

Contouren van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling

Mr. M.W. Minnaard, datum 29-07-2016

Datum	29-07-2016
Auteur	Mr. M.W. Minnaard ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

1. Inleiding

In dit artikel beschrijf ik de contouren van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioen*regeling* als alternatief voor de huidige verplichtstelling waar deelname in een bedrijfstakpensioen*fonds* verplicht is gesteld. In de variant die ik beschrijf wordt de keuze voor een bepaalde pensioenuitvoerder overgelaten aan de werkgever.

2. De verplichtstelling ter discussie

2.1 Inleiding

Het uit 1949 daterende instrument van de verplichtstelling heeft veel goeds gebracht. Het heeft ertoe geleid dat grote groepen werknemers (adequaat) pensioen opbouwen — volgens het CBS^[2] hebben de 68 bedrijfstakpensioenfondsen samen ruim 4,8 miljoen deelnemers — waarmee de zogenaamde witte en grijze vlekken beperkt zijn gebleven. Toch groeit in mijn waarneming de weerstand tegen (onderdelen) van de verplichtstelling. Daarbij lopen allerlei relevante en soms minder relevante argumenten en meningen door elkaar (naast een gegroeid wantrouwen in pensioenfondsen). Een onderwerp dat in de discussie vaak terugkomt is de doorsneepremie die bedrijfstakpensioenfondsen nu verplicht moeten hanteren. Criticasters stellen dat de doorsneepremie, die tot herverdeling leidt tussen deelnemers, niet meer zou passen in een arbeidsmarkt waar steeds vaker gewisseld wordt van werkgever en branche dan in vroegere tijden waardoor steeds minder werknemers 'de rit' afmaken. De doorsneepremie zou bovendien een rem zetten op arbeidsmobiliteit. Daarnaast zijn factoren als de lage organisatiegraad van zowel werkgevers als werknemers en de individualisering debet aan de discussie over de verplichtstelling. Bovendien is in een tijd van brancheervaging en (disruptieve) innovaties soms moeilijk de eigen sector in werkingsfeerbepalingen te gieten (en te houden). Soms ketst verplichte deelneming in procedures op het ontbreken van een enkel woordje.^[3] Kortom de ooit zo veilige en heilige verplichtstelling ligt door allerlei oorzaken onder vuur.

2.2 Afschaffen verplichtstelling?

Moeten we dan het instrument van de verplichtstelling afschaffen? Ik meen van niet. Allereerst is een terechte vrees dat het afschaffen van de verplichtstelling

ertoe zal leiden dat minder (adequate) pensioenen zullen worden opgebouwd, met name in sectoren waar de marges dun zijn en/of de onderhandelingspositie van de werknemer zwak is. En linksom en rechtsom betekenen lagere pensioenen dat het toekomstige inkomenstekort naar de overheid (dus wij allemaal) wordt doorgeschoven in de vorm van een opwaartse druk op de AOW of inkomensmaatregelen zoals huursubsidie. Een mogelijkheid die veel genoemd wordt, is om niet de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen maar uitsluitend de bedrijfstakpensioenregelingzelfen de keuze voor de pensioenuitvoerder over te laten aan de werkgever of aan de deelnemer zelf.^[4] Ik beperk mij in dit artikel tot de variant waarbij de werkgever de pensioenuitvoerder bepaalt.

Natuurlijk zal het verplicht stellen van alleen de bedrijfstakpensioenregeling de in de inleiding genoemde punten niet (direct) oplossen. Zo geldt wat betreft het punt van de doorsneepremie dat de nadelen daarvan opgelost kunnen worden zonder maar iets van de huidige verplichtstelling aan te passen door alternatieven als degressieve opbouw of individuele pensioenrekeningen. Maar desalniettemin is het goed om in het veranderende pensioenlandschap, waar grote veranderingen in het stelsel op de agenda staan, ook het huidige instrument van de verplichtstelling tegen het licht te houden.

3. Het huidige instrument van de verplichtstelling

3.1 Wettelijk systeem

Art. 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: 'Wet Bpf') bepaalt dat de Minister van SZW op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn, verplicht kan stellen. De verplichting ziet dus op de deelname in het bedrijfstakpensioenfonds. Sociale partners in de bedrijfstak bepalen de inhoud van de pensioenregeling. Als gevolg van een verplichtstelling gelden diverse verplichtingen voor deelnemers, werkgevers en het fonds zoals de verschuldigde bijdrage die voor alle deelnemers gelijk moet zijn (art. 8 Wet Bpf) en natuurlijk de vrijstellingsmogelijkheden (art. 13 Wet Bpf). De Wet verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds kent een soortgelijk wettelijk kader en ik zal deze in het hierna volgende niet apart behandelen.

3.2 Inbreuk op contractsvrijheid en de mededinging

Een verplichtstelling beperkt niet alleen de contractsvrijheid van werkgevers om met hun werknemers afspraken te maken over de arbeidsvoorwaarde pensioen, maar verstoort tevens de mededinging omdat er een bedrijfstakbrede binding aan een bepaald bedrijfstakpensioenfonds ontstaat. Dat de wetgever ordenend mag ingrijpen in het domein van de arbeidsvoorwaarden wordt algemeen aanvaard als er een gerechtvaardigd belang is (in feite vormt heel titel 10 van Boek 7 BW een inbreuk). Wat betreft de mededinging is in een aantal bekende uitspraken van het Hof van Justitie EU (HvJ), te weten *Albany*, ^[5]*Brentjens*,^[6]*Drijvende Bokken*^[7] en *AG2R*^[8] uitgemakt dat de verplichtstelling van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds (dus binding aan een bepaalde uitvoerder) niet in strijd is met het Europese mededingingsrecht. Kort en wel is daarbij de redenering dat pensioenfondsen moeten worden aangemerkt als ondernemingen die worden belast met een bijzondere taak van sociale aard. Die

sociale taak bestaat er met name in dat via de verplichtstelling pensioenfondsen in staat worden gesteld tegen aanvaardbare kosten een pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstak uit te voeren. Die sociale taak van het fonds kan de inbreuk op het mededingingsrecht rechtvaardigen, mits de inbreuk niet verdergaat dan noodzakelijk voor het bereiken van die sociale doelstelling. De mate van solidariteit is mede bepalend of de noodzaak van een verplichtstelling aanwezig is. Dat een doorsneepremie een noodzakelijk solidair element zou zijn om een verplichtstelling te kunnen handhaven is een wijdverbreid misverstand en volgt in ieder geval niet aan voornoemde arresten.^[9] Een ander misverstand is dat de eis van één financieel geheel (art. 123 lid 1 PW, ook wel het verbod op ringfencing genoemd) zou voortvloeien uit deze arresten en noodzakelijk zou zijn om de verplichtstelling te kunnen handhaven, daarover heeft het HvJ zich niet uitgesproken.^[10]

4. De contouren van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling

4.1 Initiatief bij sociale partners, verplichtstelling door een besluit van de overheid

Bij de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling zal het initiatief — net als nu — bij sociale partners in een bepaalde bedrijfstak (moeten) liggen. Net als nu zullen deze over een belangrijke meerderheid moeten beschikken om de verplichtstelling te kunnen aanvragen. Als van een belangrijke meerderheid sprake is, kan de bedrijfstakpensioenregeling verplicht worden gesteld door de Minister van SZW. De verplichtstelling zou de inhoud van de bedrijfstakpensioenregeling moeten beschrijven (karakter pensioenregeling, opbouw, dekking van overlijdens- en invaliditeitsrisico en toeslagverlening). De verplichting die door verplichtstelling voor de werkgever ontstaat is om de bedrijfstakpensioenregeling bij een toegelaten pensioenuitvoerder onder te brengen. Een variant daarop wordt beschreven in een rapport van het Expertisecentrum Pensioenrecht VU, Ecovisie en SEO die bestaat uit enerzijds een besluit van sociale partners over de bedrijfstakpensioenregeling (dat door een overheidsbesluit bindend wordt opgelegd) en anderzijds een besluit van sociale partners voor de keuze voor een bepaalde pensioenuitvoerder.^[11] Deze variant leidt mijns inziens tot een meer gecompliceerde versie van de huidige stand van zaken waarbij sociale partners in een bedrijfstak zowel de inhoud als de gebundelde uitvoering door één bepaalde pensioenuitvoerder bepalen. Belangrijk verschil met nu is wel dat niet alleen bedrijfstakpensioenfondsen maar ook algemene pensioenfondsen als uitvoerder zouden kunnen optreden.

4.2 Inbreuk op de mededinging

Ik veronderstel dat iedere pensioenuitvoerder een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling mag uitvoeren, evenals pensioenuitvoerders gevestigd in een andere lidstaat. In de variant die ik voor ogen heb is het de werkgever die de keuze maakt waar hij de in de verplichtstelling omschreven bedrijfstakpensioenregeling wenst onder te brengen. Door het verplicht stellen van alleen de bedrijfstakpensioenregeling, zonder binding aan een bepaalde pensioenuitvoerder, wordt de mededinging niet verkleind maar juist vergroot. Ik zie daarom geen bezwaren vanuit het (Europese) mededingingsrecht.

4.3 Niets (geheel) nieuws onder de zon

Een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling kennen we in zekere zin al, namelijk via pensioenbepalingen in cao's (of separate pensioencao's). Langs deze weg worden minimumbepalingen voorgeschreven die een pensioenregeling moet bevatten zoals de pensioengrondslag, het opbouwpercentage, partnerpensioen, wezenpensioen en toeslagverlening. En soms wordt een bepaald karakter voorgeschreven dan wel een keuze toegestaan. Voorbeelden zijn de cao's verzekeringsbedrijf (binnen- en buitendienst) die minimumbepalingen bevatten waaraan een pensioenregeling moet voldoen of de Cao Minimum Pensioenvoorwaarden voor Dagbladjournalisten. De werkgever is bij deze cao's enigszins vrij een pensioenuitvoerder te kiezen ter uitvoering van de pensioenregeling. Dat kan een verzekeraar, PPI of een Apf zijn. Daarnaast zijn PGB-achtige bedrijfstakpensioenfondsen een mogelijke uitvoerder. In deze markt wordt de mededinging dus aan de pensioenfondsenkant beperkt, namelijk in de zin dat ondernemingspensioenfondsen in die markt niet kunnen opereren en bedrijfstakpensioenfondsen PGB-achtige capriolen moeten uitvoeren om sectoren of werkgevers te kunnen toelaten.

4.4 Aanpassing Wet AVV?

Omdat pensioenbepalingen in cao's op grond van het Toetsingskader Wet AVV niet vatbaar zijn voor verbindendverklaring binden pensioenbepalingen in cao's alleen de werkgever die partij is bij de cao (al dan niet via een werkgeversvereniging) of wanneer de betreffende cao door middel van incorporatie deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat de huidige Wet AVV (en het daarop gebaseerde Toetsingskader) niet goed bruikbaar zijn als wettelijke grondslag om een bedrijfstakpensioenregeling verplicht te stellen voor iedereen binnen de bedrijfstak. Om ook ongeorganiseerde werkgevers te dwingen een bepaalde bedrijfstakpensioenregeling aan te bieden zou het Toetsingskader Wet AVV moeten worden aangepast (voor de goede orde, de Wet AVV verbiedt verbindendverklaring van pensioenbepalingen niet). Of het instrument van de verbindendverklaring geschikt is voor pensioenen is sterk de vraag. Ik denk van niet. Dat hangt met name samen met het feit dat een algemeen verbindendverklaring per definitie tijdelijk is (art. 2 lid 2 Wet AVV), iets dat niet goed samengaat met een langetermijnvoorziening als pensioen. Net als nu zou een verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling voor onbepaalde tijd moeten zijn (vooropgesteld dat er adequate rechtsmiddelen komen om iets aan een verplichtstelling te doen, zie hierna). Natuurlijk zou de Wet AVV op dat punt kunnen worden aangepast, maar het ligt mijns inziens meer voor de hand de Wet Bpf aan te passen en geschikt te maken voor de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling.

4.5 Rechtsmiddelen

Een zwakte in het huidige bestel is mijns inziens dat wanneer sociale partners in een bepaalde bedrijfstak de verplichtstelling 'binnen' hebben er voor werkgevers, werknemers of andere belanghebbenden geen rechtsmiddelen voorhanden zijn, behoudens het bestuursrechtelijke leerstuk van de exceptieve toetsing iets aan de verplichtstelling te doen, iets dat gerechtvaardigd wordt met de vaststelling dat een verplichtstelling een daad van materiële wetgeving is. Natuurlijk is er het instrument van de vijfjaars toets ingevolge art. 12 Wet Bpf, maar dat geeft de minister slechts een *mogelijkheid* de verplichtstelling in te trekken mits tegen die intrekking geen overwegende bezwaren bestaan in verband met de bescherming van de rechten van de rechthebbenden (naar het oordeel van de minister). In de praktijk is de beoordeling op representativiteit een *check the box*-exercitie achter gesloten deuren die alleen met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur met moeite kunnen worden geopend. In een systeem zoals beschreven in dit artikel zal er mijns inziens een volwaardig rechtsmiddel moeten zijn, juist om het draagvlak van verplichtstelling te vergroten. Dat rechtsmiddel zou moeten inhouden dat

tegen de verplichtstelling zelf kan worden opgekomen.

4.6 Risicoverevening

Het volledig openbreken van de bedrijfstakpensioenfondsenmarkt met een vrije uitvoerderskeuze zal ertoe kunnen leiden dat — net zoals in de zorg — goede en zwakke risico's elkaar opzoeken. In de zorg is daarvoor het instrument van de risicoverevening beschikbaar (art. 32 e.v. Zvw) die ervoor moet zorgen dat er gelijk speelveld tussen verzekeraars ontstaat gegeven de acceptatieplicht van verzekeraars en het verbod op premiedifferentiatie (een zorgverzekeraar dient iedereen te accepteren en mag aan Jantje voor hetzelfde pakket geen andere premie vragen dan aan Pietje). In een recente publicatie^[12] concludeert het Koninklijk Actuarieel Genootschap dat een vereveningssysteem mogelijk is maar zeer complex zal worden. Dat komt vanwege de combinatie van ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidsdekkingen waarvoor bovendien voor een zeer lange termijn aannames moeten worden gemaakt. Of er in economisch of verzekeringstechnisch opzicht de noodzaak is voor een bepaald soort van risicoverevening ligt buiten mijn expertise. Juridisch kan het in ieder geval.

4.7 Geen premie wel of geen recht

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen zich er niet op beroepen dat geen of te weinig premie is betaald. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit uitgangspunt voortvloeit uit het bijzondere karakter van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, nu deze fondsen op grond van de Wet Bpf 2000 mogelijkheden hebben om premie te innen via het uitvaardigen van een dwangbevel die bijvoorbeeld verzekeraars niet hebben. Bij uitvoering door een verzekeraar geldt een meldingsplicht aan de deelnemers en de werkgever als de pensioenregeling premievrij moet worden gemaakt, dus geen verdere pensioenopbouw meer plaatsvindt, dan wel de risicoverzekeringen komen te vervallen. Voor de verzekeraar geldt een inspanningsplicht voor de premie-inning. Premievrijmaking kan vervolgens pas drie maanden na de mededeling en met maximaal vijf maanden terugwerkende kracht. Bij de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling zal er een acceptatieplicht moeten zijn voor iedere pensioenuitvoerder omdat er anders onverzekerden zouden zijn. Dus als werkgever X met zijn populatie naar verzekeraar Y gaat, dient Y ja of nee te zeggen tegen de gehele populatie. Een acceptatieplicht rechtvaardigt dat er tegelijkertijd een gelijk incassorisico komt voor iedere pensioenuitvoerder met gelijke inningsmiddelen.

4.8 Een nieuw of gemengd regime

Het is denkbaar dat beide verplichtstellingen (dus uitvoerder/regeling vs. alleen regeling) naast elkaar bestaan. Dat zou mijns inziens wel met zich moeten brengen dat bestaande verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dan geen uitvoerder mogen zijn van een nieuw verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling, omdat anders het uitgangspunt van een gelijk speelveld zou worden verstoord. Een mogelijkheid is ook om het nieuwe regime in te voeren met een lange overgangstermijn om de markt voor te bereiden op de nieuwe situatie.

5. Conclusie

De gedachte om een bedrijfstakpensioenregeling verplicht te stellen zonder binding aan een bepaalde

uitvoerder is niet in strijd met de mededingingsregels, zou de discussie over de houdbaarheid van het instrument van de verplichtstelling kunnen doen verstillen en zou tegelijkertijd de breed gedragen sociale doelstelling van adequate pensioenen in de tweede pijler intact laten. Het lijkt mij wel verstandig dit onderwerp niet te isoleren van de discussie over een nieuw pensioenstelsel.

Voetnoten

[1]

Mr. M.W. Minnaard is advocaat pensioenrecht werkzaam bij Houthoff Buruma te Amsterdam, tevens fiscalist.

[2]

CBS Statline, Pensioenfondsen; deelnemers en premies, stand eind 2014.

[3]

Zie HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3550.

[4]

Zie bijv. het plan van D66 waarbij iedere deelnemer zelf de pensioenuitvoerder mag kiezen: Steven van Weyenberg, *Baas over eigen pensioen: 10 bouwstenen voor een nieuw pensioenstelsel*, mei 2016.

[5]

HvJ EU van 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:430 (de tekst van deze uitspraak is te vinden via curia.europa.eu/juris).

[6]

HvJ EU van 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (de tekst van deze uitspraak is te vinden via curia.europa.eu/juris).

[7]

HvJ EU van 21 september 1999 ECLI:EU:C:1999:437 (de tekst van deze uitspraak is te vinden via curia.europa.eu/juris).

[8]

HvJ EU van 3 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:112 (de tekst van deze uitspraak is te vinden via curia.europa.eu/juris).

[9]

Zie bijv. mr. M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*, Expertisecentrum Pensioenrecht VU Amsterdam, nr. 2013-1, p. 52.

[10]

Zie prof. dr. E. Lutjens, 'Over verplichte bedrijfstakpensioenfondsen Apf, fusie en ringfencing', *TPV* 2015/27.

[11]

Dit scenario wordt uitgebreid beschreven in een onderzoek (Rapport nr. 2015-70, p. 29 e.v.) van het Expertisecentrum Pensioenrecht VU, Ecovisie en SEO dat naar aanleiding van het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds onderzoek deed naar de vraag of een algemeen pensioenfonds ook een bedrijfstakpensioenregeling mag uitvoeren.

[12]

Koninklijk Actuarieel Genootschap, *Een verkenning van een pensioenstelsel op basis van het zorgmodel*, te downloaden van www.ag-ai.nl/.