



NOAB 5 mrt. 2019

Verplichtstellings-
problematiek
en
pensioen

Wilfred Korthouwer MPLA CCFP

WK Pensioenconsultancy B.V.

JURIDISCHE KADERS VERPLICHTSTELLING

- Wet CAO
- Wet Avv
- Wet Bpf2000, Vrijstellings- en boetebesluit, Beleidsregels toetsingskader, Regeling betreffende aanvragen
- Pensioenwet
- BW boek 3, 6 en 7
- Uitvoeringsreglementen
- Verplichtstellingsbesluiten
- Rechtspraak, jurisprudentie

BEPALINGEN BPF2000

- Minimale representativiteit belangrijke meerderheid, doorgaans minimaal 60%
- Verplichte doorsneepremie
- Slechts één bedrijfstakpensioenfonds als uitvoerder
- Gevolgen verplichtstelling; regels rondom:
 - naleven statuten en reglementen pensioenfonds
 - gegevensverstrekking door pensioenfonds
 - bijdrage
 - wijziging van statuten
 - wijziging, intrekking en vrijstelling van verplichtstelling
 - representativiteitstoets
 - gemoedsbezwaarden
 - ontheffing
 - publicaties in Staatscourant

WETTELIJKE PENSIOENPLICHT GROTE EN KLEINE VERPLICHTSTELLING

- Verplichtstelling vestigt wettelijke pensioenplicht in een bedrijfstak
- Verplichte deelneming gebaseerd op verplichtstellingsbesluit, grondslag voor deelneming niet uit hoofde van een pensioenovereenkomst
- Pensioenwet echter wel van toepassing voor functioneren van alle betrokken partijen
- Op grond van Bpf2000 grote verplichtstelling
- Op grond van CAO kleine verplichtstelling, contractuele binding versterkt door art. 9 en 12 Wet CAO

VERSCHILLEN WERKINGSFFEER CAO EN BPF

- CAO geldt voor georganiseerde werkgevers
- Bpf geldt ook voor ongeorganiseerde werkgevers en werknemers
- Werkings sfeer CAO veelal ruimer dan werkings sfeer Bpf, zowel vanuit perspectief van werkzaamheden, premiebetalingplicht als 'in hoofdzaak criterium'
- Werkings sfeerbesluiten wijzigen voortdurend
- CAO vaak op grond van uitkomsten nieuwe onderhandelingen werkgevers- en werknemersorganisaties
- Bpf vaak op grond van nieuwe ontwikkelingen, bijv. laadpalen die onder Bpf Metaal&Elektro vallen

GEEN PREMIE TOCH PENSIOEN?

Verzekeraar (vrijwillige regeling)

- niet aanmelden schending onderbrengingsplicht werkgever
- werknemer geen vordering op verzekeraar
- pensioen dient bij werkgever te worden geclaimd

➤ Bedrijfstakpensioenfondsen (verplichte regeling)

- pensioenaanspraken ontstaan rechtstreeks op grond van in pensioenreglement gestelde voorwaarden
- premiebetaling gold niet als voorwaarde voor het verkrijgen van pensioen
- geen premie wel pensioen dat kan worden geclaimd bij Pensioenfondsen
- geen verjaring tot vordering van pensioenaanspraken

WERKINGSSFEER BPF

- Werkings sfeer beschrijft het ‘domein’ waarop het bedrijf werkzaam kan zijn
- Onderscheid tussen:
 - werkings sfeer volgens verplichtstellingsbesluit
 - statutaire werkings sfeer > veelal ruimer
 - buiten-statutaire werkings sfeer > art. 121 PW vrijwillige aansluiting
- Begrip bedrijfstak niet nader omljnd > gevolg overlap van bedrijfstakken, zelfs van verschillende aard
- Bijv. Bpf Grafische bedrijven, statutaire werkings sfeer:
 - naast uitgeversbedrijf mede de papierindustrie, kunststof- en rubberindustrie, chemische- en farmaceutische industrie en overige (proces)industrie, dienstverlening, informatie- en communicatie-industrie, (technische)groothandel en de maritieme aannemerij en dienstverlening

UITLEGMETHODEN BEPALINGEN WERKINGSFEEER

- Werkings sfeer Bpf o.b.v. uitleg van bepalingen a.h.v. CAO-norm, tekst van het verplichtstellingsbesluit is de norm
- CAO-norm > objectieve maatstaven, bewoordingen
- Uitleg van begrippen in verplichtstellingsbesluit betreft een rechtsoordeel in de zin van art. 79 RO (wet Rechterlijke Organisatie)
- Soms verfijning o.b.v. algemene uitlegmethode (bedoeling), Haviltex-arrest naar hetgeen partijen over en weer in redelijkheid van elkaar mochten verwachten

SAMENLOOP WERKINGSSFEER

- Meerdere pensioenfondsen claimen verplichte aansluiting één en dezelfde onderneming
- CAO's dienen zodanig geformuleerd dat overlap wordt voorkomen
- College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde dat dubbele aansluiting niet de bedoeling van wetgever geweest kan zijn
- Hof Den Haag, 4 december 2018, uitleg Bpf VLEP en Bpf Horeca en Catering, bij discussie dienen pensioenfondsen onderling tot oplossingen te komen
- Onwenselijk nevengevolg: fiscale bovenmatigheid welke claim als eerste bij het pensioenfonds terecht komt

WERKINGSSFEER TEN AANZIEN VAN WERKGEVERS

- Bedrijfsactiviteiten als eerste bepalend
- Werkelijke activiteiten/werkzaamheden leidend, niet SBI-code KvK en sectorcode Belastingdienst
- Begrip onderneming anders dan juridische entiteit, verplichtstelling kan ook betrekking hebben op afdeling binnen onderneming
- Volgens verplichtstellingsbesluit wordt onderneming vaak gezien als zelfstandig in economisch verkeer deelnemende organisatorische eenheid
- Juridische eenheid kan bijv. in hoofdzaak buiten verplichtstelling vallen, maar een onderneming binnen de entiteit wel onder de werkingssfeer vallen
- Betalingsplicht bij formele werkgever o.b.v. art. 4 Wet Bpf

HOOFDZAAK EN KERN

- Meeste verplichtstellingsbesluiten bepalen meerderheids criterium
- Maar kan ook in statuten of CAO worden benoemd
- Veel voorkomende omschrijving ‘in hoofdzaak’ of ten minste 50%.
- Interpretatie in hoofdzaak criterium evenals werkzaamheden niet altijd even helder. In arrest 12 aug 2014 voerde PMT aan dat sprake moest zijn van relatieve meerderheid. Nu inmiddels aangepast naar uren criterium.
- In hoofdzaak meestal afhankelijk van:
 1. omzet of
 2. loon of
 3. medewerkers; uren of aantal

WERKINGSSFEER TEN AANZIEN VAN PERSONEN

- Art. 2 lid 1 Wet Bpf2000 bepaald dat ook bedrijfsgenoten zijnde werknemer of in andere hoedanigheid zoals groepen van personen onder de werkingssfeer kunnen vallen
- Juridische grondslag waarop personen werkzaam zijn doet er niet toe; kan zowel o.b.v. arbeidsovereenkomst maar ook aanneming van werk of opdracht
- Kan dus ook gelden voor zelfstandigen (bijv. dga) die geen werknemer is in de zin van de Pensioenwet
- Voor verplichte Bpf's niet bepaald dat deze overwegend voor werknemers bedoeld zijn, daarentegen beroepspensioenregeling voor overwegend werknemers niet mogelijk
- Wettelijk criterium is dat zij 'in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn'

UITLEG VERPLICHTSTELLINGSBESLUITEN VOORBEELDEN

HR 4 nov 2016 PJ2017/6 (uitzendovereenkomst)

- Toetsing art. 690-691 BW; wettekst eist niet dat bij derde te verrichten arbeid **tijdelijk** is en beoogt ook geen beperkende **allocatiefunctie** (afstemming vraag en aanbod arbeid)
- Leiding en toezicht bij opdrachtgever
- Voor payroll bedrijven niet voldaan aan bepaalbaarheidsvereiste > geen sprake van ter beschikking stellen omdat opdrachtgever de werknemers zelf werft
- Voor detacheerders niet voldaan aan bepaalbaarheidsvereiste gezien leiding en toezicht bij detacheerder liggen en niet bij opdrachtgever
- In lijn met [Lotra-uitspraak](#) d.d. 7-11-2017; hiaat in tekst besluit BpF Vervoer waarin geen criteria waren bepaald voor de 25% norm

BEVOEGDHEDEN BPF EN VERPLICHTINGEN WERKGEVER

- Bpf heeft stelplicht en bewijslast
- Bpf dient als eerste aannemelijk te maken dat een onderneming onder de werkingssfeer valt
- Pas wanneer Bpf dit aannemelijk heeft gemaakt volgt een zgn. exhibitieplicht voor de werkgever. M.a.w. verplichting om BPF toe te laten tot werkingssfeeronderzoek
- Bij handhaving dient Bpf te reageren op relevante aangeleverde gegevens ook indien deze via niet gebruikelijke weg, zoals een werkgeversportal, worden aangeleverd
- Bij achterstallige premie geen incassokosten, wel rentevordering toelaatbaar

SYSTEEM FOUTGEVOELIG



Geen synergie o.b.v. eenduidige omschrijvingen activiteiten en werkzaamheden.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID (1)

Op grond van Wet BPF2000 hoofdelijke aansprakelijkheid

- Bij verschillende werkgevers, elk van die werkgevers
- Entiteiten zonder rechtspersoon, ieder der bestuurders
- Onder bestuurder vallen ook natuurlijke personen die weer bestuurder zijn van een rechtspersoon
- Alleen van toepassing bij verplichte aansluiting
- Na (tijdige) melding betalingsonmacht bestuurder aansprakelijk indien Bpf stelt en bewijst dat sprake is van onbehoorlijk bestuur
- Zonder (tijdige) melding betalingsonmacht rechtsvermoeden van onbehoorlijk bestuur
- Bestuurder dient te bewijzen dat hij niet aansprakelijk is door aannemelijk te maken dat hem niets te verwijten valt

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID (3)

- Van betalingsonmacht is ook sprake indien onderneming wel voldoende liquide middelen heeft voor de premievordering, maar wegens andere verplichtingen hiervoor niet kan aanwenden
- Bpf legt ambtshalve premienota's op en brengt de vordering doorgaans direct onder bij een incassobureau
- Melding betalingsonmacht meestal nadat hoogte premievordering bekend is, maar kan ook rechtsgeldig zijn indien deze nog niet bekend is

Voor weerleggen van bewijsvermoeden dat betaling achterwege is gebleven niet de werkgever valt te verwijten onvoldoende

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID (4)

Voor weerleggen van bewijsvermoeden dat betaling achterwege is gebleven niet de werkgever valt te verwijten onvoldoende dat:

- (register)accountant geen premievoorziening op de balans had opgenomen
- de werkgever zijn bedrijfsactiviteiten heeft beëindigd om de premieschuld niet verder te laten oplopen
- er geen kwade opzet in het spel was, maar een oplettheid van een (administratief) medewerker

Leemtes in regeling indien:

- na jarenlange procedure de verplichtstelling komt vast te staan
- sprake was van gereede twijfel
- sprake was van een verkeerde indeling
- niet het Bpf aansluiting eist, maar via de weg van een werknemer een procedure wordt gevoerd, Bpf heeft dan regresvordering op werkgever

VERJARING EN PREMIEBETALING (1)

Verjaring van rechtsvorderingen in BW:

- Verjaringstermijn algemeen van 20 jaar, art. 3:306 BW
- Verjaringstermijn 5 jaar o.b.v. verbintenis, art. 3.307 BW; op grond van overeenkomst verjaart na 5 jaar vanaf de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden
- Verjaringstermijn 5 jaar o.b.v. betaling, art. 3.308 BW
- Verjaringstermijn 5 jaar o.b.v. schade of boete, art. 3.310 BW
- Verjaringstermijn pensioenverzekeraar 5 jaar
- Verjaringstermijn pensioenfonds; juristen niet gelijkgestemd:
 - art. 59 PW geen verjaring tegen pensioenuitvoerder t.a.v. uitkering
 - overgangsrecht voor vorderingen ontstaan voor 2007 en nog niet zijn verjaard ofwel vorderingen die op of na 1 jan 2002 opeisbaar werden
 - Prof. mr. Marc Heemskerk van mening 20 jaar

VERJARING EN PREMIEBETALING (2)

- Mede afhankelijk van bepalingen in uitvoeringsreglement c.q. uitvoeringsovereenkomst
- Onder omstandigheden o.b.v. art. 6:623 BW beroep op opschortingsrecht mogelijk indien premievordering onredelijk is
- Bpf heeft mogelijkheid tot invordering premie bij dwangbevel o.b.v. art. 21 Wet BPF2000 incl. rente, boete en aanmaningskosten
- Verzet tegen dwangbevel is mogelijk tot 30 dagen na betekening van dwangbevel dagvaarding bij kantonrechter
- Verplichting tot premiebetaling ontstaat op het moment waarop een werkgever aan de voorwaarden van verplichte deelneming voldoet
- Schadevergoeding bij vertraging van premieverzuim; wettelijke rente en evt. boete

VERJARING EN PREMIEBETALING (2)

- Mede afhankelijk van bepalingen in uitvoeringsreglement c.q. uitvoeringsovereenkomst
- Onder omstandigheden o.b.v. art. 6:623 BW beroep op opschortingsrecht mogelijk indien premievordering onredelijk is
- Bpf heeft mogelijkheid tot invordering premie bij dwangbevel o.b.v. art. 21 Wet BPF2000 incl. rente, boete en aanmaningskosten
- Verzet tegen dwangbevel is mogelijk tot 30 dagen na betekening van dwangbevel dagvaarding bij kantonrechter
- Verplichting tot premiebetaling ontstaat op het moment waarop een werkgever aan de voorwaarden van verplichte deelneming voldoet
- Schadevergoeding bij vertraging van premieverzuim; wettelijke rente, boete, koersschade en invorderingskosten

WERKINGSSFEER ONDERZOEK IN DE PRAKTIJK (1)

- In de praktijk matige controle bij loonadministratie, door accountant, pensioenverzekeraars/PPI's en ook pensioenadviseurs
- Aansluitpraktijk Bpf niet altijd even goed en wisselend per Bpf

Bpf handelt vaak als volgt:

- welkomstbrief met verzoek tot aansluiting en controleformulier
- wel of niet met terugwerkende kracht
- vrijstelling mogelijk vanuit verleden of o.b.v. actuariële gelijkwaardigheid
- aansluiting zonder terugwerkende kracht

Indien sprake van verplichtstelling kan schade –waar en mits mogelijk- worden beperkt door:

- vaststellingsovereenkomst met personeel
- vrijwaringsverklaring werkgever jegens Bpf (soort garantieverklaring)
- waardeoverdracht met terugwerkende kracht huidige pensioenuitvoerder
- goede medewerking verlenen aan Bpf
- e.e.a. waar nodig in goed overleg met pensioenfonds

WERKINGSSFEER ONDERZOEK IN DE PRAKTIJK (2)

- Onderzoek juridische structuur; organogram en onderlinge verbanden belangrijk
- Onderzoek feitelijke structuur van bedrijf
- Onderzoek activiteiten en werkzaamheden o.b.v. website, offertes/facturen, contracten met relaties, arbeidsovereenkomsten
- Onderzoek of sprake is van gedeeltelijke aansluiting bij bedrijfsonderdeel om aansluitplicht te beperken
- Onderzoek soort van afnemers, afzetmarkt > particulier of zakelijk
- Onderzoek bedrijfsontwikkelingen zoals een aanstaande fusie

Nuttige links:

[Bpf werkingssfeerbesluiten](#)

[CAO zoeken o.b.v. selectiecriteria](#)

AANSPRAKELIJKHEID NALATEN BPF-CHECK VERZEKERAAR, PENSIOENADVISEUR EN ACCOUNTANT/ADVISEUR

- Aanvullende werking redelijkheid en billijkheid o.b.v. BW
 - precontractuele zorgplicht geldt tevens voor verzekeraar en pensioenadviseur
 - zorgplicht (informatieplicht)
 - Gebruik

- T.b.v. verzekeraar/pensioenadviseur Wft art. 4:23, evt. verplichte premieafdracht beïnvloed financiële positie klant en tevens Leidraad pensioenadvisering

- T.b.v. accountant/boekhouder art. 2:362 lid 1 BW; jaarrekening dient inzicht te geven in vermogenspositie en resultaat; daarvan is geen sprake indien geen rekening met premieafdracht Bpf rekening is gehouden

- Mede afhankelijk van aard opdracht

- Rechtspraak leidt gaandeweg tot hoger aansprakelijkheidsrisico

BPF AUDIT (1)

- Gefaseerd onderzoek / due diligence
- Geringe kosten per dossier in 1^e en 2^e fase
- Prioritering dossier in risicoklasse
- Na 1^e fase onderscheid in wel of geen sprake van raken van de werkingssfeer uitkomst:
 1. duidelijk geen verplichtstelling
 2. bepaalde werkzaamheden raken werkingssfeer, nader onderzoek nodig
- Na 2^e fase met name onderzoek naar ‘in hoofdzaak’ criterium en schade mitigerende mogelijkheden
 3. sprake van in hoofdzaak, met eigen pensioenregeling, geringe terugwerkende kracht
 4. sprake van in hoofdzaak, zonder eigen regeling, lange terugwerkende kracht
- In samenwerking met advocaat voor opstellen overeenkomsten en eventuele juridische vervolgprocedure

BPF AUDIT (2)

- Mede afhankelijk van wijze waarop CAO/BPF (tussentijdse)controle is uitgevoerd doorgaans meer dossiers waar sprake is van:
 1. verplichte aansluiting zonder bestaande eigen regeling
 2. verplichte aansluiting met bestaande eigen regeling (o.a. vraag of deze actuariëel gelijkwaardig is en of deze voor de verplichting is gestart)
 3. onjuiste aansluiting zonder verplichting; Bpf is verplicht om aansluiting te beëindigen
 4. aansluiting bij verkeerd pensioenfonds
 5. aansluiting bij verkeerd onderdeel pensioenfonds
 6. bedrijfsonderdelen of personen die bij (ander) pensioenfonds thuishoren

- Na BPF audit begeleiding en advies in vervolgstappen zoals:
 - schade mitigerende maatregelen; overdracht bestaande pensioenkapitaal, vaststellingsovereenkomsten, overleg met werkgever en werknemers
 - overleg met pensioenfonds om tot oplossing te komen
 - mogelijke organisatorische/bedrijfsmatige wijzigingen ter voorkoming toekomstige verplichtstelling
 - toetsing actuariële gelijkwaardigheid bij bestaande uitkeringsregeling



Bedankt voor uw aandacht!

Wilfred H. Korthouwer MPLA CCFP

wilfred@wkpensioenconsultancy.nl

T 0251-673633

M 06-19620457