



Drs. Natasja Winter
Partner bij KWPS



Fatima El Barkani
Junior consultant bij KWPS

Is de huidige vorm van verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds nog van deze tijd? Aan de hand van drie redenen bespreken wij mogelijke knelpunten. Eerst gaan we in op het doel van verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds. Tenslotte komen enkele lange- en kortetermijnoplossingen aan de orde.

Heeft de Wet Bpf nog toekomst?

DOEL WET BPF

De verplichtstelling tot deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds is geregeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf).

De wet is in 1949 ingevoerd en sindsdien éénmaal herzien.

De Wet Bpf is herzien vanwege de discussie in de praktijk over de marktwerking van de Wet Bpf binnen de pensioensector. Het kabinet heeft naar aanleiding hiervan in 1996 onderzoek gedaan naar de marktwerking en de gevolgen van de verplichtstelling. Hierbij is onder andere het Verbond van Verzekeraars, de Vereniging van Bedrijfstakpensioenfonds en de Stichting voor Ondernemingspensioenfonds om advies gevraagd. Het advies luidde als volgt:

- Het Verbond van Verzekeraars adviseerde vrije keuze toe te laten voor de uitvoering van pensioenregelingen om de marktwerking binnen de pensioensector te bevorderen.
- De Vereniging van Bedrijfspensioenfonds benadrukte dat verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds zorgt voor goede pensioenregelingen voor werknemers.
- De Stichting voor Ondernemingspensioenfonds wees het kabinet op problemen tussen de reik-

wijde van de verplichtstelling en een ondernemingspensioenfonds. Zo kan een verplichtstelling ook van toepassing zijn op ondernemingen die onder een ondernemingspensioenfonds vallen.

Het kabinet kwam mede op basis hiervan tot het standpunt dat de verplichtstelling moet blijven bestaan. Men hechtte veel waarde aan het behoud van solidariteitselementen van de verplichtstelling. Het kabinet gaf zelfs aan dat het de verplichtstelling zou uitbreiden om zo de witte en grijze vlekken (geen pensioenregeling respectievelijk een pensioenregeling met tekortschietende dekkingen) te verkleinen. Er wordt wel degelijk erkend dat de verplichtstelling leidt tot een beperkte marktwerking in de tweede pijler, maar de sociale beleidsdoelen zouden dit rechtvaardigen.

Kortom, het doel van de Wet Bpf is het aantal witte vlekken verminderen en het bevorderen van solidariteit. Het is de vraag of deze wet in de huidige vorm het gewenste doel realiseert. Wij bespreken hieronder een aantal knelpunten van de Wet Bpf, en stellen daarbij de proportionaliteit van deze wet ter discussie. Vervolgens gaan wij na of er andere manieren zijn om het gewenste doel – verminderen van het aantal witte vlekken – te behalen zonder de nadelige gevolgen.



EERSTE KNELPUNT WET BPF: JURIDISCHE HOUDBAARHEID

Er is al jaren discussie over de mogelijke strijdigheid van de Wet Bpf met het Europees mededingingsrecht (artikel 85 EG-Verdrag). De Hoge Raad heeft zich hierover gebogen en aan het Europees Hof enkele prejudiciële vragen voorgelegd.¹

Het Europees Hof heeft geoordeeld dat verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds niet in strijd is met artikel 85 EG-verdrag, omdat het buiten de werkingssfeer van dit artikel valt. Volgens het Europees Hof ziet artikel 85 EG-verdrag niet op collectieve overeenkomsten die in een sociaal nut voorzien. Het Europees Hof heeft opgemerkt dat de doorsneepremie één van de kenmerken van solidariteit is. De hieronder beschreven voorgenomen wijzigingen van het Nederlands pensioenstelsel zullen er waarschijnlijk toe leiden dat de Wet Bpf de mededingingswetgevingstoets niet meer zal doorstaan.

In het Pensioenakkoord² wordt voorgesteld de doorsneepremiesystematiek af te schaffen en te vervangen door een leeftijdsonafhankelijke premie. Dat zou beter passen bij de veranderende arbeidsmarkt. Daarnaast zorgt het Pensioenakkoord ook voor meer keuzemogelijkheden en maatwerk. Dit impliceert dat het kabinet wil toewerken naar een meer individuele pensioenregeling. In de eerder genoemde zaak van het Europees Hof, heeft het Hof aangegeven dat de solidariteitsaspecten van de pensioenregeling de verplichtstelling rechtvaardigen. De doorsneesystematiek is één van de solidariteitskenmerken die door het Hof is genoemd. Wanneer deze wordt afgeschaft zal bij nieuwe prejudiciële vragen de uitkomst mogelijk anders zijn.

Nog een onderdeel van het Pensioenakkoord dat afbreuk doet aan de solidariteit bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, is het mogelijk maken van opname van een bedrag ineens op pensioeningangsdatum³. Minister Koolmees geeft in deze brief zelf aan dat de solidariteit binnen pensioenfondsen onder druk komt te staan door opname ineens op pensioeningangsdatum mogelijk te maken.

Kortom, het afschaffen van de doorsneepremiesystematiek en het mogelijk maken van een opname ineens komt de juridische houdbaarheid van de Wet Bpf niet ten goede.

TWEEDE KNELPUNT WET BPF: ONDUIDELIJKE OMSCHRIJVING VAN VERPLICHTSTELLINGSBESLUITEN

In de beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf (hierna: beleidsregels) is toegelicht hoe werkingssferen van verplichtstellingen omschreven moeten worden. Volgens de beleidsregels moet voor nieuwkomers in de bedrijfstak 'automatisch' duidelijk zijn dat zij onder de werkingssfeer vallen. Kortom, verplichtstellingen zouden zelfs voor 'leken' goed leesbaar moeten zijn. Pensioendeskundigen weten als geen ander dat een verplichtstelling in het algemeen alles behalve duidelijk is. Ook rechters nemen verschillende standpunten in ten aanzien van de toepasbaarheid van verplichtstellingsbesluiten. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak inzake de aansluiting van een onderneming bij het Pensioenfonds Metaal en Techniek (hierna: PMT).⁴ De kantonrechter oordeelde dat de onderneming wel viel onder de verplichtstelling, het hof oordeelde dat dit niet het geval was en de Hoge Raad oordeelde vervolgens weer dat ze wel onder de verplichtstelling vielen.

De onduidelijkheid van werkingssferen leidt tot veel discussie. In 2018 zijn er 11 uitspraken geweest over de uitleg van een werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. En momenteel zijn er acht lopende geschillen over verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds. Recent zijn twee belangrijke uitspraken gedaan.

BEWIJSLAST TOEPASBAARHEID VERPLICHTSTELLING

Het hof 's-Hertogenbosch⁵ heeft geoordeeld dat de bewijslast van de toepasbaarheid van verplichte deelname bij het bedrijfstakpensioenfonds ligt. Daarnaast heeft het hof in deze uitspraak het bedrijfstakpensioenfonds Metaalnijverheid teruggefloten. Dit fonds gaf aan dat het de bedoeling is geweest dat de verplichtstelling van Bpf Bouwnijverheid en Bpf Metaalnijverheid op elkaar aansluiten. De onderneming in

1 Hof van Justitie EG, 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:437, (Drijvende Bokken).
2 Brief van minister Koolmees, 5 juni 2019.
3 Brief van minister Koolmees, 27 juni 2019.

4 HR, 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363.
5 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:562.

casu viel onder de ‘blinde vlek’. Het hof gaf aan dat de wens van bedrijfstakpensioenfondsen om de werkingssferen te laten aansluiten, niet leidt tot de conclusie dat werkzaamheden daarom toch onder één van de werkingssferen moeten vallen.

OVERLAPPING VAN WERKINGSSFEREN EN ZORGPLICHT BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN

In de uitspraak van het gerechtshof Den Haag¹ stond ter discussie of Food Connect zich dient aan te sluiten bij Bpf Horeca & Catering of bij Bpf VLEP. Food Connect was al jaren aangesloten bij Bpf Horeca & Catering. Het hof geeft in deze uitspraak aan dat het uitgangspunt van de wetgever is dat cao-partijen ervoor moeten zorgen dat werkingssferen duidelijk zijn afgebakend. Mocht er toch sprake zijn van overlapping, dan is het aan de bedrijfstakpensioenfondsen om dit geschil gezamenlijk op korte termijn en in goed overleg op te lossen. Indien noodzakelijk dienen de betreffende bedrijfstakpensioenfondsen zorg te dragen voor een soepele overgang van het ene naar het andere fonds. Daarbij benadrukt het hof dat de onderneming en de werkzame werknemer, die de onduidelikheden van werkingssferen niet te verwijten valt, zoveel mogelijk moeten worden ontzien. Het hof merkte hierbij op dat het lukraak toesturen van premienota's aan een bedrijf dat te goeder trouw is aangesloten bij een ander bedrijfstakpensioenfonds hier niet bij past. Het toesturen van dergelijke premienota's en de daaruit voortvloeiende juridische procedures, hoge financiële lasten en pensioenonzekerheid acht het hof maatschappelijk ongewenst. Opmerkelijk is dat Bpf VLEP ondanks deze uitspraak in cassatie is gegaan bij de Hoge Raad.

Deze uitspraken laten zien dat verschillende bedrijfstakpensioenfondsen stellig zijn ten aanzien van de toepasbaarheid van werkingssferen, ook als er sprake is van overlapping. Zij lijken daarbij uit het oog te verliezen dat voor betrokkenen het in beginsel duidelijk moet zijn of de werkgever onder de verplichtstelling valt. Ook het belang van ondernemingen en haar werknemers lijkt er voor veel fondsen niet toe te doen. Bovendien brengen de vele rechtszaken hoge juridische kosten met zich mee, wat ten koste gaat van het vermogen van het bedrijfstakpensioenfonds.

Ook de groei van de interneteconomie draagt bij aan vragen omtrent werkingssferen (zie bijvoorbeeld de zaak Booking.com (ECLI:NL:GHAMS:2019:1849)). Lang niet alle bedrijfstakpensioenfondsen hebben hier op geanticipeerd, zodat veel discussie en onzekerheid ontstaat. Het is de taak van bedrijfstakpensioenfondsen om de werkingssferen van verplichtstellingsbesluiten aan te laten passen en, indien gewenst, ze ook aan te laten sluiten op de interneteconomie.

DERDE KNELPUNT WET BPF: REPRESENTATIVITEIT

De Minister van SZW kan op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak besluiten tot een verplichtstelling. De minister stelt het besluit vast indien naar zijn oordeel de meerderheid van de desbetreffende bedrijfstak vertegenwoordigd is bij de aanvraag.

Er is sprake van voldoende representativiteit als ten minste 60 % van de desbetreffende bedrijfstak vertegenwoordigd is. Het representativiteitsvereiste geldt voor zowel werknemers- als werkgeversorganisaties. Wanneer minder dan 50 % vertegenwoordigd is bij de aanvraag van de verplichtstelling kan de verplichtstelling niet worden toegewezen. De representativiteitstoets wordt elke vijf jaar herhaald. Daalt de representativiteit tot onder 55 %, dan stellen de beleidsregels Toetsingskader BPF 2000 het volgende:

Indien bij de herhalingsstoets sprake is van een meerderheid tussen de 50 % en 55 %, zal in beginsel de verplichtstelling worden ingetrokken, tenzij er naar het oordeel van de Minister van SZW sprake is van bijzondere omstandigheden. Wanneer bij de herhalingsstoets sprake is van een percentage beneden de 50 %, zal de verplichtstelling worden ingetrokken, waarbij de Minister van SZW rekening zal houden met de rechten van de deelnemers en gewezen deelnemers.

Van belang voor het in stand houden van de verplichtstelling in een sector is derhalve in hoeverre werkgevers en werknemers lid zijn van een vakbond of werkgeversorganisatie. Hoe groot zijn de werknemersorganisaties tegenwoordig? Het CBS heeft geconstateerd dat het aantal leden van vakbonden blijft afnemen. In 2017 nam het aantal leden af tot 1,7 miljoen vakbondsleden. Daarvan is slechts 5 % ‘jonge werknemer’ (15-25 jaar). Uitgedrukt in een percen-

¹ Gerechtshof Den Haag, 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3330.

tage van alle werkenden is slechts 20 % van de werkenden vakbondslid.

Omdat een klein deel van de werknemers lid is van een vakbond en weinig jongeren lid zijn, is de huidige maatstaf van representativiteit ons inziens niet toekomstbestendig en weinig representatief.

Dat de representatieve maatstaf niet toekomstbestendig is, wordt onderschreven door de recente ontwikkeling van de representativiteit van het georganiseerde bedrijfsleven in de Rijn- en Binnenvaart.

Momenteel bedraagt de representativiteit 40 %. Deze lijkt niet meer verhoogd te kunnen worden binnen de vereiste termijn, zodat de verplichtstelling in beginsel op grond van de Wet Bpf moet worden ingetrokken.

IS DE WET BPF TOEKOMSTBESTENDIG?

De Wet Bpf draagt bij aan het beperken van de witte vlekken, maar in de huidige vorm lijkt het plafond te zijn bereikt. Uit cijfers van DNB¹ is gebleken dat er sprake is van stagnatie van het aantal deelnemers, een forse stijging van het aantal gewezen deelnemers van het aantal witte vlekken (van 4 % naar 13 %).² Bovendien kunnen knelpunten niet langer genegeerd worden. De Wet Bpf is in deze hoedanigheid niet toekomstbestendig. Hier liggen de volgende redenen aan ten grondslag:

- De kans is groot dat de Wet Bpf door de maatregelen in het Pensioenakkoord – het afschaffen van de doorsneepremiesystematiek en het introduceren van opnamen van een bedrag ineens op pensioeningangsdatum – in strijd is met het Europees Mededingingsrecht.
- De Wet Bpf brengt een grotere mate van rechtsonzekerheid met zich mee vanwege de ruime toepasbaarheid van de verplichtstellingsbesluiten.
- De periodieke representativiteittoets zal door de dalende organisatiegraad in beginsel moeten leiden tot een aantal intrekkingen van verplichtstellingen op grond van de Wet Bpf.

TIJD VOOR HERZIENING?

Jurisprudentie, technologische ontwikkelingen, duidelijke taal van rechters over het handelen van bedrijfstakpensioenfondsen en het nalaten van doorvoeren

- 1 DNB Statistieken, Pensioen, zie <https://statistiek.dnb.nl/dashboards/pensioenen/>.
- 2 Brief van minister Koolmees, 27 juni 2019, Betreft Verzamelbrief Pensioenonderwerpen.

Ledenaantal werknemersorganisatie neemt sterk af

van veranderingen door bedrijfstakpensioenfondsen, maken duidelijk dat het tijd is voor het kabinet om ook de Wet Bpf mee te nemen in de hervorming van het pensioenstelsel.

Een langere-termijnoplossing is het invoeren van een algemene pensioenplicht, bijvoorbeeld op basis van het minimumloon. Het instellen van een algemene pensioenplicht is het ultieme middel om de witte vlekken weg te nemen. Immers alle werknemers, inclusief zzp'ers, bouwen dan pensioen op. Naast het wegnemen van de witte vlekken zal een algemene pensioenplicht er ook voor zorgen dat er minder aanspraak wordt gemaakt op sociale voorzieningen, omdat alle werkenden pensioen opbouwen.

Het instellen van een algemene pensioenplicht leidt tot grote veranderingen en is een oplossing voor langere termijn. Omdat de knelpunten niet genegeerd kunnen worden, raden we de volgende kortetermijnoplossingen aan:

- Maatregelen treffen tegen de onduidelijkheid van werkingsferen. Overlappingsen moeten in ieder geval worden voorkomen, en als er sprake is van overlapping dan moeten bedrijfstakpensioenfondsen hier onderling uitkomen. Een bedrijfstakpensioenfonds zou geen rechtszaak mogen aanspannen tegen een onderneming, zolang er sprake is van overlapping van werkingsferen of deelname aan een ander bedrijfstakpensioenfonds.
- Startende ondernemingen moeten bij inschrijving in de KvK expliciet worden gewezen op de mogelijkheid van verplichte aansluiting. Aan de hand van de SBI-code kunnen mogelijk in aanmerking komende bedrijfstakpensioenfondsen zelfs al worden gemeld door de KvK.
- Meer transparantie ten aanzien van de representativiteit: Welke partijen vertegenwoordigen de bedrijfstak? En wanneer is de representativiteit getoetst?