

# Aansprakelijkheid van een verplicht gesteld bpf<sup>1</sup>

P&P  
nr. 5 2012

14



**Teun Huijg**

*is pensioenrechtadvocaat bij Stibbe*

**De Nederlandsche Bank (DNB)<sup>2</sup> stelt zich op het standpunt dat een pensioenuitvoerder te allen tijde verplicht zou zijn de pensioenovereenkomst van niet-aangemelde werknemers uit te voeren. Partijen zouden in de uitvoeringsovereenkomst niet mogen afspreken dat de uitvoerder alleen verplicht is een pensioenovereenkomst uit te voeren nadat de desbetreffende werknemer daadwerkelijk is aangemeld.**

In een vorige uitgave van P&P (2012-1/2) bekritiseerde ik dit standpunt van DNB. Tegelijkertijd kondigde ik aan dat ik in deze uitgave in zou gaan op de vraag of DNB's standpunt ook onjuist is voor bedrijfstakpensioenfondsen.<sup>3</sup> Voordat ik dat doe, zet ik eerst nog even kort DNB's standpunt uiteen, gevolgd door mijn voornaamste bezwaren tegen DNB's standpunt voor zover het ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars betreft.

## RESUMÉ

Volgens DNB kan een pensioenuitvoerder zich niet achter een aangesloten werkgever verschuilen indien die werkgever haar werknemer niet heeft aangemeld bij de pensioenuitvoerder. DNB baseert dat op artikel 5 van de Pensioenwet (PW). Artikel 5 PW impliceert dat de precontractuele mededelingsplicht uit artikel 7:928 BW van toepassing is op de werkgever. De werkgever moet op grond van die plicht, kort gezegd, de uitvoerder informeren over die feiten die voor de uitvoerder van belang zijn bij haar beslissing wel of niet een uitvoeringsovereenkomst met de werkgever aan te gaan. Het bestaan van

de werknemer zou eventueel als zo'n feit kunnen worden beschouwd. Tegelijkertijd impliceert artikel 5 PW dat de pensioenuitvoerder niet (of niet volledig) beschikt over de algemene verzekeringsrechtelijke sanctiemogelijkheden uit artikelen 7:929 en 930 BW indien voornoemde precontractuele mededelingsplicht wordt geschonden door de werkgever. Die sanctiemogelijkheden bestaan onder andere uit het laten vervallen van de uitkering. Volgens DNB zou uit het feit dat artikel 5 PW deze sanctiemogelijkheden buiten toepassing verklaart, volgen dat een pensioenuitvoerder verplicht is de pensioenovereenkomst van een werknemer uit te voeren, ongeacht of de werkgever hem heeft aangemeld of niet. Dat zou zelfs zo zijn indien de uitvoerder en werkgever expliciet in de uitvoeringsovereenkomst hebben afgesproken dat de uitvoerder in dat geval niet tot uitvoering hoeft over te gaan. Zo'n afspraak noem ik hierna een aansprakelijkheidsuitsluiting.

DNB's standpunt is naar mijn mening ten aanzien van ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars om verschillende redenen onjuist. Eén in mijn ogen belangrijk punt

is dat de wet geen bepaling bevat die de pensioenuitvoerder en de werkgever verbiedt een aansprakelijkheidsuitsluiting overeen te komen. Op dat punt heerst volledige contractsvrijheid. Dat de sanctiemogelijkheden uit artikelen 7:929 en 930 BW door artikel 5 PW zijn 'weggeschreven', maakt dat niet anders. Die sanctiemogelijkheden zeggen namelijk niets over wat wel of niet in een verzekerings- c.q. uitvoeringsovereenkomst mag worden opgenomen. De sanctiemogelijkheden zijn bedoeld om onder een eenmaal gemaakte afspraak uit te kunnen komen indien de informatievoorziening ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gebrekkig en/of onvolledig was. Dat de sanctiemogelijkheden niet van toepassing zijn op een uitvoeringsovereenkomst maakt dan ook niet een aansprakelijkheidsuitsluiting strijdig met de wet. Ook uit de wetsgeschiedenis volgt dat DNB's standpunt niet juist is. De wetgever heeft de pensioenuitvoerder en de werkgever juist willen stimuleren duidelijke afspraken met elkaar te maken omtrent o.a. gegevensverstrekking (bijvoorbeeld het aanmelden van een werknemer). Op die manier zou duidelijk worden wie welke verantwoordelijkheid draagt. Naar mijn mening kan dat ook betekenen dat partijen een aansprakelijkheidsuitsluiting in de uitvoeringsovereenkomst opnemen. Zolang maar duidelijk uit de overeenkomst blijkt wie welke verantwoordelijkheid draagt.

#### **(CONTRACTS)VRIJHEID**

De wet bevat ook voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen geen expliciete bepaling die een aansprakelijkheidsuitsluiting verbiedt. In beginsel geldt op dat gebied dus ook contractsvrijheid. Die vrijheid komt echter wel alleen het fondsbestuur toe (en indirect dus uiteindelijk ook de sociale partners).<sup>4</sup> De individuele werkgever heeft die vrijheid niet. Die is immers op grond van artikel 4 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (**Wet Bpf 2000**) verplicht de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven. Wellicht is het daarom ook beter om te spreken over vrijheid in plaats van contractsvrijheid. Deze vrijheid duidt er op dat het fondsbestuur bevoegd is een aansprakelijkheidsuitsluiting op te nemen in haar reglementen en/of statuten.

#### **WETSGESCHIEDENIS**

In mijn vorige bijdrage haalde ik mede uit de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet argumenten ter verdediging van mijn stelling dat DNB's standpunt onjuist is voor wat betreft ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars. Die wetsgeschiedenis heeft met name betrekking op artikel 25 PW. Dat artikel bepaalt waar een uitvoeringsovereenkomst inhoudelijk aan moet voldoen. In de uitvoeringsovereenkomst moet onder andere zijn vastgelegd welke informatie door de werkgever aan de uitvoerder moet worden verstrekt. In de parlementaire geschiedenis van artikel 25 PW is te lezen dat de wetgever het in de rede vindt liggen dat de werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt indien de werkgever verzuimd

heeft hem aan te melden, terwijl de werkgever daartoe wel verplicht is op grond van de uitvoeringsovereenkomst.<sup>5</sup>

Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds sluit weliswaar geen uitvoeringsovereenkomsten, maar haar uitvoeringsreglement moet volgens artikel 23 lid 2 sub b PW voldoen aan dezelfde inhoudelijke normen. Er valt daarom veel voor te zeggen dat ook voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldt dat in ieder geval uit de wetsgeschiedenis van artikel 25 PW volgt dat een bedrijfstakpensioenfonds in haar statuten en/of reglementen een aansprakelijkheidsuitsluiting kan opnemen. Een aansprakelijkheidsuitsluiting leidt tot sluitende 'afspraken' omtrent de gegevens die over en weer moeten worden verstrekt en expliciteert wie welke verantwoordelijkheid draagt. Dat is naar mijn mening geheel in overeenstemming met wat de wetgever heeft beoogd.<sup>6</sup>

De wetsgeschiedenis bevat echter ook passages die – in relatie tot de hierna te bespreken ratio van de verplichtstelling – pleiten voor het standpunt van DNB. Ik doel hier op de passages betreffende het zogenaamde principe 'geen premie, wel pensioen'.<sup>7</sup> Dit principe komt er op neer dat een pensioenfonds zich niet zou mogen beroepen op het feit dat geen premies zijn betaald indien een werknemer bij haar aanklopt voor pensioenopbouw over het verleden. Het principe is niet vastgelegd in een wettelijke bepaling. Het kan alleen uit de wetsgeschiedenis<sup>8</sup> gedestilleerd worden en een enkele uitspraak.<sup>9</sup> In de memorie van toelichting van de Pensioenwet wordt bijvoorbeeld expliciet vermeld dat in de statuten en reglementen van een pensioenfonds geen algemeen beding mag worden opgenomen waarin het recht op uitkering afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of de premies zijn betaald.<sup>10</sup> Ter rechtvaardiging van dit principe verwijst de wetgever onder andere naar het systeem van de Wet Bpf 2000.<sup>11</sup> Naar ik meen doelt de wetgever hierbij op de doelen die een verplichtstelling in het algemeen beoogt te realiseren. Ik zet die hieronder uiteen.

#### **DE RATIO VAN DE VERPLICHTSTELLING**

Deelname in bedrijfstakpensioenfondsen wordt om verschillende redenen verplicht gesteld. Ten eerste wordt met de verplichtstelling de zogenaamde witte en grijze vlekken tegengegaan. Anders gezegd, de verplichtstelling draagt bij aan de vermindering van het aantal werknemers dat geen aanvullend pensioen opbouwt. Paragraaf 1 van de Beleidsregel Toetsingskader Wet Bpf 2000<sup>12</sup> - dat het doel van de verplichtstelling omschrijft - noemt dit als enig doel.

Ten tweede geldt door de verplichtstelling in de gehele bedrijfstak één pensioenregeling, waardoor wordt voorkomen dat geconcurrereerd wordt op arbeidsvoorwaarden.<sup>13</sup> De angst is dat indien geen verplichtstelling zou gelden, werkgevers geen pensioenregeling - of in vergelijking tot hun concurrentie een slechtere pensioenregeling - aan hun werknemers zouden aanbieden.

Ten derde creëert de verplichtstelling risicosolidariteit. Door iedereen in de bedrijfstak verplicht te laten deelnemen, wordt voorkomen dat alleen personen met verzekerings-technisch slechte risico's zich bij het bedrijfstakpensioenfonds aansluiten tegen hoge tarieven. De personen met gunstige risico's zouden bij afwezigheid van de verplichtstelling zich afzijdig houden en zo zou het bedrijfstakpensioenfonds bloedeloos worden, aldus de wetgever.<sup>14</sup> Bij de totstandkoming van de wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds in 1949 werd met name nog gedacht aan solidariteit tussen jong en oud.<sup>15</sup> Thans wordt hieronder ook begrepen solidariteit tussen zieke/arbeidsongeschikte en gezonde werknemers en tussen grote en kleine ondernemingen.<sup>16</sup> Wat betreft dat laatste bestaat namelijk de vrees dat ondernemingen met een jong en gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht, geneigd zouden zijn hun pensioenregeling bij een andere uitvoerder onder te brengen onder gunstigere (financiële) voorwaarden indien hun verzekeringstechnische risico's beter zijn in vergelijking tot het gemiddelde in hun bedrijfstak.<sup>17</sup> Het bedrijfstakpensioenfonds zou dan met de slechte risico's achterblijven. Daardoor zou het bedrijfstakpensioenfonds niet meer tegen aanvaardbare kosten de pensioenregeling kunnen uitvoeren.<sup>18</sup>

De doelen die met een verplichtstelling worden nagestreefd, zijn derhalve (i) het voorkomen van witte en grijze vlekken, (ii) het voorkomen dat wordt geconcurrereerd op de pensioenregeling en (iii) het creëren van een bedrijfstakbrede risicosolidariteit. Een statutaire en/of reglementaire aansprakelijkheidsuitsluiting ondermijnt naar mijn mening voornoemde doelen.<sup>19</sup>

Overigens, ik ben mij er bewust van dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis het principe 'geen premie, wel pensioen' niet met zoveel woorden heeft beperkt tot verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. Dat maakt mijns inziens echter niet dat ondernemingspensioenfonds dus niet mogen werken met een contractuele aansprakelijkheidsuitsluiting, zoals ik in de vorige P&P wel heb bepleit. Uit de wetgeschiedenis wordt in feite alleen maar ingegaan op het principe in relatie tot bedrijfstakpensioenfonds.<sup>20</sup> Dit 'principe' is in de wetgeschiedenis – en zeker niet in de rechtspraak – uitgewerkt ten aanzien van ondernemingspensioenfonds. Daarom meen ik dat de redenen die ik heb uiteengezet in mijn eerdere artikel zwaarder wegen dan dit 'principe' (zover daar al van gesproken kan worden).

#### TOT SLOT

Eerder betoogde ik dat het ondernemingspensioenfonds en verzekeraars vrijstaan een contractuele aansprakelijkheidsuitsluiting met werkgevers overeen te komen. Ten aan-

zien van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds ben ik aanzienlijk minder zeker. Er is geen wettelijke bepaling die statutaire en/of reglementaire aansprakelijkheidsuitsluitingen verbieden. Bovendien zou ook op grond van de parlementaire geschiedenis aangaande artikel 25 PW gesteld kunnen worden dat de wetgever niet beoogd heeft dergelijke uitsluitingen te verbieden. Wat dat betreft zijn verplichte bedrijfstakpensioenfonds dus niet anders dan de andere uitvoerders. Toch ben ik – enigszins voorzichtig – van mening dat aansprakelijkheidsuitsluitingen bij bedrijfstakpensioenfonds niet toegestaan zijn.<sup>21</sup> Dergelijke uitsluitingen lijken namelijk in strijd te zijn met de doeleinden die een verplichtstelling beoogt te realiseren.

#### Noten

- 1 Ten tijde van het schrijven van dit artikel waren de kamervragen van Tweede Kamerlid Omtzigt (en de antwoorden daarop) nog niet bekend. Vgl. Aangangsel Handelingen II 2011/12, nr. 1784 en Kamervragen II 2011/12, vraag nr. 2012Z06737.
- 2 Zie de Q&As van 10 november 2011 met de titels: 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder' (<http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp>) en: 'Collectieve waardeoverdracht liquiderende pensioenfonds' (<http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224398.jsp>).
- 3 Ik beperk mij tot verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. Voor vrijwillige bedrijfstakpensioenfonds geldt naar mijn mening hetzelfde als voor ondernemingspensioenfonds en verzekeraars.
- 4 Gesteld zou nog kunnen worden dat deze vrijheid door artikel 2 lid 3 Wet Bpf 2000 wordt ingeperkt, omdat arbitrale bedingen niet onder een verplichtstelling kunnen vallen. Strikt genomen is dat echter geen inperking van de vrijheid die op het fondsbestuur rust.
- 5 Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 58.
- 6 Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 58.
- 7 Zie o.a. Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 63, Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 15, p. 18, 24, 25 en 60, Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 17, p. 37, 44 en 45. Zie over dit principe ook: H. Tachikirt en K.Y. Lau, 'Pensioenpremies niet betaald, toch pensioen?', PM 2010, nr. 4 n J.V. Vreugdenhil, 'De Pensioenwet en premieverzuim', P&P 2008, nr. 4.
- 8 Zie noot 7.
- 9 Vgl. Ktr Amsterdam 4 april 2008 en 6 augustus 2008, PJ 2009/16. Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, PJ 2009/67, r.o. 4.12.4.
- 10 Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 63.
- 11 Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 63 en Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 17, p. 44.
- 12 Stort 2011, 22535.
- 13 Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5, p. 12 en Kamerstukken II 1996/97, 25104, nr. 1, p. 7.
- 14 Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5, p. 12.
- 15 Handelingen II 1948/49, 785, p. 1101.
- 16 Kamerstukken II 1996/97, 25104, nr. 1, p. 6.
- 17 Kamerstukken II 1996/97, 25104, nr. 1, p. 7.
- 18 HvJ EU 21 september 1999, C-219/97 (Drijvende Bokken), PJ 1999/94 r.o. 98.
- 19 Zie in gelijke zin: Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 17, p. 44.
- 20 Hetzelfde constateert R.A.C.M. Langemeijer in Pensioenwet, Analyse en commentaar, 3e druk, p. 372-373, Deventer: Kluwer 2010. Overigens, ziet Langemeijer (ook) geen overtuigende reden het principe 'geen premie, wel pensioen' van toepassing te laten zijn op bedrijfstakpensioenfonds.
- 21 Gelijk aan de uitzondering op het principe 'geen premie, wel pensioen', zou dat nog anders kunnen zijn bij boze opzet.