



**WESTERBRINK**

---

## VERPLICHTSTELLING VAN PENSIOEN VIA DE WET AVV

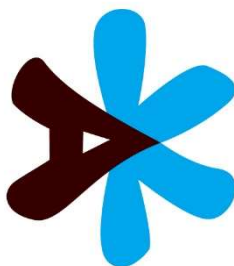
---

September 2017

In opdracht van AVV

Prof. dr. mr. H. van Meerten

Mr. J.J. van Zanden



ALTERNATIEF VOOR VAKBOND

ADRES

Westerbrink  
Leimuiderdijk 276  
2154 MP Burgerveen

TELEFOON  
E-MAIL  
WEBSITE

+31 (0)88 - 400 3500  
info@westerbrink.net  
www.westerbrink.net

KVK  
BANK  
BTW

28106399  
NL40FVLB0260315966  
NL814700135B01





## Inhoud

Aanleiding en opdracht.....	5
Onderzoeksvragen.....	8
Wettelijk kader .....	8
De eerste trap: het verenigingsrecht.....	9
De tweede trap: de Wet cao.....	11
De derde trap: de Wet avv.....	11
Het Toetsingskader avv .....	14
Wet verplichte deelname bedrijfstakpensioenfondsen 2000.....	15
Conclusie inzake het al dan niet kunnen avv-en van pensioencao's.....	16
Wat moet er gewijzigd worden om toepassing van de Wet avv op pensioenartikelen mogelijk te maken .....	16
Wat hoeft er niet gewijzigd te worden om toepassing van de Wet avv op pensioenartikelen mogelijk te maken .....	17
Mogelijke voor- en nadelen van het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioencao's .....	17
Mogelijke nadelen van het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioencao's.....	18
Mogelijk nadeel 1: afdwingen premiebetaling ook mogelijk bij avv?.....	18
Mogelijk nadeel 1a: mogelijk vervallen van beginsel 'geen premie, wel aanspraak' bij verplichte regeling én verplichte uitvoerder.....	18
Mogelijk nadeel 1b: vervallen van beginsel 'geen premie, wel aanspraak' bij verplichte regeling zonder verplichte uitvoerder .....	19
Mogelijk nadeel 2: de termijn van vijf (zes) jaar ten opzichte van een termijn voor onbepaalde tijd..	21
Mogelijk nadeel 3: mogelijk onvoldoende deskundigheid bij cao-onderhandelaars .....	21
Mogelijk nadeel 4: representativiteitscijfers niet meer 'automatisch' bij bedrijfstakpensioenfonds... ..	22
Mogelijk nadeel 5: mogelijk hogere kosten.....	22
Mogelijke voordelen van het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioencao's .....	23
Mogelijk voordeel 1: het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden.....	23
Mogelijk voordeel 2: betere aansluiting bij de arbeidsmarkt met meer mogelijkheden voor maatwerk .....	24
Mogelijk voordeel 3: geen discriminatie in de pensioenregeling.....	25
Mogelijk voordeel 4: een transparanter pensioen .....	27
Mogelijk voordeel 5: meer objectieve vrijstelling.....	28
Mogelijk voordeel 6: mogelijke strijd Wet bpf 2000 met Europese regelgeving niet aanwezig bij Wet avv .....	29



## Samenvatting

De Wet avv kan een uitstekend alternatief zijn om de Wet bpf 2000 te vervangen. Beide wetten hebben ongeveer dezelfde uitgangspunten, waarvan de belangrijkste het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden is. Bovendien is er bij de totstandkoming van de Wet bpf 2000 zo veel mogelijk aangesloten bij de systematiek van de Wet avv.

De nadelen die gemoeid lijken te zijn met het afschaffen van de Wet bpf 2000 worden besproken. De voordelen van de aanpak om middels avv pensioen verplicht te stellen passeren eveneens de revue.

Via de Wet avv wordt de sociale partners de mogelijkheid geboden om te kiezen voor een verplichte pensioen*regeling*. Het is dan niet langer noodzakelijk om aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds, hoewel deze mogelijkheid in theorie openblijft. Naast een verplichte regeling kunnen de sociale partners ook kiezen voor een verplichte uitvoerder, waarbij zij niet beperkt worden in de keuzemogelijkheden omtrent de rechtsvorm van de uitvoerder.

Met de Wet avv wordt ons pensioenstelsel toekomstbestendig en houdbaar in het licht van de regelgeving van de Europese Unie: het sluit aan bij de moderne arbeidsmarkt. De overstap op de Wet avv brengt een non-discriminatoire stelsel met zich mee waarbij geen onderscheid gemaakt wordt, noch op uitvoerder noch op nationaliteit. Ook creëert het een transparant stelsel waarin duidelijk is op welke gronden er gekozen wordt om een regeling dan wel uitvoerder algemeen verbindend te verklaren.

Dit rapport kan de regering en DNB bovendien behulpzaam zijn bij het loslaten van de doorsneesystematiek en deze niet langer verplicht voor te schrijven, wat tegemoetkomt aan reeds geuit kabinetsvoornemen, zonder af te stappen van een verplichte pensioendeelname.

Onze conclusie is dat de noodzakelijke wijzigingen om dit te bewerkstelligen relatief eenvoudig zijn en bovendien snel door te voeren.

## Aanleiding en opdracht

De Wet avv, voluit Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, dateert van 1937. De expliciete doelstelling ervan was het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden.<sup>1</sup> De Wet bpf 2000, voluit Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, dateert van 2000 en is de opvolger van de vrijwel gelijkkluidende wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, welke in 1949 van kracht werd.

Naast dat deze wetten als expliciete doelstelling het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden hadden, is de systematiek achter beide wetten eveneens dezelfde: indien sociale partners voor een bepaalde sector collectieve arbeidsvoorwaarden overeen zijn gekomen en indien deze sociale partners een belangrijke meerderheid in die sector representeren, kunnen zij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vragen een regeling op te leggen aan de hele sector. Hiermee worden ook ongeorganiseerde werkgevers gebonden.<sup>2</sup>

Het belang van beide wetten is echter groter dan alleen het binden van de georganiseerden; de bereidheid aan werkgeverszijde om de collectieve regelingen te treffen zou aanzienlijk afnemen indien er geen mogelijkheid bestond concurrentie op arbeidsvoorwaarden door ongeorganiseerden tegen te gaan.<sup>3</sup> Het belang van beide wetten voor de arbeidsverhoudingen en 'arbeidsrust' in Nederland valt daarmee nauwelijks te onderschatten.<sup>4</sup>

De wetten avv en bpf 2000 zijn geregeld onderwerp van heftig debat. Zo staat bijvoorbeeld al geruime tijd in het VVD-partijprogramma dat men de Wet avv af wil schaffen.<sup>5</sup> Tot nog toe hebben beide wetten de discussies overleefd. Ontwikkelingen van de laatste (tenminste) twee decennia echter, nopen ertoe de fundamenten van het pensioenstelsel te herzien. We worden steeds ouder, waardoor er steeds langer pensioen uitbetaald moet worden waar niet of onvoldoende lijkt te zijn betaald. De pensioenbeloftes blijken te hoog; veel pensioenfondsen kunnen de beloftes niet waarmaken. Pensioenregelingen zijn zo complex dat vrijwel niemand er iets van begrijpt. Het vertrouwen in pensioenfondsen is sterk gedaald en ligt op dit moment lager dan dat in banken en verzekeraars.<sup>6</sup> Tenslotte blijkt het stelsel erg gevoelig voor financiële schokken. De dekkingsgraden fluctueren maandelijks.<sup>7</sup> Na bijna twee decennia uitgebreide discussies in de polder, heeft het kabinet het initiatief naar zich toe getrokken met een aantal wetswijzigingen.

<sup>1</sup> *Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3*

<sup>2</sup> Hieronder vallen ook andersgeorganiseerden.

<sup>3</sup> A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht, Monografieën Sociaal Recht nr 28, 2002, p. 130.*

<sup>4</sup> Zie ook *Effecten van algemeen verbindend verklaring, regioplan, september 2015.*

<sup>5</sup> *Verkiezingsprogramma VVD 2017-2021, p.34.*

<sup>6</sup> <https://fd.nl/economie-politiek/1212954/bal-voor-hervorming-pensioenstelsel-ligt-bij-nieuw-kabinet>; het vertrouwen van pensioenfondsen ligt op 50% ten opzichte van 65% van banken en verzekeraars.

<sup>7</sup> <https://www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiele-instellingen/pensioenfondsen/gegevens-individuele-pensioenfondsen/index.jsp>.



Zo is recent de Wet verbeterde premieregeling van kracht geworden waarin is geregeld dat doorbeleggen na pensioendatum mogelijk is, is de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting en is het toezicht op pensioenfondsen formeel versterkt.<sup>8</sup> Tevens heeft het kabinet besloten om een centraal aspect van het huidige pensioenstelsel aan te pakken, dat nauw gerelateerd is aan alle bovengenoemde ontwikkelingen. Het kabinet is namelijk voornemens om de zogeheten doorsneesystematiek vanaf 2020 uit te faseren.<sup>9</sup> Deze systematiek, in de volksmond ook wel 'doorsneepremie' genoemd, is bedoeld voor toegezegde uitkeringsregelingen zoals eindloon-of middelloonregelingen. De doorsneesystematiek koppelt een leeftijd onafhankelijk (doorsnee) opbouwpercentage aan een - op het oog - leeftijd onafhankelijk (doorsnee) premiepercentage. Het pensioenfonds gebruikt een deel van de voor een jongere deelnemer ontvangen premie om de opbouw van een oudere deelnemer te financieren. De doorsnee systematiek vormt daarmee een omslagement in de verder kapitaal gedekte tweede pijler van ons pensioenstelsel.

De gevolgen van het 'uitfaseren' vanaf 2020 van de doorsneesystematiek zijn nog niet duidelijk. Het ABP meent dat de Wet bpf 2000 één op één gekoppeld is aan de doorsnee systematiek en schrijft hierover:

*"Het loslaten van de doorsneepremie zou dan ook leiden tot het afschaffen van de verplichtstelling en daarmee tot het einde van het collectieve pensioenstelsel."*<sup>10</sup>

Andere auteurs menen dat dit te kort door de bocht is.<sup>11</sup>

Als de koppeling tussen de doorsneesystematiek en de Wet bpf 2000 inderdaad zo eenduidig is, dat loslaten van de eerste zou betekenen dat de Wet bpf 2000 op de schop moet, rijst natuurlijk de vraag op welke wijze in dat geval concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen kan worden voorkomen.

In dit onderzoek ligt de focus op de andere wet om arbeidsvoorwaarden te regelen en op te leggen aan (on)georganiseerden, de Wet avv. De centrale vraag van deze studie is: is het mogelijk pensioenbepalingen of voorzieningen middels de Wet avv aan een hele sector en/of bepaalde branche op te leggen?

Onderzocht wordt of dit mogelijk is en zo nee, wat er wettelijk moet gebeuren om de Wet avv wel een alternatief te laten zijn. Vervolgens doen we de volgende theoretische denkexerctie: stel dat de Wet bpf 2000 vervalt, en dat de noodzakelijke aanpassingen gedaan worden om pensioen(bepalingen) middels de Wet avv aan een hele sector op te leggen. Wat zijn hiervan de nadelen en voordelen ten opzichte van de huidige situatie?

<sup>8</sup> Wet verbeterde premieregeling (Stb. 2016, 248), [https://www.svb.nl/int/nl/aow/wat\\_is\\_de\\_aow/wanneer\\_aow/](https://www.svb.nl/int/nl/aow/wat_is_de_aow/wanneer_aow/), Wet Versterking Bestuur Pensioenfondsen.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2014/15, 32 043, nr. 263.

<sup>10</sup> ABP, De doorsneepremie, zo denken wij erover, september 2007.

<sup>11</sup> A.J. van de Griend, H. van Meerten, 'Hervorming pensioenstelsel: degressieve opbouw in uitkeringsovereenkomsten en vlakke premies in premieovereenkomsten', *Sociaal Economische Wetenschappen*, 2017/ 5, p. 189-198.



**WESTERBRINK**

Hebben de sociale partners in zo'n geval nog mogelijkheden een uitvoerder aan te wijzen, en zo ja, onder wat voor condities?

AVV heeft onderzoeksbureau Westerbrink verzocht deze vragen te bestuderen; het onderhavige rapport is hiervan de weerslag. Ik hoop dat deze studie bij mag dragen aan evenwichtige, onderbouwde en spoedige wetgeving teneinde nu echt werk te maken van de noodzakelijke hervorming van ons pensioenstelsel.

Martin Pikaart  
Voorzitter AVV  
September 2017

## Onderzoeksvragen

De onderzoeksvragen die in dit rapport worden beantwoord zijn:

- Is het mogelijk om artikelen inzake pensioen onder de Wet avv te laten vallen?
- Zo nee, wat moet er gebeuren om dat wel mogelijk te maken?
- Wat is hierover in de parlementaire behandeling van de wet over te vinden?
- Wat zouden eventuele nadelen zijn om artikelen inzake pensioen onder de Wet avv te laten vallen?
- Wat zouden eventuele voordelen zijn om artikelen inzake pensioen onder de Wet avv te laten vallen?
- Wat zou de maximale termijn zijn gedurende welke een pensioenregeling 'ge-avv'd' zou kunnen worden?
- Zou deze termijn opgerekt kunnen worden, zoals onlangs is gebeurd toen het mogelijk werd een avv met een jaar te verlengen?
- Zijn er onder de Wet avv nog mogelijkheden om een verplichte uitvoerder aan te wijzen, en zo ja, welke?

## Wettelijk kader

Bij de bespreking van het wettelijk kader van de algemeenverbindendverklaring op grond van de Wet avv zal een onderscheid gemaakt worden tussen drie fases (of trappen).<sup>12</sup> Ten eerste is de collectieve arbeidsovereenkomst een overeenkomst in de zin van het privaatrecht, waarbij sprake is van contractsvrijheid. Deze overeenkomst wordt gesloten tussen één of meerdere werkgevers (organisaties) en een of meerdere vakbond(en). Aangezien de Wet avv alleen betekenisvol is voor sectorale cao's, zullen we de discussie in dit rapport daartoe beperken. De collectieve arbeidsovereenkomst geldt in beginsel alleen tussen de contract-sluitende partijen, net zoals een reguliere overeenkomst.<sup>13</sup>

De tweede fase is de verplichting voor de (betrokken) werkgevers om gelijke arbeidsvoorwaarden aan te bieden aan werknemers ongeacht lidmaatschap.<sup>14</sup> Deze arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen in de collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten in fase één.

De derde fase is de algemeenverbindendverklaring van de cao door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van de Wet avv. Als de minister van mening is dat partijen bij de cao voldoende representatief zijn voor de sector, kan hij op hun verzoek de cao van toepassing verklaren voor eenieder die onder de reikwijdte van de cao valt. De cao geldt dan tevens voor partijen die in beginsel niet bij de onderhandelingen betrokken waren, de zogenoemde 'ongebonden' of 'ongeorganiseerde' partijen.

<sup>12</sup> M. Mulder en M. Pikaart, AVV over avv, 2015, p.17.

<sup>13</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.51.

<sup>14</sup> Artikel 14 Wet collectieve Arbeidsovereenkomst.





## De eerste trap: het verenigingsrecht

In artikel 1 van de Wet cao is een collectieve arbeidsovereenkomst als volgt omschreven:

*“Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.”*

De collectieve arbeidsovereenkomst is ten eerste een overeenkomst in de zin van het verbintenissenrecht: de algemene regels van Burgerlijk Wetboek 6 zijn van toepassing.<sup>15</sup> In het geval dat de Wet cao van het Burgerlijk Wetboek afwijkende bepalingen heeft, heeft de Wet cao voorrang.<sup>16</sup>

In de collectieve arbeidsovereenkomst worden ingevolge artikel 1 Wet cao ‘voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden (...) opgenomen’. Arbeidsvoorwaarden regelen de omstandigheden waaronder arbeid wordt verricht, wat meer behelst dan enkel loon.<sup>17</sup> Arbeidsvoorwaarden worden vaak globaal onderverdeeld in drie categorieën, die overigens niet eenduidig te definiëren zijn. Primaire arbeidsvoorwaarden geven invulling aan factoren die direct bij het verrichten van de arbeid betrokken zijn, zoals loon en arbeidstijden. Secundaire arbeidsvoorwaarden zijn voorwaarden die niet tot het loon behoren, zoals onkostenvergoedingen en scholingsmogelijkheden. Tertiaire arbeidsvoorwaarden zijn persoonsgebonden, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan bedrijfsfitness.<sup>18</sup>

Onder arbeidsvoorwaarden valt ook het pensioen.<sup>19</sup> Pensioen wordt vaak als uitgesteld loon bestempeld en valt dus ‘gewoon’ onder de arbeidsvoorwaarden.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Behoudens gevallen waarin de wet regelt dat dit niet het geval is, zoals artikel 6:245 BW waarin de regels betreffende algemene voorwaarden niet van toepassing worden verklaard op algemene voorwaarden.

<sup>16</sup> Ingevolge het *lex specialis derogat legi generali*-beginsel J. van Drongelen, ‘De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan’, Zutphen: Paris 2012, p.51; bijvoorbeeld de eis dat een vereniging alleen een cao kan aangaan als dit in de statuten is opgenomen ex artikel 2 Wet cao.

<sup>17</sup> J. van Drongelen, ‘De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan’, Zutphen: Paris 2012, p.55.

<sup>18</sup> J. van Drongelen, ‘De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan’, Zutphen: Paris 2012, p.56.

<sup>19</sup> J. van Drongelen, ‘De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan’, Zutphen: Paris 2012, p.56; A. Jacobs, ‘Pensioenrecht, de sociaalpolitieke en sociaalpolitieke aspecten’, Deventer: Kluwer 2017, p. 42; E. Lutjens, ‘Pensioenwet, Analyse en commentaar’, Deventer: Kluwer 2013, p.105, zie ook: Hoge Raad 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159 en de bijbehorende conclusie ECLI:NL:PHR:2013:1106. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of pensioen als primaire of secundaire arbeidsvoorwaarde moet worden bestempeld; in de wet is geen definitie opgenomen.

<sup>20</sup> E. Lutjens, ‘Pensioenvoorziening bij cao’, SR 2004, p. 259.

Dit is door de regering bevestigd met het Besluit pensioentoezegging waarin duidelijk werd gemaakt 'dat de pensioentoezegging in feite deel uitmaakt van de bij de betrokken onderneming geldende arbeidsvoorwaarden'.<sup>21</sup> Dit brengt met zich dat pensioenbepalingen opgenomen kunnen worden in een collectieve arbeidsovereenkomst.<sup>22</sup>

In het kader van de contractsvrijheid van de eerste trap, staat het in beginsel aan de cao-sluitende partijen vrij om de inwerkingtreding en de duur van de cao te bepalen.<sup>23</sup>

Deze contractsvrijheid wordt echter ingeperkt door artikel 18 van de Wet cao, waarin is opgenomen dat de maximumduur van een cao vijf jaar bedraagt.

De wetgever heeft deze keuze gemaakt om te voorkomen dat door lange onderhandelingen een cao niet kan worden aangepast aan maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>24</sup>

In een collectieve arbeidsovereenkomst kunnen bovendien fonds- en bijdrageregelingen worden opgenomen. Deze bepalingen verplichten (veelal) de werkgever om bijdragen te doen aan een fonds teneinde de door de fondsen te verrichten activiteiten te financieren. Hierbij kan gedacht worden aan scholings- en vormingsactiviteiten of aan deelname aan pensioenregelingen.<sup>25</sup> Op grond van artikel 18 Wet cao kunnen deze echter niet langer dan vijf jaar worden aangegaan.

Na het sluiten van de collectieve arbeidsovereenkomst kunnen de leden van de cao-sluitende verenigingen zich ingevolge artikel 9 Wet cao, beroepen op de bepalingen die in de overeenkomst zijn opgenomen. Dit is alleen mogelijk als er zowel sprake is van een lidmaatschap van de vereniging, als van gebondenheid.<sup>26</sup> De werkgever en werknemer zijn gebonden als zij onder de werkingssfeer van de cao vallen. Tevens kan worden opgenomen dat werknemers c.q. werkgevers met een bepaalde hoedanigheid buiten de werkingssfeer vallen. Zo kunnen bijvoorbeeld vakantiekrachten<sup>27</sup> of schoonmaakpersoneel<sup>28</sup> van de werkingssfeer van de cao worden uitgesloten of, omgekeerd, kan het juist voorkomen dat werkgevers door twee verplichte pensioenfondsen aangeschreven worden.<sup>29</sup>

---

<sup>21</sup> Besluit van 23 december 1996, Stb. 1997, 36; E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij cao', SR, 2004, p. 259.

<sup>22</sup> E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij cao', SR, 2004, p. 259.

<sup>23</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.308.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 1926/27*, 166, nr.3; J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.309.

<sup>25</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.58.

<sup>26</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.180.

<sup>27</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.180.

<sup>28</sup> H. Bakels, 'Schets van het Nederlandse arbeidsrecht', Deventer: Kluwer 2015, p. 150.

<sup>29</sup> FD, 13 augustus 2017, '[Stelsel van verplichte bedrijfstakpensioenfondsen is niet langer houdbaar](#)'.

### De tweede trap: de Wet cao

De tweede trap wordt vormgegeven door artikel 14 Wet cao. Dit artikel verplicht de gebonden werkgever om geen onderscheid te maken tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers. Dit betekent dat werkgevers de voorwaarden uit de cao ook moeten aanbieden aan ongeorganiseerde werknemers. On- of anders georganiseerde werknemers hebben immers geen lidmaatschap bij een cao-sluitende vereniging en worden niet automatisch ex artikel 9 Wet cao aan de collectieve arbeidsovereenkomst gebonden.

Artikel 14 Wet cao is in het leven geroepen om de georganiseerde werknemer te beschermen tegen de concurrentie van de werknemer die niet aan de cao gebonden is. De werkgever zou immers de voorkeur kunnen geven aan de goedkopere ongebonden werknemer ('onderkruipers'<sup>30</sup>) boven de gebonden werknemer.<sup>31</sup> Overigens moet worden opgemerkt dat artikel 14 alleen geldt voor arbeidsrechtelijke bedingen. Andere afspraken tussen de sociale partners, die geen arbeidsrechtelijk karakter hebben vallen in beginsel niet onder artikel 14 Wet cao.<sup>32</sup> Zoals hierboven opgemerkt is pensioen een arbeidsvoorwaarde, waardoor artikel 14 Wet cao ook voor deelname aan pensioenregelingen kan gelden.

Door de werking van artikel 14 Wet cao worden de arbeidsvoorwaarden uit de cao onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst, op gelijke wijze als via artikel 9 Wet cao. Dit betekent dat na afloop van de collectieve arbeidsovereenkomst, de bepalingen hun werking blijven behouden door nawerking.<sup>33</sup>

### De derde trap: de Wet avv

De derde trap van de drietrapsraket wordt gevormd door de algemeenverbindendverklaring van een collectieve arbeidsovereenkomst door de Wet avv.<sup>34</sup> De binding door de Wet cao is beperkt tot de situatie waarin de werkgever gebonden is aan de cao. Ingevolge artikel 2 van de Wet avv kan de Minister één of meerdere cao-bepalingen algemeen verbindend verklaren voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen, voor het gehele land of een gedeelte daarvan.<sup>35</sup> Het gaat hierbij om een discretionaire bevoegdheid van de Minister, die naar 'zijn' oordeel mag bepalen of de bepalingen wel of niet algemeen verbindend worden verklaard.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> F. Grapperhaus, 'Tekst en Commentaar Arbeidsrecht, commentaar op art. 14 Wet cao', 2016.

<sup>31</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.188.

<sup>32</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.190.

<sup>33</sup> F. Grapperhaus, 'Tekst en Commentaar Arbeidsrecht, commentaar op art. 14 Wet cao', 2016.

<sup>34</sup> M. Mulder en M. Pikaart, AVV over avv, 2015, p.17.

<sup>35</sup> H. Bakels, 'Schets van het Nederlandse arbeidsrecht', Deventer: Kluwer 2015, p. 261; door deze algemeenverbindendverklaring worden dus ook de ongebonden werkgevers- en werknemers gebonden.

<sup>36</sup> J. van Drongelen, 'De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan', Zutphen: Paris 2012, p.213.

In artikel 2 lid 5 Wet avv zijn bepaalde cao-bepalingen uitgesloten van de mogelijkheid om algemeen verbindend verklaard te worden. In dit artikel zijn pensioenvoorwaarden niet uitgesloten van algemeenverbindendverklaring. In lagere wetgeving is dit wel het geval. In de volgende paragraaf over het Toetsingskader avv wordt hier nader op ingegaan.

Bij de totstandkoming van de Wet avv was de gedachte dat de collectieve arbeidsovereenkomsten de 'behoorlijke gang van zaken' binnen het bedrijfsleven bevorderen en bovendien van grote betekenis zijn voor het creëren van redelijke arbeidsvoorwaarden.<sup>37</sup> Door het verplichten van die redelijke voorwaarden konden on- of anders georganiseerden zich daar niet aan onttrekken<sup>38</sup> en ontstond er een zekere mate van arbeidsrust.<sup>39</sup> De regering was destijds van mening dat het ontbreken van een algemeen verbindendverklaring van de collectieve arbeidsovereenkomsten een groot gevaar zou opleveren voor de verdere ontwikkeling van de cao's, met name in het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden.<sup>40</sup> Doelstelling van de Wet avv was dan ook om concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan.

In de memorie van toelichting werd allereerst uitgegaan van de mogelijkheid om in principe bepalingen die de 'eigenlijke arbeidsvoorwaarden' regelen, met andere woorden de rechten en plichten van werkgever en werknemer, verplicht te kunnen stellen op basis van de Wet avv.

Hierbij kon gedacht worden aan de voorschriften voor loon, arbeidsduur, overwerk, vakantie en de beëindiging van de dienstbetrekking.<sup>41</sup>

Zaken die specifiek niet verplicht gesteld konden worden waren verplichtingen tussen individuele werknemers en werkgevers, het uitsluiten van het stakingsrecht en het creëren van geschillenregelingen. In de memorie van toelichting zelf is echter niets over pensioenbepalingen opgenomen.<sup>42</sup> Hierover werd pas gesproken in het voorlopige verslag.<sup>43</sup>

Om tegemoet te komen aan de wens om de arbeidsvoorwaarden te kunnen aanpassen aan maatschappelijke ontwikkelingen, werd voorgesteld om de termijn van de algemeenverbindendverklaring te beperken tot twee, of zelfs één jaar.<sup>44</sup> Die korte termijn was vervolgens onderwerp van kritiek; vooral inzake bepalingen van pensioen- en andere fondsen.<sup>45</sup> Deelname aan fondsen, zoals een pensioenfonds of het leerlingwezen, zijn immers maatregelen 'die uit hun aard over niet te korte perioden moeten werken.'<sup>46</sup>

<sup>37</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3, p.3.

<sup>38</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3, p.3.

<sup>39</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3, p.5.

<sup>40</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3, p.3.

<sup>41</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3, p.3.

<sup>42</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 3.

<sup>43</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 4.

<sup>44</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 4, p. 8.

<sup>45</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 4, p. 10.

<sup>46</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 4, p.10.

In de memorie van antwoord werd expliciet rekening gehouden met de mogelijkheid om ook bepalingen omtrent pensioenfondsen algemeen verbindend te verklaren.<sup>47</sup>

In het voorlopig verslag is te vinden dat de algemeenverbindendverklaring nimmer voor een zeer lange tijd zal worden uitgesproken.<sup>48</sup> Andere partijen achtten de termijn van één of twee jaar juist te kort, met name met het oog op pensioenfondsen. Daarvoor is juist wenselijker dat ze voor langere tijd verplicht gesteld kunnen worden.<sup>49</sup> In het amendement van de heer Kuiper<sup>50</sup> werd daarom voorgesteld om de termijn van de algemeenverbindendverklaring over te laten aan de Minister, in de toelichting werd daarover het volgende gezegd:

*“Er zijn tal van bepalingen — b.v. pensioenregelingen e. d. —, welke zonder bezwaar voor langere tijd bindend kunnen worden verklaard, indien ook de collectieve arbeidsovereenkomst voor langere tijd is aangegaan.”<sup>51</sup>*

Hierbij moet opgemerkt worden dat het amendement rept over een pensioen*regeling* in tegenstelling tot een pensioen*fonds*, zoals het geval in de systematiek van de Wet bpf 2000.<sup>52</sup>

In de parlementaire behandeling van de wet werd door een Kamerlid opgemerkt dat het beperken van de algemeenverbindendverklaring tot de duur van één jaar onwenselijk zou zijn in het kader van de deelname aan een pensioenfonds.

Hierbij werd gesteld dat jongeren verplicht moeten meebetalen voor ouderen, wat alleen via een verplichte deelname te bereiken is. In reactie hierop stelde een ander Kamerlid dat een pensioenfonds geen duiventil is, waar men in- en uit kan vliegen en dat het onpraktisch is om de termijn te beperken tot één of twee jaar.<sup>53</sup>

Tot de totstandkoming van het Toetsingskader<sup>54</sup> in 1999 was het mogelijk om pensioenvooraarden algemeen verbindend te verklaren. Lutjens merkt op dat dit in de geschiedenis van de Wet avv nog niet is voorgekomen.<sup>55</sup> Een mogelijke verklaring is het tot stand komen van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA).<sup>56</sup>

<sup>47</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 5, p.17.

<sup>48</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 4, p.10.

<sup>49</sup> Kamerstukken II - 1936/37, 274, 4, p.10.

<sup>50</sup> Amendement Kuiper, Handelingen der Staten-Generaal, bijlagen 1936/37, no. 274.

<sup>51</sup> Amendement Kuiper, Handelingen der Staten-Generaal, bijlagen 1936/37, no. 274 p. 23.

<sup>52</sup> Aangezien pensioenregelingen in de periode waarin de Wet avv tot stand kwam standaard bij een (vooraf bepaald) fonds werden belegd, is begrijpelijk dat de term ‘pensioenregeling’ uit het amendement in de wetstekst is veranderd tot ‘fondsbepaling’. Anno 2017 zijn er echter ook andere pensioenuitvoerders, zoals verzekeraars en PPI’s. Wij menen dan ook dat de term fondsbepaling ruim uitgelegd moet worden zodat ook pensioen bepalingen die bij een andere pensioenuitvoerder worden belegd hieronder vallen.

<sup>53</sup> Handelingen der Staten-Generaal 1936/37, p. 2000.

<sup>54</sup> Staatscourant 15 december 1998, no. 240.

<sup>55</sup> E. Lutjens, ‘Pensioenvoorziening bij cao’, SR 2004, p. 266; hierbij moet worden opgemerkt dat een bronverwijzing voor deze stelling ontbreekt.

<sup>56</sup> Besluit van 5 oktober 1945, houdende vaststelling van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945



Na de tweede wereldoorlog nam de regering het voortouw bij het tot stand komen van cao's. Kortweg was er tot 1982 (met het tot stand komen van het akkoord van Wassenaar) in de praktijk niet of nauwelijks sprake van collectieve contractsvrijheid.<sup>57</sup>

Hoewel ons geen gevallen bekend zijn waarbij pensioenbepalingen in een cao aan een hele sector zijn opgelegd middels de Wet avv, blijken er wel voorbeelden te zijn van pensioenbepalingen die anders dan middels de Wet bpf 1949 (of diens opvolger) aan een hele sector zijn opgelegd. Eén zo'n voorbeeld is het volgende, waarbij van het BBA is gebruikgemaakt om de desbetreffende pensioenbepaling aan een sector op te leggen:

*"...dat door de werkgevers- en werknemersorganisaties in de textielindustrie een Collectieve Arbeidsovereenkomst is afgesloten, welke ter goedkeuring en algemeen verbindend verklaring aan het College is voorgelegd; dat de Collectieve Arbeidsovereenkomst (...) alsmede de invoering van een algemeen pensioenfonds, met welke punten het College zich in principe kan verenigen."<sup>58</sup>*

In artikel 24 van deze cao is de instelling van een Stichting 'Fonds tot voorbereiding van Pensioenvoorzieningen in de Textielindustrie' te vinden.

In andere via het BBA verplichtgestelde cao's zijn artikelen te vinden die het instellen van een pensioenvoorwaarde *pro memorie* zullen regelen.<sup>59</sup> Ook bij de algemeen verbindend verklaring via het BBA van een salarisregeling, is een regeling omtrent pensioenpremies terug te vinden.<sup>60</sup>

Hoewel de algemeenverbindendverklaring in bovenstaand voorbeeld niet op basis van de Wet avv tot stand gekomen is, is het effect nagenoeg gelijk; deelname aan een pensioenfonds op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst, die door de overheid verplicht is gesteld anders dan middels de Wet bpf 2000. Opgemerkt moet worden dat dit is geschied in 1947 vóór de invoering van de Wet bpf 2000 in 1949.

#### **Het Toetsingskader avv**

In 1999 is het Toetsingskader bij de Wet avv ingevoerd. In dit toetsingskader is (voor het eerst) opgenomen dat collectieve arbeidsovereenkomsten met pensioenbepalingen niet algemeen verbindend verklaard kunnen worden.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> M. Rojer, 'De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van CAO's', SZW-werkdocument no. 271, p. 27.

<sup>58</sup> Staatscourant 9 oktober 1947, no. 195, p.2.

<sup>59</sup> Zie bv. Staatscourant 18 November 1947, no. 223, Staatscourant 5 december 1947, no. 236, Staatscourant 16 december 1947, no.243.

<sup>60</sup> Staatscourant 31 december 1947, no.252.

<sup>61</sup> Staatscourant 15 december 1998, no. 240.

*“Pensioenen zijn voorzieningen met een eigen, door de Pensioenwet bepaald regime. Voor pensioenen bestaat analoog aan het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen de ‘verplichte deelname’ op basis van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet bpf 2000).”<sup>62</sup>*

Het toetsingskader brengt dus met zich dat er (met ingang van 1999) geen mogelijkheid bestaat om pensioenregelingen verplicht te stellen middels de Wet avv. Een relevant aspect van het Toetsingskader avv is de bepaling, dat op een arbeidsverhouding niet gelijktijdig twee avv-besluiten van dezelfde aard van toepassing kunnen zijn. Gevreesd zou kunnen worden dat een pensioen-cao niet voor avv in aanmerking komt, omdat er bijvoorbeeld reeds een avv op de ‘algemene’ arbeidsvoorwaarden-cao van kracht is. Dat argument gaat echter niet op vanwege de toevoeging ‘van dezelfde aard’. Net zoals er nu twee avv besluiten op een arbeidsverhouding van toepassing kunnen zijn, bijvoorbeeld één inzake arbeidsvoorwaarden en één inzake een sociaal fonds, kunnen ook pensioen cao’s algemeen verbindend worden zelfs als de werkingsfeer daarvan overlap vertoont met een ander avv besluit.

Ten slotte zij nog vermeld dat met ingang van 1 juli 2015 het Toetsingskader zodanig is aangepast dat avv-besluiten verlengd kunnen worden voor de duur van de ongewijzigd en stilzwijgend verlengde (pensioen) cao met een maximum van een jaar, zonder dat hiervoor aanpassing van wet-of regelgeving nodig is.<sup>63</sup>

### **Wet verplichte deelname bedrijfstakpensioenfondsen 2000**

De Wet bpf 2000 wordt – populair gezegd - wel het ‘broertje’ van de Wet avv genoemd. De doelstelling van de Wet avv is zoals gezegd eenduidig: het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. De Wet avv is dan ook uitgebreid ter sprake gekomen bij de totstandkoming van de Wet betreffende verplichtstelling bedrijfstakpensioenfondsen in 2000. Uit de memorie van toelichting blijkt dat er zo veel mogelijk aansluiting is gezocht bij het systeem van de Wet avv.

Om het draagvlak en de representativiteit van de verplichtstelling onder de Wet bpf 2000 te waarborgen is gekozen om aan te sluiten bij het Toetsingskader van de Wet avv.<sup>64</sup> Iedere 5 jaar zou dan een herkeuring plaatsvinden om te controleren of er nog steeds voldoende draagvlak voor de verplichtstelling is. Iedere 5 jaar wordt gekeken naar de representativiteit van de regeling bij bedrijfstakpensioenfondsen, bij de Wet avv is dit 1-2 jaar.

---

<sup>62</sup> Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV), Stcrt. 2015, 17658, punt 4.3, onder 4.

<sup>63</sup> Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV), Stcrt. 2015, 17658, punt 4.4.

<sup>64</sup> Zie hieronder.

Hierover wordt nog het volgende gesteld:

*“Natuurlijk is vijf jaar een discutabele grens, maar de problemen die zich bij vijf jaar voordoen, kunnen zich ook voordoen bij zeven jaar of tien jaar. Het moment waarop een bedrijfstakpensioenfonds wederom zijn representativiteit moet aantonen staat vijf jaar van te voren vast en is daarmee helder.”<sup>65</sup>*

Als de grens van de avv-verplichting opgerekt wordt tot vijf jaar, geldt bovenstaande redenatie *mutatis mutandis* voor de avv-regelingen en lijkt er dus geen steekhoudend argument om dit onderscheid te rechtvaardigen. Hierbij moet tevens worden opgemerkt dat fondsbepalingen reeds voor vijf jaar algemeen verbindend verklaard kunnen worden.<sup>66</sup>

### **Conclusie inzake het al dan niet kunnen avv-en van pensioencao's<sup>67</sup>**

Het middels de Wet avv opleggen van pensioenbepalingen in cao's lijkt niet mogelijk. Dit is een gevolg van een alinea in het Toetsingskader avv (sinds 1999), waarin pensioenbepalingen van avv worden uitgesloten; de Wet avv staat echter wel toe om pensioenbepalingen onder een avv te brengen.

Indien de desbetreffende alinea uit het Toetsingskader geschrapt zou worden, zouden pensioenbepalingen voor een termijn van maximaal vijf jaar algemeen verbindend kunnen worden waarbij men de term fondsbepaling voldoende ruim uitlegt zodat ook pensioenbepalingen die belegd zijn bij een andere pensioenuitvoerder eronder kunnen vallen.<sup>68</sup> Tevens is verlenging van de avv-termijn met één jaar mogelijk.

### **Wat moet er gewijzigd worden om toepassing van de Wet avv op pensioenartikelen mogelijk te maken**

Om pensioenbepalingen algemeen verbindend te kunnen verklaren moet het Toetsingskader avv worden gewijzigd.<sup>69</sup> Het vaststellen van het toetsingskader geschiedt door de Minister bij algemeen besluit en kan op dezelfde wijze worden aangepast. Verder moet er een parallel getrokken worden met de mogelijkheid om fondsbepalingen voor vijf jaar algemeen verbindend te verklaren; dit kan door de term 'fondsbepaling' ruim uit te leggen zodat ook pensioenbepalingen eronder vallen. Dit is bovendien in lijn met de verplichte hertoetsing na vijf jaar in de Wet bpf 2000.

<sup>65</sup> Kamerstukken II - 1999/2000, 27073, 6, p.14.

<sup>66</sup> Artikel 2 lid 2 Wet AVV.

<sup>67</sup> Strikt genomen wordt bedoeld: het avv-en van artikelen inzake pensioen in een cao.

<sup>68</sup> De consequenties van de hier voorgestelde wetswijziging voor andere wetgeving, zoals bijvoorbeeld fiscale, hebben wij hier niet onderzocht.

<sup>69</sup> We gaan er hierbij vanuit dat de Wet bpf 2000 gelijktijdig ingetrokken wordt.





### **Wat hoeft er niet gewijzigd te worden om toepassing van de Wet avv op pensioenartikelen mogelijk te maken**

De Wet cao en de Wet avv kunnen onzes inziens ongewijzigd blijven. Dit betekent dat ook de werkwijze van sociale partners (grotendeels) ongewijzigde voortzetting kan vinden. Dit geldt ook voor het gegeven dat de werkingssfeer van de pensioenregeling nu doorgaans breder is dan die van de onderliggende cao's.

Ook als de Wet avv van toepassing wordt op pensioenen zullen sociale partners nog steeds een pensioen-cao kunnen sluiten met een uitgebreidere werkingssfeer dan die van de onderliggende cao's en bovendien beiden algemeen verbindend laten verklaren. Weliswaar stelt het Toetsingskader avv dat cao's met overlappende werkingssferen niet allebei voor avv in aanmerking komen, maar dat geldt alleen voor 'cao's van dezelfde aard'. Ook nu worden al cao's met overlappende werkingssferen ge-avv'd, denk bijvoorbeeld aan arbeidsvoorwaarden-cao's en sociaal fonds-cao's.

Zoals de SER bij de totstandkoming van de Wet bpf 2000 opmerkte, is de opbouw van de *arbeidsvoorwaarde* pensioen primair aan de sociale partners toevertrouwd.<sup>70</sup> De primaire taak van de overheid is de focus op het conditioneren van een evenwichtig besluitvormingsproces en het garanderen dat de werknemers in de toekomst hun pensioenaanspraken behouden.<sup>71</sup>

De uitvoering van een pensioenregeling bij een onder toezicht van DNB staande instelling kan ook ongewijzigd blijven.

### **Mogelijke voor- en nadelen van het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioencao's**

Hier zullen enkele mogelijke voor- en nadelen van de algemeenverbindendverklaring van pensioenbepalingen ten opzichte van verplichtstelling middels de Wet bpf 2000 uiteengezet worden.

We beschouwen hier derhalve de situatie dat de Wet bpf 2000 wordt ingetrokken en gelijktijdig het Toetsingskader avv wordt aangepast conform bovenstaande conclusie.<sup>72</sup> We hebben de volgende mogelijke na- en voordelen geïdentificeerd, die we vervolgens kort zullen bespreken. Het grote verschil tussen de wetten avv en bpf 2000 is dat de Wet bpf 2000 altijd een pensioenregeling *en een bedrijfstakpensioenfonds* verplicht stelt, terwijl via de Wet avv de *pensioenregeling* verplicht gesteld kan worden, maar dat het sociale partners vrij staat te kiezen voor al dan niet een verplichte uitvoerder.

<sup>70</sup> SER, 'Wijziging wet BPF', 99/07, p.31.

<sup>71</sup> SER, 'Wijziging wet BPF', 99/07, p.31.

<sup>72</sup> De voor- en nadelen gaan natuurlijk ook op de in (minder vergaande) situatie dat wel het Toetsingskader avv wordt aangepast als beschreven, de Wet bpf 2000 intact blijft maar sociale partners in een sector de verplichtstelling intrekken. Dan kan in die sector een nieuwe pensioenregeling middels de wet avv verplicht opgelegd worden.

## Mogelijke nadelen van het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioencao's

### Mogelijk nadeel 1: afdwingen premiebetaling ook mogelijk bij avv?

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben ex artikel 24 Wet bpf 2000 de mogelijkheid om via een dwangbevel de verschuldigde premie bij een werkgever op te eisen, alsmede eventuele rente, boete en de aanmaningskosten.<sup>73</sup> Als de werkgever geen premies afdraagt aan het bedrijfstakpensioenfonds kan dit grote gevolgen hebben voor de bestuurder van de rechtspersoon. Als deze onderworpen is aan vennootschapsbelasting kan het verzuim leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>74</sup> Deze wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid geldt in principe alleen als de werkgever aangesloten is bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, maar kan doorwerken in de situatie van andere uitvoerders en aanwijzing zijn voor een onrechtmatige gedraging jegens de deelnemer.<sup>75</sup> Dit is een duidelijke en nuttige bescherming van de deelnemer.

De vraag rijst, of bij toepassing van de Wet avv nog steeds premiebetaling afgedwongen kan worden door een pensioenuitvoerder met wie een werkgever een overeenkomst heeft.

Op grond van artikel 24 Pensioenwet moet de verschuldigde premie voor de pensioenregeling door de werkgever aan de pensioenuitvoerder worden afgedragen.<sup>76</sup> De werkgever kan vervolgens van de werknemer het werknemersdeel inhouden. Dit mogelijke nadeel van het vervangen van de Wet bpf 2000 door de Wet avv valt dus mee omdat de basis voor premieafdracht aan de pensioenuitvoerder wettelijk is geregeld in de Pensioenwet en niet in de cao.

In het vervolg moet onderscheid gemaakt worden tussen verschillende situaties. Via de Wet avv kan een pensioenregeling verplicht gesteld worden en als de sociale partners dit willen kan ook een uitvoerder verplicht gesteld worden. Voor het afdwingen van premie heeft dit consequenties, wat hieronder weergegeven zal worden. In de situatie waarin naast verplichte regeling een verplichte uitvoerder is geldt dat de uitvoerder de premie kan, of zelfs moet verhalen bij de werkgever ook als deze weigert af te dragen.

### Mogelijk nadeel 1a: mogelijk vervallen van beginsel 'geen premie, wel aanspraak' bij verplichte regeling én verplichte uitvoerder

Het beginsel van 'geen premie, wel aanspraak' staat niet letterlijk in de wet. Het wordt uit artikel 28 Pensioenwet afgeleid. Kort weergegeven houdt dit beginsel in dat ondanks het feit dat er geen premie afgedragen is, er desalniettemin aanspraak voor de (onder de werkingssfeer vallende) deelnemer bestaat.

<sup>73</sup> Hiervoor is noodzakelijk dat het bedrijf een aanmaning is gestuurd met een termijn van 30 dagen. Wordt hier niet aan voldaan, ontstaat er ex artikel 21 lid 4 Wet bpf 2000 een executoriale titel, tenzij de werkgever (succesvol) in verzet gaat. Deze mogelijkheid geldt alleen voor bedrijfstakpensioenfondsen; andere pensioenuitvoerders kunnen hier geen gebruik van maken. Asser/Lutjens 7-XI 2016/409.

<sup>74</sup> B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', ArbeidsRecht 2014/31.

<sup>75</sup> B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', ArbeidsRecht 2014/31.

<sup>76</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2016/399, tenzij er sprake is van een vrijwillige voortzetting van de werknemer.

Het recht op een pensioenuitkering mag dus niet afhankelijk worden gesteld van de vraag of er premie is betaald. Uit de toelichting bij de Pensioenwet is op te maken dat de wetgever de deelnemer wilde beschermen tegen een niet-betalende werkgever.<sup>77</sup>

Dit principe, dat ervoor zorgt dat werknemers die wel onder de werkingssfeer van de pensioenregeling vallen maar voor wie geen premie is afgedragen, toch een aanspraak verwerven op een uitkering, wordt nogal eens door voorstanders van een ruime solidariteit in het pensioenstelsel aangehaald als een sterk punt. De deelnemer wordt immers niet gestraft voor de niet betalende werkgever. Tegelijkertijd worstelen veel fondsen ermee en spreken zij van het 'risico op geen premie, wel aanspraak'.<sup>78</sup> Zij worden immers geconfronteerd met de verplichting op pensioen uit te keren, terwijl hier geen inkomsten aan ten grondslag liggen. De niet-gefinancierde aanspraken komen dan ten laste van de aanspraken van de overige deelnemers. Bovendien moet het pensioenfonds kosten maken om de premieafdracht te handhaven bij een werkgever.<sup>79</sup> Ook komt het voor dat verplicht gestelde pensioenfonds ruim gebruik maken van hun (discretionaire) bevoegdheid om vrijstelling te verlenen, soms zelfs met terugwerkende kracht van jaren, of omgekeerd vasthouden aan de verplichte deelname (zie boven, hetgeen tot twee pensioenfonds voor de werkgever kan leiden). In de jurisprudentie en literatuur wordt verschillend geoordeeld over de 'geen premie, wel aanspraak' materie; het is vooralsnog wachten op een arrest van de Hoge Raad of op nieuwe wetgeving.

Het lijkt voor de hand te liggen, dat ook een middels de wet avv verplicht gestelde pensioenuitvoerder de plicht rust om onder de werkingssfeer van de pensioen-cao vallende werkgevers aan te sluiten, zodat het principe 'geen premie, wel aanspraak' mogelijk toch overeind blijft.

#### **Mogelijk nadeel 1b: vervallen van beginsel 'geen premie, wel aanspraak' bij verplichte regeling zonder verplichte uitvoerder**

Met de Wet avv is het mogelijk om (enkel) een regeling verplicht te stellen. Dit betekent dat de werkgevers die onder de werkingssfeer van de pensioen-avv vallen, verplicht zijn om een specifieke regeling aan te bieden aan hun werknemers en (derhalve) af te nemen bij een uitvoerder. Wat mogelijk problematisch kan zijn, is het feit dat het de werkgever vrij staat een uitvoerder te selecteren. Als de werkgever dit nalaat, is er geen uitvoerder die kan overgaan tot het opeisen van de premie, het is dan aan de individuele werknemer om te controleren of de werkgever daadwerkelijk premies afdraagt aan de pensioenuitvoerder.

Deze situatie kan op meerdere manieren voorkomen: enerzijds bestaat de mogelijkheid dat de werkgever niet op de hoogte is van de verplichte deelname, anderzijds bestaat tevens de mogelijkheid dat de werkgever mogelijk 'slechte intenties' heeft en het werknemersdeel op een eigen rekening zet en aanwendt voor persoonlijk gewin.

<sup>77</sup> <https://www.gmw.nl/geen-premie-welgeen-pensioen/>.

<sup>78</sup> Jaarverslag StiPP 2014, p. 20.

<sup>79</sup> Bij Pensioenfonds StiPP bedroegen deze handavingskosten € 358.000 in 2015, Jaarverslag StiPP 2014, p. 41.

In de situatie waarin de werkgever nog solvabel is kan er mogelijkserwijs een actie op grond van 6:74 BW worden ingesteld, wegens het toerekenbaar tekortkomen in de nakoming van de arbeidsovereenkomst en kan schadevergoeding worden gevorderd, dan wel op grond van de onrechtmatige daad.<sup>80</sup>

Als de werkgever wél aangesloten is bij een (niet verplichte) uitvoerder, maar geen premies afdraagt, kan de deelnemer de uitvoerder aanspreken voor de misgelopen premie. Immers is het aan de uitvoerder om zorg te dragen dat de premies geïnd worden.<sup>81</sup>

Als de werkgever failliet is, valt er voor de werknemer weinig te halen en kan de schade aanzienlijk zijn. In het Hogan-arrest<sup>82</sup> is bepaald dat de overheid een plicht heeft om de pensioenaanspraken van werknemers te beschermen tegen verlies van de premies in het geval van gefailleerde werkgevers. Als de werknemer een aanspraak van minder dan 50% heeft op de oorspronkelijke toezegging, is de Nederlandse staat aansprakelijk en gehouden tot het vergoeden van de door de werknemer geleden schade.<sup>83</sup> In de literatuur wordt betoogd dat deze regeling enkel geldt bij faillissement van de werkgever.<sup>84</sup> Het is echter de vraag of deze uitspraak daadwerkelijk tot faillissement beperkt is: in Hogan wordt gesteld dat er sprake is van een resultaatsverplichting voor de staat, om te garanderen dat werknemers recht hebben op het minimumniveau van bescherming.<sup>85</sup> Als dit niet het geval is, kan dit tot staatsaansprakelijkheid leiden.<sup>86</sup> Gesteld kan worden dat het enkele feit dat minder dan 49% van de pensioenaanspraak kan worden uitgekeerd tot staatsaansprakelijkheid leidt, binnen en buiten faillissement.<sup>87</sup> De deelnemer is dan in ieder geval gerechtigd tot 49% van de totale pensioenaanspraak.

In deze situatie lijkt het principe 'geen premie, wel aanspraak' in de huidige vorm moeilijk handhaafbaar bij de overstap naar de Wet avv. In de huidige situatie onder de Wet bpf 2000 kan het tegenovergestelde principe echter ook voorkomen, namelijk dat de premiebetaling niet noodzakelijk tot het verwerven van aanspraken hoeft te leiden.<sup>88</sup> Met de overstap naar het systeem onder de avv kan hier dan ook afscheid van genomen worden.

---

<sup>80</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2016/159.

<sup>81</sup> Zie onder nadeel 1.

<sup>82</sup> Arrest van het Europese Hof van Justitie in zaak C-398/11 (Hogan).

<sup>83</sup> E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid overheid voor pensioentekorten?', O&A 2013/88.

<sup>84</sup> E. Lutjens, 'Bescherming pensioenaanspraken bij insolventie', Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, nr. 3, 2013.

<sup>85</sup> Arrest van het Europese Hof van Justitie in zaak C-398/11 (Hogan), r.o. 38; Lutjens merkt hierover op dat het een vreemde situatie is om een 'algemene bescherming tegen pensioenkortingen te hebben, maar enkel in faillissement.' <https://pensioenpro.nl/.../staat-het-rijk-garant-voor-500-mrd-aan-pensioenaanspraken>.

<sup>86</sup> H. van Meerten, 'Europees arrest inzake pensioenen: Nederland is voor de tweede keer gewaarschuwd', PensioenMagazine 2013/119.

<sup>87</sup> H. van Meerten, 'Europees arrest inzake pensioenen: Nederland is voor de tweede keer gewaarschuwd', PensioenMagazine 2013/119.

<sup>88</sup> E. Lutjens, 'Een halve eeuw solidariteit', Amsterdam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Pensioenrecht, Amsterdam 1999, p.83

**Mogelijk nadeel 2: de termijn van vijf (zes) jaar ten opzichte van een termijn voor onbepaalde tijd**

Bij de totstandkoming van de Wet avv is gebleken dat de termijn van de algemeenverbindendverklaring één van de hete hangijzers was. Op grond van de Wet cao kan een collectieve arbeidsovereenkomst voor een duur van maximaal vijf jaar worden afgesloten en vervolgens op grond van de Wet avv voor maximaal 2 jaar algemeen verbindend verklaard worden, waarbij de termijn van fondsbepalingen 5 jaar bedraagt. Door het verlengen van het avv-besluit kan dit opgerekt worden tot zes jaar. De duur van de verplichtstelling via de Wet bpf 2000 daarentegen is niet gemaximeerd.

In de literatuur wordt aangevoerd dat de avv als instrument niet geschikt is voor toepassing op pensioenbepalingen vanwege de beperking in tijd.<sup>89</sup> Daarbij wordt opgemerkt dat de per definitie tijdelijke duur van de avv en het risico op rechtsonzekerheid door avv-loze tijdperken dit instrument niet geschikt maken om de continuïteit van de pensioenregeling te garanderen.<sup>90</sup> Met de inwerkingtreding van de voorloper van de Wet bpf 2000 in 1949 is er volgens Lutjens ook geen behoefte meer aan de mogelijkheid om pensioenbepalingen in cao's algemeen verbindend te verklaren.<sup>91</sup>

Dit laat onverlet dat er ook bij de Wet bpf 2000 een risico op discontinuïteit bestaat als bij de toetsing blijkt dat er onvoldoende representativiteit bestaat om de verplichtstelling te handhaven.<sup>92</sup> Ook komt het voor dat bedrijfstakpensioenfondsen zelf verzoeken de verplichtstelling in te trekken.<sup>93</sup> Belangrijker is echter dat anno 2017 de arbeidsmarkt veel dynamischer is geworden met gemiddeld veel kortere contracten dan destijds bij de totstandkoming van de Wet bpf in 1949 waardoor de behoefte aan flexibiliteit is toegenomen. Werknemers zullen gedurende hun werkzame leven niet altijd slechts binnen één bedrijfstak werkzaam zijn, waardoor er ook van pensioenfonds gewisseld moet worden. Het systeem van de Wet bpf 2000 brengt dan met zich dat bij het wisselen van bedrijfstak een geheel nieuwe pensioenopbouw bij een andere uitvoerder noodzakelijk is. Via de Wet avv kan een pensioenregeling verplicht worden gesteld, welke gemakkelijker overgenomen kan worden door een andere uitvoerder om zo aan de wens van een flexibele arbeidsmarkt tegemoet te komen.

**Mogelijk nadeel 3: mogelijk onvoldoende deskundigheid bij cao-onderhandelaars**

Gevraagd zou kunnen worden of de gemiddelde cao-onderhandelaar over voldoende deskundigheid beschikt om tot een pensioenregeling te komen. Dat is een relevante vraag, die mogelijk met 'nee' beantwoord zou moeten worden. Vervolgens is het weer de vraag hoe ernstig dat is: nog niet zo heel lang geleden klonken dezelfde vragen over pensioenfondsbestuurders, zelfs vanuit de zijde van de toezichthouders.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij cao', SR 2004, p. 261

<sup>90</sup> E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij cao', SR 2004, p. 261.

<sup>91</sup> E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij cao', SR 2004, p. 266.

<sup>92</sup> Bij de Wet bpf 2000 wordt iedere vijf jaar een toets uitgevoerd. Als daarbij blijkt dat er sprake is van onvoldoende representativiteit volgt twee jaar later nogmaals een toets, waarna de Minister de verplichtstelling moet opheffen, tenzij er overwegende bezwaren bestaan in verband met de bescherming van de werknemers ex artikel 12 lid 6 Wet bpf 2000.

<sup>93</sup> <https://www.pfzw.nl/Werkgevers/contact/Paginas/verzoek-szw.aspx>.

<sup>94</sup> Zie bijvoorbeeld de toetsing van de dnb voor pensioenbestuurders; <http://www.toezicht.dnb.nl/4/2/16/50-229353.jsp>.



In het onderhavige geval zou men middels opleiding tot deskundigheidsbevordering kunnen komen.

Er lijkt echter een eenvoudiger manier om aan dit vermeende bezwaar tegemoet te komen. Sociale partners zouden pensioencao's kunnen sluiten met een werkingssfeer vergelijkbaar aan die van de huidige bedrijfstakpensioenen. Op die manier blijft het aantal pensioencao's overzichtelijk en derhalve ook het aantal benodigde deskundigen.

**Mogelijk nadeel 4: representativiteitscijfers niet meer 'automatisch' bij bedrijfstakpensioenfondsen**  
Bij de totstandkoming van de Wet bpf 2000 is aansluiting gezocht bij de representativiteitstoets van de Wet avv. Deze toets is noodzakelijk om te kunnen concluderen of de sociale partners in de sector wel een belangrijke meerderheid vertegenwoordigen.<sup>95</sup>

In het huidige stelsel heeft het bedrijfstakpensioenfonds de cijfers van de deelnemende werkgevers. In een stelsel waarin een werkgever zelf zijn uitvoerder kan kiezen, zullen de sociale partners iedere vijf jaar een onderzoek moeten laten uitvoeren of de sociale partners nog steeds een belangrijke meerderheid vertegenwoordigen. Dit proces is mogelijk prijzig en tijdrovend (overigens zijn de noodzaak en termijn vooraf bekend). Het komt nu ook regelmatig voor, dat partijen voor een (eerste) avv of verplichtstelling zelfstandig cijfers moeten vergaren; op dit terrein zijn diverse spelers actief die hierin kunnen faciliteren.<sup>96</sup> Dit nadeel is dus niet nieuw of onoverkomelijk. Bovendien worden er ook kosten gemaakt in het huidige stelsel, alleen zijn die minder zichtbaar omdat het bedrijfstakpensioenfonds doorgaans geen rekening stuurt voor levering van de cijfers.

**Mogelijk nadeel 5: mogelijk hogere kosten**

Een mogelijk nadeel zou kunnen zijn dat bij het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioen, het pensioenstelsel met hogere kosten te maken krijgt dan nu het geval is. Aspecten die daarbij een rol zouden kunnen spelen zijn acquisitie en/of reclame door de pensioenuitvoerder en de mogelijk hogere kosten van een meer individueel beleggingsbeleid ten opzichte van een collectiever beleggingsbeleid.

Wat betreft de kosten van acquisitie en reclame merken we op dat die ook nu al een rol spelen bij een bedrijfstakpensioenfonds. Zo heeft het pensioenfonds Zorg en Welzijn recent een uitgebreide campagne gevoerd ten behoeve van voorlichting en bekendheid. Ook zijn diverse malen klachten ingediend tegen verplicht gestelde pensioenfondsen en hun belangenvereniging, de pensioenfederatie, bij de Reclame Code Commissie; hierbij is vast komen te staan dat ook verplicht gestelde pensioenfondsen reclame maken.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Beleidsregels Toetsingskader Wet bpf 2000.

<sup>96</sup> Bijvoorbeeld Panteia, Ecorys, SEO, Actor etc.

<sup>97</sup> Zie: <https://www.reclamecode.nl/>; bijvoorbeeld dossiers 2016/00392 en 2012/00216A.

In een onderzoek uit 2006 concluderen onderzoekers dat sommige kosten bij pensioenregelingen, uitgevoerd door verzekeraars, beduidend hoger zijn dan die bij pensioenfondsen.<sup>98</sup> Andere onderzoeken spreken dit weer tegen. Zo toont onderzoek uit 2009 juist weer aan dat verzekeraars gemiddeld lagere uitvoeringskosten in rekening brengen dan pensioenfondsen.<sup>99</sup> Beide onderzoeken echter laten zien dat bepalende oorzaken voor lage kosten zitten in schaalvoordeel en in eenvoud van de regeling. Deze beide aspecten zijn in beginsel niet gerelateerd met de Wet bpf 2000 of met de Wet avv. Daarbij, de introductie van de PPI in 2011 heeft bovendien weer geleid tot een hoger kostenbewustzijn bij de deelnemer en daardoor mogelijk lagere kosten.<sup>100</sup>

Anders gezegd: het lijkt op dit moment niet mogelijk conclusies te trekken aangaande kostenverhogende of-verlagende effecten van het laten vervallen van de Wet bpf 2000 en in plaats daarvan de Wet avv van toepassing verklaren op pensioenen.<sup>101</sup>

### **Mogelijke voordelen van het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioencao's**

#### **Mogelijk voordeel 1: het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden**

Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds stelt de premie vast die geïnd wordt bij de werkgever. In sommige sectoren stelt het bedrijfstakpensioenfonds tevens vast wat de premieverdeling tussen werkgever en werknemer is<sup>102</sup>, bij andere sectoren wordt dat aan sociale partners overgelaten. In veel gevallen staat de premieverdeling in een speciaal pensioen-artikel in de cao.<sup>103</sup> Doorgaans hanteren alle ge-avv'de cao's in de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dezelfde premieverdeling; de partijen vertegenwoordigd in het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds zitten doorgaans ook aan deze cao-tafels. Wat ook voorkomt is dat de werkgever maximaal een bepaald deel van de premie op de werknemer mag verhalen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij PFZW, waar de premieverdeling wordt overgelaten aan de werkgever en deelnemer.<sup>104</sup> Bij PMT geldt dat de werkgever een gedeelte dat door het bestuur van PMT is vastgesteld mag inhouden bij de deelnemer.<sup>105</sup> Bij PME geldt dat er een maximering van de eigen bijdrage van de deelnemer geldt van 48.96%, de daadwerkelijke eigen bijdrage wordt tussen de werkgever en deelnemer geregeld.<sup>106</sup>

---

<sup>98</sup> J.A. Bikker en J. de Dreu, 'Uitvoeringskosten van pensioenverstrekkers', in *Kosten en baten van collectieve pensioenstelsels*, Kluwer 2006.

<sup>99</sup> *Uitvoeringskosten van pensioenregelingen*, Price-Waterhouse-Coopers 2009.

<sup>100</sup> J.W. Hoitsma, 'PPI's scoren uitstekend in evaluatierapport', *PensioenMagazine*, 2014/134.

<sup>101</sup> Een en ander wordt nog bemoeilijkt doordat de btw-verplichting voor (verplicht gestelde) bedrijfstakpensioenfonds anders uitpakt dan voor andere pensioenuitvoerders (althans voor zover die beschikbare premie-regelingen uitvoeren). HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2786.

<sup>102</sup> Bijvoorbeeld bij het ABP.

<sup>103</sup> Pensioenreglement Bouwnijverheid, p.27.

<sup>104</sup> Pensioenreglement PFZW, p.47

<sup>105</sup> Pensioenreglement PMT, p.36.

<sup>106</sup> Pensioenreglement PME, p.29.

Artikelen over pensioen komen zoals gezegd in beginsel niet voor avv in aanmerking. In sommige van de gevallen waar het bedrijfstakpensioenfonds niet zelf de premie vaststelt, vermeldt het bedrijfstakpensioenfonds de in de sector gangbare premie in de communicatie-uitingen, maar vaak wordt er niets hierover gemeld.<sup>107</sup>

Hierdoor lijkt een premieverdeling niet bindend te kunnen worden opgelegd: artikelen over pensioen komen volgens het Toetsingskader niet voor avv in aanmerking en het pensioenfonds gaat er niet over.

In de meeste gevallen is de situatie dus de volgende: gebonden werkgevers zijn gehouden aan de premieverdeling in de cao. Ongebonden werkgevers zijn in beginsel nergens aan gehouden inzake premieverdeling. Dit geeft hun theoretisch de mogelijkheid de gehele premie te verhalen op de werknemer, en daarmee een aanzienlijk concurrentievoordeel te behalen. Gesteld zou kunnen worden dat hier een 'lek' in de wetgeving zit: de premieverdeling kan niet bindend worden opgelegd. Hierdoor ontstaat een potentieel concurrentievoordeel.<sup>108</sup> Het doel van het voorkomen van concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt dus in de huidige wetgeving mogelijk niet bereikt, althans het is theoretisch mogelijk dat er juist grote concurrentie op arbeidsvoorwaarden plaatsvindt.

In de door ons onderzochte situatie, het schrappen van de Wet bpf 2000 en het van toepassing verklaren van de Wet avv op pensioenartikelen, wordt dit 'lek' in de wet gedicht. In een recent arrest van het gerechtshof Den Haag is bevestigd dat de verantwoordelijkheid om de premieverdeling vast te stellen bij de sociale partners ligt en niet bij het pensioenfonds.<sup>109</sup> Anderzijds is het Hof Arnhem-Leeuwarden van mening dat het bedrijfstakpensioenfonds over de inhoud van de pensioenregeling gaat, en daarmee tevens over de verdeling.<sup>110</sup> Hierover zal de Hoge Raad of de wetgever duidelijkheid moeten verschaffen.

### **Mogelijk voordeel 2: betere aansluiting bij de arbeidsmarkt met meer mogelijkheden voor maatwerk**

Het huidige systeem van de doorsneesystematiek lijkt mede gebaseerd op de situatie waarin werknemers gedurende hun werkende leven bij dezelfde werkgever werkzaam zijn. Het verschil in opbouw tussen de oudere en jongere deelnemer zou dan bij aanvang van de uitkeringsperiode niet langer bestaan. De jongere deelnemer is dan immers een oudere deelnemer geworden, die dan op zijn beurt kan profiteren van de jongere deelnemer. Dit argument wordt verder uitgewerkt in voordeel 3.

---

<sup>107</sup> A.J. van de Griend, H. van Meerten, 'Hervorming pensioenstelsel: degressieve opbouw in uitkeringsovereenkomsten en vlakke premies in premieovereenkomsten', *Sociaal Economische Wetenschappen*, 2017/ 5, p. 189-198.

<sup>108</sup> Ook ontstaat een potentieel concurrentienadeel (namelijk voor ongebonden werkgevers die niets regelen in de individuele arbeidsovereenkomst en waarbij de werknemer eventueel ingehouden premie mogelijk kan terugvorderen).

<sup>109</sup> Gerechtshof Den Haag, 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:711. Bovag betwist dat de premieverdeling die PMT oplegt voorrang krijgt boven de premieverdeling in de eigen cao en kreeg gelijk.

<sup>110</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3725; hierbij moet worden opgemerkt dat deze uitspraak slechts over de VPL-premies ging.



Een belangrijke ontwikkeling die ervoor zorgt dat binding aan een fonds niet meer zinvol lijkt, is het gegeven dat bijna niemand meer een eindloonregeling aanbiedt<sup>111</sup>. Onder de eindloonsystematiek was veranderen van pensioenfonds buitengemeen nadelig, de overgang naar middelloon kan in theorie dat nadeel wegnemen, maar door de verplichte doorsneesystematiek bij bpf-en blijft de overstap een probleem. In de behandeling van de Wet avv in 1937 werd zoals gezegd opgemerkt dat een pensioenfonds geen duiventil is, waar men in- en uitvliegt.<sup>112</sup> Nu niet alleen veel pensioenfondsen tot duiventil zijn geworden, maar zelfs de hele arbeidsmarkt een 'duiventil' lijkt, moge duidelijk zijn dat de Wet bpf 2000 niet goed meer aansluit bij de realiteit.<sup>113</sup>

Het idee dat een werknemer gedurende de gehele loopbaan bij dezelfde werkgever werkzaam blijft is inmiddels achterhaald. Dientengevolge is ook het idee dat de jongere deelnemer dezelfde voordelen kan genieten als de (nu) oudere deelnemer niet langer vatbaar.<sup>114</sup> De jongere deelnemer kan immers eerst bij het ene en vervolgens bij het andere pensioenfonds pensioen opbouwen, waardoor er bij de solidariteit tussen de oude en jonge deelnemer vraagtekens gezet kunnen worden. Dit andere fonds kan een verschillend deelnemersbestand hebben en mede daardoor een verschillende mate van solidariteit. Ook kan het gebeuren dat deelnemers op enig moment helemaal niet meer bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zitten, bijvoorbeeld omdat zij als zzp-er gaan werken. Door al deze mogelijkheden die steeds meer voorkomen staat de solidariteit in het stelsel onder steeds grotere druk.

### **Mogelijk voordeel 3: geen discriminatie in de pensioenregeling**

Bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds is de doorsneesystematiek voorgeschreven (artikel 8 Wet bpf 2000). Pensioenregelingen waarin de doorsneesystematiek is verwerkt (dus een toegezegde uitkeringsregeling met een leeftijd onafhankelijk opbouwpercentage, gefinancierd middels een leeftijd onafhankelijke doorsnee-premie) discrimineren naar leeftijd.<sup>115</sup> De waarde van de toezegging is namelijk afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer; die waarde is voor een jongere deelnemer veel lager dan voor een oudere. Aangezien beide evenveel betalen wordt de jongere benadeeld ten opzichte van de oudere. Deze discriminatie wordt ook gereflecteerd in de premiestaffels voor beschikbare premieregeling, deze lopen op met de leeftijd. Het is niet voor niets dat in artikel 8 lid 3 van de Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij rekening gehouden wordt met de leeftijd, buiten het verbod op leeftijdsdiscriminatie worden geplaatst; ware dit niet gebeurd dan zou vrijwel elke pensioenregeling in Nederland in strijd zijn met deze wet.

---

<sup>111</sup> A.J. van de Griend, H. van Meerten, 'Hervorming pensioenstelsel: degressieve opbouw in uitkeringsovereenkomsten en vlakke premies in premieovereenkomsten', *Sociaal Economische Wetenschappen*, 2017/ 5, p. 189-198.

<sup>112</sup> Handelingen der Staten-Generaal 1936/1937, p. 2000.

<sup>113</sup> De gemiddelde duur van een baan is circa 10 jaar volgens CBS-statline 2017, hoewel dit onder de jongere generaties korter is dan bij de oudere generaties.

<sup>114</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2016/444.

<sup>115</sup> Dit is uitgewerkt in: A.J. van de Griend, H. van Meerten, 'Hervorming pensioenstelsel: degressieve opbouw in uitkeringsovereenkomsten en vlakke premies in premieovereenkomsten', *Sociaal Economische Wetenschappen*, 2017/ 5, p. 189-198.

Historisch gezien lijkt goed te begrijpen waarom de doorsneesystematiek is ingevoerd; bij een demografische opbouw die de vorm heeft van een piramide biedt dit een uitgelezen mogelijkheid om een stelsel in te voeren waarbij ook direct vermogen vrijkomt voor gepensioneerden. Bij een stabiele arbeidsmarkt en slechts zeer langzaam evoluerende demografie lijkt deze systematiek ook goed verdedigbaar. Echter, de demografie is sterk veranderd en de arbeidsmarkt is een stuk dynamischer. Ook het argument dat de doorsnee systematiek mogelijkheden geeft om risico's te delen met nog niet toegetreden generaties is weerlegd.<sup>116</sup>

Er zijn in de literatuur meerdere alternatieven voor de doorsneepremie voorgesteld, zoals de degressieve opbouw of progressieve premie.<sup>117</sup> Bij een degressieve opbouw blijft de doorsneepremie gehandhaafd: de te betalen premie blijft voor eenieder gelijk en bovendien leeftijdsafhankelijk. De pensioenopbouw wordt echter wel leeftijdsafhankelijk, jongeren bouwen meer pensioen op dan ouderen.

Deze ideeën en vooral de terminologie gaan nog echter steeds uit van de huidige systematiek. Het woord opbouw suggereert immers een uitkeringsregeling, een regeling waarin wordt uitgegaan van een toegezegde pensioenuitkering. Een leeftijdsafhankelijk premiepercentage (in een DC-regeling) mondt ook uit in een degressieve opbouw.

Overigens zij vermeld, dat het kabinet besloten heeft dat vanaf 2020 de doorsneesystematiek wordt uitgefaseerd.<sup>118</sup> Naast de solidariteit van de pensioenregeling acht de regering solidariteit wat betreft de pensioenuitvoerder ook van belang. Immers ontstaat de verplichting tot deelname aan een pensioenfonds zodra iemand werkzaam is binnen een *bedrijfstak*. Zo zijn alle werknemers in dienst van de overheid verplicht bij te dragen aan het ABP en alle schilders aan het bpf-schilders. Reden van deze verplichting is het voorkomen van concurrentie op de lonen. Dat brengt ook met zich dat werknemers met fysiek zwaardere beroepen in hetzelfde fonds kunnen zitten als de minder fysiek zware beroepen. Eerstgenoemde zullen dus minder lang kunnen profiteren van hun leeftijdsvoordeel.<sup>119</sup> Zo zouden sociale partners kunnen kiezen om groepen met vergelijkbare levensverwachting bij dezelfde uitvoerder onder te brengen, waar ze hun langlevenrisico onderling delen, maar niet meer met werknemers die bijvoorbeeld vanwege een hoger opleidingsniveau een hogere levensverwachting hebben. Op die manier blijft de solidariteit beperkt tot groepen die die mogelijk ook voelen.

Ook kan op die manier recht gedaan worden aan de discussie over zware beroepen die 'meebetalen' aan de hogere levensverwachting van hoger opgeleiden, door deze deelnemers gezamenlijk in een 'zwaar beroepfonds' te laten deelnemen. Zo hoeft de wetgever geen ingewikkelde definities op te stellen over wie wel en wie geen zwaar beroep heeft, maar kunnen sociale partners wel pragmatische oplossingen kiezen die dit probleem aanpakken.

---

<sup>116</sup> I. Boelaars & K. Bouwman, Zin en onzin van intergenerationele risicodeling, ESB 102 (4750), 2017, p. 267-269.

<sup>117</sup> D. Boeijen, R. Maatman & M. Heemskerk, Beëindiging van de doorsneesystematiek. Juridisch navigeren naar alternatieven (Design Paper 35), Tilburg: Netspar 2015, p.21.

<sup>118</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 32 043, nr. 263.

<sup>119</sup> <https://www.maxvandaag.nl/sessies/themas/geld-werk-recht/ouderen-met-zware-beroepen-halen-vaak-pensioen-niet/>.

Een oplossing voor de ongelijkheid tussen de deelnemers binnen één fonds is het differentiëren op arbeidsrelatie, in plaats van het bedrijf waarbinnen de deelnemer werkzaam is. Dit is mogelijk op grond van de Wet avv, waarmee cao-bepalingen met een specifieke werkingssfeer algemeen verbindend kunnen worden verklaard.

**Mogelijk voordeel 4: een transparanter pensioen**

In het recente UNIS-arrest<sup>120</sup> heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) bepaald dat algemeen verbindend verklaarde regelingen onderworpen zijn aan Europese regelgeving inzake het vrije verkeer van diensten, zoals opgenomen in artikel 56 Vweu. Het ging in UNIS over Franse regelgeving, waarin was bepaald dat naast nationale sociale waarborgen, ook aanvullende sociale waarborgen verplicht konden worden gesteld via een collectieve arbeidsovereenkomst.<sup>121</sup>

Eén van de verplichtingen die uit het EU vrije verkeer van diensten voortvloeit is de transparantieplichting. Hiervan is sprake als er de overheid (of sociale partners) een marktdeelnemer een exclusief recht op de uitoefening van een economische activiteit verleent.<sup>122</sup>

Het Hof overwoog dat de transparantieplichting geldt als er op objectieve wijze duidelijk gemaakt kan worden dat marktdeelnemers uit andere lidstaten interesse zouden hebben in de uitvoering van de dienst. Als belangrijke indicatoren noemt het Hof het economische belang van de opdracht, de plaats waarin deze wordt uitgevoerd en verdere technische en specifieke aspecten.<sup>123</sup>

De in de zaak UNIS geformuleerde uitgangspunten (en de transparantieplichting) moeten op grond van EU-recht ook voor Nederlandse pensioenregelingen en uitvoerders gelden. Deze verplichting houdt het volgende in:

- Er moet sprake zijn van een passende mate van openbaarheid bij de selectie van de uitvoerder;
- Er moet een mogelijkheid zijn om mee te kunnen dingen naar de uitvoering van de pensioenregeling;
- De onpartijdigheid van de gunningsprocedure moet controleerbaar zijn.<sup>124</sup>

Via de Wet avv kan gekozen worden om een pensioen*regeling* verplicht te stellen. Er wordt via deze weg gekozen om de keuze van pensioenuitvoerder vrij te laten aan de werkgevers; enkel de pensioenregeling is verplicht. Via deze wijze lijkt er op voorhand geen strijd met de transparantieplichting op grond van het EU-recht, in tegenstelling tot de verplichtstelling op grond van de Wet bpf 2000.

<sup>120</sup> HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 ECLI:EU:C:2015:821 (UNIS).

<sup>121</sup> HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 ECLI:EU:C:2015:821 (UNIS) r.o. 3.

<sup>122</sup> HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 ECLI:EU:C:2015:821 (UNIS) r.o. 17.

<sup>123</sup> HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 ECLI:EU:C:2015:821 (UNIS) r.o. 35.

<sup>124</sup> HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14 ECLI:EU:C:2015:821 (UNIS) r.o. 60.

Deze wet lijkt onder andere niet te voldoen aan deze transparantievereisten; er is in het geheel geen mogelijkheid om mee te dingen voor andere uitvoerders, zoals APF's, PPI's, verzekeraars en buitenlandse pensioenaanbieder, waardoor er geen sprake lijkt van een onpartijdige gunningsprocedure.<sup>125</sup>

Indien sociale partners ook een verplichte uitvoerder verplicht willen stellen kan via de Wet avv tevens een procedure vormgegeven worden die de transparantietoets doorstaat bij het aanwijzen. Daarbij kan gedacht worden aan een systeem waarin de pensioenaanbieders de mogelijkheid krijgen om hun product aan te bieden aan de sociale partners. In een dergelijk systeem wordt geen onderscheid gemaakt tussen pensioenfondsen en andere aanbieders, maar wordt gekeken naar het product wat zij aanbieden alsmede de voorwaarden die daaraan verbonden zijn. Pensioenaanbieders kunnen dan geselecteerd worden op kwaliteit en niet op verschijningsvorm. Als er eenmaal een keuze voor een uitvoerder gemaakt is, kan op objectieve wijze worden weergegeven waarom voor die uitvoerder gekozen is en tevens waarom deze uitvoerder tot verplichte uitvoerder is gekozen.

Zo zouden sociale partners goedkope uitvoeringskosten kunnen prefereren boven pensioenfondsen<sup>126</sup>, of juist kunnen kiezen voor een grote uitvoerder. Via deze wijze wordt recht gedaan aan de taak van de sociale partners.<sup>127</sup>

Via de Wet avv is het dus mogelijk om zowel een pensioenregeling te avv'en, als een pensioenuitvoerder zonder dat daarbij afbreuk wordt gedaan aan het transparantiebeginsel.

#### **Mogelijk voordeel 5: meer objectieve vrijstelling**

In theorie kent de Wet bpf 2000 diverse vormen van maatwerk; in de praktijk blijkt het erg lastig om daadwerkelijk maatwerk te leveren. Het bestuur van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft bijvoorbeeld de mogelijkheid vrijstelling te verlenen 'wegens andere redenen', een discretionaire optie derhalve. Ook heeft het bestuur de mogelijkheid om partijen die willen uittreden een bedrag te laten betalen ter derving van het zogeheten VTN: het verzekeringstechnisch nadeel.

De hoogte van dit VTN is echter niet in de wet geëxpliciteerd.<sup>128</sup> Hiermee kan het bestuur mogelijk sturen op wie het al dan niet wenst te zien uittreden.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Voor een uitvoerige beschrijving zie: H. van Meerten & E. Schmidt, 'Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU', *European Journal of Social Security* 2017, Vol. 19(2).

<sup>126</sup> Bijvoorbeeld een PPI; J.W. Hoitsma, 'PPI's scoren uitstekend in evaluatierapport', *Pensioen Magazine* 2014/134.

<sup>127</sup> SER, 'Wijziging wet BPF', 99/07, p. 31.

<sup>128</sup> G.R Derksen en A. ter Horst, De vele vormen van het verzekeringstechnisch nadeel, *Pensioen Magazine* 2014, p. 25.

<sup>129</sup> Zie bijvoorbeeld 10a uit de studie AVV over avv; waar het bestuur van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds twee organisaties die om vrijstelling verzoeken tamelijk opvallend verschillend behandelt.

Al in de Albany-jurisprudentie werd door de Advocaat-Generaal Jacobs opgemerkt dat het Nederlandse systeem van vrijstellingen van de verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen een duidelijk belangenconflict veroorzaakt.<sup>130</sup> Gesteld kan worden dat er een situatie is waarin de slager zijn eigen vlees keurt. Beslissingen over individuele vrijstellingen liggen immers bij het pensioenfonds zelf en het fonds zal een belang hebben om een zo hoog mogelijke deelnamegraad te handhaven.<sup>131</sup> Anderzijds kunnen ondernemingen een gerechtvaardigd belang hebben bij het hanteren van een eigen regeling, zoals een ondernemingspensioenfonds.<sup>132</sup>

In de situatie waarbij de Wet bpf 2000 vervalft en pensioen cao's middels de Wet avv worden opgelegd aan een sector, zit de mogelijkheid van maatwerk 'ingebakken' in de systematiek; dispensatie voor avv kan zowel door sociale partners als door de Minister gegeven worden.<sup>133</sup> Een werkgever kan desgewenst een pensioenuitvoerder naar keuze benaderen om de pensioenen van zijn medewerkers daaronder te brengen.

#### **Mogelijk voordeel 6: mogelijke strijd Wet bpf 2000 met Europese regelgeving niet aanwezig bij Wet avv**

Dienstverlening is in een moderne economie het grootste gedeelte van het nationaal product.<sup>134</sup> Het integreren van de dienstenmarkt is geen gemakkelijk te bereiken doel.<sup>135</sup> In het eveneens recente Commissie vs. België-arrest van het Hof van Justitie is bepaald dat het vrije verkeer van diensten ook van toepassing is op pensioenaanbieders.<sup>136</sup> In het recente arrest Commissie vs. Spanje herhaalt en bevestigt het Hof van Justitie dat het aanbieden van pensioenregelingen onder het vrije verkeer van diensten valt in de zin van artikel 56 Vweu.<sup>137</sup>

Artikel 56 van het Vweu luidt als volgt:

*"In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht. Het Europees Parlement en de Raad kunnen, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing verklaren ten gunste van de onderdanen van een derde staat die diensten verrichten en binnen de Unie zijn gevestigd."*<sup>138</sup>

<sup>130</sup> Conclusie bij C-67/96 (Albany) punt 450.

<sup>131</sup> Conclusie bij C-67/96 (Albany) punt 452.

<sup>132</sup> Conclusie bij C-67/96 (Albany) punt 452.

<sup>133</sup> Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV).

<sup>134</sup> D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, 'European Union Law', Cambridge: Cambridge University Press 2014, p, 783.

<sup>135</sup> Europese Commissie, 'The State of the Internal Market in Services', COM (2002) 441.

<sup>136</sup> HvJ EU 23 januari 2014, C-296/12 ECLI:EU:C:2014:24 (Commissie/België), r.o. 28.

<sup>137</sup> HvJ EU 11 december 2014, C-678/11 ECLI:EU:C:2014:34 (Commissie/Spanje) r.o. 37.

<sup>138</sup> Artikel 56 Vweu.



Volgens artikel 56 Vweu is het verboden onderscheidscriterium de vestigingsplaats van de dienstverlener.<sup>139</sup>

Uit de rechtspraak kan echter worden afgeleid dat ook ieder onderscheid op basis van nationaliteit onder de reikwijdte van artikel 56 Vweu valt.<sup>140</sup> In het Wesemael-arrest zegt het Hof daarover:

*“Deze bepalingen, die de vrijmaking van het dienstenverkeer voorschrijven, brengen de opheffing mee van alle discriminaties jegens degene die de diensten verricht, welke zijn gebaseerd op zijn nationaliteit of op de omstandigheid dat hij is gevestigd in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst moet worden verricht.”<sup>141</sup>*

In het Commissie vs. België-arrest van het Hof van Justitie is bepaald dat het vrije verkeer van diensten ook van toepassing is op pensioenaanbieders.<sup>142</sup> Er is immers voldaan aan de hierboven omschreven eisen, met in het bijzonder de eis van remuneratie: sparen voor een pensioen gaat immers gepaard met een economische afdracht van premie. Daardoor is voldaan aan het vereiste dat er een economische tegenprestatie moet zijn.<sup>143</sup> Daarbij benadrukt het Hof dat er in het kader van de interne (pensioen)markt, artikel 56 Vweu zich tegen regelgeving verzet welke uitoefening van diensten tussen twee lidstaten moeilijker maakt dan de uitoefening in slechts één lidstaat.<sup>144</sup> De huidige Nederlandse situatie is als volgt:

In artikel 1 Wet bpf 2000 wordt voor de definitie van een bedrijfstakpensioenfonds doorverwezen naar de Pensioenwet, waar in artikel 1 het volgende is bepaald:

*“Bedrijfstakpensioenfonds: een **pensioenfonds** ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak”.*

Een pensioenfonds is vervolgens:

*“Een **stichting** die niet een premiepensioeninstelling is, waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ter uitvoering van ten minste een basispensioenregeling”.*<sup>145</sup>

Een bedrijfstakpensioenfonds moet dus een stichting zijn met een Nederlandse zetel. Een bedrijfstakpensioenfonds kan dus alleen maar een Nederlandse stichting zijn.

Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen Nederlandse pensioenfondsen en een pensioeninstelling uit een andere Lidstaat.

---

<sup>139</sup> L. van den Broeck, ‘Indirecte discriminatie op grond van nationaliteit’, Antwerpen: Maklu 2014, p.81.

<sup>140</sup> L. van den Broeck, ‘Indirecte discriminatie op grond van nationaliteit’, Antwerpen: Maklu 2014, p.81.

<sup>141</sup> HvJ EG 18 januari 1979 C-110/78 ECLI:EU:C:1979:8 (Van Wesemael) , r.o. 27.

<sup>142</sup> HvJ EU 23 januari 2014, C-296/12 ECLI:EU:C:2014:24 (Commissie/België), r.o. 28

<sup>143</sup> HvJ EU 23 januari 2014, C-296/12 ECLI:EU:C:2014:24 (Commissie/België), r.o. 28.

<sup>144</sup> HvJ EU 23 januari 2014, C-296/12 ECLI:EU:C:2014:24 (Commissie/België), r.o. 28.

<sup>145</sup> Een ‘stichting’ omschrijft een rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2:285 BW.

Het resultaat daarvan is dat een buitenlandse pensioeninstelling dus nooit een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kan zijn; een evidente inbreuk op het vrije verkeer van diensten ex artikel 56 Vweu.<sup>146</sup>

De totale markt van pensioenaanbieders in de tweede pijler in Nederland wordt voor 80% beheerd door bedrijfstakpensioenfondsen, welke dus altijd Nederlandse stichtingen zijn. Op deze wijze is het voor buitenlandse pensioenaanbieders slechts mogelijk om op 20% van de markt te concurreren.

Als regelgeving omtrent de grote verplichtstelling aan een bpf discriminatoir is, kan deze gerechtvaardigd worden als er belangen aanwezig zijn die zwaarder wegen dan het vrije verkeer van diensten.<sup>147</sup> Het nationale belang gaat dan voor het Europese belang.<sup>148</sup> Bij EU-verdragsuitzonderingsgronden is het in beginsel toegestaan dat de nationale regelgeving een maatregel met onderscheid naar nationaliteit toestaat.<sup>149</sup>

Ten tweede kan een uitzondering gemaakt worden op basis van de *Rule of Reason*-doctrine, welke zijn oorsprong vindt in het Cassis de Dijon-arrest. Kortweg houdt de *Rule of Reason* in dat regelgeving welke zonder onderscheid naar nationaliteit geformuleerd is, maar indirect toch discrimineert, toegestaan kan zijn als deze een door het EU Hof geaccepteerd belang dient. Dit kunnen regels omtrent de bescherming van consumenten zijn, of de bescherming van het milieu.

Deze laatste rechtvaardigingsgronden worden door het Hof echter in principe enkel bij regelgeving toegepast, als er **geen** sprake is van directe discriminatie.<sup>150</sup>

In dat kader is het tevens belangrijk om na te gaan of dit een onderscheid op grond van nationaliteit is, of een beperking welke zonder onderscheid geldt. Voor verplichte deelname aan door de overheid aangewezen instellingen op het gebied van verzekeringen en pensioen zal eerder een beperking toelaatbaar zijn als deze, in theorie, ook instellingen zouden kunnen zijn met een zetel buiten Nederland.

In casu wordt er door de Wet bpf 2000 onderscheid gemaakt tussen Nederlandse stichtingen en buitenlandse dienstverleners. Laatstgenoemde kunnen geen verplichte bedrijfstakpensioenfondsregeling uitvoeren, wat resulteert in een directe discriminatie op grond van nationaliteit. De Nederlandse regelgeving bepaalt namelijk dat de organisatorische vormgeving van de uitvoerder een *Nederlandse* stichting moet zijn.

---

<sup>146</sup> H. van Meerten, 'Vrij verkeer van diensten voor verzekeraars en pensioeninstellingen: Solvency II basic en de verplichtstelling', *FRP* 2012 nr. 7/8, p. 294; uitgewerkt in H. van Meerten, E.S. Schmidt, 'Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU', *European Journal of Social Security*, 2017/ 1, p. 118-140.

<sup>147</sup> A.Hartkamp, C. Sieburgh & W. Devroe, 'European law and private law', Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p.212.

<sup>148</sup> W. Eijsbouts et al., 'Europees Recht - Algemeen Deel', Deventer: Kluwer 2015, p.100.

<sup>149</sup> W. Eijsbouts et al., 'Europees Recht - Algemeen Deel', Deventer: Kluwer 2015, p.101.

<sup>150</sup> A.Hartkamp, C. Sieburgh & W. Devroe, 'European law and private law', Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p.213.

Het resultaat van dit onderscheid zou zijn dat er enkel een rechtvaardiging gevonden zou kunnen worden in het verdrag zelf en dat voor de *rule of reason* geen plek is.<sup>151</sup> Deze kan immers alleen toepassing vinden als er zonder onderscheid wordt beperkt.<sup>152</sup> Sommige auteurs zijn van mening dat er echter een rechtvaardiging voor deze inbreuk gevonden kan worden in de Albany-uitspraak. Daarin werd kort weergegeven beslist dat de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds geen inbreuk maakt op het mededingingsrecht vanwege het essentiële sociale karakter.

Onder andere Witte<sup>153</sup>, Van der Poel<sup>154</sup> en Lutjens<sup>155</sup> lijken hiervan uit gaan, of zoals Lutjens zegt: “het lijkt aannemelijk”<sup>156</sup>, dat een eventuele inbreuk op het vrije dienstenverkeer gerechtvaardigd kan worden op dezelfde gronden als het mededingingsrecht.

Hierbij lijkt er echter voorbij gegaan te worden aan het uitgangspunt dat directe en indirecte discriminatie verschillend worden behandeld op grond van het EU recht. Uit de internationale studie blijkt dat de verplichtstelling als discriminatoir bestempeld kan worden, waardoor er enkel sprake kan zijn van rechtvaardiging als deze regelgeving voldoet aan een verdragsgrond ingevolge artikel 51 en 52 Vweu.<sup>157</sup> Bovendien heeft het EU Hof meermaals overwogen dat als er geen sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht kan er desalniettemin sprake zijn van een inbreuk op het vrije verkeer van diensten.<sup>158</sup>

Als artikel 106 lid 2 Vweu van overeenkomstige toepassing zou zijn, zou onzes inziens de gehele toetsingsexercitie overbodig zijn. Het feit dat er sprake is van directe discriminatie naar nationaliteit, komt bij bovengenoemde auteurs niet ter sprake, terwijl het juist een cruciaal onderscheid is voor het toetsingskader van het Hof.

Eenzelfde toetsing tweemaal uitvoeren zal immers niet snel tot andere resultaten leiden. Bovendien gelden er specifieke uitzonderingsgronden voor het vrije verkeer van vestiging en dienstverrichting ex art 51 en 52 Vweu, wat tevens een indicatie is dat er bij toetsing aan de fundamentele vrijheden extra zwaarwegende belangen in ogenschouw genomen moeten worden en dat directe discriminatie met name voorkomen moet worden.<sup>159</sup>

---

<sup>151</sup> H. van Meerten & E. Schmidt, ‘Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU’, *European Journal of Social Security* 2017, Vol. 19(2), p.2.

<sup>152</sup> HvJ EG 16 januari 2003, C-388/01 ECLI:EU:C:2003:30 (Commissie/Italië).

<sup>153</sup> I. Witte, ‘Transparantie vereist bij bindende aanwijzing uitvoerder in een cao’, *TPV* 2016/12, p.5.

<sup>154</sup> M. van der Poel, ‘De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen’, *VU Expertisecentrum Pensioenrecht*, 2013, p.59.

<sup>155</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2016/274.

<sup>156</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2016/274.

<sup>157</sup> H. van Meerten, E.S. Schmidt, ‘Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU’, *European Journal of Social Security*, 2017/ 1, p. 118-140.

<sup>158</sup> HvJ EU, 5 maart 2009, C-350/07 ECLI:EU:C:2009:127 (Kattner Stahlbau), r.o. 74 t/m 77.

<sup>159</sup> Hoewel het Hof soms een diffuus beeld aanhoudt wat betreft de kwalificatie tussen direct en indirect onderscheid.





**WESTERBRINK**

Bij de algemeenverbindendverklaring van pensioenbepalingen middels de Wet avv ligt het primaat bij de sociale partners, waarbij bovendien geen vereisten worden gesteld aan de rechtsvorm van de pensioenuitvoerder. Door dit aspect weg te nemen lijkt de aanwijzing van een verplichte pensioenregeling in lijn met de vereisten die het Hof van Justitie stelt om een inbreuk op het vrije dienstenverkeer te voorkomen.