

PJ 2013/131: Ambtshalve toets aan art. 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000; verplichting tot verlenen onverplichte vrijstelling.

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Rechtbank Rotterdam	Datum:	31 januari 2013
Magistraten:	Mr. L.A.C. van Nifterick	Zaaknr:	AWB 11/4520, AWB 11/4521, AWB 11/4522
Conclusie:	-	LJN:	BZ2472
Noot:	Mr. M.J.C.M. van der Poel	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2472, Uitspraak, Rechtbank Rotterdam, 31-01-2013		

Wetgang: Art. 13 Wet Bpf 2000; art. 2, 6 en 7 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000; art. 3:4, 6:4, 8:88 Awb.

Brondocument: Rb. Rotterdam, 31-01-2013, nr AWB 11/4520, nr AWB 11/4521, nr AWB 11/4522

Essentie

Ambtshalve toets aan art. 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000; verplichting tot verlenen onverplichte vrijstelling.

Samenvatting

Verhouding art. 2 en 6 Vrijstellingsgrond. Ambtshalve aanvullen rechtsgronden en toetsing aan artikel 6. Herhaalde aanvragen en nova. Verplichting tot het verlenen van onverplichte vrijstelling. Verschillende ingangsdata mogelijk bij verzoek ex art. 2 en 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000.

Uitspraak

Procesverloop

Bij een drietal besluiten (bestreden besluiten) van 8 september 2011 heeft Bpf TEX de bezwaren van eiseressen tegen de besluiten van 15 april 2011 strekkende tot afwijzing van hun verzoeken om vrijstelling van deelname met ingang van 1 januari 2010 aan Bpf TEX ongegrond verklaard.

Eiseressen hebben ieder beroep ingesteld voor zover de bestreden besluiten aan hen zijn gericht.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 27 augustus 2012. Eiseressen hebben zich laten vertegenwoordigen door mr. M.N. Koenes, kantoorgenoot van de gemachtigde van eiseressen. Voorts is namens eiseressen verschenen T.G.M. Veldman. Bpf TEX heeft zich ter zitting laten vertegenwoordigen door mr. S. Leurink.

De rechtbank heeft het onderzoek ter zitting geschorst teneinde eiseressen gelegenheid te bieden om aanvullende stukken in te dienen waaruit blijkt dat zij tijdig over een eigen pensioenregeling beschikte. Voorts heeft de rechtbank nadere vragen aan partijen voorgelegd waarop zij schriftelijk hebben gereageerd. Partijen hebben nadien toestemming verleend voor het doen van uitspraak zonder nadere zitting, waarna de rechtbank het onderzoek heeft gesloten.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 13 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) : (1) heeft het bedrijfstakpensioenfonds tot taak het verlenen en het intrekken van vrijstellingen van de verplichtstelling; (2) kan het bedrijfstakpensioenfonds aan de vrijstelling voorschriften verbinden; en (3)

worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels gesteld met betrekking tot de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder het bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling van de verplichtstelling verleent, kan verlenen, intrekt en kan intrekken alsmede met betrekking tot de voorschriften die het bedrijfstakpensioenfonds aan de vrijstelling kan verbinden.

Artikel 1a van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (Vrijstellings- en boetebesluit) luidt:

“1. Een bedrijfstakpensioenfonds hanteert bij de behandeling van de verzoeken tot vrijstelling, bedoeld in de artikelen 2 tot en met 5 en 6, de volgende termijnen:

- a. na ontvangst van het verzoek wordt binnen twee weken beoordeeld of het verzoek in behandeling kan worden genomen;
- b. indien nodig krijgt de werkgever vier weken om het verzoek aan te vullen;
- c. nadat het verzoek in behandeling is genomen wordt de beslissing op het verzoek binnen 6 weken afgegeven.

2. De termijn, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, wordt verlengd:

- a. met 12 weken indien aan de vrijstelling het voorschrift van een gelijkwaardige pensioenregeling wordt verbonden, bedoeld in artikel 7, vijfde lid; of
- b. met vier weken indien een financiële bijdrage is vereist ter vergoeding van verzekeringstechnisch nadeel als bedoeld in artikel 7, vierde lid.

3. Nadat de werkgever, in de situatie bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, de gegevens heeft overgelegd beslist het bedrijfstakpensioenfonds binnen 6 weken of er sprake is van een gelijkwaardige pensioenregeling. Indien naar het oordeel van het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenregeling nog niet geheel gelijkwaardig is, krijgt de werkgever maximaal 12 weken om de gelijkwaardigheid alsnog aan te tonen.”

Artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit luidt:

“Op verzoek van een werkgever wordt door een bedrijfstakpensioenfonds voor alle werknemers of een deel van de werknemers van die werkgever, met ingang van de dag dat de verplichtstelling in werking treedt respectievelijk als gevolg van gewijzigde bedrijfsactiviteiten op hem en zijn werknemers van toepassing wordt, vrijstelling verleend, indien:

- a. die werknemers van die werkgever al deelnemen in een pensioenregeling die ten minste zes maanden voor het moment van indiening van de in behandeling genomen aanvraag tot verplichtstelling, van kracht was; of
- b. indien de werkgever voor die werknemers al een pensioenvoorziening heeft getroffen die al ten minste zes maanden voor het moment dat de verplichtstelling op hem en zijn werknemers van toepassing wordt, van kracht was.”

Artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit luidt:

“Op verzoek van een werkgever kan door het bedrijfstakpensioenfonds voor alle werknemers of een deel van de werknemers van die werkgever ook om andere redenen dan genoemd in de artikelen 2, 3, eerste lid, 4 en 5, eerste lid, vrijstelling worden verleend.”

Ingevolge artikel 7, vijfde lid, van het Vrijstellings- en boetebesluit wordt aan de vrijstelling, bedoeld in de artikelen 2 en 6 door het bedrijfstakpensioenfonds het voorschrift verbonden dat de pensioenregeling van de werkgever volgens de berekening aan de hand van bijlage 3 bij dit besluit te allen tijde ten minste actuarieel en financieel gelijkwaardig is aan die van het bedrijfstakpensioenfonds. Indien het bedrijfstakpensioenfonds en de werkgever daarmee instemmen kan worden afgezien van de berekening, bedoeld in de vorige zin, en kan in plaats daarvan de gelijkwaardigheid worden aangetoond door middel van een kwalitatieve toets. Ten behoeve van de toets op gelijkwaardigheid verstrekt het bedrijfstakpensioenfonds de werkgever informatie over de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds.

2. Bij besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (de staatssecretaris van 17 april 2003 (Stcrt. 2003, 77) is op grond van artikel 2, eerste lid, van de Wet Bpf 2000 de deelneming in de Stichting Prepensioenfonds voor de Groothandel in Textielgoederen en Aanverwante Artikelen (PreTEX) met terugwerkende kracht per 1 januari 2002 verplicht gesteld voor:

“De werknemers in dienst van een werkgever vanaf de eerste dag van de maand waarin de

werknemer de 21-jarige leeftijd bereikt tot uiterlijk de eerste dag van de maand waarin de werknemer de 65-jarige leeftijd bereikt.

Hierbij wordt verstaan onder:

a. werkgever:

iedere natuurlijke of rechtspersoon die een in Nederland gevestigde onderneming voert waarbij uitsluitend of in hoofdzaak de groothandelsfunctie wordt uitgeoefend en/of de verwervingsfunctie met betrekking tot textielgoederen en aanverwante artikelen, al of niet voor eigen rekening en risico, met het doel deze goederen aan wederverkopers en/of bedrijfsmatige gebruikers c.q. institutionele afnemers (in binnen- en buitenland) door te leveren.

Hiervan is uitgezonderd de handelsagent in textielgoederen en aanverwante artikelen als bedoeld in artikel 7:428 van het Burgerlijk Wetboek, die voor de helft of minder dan de helft van de goederenomzet, waaronder begrepen provisieplichtige omzet, de groothandelsfunctie uitoefent, al of niet voor eigen risico, met het doel deze goederen aan eerdergenoemde afnemerscategorieën door te leveren.

Onder werkgever dienen gerangschikt te worden onder andere:

- importeurs die onder eigen naam factureren;
- exporteurs die onder eigen naam factureren;
- distributeurs die onder eigen naam factureren;
- converters die onder eigen naam factureren;
- dochterondernemingen van productiebedrijven, die als handels- of verkoopkantoor fungeren; enz.

(...)"

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (de minister) heeft op 14 augustus 2006 (Stcrt. 2006, 159) bekend gemaakt dat op 2 augustus 2006 een aanvraag is ontvangen tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in PreTEX.

Bij besluit van de minister van 20 oktober 2006 (Stcrt. 2006, nr. 208) is op grond van artikel 10, eerste lid, van de Wet Bpf 2000 het besluit van de staatssecretaris van 17 april 2003 zodanig gewijzigd, dat de naam PreTEX wijzigt in Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Groothandel in Textielgoederen en Aanverwante Artikelen (Bpf TEX) in verband met de invoering van de ouderdomspensioenregeling, zoals in dat besluit is verplicht gesteld voor de werknemers als bedoeld in het besluit van de staatssecretaris van 17 april 2003.

3. Het gewijzigde verplichtstellingsbesluit van 20 oktober 2006 heeft tot gevolg gehad dat de eerdere verplichtstelling tot deelneming aan PreTEX ingaande 1 januari 2006 is omgezet in deelname aan Bpf TEX. Aanvankelijk, vanaf 2006, was sprake van een – in de woorden van Bpf TEX – sobere ouderdomspensioenregeling. Vanaf 1 januari 2006 kon maximaal jaarlijks 0,75% van de pensioengrondslag aan ouderdomspensioen worden gespaard bij Bpf TEX. Indien een deelnemende werkgever al een eigen volledige pensioenvoorziening elders had ondergebracht, werd er bij Bpf TEX mogelijk een lager opbouwpercentage gespaard en kon voor het verschil met het 0,75%-opbouwpercentage vrijstelling van verplichte deelneming aan voornoemd fonds worden verzocht. Bij Bpf TEX kon aanvullend pensioen worden gespaard waardoor het pensioen vervroegd kon ingaan.
- Bij een drietal besluiten van 22 juni 2007 heeft Bpf TEX verzoeken van eiseressen tot het verlenen van vrijstelling op grond van artikel 2 van het destijds vigerende Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 afgewezen, omdat eiseressen hadden verzuimd om binnen de door Bpf TEX geboden termijn de financiële en actuariële gelijkwaardigheid aan te tonen. Het daartegen door eiseressen gemaakte bezwaar heeft Bpf TEX niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding. Eiseressen hebben daartegen geen rechtsmiddelen aangewend. Met ingang van 1 januari 2010 heeft Bpf TEX een volledige opbouw ouderdomspensioen gerealiseerd via een reglementswijziging. Als gevolg van het gewijzigde opbouwpercentage van 1,75% maal de pensioengrondslag per dienstjaar is er anders dan voorheen geen of minder fiscale ruimte voor de eigen pensioenregeling bij AEGON, de verzekeraar van eiseressen. Deze reglementswijziging heeft geleid tot het onderhavige verzoek van eiseressen.

4. Bpf TEX heeft aan de bestreden besluiten ten grondslag gelegd dat eiseressen op grond van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit geen recht hebben op een vrijstelling die ingaat per 1 januari 2010, terwijl zij reeds geruime tijd deelnemen aan het fonds van Bpf TEX. Volgens Bpf TEX kan uitsluitend met ingang van de verplichtstelling – 1 januari 2006 – vrijstelling worden verleend uit hoofde van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit, terwijl reeds een onherroepelijke beslissing voorligt om eiseressen geen vrijstelling vanaf die eerdere datum te verlenen. Bpf TEX stelt zich voorts op het standpunt dat eiseressen niet hebben aangetoond tijdig over een eigen regeling te beschikken. Desgevraagd heeft Bpf TEX de rechtbank bericht dat er geen verzoek voorligt om toepassing van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit en dat Bpf TEX eerst op een verzoek van eiseressen daartoe een besluit zal nemen.
5. Eiseressen betogen dat zij ieder ruimschoots voor de peildatum 2 februari 2006 over een eigen pensioenregeling bij AEGON beschikten, dat zij uiteindelijk hebben berust in de eerdere afwijzingsbesluiten omdat de samenloop tussen de eigen regeling en de aanvullende opbouw bij het fonds van Bpf TEX niet leidde tot een bovenmatige pensioentoezegging, maar dat de reglementswijziging van het fonds van Bpf TEX tot gevolg heeft gehad dat sindsdien wel een fiscaal bovenmatige pensioentoezegging is ontstaan. Eiseressen betogen dat hierdoor per 1 januari 2010 een nieuw toetsmoment is ontstaan. Desgevraagd hebben eiseressen verklaard dat zij subsidiair een verzoek doen tot toepassing van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit.
6. Uit vaste rechtspraak volgt dat met een beroep tegen een herhaald besluit niet kan worden bereikt dat de bestuursrechter overgaat tot toetsing alsof er nog niet een rechtens onaantastbaar afwijzend besluit voorligt, maar zich overeenkomstig artikel 4:6 van de van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) beperkt tot de vraag of sprake van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (vgl. CBb 13 juli 2011, *LJN* BR3101 en CBb 8 maart 2012, *LJN* BV9107). De rechtbank dient zich derhalve te buigen over de vraag of een dergelijk besluit voorligt. Vaststaat dat Bpf TEX onherroepelijk heeft beslist op eerdere verzoeken om vrijstelling per datum verplichtstelling van eiseressen op de voet van artikel 2 van het destijds vigerende Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, dat van gelijke strekking is als het huidige artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit. Aan dat besluit heeft Bpf TEX ten grondslag gelegd dat de financiële en actuariële gelijkwaardigheid niet (tijdig) was aangetoond. Gelet op de omstandigheid dat eiseressen juist vanwege de reglementswijziging van het fonds van Bpf TEX per 1 januari 2010 nieuwe verzoeken om vrijstelling ingaande die latere datum hebben gedaan, is de rechtbank van oordeel dat de thans voorliggende verzoeken om vrijstelling niet op één lijn zijn te stellen met verzoeken om terug te komen op onherroepelijke besluiten.
7. De rechtbank zal in deze procedure daarom eerst beoordelen of Bpf TEX terecht heeft geweigerd per 1 januari 2010 vrijstelling te verlenen aan eiseressen op de voet van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit.
8. Na daartoe door de rechtbank in de gelegenheid te zijn gesteld hebben eiseressen nadere stukken overgelegd die betrekking hebben op het tijdstip waarin is voorzien in een eigen regeling. Bpf TEX meent dat het in strijd met de goede procesorde is om in dit stadium nieuwe stukken in te brengen. De rechtbank kan Bpf TEX hierin niet volgen. Reeds in de eerste verzoeken om vrijstelling van 1 juni 2007 hebben eiseressen aangegeven te beschikken over eigen regelingen lang voor de peildatum 2 februari 2006. Volgens hun opgave beschikten eiseressen vanaf 1 januari 1998 over een eigen pensioenregeling. Ook in het bezwaar tegen de besluiten van besluiten van 15 april 2011 hebben eiseressen melding gemaakt van een eigen regeling per 1 januari 1998 en opvolgende regelingen. Ter zitting is naar voren gekomen dat eiseressen op hun nieuwe aanvraagformulier abusievelijk de datum hebben vermeld van een van de collectieve regelingen die de eerste eigen pensioenregelingen hebben opgevolgd. Onder die omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat eiseressen in de gelegenheid konden worden gesteld om alsnog bewijzen te overleggen van een eigen tijdige pensioenregeling. Bpf TEX is door deze handelwijze niet benadeeld omdat haar de gelegenheid is geboden om te reageren op de nadere stukken. De rechtbank is van oordeel dat uit de nadere stukken genoegzaam blijkt dat eiseressen beschikten over een eigen pensioenregeling voor de peildatum van 2 februari 2006. De diverse elkaar opvolgende pensioenovereenkomsten die door Bosgoed Holding B.V. zijn aangegaan met AEGON hebben gelet op de (reeds) voorhanden zijnde stukken mede betrekking op de onder die Holding vallende ondernemingen van eiseressen.
9. Anders dan in de zaak die voorlag met de uitspraak van de rechtbank van 26 juli 2012 (*LJN* BX4812) heeft Bpf TEX zich thans uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat zij op de voet van artikel 2, aanhef en onder a,

van het Vrijstellings- en boetebesluit geen vrijstelling kan verlenen vanaf een latere datum dan de datum van (gewijzigde) verplichtstelling per 1 januari 2006. Nu de tekst van die bepaling inderdaad spreekt van het verlenen van vrijstelling “met ingang van de dag dat de verplichtstelling in werking treedt respectievelijk als gevolg van gewijzigde bedrijfsactiviteiten op hem en zijn werknemers van toepassing wordt”, volgt de rechtbank Bpf TEX in die lezing. De bijzondere omstandigheden zoals weergegeven in punt 3 van deze uitspraak kunnen niet de op zich duidelijke tekst van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit opzij zetten.

10. Dit laat onverlet dat deze bijzondere omstandigheden een rol kunnen spelen bij de subsidiaire beoordeling van het verzoek om vrijstelling aan de hand van de onverplichte vrijstellingsgrond van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit. Juist omdat deze restgrond voor vrijstellingsverlening aan de orde is indien zich niet een van de verplichte vrijstellingsgronden voordoet, ligt het naar het oordeel van de rechtbank in de rede dat een bedrijfstakpensioenfonds bij het nemen van een besluit in de zin van artikel 13 van de Wet Bpf 2000 niet alleen toetst of de aanvraag moet worden gehonoreerd op grond van een aangevoerde verplichte vrijstellingsgrond, maar tevens het verzoek subsidiair beoordeelt aan de hand van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit. Dit geldt temeer indien wel aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit wordt voldaan, maar gelet op de verzochte ingangsdatum van vrijstelling geen vrijstelling op grond van die bepaling kan worden gehonoreerd. In het onderhavige geval hebben eiseressen ook desgevraagd te kennen gegeven dat zij een beroep op deze vrijstellingsgrond wensen te doen, indien het beroep op artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit moet worden afgewezen. Omdat eiseres zich hierbij beroepen op hetzelfde feitencomplex wordt de feitelijke grondslag van de aanvraag hiermee naar het oordeel van de rechtbank niet uitgebreid. Hetgeen Bpf TEX op dit punt heeft aangevoerd moet derhalve worden verworpen.
11. Omdat Bpf TEX in deze procedure weigert een inhoudelijk standpunt in te nemen omtrent de toepassing van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit, zal de rechtbank het bestreden besluit vernietigen wegens het nalaten ten volle op het verzoek om vrijstelling te beslissen en bezien in hoeverre zij zelf in de zaak kan voorzien. De rechtbank is van oordeel dat de bijzondere omstandigheden welke inhouden dat Bpf TEX eerst met ingang van 1 januari 2010 een volledige pensioenopbouw heeft gerealiseerd via een reglementswijziging, zonder dat daaraan een per die datum gewijzigde verplichtstelling ten grondslag ligt, met zich brengt dat Bpf TEX in redelijkheid niet kan weigeren per die datum vrijstelling te verlenen op de voet van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit, in een geval als het onderhavige waarin door de werkgever wordt voldaan aan de peildatum van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit.
12. Aan de hand van de voorhanden stukken kan de rechtbank niet beoordelen of (ook) op 1 januari 2010 wordt voldaan aan de eisen van artikel 7, vijfde lid, van het Vrijstellings- en boetebesluit. De rechtbank wijst in dit verband op hetgeen zij dienaangaande heeft overwogen in haar uitspraak van 26 juli 2012 (*LJN BX4812*). De rechtbank zal Bpf TEX daarom opdragen om met inachtneming van deze uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen, hetgeen betekent dat Bpf TEX er daarbij van dient uit te gaan dat eiseres in aanmerking komt voor toepassing van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit en dat zij eiseres, binnen een door Bpf TEX te stellen termijn, de gelegenheid biedt om aan te tonen dat zij op 1 januari 2010 beschikte over een eigen pensioenregeling die gelijkwaardig is aan die van Bpf TEX danwel, indien die gelijkwaardigheid niet kan worden aangetoond, haar gelegenheid te bieden alsnog per 1 januari 2010 een eigen pensioenregeling te realiseren die gelijkwaardig is aan die van Bpf TEX.
13. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat Bpf TEX aan eiseressen het door hen betaalde griffierecht vergoedt.
14. De rechtbank veroordeelt Bpf TEX in de door eiseressen gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.180,-- (1 punt voor het indienen van het beroepsschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, 0,5 punt voor het geven van schriftelijke inlichtingen, met een waarde per punt van € 472,-- en een wegingsfactor 1 vanwege het gewicht en samenhang van de zaken).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond,
- vernietigt de bestreden besluiten,
- bepaalt dat Bpf TEX met inachtneming van deze uitspraak nieuwe besluiten op bezwaar neemt,
- bepaalt dat Bpf TEX aan eiseressen het betaalde griffierecht van totaal € 906,-- vergoedt,
- veroordeelt Bpf TEX in de proceskosten tot een bedrag van € 1.180,--, te betalen aan eiseressen.

Deze uitspraak is gedaan door mr. L.A.C. van Nifterick, rechter, in aanwezigheid van mr. dr. R. Stijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 31 januari 2013.
griffier rechter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Noot

Auteur: Mr. M.J.C.M. van der Poel

Deze uitspraak van de Rechtbank Rotterdam betreft de volgende kernvragen:

1. Kunnen de gevolgen van een reglementswijziging, waarvoor het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 in kwestie niet behoeft te worden gewijzigd, ertoe leiden dat een bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling moet verlenen op grond van artikel 2 of artikel 6 Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000 ('**Vrijstellingsbesluit**') en zo ja, met ingang vanaf welk moment mag deze vrijstelling worden verzocht?
2. Had het bedrijfstakpensioenfonds in kwestie de rechtsgronden van het verzoek van de werkgevers tot vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 moeten aanvullen, in die zin dat het fonds tevens had moeten toetsen of de desbetreffende werkgevers in aanmerking kwamen voor onverplichte vrijstelling op grond van artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000?
3. Kan een bedrijfstakpensioenfonds verplicht zijn onverplichte vrijstelling te verlenen op grond van artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000?

In deze annotatie streef ik ernaar tijdens het beantwoorden van de kernvragen enig inzicht te bieden in de toepassing van het bestuursrecht bij de onderhavige vrijstellingsprocedures. Alvorens hiertoe over te gaan schets ik het relevante feitencomplex, aangezien dit niet eenvoudig is te destilleren uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.

Feitencomplex

1. Bij Ministerieel Besluit van 17 april 2003 (*Stcrt.* 2003, 77) is deelneming in de Stichting Prepensioenfonds voor Textielgoederen ('**PreTex**') verplicht gesteld. In de uitspraak komt niet ter sprake of de werkgevers in kwestie (hierna: '**Forest c.s.**') verplicht waren deel te nemen in PreTex.
2. Op 2 augustus 2006 hebben sociale partners een verzoek tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in PreTex ingediend. Bij Ministerieel Besluit van 20 oktober 2006 is de verplichte deelneming in PreTex met ingang van 1 januari 2006 omgezet in een verplichte deelneming in de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Textielgoederen ('*Bpf TEX*') (*Stcrt.* 2006/208, p. 24). Deze wijziging van het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 omvatte de introductie van een verplicht ouderdomspensioen (hierna: '**OP**'). Werknemers die onder de reikwijdte van de verplichtstelling van Bpf TEX vielen bouwden vanaf 1 januari 2006 een ouderdomspensioen op, ter hoogte van maximaal 0,75% van de pensioengrondslag. Gezien het lage opbouwpercentage was sprake van een tamelijk sober OP. Daarnaast kon aanvullend worden gespaard voor prepensioen. Partijen zijn het er over eens dat Forest c.s. vanaf

januari 2006 gehouden waren deel te nemen in Bpf TEX (zie o.a. r.o. 4).

3. Forest c.s. hebben met ingang van 1 januari 2006 verplichte vrijstelling voor deelneming in Bpf TEX aangevraagd vanwege het hebben van een eigen verzekerde pensioenregeling bij AEGON ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Voor een toewijzing van deze vrijstellingsgrond moet zijn voldaan aan de wettelijke voorwaarden dat de basispensioenregeling van Forest c.s. ten minste 6 maanden voorafgaand aan het verzoek tot verplichte deelneming in Bpf TEX in gebruik moest zijn (het 'tijdigheidsvereiste') en dat de eigen pensioenregeling uiterlijk vanaf de dag dat vrijstelling werd verzocht financieel en actuair gelijkwaardig diende te zijn aan die van Bpf TEX (het 'gelijkwaardigheidsvereiste').
4. De verzoeken van Forest c.s. tot het verlenen van vrijstelling zijn op 22 juni 2007 afgewezen door Bpf TEX. Forest c.s. hadden volgens het fonds niet binnen de geboden tijd aangetoond dat was voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel. Tegen de beslissing op bezwaar stellen Forest c.s. te laat beroep in; hetgeen uitmondde in de niet-ontvankelijkheid van het beroep. Forest c.s. en hun werknemers zijn daarop verplicht gaan deelnemen in Bpf TEX. De pensioenregeling bij AEGON bleef in stand. De opbouw van ouderdomspensioenen bij zowel Bpf TEX als bij AEGON leidde op dat moment niet tot fiscaal bovenmatige pensioenopbouw voor de werknemers. Dat veranderde in 2010.
5. Op 1 januari 2010 is het pensioenreglement van Bpf TEX aangepast. Het maximale opbouwpercentage van het OP werd gewijzigd van 0,75% in 1,75% van de pensioengrondslag per dienstjaar. Door deze wijziging werd plots een volwaardig OP opgebouwd bij Bpf TEX. Het gevolg hiervan was, dat de pensioenopbouw bij Bpf TEX en AEGON tezamen fiscaal bovenmatig was geworden, waardoor de omkeerregel niet meer gold en er belastingtechnisch nadeel optrad voor Forest c.s. en haar werknemers.
6. Forest c.s. hebben vanwege de reglementswijziging wederom vrijstelling verzocht tot deelneming in Bpf TEX op grond van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Dit keer met ingang van 1 januari 2010. De nieuwe aanvragen tot het verlenen van vrijstelling zijn door Bpf TEX bij besluiten van 15 april 2011 afgewezen. De bezwaren die Forest c.s. hier tegen aan voerden, zijn op 8 september 2011 bij besluiten ongegrond verklaard door Bpf TEX. Het onderhavige beroep van Forest c.s. is gericht op vernietiging van deze bestreden besluiten door de rechter. Onderstaand ga ik nader in op de vragen, zoals geformuleerd in de eerste alinea van deze annotatie.

Mocht de wijziging van het opbouwpercentage slechts per reglement worden doorgevoerd?

7. Op grond van de artikelen 9 en 10 Wet Bpf 2000 en de Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000^[1], dient onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin het wijzigen van de statuten en reglementen gepaard moet gaan met het wijzigen van het Verplichtstellingsbesluit, en de situatie waarin dat niet nodig is. Wijziging van het Verplichtstellingsbesluit is slechts nodig ingeval de wijziging van statuten en reglementen van invloed is op het Verplichtstellingsbesluit.^[2]
8. De wijziging van het pensioenreglement van Bpf TEX heeft met ingang van 1 januari 2010 geleid tot een wezenlijke verhoging van het opbouwpercentage voor het ouderdomspensioen. Sociale partners hebben hiervoor niet tevens een wijziging van het Verplichtstellingsbesluit aangevraagd. Deze handelwijze is op zichzelf genomen juist. Het Verplichtstellingsbesluit, zoals dat laatstelijk was gewijzigd in 2006, betrof namelijk alleen de naamswijziging van het bedrijfstakpensioenfonds en de werkingsfeerbepaling. De ouderdomspensioenregeling, inclusief opbouwpercentage, was niet opgenomen in het Verplichtstellingsbesluit, maar in het pensioenreglement van Bpf TEX.
9. Alhoewel dit niet relevant lijkt te zijn geweest in de onderhavige procedure, wijs ik op het volgende aandachtspunt bij het wijzigen van statuten en reglementen. Een bedrijfstakpensioenfonds dient bij een dergelijke wijziging strijd met wet- en regelgeving te voorkomen. DNB beoordeelt na toezending van de gewijzigde statuten en reglementen of daar sprake van is. In de onderliggende uitspraak zijn geen directe aanknopingspunten te vinden voor een procedurele fout bij het wijziging van het pensioenreglement, ook lijkt geen sprake te zijn geweest van strijd met de wet en regelgeving, veroorzaakt door het verhogen van het opbouwpercentage. Dat Forest c.s. ervoor hebben gekozen een eigen basispensioenregeling onder te brengen en in stand te laten bij AEGON, waardoor thans sprake is van fiscaal bovenmatige pensioenopbouw — welke bovenmatigheid overigens geen strijd met wet- en regelgeving oplevert —, staat mijns inziens los van de vraag of de wijziging van het pensioenreglement in overeenstemming is geschied met de vigerende

wet- en regelgeving. De bovenmatige pensioenopbouw vloeit immers niet rechtstreeks voort uit het gewijzigde pensioenreglement van Bpf TEX, maar betreft problematiek op individueel werkgeversniveau. De consequenties van de verhoging van het opbouwpercentage zijn daardoor meer ik eerder te zoeken in de contractuele sfeer, die nader kan worden ingevuld door de redelijkheid en billijkheid.

Verzoek tot een nieuwe aanvraag ex artikel 4:6 Awb

10. Enfin, terug naar de uitspraak. Forest c.s. kunnen zich niet onttrekken aan de reglementswijziging van Bpf TEX per 1 januari 2010, aangezien zij van rechtswege gehouden zijn (de wijzigingen van) de statuten en reglementen, en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf TEX na te leven. Zij menen echter dat de reglementswijziging in kwestie alsnog zou moeten leiden tot deelnamevrijstelling, mede gezien de financiële gevolgen voor Forest c.s. en haar werknemers. Dit keer verzoeken zij geen vrijstelling vanaf 1 januari 2006, maar met ingang van 1 januari 2010. Forest c.s. doen meer ik aldus een nieuwe ('herhaalde') aanvraag tot het verlenen van verplichte vrijstelling vanwege het hebben van een eigen pensioenregeling (art. 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 jo. art. 13 Wet Bpf 2000).
11. De herhaalde aanvraag tot het verlenen van vrijstelling moet worden beoordeeld op grond van artikel 4:6 Awb. In dit artikel is vastgelegd wanneer een bestuursorgaan de herhaalde aanvraag in behandeling moet nemen, ondanks het feit dat de eerdere beschikking niet in bezwaar of beroep is bestreden of dit althans geen succes heeft gehad.^[3.] Voor een geslaagd beroep op artikel 4:6 Awb moeten nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden aangedragen ('nova'), die dienen te leiden tot een ander besluit dan de eerdere afwijzing. De Rechtbank beoordeelt in dat verband eerst of sprake is van een novum. Is geen sprake van een novum, dan hoeft de Rechtbank gezien het ne bis in idem beginsel het verzoek niet meer inhoudelijke te beoordelen. Is wel sprake van een novum, dan zal het verzoek alsnog inhoudelijk getoetst moeten worden. Voor de volledigheid: het primaire besluit van Bpf TEX waartegen wordt geageerd in de onderhavige procedure is de afwijzing van het verzoek tot het verlenen van vrijstelling met ingang van 1 december 2010.
12. Forest c.s. hebben in de herhaalde aanvraag tot het verlenen van vrijstelling ex artikel 4:6 Awb aangedragen dat zij tijdig een eigen basispensioenregeling in het leven hadden geroepen (zie art. 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000). Dit argument hadden zij al eerder aangevoerd, daarom hebben zij nova aangevoerd: het opbouwpercentage van de ouderdomspensioenregeling is verhoogd per 1 januari 2010 ('nieuw feit'), waardoor een bovenmatige pensioenopbouw is ontstaan ('nieuwe omstandigheid').
13. Bpf TEX besluit naar aanleiding van het herhaalde verzoek dat Forest c.s. geen recht hebben op vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Bpf TEX komt blijkens de uitspraak in hoofdzaak tot dit oordeel, omdat alleen met ingang van 1 januari 2006 vrijstelling kan worden verleend ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 en niet met ingang van 1 januari 2010 en omdat reeds een onherroepelijke beslissing voorligt om Forest c.s. geen vrijstelling te verlenen naar aanleiding van het eerste verzoek tot verlening van vrijstelling per 1 januari 2006 (r.o. 4). Ik acht het niet juist dat het herhaalde, nieuwe verzoek tot vrijstelling niet kan worden toegewezen omdat reeds onherroepelijk is besloten op het eerste verzoek tot vrijstelling. Indien op grond van artikel 4:6 Awb nova worden aangevoerd, moet immers (juist) worden gezien of er aanleiding is tot een ander besluit te komen.^[4.] Bpf TEX heeft in die zin een klassieke cirkelredenering toegepast, waarbij geen andere uitkomst meer mogelijk is dan een afwijzing van het verzoek. Wel juist lijkt mij de overweging dat het verzoek tot vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 niet per 1 januari 2010 kan worden toegewezen. Ik licht dit toe.

De tekst van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 is dwingend

14. De Rechtbank overweegt dat een aanvraag tot het verlenen van verplichte vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 slechts kan worden gedaan met ingang van het moment dat het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 in werking is getreden, of vanaf het moment dat de werkgever en zijn werknemers onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit zijn komen te vallen (r.o. 9). Deze dwingendrechtelijke, grammaticale uitleg van artikel 2 komt mij correct voor. Het artikel bepaalt immers dat vrijstelling wordt verleend 'met ingang van de dag dat de verplichtstelling in werking treedt respectievelijk als gevolg van gewijzigde bedrijfsactiviteiten op hem en zijn werknemers van toepassing

wordt'.^[5.] Het bestuur heeft geen discretionaire bevoegdheid om op grond van artikel 2 de vrijstelling met ingang van 1 januari 2010 te verlenen.

15. Voorts is de achterliggende gedachte van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 van belang. Deze leidt ik niet uitdrukkelijk af uit de nota van toelichting bij het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, maar ik meen dat de volgende gedachte plausibel is. Een werkgever die een eigen ouderdomspensioenregeling heeft getroffen, hoeft er in beginsel niet op bedacht te zijn dat sociale partners in de toekomst een verzoek zullen doen tot het verplicht stellen van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. De werkgever die een dergelijk lot treft, wordt bij wijze van overgangsrecht beschermd, door de mogelijkheid om vrijstelling aan te vragen voor verplichte deelname,^[6.] mits aan het tijdigheidsvereiste en het gelijkwaardigheidsvereiste is voldaan. Het recht op vrijstelling vanwege een eigen pensioenregeling bestaat daarentegen niet voor de werkgever die (al dan niet bewust) heeft besloten een eigen pensioenregeling in het leven te roepen, nadat sociale partners een aanvraag tot verplichtstelling hebben gedaan. Dit zou immers een vrijbrief zijn voor werkgevers om zelf af te wegen of het voor hen wenselijk is een eigen, gelijkwaardige pensioenregeling in het leven te roepen en zich naar believen te onttrekken aan deelneming in het verplicht gestelde fonds.
16. Een verplicht gesteld fonds bestaat bij de gratie van voldoende collectiviteit en solidariteit. Deze bouwstenen van de verplichtstelling kunnen sneuvelen, indien Bpf TEX verplicht vrijstelling moet afgeven aan werkgevers die een eigen pensioenregeling instellen nadat de aanvraag tot het verplicht stellen van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds is gedaan.^[7.] Een dergelijke vrijheid voor de werkgever zou risicoselectie in de hand werken. Werkgevers die een relatief 'goedkoop' deelnemersbestand hebben, subsidiëren middels de doorsneepremie werkgevers die een relatief 'duur' deelnemersbestand hebben. Indien werkgevers met een goedkoop bestand er voor kunnen kiezen een goedkopere pensioenregeling elders te treffen, zullen op den duur de werkgevers met een relatief duur bestand achter blijven in het bedrijfstakpensioenfonds; hetgeen kan resulteren in onaanvaardbaar hoge kosten voor deze werkgevers. De verplichtstelling zorgt ervoor dat werkgevers en werknemers zich niet kunnen onttrekken aan deze sociale doelstelling.
17. Forest c.s. hadden gezien de dwingendrechtelijke grammaticale uitleg van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 en de geest van artikel 2 alleen vrijstelling kunnen verzoeken met ingang van 1 januari 2006 en niet pas met ingang van 1 januari 2010. Bijzondere omstandigheden kunnen gezien de tekst van het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 geen wijziging brengen in het moment waarop de vrijstelling van kracht wordt. Het verzoek tot verlening van vrijstelling per 2010 strandt derhalve — terecht — volgens de Rechtbank. Ik voeg hieraan toe dat de nova — de verhoging van het opbouwpercentage, in combinatie met bovenmatige pensioenen — dus ook geen invloed konden hebben op de vraag of vrijstelling moest worden verleend per 2010 ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Dit had slechts anders kunnen zijn indien Forest c.s. in 2010 herhaald vrijstelling hadden verzocht met ingang van 1 januari 2006.
18. Dat Forest c.s. voor het anker van het 'zelfstandige toetsmoment' per januari 2010 zijn gaan liggen, verwondert overigens niet indien wordt gekeken naar een eerdere procedure tegen Bpf TEX. Saillant detail is dat Bpf TEX in een procedure in de zomer van 2012, zelf ook nog — ten onrechte — meende dat vanaf 1 januari 2010 vrijstelling kon worden verleend ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000.^[8.] Het fonds werd daarin gevolgd door de werkgever en de Rechtbank Rotterdam. De consequentie was dat de Rechtbank Rotterdam het bestreden besluit vernietigde en Bpf TEX opdroeg nogmaals een besluit te nemen over het verzoek tot vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Bpf TEX diende er daarbij vanuit te gaan dat aan de vereisten van tijdigheid en gelijkwaardigheid was voldaan, met als consequentie dat een vrijstelling zou moeten worden afgegeven door Bpf TEX. Deze uitleg van het zelfstandige toetsmoment, waarbij vrijstelling zou moeten worden verleend op de voet van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, tegen een latere datum dan is voorgeschreven in artikel 2, lijkt mij niet juist. Niet vanwege de dwingendrechtelijke tekst en ook niet vanwege de achterliggende doelstelling van het artikel.

De tekst van artikel 2 Vrijstellingsbesluit kan ruim worden uitgelegd

19. De tekst van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 is dwingend, maar kan onder omstandigheden toch nopen tot een ruimere uitleg van de tekst, in lijn met de geest van het artikel. Dat lijken partijen in de

onderhavige uitspraak ook te doen. Zij gaan er vanuit dat Forest c.s. vanaf 1 januari 2006 onder de Verplichtstelling vallen. Onduidelijk is of Forest c.s. voor die tijd ook al onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in PreTEX vielen. Aannemelijk is dat wel, omdat de werkingssfeerbepaling (vrijwel) ongewijzigd bleef met ingang van 1 januari 2006.

20. Partijen zijn het erover eens dat de peildatum voor het beoordelen van de tijdige instelling van een eigen pensioenregeling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 2 februari 2006 is. Te weten: 6 maanden voor de indiening van het verzoek tot de wijziging van deelneming in PreTEX in Bpf TEX. Bij deze consensus van partijen over de peildatum lijkt de gedachte leidend te zijn geweest dat de wijziging van het prepensioenfonds in het basispensioenfonds een dermate wezenlijke wijziging van het karakter van de verplichtstelling is, dat een nieuw toetsmoment is ontstaan voor het aanvragen van vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Ik acht dit standpunt verdedigbaar, omdat tijdens de verplichtstelling van PreTEX nog geen sprake was van een basispensioenregeling en een werkgever die op vrijwillige basis heeft besloten een basispensioenregeling in het leven te roepen voor zijn werknemers niet de dupe zou moeten worden van een latere verplichtstelling tot deelneming in Bpf TEX. De achterliggende gedachte van artikel 2 Vrijstellingsbesluit is immers, dat een dergelijke werkgever bij wijze van overgangsrecht desgewenst beschermd moet worden.

Wel vrijstelling indien deze was verzocht per 1 januari 2006?

21. Ik merk nog op dat de Rechtbank niet heeft hoeven ingaan op de vraag of vrijstelling ex artikel 2 volgens haar wel had moeten worden verleend indien een aanvraag tot het verlenen van vrijstelling vanaf 1 januari 2006 was verzocht, in plaats van 1 januari 2010.
22. Bij een dergelijke aanvraag hadden Forest c.s. nova moeten aanvoeren. Forest c.s. hadden in dat geval aannemelijk moeten maken dat zij redelijkerwijs niet hadden behoeven te weten ten tijde van het eerste besluit, dat het opbouwpercentage van het OP in een later stadium zou (kunnen) worden verhoogd en dat als gevolg daarvan bovenmatige pensioenen zouden ontstaan door het in de lucht houden van een eigen pensioenregeling. Hadden zij dat wel geweten, dan zouden zij bij het eerste verzoek tot verlening van verplichte vrijstelling de gelijkwaardigheidstoets wel (tijdig) hebben uitgevoerd en hadden zij in beroep termijnoverschrijding voorkomen. Bpf TEX had daartegen kunnen inbrengen, dat geen sprake is van nova. Forest c.s. hadden zich immers moeten realiseren dat statuten en reglementen steeds kunnen wijzigen en dat werkgevers van rechtswege aan deze wijzigingen gebonden zijn. Het betreft in dat geval slechts een argument van Forest c.s. ter honorering van het verzoek tot vrijstelling, maar geen nova. Alhoewel de regelgeving rondom vrijstelling in de praktijk lastig kan zijn voor werkgevers, voel ik er zelf voor te concluderen dat rechtens geen sprake is van nova. Forest c.s. hebben de kans om vrijstelling aan te vragen voor deelneming in de ouderdomspensioenregeling van Bpf TEX per januari 2006 niet (goed) benut en hebben daarom reeds geruime tijd deelgenomen in Bpf TEX. Zij hadden moeten begrijpen dat het opbouwpercentage OP in de toekomst bij reglement gewijzigd kon worden.
23. Overigens is artikel 4:6 Awb strikt genomen geschreven voor herhaalde aanvragen, maar de daarin vervatte norm vindt ook toepassing indien wordt verzocht ambtshalve terug te komen van een rechtens onaantastbaar geworden uitspraak. Naar Nederlands bestuursrecht staat geen rechtsregel eraan in de weg dat een bestuursorgaan terugkomt van een door hem genomen besluit, dat naar nationaal recht definitief is geworden, zelfs niet indien geen sprake is van nova. Het betreft hier een bevoegdheid van het bestuursorgaan en (in beginsel) geen verplichting: het leerstuk van de formele rechtskracht gaat er immers vanuit dat de rechtmatigheid van een rechtens onaantastbaar besluit in beginsel is gegeven.
24. Resumerend: weliswaar hadden Forest c.s. voldaan aan de tijdigheidseis, maar zij hadden bij het eerste verzoek tot vrijstelling verzuimt de gelijkwaardigheid van de eigen pensioenregeling tijdig aan te tonen. Hierdoor was Forest verplicht deel te nemen in de pensioenregeling van Bpf TEX en zou gesteld kunnen worden dat de eigen pensioenregeling, daarmee ook het eigen 'probleem' werd van de werkgever, dat in de contractuele sfeer tussen werkgever, werknemers en de derde pensioenuitvoerder moet worden opgelost. De herhaalde aanvraag strandde op het gegeven, dat was verzocht de vrijstelling te verlenen met ingang van 1 januari 2010, in plaats van 1 januari 2006.

Verzoek tot onverplichte vrijstelling ligt besloten in de rechtsstrijd

25. De rechter wijst Bpf TEX vervolgens op een belangrijke taak, die het in de hoedanigheid van bestuursorgaan heeft bij het beoordelen van vrijstellingsverzoeken. De Rechtbank overweegt dat het in de rede had gelegen voor Bpf TEX om het verzoek tot het verlenen van vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 tevens ambtshalve te toetsen aan de onverplichte vrijstellingsgrond in artikel 6, nu het verzoek tot het verlenen van verplichte vrijstelling was afgewezen (r.o. 10).
26. De verplichting tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden volgt niet uit artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. In dat artikel staat immers dat de werkgever expliciet moet verzoeken om het verlenen van onverplichte vrijstelling en dat is niet gebeurd. In het bestuursrecht behoort het echter tot de plicht van Bpf TEX om de rechtsgronden van het verzoek van Forest c.s. ambtshalve uit te breiden naar een verzoek tot het verlenen van onverplichte vrijstelling ex artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, indien het verzoek tot het verlenen van verplichte vrijstelling reeds een verzoek tot het verlenen van onverplichte vrijstelling insluit (art. 8:69 Awb). De aanvulling is dan gedaan binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Ik verwacht dat in de onderhavige procedure aan die voorwaarde zal zijn voldaan. De Rechtbank overweegt in dat verband dat er geen sprake van is dat de feitelijke grondslag van de aanvraag tot vrijstelling wordt uitgebreid, aangezien sprake is van hetzelfde feitencomplex (r.o. 10).
27. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen dienen zich er bewust van te zijn, dat bij een verzoek tot het verlenen van verplichte vrijstelling, veelal ook getoetst zal moeten worden aan de onverplichte vrijstellingsgrond ex artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, ingeval de aanvraag tot verplichte vrijstelling wordt afgewezen. Het inzichtelijk maken van de belangenafweging door een specifiek fonds, zal meer duidelijkheid bieden over de overwegingen voor dit fonds om al dan niet onverplichte vrijstelling te verlenen.
28. 'Desgevraagd' door de Rechtbank Rotterdam doen Forest c.s. tijdens de procedure nog een beroep op artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Had dit beroep niet reeds besloten gelegen in het vrijstellingsverzoek van eiseressen, dan hadden Forest c.s. in beginsel een nieuw vrijstellingsverzoek moeten richten tot Bpf TEX op grond van artikel 6, uitzonderingen daargelaten. Dat mag in beginsel, aangezien de wet niet bepaalt dat alle vrijstellingsgronden tegelijkertijd moeten worden ingeroepen.
29. De Rechtbank overweegt dat een ambtshalve toetsing door het fonds aan de onverplichte vrijstellingsgrond te meer in de rede had gelegen, omdat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 is voldaan, maar de vrijstelling niet kan worden verleend gelet op de verzochte ingangsdatum van de vrijstelling. Hiermee bedoelt zij meen ik, dat toetsing aan artikel 6 reeds binnen de grenzen van de rechtsstrijd ligt besloten. Het relevante verschil met artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 is, dat op grond van artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 ook vrijstelling kan worden verleend met ingang van 1 januari 2010. Artikel 6 bepaalt immers niet het tijdstip waarop de vrijstelling zou moeten ingaan.
30. Bpf TEX had zowel bij het eerste verzoek, als bij het tweede verzoek tot vrijstelling ambtshalve moeten toetsen aan artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Het fonds heeft dit echter nagelaten. In beide bezwaarfases had Bpf TEX deze gebreken in de primaire besluitvorming ambtshalve kunnen corrigeren (art. 7:11 Awb), maar ook daar is het fonds niet toe overgaan. Deze correctieverplichting vloeit mede voort uit de onderzoeksplicht in artikel 3:2 Awb. De heroverweging van het primaire besluit mag zich niet beperken tot de gronden die zijn aangevoerd.^[9] Tijdens de bezwaarfase geldt derhalve, anders dan in de beroepsfase, geen grondenstelsel.
31. De Rechtbank geeft vervolgens bij Bpf TEX aan dat toetsing aan artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 in deze stand van de procedure gerechtvaardigd is en geeft Bpf TEX de kans daartoe over te gaan. Zij past derhalve de bestuurlijke lus toe. Bpf TEX weigert echter een inhoudelijk oordeel te geven over het verzoek tot het verlenen van onverplichte vrijstelling. Dat is voor de Rechtbank aanleiding het bestreden besluit te vernietigen. Deze overweging van de Rechtbank Rotterdam is meen ik correct. Bpf TEX laat immers na ten volle op het verzoek om vrijstelling te beslissen.

Moet Bpf TEX onverplicht vrijstelling verlenen?

32. Bpf TEX moet van de Rechtbank een nieuw besluit nemen en dient er daarbij van uit te gaan dat vrijstelling moet worden verleend op de voet van artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, mits aan de

gelijkwaardigheidseis is voldaan. De hamvraag is, of dit wel juist is.

33. De vraag of vrijstelling ex artikel 6 wordt verleend staat ter discretie van het bedrijfstakpensioenfonds en moet worden beantwoord op basis van een belangenafweging. Deze hoofdregel leidt slechts uitzondering ingeval (i) het fonds anders heeft bepaald in het Vrijstellingsreglement (het betreft beleidsregels in de zin van art. 1.3 Awb), (ii) de weigering onverplichte vrijstelling te verlenen strijd oplevert met abbb, waaronder het beginsel van non-discriminatie, of (iii) sprake is van bijzondere omstandigheden die moeten leiden tot een belangenafweging in het voordeel van de werkgever en zijn werknemers. Deze belangenafweging mag alleen marginaal worden getoetst door een rechter.^[10.]
34. De Rechtbank geeft in r.o. 10 aan dat de bijzondere omstandigheden die worden gevormd door de gevolgen van de reglementswijziging per januari 2010 met zich brengen dat Bpf TEX in redelijkheid niet kan weigeren per die datum onverplichte vrijstelling te verlenen aan Forest c.s. op grond van artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. Te meer niet nu aan het tijdigheidsvereiste van artikel 2 wordt voldaan. Het oordeel dat onverplichte vrijstelling, anders dan de verplichte vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, met ingang van 1 januari 2010 kan worden verleend, lijkt mij zoals bovenstaand reeds toegelicht juist. Artikel 6 haakt niet aan bij een specifiek moment waarop de vrijstelling moet ingaan en schept daarmee ruimte voor een fonds om in individuele gevallen recht te kunnen doen aan bijzondere omstandigheden die het belang van het fonds overstijgen.
35. De conclusie van de Rechtbank dat de consequenties van de reglementswijziging, in samenhang met het gegeven dat Forest c.s. voldeden aan het tijdigheidsvereiste in artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, moeten leiden tot het verlenen van onverplichte vrijstelling is mijns inziens niet juist. Deze conclusie kan in ieder geval niet worden getrokken op basis van het feitencomplex, zoals gepresenteerd in de uitspraak. Te meer niet nu Bpf TEX — weliswaar ten onrechte — nog niet is overgegaan tot een belangenafweging.
36. Aan Bpf TEX is door de rechter opgedragen een nieuw besluit te nemen. Het is maar de vraag of dat besluit tot het voor Forest c.s. gewenste besluit zal leiden. Bpf TEX dient bij de belangenafweging bovenstaand belang van de werkgever af te wegen tegen het eigen belang en de betrokken belangen van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Forest c.s. en haar werknemers hadden ten tijde van de reglementswijziging al vier jaar deelgenomen in Bpf TEX. Het zou onwenselijk zijn voor het fonds en de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden, om vrijstelling met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2006 te verlenen, daar de pensioenopbouw over die jaren met terugwerkende kracht ongedaan zou moeten worden gemaakt. In dat verband moet onder meer worden gedacht aan de problematiek van de (gerechtvaardigde) verwachtingen van werknemers, slapers en gepensioneerden over de hoogte van de pensioenopbouw en aan de pensioenen die reeds zijn uitgekeerd aan gepensioneerden en nabestaanden. Het financieel nadeel voor het fonds is bij het verlenen van vrijstelling ex artikel 6 echter weer minder groot dan bij vrijstelling ex artikel 2, daar het verzekeringstechnisch nadeel in rekening mag worden gebracht (art. 7 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000).
37. Een tweede — misschien nog wel evidentier — belang van het fonds is, dat Bpf TEX de twee bouwstenen van de verplichtstelling bewaakt, die bestaan uit solidariteit en collectiviteit. Het CBB heeft onlangs nog in een uitspraak overwogen dat een bedrijfstakpensioenfonds in redelijkheid mag besluiten dat het belang dat is gediend met het zoveel mogelijk handhaven van de solidariteit in het algemeen zwaarder weegt dan het belang van een werkgever en zijn werknemers om deel te nemen in een eigen pensioenfondsregeling.^[11.] Deze afweging van het fonds mag slechts marginaal worden getoetst en komt ingevolge het CBB niet in strijd met het in artikel 3:4 lid 2 Awb besloten liggende evenredigheidsbeginsel. “Ware dit anders, dan zou artikel 2 Vrijstellingsbesluit zinledig zijn en zou bovendien door het treffen van een eigen pensioenregeling de verplichtstelling altijd kunnen worden ontgaan. Van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de Stichting in het onderhavige geval tot een andere afweging had moeten komen is ten slotte niet gebleken”. Deze overwegingen van het CBB lijken mij, mede in het licht van de doelstelling van de Wet Bpf 2000 en de jurisprudentie van het HvJ EU, juist.^[12.]
38. Mocht het beleid van Bpf TEX er net als bij veel andere bedrijfstakpensioenfonds op zien dat in beginsel geen onverplichte vrijstelling wordt verleend met het oog op de solidariteitsgedachte en de afwijzing van het verzoek geen strijd oplevert met de abbb, dan moeten de bijzondere omstandigheden bij Forest c.s. (in ieder geval) worden afgewogen tegen het belang van het fonds bij het handhaven van de solidariteit en

collectiviteit. Het belang van Forest c.s. zal dan naar mijn verwachting, op grond van een goed gemotiveerde belangenafweging, het onderspit kunnen delven. Zoals uiteengezet bij de behandeling van het verzoek ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, kan een ruimhartig onverplicht vrijstellingsbeleid er immers toe leiden dat sprake zal zijn van risicoselectie. Een dergelijk beleid kan precedentwerking in de hand werken, waarbij werkgevers onder verwijzing naar de abbb — te denken valt onder meer aan het beginsel van non-discriminatie — vrijstelling kunnen afdwingen. Het gevolg van risicoselectie kan zijn dat werkgevers met een relatief goedkoop werknemersbestand de doorsneepremie niet willen voldoen en een goedkopere pensioenregeling elders treffen. Hierdoor kan de premielast voor de achtergebleven werkgevers en werknemers, onaanvaardbaar hoog worden. De verplichtstelling voorkomt aantasting van de sociale doelstelling dat een ieder voor elkaar betaalt binnen de pensioenregeling van een specifieke bedrijfstak en dat de kosten onder meer zo laag mogelijk kunnen worden gehouden door schaalvoordelen en het ontbreken van promotie en acquisitiekosten.

39. Rest mij nog de antwoorden op de algemeen geformuleerde kernvragen in de eerst alinea van deze annotatie kort weer te geven.
- **Antwoord 1:** de gevolgen van een reglementswijziging, waarvoor het Verplichtstellingsbesluit niet hoeft te worden gewijzigd, kunnen nopen tot het inwilligen van een verzoek tot vrijstelling. Verplichte vrijstelling ex artikel 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 treedt in werking vanaf het eerste moment dat de werkgever en zijn werknemers onder de werkingssfeer (zijn gaan) vallen. Onverplichte vrijstelling staat ter discretie van het fonds en mag ook tegen een later tijdstip worden verleend, mits aan de voorwaarden in artikel 7 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 zijn voldaan.
 - **Antwoord 2:** een bedrijfstakpensioenfonds moet de rechtsgronden van het verzoek ambtshalve aanvullen binnen de aangedragen kaders van de rechtsstrijd. Dit zal in de praktijk meer dan eens betekenen dat, indien een verzoek tot het verlenen van verplichte vrijstelling wordt afgewezen, nog ambtshalve moet worden getoetst aan de onverplichte vrijstelling ex artikel 6 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000.
 - **Antwoord 3:** een bedrijfstakpensioenfonds kan naar aanleiding van een belangenafweging gehouden zijn onverplicht vrijstelling te verlenen. Hier zal niet snel sprake zijn bij een goed gemotiveerde belangenafweging, die doorslaat in het nadeel van de werkgever ten faveure van de solidariteitsgedachte. Deze afweging moet marginaal wordt getoetst door de rechter. Toewijzing kan in de rede liggen indien dit in lijn is met de bepalingen in het Vrijstellingsreglement, of indien de abbb zich verzetten tegen een afwijzing van het verzoek.
40. Tot slot moedig ik de Rechtbank Rotterdam graag aan de toepassing van het bestuursrecht bij het beoordelen van vrijstellingsverzoeken als de onderhavige inzichtelijker te maken. Op deze wijze kan de kennis onder werkgevers en (pensioen)adviseurs worden vergroot over de (uit)werking van de Awb bij een vrijstellingsverzoek op grond van de Wet Bpf 2000.

Voetnoten

Voetnoten

- [1.] Stcrt. 2011, 22535.
- [2.] Zie Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, *Stcrt.* 2006/80 (oud), p. 11, onder h, zoals thans vastgelegd in *Stcrt.* 2011/22535, onder h.
- [3.] Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, punt 2.104.
- [4.] Zie bijvoorbeeld over de reikwijdte van artikel 4:6 Awb CBB, 26 maart 2009, *AB* 2009.
- [5.] Zie ook in een vergelijkbare zaak tegen Bpf TEX Rb. Rotterdam, 26 juli 2012, *PJ* 2012/161 en 162 en de bijbehorende noot van Lutjens.
- [6.] Zie de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 101.
- [7.] CBB, 2 april 2013, *PJ* 2013/104 ('Facet'), r.o. 3 en 4.
- [8.] Rb. Rotterdam, 26 juli 2012, *PJ* 2012/161 en 162, m.nt. Lutjens.
- [9.] Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 april 2009, *AB* 2009/262, ABRvS 2 mei 2007, *AB* 2007/263.

- [10.] CBB 25 november 2008, *PJ* 2009/5.
- [11.] CBB, 2 april 2013, *PJ* 2013/104, r.o. 3. Deze afweging is volgens het CBB niet strijdig met het in artikel 3:4 lid 2 Awb besloten liggende evenredigheidsbeginsel.
- [12.] Zie over de doelstellingen van de wet *Kamerstukken I* 1948/49, 785, vel 79, p. 297 en *Kamerstukken II* 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 11, 13 en 14. Zie voor relevante uitspraken van het HvJ EU, waarin een hoge mate van solidariteit de machtspositie van verplicht gestelde fondsen mede rechtvaardigt zaak C-67/96, Jurispr. 1999, p. I-5751 ('Albany International'), zaken C-115/97 tot en met 117/97, Jurispr. 1999, p. I-6025 ('Brentjens'), r.o. 110 en zaak C-219/97, Jurispr. 1999, p. I-5121 ('Maatschappij Drijvende Bokken').