidsuren kan niet worden vastgesteld dat een werkgever onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt.
- **Rechtbank Rotterdam 26 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6053 (“pannenkoek is geen koek”; zaak staat voor arrest in hoger beroep):** van een aansluitplicht bij een bedrijfstakpensioenfonds is slechts sprake, gezien de “verstreckende gevolgen”, als het voor de werkgever duidelijk is dat hij onder de werkingssfeer valt (o. 5.28).
- **Gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849 (Booking.com):** de werkingssfeer van een verplichtstellingsbesluit dient voor werkgevers duidelijk te zijn omdat verplichtstelling van rechtswege de aansluitplicht voor de werkgever scheidt (o. 3.6); ondanks het gebruik van de woorden “*bemiddelen ... in de ruimste zin des woord*” geldt het online platform opgezet door Booking.com niet als bemiddeling omdat Booking.com niet rechtstreeks bij de totstandkoming van reisovereenkomsten is betrokken (o. 3.13).

PHR 2 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:890 (Booking.com): voor bemiddeling is voldoende dat partijen die een overeenkomst bijeen worden gebracht, een actieve rol is daarvoor niet nodig. Geen “ex tunc” uitleg van verplichtstellingsbesluiten.
- **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7382 inzake Haags Kinderatelier/PFZW:** een werkgever valt slechts onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds als het verplichtstellingsbesluit zodanig is geformuleerd dat het voor de gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs moet zijn, dat de bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeer vallen (o. 4.4; gebaseerd op de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000: “*De bedrijfsactiviteiten moeten duidelijk worden omschreven*”).

Hoe voer je een werkingssfeeronderzoek uit?

- Normadressaat voor verplichtstelling: rechtspersoon of onderneming

- **Rechtbank Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968 inzake Picnic:**

Uitleg werkingssfeer CAO aan de hand van de CAO-uitlegmethode (objectieve uitleg); deze uitspraak heeft betrekking op de CAO voor het levensmiddelenbedrijf. Omdat deze CAO de “werkgever” als normadressaat heeft, en niet de “onderneming”, oordeelde de Kantonrechter dat uitsluitend de Picnic-vennootschap waarbinnen de online-winkel wordt geëxploiteerd onder de werkingssfeer van de CAO valt, geen toerekening van de activiteiten van andere vennootschappen binnen de Picnic-groep aan de activiteit van de vennootschap waarbinnen de online-winkel wordt geëxploiteerd omdat noch de werkingssfeerbepaling in de CAO, noch andere bepalingen elders in de CAO, aanknopingspunten bieden voor dergelijke toerekening.

- **Annotatie:** hoewel de uitspraak voor het pensioenrecht niet direct van belang lijkt omdat de zaak betrekking had op een CAO, lijkt de uitspraak ook voor de uitleg van werkingssfeerbepalingen in verplichtstellingsbesluiten van verplichte bedrijfstakpensioenfondsen van belang. De uitspraak bevestigt dat indien de normadressaat voor een verplichtstelling de “werkgever” is, dat begrip werkgever niet dient te worden opgerekt tot andere werkgevers behorend tot een groep indien het betreffende verplichtstellingsbesluit geen aanknopingspunten biedt voor dergelijke toerekening (en doorbreking van de vennootschapsrechtelijke schil indien de werkgever een vennootschap is). Indien een verplichtstellingsbesluit zich richt op “ondernemingen”, lijkt eventueel wel ruimte voor toerekening van activiteiten van andere werkgevers/vennootschappen binnen een groep. De uitspraak van de rechtbank lijkt mij juist, mede in het licht van de “Vector”- en “Adimec”-rechtspraak en de “duidelijkheidsrechtspraak” rond de uitleg van verplichtstellingsbesluiten.

Hoe voer je een werkingsfeeronderzoek uit?

- Uitsluitend of in hoofdzaak criterium van toepassing
- **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 werkingsfeerbesluit 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 werkingsfeerbesluit van het BPF gold geen aansluitplicht voor de werkgever; niet relevant dat deze werkzaamheden (ontwerpen en ontwikkeling) op zichzelf geen omzet genereerden

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, i.c. op grond van tekst (“activiteiten”) koppeling aan arbeidsuren en bij “gelijk spel” loonsomvergelijking
- De diverse te onderscheiden bedrijfstakactiviteiten die niet onder de werkingssfeer vallen samentellen, niet afzonderlijk beschouwen, omdat anders relatief kleine mate van activiteit in de bedrijfstak tot aansluitplicht zou kunnen leiden.

HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 (Metaalfondsen/Unis): uitleg hoofdzakelijkheids criterium (concreet: uitleg van het begrip “overeengekomen arbeidsuren”; overeengekomen arbeidsuren meetellen ook indien deze niet volledig aan de activiteit worden besteed die door de werkingssfeer wordt bestreken); 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.

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).

Ezelsbruggetje voor toerekening: kan de groep werknemers die de al dan niet toe te rekenen activiteiten uitvoeren als “onderneming” (economische en organisatorische eenheid) zelfstandig bestaan

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

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

Rechtbank Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292 inzake **Deliveroo**:

- **Overweging 45 met het oog op de uitvoerbaarheid bij voorraad**: Deliveroo verzoekt tot slot om de veroordelingen niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en geen dwangsommen toe te kennen. Deliveroo voert aan dat met het oog op de rechtszekerheid en zorgvuldigheid ook ten behoeve van haar werknemers eerst bij een uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan dient te worden vastgesteld dat Deliveroo onder de verplichtstelling valt. Als Deliveroo in hoger beroep in het gelijk gesteld zou worden zouden allerlei verrekeningen moeten plaatsvinden, ook met werknemers, veelal buitenlandse studenten die al weer zijn vertrokken. Dit zal administratief tot enorme problemen leiden. Dit verzoek van Deliveroo wordt gehonoreerd. Dit gelet op de bijzonderheden in deze zaak en de door Deliveroo genoemde mogelijke administratieve complicaties.

Vorderingen bedrijfstakpensioenfonds bij aansluiting met terugwerkende kracht:

- Verklaring voor recht dat de werknemers van een werkgever de werkzaamheden verrichten die de werkgever aansluitplichtig maken
- Premieafdracht voor de toekomst
- Premieafdracht voor het verleden
- Rente, boetes en kosten volgens uitvoeringsreglement
- Schadevergoeding (verschil actuariële waarde met terugwerkende kracht toe te kennen pensioen en achterstallige premie):
 - ✓ Niet aansluiten is schending rechtsplicht (art. 4 Wet Bpf 2000) zodat recht op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad bestaat
 - ✓ Nuancering: schuldvereiste (verband met toepassing duidelijkheidscriterium; geen rechtspraak)

- **HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588 inzake BPF Vervoer):** de premievordering van een bedrijfstakpensioenfonds op de werkgever ontstaat van rechtswege vanaf de datum waarop de werkgever aansluitplichtig is.
- **Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2666 inzake BPF Bouw/Ecoreno):** verjaring premievordering bedrijfstakpensioenfonds bepaald op de voet van art. 3:310 BW omdat de premievordering in verband met het niet aangesloten zijn van de werkgever bij het bedrijfstakpensioenfonds een vordering tot schadevergoeding is (deze omvat de premie, kosten en rente).
- **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886 inzake BPF Schoonmaak en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8322 inzake BPF Vervoer:** bedrijfstakpensioenfonds bevoegd de opeisbaarheid van de verschuldigde premie zelfstandig en eenzijdig te reguleren (toevoeging WT: in het uitvoeringsreglement of van geval tot geval).
- **Rechtbank Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205 inzake PFZW:** de opeisbaarheid van de premievordering van een bedrijfstakpensioenfonds dient objectief bepaalbaar te zijn zodat deze niet door het bedrijfstakpensioenfonds kan worden gereguleerd; aansluiting bij het arrest van de Hoge Raad uit 2015; verjaringstermijn premievordering 5 jaar vanaf opeisbaarheid omdat het niet aangesloten zijn van de werkgever geen onrechtmatige daad van de werkgever jegens het bedrijfstakpensioenfonds impliceerde.
- **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8464 inzake Pointer/PMT en SOOM:** verjaringstermijn voor premievordering bedrijfstakpensioenfonds gaat lopen vanaf datum opleggen periodieke premienota c.q. de datum waarop deze had kunnen worden opgelegd omdat het bedrijfstakpensioenfonds met de werkgever bekend raakte; verjaringstermijn is 5 jaar (art. 3:308 BW) (toevoeging WT: het Hof kwam met deze uitspraak terug op Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8322).

Vrijstelling voor het verleden op grond van bestaande pensioenregeling bij aansluiting voor de toekomst:

- Is in de regel “vrijstelling om andere redenen” (art. 6 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000)
- Onverplichte vrijstelling
- Verzekeringstechnisch nadeel
- Gelijkwaardigheidseis
- Op de volgende relevante punten ontbreekt rechtspraak:
 - ✓ Rekening houden met geambieerde toeslagverlening of reëel te verwachten toeslagverlening
 - ✓ Rekening houden met in het verleden toegepaste respectievelijk te verwachten kortingen
- Geheel nieuw aspect: rekening houden met overgang naar premieovereenkomst vanaf 2026 al dan niet met invaren
- Vordering werknemer op werkgever indien bij vrijstelling feitelijk geen sprake van gelijkwaardig pensioen blijkt (grondslag: goed werkgeverschap; WT: neen, werknemer dient bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aan te wenden)

CBB 12 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:62:

- Geen verschoonbare termijnoverschrijding indien nadat de reguliere bezwaartermijn van 6 weken is verstreken ook de bijzondere termijn van 2 weken na het bekend worden met het gewraakte besluit is verstreken
- Het betrof bezwaar van een werknemer tegen een besluit tot vrijstelling van de verplichte deelneming aan een BPF omdat niet aan de gelijkwaardigheidseis zou zijn voldaan.

akd **benelux**
lawyers