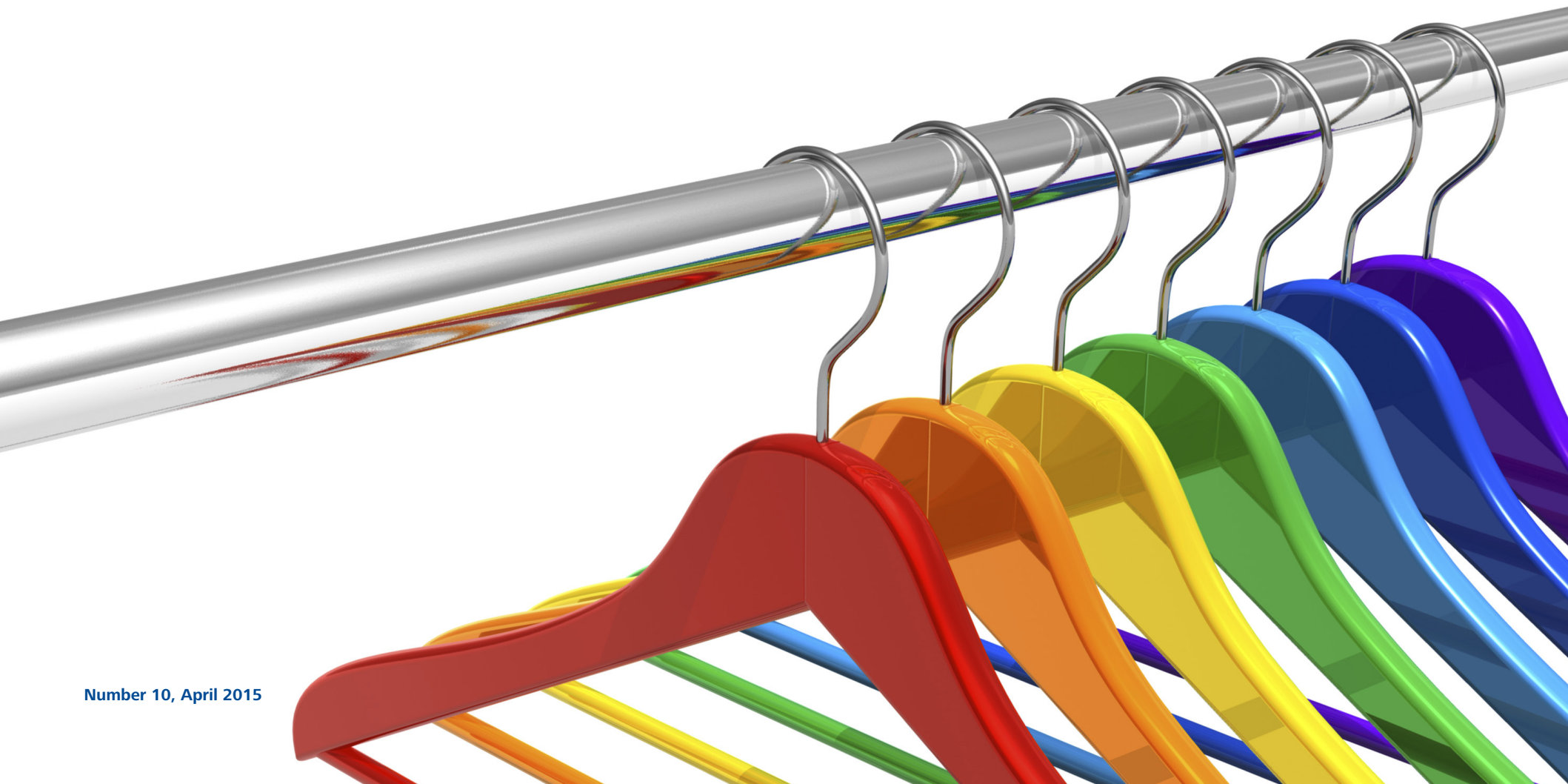


Update
De verplichtstelling door de bedrijfstakpensioenfondsen



De verplichtstelling door de bedrijfstakpensioenfondsen

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft aangekondigd vanaf 1 januari 2015 een onderzoek te starten naar de maatregelen die bedrijfstakpensioenfondsen hebben getroffen om het risico op onvolledige aansluiting van werkgevers te beperken. Wanneer een werkgever onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt, is deze namelijk verplicht om (enkele uitzonderingen daargelaten) zich aan te sluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds. Wanneer een werkgever hier niet naar handelt, kan dit grote financiële gevolgen hebben.

Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

Een bedrijfstakpensioenfonds is de pensioenuitvoerder voor één of meer bedrijfstakken. De bedrijfsactiviteiten die tot een bepaalde bedrijfstak behoren, worden vastgesteld door sociale partners. Op het moment dat door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een zogenoemd verplichtstellingsbesluit wordt afgegeven, heeft dit tot gevolg¹ dat alle ondernemingen (veelal werkgevers) en werknemers uit een bepaalde bedrijfstak verplicht zijn om deel te nemen in het bedrijfstakpensioenfonds. Dit geldt voor zowel georganiseerde als ongeorganiseerde werkgevers. Het kan dus zijn dat een werkgever niet onder een cao valt, maar wel verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds. Voorbeelden van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn die in de metaal-, horeca- of bouwbranche en bijvoorbeeld die van de apotheken, de detailhandel en de uitzendbranche. In totaal zijn er in Nederland meer dan zeventig bedrijfstakpensioenfondsen, waarvan het merendeel verplicht is gesteld.

Of een werkgever onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds valt, is dus afhankelijk van de zogenoemde werkingssfeerbepalingen van het bedrijfstakpensioenfonds. Hierin staat beschreven welke bedrijfsactiviteiten behoren tot de bedrijfstak waarvoor het bedrijfstakpensioenfonds is opgericht en welke ondernemingen hieronder vallen.² Voor het bedrijfstakpensioenfonds vormen deze bepalingen de 'kapstok' op grond waarvan het een werkgever kan verplichten pensioenpremies af te dragen. Voor het bedrijfstakpensioenfonds is dit belangrijk, omdat de pensioenaanspraak voor een werknemer 'automatisch' (door de activiteiten van de werkgever en de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds) tot stand komt. De pensioenaanspraak voor de werknemer is hierbij niet afhankelijk van de vraag of de werkgever zich bij het pensioenfonds heeft aangemeld en premies heeft betaald. Het risico bestaat dus dat een bedrijfstakpensioenfonds wordt geconfronteerd met werknemers, of nabestaanden van werknemers, die een pensioenaanspraak eisen zonder dat daar premie voor is betaald.

¹ Op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf).

² Voor beroepspensioenfondsen geldt nagenoeg hetzelfde. Een beroepspensioenfonds is een fonds voor één bepaalde beroepsgroep. Als voor een beroepsgroep een beroepspensioenregeling geldt, dan zijn alle beroepsgenoten wettelijk verplicht zich bij dat pensioenfonds aan te sluiten. Hierbij valt te denken aan huisartsen en notarissen. In dit stuk beperken we ons tot het bedrijfstakpensioenfonds.

Een werkgever dient aan de hand van de werkingsfeerbepalingen te toetsen of sprake is van een verplichte aansluiting. Lang niet in alle situaties is in één oogopslag duidelijk of sprake is van een verplichte deelname. Heerst er onduidelijkheid, dan moeten de feiten en omstandigheden (denk bijvoorbeeld aan arbeidsovereenkomsten, debiteuren, crediteuren, opdrachtovereenkomsten, omzetcijfers) beoordeeld worden.

Zowel bedrijfstakpensioenfondsen als werkgever moet opletten

Omdat een bedrijfstakpensioenfonds kan worden geconfronteerd met pensioenaanspraken waarvoor geen premies zijn betaald, dient het zelf maatregelen te nemen om dit risico te verkleinen. Op grond van veelal openbare informatie (bijv. Kamer van Koophandel, UWV, websites, publicaties) onderzoekt het fonds welke werkgevers mogelijk onder de verplichtstelling vallen. De DNB onderzoekt momenteel bij een tiental bedrijfstakpensioenfondsen hoe zij op dit moment omgaan met het risico op onvolledige aansluiting. Inmiddels zijn er diverse partijen die, in opdracht van een bedrijfstakpensioenfonds, actief speuren naar niet aangesloten werkgevers. Is een bedrijfstakpensioenfonds van mening dat een onderneming onder de verplichtstelling valt, dan zal het deze onderneming actief benaderen voor nader onderzoek. Dit kan door het sturen van vragenbrieven om zo tot meer inzicht te komen. Wordt vervolgens geconcludeerd dat sprake is van verplichte deelneming, dan zal het bedrijfstakpensioenfonds een premienota versturen. Deze premienota kan fors hoog uitvallen, omdat het bedrijfstakpensioenfonds het recht heeft om met terugwerkende kracht premies te vorderen.

De pensioenaanspraak ontstaat automatisch, ook als werkgever zich niet heeft aangemeld en geen premies heeft betaald

De premie bedraagt soms € 40.000 tot € 50.000 per werknemer. Deze terugwerkende kracht gaat in principe terug tot het moment waarop de bedrijfsactiviteiten van de onderneming onder de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds vallen.

Voor een werkgever is het dus belangrijk om zelf alert te zijn en te blijven. Hij is immers verantwoordelijk voor de onderneming. Meestal is een werkgever die ten onrechte niet deelneemt aan een bedrijfstakpensioenfonds zich hier niet van bewust. In veel situaties wijzigen in de loop der jaren de activiteiten van een onderneming. Dit kan bijvoorbeeld door een geleidelijke wijziging in de bedrijfsvoering. Denk bijvoorbeeld aan de groenteboer die in de loop der jaren zijn onderneming wat heeft uitgebreid, zodat de streekproducten nu niet alleen bij hem gekocht kunnen worden, maar ook geproefd in de vorm van gerechten die hij serveert aan gezellige tafeltjes in de winkel. Hierbij heeft wellicht in de loop der jaren een verschuiving plaatsgevonden van verplichte deelname in het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Agrarische en Voedselvoorzieningshandel naar het Pensioenfonds voor Horeca & Catering. Maar een uitbreiding van de onderneming, bijvoorbeeld door overname van andere bedrijven, kan tot een dermate grote wijziging van de bedrijfsactiviteiten leiden, dat deze onder een andere verplichtstelling gaan vallen.

Niet alleen de werkgever dient alert te blijven, ook zijn adviseurs. Zo is een pensioenadviseur bij zijn advies over een pensioenregeling wettelijk verplicht om na te gaan of er wellicht sprake is van een verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds. Ook voor een accountant is het van groot belang kritisch te oordelen over de pensioensituatie van zijn cliënt.

Risico's voor werkgevers

Stelt een bedrijfstakpensioenfonds zich op het standpunt dat sprake is van verplichte deelneming, dan kan dit voor een werkgever grote financiële gevolgen hebben. Zoals al werd aangegeven, kunnen navorderingen van pensioenpremies plaatsvinden tot het moment dat de bedrijfsactiviteiten van de onderneming onder de verplichtstelling zijn gaan vallen.

Niet zelden heeft een werkgever al een pensioenregeling gesloten bij een andere pensioenuitvoerder/verzekeraar. Dit gegeven zal het bedrijfstakpensioenfonds in eerste instantie er niet van weerhouden zijn vordering op te leggen. De werkgever wordt dus geconfronteerd met een nota voor het bedrijfstakpensioenfonds naast de kosten voor de bestaande pensioenregeling. Daarbovenop wordt hij geconfronteerd met het feit dat er feitelijk sprake is van een fiscaal bovenmatige pensioenregeling voor zijn personeel. Immers, zoals aangegeven, komt een pensioenaanspraak voor een werknemer bij een bedrijfstakpensioenfonds 'automatisch', en dus zonder premiebetaling, tot stand. Werknemer heeft dus wellicht zowel een pensioenaanspraak jegens de huidige pensioenuitvoerder van de werkgever als jegens het bedrijfstakpensioenfonds.

De werkgever staat in deze situatie voor een zware klus. Beoordeeld zal moeten worden of het bedrijfstakpensioenfonds het bij het juiste eind heeft. Dat lang niet altijd volstrekt duidelijk is wat de grenzen zijn van een verplichtstellingsbeschikking, bewijst de jurisprudentie. Recentelijk werd er na jaren van procederen (over cao en pensioen) pas een beslissing genomen over een bedrijf dat was gericht op het aanbrengen van geleiderails. Viel dit bedrijf nu onder de werkingssfeer van de bedrijfstakregelingen van de bedrijfstak Bouw of van de bedrijfstak Metaal en Techniek? Uiteindelijk besliste de rechter dat bedrijfstak Metaal en Techniek van toepassing was.

Blijkt dat het bedrijfstakpensioenfonds in zijn recht staat, dan is het voor de werkgever van belang de juiste juridische weg te bewandelen om zo wellicht te kunnen concluderen dat recht bestaat op een vrijstelling van verplichte deelname, dan wel dat de termijn waarover het bedrijfstakpensioenfonds premies wil navorderen (deels) verjaard is. De verjaringstermijn voor een rechtsvordering is namelijk in principe twintig jaar, maar de meest gangbare rechtsvordering voor onder andere periodieke premiebetalingen bedraagt vijf jaar.

Ook is daar dan nog de pensioenregeling bij de andere pensioenuitvoerder/verzekeraar. De afgedragen pensioenpremies en aldaar opgebouwde pensioenaanspraken kunnen niet zomaar met terugwerkende kracht 'ongedaan' gemaakt worden om fiscale bovenmatigheid van de pensioenregeling en de daaruit volgende fiscale en financiële consequenties te voorkomen. Met de werkgever, de pensioenuitvoerder/verzekeraar en (indien hiertoe bereid) het bedrijfstakpensioenfonds zal onderhandeld moeten worden over een mogelijke oplossing. Zonder uitpuittend te willen zijn over de risico's is het nog wel belangrijk om te realiseren dat uiteindelijk een bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld kan worden voor de afdracht van de pensioenpremies.

Navordering van pensioenpremies kan plaatsvinden tot het moment dat de bedrijfsactiviteiten onder de verplichtstelling zijn gaan vallen

Vrijstellingen van aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds

Is een werkgever dan te allen tijde verplicht om deel te nemen in een bedrijfstakpensioenregeling? Nee, een bedrijfstakpensioenfonds kan vrijstelling van deelname verlenen. In het 'Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000' zijn zogenoemde 'verplichte' en 'vrijwillige' vrijstellingsgronden opgenomen. Wordt door een werkgever voldaan aan de voorwaarden van een 'verplichte' vrijstellingsgrond, dan dient het bedrijfstakpensioenfonds (al dan niet op verzoek van de werkgever) vrijstelling te verlenen. De 'verplichte' vrijstellingsgronden kunnen als volgt worden omschreven:

1. aanwezigheid van een reeds bestaande pensioenregeling;
2. groepsvorming;
3. een eigen cao;
4. onvoldoende beleggingsrendement.

Daarnaast is het bedrijfstakpensioenfonds bevoegd om op andere gronden vrijwillig een vrijstelling te verlenen. Het verkrijgen van een vrijstelling is niet altijd eenvoudig. Aan de hand van feiten en omstandigheden zal het bedrijfstakpensioenfonds overtuigd moeten worden van het feit dat het de vrijstelling dient te verlenen. Aan een verleende vrijstelling zijn specifieke voorwaarden verbonden. Een van de meest bekende voorschriften is dat de pensioenregeling van de werkgever te allen tijde ten minste financieel en actuair gelijkwaardig dient te zijn aan die van het bedrijfstakpensioenfonds. Wijzigingen in de regeling van het bedrijfstakpensioenfonds of die van de vrijgestelde werkgever kunnen een tussentijdse toetsing noodzakelijk maken.

Uiteindelijk kan een bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de afdracht van pensioenpremies

Alertheid geboden

Een (on)bewust standpunt van een onderneming dat aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds niet verplicht is, dient zeer kritisch beoordeeld te worden. Blijkt het standpunt niet juist te zijn, dan kunnen de financiële gevolgen groot zijn: van betaling van achterstallige premies tot aan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

DNB heeft aangegeven actief te onderzoeken hoe bedrijfstakpensioenfondsen omgaan met de risico's ten aanzien van niet aangesloten werkgevers. De resultaten, tips en trucs zullen ook zeker gedeeld gaan worden met de bedrijfstakpensioenfondsen die in eerste instantie niet in het onderzoek van DNB betrokken zullen worden. Dit gegeven, naast het feit dat externe opsporingsbureaus op de markt opereren die de bedrijfstakpensioenfondsen niet alleen ondersteunen in hun zoektocht naar niet aangesloten werkgevers maar ook in eventuele procedures, maakt dat werkgevers en adviseurs nog alerter moeten zijn als het gaat om pensioen.

Contact

Carina Houwen
chouwen@deloitte.nl
+31 (0)88 288 0160

Robert-Jan Hamersma
rhamersma@deloitte.nl
+31 (0)88 288 7866

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee (“DTTL”), its network of member firms, and their related entities. DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL (also referred to as “Deloitte Global”) does not provide services to clients. Please see www.deloitte.nl/about for a more detailed description of DTTL and its member firms.

Deloitte provides audit, consulting, financial advisory, risk management, tax and related services to public and private clients spanning multiple industries. With a globally connected network of member firms in more than 150 countries and territories, Deloitte brings world-class capabilities and high-quality service to clients, delivering the insights they need to address their most complex business challenges. Deloitte’s more than 210,000 professionals are committed to becoming the standard of excellence.

This communication contains general information only, and none of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, its member firms, or their related entities (collectively, the “Deloitte network”) is, by means of this communication, rendering professional advice or services. No entity in the Deloitte network shall be responsible for any loss whatsoever sustained by any person who relies on this communication.