

Geen premie, wel recht

'Geen premie, wel recht': klopt dat wel?

Algemeen geaccepteerd is dat bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen wel pensioenaanspraken en pensioenrechten moeten worden verleend ook als er voor deze aanspraken en rechten geen premies zijn afgedragen. Ook wel bekend als het adagium *'geen premie, wel recht'*. De vraag is wel of hier een (wettelijke) grondslag voor is.

DOOR EDWIN SCHOP

'Geen premie, wel recht'

Het algemene uitgangspunt is dat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen niet is toegestaan om uit te gaan van het principe 'geen premie, geen recht'. Zoals dat wel van toepassing is voor verzekeraars. Voor verzekeraars en premiepensioeninstellingen (PPI) geldt namelijk het adagium 'geen premie, geen pensioen' als uitgangspunt (althans, De Nederlandsche Bank (DNB) is ten aanzien van niet door de werkgever aangemelde werknemers anderszins van mening (zie 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder', Q&A 01153 – wat aanleiding was tot het stellen van Kamervragen en in de literatuur voor reuring heeft gezorgd, maar dat is niet het onderwerp van dit artikel). Pensioenverzekeraars hebben niet de mogelijkheid om af te stempelen. Zij moeten wat is verzekerd ook daadwerkelijk uitkeren. Een uitzondering kan van toepassing zijn op dit uitgangspunt, en is beschreven in art. 29 Pensioenwet (PW). Zo dient de verzekeraar of PPI wel aan zijn mededelings- en incassoplicht voldaan te hebben, voordat de opbouw van pensioenaanspraken kan worden beëindigd. Een verzekeraar of PPI kan dus bedingen dat premiebetaling voorwaarde is voor de opbouw van pensioenaanspraken. Dit moet dan wel duidelijk blijken uit het pensioenreglement en ook zal de verzekeraar of PPI de nodige inspanningen moeten hebben verricht om de premies te innen. Bij de uitleg van de diverse relevante bepalingen van het pensioenreglement moet het de deelnemer duidelijk zijn dat het risico van wanbetaling door de werkgever van de pensioenpremies bij de deelnemer ligt.

Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldt (in het kort): ook al is er voor een deelnemer aan het pensioenfonds geen premie betaald, het pen-

sioenfonds heeft dan toch de verplichting de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten toe te kennen. Daarmee loopt het bedrijfstakpensioenfonds het risico dat het collectief wordt benadeeld. In de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van de Pensioenwet maakte de wetgever een onder-

Bedrijfstakpensioenfondsen spannen zich daarom tot het uiterste in om werkgevers in de sector op te sporen die wel verplicht zijn deel te nemen maar dat nog niet doen.

scheid tussen pensioenfondsen en pensioenverzekeraars. Dat komt doordat pensioenfondsen mogen afstemmen en pensioenfondsen dus meer mogelijkheden hebben om een premieachterstand in te halen of op te vangen. Bedrijfstakpensioenfondsen

Mogelijke gevolgen

Is vast komen te staan dat de werkgever onder de werkingssfeer valt van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dan geldt verplichte deelname vanaf het moment dat de werkgever met zijn bedrijfsactiviteiten aan de werkingssfeerbepalingen voldoet. Hierbij kan worden geconstateerd dat ook over het (verre) verleden onterecht geen premieaf-



Mr. drs. Edwin Schop CPL
is Consultant Pensions &
Benefits.

dracht heeft plaatsgevonden. Er kan dan een vervelende situatie ontstaan, voor de werkgever en voor het pensioenfonds.

– *Werkgever*

Zo wordt de werkgever geconfronteerd met hoge kosten en veel 'gedoe' (communicatie naar werknemers, wijziging van de bestaande pensioen- en uitvoeringsovereenkomst, een dubbele pensioenregeling) en veelal met hogere toekomstige premielasten. Maar vooral ook met extra premielasten over het verleden. Dat kan heel onrechtvaardig aanvoelen, het komt nogal eens voor dat het de onderneming niet duidelijk is dat deze met de bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeer vallen. Er zijn legio voorbeelden (alleen al uit de rechtspraak) waarbij er via de zogenoemde cao-uitlegmethode moet worden vastgesteld of er nu wel of geen verplichte deelname is en er in dat opzicht sprake is van rechtsonzekerheid voor de werkgever (zie eerder mijn bijdrage in *PensioenAdvies* 2017/50 'Interpretatie van werkingssfeerbepalingen'). De ervaring is dat pensioenfonds in een dergelijk geval (op basis van art. 6 van het Vrijstellingen- en Boetebesluit Wet Bedrijfstakpensioenfonds 2000) meestal bereid zijn om voor de verplichte deelname over het verleden mee te werken aan een zogenoemde afwikkel- of afloopvrijstelling. Tenslotte dient een verplichtgesteld pensioenfonds bij een verzoek tot vrijstelling alle belangen van betrokkenen af te wegen, dus ook die van de werkgever.

Een wettelijk verplichte voorwaarde bij het verlenen van een vrijstelling is dat de bestaande pensioenregeling over het verleden actuariael en financieel gelijkwaardig is of wordt gemaakt. Tevens heeft het pensioenfonds de bevoegdheid een vergoeding te vragen voor het verzekeringstechnisch nadeel, als solidariteitsbijdrage in verband met verschillen in leeftijdsopbouw, de bestandssamenstelling naar mannen en vrouwen en de salarisopbouw. Omdat de eis is dat er *te allen tijde* sprake moet zijn van minimale gelijkwaardigheid is deze voorwaarde ook van toepassing op inmiddels uit dienst getreden werknemers (slapers) en inmiddels gepensioneerden. De pensioenuitvoerder van de pensioenregeling van de werkgever moet daar dan ook wel aan willen en/of kunnen meewerken. En is de pensioenuitvoerder van de pensioenregeling(en) van de werkgever in de tijd gewijzigd dan zijn daarbij meerdere pensioenuitvoerders betrokken. Dit blijkt in de praktijk niet altijd even makkelijk te organiseren.

– *Pensioenfonds*

Ook het pensioenfonds ziet zich voor een lastige taak gesteld. Het fonds heeft vanuit haar taak (het organiseren en begrenzen van de solidariteit van de doelgroep) de plicht om aansluiting over het verleden te realiseren, dus de werkgever premieverplichtingen op te leggen. Soms zo hoog dat het de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Dat is voor het pensioenfonds geen prettig uitgangspunt.

Daarbij komt dat het erg lastig kan zijn deelnemergegevens over het (verre) verleden te achterhalen. En wordt er door het pensioenfonds aan de werkgever over het verleden vrijstelling van verplichte deelname verleend, dan wil het pensioenfonds met de werkgever veelal een vrijwaringsverklaring overeenkomen. Mochten (ex-)werknemers zich over de voorgaande periode alsnog melden dan kan het pensioenfonds zich richten tot de werkgever en de schade daar op verhalen. Maar dan



moet die werkgever er nog wel zijn. In dat geval draait het pensioenfonds (het collectief op voor deze 'schade').

Wordt over het verleden geen vrijstelling verleend, dat is de vraag hoe ver in de tijd een pensioenfonds kan teruggaan met het vorderen van premies. Daarbij speelt het vraagstuk van verjaring. In een recent artikel ('Verjaring bij het innen van achterstallige pensioenpremies door verplicht pensioenfonds', *PensioenAdvies* 2018/88) heb ik dit uitvoerig behandeld.

Klopt het wel?

De hiervoor geschetste problemen vinden hun aard in het verbod voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds om het principe '*geen premie, wel recht*' toe te passen. De vraag is echter: is 'geen premie, wel recht' in beton gegoten? Met de wetenschap dat met het loslaten van dit principe weer een ander probleem ontstaat: het ontbreken van een prikkel voor werkgevers om zich aan te melden bij het verplicht van toepassing zijnde pensioenfonds. Dat doet echter niet af aan het ter discussie stellen van het alom geaccepteerde principe 'geen premie, wel recht' bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds (zie voor een lezens-



waardige analyse hierover ook het artikel van B. van der Graaf e.a., 'Premie en recht: kanttekeningen bij verleden, heden en toekomst', *PensioenMagazine* 2017/12).

Pensioenwet

In de Pensioenwet zelf is hierover niets bepaald. Mogelijk kan het wel in de Pensioenwet worden 'ingelezen'. Zo geeft art. 134 PW niet de mogelijkheid om de opgebouwde aanspraken te korten als gevolg van het niet-betalen van premie. En tevens staat in de Pensioenwet evenmin dat de pensioenopbouw mag worden stopgezet als premiebetaling uitblijft. Dat staat wel in de Pensioenwet als het gaat om een verzekeraar of een PPI (art. 29 PW) en dus uitdrukkelijk niet in geval van premieverzuim bij een al dan niet verplichtgesteld pensioenfonds. Op grond van art. 28 PW bestaat er alleen een meldingsplicht (en dan alleen als er tevens niet voldaan wordt aan de op grond van art. 131 PW geldende eisen ten aanzien van het minimaal vereist eigen vermogen (dekkingstekort), en géén bevoegdheid tot stopzetting van de pensioenopbouw.

Bij de totstandkoming van de Pensioenwet is door het kabinet gesteld dat bij pensioenfondsen het in het reglement en statuten

opnemen van een bepaling omtrent 'geen premie, geen pensioen' zich niet verdraagt met de verplichtstelling. Zolang de financiële positie van het pensioenfonds het toelaat, heeft het pensioenfonds de plicht om de pensioenopbouw te continueren en de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten ongewijzigd te laten. Een dergelijke bepaling zou ook haaks staan op het systeem van de Wet Bpf 2000. Volgens het kabinet is hier sprake van een algemeen rechtsbeginsel dat niet zozeer voortvloeit uit de wet maar uit de wijze waarop het Nederlands pensioenstelsel is ingericht (*Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 63 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 17, p. 44).

Bij de behandeling van de Pensioenwet werd ook nog opgemerkt dat ten aanzien van 'geen premie, wel recht' niets werd gewijzigd ten opzichte van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW). Echter, anders dan de wetgever stelt was dit beginsel onder de PSW allerm minst een uitgemaakte zaak.

In de vakliteratuur is het ontbreken van een wettelijke grondslag en de argumentatie tijdens de parlementaire behandeling nogal eens aan de orde gesteld en bekritiseerd. Ook hieruit blijkt vol-

gens diverse auteurs dat een dergelijke bepaling in een pensioenreglement niet ontoelaatbaar hoeft te zijn.

Uitzonderingen

Een uitzondering vanwege uitzonderlijke omstandigheden (*Kamerstukken I* 2006/07, 30413, C, p. 14 en *Kamerstukken I* 2006/07, 30413 en 30655, E, p. 5) kan zijn toegestaan, maar een algemene bepaling ('in alle gevallen geen pensioen indien geen premie') niet (*Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 24, p. 25). Een reglementair bepaalde uitzonderlijke omstandigheid zal echter niet snel (nagenoeg nooit) gerechtvaardigd zijn.

Rechtspraak

De vorderingen van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ontstaan van rechtswege op het moment waarop de deelnemer aan de voorwaarden voldoet voor verplichte deelneming in het fonds (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588). Deze vordering van rechtswege wil nog niet zeggen dat 'geen premie, geen recht' niet kan worden toegepast. Uit (lagere) rechtspraak lijkt vooralsnog de verplichting voor pensioenfonds om 'geen premie, wel recht' toe te passen (Rb. Noord-Nederland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ3313; Hof Den Bosch 26 oktober 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:BB4878). Maar dat zijn uitspraken waarbij de onrechtmatigheid van 'geen premie, geen recht'-bepaling nimmer expliciet werd aangenomen. Ook de Hoge Raad (3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462) gaat ervan uit dat uit het pensioenreglement direct aanspraken voortvloeien, maar sluit niet expliciet uit dat in het pensioenreglement anders wordt geregeld. Het verweer dat het ontstaan van aanspraken afhankelijk was van de voorwaarde van premiebetaling verwierp de Hoge Raad, maar deed dit omdat het niet duidelijk als voorwaarde was gesteld in het pensioenreglement. En blijkbaar niet omdat het niet mogelijk zou zijn.

Ook uit een latere uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2014:3196) over de vraag of een ex-werknemer aanspraak kon maken op pensioen ten aanzien van een bedrijfstakpensioenfonds blijkt onduidelijkheid. In eerste instantie had de rechtbank geoordeeld dat de werknemer over de periode 1972 tot 1991 aanspraak op pensioen heeft tegenover het betreffende fonds. De kantonrechter had geoordeeld dat 'geen premie, geen recht' zich niet verdraagt met de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Het hof oordeelt dat de werknemer toch geen pensioenaanspraken jegens het pensioenfonds heeft. Daarmee komt het hof, zoals het zelf aangeeft, helaas niet toe aan een zogeheten prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. Het hof had namelijk op het punt gestaan de Hoge Raad om een oordeel te vragen of het is toegestaan om in een pensioenreglement het recht op pensioen afhankelijk te maken van premiebetaling. Voor het hof was dit dus geen uitgemaakte zaak. Een oordeel van de Hoge Raad had voor helderheid kunnen zorgen.

Toezichthouder

En ook uit het feit dat veel pensioenfonds na invoering van de Pensioenwet nog steeds het uitgangspunt 'geen premie, geen recht' hanteerden blijkt dat er sprake was van onduidelijkheid. Dat bracht DNB tot handhaven op 'geen aangemelde deelnemer, dus geen premie, maar wel recht' (DNB Nieuwsbrief Pensioenen, oktober 2011). DNB stelt zich namelijk op het standpunt dat

verzekeraars zich kunnen beroepen op het 'geen premie, geen recht principe' maar dat pensioenfonds aansprakelijkheid niet mogen uitsluiten voor het geval de werkgever de pensioenuitvoerder niet of onvoldoende informeert over de verzekerde risico's (zie de Q&A's van DNB van 10 oktober 2011). Dit standpunt van DNB heeft de pennen losgemaakt. Zowel in de literatuur als bij de wetgever. De regering gaf er blijk van achter dit uitgangspunt te staan (*Kamerstukken I* 2011/12, 29077, p. 2). De vraag is echter of zij dat doet op grond van de juiste (juridische) aannames.

Oplossingen?

Het blijft een lastig probleem. De sleutel kan worden gevonden door expliciet te bepalen dat 'geen premie, wel recht' niet van toepassing is. Dat zet echter de deur open voor werkgevers om zo lang mogelijk te 'duiken'. Daarmee zou de solidariteit op het spel komen te staan en daarmee het voortbestaan van verplichte pensioenfonds.

Een andere oplossing kan zijn de verplichtstelling van de regeling in plaats van het bedrijfstakpensioenfonds. Een discussie die reeds aangezwengeld is, maar waarvan op korte termijn niet veel is te verwachten (zie mijn eerdere artikel 'Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling, al dan niet in een Apf', *PensioenMagazine* 2016/40).

Conclusie

Het uitgangspunt 'geen premie, wel recht' staat niet expliciet in de wet. Impliciet zou uit de Pensioenwet kunnen worden afgeleid dat 'geen premie, geen recht' alleen op verzekeraars van toepassing is, en dus niet op (verplichtgestelde) pensioenfonds. In de wetsgeschiedenis is duidelijk op te maken dat 'geen premie, wel recht' van toepassing zou moeten zijn op verplichtgestelde

pensioenfonds. Ook toezichthouder DNB hangt deze visie aan en handhaaft daar streng op. Onder de PSW was evenmin duidelijk wat nu van toepassing was. Ook de rechtspraak (zowel onder de PSW als de Pensioenwet) lijkt bij pensioenfonds toepassing van 'geen premie, geen recht' van de hand te wijzen, maar *close reading* van de betreffende uitspraken geeft een diffuser beeld.

Door handhaving van het betreffende uitgangspunt onder vinden pensioenfonds en werkgevers problemen. De

sleutel kan worden gevonden door expliciet te bepalen dat deze regel niet van toepassing is. Dat zet echter de deur open voor werkgevers om zo lang mogelijk te duiken. Daarmee zou de solidariteit op het spel komen te staan en daarmee het voortbestaan van verplichte pensioenfonds. Een andere oplossing kan zijn de verplichtstelling van de regeling in plaats van het bedrijfstakpensioenfonds. Een discussie die reeds is aangezwengeld is, maar waarvan op korte termijn niets is te verwachten. ■

Mochten (ex-) werknemers zich over de voorgaande periode alsnog melden dan kan het pensioenfonds zich richten tot de werkgever en de schade daar op verhalen.