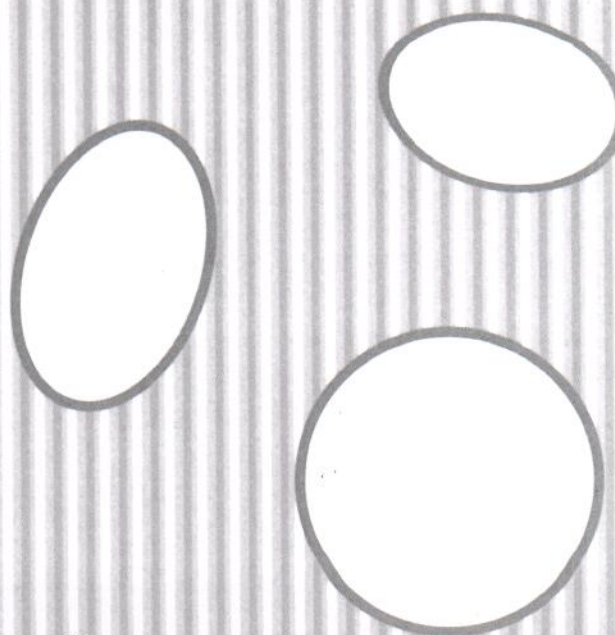


# Deelneming in bedrijfs- pensioenfondsen: verplicht of niet-verplicht?

M.M.. Jansen  
W.P.M. Thijssen



W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

PUBLIKATIES VAN DE VERENIGING VOOR  
PENSIOENRECHT

---

4

---

## **Deelneming in bedrijfspensioenfondsen: verplicht of niet-verplicht?**

Lezingen gehouden voor de  
Vereniging voor Pensioenrecht  
d.d. 3 juni 1992

door

Mr. M.M. Jansen

stafmedewerker sociaal-juridische zaken FME

Mr. W.P.M. Thijssen

hoofd juridische zaken Delta Lloyd Pensioenen



1993

W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

© 1993 M.M. Jansen, W.P.M. Thijssen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Jansen, M.M.

Deelneming in bedrijfspensioenfondsen: verplicht of niet-verplicht? / M.M. Jansen, W.P.M. Thijssen. – Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink. – (Publikaties van de Vereniging voor Pensioenrecht, ISSN 0924-686X; 4)

ISBN 90-271-3686-6

Trefw.: pensioenrecht; Nederland / pensioenfondsen.

# Inhoudsopgave

*Mr. M.M. Jansen*

<b>HET STELSEL VAN DE WET VERPLICHTE DEELNEMING</b>	<b>1</b>
<b>1. Ontstaansgrond Wet verplichte deelneming</b>	<b>1</b>
a. Inleiding	1
b. Ratio voor invoering van deze wet	2
<b>2. Wettelijke regeling van de vrijstelling van de verplichting tot deelneming</b>	<b>3</b>
a. Inleiding	3
b. Wettelijke regeling van de vrijstelling tot verplichting tot deelneming	4
I. De wettelijke voorgeschreven vrijstelling, De zogenaamde tijdige regelingen	5
II. De niet-verplichte vrijstelling	5
<b>3. Aan vrijstelling te verbinden voorwaarden</b>	<b>6</b>
a. Wettelijke regeling	6
b. Nadere voorwaarden door bedrijfspensioenfonds	7
c. De gelijkwaardigheidseis	7
<b>4. Nadere invulling van het vrijstellingsbeleid</b>	<b>9</b>
<b>5. Intrekking van de vrijstelling</b>	<b>11</b>
<b>6. Toetsing</b>	<b>12</b>

<b>1. Het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen: de verplichtstellingsbeschikking</b>	16
1.1 De verplichtstelling	16
1.2 De werkingssfeer van een verplichtstellingsbeschikking	21
1.2.1 Het personele criterium: voor welke bedrijfsgenoten geldt de verplichtstelling?	22
1.2.2 Het materiële criterium: de aard van de werkzaamheden die kenmerkend zijn voor de bedrijfstak	23
1.2.3 Uitsluitingen	24
1.3 De aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek	25
1.4 Vrijstelling van verplichte deelneming	27
<b>2. Het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen: de afbakeningsregeling in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf</b>	29
2.1 De inhoud van de afbakeningsregeling	29
2.2 Vrijwillige pensioenvoorzieningen uitgevoerd door bedrijfspensioenfondsen	30
2.3 Vrijwillige aansluiting bij bedrijfspensioenfondsen	34
<b>3. Het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen: begrensd door het mededingingsrecht?</b>	35
3.1 Het mededingingsrecht in het Verdrag van Rome	35
3.2 Een drievoudige toetsing aan het mededingingsrecht	36
3.2.1 Toetsing van de verplichtstellingsaanvraag	36
3.2.2 Toetsing van uitvoering van het besluit tot verplichtstelling	39
3.2.3 Toetsing van verplichtstellingsbeschikkingen en de wettelijke regeling voor verplichtstelling	39
<b>4. Tot besluit</b>	41

# Het stelsel van de Wet verplichte deelneming

*Mr. M.M. Jansen*

## 1. Ontstaansachtergrond Wet verplichte deelneming

### *a. Inleiding*

In 1949 is de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds tot stand gekomen. Deze wet geeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de mogelijkheid zogenaamde bedrijfspensioenfondsen voor een gehele bedrijfstak verplicht te stellen.

De structuur van de wet is zo dat het initiatief tot het instellen van zo'n bedrijfspensioenfonds moet uitgaan van werkgevers- en werknemersorganisaties in de bedrijfstak. Achten zij het wenselijk om te komen tot een verplicht pensioenfonds voor de gehele bedrijfstak, dan moeten zij een daartoe strekkend verzoek indienen bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.<sup>1</sup>

Deze zal laten onderzoeken of voldaan is aan alle wettelijke voorschriften. Hij zal hiertoe onder meer advies vragen bij de Verzekeringskamer en de Sociaal-Economische Raad. Een van de eisen, waaraan moet zijn voldaan, is dat het verzoek door een voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak is gedaan. Met name over deze vraag wordt door de Sociaal-Economische Raad geadviseerd, die bij zijn beoordeling gebruik maakt van richtlijnen voor de beoordeling van de representativiteit van de samenstelling van publiekrechtelijke colleges.

1. Art. 3, lid 1 luidt: ' Onze Minister kan, op verzoek van een naar zijn oordeel voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak, na overleg met het hoofd van het Departement van Algemeen Bestuur tot welke bemoeiingen de aangelegenheden van de betrokken bedrijfstak behoren en na de Sociaal-Economische Raad en de Verzekeringskamer gehoord te hebben, het deelnemen in het bedrijfspensioenfonds voor alle of bepaalde groepen van bedrijfsgenoten verplichtstellen'.

Het onderzoek van de Verzekeringskamer spitst zich toe op de vraag of het fonds technisch en actuarieel aan alle voorwaarden voldoet.

Als de minister tot de conclusie is gekomen dat aan alle voorwaarden voor verplichtstelling is voldaan, dan zal hij een verplichtstellingsbeschikking uitvaardigen. Vanaf de datum, genoemd in de beschikking, zijn daaraan allen die onder de definities van de werkingsfeerbepalingen vallen, gebonden, dus ook de ongeorganiseerde werkgevers en werknemers in een bedrijfstak.

#### *b. Ratio voor invoering van deze wet*

In de discussies die hierover bij de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste en Tweede Kamer zijn gevoerd, speelde het sociale belang van een redelijke oudedagsvoorziening voor werknemers een belangrijke rol. Daarnaast was een belangrijk argument om tot bedrijfstakgewijze pensioenfondsen te komen het feit dat op deze wijze voorkomen kon worden dat niet-georganiseerde werkgevers door het niet-geven van pensioen een voorsprong op de vakgenoten zouden hebben. Het bestaan van een bedrijfspensioenfonds schakelt derhalve op het terrein van de pensioenen de concurrentie in een bedrijfstak in belangrijke mate uit.

De Wet verplichte deelneming is overigens tot stand gekomen in een periode dat er nog geen duidelijkheid bestond over de vraag hoe de wettelijke oudedagsvoorziening er in zijn definitieve vorm uit zou komen te zien.

Uit de kamerstukken blijkt trouwens van groot optimisme over de invoering van een wettelijke oudedagsvoorziening ter vervanging van de noodwet-Drees tegelijk met de invoering van de Wet verplichte deelneming. Zoals bekend, is de AOW er pas 8 jaar later, in 1957, gekomen.

Voorts blijkt uit de kamerstukken van die tijd dat men meer vertrouwen had in de draagkracht van een fonds op bedrijfstakniveau dan in dat van een ondernemingspensioenfonds en ook het feit dat bij verandering van dienstbetrekking binnen de bedrijfstak geen pensioenbreuk zou ontstaan - ook al gebruikte men dat woord nog niet - werd als argument gebruikt.

Overigens was het ook voor invoering van de Wet verplichte deelneming al mogelijk om deelname in een bedrijfspensioenfonds voor een gehele bedrijfstak verplicht te stellen. Sinds 1937 bestaat namelijk de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Op basis van deze wet is het mogelijk om CAO-bepalingen die betrekking hebben op pensioenrege-

lingen en pensioenfondsen algemeen verbindend te verklaren. CAO's worden echter in het algemeen slechts voor een betrekkelijk korte periode gesloten en hoewel de Wet-AVV een bepaling kent die het mogelijk maakt CAO-bepalingen met betrekking tot fondsen, waar een grote mate van continuïteit van belang is, voor een langere periode<sup>2</sup> algemeen verbindend te verklaren, werd deze wet toch niet als het ideale instrument voor het verplicht stellen van de deelneming in pensioenfondsen gezien. In de praktijk is van de Wet-AVV nooit gebruik gemaakt om de deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen verplicht op te leggen aan niet-georganiseerde werkgevers en werknemers.

## **2. Wettelijke regeling van de vrijstelling van de verplichting tot deelneming**

### *a. Inleiding*

Een bedrijfspensioenfonds voert een collectieve regeling uit, waarin doorgaans een aantal solidariteitselementen is verwerkt. Te denken valt hier aan de wijze waarop de premie -de doorsneepremie, die voor een ieder, jong of oud, man of vrouw vergelijkbaar<sup>3</sup> is - wordt vastgesteld. Zo'n bedrijfspensioenfonds kan alleen goed werken als ondernemingen en individuele deelnemers niet naar eigen inzicht kunnen in- en uittreden. Als dat wel zou kunnen, dan zouden de 'goede risico's', degenen die zich elders goedkoper kunnen verzekeren, uittreden, terwijl diegenen die dat niet kunnen binnen het fonds zouden blijven met alle financiële consequenties voor het fonds van dien. Met andere woorden, een bedrijfspensioenfonds, dat een ieder die onder de werkingssfeerbepalingen valt, moet accepteren, kan alleen goed functioneren als het een monopoliepositie heeft.

Hiermee is overigens niet gezegd, dat er geen omstandigheden denkbaar zijn, waarin vrijstelling van de verplichte deelneming aan de orde kan zijn. Integendeel, de wet schrijft het zelfs in een bepaalde situatie uitdrukkelijk voor. Het gaat er echter om dat ondernemingen en werkne-

2. Art. 2 lid 2 Wet-AVV luidt: De verbindendverklaring geschiedt, behoudens voor fondsen, die uit hun aard een meer permanent karakter dragen en ten aanzien waarvan een langer tijdvak kan gelden, voor een tijdvak van ten hoogste twee jaren.
3. Bij zogenaamde vaste bedragenregelingen, waarbij elke deelnemer ongeacht de hoogte van zijn salaris een vast bedrag per tijdseenheid aan pensioen opbouwt, wordt de premie meestal ook uitgedrukt in een voor iedere deelnemer gelijk bedrag per week of maand. Bij salaris-gerelateerde regelingen wordt de doorsnee-premie doorgaans gesteld op een bepaald (voor ieder gelijk) percentage van het pensioengevende salaris.



mers niet naar eigen goeddunken op het door hen gewenste moment kunnen in- en uittreden.

*b. Wettelijke regeling van de vrijstelling van deelneming*

In het oorspronkelijke wetsontwerp was er geen bepaling opgenomen die betrekking had op de mogelijkheid van vrijstelling wegens het bestaan van een bijzondere pensioenvoorziening. De regering vond dit niet nodig, onder andere met het oog op het sociale belang van de bedrijfspensioenfondsen. Uiteindelijk is er na aandringen door de Kamer, ongetwijfeld mede vanwege het feit dat veel ondernemingen in diverse bedrijfstakken zelf al het initiatief tot hetzij het oprichten van een ondernemingspensioenfonds, hetzij het aangaan van een pensioenverzekeringsovereenkomst met een verzekeraar, hadden genomen. Dit heeft er in geresulteerd dat in art. 5 Wet verplichte deelneming op dit punt een regeling is opgenomen.

Genoemd art. 5 geeft een opsomming van een aantal onderwerpen, die in de statuten en reglementen van een bedrijfspensioenfonds opgenomen moeten zijn. Gebeurt dit niet dan zal de minister, zo schrijft genoemd artikel voor, het verzoek om het fonds verplicht te stellen, weigeren.

Zo moeten statuten en reglement onder meer een bepaling bevatten, inhoudende:

"de gevallen, waarin en de voorwaarden, waaronder bedrijfsgenoten aan het bedrijfspensioenfonds niet behoeven deel te nemen, dan wel van bepaalde verplichtingen ten opzichte van het bedrijfspensioenfonds kunnen worden vrijgesteld".<sup>4</sup>

Voorts schrijft art. 5, lid 3 Wet verplichte deelneming voor dat bij beschikking nadere richtlijnen zullen worden gegeven, waaraan verzoeken om vrijstelling zullen worden getoetst. Deze beschikking is uitgevaardigd op 29 december 1952. Op de inhoud van deze beschikking en de toetsingsvoorwaarden, die daarin gegeven zijn, zal hieronder nog nader ingegaan worden.

Het is overigens opmerkelijk dat noch de Wet verplichte deelneming, noch de zojuist genoemde beschikking zich uitspreken over de vraag aan wie vrijstelling van de verplichte deelneming wordt verleend. Zo zegt de

4. Art. 5, lid 2 sub II 1 Wet verplichte deelneming.

beschikking dat "vrijstelling kan worden verleend op verzoek van een belanghebbende".

Vaste praktijk en mijns inziens ook goed passend in het wettelijk stelsel is dat vrijstelling zowel op individuele basis aan werknemers als op collectieve basis aan ondernemingen verleend kan worden<sup>5</sup>. De wet hanteert hier overigens het begrip bedrijfsgenoten, zonder dat dit verder uitgewerkt wordt. In dit betoog zal overigens alleen ingegaan worden op collectief verleende vrijstellingen.

De Wet verplichte deelneming onderscheidt twee verschillende vormen van vrijstelling, de verplichte vrijstelling voor zogenaamde tijdige regelingen en de niet-verplichte vrijstelling.

### *I. De wettelijk voorgeschreven vrijstelling*

#### *De zogenaamde tijdige regelingen*

In een aantal gevallen is het zo dat ondernemingen, op het moment dat representatieve organisaties van werkgevers en werknemers overwegen een bedrijfspensioenfonds op te richten en daartoe verplichtstelling aan te vragen, al een pensioenregeling hebben. Is dit het geval op een datum, gelegen 6 maanden voor het verzoek om verplichtstelling bij de minister wordt ingediend, dan is het fonds vervolgens verplicht deze onderneming vrijstelling te verlenen, mits aan de nadere voorwaarden uit de vrijstellingsbeschikking wordt voldaan. De 6 maanden-termijn houdt verband met het feit dat men heeft willen voorkomen dat ondernemingen in de wetenschap dat een verplichtstellingsverzoek in voorbereiding is de voorbereidingstijd gebruiken om zelf nog een regeling te gaan afsluiten.

### *II. De niet-verplichte vrijstelling*

Zoals gezegd, moeten statuten en reglement van een bedrijfspensioenfonds bepalingen bevatten waarin een regeling wordt gegeven van de voorwaarden waaronder vrijstelling van de verplichte deelneming kan worden verkregen. Veelal wordt volstaan met het letterlijk citeren van de relevante bepalingen uit de al genoemde beschikking van 29 december 1952. Want, afgezien van de zojuist genoemde situatie van een onderneming die al tijdig (dus 6 maanden voor het verzoek om verplichtstelling bij de minister werd ingediend) een eigen regeling had, is een bedrijfs-

5. Tot deze conclusie komt ook de rechtbank van Almelo, 3 november 1971, NJ 1972, 423. In de uitspraak wordt verwezen naar een ruim 20 jaar bestaande praktijk van het verlenen van collectieve vrijstellingen.

pensioenfonds niet verplicht tot het verlenen van vrijstelling, maar kan het daartoe uit beleidsoverwegingen wel overgaan.

### **3. Aan vrijstelling te verbinden voorwaarden**

#### *a. Wettelijke regeling*

In de al eerder aangehaalde ministeriële beschikking van 29 december 1952 wordt een aantal nadere voorwaarden genoemd, waaraan bijzondere pensioenregelingen in ieder geval zullen moeten voldoen.

Dit geldt zowel voor de vrijstellingen die een bedrijfspensioenfonds op grond van de wet verplicht is te verlenen, als voor de vrijstellingen, waartoe het fonds wettelijk niet verplicht is.

De voorwaarden zijn:

- De bijzondere pensioenvoorziening moet zijn ondergebracht bij een rechtspersoonlijkheid bezittend pensioenfonds of een levensverzekeringsmaatschappij, die voldoen aan de wettelijke voorwaarden en waarop toezicht wordt uitgeoefend.

De ratio hiervan is uiteraard dat de wetgever niet heeft gewild dat pensioenregelingen worden vrijgesteld, die niet voldoen aan de eisen die dezelfde wetgever in andere wetten heeft geformuleerd.

- De bijzondere pensioenvoorziening moet, wat de aanspraken betreft, welke daaraan kunnen worden ontleend, als geheel genomen ten minste gelijkwaardig zijn aan die van het fonds.

Deze bepaling levert in de praktijk de nodige stof voor discussie op. Ik ga er hieronder nog nader op in.

- De rechten van de betrokken bedrijfsgenoot en de nakoming van zijn verplichtingen moeten behoorlijk gewaarborgd zijn.

Voorts kent de beschikking nog een bepaling, die alleen van toepassing is als de vrijstelling uittreding uit het fonds ten gevolge heeft. Hieraan kan het fonds dan de voorwaarde verbinden dat een redelijke compensatie voor het eventueel uit het uittreden voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel wordt geboden. Het komt echter in de praktijk niet of nauwelijks voor dat een bedrijfspensioenfonds vrijstelling verleent aan een onderneming die al is aangesloten bij het bedrijfspensioenfonds.

Tenslotte bepaalt de beschikking dat aan de vrijstelling voorwaarden verbonden kunnen worden ter verzekering van een goede uitvoering van de Wet verplichte deelneming.

### *b. Nadere voorwaarden door bedrijfspensioenfond*s

Een interessante vraag is of een bedrijfspensioenfonds naast de hierboven omschreven bevoegdheden de bevoegdheid heeft nog aanvullende voorwaarden te stellen. Hierbij moet naar mijn mening onderscheid gemaakt worden tussen de verplichte en de niet verplichte vrijstelling.

Voor wat betreft de tijdig tot stand gekomen regelingen bepaalt de beschikking uitdrukkelijk dat vrijstelling moet worden verleend als aan de hierboven genoemde voorwaarden is voldaan.

Voor wat betreft de situaties waarbij het bestuur van het bedrijfspensioenfonds beleidsvrijheid heeft om al dan niet vrijstelling te verlenen, geldt mijns inziens het adagium 'wie het meerdere kan, kan ook het mindere'; dit betekent dat waar het bestuur de bevoegdheid heeft vrijstelling te weigeren, het ook de bevoegdheid heeft aan een te verlenen vrijstelling nadere voorwaarden te verbinden.<sup>6</sup> In de praktijk komt dit nogal eens voor. Zo komen we in veel reglementen een bepaling tegen die inhoudt dat als een werkgever om vrijstelling verzoekt (en in de praktijk is dat doorgaans het geval) hij ten genoegen van het bestuur van het fonds moet aantonen dat de werknemers een zekere mate van inspraak hebben gehad.

Uiteraard kan het bestuur bij zijn overwegingen om al dan niet onder nadere voorwaarden wel of geen vrijstelling te verlenen niet willekeurig handelen en zal het rekening moeten houden met hetgeen de wet voorschrijft en met een eventueel gegroeide vrijstellingspraktijk. Een uitspraak van het bestuur kan overigens getoetst worden door de Verzekeringkamer en de burgerlijke rechter<sup>7</sup>.

### *c. De gelijkwaardigheidseis*

De Wet verplichte deelneming stelt als voorwaarde voor (verplichte) vrijstelling dat de bedrijfsgenoten '..... pensioenaanspraken verwerven, welke ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke zij bij deelneming aan het bedrijfspensioenfonds zouden verwerven'<sup>8</sup>.

Een interessante vraag is of dit betekent dat de vrijgestelde regeling exact gelijk moet zijn aan die van het bedrijfspensioenfonds.

De vrijstellingsbeschikking geeft aan dat de vrij te stellen regeling

6. Art. 5, lid 1 vrijstellingsbeschikking.

7. Zie hierover nader hoofdstuk 6.

8. Art. 5, lid 3 Wet verplichte deelneming.

wat de aanspraken betreft, welke daaraan kunnen worden ontleend, als geheel genomen, ten minste gelijkwaardig moet zijn aan de regeling van het bedrijfspensioenfonds<sup>9</sup>. Bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid dienen 'pakketten' tegen elkaar afgewogen te worden. Zo zal een gunstiger regeling van het ouderdomspensioen en van invaliditeitspensioen als compensatie kunnen worden beschouwd voor een wat ongunstiger regeling van het weduwenpensioen en het geven van invaliditeitspensioen als compensatie voor een wat ongunstiger regeling van het ouderdomspensioen<sup>10</sup>.

Hieruit moet worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de gedispenseerde regeling op hoofdlijnen weliswaar ten minste gelijkwaardig moest zijn aan die van het bedrijfspensioenfonds, maar dat op detailpunten verschillen mogen bestaan.

Anderzijds is het natuurlijk strijdig met de bedoelingen van de Wet verplichte deelneming als de werknemers, die deelnemen in een vrijgestelde regeling over het geheel in een ongunstiger positie zouden verkeren dan wanneer zij deelnemer zouden zijn in het bedrijfspensioenfonds.

In de praktijk is het veelal zo dat bedrijfspensioenfondsen exacte gelijkheid eisen.

In het verleden heeft dit nogal eens aanleiding gegeven voor discussies tussen bedrijfspensioenfondsen en gedispenseerde ondernemingen. Dit is in 1966 voor de Stichting van de Arbeid<sup>11</sup> mede aanleiding geweest om over de vrijstelling door bedrijfspensioenfondsen een aantal aanbevelingen te doen, waarbij het appel aan alle betrokkenen om in goed overleg te zoeken naar oplossingen wellicht de belangrijkste is geweest.

Een ander punt is de vraag of het gelijkwaardigheidsvereiste blijft gelden voor inmiddels niet meer actieve deelnemers. Voor wat betreft de gepensioneerden heeft de Stichting van de Arbeid destijds uitgesproken dat indexaties verleend door het bedrijfspensioenfonds, door de gedispenseerde regeling gevolgd zouden moeten worden. Voor wat betreft het op peil houden van premievrije aanspraken van tussentijds vertrokkenen (de zogenaamde slapers) heeft de Stichting van de Arbeid destijds geen aanbeveling willen doen; inmiddels geeft de Wet Nypels-Groenman (gelijke behandeling bij het verlenen van toeslagen van gepensioneerden en slapers) de nodige duidelijkheid.

Overigens is het zo dat het gelijkwaardigheidsvereiste met name be-

9. Art. 1 sub b beschikking 1952.

10. Art. 2 sub b beschikking 1952.

11. Aanbevelingen door de Stichting van de Arbeid over de vrijstelling door bedrijfspensioenfondsen, augustus 1966.

trekking heeft op de te verwerven aanspraken. De premiestelling van een bedrijfspensioenfonds en een vrijgestelde onderneming kunnen dus divergeren en ook is het mogelijk dat een vrijgestelde regeling een ander financieringssysteem kiest. Het bedrijfspensioenfonds kan zelfs op grond van de financiële en actuariële grondslagen van de bijzondere pensioenvoorziening de vrijstelling niet weigeren, als deze grondslagen naar het oordeel van de Verzekeringskamer aanvaardbaar zijn.

#### **4. Nadere invulling van het vrijstellingsbeleid**

De in Nederland bestaande bedrijfspensioenfondsen, variëren in omvang zeer. Zo kennen wij fondsen met meer dan 100.000 deelnemers, zoals de P.G.G.M., het Bedrijfspensioenfonds voor de Bouwnijverheid en de metaalfondsen, maar ook zijn er bedrijfspensioenfondsen met slechts enkele honderden deelnemers, zoals de Stichting Pensioenfonds voor de Orgelbouwers en het Bedrijfspensioenfonds voor de Porselein- en aardewerkindustrie.

Ook als gekeken wordt naar de mate waarin door de verschillende fondsen vrijstelling is verleend, zien we grote verschillen. Zo kennen de zojuist genoemde kleine fondsen geen enkele vrijstelling, maar ook grote fondsen als het P.G.G.M. en het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalnijverheid hebben een zeer gering aantal vrijgestelde deelnemers. Het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalindustrie daarentegen heeft bijna evenveel gedispenseerden als deelnemers. Ook bij andere, wat kleinere fondsen bestaat er een aantal met een relatief fors aantal vrijgestelde deelnemers.

Op zichzelf behoeft dit nog niets te zeggen over het door het bewuste fonds voorgestane vrijstellingsbeleid. Het kan namelijk zijn dat bij de totstandkoming van de verplichtstelling in een bedrijfstak reeds in aanzienlijke mate pensioenregelingen voorkwamen, die vervolgens, mits voldaan werd aan het criterium van gelijkwaardigheid, vrijgesteld moesten worden. Gegevens over de mate waarin bedrijfspensioenfondsen bereid zijn op vrijwillige basis vrijstelling te verlenen, zijn niet voorhanden. In het algemeen heet het, dat bedrijfspensioenfondsen een zeer restrictief vrijstellingsbeleid zouden voeren. Argumenten hiervoor zijn zeker aan te voeren:

- door een ruimhartig vrijstellingsbeleid wordt de positie van het fonds ondermijnd, aangezien het in het algemeen de goede risico's zijn die voor vrijstelling zullen opteren. Dit brengt tevens met zich mee dat in een bedrijfstak de onderlinge concurrentiepositie tussen werkgevers

wordt aangetast, daar het in het algemeen de werkgevers die zich goedkoper elders kunnen verzekeren, zullen zijn die opteren voor vrijstelling.

- zoals hierboven reeds geschetst, hebben de fondsen een heel verschillend deelnemersbestand qua omvang. Voor in ieder geval een aantal, wat kleinere fondsen geldt dat het verlenen van vrijstellingen, althans op een wat grotere schaal, het draagvlak van het fonds kan gaan ondermijnen.
- het bestaan van bedrijfspensioenfondsen heeft tot gevolg, dat wanneer een werknemer van baan verandert binnen een bedrijfstak, hij deelnemer blijft in hetzelfde pensioenfonds, zodat er geen pensioenbreuk ontstaat.

Hier staat tegenover dat de Wet verplichte deelneming en de meeste bedrijfspensioenfondsen tot stand zijn gekomen in een periode, waarin het hele economische leven overzichtelijker was dan nu het geval is en veranderingen in productieprocessen, maar ook in concernverhoudingen niet of nauwelijks een rol speelden.

Dit brengt met zich mee, dat -ondanks de argumenten die zouden pleiten voor een restrictief vrijstellingsbeleid- er toch situaties denkbaar zijn, waarin het voor de hand ligt dat een onderneming vrijstelling verkrijgt, omdat een verplichte aansluiting bij het bedrijfspensioenfonds voor alle betrokkenen meer nadelen dan voordelen biedt. Hierbij dient niet uit het oog verloren te worden dat aan de Wet verplichte deelneming, als uiteindelijke doelstelling ten grondslag ligt het bevorderen van een goede pensioenvoorziening voor werknemers.

Bij afwezigheid van regels c.q. richtlijnen op dit gebied is het dus aan het bestuur van een bedrijfspensioenfonds om een vrijstellingsbeleid te ontwikkelen, dat enerzijds oog heeft voor de bedrijfstakbelangen, en anderzijds voor de belangen van individuele ondernemingen en hun werknemers.

Zo kan het voorkomen dat een reeds bestaande onderneming met een eigen pensioenregeling op enig moment, bijv. door een aandelentransactie of door een verandering van activiteiten onder de werkingssfeer van een bedrijfspensioenfonds komt. In dit soort situaties lijkt het voor de

hand te liggen dat de onderneming de bestaande regeling kan continueren<sup>12</sup>.

Een andere situatie is die van een concern, dat een vrijgestelde concernregeling heeft. Als zo'n concern een niet-vrijgestelde onderneming overneemt, is vervolgens de concern-regeling niet automatisch van toepassing.

Daarnaast kan het zijn dat de ondernemingen die van een concern deel uitmaken tot verschillende bedrijfstakken behoren.

Veelal streven concerns ernaar om voor alle tot het concern behorende ondernemingen een eenvormig arbeidsvoorwaardenbeleid te voeren. Eén van de redenen hiervoor kan zijn dat met een eenvormig arbeidsvoorwaardenbeleid overplaatsingen binnen tot het concern behorende ondernemingen zonder arbeidsvoorwaardelijke consequenties mogelijk zijn. Verplichte aansluiting bij een of meer bedrijfspensioenfondsen kan dit beleid doorkruisen.

## 5. Intrekking van de vrijstelling

De eerder genoemde ministeriële beschikking bepaalt in art. 7 dat het bedrijfspensioenfonds de verleende vrijstelling kan intrekken als niet meer wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden.

Hierbij geeft art. 7 een limitatieve opsomming van de situaties waarin dit aan de orde kan zijn<sup>13</sup>.

Zo kan de vrijstelling worden ingetrokken als de uitvoering van de vrijgestelde pensioenregeling niet meer geschiedt door een ondernemingspensioenfonds of verzekeraar, die voldoen aan in de wet omschreven criteria.

Het onderbrengen van de pensioenvoorziening bij een nieuwe uitvoerder, die voldoet aan de wettelijke criteria kan dus op zich zelf geen reden zijn om de vrijstelling in te trekken.

De belangrijkste grond om een verleende vrijstelling in te trekken zal

12. Een variant hierop is de situatie dat een onderneming niet van activiteiten verandert, maar door veranderende productieprocessen bijv andere materialen gaat gebruiken, waardoor een (ander) bedrijfspensioenfonds van toepassing kan blijken te zijn. Extra navrant wordt een en ander, als als gevolg hiervan overschrijving van het ene naar het andere bedrijfspensioenfonds moet plaats vinden, zonder dat beide bedrijfspensioenfondsen het eens kunnen worden over oplossingen voor de pensioenbreuk die als gevolg hiervan kan ontstaan.
13. Uitdrukkelijk wordt in art. 7 verwezen naar de voorwaarden genoemd in art. 1 van de beschikking; voorts kan de vrijstelling worden ingetrokken als gehandeld wordt in strijd met (in het geval van niet verplicht verleende vrijstelling) een of meer der aan de vrijstelling verbonden voorwaarden.



in het algemeen gelegen zijn in het feit dat de vrijgestelde regeling niet meer als gelijkwaardig is te beschouwen.

Intrekking van de vrijstelling heeft ten gevolge dat de deelnemers in de bijzondere regeling vanaf de datum van de intrekking deelnemer in de bedrijfspensioenregeling worden.

## 6. Toetsing

Uiteraard is het zo dat beslissingen van een bestuur van een bedrijfspensioenfonds met betrekking tot vrijstellingsaangelegenheden zijn onderworpen aan toetsing door de burgerlijke rechter. Ingevolge art. 18, lid 1 Wet verplichte deelneming wordt van burgerlijke rechtsvorderingen ter zake van deelneming in en uitkering uit een bedrijfspensioenfonds, in eerste instantie door de kantonrechter kennisgenomen.

Daarnaast is het zo dat het bestuur van een bedrijfspensioenfonds een afschrift van de beslissing op een verzoek om vrijstelling of waarbij een vrijstelling wordt ingetrokken moet toezenden aan de Verzekeringkamer<sup>14</sup>. Tegen deze met redenen omklede beslissing kunnen door betrokkene bezwaren worden ingebracht bij de Verzekeringkamer, die vervolgens een oordeel zal vellen over deze bezwaren<sup>15</sup>. Het oordeel van de Verzekeringkamer wordt evenwel niet openbaar gemaakt en kan niet beschouwd worden als een partijen bindende rechtsbeslissing.

14. Art. 8 beschikking 1952.

15. Art. 9 beschikking 1952.

# Het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen

*Mr. W.P.M. Thijssen\**

De titel van het onderdeel van deze brochure dat ik voor mijn rekening heb genomen roept bij mij een associatie op met de vijf Olympische ringen. De vijf ringen zijn ineengestrengeld, maar niet iedere ring overlapt elke andere. Op deze wijze wordt de verbondenheid tussen de vijf werlddelen die destijds -het Olympische symbool is in 1913 ontworpen- aan de Spelen meededen, tot uitdrukking gebracht<sup>1</sup>. De Olympische Spelen worden niet alleen door verbondenheid gekenmerkt, maar ook door rivaliteit. Iedere sporter wil immers de beste zijn.

Iets dergelijks doet zich voor met het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen. Bedrijfspensioenfondsen voeren, evenals ondernemingspensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen, pensioenregelingen uit. Rivaliteit manifesteert zich waar bedrijfspensioenfondsen het werkterrein van ondernemingspensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen dreigen te betreden. De problematiek van het afbakenen van het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen manifesteert zich op drie wijzen.

De eerste wijze betreft de afbakening van het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen en het werkterrein van andere pensioenuitvoerders. Hier gaat het om de vraag: is deelneming aan de regeling van een bedrijfspensioenfonds verplicht, of bestaat vrijheid van keuze waar het de inhoud en de uitvoering van de pensioenregeling betreft? Ten aanzien van een dergelijke vraag verzochtte de Kantonrechter te Groningen in een door hem te berechten geval dat "een geheel bevredigend afbakeningscriterium uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is aan te geven"<sup>2</sup>.

\* Mr. W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering N.V. De tekst van dit onderdeel van deze brochure is afgesloten op 1 juli 1992.

1. Zie de brochure Olympische Spelen, uitgave van het Nederland Olympisch Comité, waarin op de Olympische symbolen wordt ingegaan. De ringen zijn ontworpen door Pierre de Coubertin.
2. Ktr. Groningen 6 maart 1958, NJ 1958, 604.

Daarnaast betreft het de afbakening van het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen onderling. Bedrijfspensioenfondsen dreigen zich in sommige gevallen op elkaars werkterrein te begeven. Een dergelijke dreiging manifesteert zich bijvoorbeeld in de metaal. Het werkterrein van de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalindustrie (de grootmetaal) zou in bepaalde gevallen het werkterrein van de Stichting bedrijfspensioenfonds voor de metaalnijverheid (de kleinmetaal) kunnen overlappen. Ik verklap hier vast dat dit probleem is voorzien en opgelost. Opgelost door de regel te introduceren dat personen die verplicht zijn deel te nemen aan de pensioenregeling voor de grootmetaal niet aan de pensioenregeling voor de kleinmetaal hoeven deel te nemen, en andersom<sup>3</sup>. Hoe het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen onderling is afgebakend, volgt uit de verplichtstellingsbeschikkingen. De verplichtstellingsbeschikking van een bedrijfspensioenfonds bepaalt immers wie wèl en wie níet verplicht is tot deelneming aan de pensioenregeling van het bedrijfspensioenfonds. Voor het bepalen van het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen zijn verplichtstellingsbeschikkingen van doorslaggevende betekenis. In onderdeel 1 wordt dan ook op verplichtstellingsbeschikkingen ingegaan.

De tweede wijze waarop een bedrijfspensioenfonds zich op het werkterrein van een ander zou kunnen begeven manifesteert zich in het kader van vrijwillige aansluiting. Voorts in het sluiten van andere pensioenverzekeringen naast de verzekeringen die dienen voor de dekking van de door het bedrijfspensioenfonds op grond van de verplichtgestelde regeling toegekende pensioenaanspraken. De statuten van een bedrijfspensioenfonds kunnen het mogelijk maken dat aansluiting op vrijwillige basis geschiedt<sup>4</sup>. De aansluiting is in een dergelijke situatie niet verplicht op grond van de verplichtstellingsbeschikking van het bedrijfspensioenfonds.

De ruimte die de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds<sup>5</sup> (Wet bpf) een bedrijfspensioenfonds laat voor het sluiten van pensioenverzekeringen op basis van vrijwilligheid, wordt in-

3. Art. I, laatste volzin van de verplichtstellingsbeschikking van het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalindustrie en de derde volzin na de opsomming van ondernemingen die verplicht zijn aangesloten bij het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalnijverheid in de verplichtstellingsbeschikking van dit fonds.
4. Zie bijvoorbeeld art. 5 van de Statuten van de Stichting Pensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke belangen (PGGM).
5. Wet van 17 maart 1949, Stb. 1949, J 121.

geperkt door een daartoe strekkende regeling in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (WTV)<sup>6</sup>. Het belang van deze afbakeningsregel is gelegen in het feit dat voor verzekeringsmaatschappijen andere toezichtswetgeving geldt dan voor bedrijfspensioenfondsen. Zo geldt voor verzekeringsmaatschappijen een solvabiliteitsmarge<sup>7</sup>.

Wanneer bedrijfspensioenfondsen zonder beperkingen pensioenverzekeringen zouden kunnen sluiten, dreigt het gevaar van oneerlijke concurrentie. Verzekeringsmaatschappijen zijn dan ook alert op de juiste toepassing van de afbakeningsregeling. Het werkerterrein van ondernemingspensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen is in de WTV op soortgelijke wijze afgebakend als het werkerterrein van bedrijfspensioenfondsen<sup>8</sup>. Over de vrijheid van het ondernemingspensioenfonds van de Rabobank om op basis van vrijwilligheid pensioenverzekeringen te sluiten is onlangs een procedure gevoerd. Uitkomst: het werkerterrein van pensioenfonds werd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven nauwkeurig afgebakend<sup>9</sup>.

De derde wijze waarop het werkerterrein van een bedrijfspensioenfonds mogelijkerwijs zou kunnen worden beperkt loopt via de weg van Europese regelgeving. Ik denk daarbij aan het mededingingsrecht. Als basis van het mededingingsrecht fungeert, voor zover hier van belang, art. 85 EG-Verdrag. Hoofdreël is dat afspraken tussen ondernemers, besluiten van ondernemersverenigingen en feitelijk onderling afgestemde gedragingen van ondernemers verboden zijn, wanneer ze de handel en de concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt ongunstig beïnvloeden. Een bedrijfspensioenfonds kan door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SoZaWe) worden verplichtgesteld op verzoek van organisaties van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak die representatief voor de bedrijfstak zijn. Deze organisaties maken afspraken over de inhoud en de wijze van uitvoering van de pensioenregeling die voor de bedrijfstak moet gaan gelden. Voorts worden afspraken gemaakt over de beschrijving, en daarmee over de omvang, van de bedrijfstak. Al die afspraken vinden hun weerslag in het verzoek om verplichtstelling van het bedrijfspensioenfonds. Zo wordt de concurrentie binnen de be-

6. Wet van 18 december 1985, Stb. 1986, 638. De bedoelde afbakeningsregel is opgenomen in art. 6, lid 4.
7. Vgl. art. 19 en art. 39 WTV en art. 3, lid 5 en art. 5, lid 2, onder I Wet bpf.
8. Eveneens in art. 6, lid 4 WTV.
9. College van Beroep voor het bedrijfsleven inzake Stichting Pensioenfonds Rabobankorganisatie/Verzekeringkamer 3 maart 1992 (niet gepubliceerd). De uitspraak is becommentarieerd door E.A.W.M. Uijen in Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1992, blz. 27-29.

drijfstak aan banden gelegd: een onderneming binnen de bedrijfstak mag niet in vrijheid met haar werknemers onderhandelen over de inhoud van de pensioenregeling voor die werknemers. Tevens mag niet met de pensioenuitvoerder worden gecontracteerd die hem de gunstigste aanbieding doet. De inhoud van de regeling is dwingend voorgeschreven, maar ook de uitvoerder. Dit roept de vraag op of de afspraken die aan verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds ten grondslag liggen wel volledig rechtsgeldig zijn. En voorts of het besluit van de Minister van SoZaWe om tot verplichtstelling over te gaan, de verplichtstellingsbeschikking en de Wet bpf zèlf niet in strijd met het EG-verdrag zijn. Saillant is dat met de invoering van de Wet bpf werd beoogd (oneerlijke) concurrentie te beperken. Wanneer voor alle ondernemingen in een bedrijfstak dezelfde pensioenregeling geldt die door één instantie wordt uitgevoerd, wordt voorkomen dat werkgevers géén pensioenregeling treffen om tegen lagere personeelskosten te kunnen produceren<sup>10</sup>.

## **1. Het werkterrein van bedrijfspensioenfonds: de verplichtstellingsbeschikking**

De verplichtstellingsbeschikking van een bedrijfspensioenfonds bepaalt voor wie de deelneming aan een bedrijfspensioenfonds *verplicht* is, zo stelde ik in de inleiding. Verplichtstellingsbeschikkingen zijn dan ook in sterke mate bepalend voor het werkterrein van bedrijfspensioenfonds. In dit onderdeel wordt nader ingegaan op verplichtstellingsbeschikkingen. Daarbij komt om te beginnen de verplichtstelling aan de orde. Daarna wordt ingegaan op de werkingssfeer van verplichtstellingsbeschikkingen. Vervolgens wordt een voorstel gedaan voor controle op de redactie van verplichtstellingsbeschikkingen aan de hand van de Aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek. Dit onderdeel wordt afgesloten met een beschouwing over de mogelijkheid vrijgesteld te worden van de verplichting tot deelneming aan een bedrijfspensioenfonds.

### *1.1. De verplichtstelling*

De verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds en de gevolgen van verplichtstelling zijn geregeld in de Wet bpf. De bevoegdheid tot verplichtstelling over te gaan is in handen gegeven van de Minister van So-

10. Zie bijvoorbeeld de MvA bij het aanvankelijke voorstel voor de Wet bpf, TK 1948-1949, 785, nr. 5, blz. 4 en E.J. Offerhaus, *Bedrijfspensioenfonds*, diss. 1953, blz. 9.

ZaWe. Een verzoek om verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds kan door de Minister op een aantal gronden worden afgewezen. Deze gronden zijn, voor zover ze -mede- bepalend zijn voor de omvang van het werkterrein van het verplicht te stellen bedrijfspensioenfonds:

- het niet voldoen aan het representativiteitsvereiste;
- het te beperkt zijn van de werkingssfeer;
- het ontbreken van een statutaire bepaling waarin de voorwaarden zijn geregeld voor vrijstelling van deelneming aan het verplicht te stellen bedrijfspensioenfonds<sup>11</sup>.

Het representativiteitsvereiste houdt in dat een aanvraag om verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds slechts kan worden ingewilligd wanneer de Minister van SoZaWe van oordeel is dat de aanvraag wordt gesteund door een voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak. Uit de jurisprudentie blijkt dat het besluit van de Minister van SoZaWe om tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds over te gaan door de rechter slechts marginaal kan worden getoetst<sup>12</sup>. In de procedure die tot het aangehaalde arrest leidde werd de rechtsgeldigheid van een verplichtstellingsbeschikking aangevochten omdat niet aan het representativiteitscriterium zou zijn voldaan. In het Noorden des lands functioneerde in een bepaalde bedrijfstak een regionaal bedrijfspensioen- fonds. Nadat door een vertegenwoordiging van het bedrijfsleven uit de rest van het land verplichtstelling voor een ander, landelijk opererend bedrijfspensioenfonds was gevraagd en gekregen, werd de rechtsgeldigheid van deze verplichtstellingsbeschikking aangevochten. De werkgeversverenigingen uit het noorden stelden dat de verplichtstelling niet rechtsgeldig was, omdat zij niet bij de aanvraag betrokken waren. Gevolg: de Minister van SoZaWe had niet tot verplichtstelling mogen besluiten omdat niet aan het representativiteitscriterium was voldaan. De Minister had hoogstens tot verplichtstelling mogen komen voor het deel van het land waarin het bedrijfspensioenfonds voor de noordelijke provincies *niet* opereerde<sup>13</sup>. De rechter besliste echter dat de Minister "in redelijkheid" tot zijn besluit om tot verplichtstelling voor het hele land over te gaan kon komen<sup>14</sup>. Op andere -waarschijnlijk onterechte- gronden

11. Art. 3, lid 1; art. 5, lid 1 en het bepaalde onder 1 van art. 5, lid 2, onder II Wet bpf.

12. Hof 's-Gravenhage 21 januari 1954, NJ 1954, 218.

13. Vgl. art. 2 Wet bpf.

14. Namelijk in de op één na laatste overweging van het Hof 's-Gravenhage in het in nt. 12 aangehaalde arrest. Het betrof een overweging ten overvloede.

werd de verplichtstellingsbeschikking in het betreffende geval overigens wèl nietig verklaard<sup>15</sup>.

Het representativiteitsvraagstuk is uitgebreid behandeld door Lutjens in zijn proefschrift. Lutjens maakt onderscheid tussen formele en materiële representativiteit. Formele toetsing van de representativiteit houdt in dat aan het representativiteitscriterium is voldaan indien een voldoende aantal bedrijfsgenoten is aangesloten bij de vertegenwoordiging van het bedrijfsleven in de bedrijfstak die het verzoek om verplichtstelling heeft ingediend. In het kader van formele toetsing wordt dus niet nagegaan of een voldoende aantal bedrijfsgenoten het verzoek om verplichtstelling ook daadwerkelijk onderschrijft. Materiële toetsing van de representativiteit houdt in dat aan het representativiteitscriterium is voldaan indien een bepaald gedeelte van de bedrijfsgenoten het verzoek om verplichtstelling daadwerkelijk steunt. Aan de hand van het door hem gemaakte onderscheid toont Lutjens vervolgens aan dat de wetgever is uitgegaan van een formeel representativiteitscriterium. De Minister van SoZaWe is in één door Lutjens behandeld geval uitgegaan van een materieel representativiteitscriterium. De SER gaat, aldus nog steeds Lutjens, in kader van zijn adviesplicht<sup>16</sup> uit van een formeel representativiteitscriterium. De SER legt zich bij het uitvoeren van zijn toets namelijk toe op het karakter van de organisaties die tot aanvraag overgaan. De SER beoordeelt onder andere of een voldoende aantal bedrijfsgenoten in de bedrijfstak is aangesloten bij de organisatie(s) die de verplichtstelling aanvragen<sup>17</sup>. De SER definieert representativiteit overigens als volgt: "Representativiteit van een afzonderlijke organisatie houdt in dat die organisatie voldoet aan voorwaarden op grond waarvan zij, op het terrein door haar doelstelling bepaald, voor de groep die zij beoogt te organiseren,

- in het maatschappelijk verkeer in feite wordt, dan wel op grond van een beslissing van een daartoe bij de wet aangewezen instantie dient te worden aanvaard als gesprekspartner, adviseur en pleitbezorger en
- in aanmerking kan komen om bijzondere bevoegdheden of mogelijk-

15. Namelijk op grond van het feit dat een bepaling in het pensioenreglement van het verplicht te stellen bedrijfspensioenfonds in strijd met art. 5, lid 3 Wet bpf was. E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, diss. 1989, blz. 235, is van mening dat het Hof in plaats van de verplichtstellingsbeschikking nietig te verklaren de wettelijke bepaling in plaats van de reglementaire had moeten stellen. Ik sluit mij daarbij aan nu de desbetreffende bepaling in het pensioenreglement niet als hoofdverbintenis kan worden aangemerkt.

16. Art. 3, lid 1 Wet bpf.

17. Lutjens, a.w. blz. 208-209.

heden van optreden te verkrijgen, waarover zij niet uit zichzelf kan beschikken"<sup>18</sup>.

De marginale toetsing door de rechter van het representativiteitsvereiste heeft volgens Lutjens eveneens plaats aan de hand van formele criteria. Uit de door hem behandelde jurisprudentie blijkt dat de rechter zich zeer terughoudend opstelt. Lutjens concludeert dat de representativiteitstoets in de eerste plaats aan de hand van een formeel criterium moet worden uitgevoerd, maar dat materiële criteria wel degelijk een rol kunnen spelen.

Al met al bestaat er voor de praktijk weinig duidelijkheid over de wijze waarop de Minister van SoZaWe het representativiteitsvereiste interpreteert en toepast. Ik bepleit dan ook een nadere invulling van het criterium. Aan de Minister van SoZaWe is in de Wet bpf een discretionaire bevoegdheid toegekend om tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds over te gaan. De Minister zou in het kader van het uitoefenen van die discretionaire bevoegdheid richtlijnen kunnen vaststellen die duidelijkheid geven over de interpretatie en toepassing van het representativiteitscriterium.

Welke regel zou in dergelijke richtlijnen moeten worden vastgelegd? Het toepassen van een formeel criterium verdient, dunkt mij, de voorkeur. Ik illustreer dit aan de hand van een voorbeeld. Stel dat de representativiteitstoets aan de hand van een materieel criterium zou worden uitgevoerd. Bijvoorbeeld het criterium dat meer dan 50% van de bedrijfsgenoten vóór verplichtstelling moet zijn. De toetsing is uiteraard een momentopname: de Minister van SoZaWe zou moeten toetsen of op de dag waarop de aangevraagde verplichtstelling zou moeten ingaan, méér dan 50% van de bedrijfsgenoten in de bedrijfstak vóór verplichtstelling is. Het is nodig daarvoor een enquête te houden. In geval van twijfel zou tussen vóór- en tegenstanders van verplichtstelling discussie kunnen ontstaan over de vraag of bepaalde bedrijven al dan niet tot de in de verplichtstellingsaanvraag geformuleerde bedrijfstak behoren<sup>19</sup>. Het toepassen van een materieel criterium zou; zo blijkt uit het gegeven voorbeeld, tot een onwerkbare situatie leiden.

Zoekend naar een bruikbaar formeel representativiteitscriterium zou ik de bedrijfsgenoten in de bedrijfstak willen splitsen in werkgevers en werknemers. Wanneer meer dan een bepaald percentage van de in de

18. Advies van de SER van 19 december 1975 (1976/5) betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges, blz. 9.

19. Over deze afbakeningsproblematiek nader 1.3.



bedrijfstak opererende werkgevers bij een van de werkgeversorganisaties, en meer dan hetzelfde percentage van de werknemers in de bedrijfstak bij een van de werknemersorganisaties die om verplichtstelling van het bedrijfspensioenfonds verzoeken, is aangesloten, is aan het representativiteitsvereiste voldaan! Het zou mijn voorkeur hebben het percentage op 50 te stellen. Ik realiseer mij dat, met name gezien de lage organisatiegraad van werknemers in Nederland, nog slechts zelden tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds zou kunnen worden overgegaan wanneer aan het representativiteitsvereiste de door mij voorgestelde invulling wordt gegeven. De SER acht voor representativiteit essentieel dat een organisatie die representatief pretendeert te zijn leden heeft in de groep die zij beoogt te organiseren. Gezien de in het algemeen lage organisatiegraad van werknemers is het maar de vraag of, uitgaande van het door de SER geformuleerde representativiteitsvereiste, werknemersvakverenigingen als representatieve vertegenwoordigers van werknemers in een bedrijfstak als bedoeld in art. 3, lid 1 Wet bpf kunnen worden beschouwd<sup>20</sup>. Verplichtstelling mag echter niet tegen de zin van een meerderheid van de bedrijfsgenoten plaatshebben. Ik kies er bewust voor in het kader van de representativiteitstoets de organisatiegraad een doorslaggevende rol te laten spelen. Naar mijn mening is de organisatiegraad immers bepalend voor de representativiteit van de werkgever- en werknemersorganisaties die om verplichtstelling verzoeken. Bovendien mag worden verwacht dat de organisatiegraad in de bedrijfstak bekend is bij de werkgevers- en werknemersorganisaties die om verplichtstelling verzoeken. De aanvragers zullen overigens de aanvraag vergezeld moeten laten gaan van summier bewijs ten aanzien van de organisatiegraad.

De organisatiegraad in de bedrijfstak is natuurlijk een momentopname. Enerzijds wordt de organisatiegraad bepaald door aanmeldingen en opzeggingen van het lidmaatschap van werkgevers- en werknemersorganisaties. Anderzijds beïnvloeden exogene factoren de organisatiegraad: het opheffen van bedrijven en het starten van nieuwe bedrijven in de bedrijfstak. Strikt theoretisch zou de organisatiegraad op basis van het door mij voorgestelde formele representativiteitscriterium getoetst moeten worden per de datum waarop de verplichtstelling zou moeten ingaan. Om praktische redenen verdient het de voorkeur het vereiste zo te formuleren dat ergens in de periode gelegen één jaar vóór de beoogde ingangsdatum van verplichtstelling aan het representativiteitsvereiste is voldaan. Men bedenke hierbij dat verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds grote

20. SER-advies 1976/5, blz. 8 (zie nt. 18).

financiële gevolgen kan hebben voor de bedrijfsgenoten, met name de werkgevers onder hen<sup>21</sup>.

Samenvattend: een bruikbare formele representativiteitstoets in het kader van de toepassing van art. 3, lid 1 Wet bpf zou kunnen inhouden dat door de werkgevers- en werknemersorganisaties die om verplichtstelling verzoeken wordt aangetoond dat op enig moment gelegen in de periode van maximaal één jaar voor de beoogde datum van verplichtstelling:

- ten minste 50% van de werkgevers in de bedrijfstak bij één van de aanvragende werkgeversorganisaties en
- ten minste 50% van de werknemers in de bedrijfstak bij één van de aanvragende werknemersorganisaties is aangesloten.

### *1.2. De werkingssfeer van een verplichtstellingsbeschikking*

Zodra de Minister van SoZaWe tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds is overgegaan, maakt de verplichtstellingsbeschikking onderdeel uit van het objectieve recht<sup>22</sup>. Een verplichtstellingsbeschikking is een wet in materiële zin. Een verplichtstellingsbeschikking kan daarom door de rechter worden uitgelegd en getoetst aan formele wetgeving of supra-nationale rechtsregels, bijvoorbeeld wanneer een meningsverschil rijst over het werkerterrein van een bedrijfspensioenfonds. De formulering van een verplichtstellingsbeschikking kan door de Minister van SoZaWe in het kader van de verplichtstellingsprocedure worden getoetst. De Minister *kan* een bedrijfspensioenfonds verplicht stellen wanneer aan het representativiteitscriterium is voldaan, maar hij *hoeft* het niet. Beleidsvrijheid voor de Minister dus.

Voor het schrijven van mijn bijdrage aan deze brochure heb ik alle in de loop der tijd afgegeven verplichtstellingsbeschikkingen bestudeerd om redaktietechnieken te achterhalen voor het afbakenen van het werk-

21. Illustratief voor de weerstand die zou kunnen bestaan zijn een tweetal uitspraken van de HR van 14 november 1980, NJ 1982, 197 en 198 en voorts een tweetal uitspraken van de HR van 5 december 1980, NJ 1982, 199 en 200 gewezen in het kader van de verplichtstelling van het beroepspensioenfonds voor huisartsen, de Stichting Pensioenfonds voor Huisartsen.

22. Vgl. art. 99 Wet RO. Dit volgt voor de verplichtstellingsbeschikking van een bedrijfspensioenfonds bijvoorbeeld impliciet uit HR 23 december 1988, NJ 1989, 264 (Delken/Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel) en voor de verplichtstellingsbeschikking van een beroepspensioenfonds expliciet uit de conclusie van de A-G voor HR 5 december 1980, NJ 1982, 199 (blz. 742, r.k.).

terrein van bedrijfspensioenfondsen. Een taaie en -ik wil de opstellers van de verplichtstellingsbeschikkingen niet tekort doen- saaie klus. Maar de moeite waard! Mij is gebleken dat de meeste verplichtstellingsbeschikkingen aan de hand van een bepaald raamwerk zijn opgezet.

Het raamwerk ziet er als volgt uit. In de verplichtstellingsbeschikking wordt:

- vastgelegd voor welke rechtssubjecten, voor welke van de bedrijfs- genoten die in de bedrijfstak werkzaam zijn, de verplichtstelling geldt (het personele criterium);
- de aard van de door die bedrijfsgenoten verrichte werkzaamheden beschreven (materieel criterium);
- in veel gevallen aangegeven voor welke bedrijfsgenoten de verplicht- stelling níet geldt (uitsluitingen).

Op de rechtssubjecten, de aard van de verrichte werkzaamheden en de uitsluitingen wordt hierna kort ingegaan.

### *1.2.1. Het personele criterium: voor welke bedrijfsgenoten geldt de verplichtstelling?*

In verplichtstellingsbeschikkingen ben ik nogal wat verschillende methoden tegengekomen voor het aanduiden van de rechtssubjecten waarvoor de verplichtstelling geldt. Ik noem als voorbeelden voor het afbakenen van de personele werkingssfeer van verplichtstellingsbeschikkingen: het op basis van een arbeidsovereenkomst of als werknemer werkzaam zijn in de bedrijfstak, een bepaald beroep uitoefenen (bijvoorbeeld: notarisklerk zijn<sup>23</sup>), bedrijfsgenoot zijn<sup>24</sup>, als zelfstandige of op basis van een overeenkomst van aanneming van werk<sup>25</sup> in de bedrijfstak werkzaam zijn.

Ik onderscheid uit deze opsomming twee verschillende systemen voor het afbakenen van de personele werkingssfeer van een verplichtstellingsbeschikking. In sommige gevallen is de aard van de rechtsverhouding op basis waarvan de arbeid in de bedrijfstak wordt verricht maatgevend. In andere gevallen is de aard van de door het rechtssubject -de natuurlijke persoon- verrichte arbeid doorslaggevend. Ik merk hierbij op dat de rechtsverhouding op basis waarvan arbeid wordt verricht in het algemeen een duidelijker criterium voor het afbakenen van de personele

23. Dit criterium voor de personele werkingssfeer trof ik aan in de verplichtstellingsbeschikking van het Bedrijfspensioenfonds voor Medewerkers in het Notariaat, Beschikking van 14 januari 1955, Stcrt. 1955, nr. 18.

24. Vgl. art. 1, lid 1, aanhef en onder C Wet bpf.

25. Vgl. art. 1637b BW.

werkingssfeer van een verplichtstellingsbeschikking is dan de aard van de verrichte arbeid. Of van een arbeidsovereenkomst sprake is, zal bijvoorbeeld gemakkelijker te bepalen zijn dan of iemand het beroep van notarisklerk uitoefent. In het algemeen is het duidelijker: flexibele arbeidsrelaties doorkruisen immers het bereik van het arbeidsovereenkomstenrecht, en de positie van degenen die op flexibele basis werkzaam zijn is nog allerm minst duidelijk. Ik bepleit dat niet al te lichtvaardig moet worden aangenomen dat het arbeidsovereenkomstenrecht pas op de plaats moet maken wanneer een arbeidsrelatie het etiket "flexibel" opgeplakt krijgt<sup>26</sup>. Zo wordt voorkomen dat iemand die op basis van een flexibele arbeidsrelatie werkzaam is in een bedrijfstak door de "werkgever" niet ter verzekering behoeft te worden aangeboden aan het bedrijfspensioenfonds, omdat de personele werkingssfeer van de verplichtstellingsbeschikking van dat fonds zich beperkt tot degenen die op basis van een arbeidsovereenkomst in de bedrijfstak werkzaam zijn.

### *1.2.2. Het materiële criterium: de aard van de werkzaamheden die kenmerkend zijn voor de bedrijfstak*

In de verplichtstellingsbeschikking van elk bedrijfspensioenfonds is de bedrijfstak waarin het fonds werkzaam is beschreven. De omschrijving van de bedrijfstak waarin een bedrijfspensioenfonds werkzaam is, is een materieel criterium voor het afbakenen van het werkterrein van een bedrijfspensioenfonds. In dit onderdeel behandel ik een aantal redactietechnieken die bepalend zijn voor de afbakening van de bedrijfstak en daarmee voor het werkterrein van bedrijfspensioenfonds. In gevallen waarin in een verplichtstellingsbeschikking werkzaamheden worden beschreven die kenmerkend zijn voor de bedrijfstak, wordt vaak gebruik gemaakt van uitbreidende formuleringen. Ik noem: de werkzaamheden van de bedrijfstak bestaan uit het "uitsluitend of in hoofdzaak....", alles "in de ruimste zins des woords" genomen. Verder: onder "....wordt mede begrepen....". Dergelijke formuleringen duid ik aan met de term *materieel uitbreidende* formuleringen. De reikwijdte van materieel uitbreidende formuleringen kan in de praktijk vragen oproepen. Wanneer wordt in een onderneming bijvoorbeeld, uitsluitend of in hoofdzaak "het bedrijf van

26. Zie C.E.N. van den Boon, Themanummer "Flexibele arbeidsrelaties" in PS 1991, blz. 1297v.

be- en/of verwerken van metalen" uitgeoefend<sup>27</sup>? Termen die in dit soort kwesties duidelijker zijn dan het "uitsluitend of in hoofdzaak"-criterium, zijn de termen geheel of nagenoeg geheel, hoofdzakelijk en grotendeels. Wanneer een onderneming zich geheel of nagenoeg geheel, hoofdzakelijk of grotendeels met het bedrijf van het be- en/of verwerken van metalen bezighoudt, maakt deze activiteit meer dan 90% respectievelijk meer dan 70% respectievelijk meer dan 50% uit van de totale bedrijfsactiviteit<sup>28</sup>. De duidelijkheid neemt toe wanneer wordt aangegeven of het criterium geheel of nagenoeg geheel, hoofdzakelijk of grotendeels op het totale aantal werknemers binnen een onderneming of op het aan de omschreven bedrijfsactiviteit toe te rekenen deel van de totale omzet betrekking heeft.

Daarmee stuit ik op een andere soort uitbreidende formuleringen, namelijk de *formeel uitbreidende* formuleringen. Met deze term duid ik uitbreidende formuleringen aan waarbij een getalsmatig criterium bepalend is voor de aard van een onderneming, en daarmee voor de vraag of ten aanzien van de personen die binnen de onderneming werkzaam zijn de verplichtstelling geldt. Van dergelijke formuleringen geef ik enkele voorbeelden. Een formeel uitbreidend criterium is het uren-criterium. Een uren-criterium houdt in dat een onderneming onder de werkingssfeer van een bedrijfspensioenfonds valt wanneer binnen een onderneming ten minste een bepaald aantal uren per week een bepaalde bedrijfsactiviteit wordt uitgeoefend. Een ander voorbeeld is het hiervoor al aangestipte omzetcriterium. Dit criterium houdt in dat een onderneming onder de werkingssfeer van een bedrijfspensioenfonds valt, wanneer een bepaald gedeelte van de omzet van de onderneming aan een bepaalde bedrijfsactiviteit kan worden toegerekend.

### 1.2.3. Uitsluitingen

In veel gevallen blijkt dat het werkterrein van een bedrijfspensioenfonds te ruim zou zijn, wanneer dat werkterrein in de verplichtstellingsbeschikking niet nader wordt afgebakend. In veel van de door mij voor het schrijven van dit onderdeel van deze brochure onderzochte verplichtstellingsbeschikkingen ben ik dan ook uitsluitingen tegengekomen. Uitsluitingen vallen uiteen in formele en materiële uitsluitingen. Ik geef een aantal voorbeelden ter verduidelijking.

27. Vgl. art. I, onder A1 van de verplichtstellingsbeschikking van het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalindustrie.

28. Aldus B. Wessels, Beroep, bedrijf en onderneming, oratie 1989, blz. 7 die aansluiting zoekt bij het fiscale recht.

Voorbeelden van *materiële uitsluitingen* zijn: de verplichtstelling geldt niet voor bedrijfsgenoten die bij de overheid werkzaam zijn, of bij een bepaalde bedrijfsvereniging zijn aangesloten. Een materiële uitsluiting die ik al kort in de inleiding van deze bijdrage behandelde is de uitsluiting van verplichte deelneming aan de pensioenregeling van het éne bedrijfspensioenfonds van bedrijfsgenoten die onder de werkingssfeer van een ander bedrijfspensioenfonds vallen. Deze vorm van een expliciete uitsluiting komt voor in de verplichtstellingsbeschikking van het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalindustrie. De uitsluiting houdt in dat bedrijfsgenoten die onder de werkingssfeer van het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalnijverheid vallen niet onder de werkingssfeer van het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalindustrie vallen. In de verplichtstellingsbeschikking van het Bedrijfspensioenfonds voor de Metaalnijverheid worden bedrijfsgenoten die onder de werkingssfeer van het Bedrijfspensioenfonds van de Metaalindustrie vallen, op soortgelijke wijze ontzien. Ik vraag mij af hoe te handelen met een bedrijfsgenoot die in beginsel onder de werkingssfeer van beide van de genoemde bedrijfspensioenfonds valt. Valt deze bedrijfsgenoot onder de werkingssfeer van géén van beide bedrijfspensioenfonds, zodat hij in vrijheid een pensioenvoorziening kan treffen?

Voorbeelden van *formele uitsluitingen* die ik heb aangetroffen zijn: de verplichtstelling geldt niet voor bedrijfsgenoten werkzaam in een onderneming met minder dan een bepaald aantal werknemers, of voor bedrijfsgenoten met een salaris beneden een bepaalde loongrens. Voor de aardigheid maak ik nog melding van één bijzondere formele uitsluiting: de verplichtstelling geldt niet voor bedrijfsgenoten die in een bepaalde mate verwant zijn aan hun werkgever.

### *1.3. De aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek*

Verplichtstellingsbeschikkingen zijn wetten in materiële zin. Ze behoren tot het objectieve recht. Ik meen dat dit gegeven meebrengt dat aan de redactie van verplichtstellingsbeschikkingen eisen mogen worden gesteld, dezelfde eisen als worden gesteld aan andere materiële wetten.

Om tot verbetering van de wetgevingstechniek te komen zijn in 1972 Aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek gegeven<sup>29</sup>. In de Aanwijzingen zijn 84 regels opgenomen voor het redigeren van wetgeving. Uit

29. Bes. van de Minister President, Minister van Algemene Zaken van 13 september 1972, Stcrt. 1973, nr. 2.

de aanwijzingen leid ik af dat verplichtstellingsbeschikkingen onder meer aan de volgende eisen zouden moeten voldoen.

In de aanhef van een verplichtstellingsbeschikking zou naar het verzoek om verplichtstelling moeten worden verwezen. Verwijzing dient te geschieden met de term "gelezen". Een voorbeeld ter verduidelijking: "...Gelezen het verzoek van de....als werkgeversvertegenwoordiging en de....als werknemersvertegenwoordiging....van....(datum)....". Aldus blijkt dat de verplichtstellingsbeschikking op verzoek wordt gegeven<sup>30</sup>.

Een verplichtstellingsbeschikking zou kunnen aanvangen met een considerans, waaruit blijkt dat de werkgevers- en werknemersorganisaties die om verplichtstelling verzoeken een representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak vormen. Voorts zou in de considerans tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat de aanvragende organisaties verplichtstelling nastreven van een bedrijfspensioenregeling in de in het verzoek nader omschreven bedrijfstak. De bedrijfstak kan kort worden aangeduid. Uit een dergelijke considerans blijkt de achtergrond van de in de beschikking opgenomen regeling<sup>31</sup>.

Het is naar mijn mening aanbevelenswaardig een verplichtstellingsbeschikking in drie onderdelen te splitsen, te weten de omschrijving van de personele werkingssfeer (tot welke rechtssubjecten richt de verplichtstellingsbeschikking zich), de omschrijving van de materiële werkingssfeer (welke is de aard van de door de rechtssubjecten verrichte arbeid) en de uitsluitingen. Zo wordt een systematische indeling verkregen die aansluit bij het systeem van de Wet bpf<sup>32</sup>. Met name bij het beschrijven van de materiële werkingssfeer dient een woordkeus te worden gehanteerd die zoveel mogelijk aansluit bij het normale spraakgebruik. Het is van belang hetzelfde begrip steeds met dezelfde term aan te duiden en verwijzingen zoveel mogelijk te vermijden<sup>33</sup>.

In sommige gevallen zullen overgangsbepalingen nodig zijn. Bijvoorbeeld wanneer de werkingssfeer van een bedrijfspensioenfonds wordt uitgebreid. In dat geval kan het nodig zijn te bepalen dat de verplichtstelling voor de groep personen die door de uitbreiding onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds gaat vallen, eerst vanaf een bepaalde datum geldt. Het toekennen van terugwerkende kracht aan een ver-

30. Aanwijzingen 7 en 8.

31. Vgl. Aanwijzing 9.

32. Aanwijzing 12.

33. Vgl. Aanwijzingen 20, 23 en 29.

plichtstellingsbeschikking of uitbreiding daarvan is onwenselijk, mede gezien het feit dat op niet nakoming van de verplichting tot deelneming een strafsanctie staat<sup>34</sup>. In verband met het voorafgaande dient nog te worden opgemerkt dat in een verplichtstellingsbeschikking de datum moet zijn opgenomen waarop de verplichtstelling gaat gelden<sup>35</sup>.

#### *1.4. Vrijstelling van verplichte deelneming*

In de Wet bpf is voorzien in een regeling voor vrijstelling van verplichte deelneming aan een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds.

Een bedrijfspensioenfonds is verplicht vrijstelling van de verplichte deelneming te verlenen aan bedrijfsgenoten waarvoor ten minste een half jaar vóór de datum waarop de aanvraag tot verplichtstelling de Minister van SoZaWe heeft bereikt, een pensioenregeling gold. Die pensioenregeling moet vanaf de datum waarop de pensioenregeling van het bedrijfspensioenfonds verplichtgesteld wordt, in zijn geheel genomen gelijkwaardig zijn aan de regeling die door het bedrijfspensioenfonds wordt uitgevoerd. Het bedrijfspensioenfonds dient een groepsvrijstelling te geven: vrijstelling voor bedrijfsgenoten die op de datum waarop de verplichtstellingsbeschikking ingaat deelnemen aan die pensioenregeling, en bedrijfsgenoten die nadien deelnemer worden.

Bedrijfspensioenfonds ontlenen aan de Wet bpf een discretionaire bevoegdheid, eventueel onder voorwaarden, vrijstelling van de verplichting tot deelneming te geven. Een bedrijfspensioenfonds kan groepsvrijstellingen verlenen, maar ook individuele vrijstellingen. Een tussenvariant is mogelijk, en komt in de praktijk vaak voor. De bedoelde variant houdt in dat een bedrijfspensioenfonds vrijstelling van de verplichting tot deelneming verleent aan de bedrijfsgenoten die op een bepaalde datum in de bedrijfstak werkzaam waren. Voor bedrijfsgenoten die vanaf een later gelegen tijdstip in de bedrijfstak zijn gaan werken geldt de vrijstelling niet. Een dergelijke vorm van vrijstelling wordt met de term afwikkelingsdispensatie aangeduid: de dispensatie heeft geen betekenis meer zodra de laatste bedrijfsgeenoot voor wie de vrijstelling gold het werk binnen de bedrijfstak heeft neergelegd.

De Wet bpf legt de verplichting tot deelneming op aan bedrijfsgenoten. Dus níet aan – bijvoorbeeld – de werknemers in dienst van een onderneming, natuurlijke personen of rechtspersonen. Het systeem van de

34. Aanwijzing 28 en 54; vgl. art. 17 Wet bpf en art. 1, lid 1 Wetboek van Strafrecht.

35. Aanwijzing 11.



Wet bpf brengt mee dat zowel de verplichting tot deelnemen aan, als de vrijstelling van de verplichting tot deelnemen aan een bedrijfspensioenfonds rust op een groep bedrijfsgenoten die als organisatorische eenheid herkenbaar zijn, eventueel binnen een groter verband. Voor de verplichting tot deelneming kan dit worden geïllustreerd aan de hand van een arrest van de HR uit 1986<sup>36</sup>. Het bierbrouwerijconcern Heineken houdt zich niet alleen bezig met het brouwen van bier, maar ook met de productie van frisdrank. Binnen het Heineken concern golden uniforme arbeidsvoorwaarden. Onderdeel daarvan was een pensioenregeling die werd uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds. Het Bedrijfspensioenfonds voor de Drankindustrie was van mening dat de werknemers van Heineken die zich met de productie van frisdrank bezighielden moesten deelnemen aan de pensioenregeling van dat bedrijfspensioenfonds. Het bedrijfspensioenfonds baseerde deze stelling op de verplichtstellingsbeschikking op grond waarvan personen werkzaam in de drankindustrie, met uitzondering van personen werkzaam in het bierbrouwerijbedrijf, onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds vallen. Heineken stelde dat het Heineken concern hoofdzakelijk het bierbrouwerijbedrijf uitoefende en dat in verband daarmee geen van de werknemers onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds viel. De HR stelde het bedrijfspensioenfonds in het gelijk. De verplichtstelling richt zich tot bedrijfsgenoten. Een groep bedrijfsgenoten die zich als herkenbare entiteit binnen het Heineken-concern bezighoudt met de productie van frisdrank valt onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds voor de Drankindustrie. Het werkterrein van het bedrijfspensioenfonds wordt derhalve bepaald door de aard van de bij Heineken verrichte werkzaamheden, en niet door de concernstructuur. Het standpunt van de HR is naar mijn mening juist. Het systeem van de Wet bpf is dat bedrijfsgenoten verplicht zijn tot deelneming wanneer zij voldoen aan het in de verplichtstellingsbeschikking bepaalde<sup>37</sup>. Het gehandhaafd blijven van de verplichtstelling in geval van fusie dient te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of de bedrijfsgenoten waarvoor de verplichtstelling gold vóór de fusie, na de fusie nog als organisatorische eenheid zijn te herkennen.

36. HR 10 januari 1986, NJ 1986, 476 (Heineken/Bedrijfspensioenfonds voor de Drankindustrie).

37. Het door mij ingenomen standpunt ontleen ik tevens aan Ktr. Amsterdam 5 maart 1954, NJ 1954, 563 (Philipsen/Klein en Willemsen q.q.).

## 2. Het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen: de afbakeningsregeling in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf

In onderdeel 1 van mijn bijdrage aan deze brochure is ingegaan op de begrenzing van het werkterrein van een bedrijfspensioenfonds aan de hand van de verplichtstellingsbeschikking. De verplichtstellingsbeschikking beschrijft de werkingssfeer van een bedrijfspensioenfonds: welke rechtssubjecten zijn verplicht deel te nemen aan de door een bedrijfspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. In dit onderdeel staat de vraag centraal of er voor een bedrijfspensioenfonds een werkterrein buiten de in de verplichtstellingsbeschikking beschreven werkingssfeer is. Ik ga op twee aspecten van dit vraagstuk in. Het *eerste* is of het mogelijk is voor bedrijfsgenoten die verplicht deelnemen aan de door het bedrijfspensioenfonds uitgevoerde verplichtgestelde pensioenregeling op vrijwillige basis aanvullende pensioenvoorzieningen te verzekeren bij het bedrijfspensioenfonds. Het *tweede* is of het mogelijk is vrijwillig aansluiting te zoeken bij het bedrijfspensioenfonds om als deelnemer aan de pensioenregeling van het bedrijfspensioenfonds te worden aangemerkt. Het eerste aspect staat bekend als de problematiek omtrent de vrijwillige pensioenvoorzieningen, het tweede als de problematiek omtrent de vrijwillige aansluiting. Het antwoord op de gestelde vragen moet worden gezocht aan de hand van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (WTV). In de WTV is een regeling opgenomen die het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen begrenst.

### 2.1. De inhoud van de afbakeningsregeling

In de WTV is een regeling opgenomen voor de afbakening van het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen met dat van verzekeringsmaatschappijen.

Voor de uitoefening van het directe verzekeringsbedrijf is een vergunning nodig. Die vergunning kan slechts worden verkregen wanneer aan een aantal voorwaarden is voldaan. De belangrijkste voorwaarde is dat een verzekeringsmaatschappij over een solvabiliteitsmarge moet beschikken. Verder zijn voor het beleggingsbeleid strikte voorschriften gegeven. Bedrijfspensioenfondsen hoeven géén solvabiliteitsmarge aan te houden. Ze hebben voorts een veel grotere vrijheid ten aanzien van het te voeren beleggingsbeleid. Ten aanzien van het sluiten van pensioenverzekeringen moeten verzekeringsmaatschappijen dan ook aan strengere

eisen voldoen dan bedrijfspensioenfondsen<sup>38</sup>. Hierin schuilt een gevaar voor oneerlijke concurrentie en voor de waarborging van verleende pensioenaanspraken. Omdat voor bedrijfspensioenfondsen niet de strenge eisen voor verzekeringsmaatschappijen gelden, zou een bedrijfspensioenfonds indien de vrijheid daartoe zou bestaan, pensioenverzekeringen tegen een lagere prijs kunnen aanbieden dan verzekeringsmaatschappijen. Een "stropenpot" ontbreekt echter, omdat geen solvabiliteitsmarge behoeft te worden aangehouden.

Om een dergelijke situatie te voorkomen, is het werkkerrein van bedrijfspensioenfondsen afgebakend in de WTV. In art. 6, lid 3 WTV is bepaald dat een bedrijfspensioenfonds in beginsel niet het verzekeringsbedrijf uitoefent. Een bedrijfspensioenfonds heeft dus geen vergunning nodig om als bedrijfspensioenfonds te kunnen fungeren<sup>39</sup>. De vrijheid van bedrijfspensioenfondsen om pensioenverzekeringen te sluiten is, met name om oneerlijke concurrentie met verzekeringsmaatschappijen te voorkomen, in de WTV strikt beperkt. Ik behandel hier slechts de beperkingen die van belang zijn voor het beantwoorden van de vragen of en in hoeverre vrijwillige aansluiting mogelijk is, en of en in hoeverre een bedrijfspensioenfonds vrijwillige pensioenvoorzieningen kan aanbieden en uitvoeren.

## *2.2. Vrijwillige pensioenvoorzieningen uitgevoerd door bedrijfspensioenfondsen*

Bedrijfspensioenfondsen mogen op grond van art. 6, lid 4, onder a WTV als verzekeraar van vrijwillige pensioenvoorzieningen optreden voor zover dergelijke voorzieningen passen "binnen het raam" van de door het bedrijfspensioenfonds uitgevoerde, verplichtgestelde pensioenregeling<sup>40</sup>. In de literatuur is verdedigd dat de vraag of een vrijwillige pensioenvoorziening past binnen het raam van de door een bedrijfspensioenfonds uitgevoerde, verplichtgestelde pensioenregeling kan worden beantwoord aan de hand van het pensioensoorten-criterium en het pensioenhoogte-criterium. Het pensioensoorten-criterium houdt in dat een vrijwillige pensioenvoorziening binnen het raam van de door een bedrijfspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling past, wanneer de op

38. Vgl. art. 19 en art. 39 WTV en art. 3, lid 5 en art. 5, lid 2, onder I Wet bpf.

39. Art. 5, onder a jo. art. 10 WTV.

40. De andere in art. 6, lid 4, onder a WTV gegeven mogelijkheden voor bedrijfspensioenfondsen om andere pensioenvoorzieningen dan de verplichtgestelde pensioenregeling aan te bieden laat ik hier buiten beschouwing.

vrijwillige basis door het bedrijfspensioenfonds verzekerde pensioenen van dezelfde soort zijn als de pensioenen die onderdeel uitmaken van de verplichtgestelde pensioenregeling. Het pensioenhoogte-criterium houdt in dat een bedrijfspensioenfonds vrijwillige pensioenvoorzieningen kan bieden om de door een bepaalde deelnemer aan de verplichtgestelde regeling van het bedrijfspensioenfonds ontleende pensioenaanspraken aan te vullen tot een naar maatschappelijke normen aanvaardbaar niveau<sup>41</sup>.

Voor ondernemingspensioenfonds geldt ten aanzien van de mogelijkheid op vrijwillige basis pensioenverzekeringen te sluiten dezelfde beperking als voor bedrijfspensioenfonds: de vrijwillige pensioenvoorziening moet passen binnen het raam van de door een ondernemingspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. In het kader van door een ondernemingspensioenfonds aangeboden pensioenverzekeringen is onlangs door de Commissie van Beroep van het Bedrijfsleven een uitspraak gedaan over de vraag aan de hand van welk criterium moet worden getoetst of sprake is van een voorziening die past in het raam van de door een ondernemingspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. De Stichting Pensioenfonds Rabobankorganisatie voert een pensioenregeling volgens het middelloonsysteem uit. Het pensioenfonds bood de deelnemers de mogelijkheid aanvullende pensioenvoorzieningen te sluiten om de door het pensioenfonds toegezegde middelloonregeling aan te vullen tot eindloonniveau. Gelijkijdige toepassing van het pensioensoorten- en het pensioenhoogte-criterium dus. De Commissie van Beroep stelde zich, evenals de Verzekeringskamer overigens, op het standpunt dat de aangeboden vrijwillige pensioenvoorziening niet binnen het raam van de door het Rabo-pensioenfonds uitgevoerde regeling paste: Het raam van die regeling is immers het middelloonstelsel, en niet het eindloonstelsel.

Het criterium voor het beantwoorden van de vraag of een vrijwillige pensioenvoorziening al dan niet binnen het raam van de door een ondernemingspensioenfonds uitgevoerde regeling past is of de vrijwillige voorziening aansluit bij het *stelsel* van die regeling. In de Memorie van Toelichting (MvT) en de Memorie van Antwoord (MvA) bij de wijziging van de WTV van 1986 wordt een aantal voorbeelden gegeven van vrijwillige pensioenvoorzieningen die passen binnen het raam van de door een ondernemings- of bedrijfspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. Het gaat steeds om vrijwillige voorzieningen die een deelnemer

41. In die zin E. Lutjens, Vrijwillige pensioenvoorzieningen door pensioenfonds, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1990, blz. 32-34. Vgl. P.M. Tulfer, Afbakening tussen pensioenfonds en verzekeraars, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1988, blz. 98-102.

in staat stellen om pensioenrechten op het maximale volgens de regeling van het pensioenfonds te behalen niveau te brengen<sup>42</sup>. Aan dit rijtje voorbeelden kan, zo meen ik, een aktueel voorbeeld worden toegevoegd. Het kan zijn dat voor een werknemer die gebruik maakt van het wettelijk recht om ouderschapsverlof te nemen gedurende de periode van het verlof de pensioenopbouw wordt gestaakt over de arbeidsuren waarvoor ouderschapsverlof is genomen<sup>43</sup>. Aldus ontstaat pensioenbreuk. Een vrijwillige pensioenvoorziening ondergebracht bij een bedrijfspensioenfonds om deze breuk te helen past naar mijn mening binnen het raam van de door het bedrijfspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. In het algemeen voldoet een vrijwillige pensioenvoorziening aan het vereiste dat zij moet passen binnen het raam van de door een ondernemings- of bedrijfspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling wanneer met de vrijwillige pensioenvoorziening wordt beoogd het op niveau brengen van in principe wèl in de regeling opgenomen pensioensoorten. Dat niveau is dan het maximaal binnen die regeling te behalen niveau.

Ik plaats de hier behandelde kwestie in een wat meer theoretisch kader. Een vrijwillige pensioenvoorziening kan bij een bedrijfspensioenfonds worden ondergebracht wanneer zo'n voorziening past binnen het raam van de door het bedrijfspensioenfonds uitgevoerde verplichtgestelde regeling. Dat wil op grond van de uitspraak van het College van Beroep zeggen dat de vrijwillige pensioenvoorziening moet passen binnen het *stelsel* van de verplichtgestelde pensioenregeling. De verplichtgestelde pensioenregeling is een wet in materiële zin. Aldus rijst de vraag hoe de rechter in het kader van rechtsvinding omgaat met het stelsel van de wet. Ten aanzien van de vraag of een -destijds nog- buitenwettelijke vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking moest worden toegekend, besliste de HR in 1959 in het bekende arrest Quint/Te Poel<sup>44</sup> dat een dergelijke vordering paste in het stelsel van de wet en aansloot bij wel in de wet geregelde gevallen. De vordering paste in het stelsel van de regeling voor onverschuldigde betaling, waarin het Burgerlijk Wetboek in 1959 wèl voorzag. Verburgh schrijft onder andere naar aanleiding van het

42. MvT bij WTV, TK 1985-1986, 19 329, nr. 3, blz. 11-12 en MvA, TK 1985-1986, 19 329, nr. 6, blz. 14. De voorbeelden worden behandeld door E.A.W.M. Uijen, TPV 1992, blz. 29.

43. Het recht op ouderschapsverlof is opgenomen in art. 1638oo BW. Dit artikel is met ingang van 1 januari 1991 in werking getreden. Over de gevolgen van het nemen van ouderschapsverlof voor de pensioenopbouw W.P.M. Thijssen, Ouderschapsverlof, in het bijzonder met betrekking tot de pensioenopbouw, Sociaal Recht 1990, blz. 45-52.

44. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 met nt. Veegens.

Quint/Te Poel-arrest dat "in gevallen die niet *bepaaldelijk* (curs. WT) door het geldende recht (wet, rechtspraak, gewoonte) zijn geregeld, de oplossing "moet" worden aanvaard die in het stelsel van het geldende recht past en aansluit bij de reeds wel in het geldende recht bekende en geregelde gevallen". Aldus geeft Verburgh de regel die de HR in het Quint/Te Poel-arrest gaf voor het interpreteren van een verbintenis uit overeenkomst betekenis voor het interpreteren van wettelijke "vage normen"<sup>45</sup>.

Aldus zou ik het criterium dat een vrijwillige pensioenvoorziening moet passen in het raam van de verplichtgestelde pensioenregeling van een bedrijfspensioenfonds als volgt willen uitleggen. De in de MvT bij de wijziging van de WTV in 1986 opgenomen voorbeelden, die ik hiervoor heb aangehaald en aanvulde met het voorbeeld met betrekking tot ouderschapsverlof, zijn voorbeelden van vrijwillige pensioenvoorzieningen die aan het wettelijk criterium voldoen. De door Lutjens gegeven voorbeelden van vrijwillige pensioenvoorzieningen volgens het door hem bepleite pensioensoorten- en pensioenhoogte-criterium voldoen niet aan het wettelijk criterium<sup>46</sup>. Het College van Beroep heeft het werkterrein van bedrijfspensioenfonds waar het de vrijwillige pensioenvoorzieningen betreft afgebakend, door het vage criterium "passend in het raam van de regeling" van art. 6, lid 4 WTV strikt uit te leggen. De uitspraak van het College van Beroep sluit naar mijn mening aan bij een arrest als het Quint/Te Poel-arrest: vage normen moeten om der wille van de rechtszekerheid strikt worden uitgelegd. Aldus is het belang van de betrokkenen bij optimale waarborging van de vrijwillig gesloten pensioenvoorziening door het College van Beroep beschermd. Voorzieningen die niet in het raam van de door een bedrijfspensioenfonds uitgevoerde, verplichtgestelde pensioenregeling passen, dienen immers bij een verzekeringsmaatschappij die een vergunning heeft om het directe verzekeringsbedrijf uit te oefenen te worden ondergebracht.

Naar aanleiding van de uitspraak van het College van Beroep in het geding tussen de Stichting Pensioenfonds Rabobankorganisatie en de Verzekeringkamer zijn kamervragen gesteld aan de Staatssecretaris van SoZaWe, mevrouw E. ter Veld. Een van de vragen was of art. 6 WTV een pensioenfonds belemmert tegemoet te komen aan wensen met betrekking tot individualisering en flexibilisering van pensioenregelingen. De

45. M.J.P. Verburgh, De ontwikkeling van de rechtsvinding in de civiele rechtspraak, stellingen ter gelegenheid van het Wiarda-symposium, NJB 1977, blz. 508.

46. Zie het in nt. 41 aangehaalde artikel van Lutjens, blz. 33, r.k.

staatssecretaris heeft als antwoord op deze vraag gesteld dat onderzoek wordt verricht naar de mogelijkheden die pensioenfondsen hebben om aan wensen tot individualisering en flexibilisering tegemoet te komen. Zij wilde niet op de resultaten van het onderzoek vooruitlopen<sup>47</sup>. Ik beantwoord de gestelde vraag voor zover het een bedrijfspensioenfonds betreft als volgt. Een bedrijfspensioenfonds kan aan wensen tot individualisering en flexibilisering tegemoet komen door de verplichtgestelde pensioenregeling zelf te wijzigen. Daartegen werpt art. 6 lid 4 WTV geen belemmeringen op.

### 2.3. *Vrijwillige aansluiting bij bedrijfspensioenfondsen*

Op grond van art. 6, lid 4, aanhef en onder a WTV dient een bedrijfspensioenfonds *binnen een bedrijfstak* te opereren. Het criterium "binnen de bedrijfstak" bepaalt in hoeverre vrijwillige aansluiting mogelijk is. Naar mijn mening houdt het gestelde vereiste in dat slechts bedrijfsgegoten zich vrijwillig kunnen aansluiten bij een bedrijfspensioenfonds. Vrijwillige aansluiting is mogelijk voor personen die tot de bedrijfstak behoren waarin het bedrijfspensioenfonds werkzaam is, maar die desondanks niet onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds vallen.

Een voorbeeld van rechtsgeldige vrijwillige aansluiting ter verduidelijking. Gesteld dat een bedrijfspensioenfonds verplichtgesteld is voor geheel Nederland, met uitzondering van de provincie Groningen. Bedrijfsgegoten die niet in Groningen werkzaam zijn nemen verplicht deel aan de pensioenregeling die door het bedrijfspensioenfonds wordt uitgevoerd. Bedrijfsgegoten die in de provincie Groningen werkzaam zijn, vallen niet onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds. Naar mijn mening kunnen bedrijfsgegoten die in de provincie Groningen werkzaam zijn zich vrijwillig bij het bedrijfspensioenfonds aansluiten. Zij zijn immers in de bedrijfstak werkzaam waarvoor het bedrijfspensioenfonds verplichtgesteld is.

Een tweede voorbeeld van niet-rechtsgeldige vrijwillige aansluiting. Stel dat voor het bakkerijbedrijf een bedrijfspensioenfonds verplichtgesteld is. Een schildersbedrijf verzoekt om vrijwillige aansluiting bij het bedrijfspensioenfonds. Het bedrijfspensioenfonds kan de groep schilders niet laten deelnemen aan de door het bedrijfspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. Schilders behoren immers niet tot dezelfde bedrijfstak

47. Aanhangsel Handelingen TK 1991-1992, blz. 1367.

als bakkers. Vrijwillige aansluiting van schilders bij een bedrijfspensioenfonds voor het bakkerijbedrijf zou niet rechtsgeldig zijn, omdat het bedrijfspensioenfonds binnen de eigen bedrijfstak moet opereren<sup>48</sup>.

### **3. Het werkterrein van bedrijfspensioenfonds: begrensd door het mededingingsrecht?**

Hiervoor heb ik de grenzen aan het werkterrein van een bedrijfspensioenfonds als bepaald door de verplichtstellingsbeschikking en de WTV behandeld. In dit onderdeel geef ik een antwoord op de vraag of het werkterrein dat via verplichtstelling exclusief door een bedrijfspensioenfonds is verworven, rechtmatig is verkregen. Concreet: doet zich op enigerlei wijze strijd voor met het mededingingsrecht? Ik heb bij het stellen van deze vraag het oog op art. 85 EG-Verdrag. Ik benader de problematiek hoofdzakelijk vanuit procedureel oogpunt.

#### *3.1. Het mededingingsrecht in het Verdrag van Rome*

In art. 85 Verdrag van Rome (het EG-Verdrag) is -voor zover hiervan belang- bepaald dat overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de vrije concurrentie binnen de door de EG-landen gevormde markt beperken verboden zijn. De bedoelde overeenkomsten en besluiten zijn nietig. Een uitzondering geldt voor overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling van produkten of die bijdragen aan de technische of economische vooruitgang. Om duidelijkheid te kunnen verkrijgen over wat wél en wat niet mag heeft de Raad van de EG een tweetal procedurele handvatten gegeven in Verordening 17 van 6 februari 1962 betreffende toepassing van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag<sup>49</sup>.

Het *eerste* handvat is de aan ondernemingen of ondernemersverenigingen gegeven mogelijkheid aan de Commissie van de EG te verzoeken om vast te stellen dat bepaalde overeenkomsten, besluiten of feitelijke gedragingen niet strijdig zijn met het in art. 85 EG-Verdrag opgenomen verbod. Een dergelijke verklaring van de Commissie die inhoudt dat bepaalde overeenkomsten, besluiten of gedragingen niet in strijd met art.

48. Het voorbeeld ontleen ik aan Lutjens, a.w, blz. 105.

49. Pb. L 204/62.



85 EG-Verdrag zijn, wordt met de term "negatieve verklaring" aangeduid.

Het *tweede* handvat is de mogelijkheid voor de EG Lid-Staten of voor natuurlijke personen of rechtspersonen om aan de Europese Commissie te verzoeken een einde te maken aan een inbreuk op het mededingingsrecht. De Europese Commissie kan overigens ook op eigen initiatief een einde maken aan een door haar gesignaleerde inbreuk op het mededingingsrecht. In het verlengde van deze bevoegdheid van de Commissie ligt de bevoegdheid van de Commissie een onderzoek naar mogelijke inbreuken op het mededingingsrecht in een bedrijfstak te doen<sup>50</sup>.

Een *derde* handvat is de in art. 85, lid 3 EG-Verdrag opgenomen regeling voor vrijstelling. Deze regeling houdt in dat de Commissie overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen onder strikte voorwaarden kan vrijstellen van het kartelverbod. De vrijstelling, veelal met de term "groepsvrijstelling" aangeduid, kan onder andere worden gegeven wanneer de inbreuk op het in art. 85, lid 1 van het Verdrag opgenomen verbod van concurrentie-beperkende afspraken bijdraagt aan de technische of economische vooruitgang.

### *3.2. Een drievoudige toetsing aan het mededingingsrecht*

In dit onderdeel ga ik na of het via de weg van verplichtstelling door een bedrijfspensioenfonds verworven werkterrein rechtmatig is verkregen. Deze rechtsmatigheidstoets omvat toetsing van:

- de tussen aanvragers van verplichtstelling gemaakte afspraken en de door hen verrichte handelingen;
- het besluit van de Minister van SoZaWe om tot verplichtstelling over te gaan;
- de verplichtstellingsbeschikking en de wettelijke regeling van art. 3 Wet bpf waaraan de Minister van SoZaWe de bevoegdheid ontleent om tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds over te gaan aan het EG-Verdrag.

#### *3.2.1. Toetsing van de verplichtstellingsaanvraag*

Aan de verplichtstellingsaanvraag liggen afspraken van de representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een

50. Zie de art. 2, 3 en 12 van de Verordening van de Raad van de EG nr. 17 van 6 februari 1962, Pb. L 204/62.

bedrijfstak ten grondslag. Tevens worden -uiteeraard- allerlei feitelijke handelingen verricht om tot de verplichtstellingsaanvraag te komen. De verplichtstellingsaanvraag houdt *enerzijds* het streven in om tot een verplichtgestelde pensioenregeling voor de bedrijfstak te komen. *Anderzijds* houdt de verplichtstellingsaanvraag het streven in om tot verplichte uniforme uitvoering van een pensioenregeling te geraken. Op deze twee aspecten van de verplichtstellingsaanvraag ga ik nader in.

Een pensioenregeling is onderdeel van de tussen werkgever(s) en werknemer(s) overeengekomen arbeidsvoorwaarden. De werking van art. 85 EG-Verdrag strekt zich niet uit tot arbeidsvoorwaarden. Het mededingingsrecht heeft als doel de vrije concurrentie te waarborgen door concurrentiebepurende maatregelen door ondernemingen in een bepaalde branche genomen te verbieden. Afspraken tussen werkgevers en werknemers in een bedrijfstak over uniforme arbeidsvoorwaarden hebben als doel oneerlijke concurrentie te voorkomen. Door slechtere arbeidsvoorwaarden te hanteren dan andere ondernemingen in een bedrijfstak zou een onderneming concurrenten kunnen aftroeven in de slag om de markt. Afspraken tussen werkgevers en werknemers in een bedrijfstak voorkomen oneerlijke concurrentie. Daarmee is een sociaal doel gediend.

Uniforme uitvoering van de voor een gehele bedrijfstak geldende pensioenregeling beperkt eveneens de concurrentie binnen een bedrijfstak. De wijze van uitvoering van een pensioenregeling houdt echter geen direct verband met de kwaliteit van de arbeidsvoorwaarden. Een pensioenregeling kan worden uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds, een bedrijfspensioenfonds of door het sluiten van verzekeringen bij een verzekeringsmaatschappij. Voor elk van deze pensioenuitvoerders geldt een vorm van toezicht door de Verzekeringskamer. Hieruit blijkt dat de wetgever in elk geval van mening is dat pensioenrechten bij elk van de drie pensioenuitvoerders in goede handen zijn. Afspraken binnen een bedrijfstak omtrent uniformering van de wijze van uitvoering van een pensioenregeling worden, zo meen ik, wèl door het mededingingsrecht bestreken. Wanneer de verplichting bestaat de voor een bedrijfstak geldende pensioenregeling door één bepaalde pensioenuitvoerder, namelijk het verplichtgestelde bedrijfspensioenfonds, te doen uitvoeren, kunnen ondernemingen in de bedrijfstak niet concurreren op het punt "kosten voor uitvoering van de pensioenregeling". Tegen deze achtergrond beantwoord ik de vraag of een verplichtstellingsaanvraag, voor zover deze aanvraag inhoudt tot dwingend voorgeschreven uniforme *uitvoering* van een voor een bedrijfstak geldende pensioenregeling te komen, toetsing

aan art. 85 EG-Verdrag overleeft. Een verplichtstellingsaanvraag berust op afspraken tussen ondernemingen of ondernemersverenigingen binnen een bedrijfstak, afspraken die gezamenlijk met werknemersverenigingen worden gemaakt. Deze afspraken kunnen mogelijkterwijs als "overeenkomst" in de zin van art. 85 EG-Verdrag worden aangemerkt. In ieder geval is sprake van een "besluit van ondernemersverenigingen" binnen de bedrijfstak, namelijk het besluit tot de verplichtstellingsaanvraag over te gaan, en zijn het "onderling afgestemde feitelijke gedragingen" die tot de verplichtstellingsaanvraag hebben geleid. Hiervoor toonde ik al aan dat afspraken met betrekking tot uniforme uitvoering van een pensioenregeling concurrentiebeperkend werken. Al met al acht ik het verdedigbaar dat het streven naar een op uniforme wijze uitgevoerde pensioenregeling binnen een bedrijfstak op grond van art. 85 EG-Verdrag verboden is en dat overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen die er op gericht zijn tot uniforme uitvoering van een pensioenregeling binnen een bedrijfstak te komen nietig zijn<sup>51</sup>.

Zekerheid hieromtrent zou in de *eerste* plaats door degenen die de verplichtstellingsaanvraag indienen kunnen worden verkregen door een negatieve verklaring van de Europese Commissie te vragen. Partijen die tot verplichtstelling van een opgericht<sup>52</sup> bedrijfspensioenfonds willen komen, zullen echter niet genegen zijn een negatieve verklaring te vragen. Zij lopen immers het risico dat de verklaring niet wordt afgegeven!

Zekerheid zou in de *tweede* plaats ook kunnen worden verkregen doordat een werkgever in de bedrijfstak de Europese Commissie verzoekt het streven naar verplichtstelling van het bedrijfspensioenfonds te beëindigen. Hij kan dat doen om te voorkomen dat de bedrijfsgenoten in zijn onderneming moeten deelnemen aan de regeling van het bedrijfspensioenfonds.

In de *derde* plaats zouden de aanvragers eveneens een groepsvrijstelling kunnen vragen. Zij zouden dat zeker moeten doen wanneer de Europese Commissie in een eerder stadium zou hebben geweigerd een negatieve verklaring af te geven. Ik verwacht overigens dat de als tweede beschreven procedure eerder zal worden gevolgd dan de beide andere procedures. Onwillige bedrijfsgenoten zullen eerder geneigd zijn om een weg te zoeken om aan verplichtstelling te ontkomen dan willige bedrijfs-

51. Art. 85, leden 1 en 2 EG-Verdrag.

52. Slechts feitelijk functionerende bedrijfspensioenfonds kunnen verplichtgesteld worden, aldus de MvA bij het wetsvoorstel dat tot de Wet bpf heeft geleid, TK 1948-1949, 785, nr. 5, blz. 15.

genoten het risico zullen nemen dat een negatieve verklaring of een groepsvrijstelling wordt geweigerd.

### *3.2.2. Toetsing van uitvoering van het besluit tot verplichtstelling*

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat nationale wetgeving van de Lid-Staten niet kan worden getoetst aan art. 85 EG-Verdrag. De *toepassing* van nationale wetgeving door een nationale instantie staat daarentegen bloot aan volledige toetsing aan het gemeenschapsrecht<sup>53</sup>. Hetzelfde standpunt wordt door de Europese Commissie ingenomen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het antwoord van EG-commissaris Andriessen op een vraag van het Europese Parlement. Andriessen stelt dat "toepassing van het nationale recht aan een volledige uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht en aan de werking van de uitvoeringsbesluiten geen afbreuk mag doen"<sup>54</sup>. Van dit standpunt uitgaand blijkt dat handelingen die door ondernemingen worden verricht voor de uitvoering van het besluit van de Minister van SoZaWe om tot verplichtstelling over te gaan, volledig aan art. 85 EG-Verdrag kunnen worden getoetst. Het Hof van Justitie besliste in één van de hiervoor al aangehaalde uitspraken van 17 januari 1984 dat handelingen van ondernemingen ook dan kunnen worden getoetst, wanneer ze door de overheid van een Lid-Staat worden gedoogd of goedgekeurd<sup>55</sup>. Voor de uitkomst van de toets verwijs ik naar het vorige onderdeel waar toetsing van het streven naar een verplichte uniforme wijze van uitvoering van een pensioenregeling door mij werd behandeld. Het besluit van de Minister van SoZaWe om tot verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds over te gaan kan niet aan art. 85 EG-Verdrag worden getoetst. Dit besluit wordt immers door een overheidsorgaan (de genoemde minister) genomen<sup>56</sup>.

### *3.2.3. Toetsing van verplichtstellingsbeschikkingen en de wettelijke regeling voor verplichtstelling*

De laatste vraag die moet worden beantwoord is of de verplichtstellingsbeschikking zelf, en de wettelijke regeling voor verplichtstelling

53. Zulks volgt onder andere uit de gecombineerde uitspraak van het Hof van Justitie in de zaken VBVB en VBBB tegen de Europese Commissie van 17 januari 1984, Reports of Cases before the Court 1984, blz. 63-64.

54. Antwoord gegeven op 23 december 1981 op een schriftelijke vraag van de heer Damseaux inzake parallelle toepassing van het communautaire recht en het nationale mededingingsrecht, Handboek voor de Europese Gemeenschappen deel 3 (Kartelrecht), Kluwer, losbl. ed, band 1, blz. VII-69 en -70.

55. Jur. 1984, blz. 63.

56. De werking van art. 85 EG-Verdrag is beperkt tot het handelen van *ondernemingen*.

kunnen worden getoetst aan art. 85 EG-Verdrag. Uit de in het vorige onderdeel aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie en het geciteerde antwoord van EG-Commissaris Andriessen op vragen van het Europarlement leid ik af dat een dergelijke toetsing niet mogelijk is. Slechts de toepassing door ondernemingen van wetgeving van de nationale Lid-Staten staat bloot aan toetsing van art. 85 EG-Verdrag. Die wetgeving zélf niet. Men dient hierbij te bedenken dat een verplichtstellingsbeschikking als wetgeving moet worden beschouwd.

In art. 3, onder f EG-Verdrag is aan de Lid-Staten van de EG de verplichting opgelegd om vrije concurrentie te waarborgen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan nationale wetgeving van de Lid-Staten die op grond van art. 85 EG-Verdrag verboden kartelafspraken bekrachtigt op grond van art. 3 van het Verdrag nietig worden verklaard<sup>57</sup>. Het lijkt mij niet uitgesloten dat een verplichtstellingsbeschikking, voor zover deze verplicht tot uniforme *uitvoering* van een pensioenregeling, toetsing aan art. 3 EG-Verdrag niet zal doorstaan. Een verplichtstellingsbeschikking is immers een wet (in materiële zin) die concurrentie beperkende afspraken tussen onder andere ondernemersverenigingen in een bedrijfstak bekrachtigt. Art. 3 Wet bpf zélf maakt een reële kans toetsing aan art. 3 EG-Verdrag te overleven, omdat de Wet bpf primair niet de strekking heeft concurrentie beperkende afspraken te bekrachtigen, maar de totstandkoming van uniforme arbeidsvoorwaarden in een bedrijfstak mogelijk te maken.

Onlangs heeft het kantongerecht in Leeuwarden zich uitgesproken over de vraag of een bedrijfspensioenfonds in strijd met art. 85 EG-Verdrag handelt door te weigeren om aan een bedrijfsgenoot vrijstelling van de verplichte deelneming te geven. De kantonrechter kwam tot de conclusie dat van een op grond van het mededingingsrecht verboden handelen door het bedrijfspensioenfonds geen sprake was<sup>58</sup>. Ik heb hiervoor uiteengezet dat voor zover zich in het kader van de verplichtstelling van een bedrijfspensioenfonds strijd met het mededingingsrecht voordoet,

57. Rb. Arnhem 13 juni 1991, parketnr. 05.037186.90 (OHRA Schadeverzekeringen N.V.) en de zaak Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin/W.M. Meng, beiden niet gepubliceerd. Vgl. Stcr. 1992, nr. 45 (4 maart 1992) (Verzekeringsconsulent wilde commissie delen) en I.C.M. Heuninckx, Europese rechter toetst verbod van retourprovisie, Reflector 1992, nr. 5, blz. 15-16.

58. Ktr. Leeuwarden 14 april 1992, rolnr. 559/91 (Gramsbergen/Bedrijfspensioenfonds voor het Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijf, niet gepubliceerd). Het vonnis is becommentarieerd door L.P. de Hon, Verplichtstelling deelneming bedrijfspensioenfonds strijdig met Europees mededingingsrecht?, Pensioen & Praktijk 1992, nr. 6, blz. 34-36.

het niet gaat om mededinging in de verzekeringsbedrijfstak. Bedrijfspensioenfondsen zijn immers geen "ondernemingen" in de zin van art. 85 van het EG-Verdrag. Het gaat om de mededinging in de bedrijfstak die onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds valt. De procedure is naar mijn mening dan ook niet goed opgezet.

#### **4. Tot besluit**

In het onderdeel van deze brochure dat ik voor mijn rekening heb genomen stond het werkkterrein van bedrijfspensioenfondsen centraal. Ik heb steeds de grenzen van het werkkterrein van bedrijfspensioenfondsen aangegeven.

Staatssecretaris Ter Veld heeft betoogd dat het werkkterrein van bedrijfspensioenfondsen zou moeten worden verruimd. In de Pensioennota stelt zij dat resterende witte vlekken op pensioengebied zouden kunnen worden opgelost door het in het leven roepen van een restbedrijfspensioenfonds<sup>59</sup>. In een rede ter gelegenheid van het 75-jarige bestaan van Avero Pensioen op 26 mei 1992 stelde zij dat pensioenfondsen ruimere mogelijkheden zouden moeten krijgen voor het uitvoeren van vrijwillige pensioenvoorzieningen<sup>60</sup>. Op die wijze zouden pensioenfondsen beter tegemoet kunnen komen aan de roep om individualisering en flexibilisering. Er tekent zich een ontwikkeling af van zich tot verzekeringsmaatschappij ontwikkelende bedrijfspensioenfondsen. Wanneer bedrijfspensioenfondsen feitelijk in staat worden gesteld als verzekeringsmaatschappij te fungeren, zullen zij aan dezelfde voorschriften moeten voldoen als verzekeringsmaatschappijen. De pensioenrechten van de -verplicht!- bij een bedrijfspensioenfonds aangesloten werknemers moeten immers even goed gewaarborgd zijn als pensioenrechten van werknemers die bij een verzekeringsmaatschappij zijn ondergebracht.

De inleiding van mijn onderdeel van deze brochure ving aan met een associatie van de Olympische ringen met het door mij behandelde onderwerp: het werkkterrein van bedrijfspensioenfondsen. De Olympische ringen drukken verbondenheid uit. Maar de Olympische sport gaat met gezonde rivaliteit gepaard. Op de pensioenmarkt opereren bedrijfspensioenfondsen naast ondernemingspensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen. Zij opereren deels in verbondenheid, strevend naar een zo goed mogelijke uitvoering van het stelsel van aanvullende pensioenen.

59. TK 22 167, nr. 2, blz. 26.

60. Stcrt. 1992, nr. 100 (Meer keus in pensioenvormen alleen haalbaar bij lager niveau collectief pakket).

Deels opereren zij echter in rivaliteit, een rivaliteit die aan banden is gelegd door de afbakeningsregeling in de WTV. De rivaliteit tussen bedrijfspensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen moet óók gezond blijven. Daarvoor is een evenwichtige afbakening van het werkterrein van bedrijfspensioenfondsen noodzakelijk. Deze bijdrage kan daarbij als hulpmiddel dienen.