



Mr. drs. Edwin Schop cpl
Consultant Benefits & Pensions



Mr. Roelant Smit cpl
Swalef pensioenjuristen en academie

Het is niet altijd duidelijk of de bedrijfsactiviteiten van een werkgever vallen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (Bpf). Maar die duidelijkheid is wel cruciaal. Want valt een werkgever onder een verplichtgesteld Bpf en is hij daarbij niet aangesloten, dan kan dit grote (financiële) gevolgen hebben.

Verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfonds

Werkgevers opgelet!

In de volgende paragrafen gaan wij kort in op de wet- en regelgeving en relevante rechtspraak met betrekking tot bedrijfstakpensioenfonds (Bpf'en), de gevolgen van een (terechte) aanschrijving van een Bpf en de mogelijkheden tot vrijstelling van verplichtgestelde deelname.

1. VERPLICHTSTELLING TOT DEELNAME AAN EEN BPF

Als door de minister een verplichtstellingsbeschikking is afgegeven, dan zijn deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 wettelijk verplicht de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het Bpf na te leven.

Wanneer is sprake van een verplichte deelname? In de statuten en reglementen van een Bpf is uitgewerkt wie onder werkgever moet worden verstaan; ook wel de *werkingssfeer* van het Bpf genoemd. Veelal worden bij de beschrijving van de bedrijfsactiviteiten de criteria aangegeven waaraan de onderneming moet voldoen om onder de verplichtstelling te vallen. Meestal geldt daarbij het 'in hoofdzaak'-criterium:

daarbij kan of het aantal werknemers of de loonsom of het aantal gewerkte uren of de omzet beslissend zijn voor de vraag of de onderneming zich in hoofdzaak bezighoudt met de betrokken bedrijfsactiviteiten en dus onder de verplichtstelling valt. In het algemeen kan worden gesteld dat 'in hoofdzaak' *meer dan 50%* betekent (Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2769).

Over werkingssfeerbepalingen kan discussie ontstaan; ze zijn niet altijd even helder. Daarom wordt hier ook veel over geprocedeerd, want de belangen zijn groot (zie paragraaf 2).

Voor de uitleg van deze bepalingen is de methode van objectieve uitleg – de zogenaamde Cao-norm – van toepassing: de bewoordingen van een artikel, gelezen in het licht van de gehele tekst, en de gepubliceerde toelichting erop, zijn in beginsel van doorslaggevende betekenis. Met de bedoeling van partijen (wat hebben de sociale partners beoogd?) mag slechts rekening worden gehouden als deze naar objectieve maatstaven volgt uit de tekst en de gepubliceerde toelichting (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427).

Tevens is de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van belang.

De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld (24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, PMT versus Vector) dat werknemers die ondersteuning verlenen, faciliteren of ervoor zorgen dat de producten van de onderneming afzet vinden, zijn toe te rekenen aan (de activiteiten behorende bij) dat product.

De discussie over werkingssfeerbepalingen speelt ook bij zogenaamde samengestelde bedrijven: bedrijven waar meerdere fasen in een productieproces leiden tot vervaardiging van een eindproduct.

Op 31 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:215, PMT versus Adimec) oordeelde de Hoge Raad dat eerst moet worden vastgesteld wat de kern van de bedrijfsactiviteiten is (de aard en het karakter van de onderneming, in dit geval metaalektro), om vervolgens te bepalen of de niet-metaalektro uren ondersteunend zijn aan de aard van het bedrijf of dat zij de aard van het bedrijf vormen. Het verschil tussen wel verplicht deelnemen (Vector) en niet verplicht deelnemen (Adimec) is dat de hoofdactiviteit bij Adimec niet metaalbewerking, maar R&D was. Het uitgangspunt is immers de kernactiviteit van het bedrijf en dat is niet per se de activiteit waarmee omzet wordt gegenereerd.

Een werkgever die wordt aangeschreven door een Bpf doet er dan ook verstandig aan niet klakkeloos mee te gaan in het oordeel van het betreffende Bpf.

Een kritische beoordeling van de eigen bedrijfsactiviteiten ten opzichte van de werkingssfeer van het Bpf blijkt in de praktijk zinvol.

Daarbij is van belang om een door het Bpf toegezonden vragenlijst niet zonder overleg met een adviseur in te vullen. De nuances in de antwoorden zijn belangrijk. Eerst heeft namelijk het Bpf te bewijzen dat de werkgever onder de verplichtstelling valt. Echter, bij een eenmaal (verkeerd) ingevuld formulier kan de bewijslast van de onjuistheid bij de werkgever worden neergelegd (zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 27 september 2017, niet gepubliceerd, wel te lezen op www.stipp.nl).

2. BELANG VOOR WERKGEVERS IS GROOT

Valt een werkgever onder een Bpf, maar is hij daarbij niet aangesloten, dan kan dit verschillende grote gevolgen hebben:

Financieel

Jaarpremies kunnen soms wel 25% van de loonsom bedragen. Is er sprake van verplichte deelname, en dus premieverplichtingen met terugwerkende kracht (zie hierna paragraaf 3), dan betekent dat een verdring van het Bpf op de werkgever van in totaliteit 125% of meer van de loonsom. Vaak gaat het om bedragen die leiden tot financiële problemen voor bedrijven.

Bestaande regeling

In de meeste gevallen heeft de werkgever zelf al (jaren) zijn pensioenovereenkomst bij een andere pensioenuitvoerder ondergebracht (ondernemingspensioenfonds, algemeen pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling). Dit is voor een Bpf geen reden (en het is wettelijk ook niet mogelijk) om de verplichtstelling over het verleden door te halen en over deze periode vrijstelling te verlenen (zie paragraaf 4 en CBb 2 april 2013, PJ 2013/14 en CBb 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:106).

Over eenzelfde periode in het verleden is er dan (tevens) sprake van een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenverzekeraar. De meeste pensioenuitvoerders werken in een dergelijke situatie, onder (financiële) voorwaarden, mee aan beëindiging van de



Vaak gaat het om bedragen die leiden tot financiële problemen voor bedrijven

uitvoeringsovereenkomst. Als het een aansluiting met terugwerkende kracht betreft kan tevens medewerking van de pensioenuitvoerder nodig zijn voor een collectieve waardeoverdracht. De waarde van de opgebouwde pensioenaanspraken kan dan worden ingebracht bij het Bpf en in mindering gebracht met de premies die het Bpf over het verleden vordert. Maar dit is zeker geen eenvoudig traject, waarbij de kosten van professionele begeleiding hoog kunnen oplopen.

Wijziging arbeidsvoorwaarden

De werkgever kan de bestaande pensioenovereenkomst met de medewerkers niet zonder meer intrekken; noch naar het verleden, noch naar de toekomst. Gevolg is dat er sprake is van een dubbele pensioenovereenkomst. Dat betekent allereerst dubbele lasten, maar het betekent tevens fiscale problemen. Want bij gelijktijdige toepassing van twee pensioenovereenkomsten zal veelal sprake zijn van een bovenmatig pensioen, met fiscale sancties tot gevolg (onzuivere pensioenregeling, progressief tarief en revisierente).

Het is verdedigbaar dat goed werkgeverschap en goed werknemerschap meebrengen dat de eigen pensioenregeling niet wordt gecontinueerd en dat de waarde van de in die regeling opgebouwde pensioenaanspraken collectief wordt overgedragen aan het Bpf. Is de pensioenregeling van het Bpf minder dan de voorheen overeengekomen pensioenovereenkomst, dan kan daarbij een compensatie (bijvoorbeeld een excedenttoezegging) voor de werknemers van toepassing zijn.

Verplichte cao

In de meeste gevallen zal bij een verplichtstelling bij een Bpf tevens sprake zijn van verplichte toepassing van een algemeen verbindend verklaarde (avv) cao.

De werkingssfeer van een avv cao is veelal (maar niet per se) gelijk aan de werkingssfeer van het betreffende Bpf. Dit betekent dat niet alleen de pensioenregeling, maar ook alle andere arbeidsvoorwaarden van de werkgever aan die cao moeten worden aangepast. Gaat het om een minimum-cao (wat veelal het geval zal zijn), dan is het uitgangspunt in de rechtspraak dat de nadelen ten opzichte van het huidige arbeidsvoorwaardenpakket moeten worden gecompenseerd en de voordelen moeten worden

Dat betekent allereerst dubbele lasten, maar het betekent tevens fiscale problemen

gehandhaafd. Omstandigheden van het specifieke geval kunnen aanleiding zijn dit anders toe te passen. In elk geval is het niet zonder meer toegestaan dat de werkgever de bestaande arbeidsvoorwaarden ongezien aanpast aan de cao.

3. PREMIEVORDERING OVER HET VERLEDEN

Premies aan een Bpf zijn van rechtswege verschuldigd (Hoge Raad 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588). Is eenmaal vast komen te staan dat de werkgever valt onder de werkingssfeer van een Bpf, dan geldt verplichte deelname vanaf het moment dat de werkgever met zijn bedrijfsactiviteiten aan de werkingssfeerbepalingen voldoet. Dat moment kan ver in het verleden liggen. Bpf'en doen terecht hun best om werkgevers op te sporen die wel verplicht zijn deel te nemen, maar dat nog niet doen. Voor een Bpf geldt namelijk een verbod om het principe *geen premie, geen recht* toe te passen. Kort gezegd: ook al is er voor een deelnemer geen premie betaald, het Bpf heeft dan toch de verplichting de (van rechtswege) opgebouwde aanspraken toe te kennen (Hoge Raad van 3 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BT8462). Daarmee loopt het Bpf het risico dat het collectief wordt benadeeld.

Een werkgever kan over de premievordering over het verleden echter wel een beroep doen op verjaring. De lijn in rechtspraak was voorheen dat het Bpf niet verder terug kan dan vijf jaren, en niet tot het (mogelijk veel eerder gelegen) moment waarop de verplichte deelname is aangevangen.

Recente rechtspraak laat echter zien dat een Bpf onder voorwaarden het moment van opeisbaarheid zelf kan bepalen en daarmee een beroep op verjaring

kan blokkeren. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden (9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886) is het toegestaan om in het uitvoeringsreglement te regelen dat de opeisbaarheid van premievorderingen pas vele jaren ná het verschuldigd worden van de premievorderingen zijn aanvang neemt (in gelijke zin al eerder: Rechtbank Den Haag 15 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6742, rechtsoverweging 6.5.).

Een Bpf kan zo potentieel tot in het oneindige terug naar de werkgever met een premievordering over het verleden. Recent echter, op 27 juni 2018, oordeelde Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:6205) weer anders.

Als de pensioenpremies over een periode van meer dan vijf jaar geïncasseerd kunnen worden, wordt het voor werkgevers helemaal een dure aangelegenheid. We zullen moeten afwachten of dit daadwerkelijk de standaard gaat worden. Daarnaast heeft een Bpf onder voorwaarden de mogelijkheid om premies te vorderen op grond van geleden schade. In dat geval is de verjaringstermijn 20 jaar.

4. VRIJSTELLING VAN VERPLICHTE DEELNAME

Wanneer sprake is van verplichte deelname, kan een werkgever een verzoek doen tot vrijstelling van deelname. In het Vrijstellingen- en Boetebesluit Wet Bpf 2000 (VBB) is een aantal vrijstellingsgronden opgenomen. Dit luistert heel nauw; er gelden strakke voorwaarden. Voldoet de werkgever aan de voorwaarden en komt hij de in het VBB opgenomen voorschriften na, dan *moet* het Bpf vrijstelling verlenen. Een uitzondering hierop is artikel 6 VBB. Hierin is bepaald dat het Bpf vrijstelling *mag* verlenen in andere gevallen dan die waarin recht op vrijstelling bestaat.

Hierna gaan we vooral in op de vrijstellingsgronden die in de praktijk het meest worden ingeroepen: de eigen regeling (artikel 2 VBB) en onverplichte vrijstelling (artikel 6 VBB). De overige noemen we slechts kort.

Eigen regeling (artikel 2 VBB)

Een Bpf moet op verzoek van een werkgever vrijstelling verlenen als:

- a. werknemers van die werkgever al deelnemen in een pensioenregeling die ten minste zes maanden van kracht was vóór het moment van indiening

van de in behandeling genomen aanvraag tot verplichtstelling. Bij besluit van 22 juli 2004, Stb. 2004, 397 is de bepaling van het moment waarop een pensioenregeling al moet hebben bestaan verduidelijkt: bepalend is het moment waarop een verzoek om verplichtstelling in behandeling is genomen. Dat kan in de praktijk van groot belang zijn. Zie bijvoorbeeld Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP): er geldt een verplichte deelname vanaf 1 januari 2004 (Staatscourant 2003, 251), maar deze is op 22 september 1998 aangevraagd. Dat betekent dat hier als datum heeft te gelden 22 maart 1998.

- b. de werkgever voor werknemers al een pensioenvoorziening heeft getroffen die al ten minste zes maanden van kracht was vóór het moment dat de verplichtstelling op hem en zijn werknemers van toepassing wordt. Voorwaarde is dat de eigen pensioenvoorziening al zes maanden bestond voordat de bedrijfsactiviteiten van de werkgever zich wijzigden en de werkgever daardoor onder de al bestaande verplichtstelling kwam te vallen. Een wijziging van de activiteiten kan ook plaatsvinden als gevolg van een overname of een fusie. In de praktijk wordt dit nogal eens over het hoofd gezien.

De pensioenregeling moet, zo blijkt uit rechtspraak, op de betreffende datum wel al zijn overeengekomen voor werknemers van de werkgever waarop het verzoek tot vrijstelling betrekking heeft. Met andere woorden, door de pensioenuitvoerder moet daadwerkelijk al uitvoering zijn gegeven aan de pensioenregeling.

.....

In het algemeen zal
het Bpf het handhaven
van de solidariteit binnen
het Bpf zwaar(der)
laten wegen

..... >

Artikel	Grondslag	Verplichte voorwaarde	Bevoegdheid stellen van voorwaarde
2 VBB	eigen regeling	gelijkwaardige regeling	n.v.t.
3 VBB	groep	n.v.t.	verzekeringstechnisch nadeel
4 VBB	cao	n.v.t.	verzekeringstechnisch nadeel
5 VBB	performance	gelijke regeling	verzekeringstechnisch nadeel
6 VBB	discretionair	gelijkwaardige regeling	verzekeringstechnisch nadeel

Tabel 1. Voorschriften die het Bpf aan een vrijstelling moet en mag verbinden

Groepsvorming (artikel 3 VBB)

Deze vrijstelling beoogt het (onder voorwaarden) mogelijk te maken dat een groep voor alle werknemers van die groep hetzelfde arbeidsvoorwaardenbeleid voert (artikel 3 lid 1 onderdeel d. VBB).

Bij deze vrijstelling is de betrokkenheid vereist van die vakorganisaties die bij de groepsvorming en bij de totstandkoming van de pensioenvoorziening betrokken zijn geweest (artikel 3 onderdeel a. en e. VBB). Het moet echt gaan om vakorganisaties. Uit rechtspraak blijkt helder dat het betrekken van de ondernemingsraad niet kan fungeren als vervanging van betrokkenheid van vakorganisaties (Cbb 25 november 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5735; Rb. Rotterdam 11 december 2014 ECLI:NL:RBROT:2014:10022).

Eigen cao (artikel 4 VBB)

Een werkgever die een eigen ondernemings-cao heeft en op grond daarvan is gedispenseerd van een avc cao, dient in de gelegenheid te worden gesteld om ook op het terrein van de aanvullende pensioenregeling een eigen arbeidsvoorwaardenbeleid te voeren. Net als bij artikel 3 VBB geldt ook hier het vereiste van betrokkenheid van vakorganisaties;

het betrekken van de OR kan niet fungeren als vervanging van betrokkenheid van vakorganisaties.

Beleggingsperformance (artikel 5 VBB)

Lange tijd heeft deze vrijstellingsgrond een sluimerend bestaan geleid. Maar tijdens de kredietcrisis en de eurocrisis nam de aandacht ervoor sterk toe, waarbij ook vele onduidelijkheden in de regeling zijn gebleken. Wanneer er recht op vrijstelling bestaat, is opgenomen in het artikel zelf. Op dit artikel wordt niet snel een beroep gedaan.

Discretionaire bevoegdheid (artikel 6 VBB)

Artikel 6 VBB betreft de bevoegdheid van het Bpf om vrijstelling te verlenen in andere gevallen dan die waarin recht op vrijstelling bestaat. In de praktijk is een verplicht Bpf terughoudend in de toepassing van deze vrijstellingsgrond. Dat is niet onlogisch: in het algemeen zal het Bpf het handhaven van de solidariteit binnen het Bpf zwaar(der) laten wegen. Uit rechtspraak blijkt dat de weigering van een Bpf om vrijstelling te verlenen op grond van artikel 6 VBB een discretionaire bevoegdheid van het Bpf betreft, waarbij een terughoudende rechterlijke beoordeling past (zie bijvoorbeeld Cbb 13 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:113; Cbb 2 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8253; Cbb 25 november 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5735).

Dat neemt niet weg dat een Bpf de belangen van de werkgever die om vrijstelling verzoekt zorgvuldig moet afwegen en een eventuele afwijzing deugdelijk zal moeten motiveren (Zie Cbb 16 december 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR8323).

Afstemming met het Bpf kan leiden tot een zogeheten afwikkel- of afloopvrijstelling. Het Bpf zal namelijk rekening houden met onevenredige gevolgen van aansluiting met terugwerkende kracht. Verplichte deelname vindt dan plaats voor de toekomst en het Bpf zal op grond van zijn discretionaire bevoegdheid (artikel 6

Vanwege het
uitgangspunt 'geen
premie, wel recht' kan
de werknemer bij het
Bpf pensioenaanspraken
vorderen

VBB) dispensatie verlenen over het verleden. In artikel 7 lid 4 VBB is bepaald dat er over het verleden dan wel sprake moet zijn van (alsnog) een actuariel en financieel gelijkwaardige regeling (zie paragraaf 5).

Het verlenen van vrijstelling doet niets af aan het feit dat de werkgever reeds voor deze periode onder de verplichtstelling van het fonds valt. Daarom verbindt het Bpf hieraan soms als voorschrift dat de werkgever een vrijwaringsverklaring ondertekent voor de periode dat de werkgever niet aangesloten is bij het fonds.

Daarmee vrijwaart de werkgever het Bpf ingeval een deelnemer zich bij het Bpf meldt voor pensioenaanspraken over het verleden (voor de periode van vrijstelling) en deze deelnemer nooit door de werkgever is opgegeven aan het Bpf (de zogenaamde onbekende deelnemer). Vanwege het uitgangspunt 'geen premie, wel recht' kan de werknemer immers bij het Bpf pensioenaanspraken vorderen. Via de vrijwaringsovereenkomst kan het Bpf die schade dan verhalen op de werkgever – maar die moet dan nog wel bestaan.

5. VOORWAARDEN AAN VRIJSTELLING

Artikel 7 VBB regelt twee zaken: welke voorschriften het Bpf aan een vrijstelling *mag* verbinden en welke voorschriften het Bpf aan een vrijstelling *moet* verbinden (zie tabel 1).

Verzekeringstechnisch nadeel

De vergoeding voor het verzekeringstechnisch nadeel heeft in de eerste plaats betrekking op de solidariteitsbijdrage in verband met verschillen in leeftijdsopbouw, de bestandssamenstelling naar mannen en vrouwen en de salarisopbouw. De vergoeding wordt gebaseerd op de veronderstelling dat die verschillen in tien jaar tot nul teruglopen (Bijlage 2 bij het VBB).

Gelijkwaardigheid

Het voorschrift van actuariële en financiële gelijkwaardigheid (lid 5) moet worden verbonden aan de verplichte vrijstelling wegens al bestaande pensioenvoorziening (artikel 2 VBB) en aan de vrijwillige vrijstelling (artikel 6 VBB).

De gelijkwaardigheid wordt berekend aan de hand van Bijlage 3 bij het VBB, tenzij het Bpf en de werkgever instemmen met een zogenoemde kwalitatieve toets op de pensioenaanspraken. Bij deze kwalitatieve

toets is het dan wel van belang dat de (verzekerings)voorwaarden minimaal gelijk zijn. Zo kunnen er in een verzekerde regeling uitsluitingsgronden van toepassing zijn die niet gelden bij het betreffende Bpf.

Tevens is het van belang dat de werkgever aan kan tonen dat die gelijkwaardigheid ook van toepassing is op de aanspraken van de uit dienst getreden of gepensioneerde werknemers (zie ook Rb. Rotterdam 11 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10019).

Was de regeling in het verleden niet gelijkwaardig, dan biedt het Bpf de werkgever veelal via een (door een actuaaris bepaalde) koopsomstorting de mogelijkheid om deze alsnog gelijkwaardig te maken.

Voorwaarde is dat er *te allen tijde* sprake is van gelijkwaardigheid. De gelijkwaardigheid zou dan ook moeten worden beoordeeld vanaf de datum waarop de vrijstelling wordt verleend, ook al ligt deze ver in het verleden (zie ook Rb. Rotterdam 26 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4812).

6. CONCLUSIE

Het is niet altijd duidelijk of de bedrijfsactiviteiten van een werkgever vallen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld Bpf. De werkgever wordt wel geacht na te gaan of er sprake is van een verplichte deelname. Een Bpf zal zelf ook onderzoek doen naar werkgevers die nog niet deelnemen, maar die dat op grond van de werkingssfeer wel verplicht zijn. Een Bpf dient namelijk aan de (ex-)werknemer van een niet-aangesloten werkgever, als deze zich bij het Bpf meldt, alsnog pensioenaanspraken toe te kennen – ook als er door de werkgever (en eventueel de (ex-)werknemer) geen premie is afgedragen.

Komt vast te staan dat een werkgever moet deelnemen aan het Bpf, dan geldt die verplichting vaak vanaf een (veel) eerder gelegen moment. Het Bpf kan over deze gehele periode ook de verplicht af te dragen premies vorderen. De werkgever kan dan mogelijk een beroep doen op verjaring of een verzoek doen tot vrijstelling van deelname, over het verleden of (ook) voor de toekomst. Omdat hier grote (financiële) belangen mee zijn gemoeid, is het raadzaam nog voor een Bpf zich heeft gemeld een risicoanalyse uit te (laten) voeren. Ook als de werkgever wordt aangeschreven doet hij er goed aan in een zo vroeg mogelijk stadium een deskundige te betrekken. <