

Bestuursrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten

TPV 2021/44

Voor de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gelden bij het nemen van een besluit tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds instructienormen. Deze zijn vastgelegd in de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000. Een verplichtstellingsbesluit bevat algemeen verbindende voorschriften. Verplichtstellingsbesluiten zijn wetten in materiële zin. Verplichtstellingsbesluiten hebben een grote impact voor werkgevers en de bij werkgevers werkzame personen. Dit artikel beantwoordt de vraag op welke wijze verplichtstellingsbesluiten bestuursrechtelijk kunnen worden getoetst in het kader van rechtsbescherming van de bij verplichtstellingsbesluiten betrokken rechtssubjecten. Dat zijn de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds, werkgevers die al dan niet bij het bedrijfstakpensioenfonds dienen aan te sluiten en de bij die werkgevers werkzame personen.

1. De status van een verplichtstellingsbesluit in het bestuursrecht

Een verplichtstellingsbesluit is een besluit in de zin van art. 1:3, lid 1 Algemene wet bestuursrecht (hierna: “de Awb”) dat wordt genomen door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: “de Minister”; zie art. 2, lid 1 gelezen in verband met art. 1, aanhef en onder a Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000; hierna kortheidshalve: “de Wet Bpf 2000”). De Minister geldt als het bestuursorgaan dat het verplichtstellingsbesluit neemt. Een verplichtstellingsbesluit komt tot stand op grond van een aanvraag als bedoeld in art. 1:3, lid 3 Awb van een representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak (art. 2, lid 1 Wet Bpf 2000).

2. Procedure voor de totstandkoming van een verplichtstellingsbesluit

De procedure voor het nemen van een besluit op een verplichtstellingsaanvraag is geheel algemeen geregeld in afdeling 3.2 Awb en meer in het bijzonder in art. 2 Wet Bpf 2000, de op het bepaalde in lid 4 van dat artikel gebaseerde Regeling betreffende aanvragen op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: “de Regeling”) en de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 (hierna: “het Toetsingskader”).

Afdeling 3.2 Awb geeft voorschriften omtrent de zorgvuldigheid die door bestuursorganen bij het nemen van besluiten in acht moeten worden genomen en de belangenafweging die bij het nemen van een besluit moet worden gemaakt. Verder bevat de afdeling voorschriften omtrent de belangenafweging die een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit moet maken. Art. 2, lid 1 Wet Bpf 2000 geeft de Minister de bevoegdheid om op aanvraag tot verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfonds over te gaan en bevat ten opzichte van de Awb aanvullende vereisten voor de verplichtstellingsaanvraag.² De Regeling bevat eveneens aanvullende vereisten voor de verplichtstellingsaanvraag. Het toetsingskader bevat instructienormen voor de Minister die bij het al dan niet nemen van een verplichtstellingsbesluit in acht moeten worden genomen.

2.1 Zorgvuldigheid en belangenafweging

Afdeling 3.2 Awb is voor het nemen van een verplichtstellingsbesluit door de Minister slechts van toepassing voor zover de aard van het verplichtstellingsbesluit zich daartegen niet verzet. Die beperking geldt omdat het verplichtstellingsbesluit een algemeen verbindend voorschrift inhoudt (zie art. 3:1, lid 1, aanhef en onder a Awb). Om deze reden zijn ook afdeling 3.6 van de Awb (de wettelijke regeling rond bekendmaking en mededeling van besluiten) en afdeling 3.7 van de Awb (de wettelijke regeling rond de motivering van besluiten) niet van toepassing (zie art. 3:1, lid 1, aanhef en onder b Awb). Die afdelingen van de Awb zijn gericht op besluiten ten aanzien van een concreet vaststaande individuele belanghebbende of concreet vaststaande groep van belanghebbenden die de aanvraag deden, niet op besluiten waarmee algemeen verbindende voorschriften worden gegeven die niet uitsluitend op de aanvrager(s) zijn gericht.

Afdeling 3.2 Awb, de afdeling omtrent “zorgvuldigheid en belangenafweging” bij het nemen van een besluit door een bestuursorgaan, houdt, kort samengevat, in dat het bestuursorgaan dat een besluit neemt:

- bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (art. 3:2 Awb);
In dit verband is de Minister bijvoorbeeld bevoegd om te onderzoeken of en in hoeverre in de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling wordt gevraagd adequate pensioenregelingen bestaan, waardoor verplichtstelling niet

¹ Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Pensioenadvocaten.nl te Amstelveen, is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam en is vaste medewerker van dit tijdschrift. Met dank aan prof. dr. E. Lutjens en mr. A.W. Cramer CPL voor hun opbouwende commentaar bij een concept voor dit artikel. Dit artikel is voorafgegaan door mijn artikel ‘Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten’, TPV 2021/36.

² De aanvraag is in het algemeen geregeld in art. 1:3, lid 3 Awb, uitgewerkt in afdeling 4.1.1 Awb.

bijdraagt aan het verminderen van zogenaamde witte of grijze³ vlekken.

- de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bestemd (art. 3:3 Awb);

In dit verband geldt dat de Minister de bevoegdheid om tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds over te gaan bij wijze van voorbeeld niet behoort te gebruiken om bepaalde aanbieders van pensioenproducten van de markt in de betreffende bedrijfstak te weren. De bevoegdheid dient te worden gebruikt voor het oplossen of beperken van de witte en grijze vlekken problematiek en om oneigenlijke concurrentie in de bedrijfstak te voorkomen.

- de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover in verband met die weging geen wettelijke beperking geldt of een beperking geldt die voortvloeit uit de aard van de bevoegdheid tot het nemen van een besluit (art. 3:4, lid 1 Awb);

De afweging die de Minister kan maken is of het belang van ongeorganiseerde werkgevers en ook georganiseerde werkgevers die in een pensioenregeling hebben voorzien en de bij hen werkzame personen bij continuering van die pensioenregeling al dan niet zwaarder moet wegen dan het belang bij de aangevraagde verplichtstelling.⁴

- de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4, lid 2 Awb).

Indien bij wijze van voorbeeld voor een significante groep werkgevers in de bedrijfstak als gevolg van de aangevraagde verplichtstelling overlap ontstaat, is de Minister bevoegd om niet tot de aangevraagde verplichtstelling te besluiten om overlap te voorkomen.

Rechtspraak waaruit blijkt dat de aard van de verplichtstelling zich verzet tegen toepassing van afdeling 3.2 Awb in het kader van het nemen van een besluit op een verplichtstellingsaanvraag ontbreekt. Daarbij merk ik op dat toepasselijkheid van bepalingen uit afdeling 3.2 Awb door de rechter van geval tot geval (voor iedere verplichtstellingsaanvraag zelfstandig) door de rechter zal moeten worden getoetst en daarom van geval tot geval anders kan uitpakken. Ik neem overigens aan dat ten aanzien van de toepasselijkheid van afdeling 3.2 Awb bij het nemen van een verplichtstellingsbesluit geen beperkingen gelden, mede omdat ik niet inzie waarom de aard van een verplichtstellingsbesluit zich tegen toepassing van de beschreven normen verzet.⁵

3 Met "witte vlekken" wordt bedoeld het volledig ontbreken van een pensioenregeling, met "grijze vlekken" wordt bedoeld op het niet adequaat zijn van bestaande pensioenregeling. Zie de rapporten inzake witte en grijze vlekken op pensioengebied van de Pensioenkamer van februari 1987 en oktober 1989.

4 Weliswaar bestaat de vrijstellingsmogelijkheid voor een bestaande pensioenregeling op grond van art. 2 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, maar indien op een verplichtstelling een hausse aan vrijstellingsaanvragen volgt, is het maar de vraag of een verplichtstelling het beoogde doel dient.

5 De rechtspraak omtrent de bij uitleg van verplichtstellingsbesluiten te volgen methode sluit juist bij deze normen aan. Vgl. het al aangehaalde kernarrest HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 inzake FNV/Condor, r.o. 3.5-3.6.

2.2 Grondslag voor de bevoegdheid tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds en inhoudelijke vereisten voor de aanvraag

Art. 2 Wet Bpf 2000 houdt in dat:

- de Minister de bevoegdheid heeft om op basis van een aanvraag tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds over te gaan, maar daartoe niet verplicht is⁶ (art. 2, lid 1 Wet Bpf 2000);
- de aanvragers de representativiteit van de aanvragers dienen aan te tonen (eveneens art. 2, lid 1 Wet Bpf 2000);
- bij de aanvraag bepaalde bescheiden dienen te worden gevoegd (art. 2, lid 2 Wet Bpf 2000).

2.3 Aanvullende inhoudelijke vereisten voor de aanvraag

De Regeling houdt, voor zover relevant, in dat:

- de aanvraag vermeldt welke organisaties (representatieve organisaties van werkgevers en werknemers in de bedrijfstak⁷) de verplichtstelling aanvragen;
- de aanvraag moet zijn toegelicht;
- de gewenste werkingssfeer moet zijn omschreven;
- gegevens in verband met de representativiteit van de aanvragende organisaties moeten worden verstrekt (het aantal werkgevers dat lid is van de aanvragende werkgeversorganisatie(s) versus het totaal aantal werkgevers in de bedrijfstak en het aantal werknemers in dienst van werkgevers die lid zijn van een aanvragende organisatie versus het totaal aantal werknemers in de bedrijfstak).

2.4 Instructienormen voor de Minister bij het nemen van een verplichtstellingsbesluit

Het Toetsingskader houdt, voor zover relevant, in dat:

- het doel van het verplicht stellen van bedrijfstakpensioenfonds in het algemeen is gelegen in het bestrijden van witte vlekken in bedrijfstakken (art. 1; met de terminologie "witte vlekken" wordt bedoeld het ontbreken van een tweede pijler pensioenregeling voor personen werkzaam⁸ in de bedrijfstak); *Hiervoor werd al toegelicht dat in het kader van de te maken belangenafweging rekening moet worden gehouden met de belangen van werkgevers die in een pensioenregeling hebben voorzien en de bij die werkgevers werkzame personen die aan die pensioenregeling deelnemen. Indien geen sprake is van een significante witte*

6 Indien een aanvraag kwalificeert, zal de Minister de aanvraag niet weigeren hoewel hij blijkens de wettekst niet kan worden gedwongen conform aanvraag te besluiten.

7 Zie art. 2, lid 1 en lid 2, aanhef en onder a Wet Bpf 2000, uitgewerkt in het Toetsingskader.

8 Voor deze terminologie is gekozen omdat ook personen die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds kunnen vallen. Zie Asser/Lutjens 7-XI 2019/351.

of grijze vlek in de bedrijfstak, is de Minister bevoegd een verplichtstellingsaanvraag niet te honoreren.

- de werkingssfeer van de verplichtstelling duidelijk dient te zijn omschreven in de verplichtstellingsaanvraag (art. 2);
Hoewel het primaat voor de omschrijving van de werkingssfeer van het verplicht te stellen bedrijfstakpensioenfonds blijkens het Toetsingskader bij de aanvragers ligt, ligt hier in mijn visie een actieve taak voor de Minister om te voorkomen dat voor het bedrijfstakpensioenfonds als gevolg van een (te) ruime werkingssfeeromschrijving een onaanvaardbaar groot "geen premie, toch pensioen"-risico ontstaat.
- de representativiteit van de aanvragende organisatie(s) door de Minister wordt getoetst aan de hand van de werkingssfeeromschrijving in de verplichtstellingsaanvraag (art. 3);
Indien de werkingssfeer (te) ruim wordt omschreven, zo ruim dat deze ook andere bedrijfstakken (gedeeltelijk) omvat, komt de representativiteit van de aanvragers in het gedrang. Daarin schuilt voor de aanvragers een rem op een (te) ruime omschrijving van de werkingssfeer.
- de werkingssfeer dient te worden omschreven op basis van de bedrijfsactiviteiten verricht in de bedrijfstak waarvoor verplichtstelling wordt aangevraagd (art. 2);
De vraag rijst of een werkgever die uit zijn aard niet tot de bedrijfstak van de aanvragers behoort, maar op zichzelf door de werkingssfeeromschrijving wordt geraakt, tot aansluiting verplicht kan zijn.⁹
- die bedrijfsactiviteiten duidelijk moeten worden omschreven (art. 2);
- in verband met afbakening namen van bedrijven die onder de werkingssfeer van het verplicht te stellen bedrijfstakpensioenfonds vallen mogen worden genoemd, maar verplichtstelling voor uitsluitend bij naam genoemde bedrijven niet mogelijk is (art. 2);
Deze beperking vloeit voort uit het feit dat verplichtstelling uit de aard daarvan alle werkgevers met de daar werkzame personen in een bedrijfstak of een gedeelte daarvan dient te raken.¹⁰
- indien wordt verwezen naar een wet, het beginsel van fixatie geldt inhoudend dat concreet blijkt uit verwijzing naar de publicatie van de wet in het Staatsblad of de Staatscourant van welke wettekst moet worden uitgegaan (art. 2);
- verwijzing naar een (algemeen verbindend verklaarde) CAO niet mogelijk is (art. 2);
- uit de aanvraag moet blijken voor welke personen werkzaam in de bedrijfstak de aangevraagde verplichte deelneming gaat gelden (art. 2);
Dit is niet beperkt tot werknemers, zoals blijkt uit art. 3 Pensioenwet.
- ingeval een verplichtstellingsaanvraag leidt tot overlap met de verplichtstelling van een ander verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds of een beroepspen-

sioenfonds, niet wordt overgegaan tot verplichtstelling, met dien verstande dat de Minister overlap niet zelfstandig toetst (deze moet blijken uit ingediende zienswijzen; art. 2¹¹).

3. Geen bezwaar en beroep mogelijk tegen een verplichtstellingsbesluit

Uit het voorafgaande blijkt dat een verplichtstellingsbesluit een publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt waarbij een algemeen verbindend voorschrift wordt gegeven. Daartegen is geen beroep mogelijk bij de bestuursrechter op grond van art. 8:1 Awb gelezen in verband met art. 8:3, lid 1, aanhef en onder a Awb.¹² Uit het systeem van de Awb volgt dat dan geen rechtsgang openstaat (bezwaar of beroep bij het bestuursorgaan dat het besluit nam is slechts mogelijk indien beroep bij de bestuursrechter openstaat; art. 7:1, lid 1 Awb). Als een verplichtstellingsbesluit eenmaal is genomen door de Minister, kan dat niet meer bestuursrechtelijk worden aangevochten.^{13, 14}

De vraag rijst hoe groot (al dan niet als gevolg van het ontbreken van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen een verplichtstellingsbesluit) het risico is dat de Minister een verplichtstellingsbesluit neemt dat niet voldoet aan de bestuursrechtelijke instructienormen van het Toet-

11 Daar blijkt dat de aanvragende sociale partners binnen de diverse bedrijfstakken "zelf een oplossing moeten vinden". Bij een wijzigingsaanvraag kan de werkingssfeer van een bestaand verplichtstellingsbesluit worden beperkt om overlap te voorkomen. Zie nader over overlap mijn artikel 'Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten', TPV 2021/36.

12 Vgl. ten aanzien van het verplichtstellingsbesluit voor een beroeps pensioenfonds Rb. Rotterdam 19 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10877, PJ 2014/120, m.nt. E. Lutjens, r.o. 5 (Stichting Pensioenfonds Medisch Specialisten (SPMS)). In die zaak werd het beroep tegen een besluit van de Minister om de verplichtstelling van SPMS niet in te trekken omdat de aanvraag daartoe niet ontvankelijk was afgewezen, omdat het verplichtstellingsbesluit een besluit houdende algemene voorschriften betreft waartegen geen bezwaar en beroep openstaat op grond van art. 8:3, lid 1, aanhef en onder a Awb.

13 Voor het ontbreken van een rechtsmiddel biedt het bestuursrechtelijk leerstuk van het bestuurlijk rechtsoordeel evenmin de oplossing. Dit leerstuk houdt in dat indien een oordeel van een bestuursorgaan een oordeel over de betekenis van wetgeving inhoudt (bijvoorbeeld in het kader van verplichtstelling: de Minister neemt bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om tot verplichtstelling over te gaan aan dat de werkingssfeer in de aanvraag "duidelijk" is omschreven volgens de normen van het Toetsingskader) bezwaar kan worden gemaakt indien geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of die rechtsgang te belastend is. Dit leerstuk is echter niet van toepassing in het kader van een besluit waartegen geen bezwaar en beroep openstaat, maar slechts wanneer het oordeel formeel niet als besluit kwalificeert en daardoor geen rechtsgang openstaat. Zie RVS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356 inzake een gedoogbeslissing, in welke uitspraak de RVS expliciet "omging".

14 Voor het ontbreken van een rechtsmiddel biedt het bestuursrechtelijk leerstuk van het bestuurlijk rechtsoordeel evenmin de oplossing. Dit leerstuk houdt in dat indien een oordeel van een bestuursorgaan een oordeel over de betekenis van wetgeving inhoudt (bijvoorbeeld in het kader van verplichtstelling: de Minister neemt bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om tot verplichtstelling over te gaan aan dat de werkingssfeer in de aanvraag "duidelijk" is omschreven volgens de normen van het Toetsingskader) bezwaar kan worden gemaakt indien geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of die rechtsgang te belastend is. Dit leerstuk is echter niet van toepassing in het kader van een besluit waartegen geen bezwaar en beroep openstaat, maar slechts wanneer het oordeel formeel niet als besluit kwalificeert en daardoor geen rechtsgang openstaat. Zie RVS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356 inzake een gedoogbeslissing, in welke uitspraak de RVS expliciet "omging".

9 Deze vraag is beantwoord in artikel 'Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten', TPV 2021/36.

10 Zie de definitie van het begrip "bedrijfstakpensioenfonds" in art. 1 Pensioenwet en vgl. art. 2, lid 1 Wet Bpf 2000.

singskader. Gezien de vele rechtspraak omtrent de uitleg van verplichtstellingsbesluiten kan worden geconcludeerd dat veel onduidelijkheid omtrent de interpretatie van verplichtstellingsbesluiten bestaat. Daar staat echter tegenover dat slechts in een beperkt aantal uitspraken over uitleg daadwerkelijk is geoordeeld dat een verplichtstellingsbesluit onduidelijk was, waardoor een werkgever niet tot aansluiting verplicht was.¹⁵ Om de gestelde vraag wetenschappelijk onderbouwd te kunnen beantwoorden, zou onderzoek moeten worden gedaan aan de hand van de beschikbare rechtspraak omtrent uitleg van verplichtstellingsbesluiten in welk percentage van die zaken het standpunt dat geen aansluitplicht bestond redelijke kans van slagen had.¹⁶

4. Rechtsbescherming

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor andere rechts-subjecten dan de aanvragers van een verplichtstellingsbesluit (met name individuele werkgevers aan wie het verplichtstellingsbesluit op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 wettelijke verplichtingen oplegt) bestaat gezien het voorafgaande slechts in het kader van de mogelijkheid om zienswijzen in te dienen in het kader van de procedure leidend tot het al dan niet nemen door de Minister van een verplichtstellingsbesluit.¹⁷ Bezwaar en beroep staan immers niet open nadat een verplichtstellingsbesluit is genomen.¹⁸

4.1 Zienswijzen

De Uniforme openbare voorbereidingsprocedure opgenomen in afdeling 3.4 Awb is via art. 3:10, lid 1 Awb van toepassing op grond van het wettelijk voorschrift van art. 3.2 (“*Termijnen*”) inhoudend dat de Minister de verplichtstellingsaanvraag bekend dient te maken door publicatie in de Staatscourant waarbij de periode van tervisielegging van 4 weken is opgenomen. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming van belanghebbenden (met name individuele werkgevers en de bij hen werkzame personen die op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 aan het verplichtstellingsbesluit worden gebonden) tegen een in hun visie ongewenste werkingsfeeromschrijving in een aangevraagd verplichtstellingsbesluit is, gezien het voorgaande, beperkt tot de mogelijkheid een zienswijze in te dienen tegen de verplichtstellingsaanvraag. Daartoe dient de verplichtstellingsaanvraag te worden gesignaleerd door kennisneming van de Staatscourant waarin deze wordt gepubliceerd en dient de zienswijze binnen 4 weken na de publicatie in de Staatscourant te zijn ingediend. Indien de Minister de zienswijze niet volgt en de verplichtstellingsaanvraag honoreert met een verplichtstellingsbesluit, staat geen rechtsmiddel meer open.

Dit betekent dat tegen onduidelijkheid van werkingsbesluiten en overlap (samenvallende verplichtstelling van meerdere bedrijfstakpensioenfondsen) waarvan na verplichtstelling blijkt, bestuursrechtelijk niet meer kan worden opgekomen. De enige bestuursrechtelijke mogelijkheid om op te komen tegen een onduidelijk werkingsfeerbesluit of een werkingsfeerbesluit dat overlapt met een ander werkingsfeerbesluit is dat bij een wijzigingsaanvraag van een bestaande verplichtstelling een zienswijze kan worden ingediend. Indien deze zienswijze wordt gevolgd en de werkingsfeeromschrijving in het verplichtstellingsbesluit wordt gewijzigd ter voorkoming van onduidelijkheid of overlap, is de onduidelijkheid of de overlap voor de toekomst weggenomen maar blijft deze bestaan voor de periode tussen de eerdere verplichtstelling en de gewijzigde verplichtstelling.

4.2 *Civiele eis strekkend tot intrekking verplichtstelling*

Gegeven het ontbreken van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen een verplichtstellingsbesluit rijst de vraag of een civiele vordering tegen de Minister om de verplichtstelling in te trekken denkbaar is, met als doel de aansluiting van de werkgever en de bij de werkgever werkzame personen bij het bedrijfstakpensioenfonds te voorkomen. Ook hier geldt overigens dat indien die vordering slaagt, dat uitsluitend effect voor de toekomst heeft.

De Minister is bevoegd om de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds ambtshalve voor alle deelnemers of een groep van deelnemers in te trekken (art. 11, lid 1 Wet Bpf 2000). Ten aanzien van ambtshalve intrekking houdt het Toetsingskader in dat in de mogelijkheid van ambtshalve intrekking is voorzien om niet representatieve organisaties de mogelijkheid te bieden bij de Minister een verzoek tot ambtshalve intrekking van een verplichtstelling te doen. Niet representatieve organisaties kunnen immers geen formele aanvraag tot (gedeeltelijke) intrekking van de verplichtstelling doen (dit volgt uit art. 11, lid 2 Wet Bpf 2000). Een dergelijk verzoek kent geen wettelijke basis en geldt daarom niet als aanvraag (gedefinieerd als “*een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen*”) in de zin van art. 1:3, lid 3 Awb.¹⁹

In het Toetsingskader is toegelicht dat de mogelijkheid van ambtshalve intrekking van de verplichtstelling kan voorkómen dat een verplichtstelling wordt gehandhaafd tot het moment van de vijfjaarstoets/herhalingstoets voor de representativiteit, in een situatie waarin al eerder, vóór dit moment van verplichtte toetsing, niet meer aan de

15 Ik verwijs naar de rechtspraak behandeld in mijn artikel ‘Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten’, *TPV* 2021/36.

16 Uit de praktijk is mij wel bekend dat veel onduidelijkheid bestaat en dat overlap vaak voorkomt.

17 Zie art. 3:15, lid 1 Awb.

18 Zienswijzen kunnen blijkens het Toetsingskader uitsluitend worden ingediend tegen een verplichtstellingsaanvraag. Het Toetsingskader gaat niet uit van een voorgenomen besluit tot verplichtstelling waartegen bestuursrechtelijk bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

19 Te weten: op grond van het legaliteitsbeginsel, inhoudend dat geen bestuursrechtelijke aanvraag mogelijk is indien geen bevoegdheid bestaat voor het doen van een aanvraag. De Minister zal een dergelijk verzoek niet-ontvankelijk moeten verklaren en kan tot kennelijke niet-ontvankelijkverklaring overgaan indien evident is dat sprake is van niet-ontvankelijkheid. In die situatie kan een hoorzitting achterwege blijven (art. 7:17, aanhef en onder a Awb). Indien de Minister het verzoek bij besluit zou afwijzen, is sprake van een “obsuur libel”, een “besluit” dat geen besluit is. Indien dan beroep wordt ingesteld, zal de rechter alsnog tot (kennelijk) niet-ontvankelijkverklaring overgaan.

representativiteit is voldaan.²⁰ Het Toetsingskader beperkt de mogelijkheid om ambtshalve intrekking van de verplichtstelling te verzoeken echter niet tot een gebrekkige representativiteit. Daarom kan een verzoek tot ambtshalve intrekking ook worden gedaan wanneer een verplichtstellingsbesluit niet aan de duidelijkheidseis voldoet of overlapt met andere verplichtstellingsbesluiten.

In het Toetsingskader wordt opgemerkt dat van de bevoegdheid tot ambtshalve intrekking niet snel gebruik zal worden gemaakt door de Minister omdat intrekking van een verplichtstelling ingrijpende gevolgen heeft (te weten: dat in de bedrijfstak geen verplichte pensioenregeling meer geldt). Daarbij merk ik op dat onduidelijkheid van een verplichtstellingsbesluit en overlap ook ingrijpende gevolgen hebben. Onduidelijkheid van verplichtstellingsbesluiten kan immers leiden tot handhaving door het bedrijfstakpensioenfonds op basis van ruime uitleg van het verplichtstellingsbesluit ter voorkoming van “geen premie, toch pensioen”-risico. Overlap kan leiden tot handhaving ten opzichte van een werkgever en de bij die werkgever werkzame personen door twee of meer bedrijfstakpensioenfondsen, vaak met terugwerkende kracht. Indien de Minister het voornemen heeft op verzoek²¹ tot (gedeeltelijke) ambtshalve intrekking van een verplichtstelling over te gaan, volgt een bestuursrechtelijke procedure. De Minister publiceert het voornemen tot (gedeeltelijke) intrekking van de verplichtstelling in de Staatscourant. Tegen het voornemen kunnen zienswijzen worden ingediend. Omdat het eventuele besluit tot (gedeeltelijke) intrekking van een verplichtstelling een algemeen verbindend voorschrift inhoudt, staan daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open. Dat betekent dat het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak, aannemend dat het de verplichtstelling ongewijzigd wenst te handhaven, niet méér kan doen dan een zienswijze indienen, maar geen ander bestuursrechtelijk rechtsmiddel (bezwaar en/of beroep) kan aanwenden indien de Minister besluit tot (gedeeltelijke) intrekking van de verplichtstelling.

In art. 4 van de Regeling is bepaald aan welke vereisten een aanvraag om (gedeeltelijke) intrekking van de verplichtstelling door de sociale partners die de initiële aanvraag tot verplichtstelling indienden of door een andere representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak²² dient te voldoen. Uit het bepaalde in art. 4, lid 1, aanhef en onder a van de Regeling blijkt dat de wetgever bij het doen van een aanvraag tot (gedeeltelijke) intrekking uitsluitend een aan-

vraag voor ogen had van een representatief gedeelte van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak. In de praktijk zal dat samenvallen met het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak dat de initiële aanvraag deed. Niet goed denkbaar is immers dat op andere wijze een representatie van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak kan worden gevormd die een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen uitmaakt.²³ De bestuursrechtelijke aanvraag tot (gedeeltelijke) intrekking van een verplichtstelling zal daarom in de praktijk niet openstaan voor ongeorganiseerden die door een in hun visie (te) ruime (interpretatie van de) werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds worden aangesloten, terwijl zij menen niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit te vallen, omdat het werkingssfeerbesluit onduidelijk is of overlapt met een andere werkingssfeer. Zij zullen niet aan de representativiteitseis kunnen voldoen. Hierin is voorzien doordat zij een verzoek tot ambtshalve intrekking van de verplichtstelling bij de Minister kunnen indienen. Dat is echter, zoals hiervoor bleek, geen bestuursrechtelijke aanvraag in de zin van art. 1:3, lid 3 Awb, zodat tegen de weigering van de Minister om tot intrekking over te gaan om die reden geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat.²⁴

5. Conclusie

De uiteenzettingen hiervoor leiden vanuit de bestuursrechtelijke aspecten van verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen tot de volgende conclusies:

- Tegen een aanvraag tot verplichtstelling die in strijd met de wettelijke instructienormen voor de Minister een onduidelijke werkingssfeeromschrijving bevat of een werkingssfeeromschrijving die tot overlap leidt, staat voor derden belanghebbenden (ongeorganiseerden of georganiseerden die ondanks het lidmaatschap van de aanvragers geen verplichtstelling wensen) slechts het rechtsmiddel van het indienen van een zienswijze open.
- Indien de Minister de zienswijze naast zich neerlegt en het aangevraagde verplichtstellingsbesluit neemt, is sprake van een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat.
- Ongeorganiseerden of georganiseerden die ondanks het lidmaatschap van de aanvragers een bestaande verplichtstelling wensen aan te tasten omdat deze niet duidelijk is of tot overlap leidt, kunnen de Minister verzoeken om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de verplichtstelling (gedeeltelijk) ambtshal-

20 Zie in verband met het representativiteitsvereiste, de representativiteits-toets en de herhalings-toets art. 2, lid 2, aanhef en onder a en art. 12 Wet Bpf 2000, uitgewerkt in het Toetsingskader.

21 Nogmaals voor alle duidelijkheid: een dergelijk verzoek geldt niet als aanvraag in de zin van art. 1:3, lid 3 Awb omdat een wettelijke bevoegdheid voor de Minister om een bestuursrechtelijk besluit op een dergelijk verzoek te nemen ontbreekt.

22 Het is niet goed denkbaar dat naast de sociale partners die de initiële aanvraag indienden een andere representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak zal kunnen worden geformeerd die succesvol een aanvraag strekkend tot intrekking van een verplichtstelling op de grondslag van art. 11 Wet Bpf 2000 zal kunnen indienen.

23 Zie ook de vorige voetnoot en vgl. art. 1, lid 1 en art. 1, lid 2, aanhef en onder a Wet Bpf 2000 en de representativiteitsvereisten vastgelegd in het Toetsingskader.

24 Recent is voor het eerst een verplichtstellingsbesluit ingetrokken omdat het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak dat de verplichtstelling had aangevraagd de representativiteit niet langer kon aantonen. Het betreft het betreffende verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart, zie het Besluit van de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid tot volledige intrekking van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart van 19 augustus 2021, *Strct.* 2021, 39122.

ve in te trekken (een verzoek tot wijziging van de werkingssfeeromschrijving is niet mogelijk), maar de Minister zal daarbij terughoudend zijn gezien de gevolgen van intrekking van een verplichtstelling.

- Indien de Minister het besluitvoornemen heeft het verzoek in te willigen, bestaat voor belanghebbenden (zoals de georganiseerden in de bedrijfstak) de mogelijkheid een zienswijze in te dienen, maar indien de Minister besluit tot (gedeeltelijke) intrekking van de verplichtstelling is sprake van een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen rechtsmiddel openstaat.