

# Verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen

Voor veel pensioenadviseurs is verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen een nogal onbekend fenomeen, terwijl dit een belangrijk onderdeel is van hun advisering richting werkgevers/ondernemers. De Wet op het financieel toezicht verlangt van de adviseur dat hij - in de precontractuele fase - het klantprofiel inventariseert. In de praktijk betekent dit onder andere een onderzoek naar de aanwezigheid van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds in de sector waar de werkgever werkzaam is.

DOOR JUANITA SUTRISNA

Immers, indien blijkt dat de werkgever ten onrechte niet aangesloten is bij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds is het fonds bevoegd met terugwerkende kracht de pensioenpremies te vorderen. Wanneer is er eigenlijk sprake een verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds? En wat zijn de rechtsgevolgen van de verplichtstelling? Dit artikel bespreekt de belangrijkste onderdelen van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna Wet Bpf), waarin de verplichte deelneming is geregeld.

## De Wet Bpf

De Wet Bpf beoogt onder meer een bijdrage te leveren aan de verkleining van de zogeheten 'witte vlekken' op het terrein van de aanvullende pensioenen. Op grond van deze wet kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) - op verzoek van een voldoende 'representatieve' vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven (werkgevers- en werknemersorganisaties) in een bedrijfstak - deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht stellen (art. 2 Wet Bpf). Wordt de aanvraag om verplichtstelling door de minister van SZW gehonoreerd, dan wordt een ministeriële verplichtstellingsbeschikking afgegeven, die gepubliceerd wordt in de Staatscourant. De minister kan vervolgens al dan niet ambtshalve de verplichtstelling intrekken.

## Reikwijdte verplichtstelling

Of in een concreet geval sprake is van verplichte deelneming aan een Bpf, is afhankelijk van de zogenaamde 'werkingsfeer', waarin de bedrijfstak(ken)

en de werkzame personen (niet alleen werknemers, maar ook zelfstandigen) zijn omschreven, waartoe het Bpf zich uitstrekt. De werkingsfeer omschrijft enerzijds de bedrijfsactiviteiten, die behoren tot de bedrijfstak waarvoor het Bpf is opgericht en anderzijds wie als deelnemer aan het Bpf wordt aangemerkt. Uit de omschrijving van de werkingsfeer moeten ongeorganiseerde werkgevers en werknemers objectief kunnen opmaken of zij al dan niet onder het verplichtgestelde Bpf vallen. De minister van SZW stelt de werkingsfeer vervolgens vast in de verplichtstellingsbeschikking. Art. 106 Pensioenwet verplicht dat de werkingsfeer in de statuten van het Bpf wordt verankerd.

## Rechtsgevolgen verplichtstelling

Indien het Bpf verplicht wordt gesteld, heeft de verplichtstelling de navolgende rechtsgevolgen:

- het verplichtgestelde Bpf heeft de bevoegdheid om vast te stellen of de ongeorganiseerde werkgever en/of werknemer al dan niet onder de werkingsfeer van de verplichtstelling valt;
- deelname aan het Bpf wordt voor iedereen (niet alleen werknemers, maar ook zelfstandigen kunnen daaronder vallen) die werkzaam is in de bedrijfstak verplicht gesteld (verplichte deelname);
- ook ongeorganiseerde werkgevers in de bedrijfstak worden verplicht aangesloten (verplichte aansluiting);
- alle werkgevers en werknemers zijn gehouden de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven (art. 4 Wet Bpf).



Mr. J. Sutrisna CPL  
(freelance) pensioenjuriste,  
Nederlands Pensioenbureau

- Daartoe behoort de verplichting tot betaling van de pensioenpremies;
- het bedrijfstakpensioenfonds heeft een acceptatieplicht jegens alle werkzame personen en werkgevers in die bedrijfstak (bedrijfstakbrede acceptatieplicht);
  - het bedrijfstakpensioenfonds heeft op grond van art. 21 Wet Bpf de bijzondere bevoegdheid bij niet tijdige betaling van de premie en na aanmaning bij aangetekende brief tot het uitvaardigen van een zogeheten dwangbevel, dat een executoriale titel oplevert;
  - bestuurders van rechtspersonen worden hoofdelijk aansprakelijk gesteld ex art. 23 Wet Bpf, indien het niet betalen het gevolg is van aan hen te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Naast de rechtspersoon is ieder van de bestuurders van die rechtspersoon dus hoofdelijk aansprakelijk.

Was de werkgever ten onrechte niet aangesloten/gemeld bij het Bpf, dan kan het Bpf de premies alsnog met terugwerkende kracht vorderen. De Pensioenwet bevat geen bepaling over de verjaring van premievorderingen. Aangenomen wordt dat de verjaringstermijn van 5 jaar geldt zoals bedoeld in art. 3:308 BW. Het tijdstip

## Bpf kan premies met terugwerkende kracht vorderen

van verjaring wordt hier beïnvloed door het feit dat de werkgever zich niet heeft aangemeld bij het Bpf. Aangezien de werkgever premieplichtig is jegens het Bpf kan het premieverzuim van de werkgever voor de werknemer aanleiding zijn nakoming en/of schadevergoeding te eisen op grond van onrechtmatige daad respectievelijk toerekenbare tekortkoming in de nakoming (wanpresentie). Dit geeft de werknemer een vorderingsrecht tot herstel van schade waarvoor een verjaringstermijn geldt van 5 jaar vanaf het moment van bekend worden van de schade en van de aansprakelijke partij, met een maximum van 20 jaar (HR 10 september 1993, NJ 1993, 736, Timmermans/Bouwbedrijf Van Bergen).

De verplichtstelling brengt ook met zich mee dat de premie bij een verplicht Bpf een doorsneepremie moet zijn (art. 8, lid 1 Wet Bpf), waarmee wordt bedoeld dat er geen onderscheid in premie mag worden gemaakt op grond van met name leeftijd, geslacht of gezondheid van de deelnemer. Die doorsneepremie geldt voor alle pensioenovereenkomsten, ongeacht of het een uitkerings-, kapitaal- dan wel premieovereenkomst (art. 10 Pensioenwet) betreft. De doorsneepremie is noodzakelijk voor de solidariteit en daarmee om de inbreuk op de marktwerking, die voortvloeit uit verplichtstelling, te rechtvaardigen. De eis van de doorsneepremie geldt evenwel niet voor vrijwillige pensioenvoorzieningen (art. 8, lid 2 Wet Bpf) die aanvullend zijn op de verplichte basisregeling.

### Vrijstelling van de verplichtstelling tot deelneming

De Wet Bpf geeft de werkgever (dus niet werknemer) de mogelijkheid om aan het Bpf vrijstelling te verzoeken van de verplichte aansluiting (art. 13 Wet Bpf). De voorwaarden op grond waarvan vrijstelling wordt verleend zijn uitgewerkt in het 'Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000'. Het Bpf moet de vrijstelling verlenen, indien:

- de werkgever reeds 6 maanden een eigen pensioenvoorziening had voor het van toepassing worden van de verplicht-

- stelling op hem, óf de werkgever reeds 6 maanden een eigen pensioenvoorziening had, voordat zijn bedrijfsactiviteiten zich wijzigden, waardoor de verplichtstelling op hem kwam te vallen (vrijstelling in verband met bestaande pensioenvoorziening ingevolge art. 2 Vrijstellingsbesluit);
- de werkgever deel uit gaat maken van een concern, dat hetzij buiten de werkingssfeer van de verplichtstelling valt, hetzij reeds vrijgesteld is van de verplichting tot deelname aan het fonds (vrijstelling in verband met concernvorming ingevolge art. 3 Vrijstellingsbesluit);
- de werkgever een eigen ondernemings-CAO heeft en uit dien hoofde vrijstelling heeft verkregen van een algemeen verbindend verklaarde CAO of een algemeen verbindend verklaarde CAO niet op de werkgever van toepassing is (vrijstelling in verband met eigen CAO ingevolge art. 4 Vrijstellingsbesluit);
- het bedrijfstakpensioenfonds onvoldoende presteert op beleggingsbeleid. Dit is het geval als het rendement van de beleggingen van het Bpf over een periode van 5 jaren substantieel lager is dan het rendement van de voor die jaren gekozen normportefeuille (vrijstelling in verband met onvoldoende beleggingsrendement ingevolge art. 5 Vrijstellingsbesluit).

Bovengenoemde vrijstellingen zijn verplichte vrijstellingen, hetgeen betekent dat indien aan de vrijstellingseisen is voldaan, het Bpf gehouden is de vrijstelling te verlenen.

Art. 6 van het Vrijstellingsbesluit geeft daarnaast het Bpf de bevoegdheid om andere redenen vrijstelling op verzoek van een werkgever te verlenen. Dit is een vrijwillige of beleidsmatige vrijstelling. Het Bpf heeft hier een discretionaire bevoegdheid om zelf te bepalen of het vrijstelling verleent of niet.

Vrijstelling wordt eveneens verleend aan een persoon die gemoedsbezwaren heeft tegen iedere vorm van verzekering of aan een rechtspersoon waarbij gemoedsbezwaarden betrokken zijn (art. 14 Wet Bpf).



Het bedrijfstakpensioenfonds is bij sommige vrijstellingen verplicht hier voorschriften aan te verbinden. Zo geldt voor de vrijstelling in verband met een bestaande pensioenvoorziening (art. 2 Vrijstellingsbesluit) of vrijstelling om andere redenen (art. 6 Vrijstellingsbesluit) de eis, dat de bestaande (andere) pensioenvoorziening actuëel en financieel gelijkwaardig is aan de regeling van het bedrijfstakpensioenfonds (art. 7, lid 5 Vrijstellingsbesluit). Aan andere vrijstellingen kan het Bpf een voorschrift verbinden, onder meer inhoudende dat de werkgever een verzekeringstechnisch onderdeel (VTN) moet vergoeden (art. 7, lid 4 Vrijstellingsbesluit).

### Rechtsgang ter zake van deelneming in en uitkering uit een Bpf

Zoals gezegd, het verplichtgesteld Bpf is op grond van de verplichtstellingsbeschikking bevoegd om vast te stellen of de ongeorganiseerde werkgever al dan niet onder de werkingssfeer van de verplichtstelling valt. Het besluit van het Bpf tot verplichte deelneming is een civielrechtelijk besluit. Op grond van art. 25 wet Bpf kan de werkgever het besluit van het Bpf via de kantonrechter aanvechten. De kantonrechter beslist hier of een ongeorganiseerde werkgever gebonden is aan de verplichtstellingsbeschikking.

Een andere optie is dat de betrokken werkgever, bij wijze van een compromis, zich vrijwillig aansluit bij het verplichtgestelde Bpf op grond van art. 121 Pensioenwet. Hiermee geeft de werkgever aan dat hij zijns inziens niet onder de reikwijdte van de verplichtstellingsbeschikking valt, maar niettemin bereid is mee te werken aan een vrijwillige aansluiting.

De vrijwillige aansluiting heeft hetzelfde effect als de verplichte aansluiting. Gaat het Bpf hiermee akkoord, dan wordt een uitvoeringsovereenkomst gesloten tussen de vrijwillig aangesloten werkgever en het Bpf. Hierop zijn de principes van boek 6 BW ter zake van aanbod en aanvaarding voor een rechtsgeldige overeenkomst van toepassing. De werkgever behoudt hierdoor een zekere 'contractuele' vrijheid om te onderhandelen over de voorwaarden van het zich aansluiten bij het Bpf. Uiteraard moet de uitvoeringsovereenkomst voldoen aan art. 25 Pensioenwet dat minimumeisen stelt aan de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst.

### Rechtsgang vrijstelling van de verplichte aansluiting

Het Bpf wordt ter zake van vrijstellingsverzoeken beschouwd als een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (AWB). De werkgever die een afwijzende beschikking heeft gekregen van het Bpf op zijn verzoek om vrijstelling, kan binnen 6 weken een bezwaarschrift indienen bij het Bpf, waarna beroep bij de bestuursrechter Rotterdam (art. 26 Wet Bpf) openstaat.



### Register

In het kader van de precontractuele fase is de financieel dienstverlener, die de tweedepijler pensioenproducten adviseert richting werkgevers, volgens de Wft gehouden onder meer te onderzoeken of de werkgever verplicht aangesloten is bij een Bpf.

Ten einde te bepalen of in de branche waar de werkgever werkzaam is sprake is van een verplichtgesteld Bpf kan gebruik worden gemaakt van het register van de Nederlandsche Bank (DNB) inzake ondertoezichtstaande financiële instellingen. Bedoeld register is gepubliceerd op de website van DNB.

De financieel dienstverlener dient vervolgens de verplichtstellingsbeschikking dan wel het statuut van het Bpf grondig te analyseren, omdat daarin de werkingssfeer van de verplichtstelling, waartoe het Bpf zich uitstrekt, is omschreven.

Indien het verplichtgesteld Bpf besluit dat een werkgever verplicht aangesloten is, is de werkgever gehouden de statuten en reglementen van het Bpf na te leven. Daartoe behoort de verplichting tot betaling van de pensioenpremies. Het Bpf kan de premies alsnog met terugwerkende kracht vorderen. Het werkgeversverzuim premie te betalen kan onder omstandigheden daarnaast leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon.

### Opties

Komt het verplichtgesteld Bpf tot het besluit dat de werkgever onder de werkingssfeer van de verplichtstelling valt, dan staan de werkgever verschillende opties ter beschikking:

1. de werkgever kan ageren tegen het besluit van het verplichtgesteld Bpf tot verplichte aansluiting via art. 25 Wet Bpf, waarbij de kantonrechter bevoegd is in rechte te spreken (Rb. Rotterdam 1 december 2003, LJN A00904); of
2. de werkgever kan ook stellen dat hij niet onder de verplichtstelling valt, doch bereid is - bij wijze van een compromis - zich vrijwillig aan te sluiten bij het verplichtgesteld Bpf, mits voldaan wordt aan de in art. 121 Pensioenwet gestelde voorwaarden. In deze situatie heeft de werkgever een zekere contractuele vrijheid, omdat de rechtsverhouding tussen de vrijwillig aangesloten werkgever en het verplichtgesteld Bpf bepaald wordt door de uitvoeringsovereenkomst, waarop de principes van boek 6 BW ter zake van aanbod en aanvaarding gelden voor de totstandkoming van de overeenkomst; of
3. de werkgever kan onder bepaalde omstandigheden om vrijstelling van de verplichte aansluiting verzoeken aan het Bpf. Wordt het vrijstellingsverzoek afgewezen door het Bpf dan is de administratieve rechtsgang ex art. 26 Wet Bpf van toepassing. ■