

De onzekerheid van termijnen

pensioenpremies innen met terugwerkende kracht

De lijn in rechtspraak was dat het Bpf bij het innen van premies niet verder terug kan dan vijf jaren. Dus niet tot het moment waarop de verplichte deelname is aangevangen. Een enigszins 'geruststellende' gedachte. Of niet? Recente rechtspraak laat zien dat een Bpf onder voorwaarden het moment van opeisbaarheid zelf kan bepalen en daarmee een beroep op verjaring kan blokkeren.

DOOR MR. DRS. EDWIN SCHOP, CPL

Verjaring is in toenemende mate een onderwerp in de pensioenrechtelijke rechtspraak. Dit vooral vanwege het verbod voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen ('Bpf'-en) om het principe 'geen premie, geen recht' toe te passen (dit staat niet in de Pensioenwet, gebaseerd op onder meer de memorie van toelichting bij de Pensioenwet (p. 63) en — interpretatie van — rechtspraak van de Hoge Raad). Indien een pensioenfonds door verjaring onbetaalde pensioenpremies niet kan vorderen, loopt het fonds het risico dat daarmee het collectief wordt benadeeld. Terecht dat pensioenfondsen werk maken van het opsporen van bedrijven die vallen onder verplichtstellingsbeschikking.

Is het juist (dat is nog maar de vraag) dat een werkgever voor verplichte deelname met terugwerkende kracht wordt aangeschreven door een Bpf dan kan de werkgever een beroep doen op verjaring. De lijn in rechtspraak was dat het Bpf niet verder terug kan dan vijf jaren, en niet tot het (mogelijk veel eerder gelegen) moment waarop de verplichte deelname is aangevangen. Een enigszins 'geruststellende' gedachte. Of niet? Recente rechtspraak laat zien dat een Bpf onder voorwaarden het moment van opeisbaarheid zelf kan bepalen en daarmee een beroep op verjaring kan blokkeren. Daarnaast heeft een Bpf onder voorwaarden de mogelijkheid om premies te vorderen op grond van geleden schade. In dat geval is de verjaringstermijn twintig jaar.

Belang is groot

Het belang voor een werkgever is erg groot. Premies kunnen 25% van de loonsom bedragen, een vordering van (minimaal) vijf jaarpremies ter grootte van 125% van de loonsom. Niet een bedrag dat zonder in financiële problemen te komen door een

werkgever kan worden betaald. Een belangrijk hulpmiddel hierbij is dat een Bpf de pensioenpremies kan invorderen bij dwangbevel (dus zonder tussenkomst van de rechter).

Daarnaast is de uitvoering complex en leidt deze tot hoge kosten voor de werkgever. Veelal is er al een pensioenregeling bij een verzekeraar of premiepensioeninstelling ondergebracht. Afstemming met deze pensioenuitvoerder is dan noodzakelijk. De meeste verzekeraars werken in een dergelijke situatie, onder redelijke voorwaarden, mee aan beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Tevens kan medewerking van de verzekeraar nodig zijn aan

collectieve waardeoverdracht.

De waarde van de opgebouwde aanspraken kunnen dan worden ingebracht bij het Bpf, welke kan worden verrekend met de door het Bpf gevorderde premies. Is de verzekerde regeling

Recente rechtspraak laat zien dat een Bpf onder voorwaarden het moment van opeisbaarheid zelf kan bepalen.

beter dan de regeling van het Bpf dan kan het meerdere als aanvullende regeling worden overeengekomen. Geen eenvoudig traject waarvan de kosten hoog kunnen oplopen.

Daarnaast geldt dat de werkgever de bestaande pensioenovereenkomst met de medewerkers niet zonder meer kan intrekken. Naar het verleden noch naar de toekomst. Gevolg is dat er sprake is van een dubbele pensioenregeling. Dat betekent allereerst



Mr. drs. Edwin Schop CPL
Associate partner Swalef
pensioenjuristen | academie
en lid van de redactieraad
van dit vakblad.

dubbele lasten. Het betekent tevens fiscale problemen. Bij twee pensioenregelingen zal veelal sprake zijn van een bovenmatig pensioen, met de fiscale sancties als gevolg (progressief tarief en revisierente). Dit kan leiden tot vervelende discussies met de werknemers. Het is verdedigbaar dat goed werkgeverschap en goed werknemerschap meebrengen dat de eigen regeling niet wordt gecontinueerd en de waarde daarvan collectief wordt overgedragen aan het Bpf. Is de regeling van het Bpf minder, dan kan een compensatie voor de werknemers van toepassing zijn.

In de meeste gevallen zal bij een verplichtstelling tevens sprake zijn van verplichte toepassing van algemeen verbindend verklaarde ('avv') cao. De werkingssfeer van een avv cao is veelal (maar niet per se) gelijk aan de werkingssfeer van het betreffende Bpf. Dit betekent dat niet alleen de pensioenregeling maar ook alle andere arbeidsvoorwaarden van de werkgever moeten worden aangepast aan die cao. Gaat het (wat veelal van toepassing zal zijn) om een minimum-cao, dan is het uitgangspunt in de rechtspraak dat de nadelen ten opzichte van het huidige arbeidsvoorwaardenpakket moeten worden gecompenseerd en de voordelen moeten worden gehandhaafd. Omstandigheden van het geval kunnen aanleiding zien dit anders toe te passen. Het is in ieder geval niet zondermeer toegestaan dat de werkgever de bestaande arbeidsvoorwaarden ongezien aanpast aan de cao. Daarnaast is ook de bestuurder in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor betaling van de premies indien betaling door de onderneming uitblijft.

Kortom, het belang om dit alles te voorkomen is erg groot.

Verjaring: vijf jaar

Krijgt een Bpf een werkgever die valt onder de werkingssfeer van het Bpf in het vizier dan zal het Bpf premies gaan vorderen. En veelal met terugwerkende kracht. De werkgever kan dan een beroep doen op verjaring. Voor verjaring zijn in het Burgerlijk Wetboek ('BW') verschillende artikelen (art. 3:306 e.v. BW) opgenomen voor verschillende vorderingen met uiteenlopende verjaringstermijnen. Bij pensioenpremies (die veelal per maand, kwartaal of jaar moeten worden betaald) is het uitgangspunt, zo blijkt uit rechtspraak, dat de werkgever een beroep kan doen op art. 3:308 BW:

“Rechtsvorderingen tot betaling van renten van geldsommen, lijffrenten, dividenden, huren, pachten en voorts alles wat bij het jaar of een kortere termijn moet worden betaald (verjaren door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden).”

Volgens art. 3:308 BW is de verjaringstermijn vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering *opeisbaar is geworden*. De vraag hier is *wanneer* de premies opeisbaar zijn geworden. Hierover bepaalt de wet niets. De lijn in rechtspraak is altijd geweest dat de vordering tot betaling van pensioenpremies door een Bpf bij de werkgever opeisbaar is zodra een deelnemer verplicht is deel te nemen in de pensioenregeling van het Bpf. Relevant daarbij is het oordeel van HR 3 februari 2012 (ECLI:NL:PHR:2012:BT8462). De pensioenaanspraken van de werknemer vloeien zelfstandig en rechtstreeks voort uit het pensioenreglement. Indien voldaan is aan de voorwaarden uit het pensioenreglement, ontstaan pensioenaanspraken. Daarvoor is geen handeling of 'toekenning' van het Bpf vereist. Premies aan een Bpf zijn van rechtswege verschuldigd (zie HR 13 maart

2015, ECLI:NL:HR:2015:588). Vanaf dat moment is de werkgever namelijk gehouden pensioenpremies af te dragen, en niet vanaf (bijvoorbeeld) het moment dat een Bpf een (nog) niet-aangesloten werkgever aanschrijft. Een enigszins 'geruststellende' gedachte: het pensioenfonds kan niet verder terug dan vijf jaren om de verschuldigde premies te innen, ook al ligt het moment van verplichte deelname (ver) daarvoor. Of niet?

Of verjaring twintig jaar?

Het oordeel van Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:7254) klonk echter anders. Wat was het geval? Het Bpf heeft pas augustus 2013 geconstateerd dat de betreffende werkgever sinds 2004 onder de werkingssfeer valt. Vol-

De uitspraak van de kantonrechter is in de literatuur kritisch ontvangen en als onjuist beoordeeld.

gens de werkgever is sprake van verjaring van de premievordering vanaf 2008 (2013 minus 5 jaar). De rechtbank stelt echter dat er op basis van art. 3:308 BW geen sprake van verjaring kan zijn omdat de premies pas per augustus 2013 opeisbaar zijn geworden. Het geschil tussen partijen ging over de vraag hoe deze opeisbaarheid gelezen moet worden. Gaat de termijn bijvoorbeeld pas lopen vanaf het moment dat het bedrijfstakpensioenfonds de werkgever als potentieel deelnemer signaleert, of gaat deze termijn gelijk lopen op het moment dat de verplichte deelneming is ontstaan, dus al in 2004? In dat laatste geval is een deel van de vordering gezien de vijfjaarstermijn al verjaard. De uitspraak van de kantonrechter is in de literatuur kritisch ontvangen en als onjuist beoordeeld.

De werkgever liet het er niet bij zitten en ging in hoger beroep. Het oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:3886) komt echter op hetzelfde neer als het oordeel van de kantonrechter, maar via een andere – niet onbelangrijke – weg. Wat was het geval? Het uitvoeringsreglement van het Bpf bepaalt dat de premie per loontijdvak (per vier weken) wordt vastgesteld en dat de premies betaald dienen te zijn binnen veertien dagen nadat het fonds de factuur heeft verzonden. Vervolgens verwijst het hof naar art. 6:38 BW. Volgens dat artikel kan een verbintenis waarvoor geen tijd voor nakoming is bepaald, terstond worden nagekomen en kan terstond nakoming worden gevorderd. Met andere woorden: wanneer een tijdsbepaling ontbreekt is de verbintenis onmiddellijk opeisbaar. In deze zaak was dit artikel niet van toepassing. Immers het uitvoeringsreglement schreef wél een nakomingsmoment voor. Het hof wijst er terecht op dat premievorderingen en de verplichting tot aanmelding van rechtswege ontstaan zodra een werkgever onder de werkingssfeer van een BPF komt te vallen. Het hof onderscheidt echter het *verschuldigd worden* en het *opeisbaar worden* van een vordering. En pas met het versturen van de premienota's op 14 januari 2014 zijn de vorderingen opeisbaar geworden per 28 januari 2014, aldus het hof. En ving de verjaringstermijn pas aan op 29 januari 2014, dus zijn de vorderingen van het Bpf niet verjaard, ook niet voor zover deze vorderingen betrekking hebben op betaling van de premies over 2004. Als gevolg moet de werkgever de facturen over de jaren 2004-2013 alsnog voldoen. Ook deze uitspraak mocht zich verheugen op aandacht in de lite-

ratuur, alwaar verschillende standpunten over de juistheid van het oordeel van het hof worden ingenomen. In ieder geval, partijen kunnen aldus Hof Arnhem-Leeuwarden uitdrukkelijk een tijdstip voor nakoming overeenkomen en staat hiermee toe dat de opeisbaarheid van premievorderingen pas vele jaren na het verschuldigd worden van de premievorderingen, zijn aanvang neemt (in gelijke zin al eerder: Rb. Den Haag 15 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6742, r.o. 6.5). Een Bpf kan via haar uitvoeringsreglement potentieel tot in het oneindige terug naar de werkgever met een premievordering over het verleden. Of dit überhaupt juridisch mogelijk is is de vraag, wenselijk is het zeker niet. Het systeem van verjaring van rechtsvorderingen is immers voor een belangrijk deel gebouwd op de pijler van rechtszekerheid ten behoeve van de schuldenaar, in dit geval de werkgever. En het is juist die rechtszekerheid van de werkgever die hier in verregaande mate in het geding is.

Recent oordeelde overigens Rechtbank Rotterdam op 27 juni 2018 ECLI:NL:RBROT:2018:6205 het volgende:

“...4.67. De rechtbank acht derhalve onjuist de visie van het Pensioenfonds dat zij het steeds in haar macht heeft om te bepalen wanneer een verjaringstermijn ex artikel 3:308 BW jegens een schuldenaar aanvangt, namelijk pas op het moment dat zij een premienota aan die schuldenaar verzendt, dan wel een premieschuld van die schuldenaar vordert, waardoor de vordering voor het eerst opeisbaar zou worden. De dag waarop de vordering opeisbaar is geworden in de zin van artikel 3:308 BW dient objectief te kunnen worden bepaald en niet afhankelijk te zijn van het moment waarop de gerechtigde besluit de vordering op te eisen, zelfs al zou uit een uitvoeringsreglement anders lijken voort te vloeien...” (onderstreping ES)

Volgens dit oordeel – althans, zo lees ik het – is het niet objectief vast te stellen wanneer precies de vordering wordt gevorderd,

ook al is in het uitvoeringsreglement opgenomen dat de premievordering (pas) opeisbaar is vanaf het moment dat de premienota('s) worden verzonden. En dus de verjaringstermijn eerder aanvangt.

Verjaring twintig jaar via schadevergoedingsvordering?

Door de verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenverzekeraar niet na te komen, kan een werkgever onrechtmatig handelen jegens pensioenfonds (art. 6:162 BW). En is uit dien hoofde schadevergoeding verschuldigd. Op een dergelijke schadevergoedingsvordering is art. 3:310 BW van toepassing:

“Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.”

De verjaring is op grond van art. 3:310 BW weliswaar ook vijf jaar, maar de aanvang is gekoppeld aan de subjectieve bekendheid en de maximumtermijn van verjaring is twintig jaar. Daardoor geldt een ander moment van de aanvang van de verjaringstermijn. Een vordering tot schadevergoeding verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon *bekend is geworden* en in ieder geval door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (art. 3:310 BW).

Conclusie

Als de pensioenpremies over een periode van meer dan vijf jaar geïncasseerd kunnen worden, wordt het een dure aangelegenheid. Of dit daadwerkelijk de standaard gaat worden, zullen we moeten afwachten. ■

