



Verplichtstelling in een bedrijfstakpensioenfonds

Met de komst van de Wet toekomst pensioenen laait wederom de discussie op rond de haalbaarheid van de verplichtstelling in een bedrijfstakpensioenfonds. In dit stuk ga ik in op de argumenten die een rol spelen bij de lopende discussie.

DE VERPLICHTSTELLING

Pensioen is een onderdeel van de (collectieve) arbeidsovereenkomst; de inhoud daarvan is tot stand gekomen in onderhandeling tussen werkgever(s) en werknemer(s), of door hun organisaties. Op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, kunnen sociale partners een verplichtstelling aanvragen. Wanneer deze sociale partners een naar het oordeel van de Minister van SZW een belangrijke meerderheid vertegenwoordigen kan de minister deze verplichtstelling opleggen. Dit betekent dat ook werknemers van niet-georganiseerde werkgevers in die betreffende bedrijfstak hun pensioen niet zomaar bij een ander pensioenfonds kunnen opbouwen.

De verplichtstelling zorgt ervoor dat de meeste werknemers in Nederland aanvullend pensioen opbouwen. Doordat voor alle werknemers eenzelfde premie wordt betaald, vindt er binnen de bedrijfstak geen concurrentie plaats op basis van verschillen in niveaus van de pensioenvoorziening. Kort gezegd zorgt de verplichtstelling voor een doelmatige uitvoering en dat het mogelijk is om risico's collectief te delen, ook risico's die anders niet zouden kunnen worden afgedekt.

AL EERDER DISCUSSIE

De discussie over de haalbaarheid van de verplichtstelling spitst zich toe op de vraag of de verplichtstelling past binnen de Europese wetgeving. In het verleden is deze vraag al een aantal keer beantwoord door het Hof van Justitie van de Europese Unie¹. Toen was de conclusie dat de verplichtstelling de vrije mededinging beperkte, hetgeen in principe op grond van de Europese wetgeving niet mag, maar deze inperking kon worden gerechtvaardigd.

NIEUWE DISCUSSIE

In het pensioenakkoord² wordt de verplichtstelling als een van de sterke elementen van het huidige stelsel gezien en sociale partners en

Mr. M. Colly is manager Public Affairs bij MN.



de regering willen er dan ook zeker van zijn dat deze verplichtstelling ook in het nieuwe stelsel mogelijk is. Met de komst van de Wet toekomst pensioenen is het dan ook belangrijk om na te gaan of de verplichtstelling ook dan nog houdbaar is. De Nederlandse regering zal immers ook in de toekomst moeten kunnen onderbouwen dat de inbreuk op de vrije mededinging gerechtvaardigd is.

In de concept Memorie van Toelichting bij het consultatiedocument geeft de regering aan dat de verplichtstelling onder andere kan worden gerechtvaardigd met de bedrijfstakbrede acceptatieplicht die een verplichtstelling met zich meebrengt. Voor de juridische onderbouwing is verder van belang dat aannemelijk kan worden gemaakt dat het zonder de verplichtstelling naar verwachting niet mogelijk zal zijn om de pensioenregeling voor alle betrokken ondernemingen tegen economisch aanvaardbare kosten uit te voeren³.

In de Memorie van Toelichting wordt vervolgens aangegeven dat uit de juridische analyses die de regering heeft laten uitvoeren, blijkt dat de verplichtstelling van de 'kale' flexibele premieregeling gerechtvaardigd kan worden, mits voldoende aannemelijk gemaakt kan worden dat de verplichtstelling leidt tot economisch meer aanvaardbare kosten. Daarbij wordt aangegeven dat dit bij een kale flexibele premieregeling lastiger is aan te tonen dan bij de solidaire premieregeling⁴. Vervolgens wordt aangegeven dat aanvullende solidariteitselementen kunnen bijdragen aan de houdbaarheid van de verplichtstelling. Er zijn dan ook voor de flexibele premieregeling twee solidariteitselementen optioneel mogelijk voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds, te weten een solidariteitsreserve en het breder delen van het micro-levensrisico⁵. Met deze toevoeging lijkt de regering aan te geven dat voor een verplichtstelling van de flexibele premieregeling deze elementen nodig zijn, maar legt de uiteindelijke inschatting daarvan neer bij de bedrijfstakpensioenfonds zelf. Aangezien er de regering veel aan gelegen is om de verplichtstelling als sterk element van het stelsel te behouden, lijkt het me op zijn plaats dat de regering na een gedegen studie hier verantwoordelijkheid neemt en zorgt voor adequate regelgeving en een duidelijke toelichting.

GEDEGEN STUDIE

Een aantal geleerden heeft zich inmiddels gebogen over de vraag naar de houdbaarheid van de verplichtstelling. Ik bespreek er hieronder twee.

Zo heeft Lutjens in opdracht van het ministerie een studie verricht naar de houdbaarheid van de verplichtstelling na pensioenakkoord⁶. Lutjens geeft aan dat voor mededingingsrechtelijke houdbaarheid van de verplichtstelling drie elementen aanwezig moeten zijn, namelijk dat:

- het bedrijfstakpensioenfonds een taak van algemeen economisch belang verricht;
- bij toepassing van het mededingingsrecht het fonds die taak niet kan vervullen;
- de verplichtstelling voor het vervullen van die taak noodzakelijk (evenredig) is⁷.

Vervolgens toetst Lutjens of daar in zijn ogen aan wordt voldaan bij het nieuwe pensioenstelsel.

Ook binnen het nieuwe pensioenstelsel vervult een bedrijfstakpensioenfonds nog steeds een taak van algemeen economisch belang. Met de verplichtstelling geeft de overheid invulling aan het beleid ten aanzien van het pensioenstelsel als geheel en de doelstelling om alle werknemers in een bedrijfstak toegang te geven tot een aanvullend pensioen; gezien de lage AOW heeft het bedrijfstakpensioenfonds een sociale taak en daarmee vervult het fonds een taak van algemeen economisch belang.

De vraag of het fonds de taak niet zou kunnen vervullen zonder verplichtstelling spitst zich toe op de vraag of het fonds deze taak dan niet tegen aanvaardbare kosten zou kunnen vervullen. Dit zou het geval zijn wanneer het bedrijfstakpensioenfonds zonder de verplichtstelling rendabele en onrendabele diensten of goede en slechte risico's niet kan compenseren, de rendabele diensten en goede risico's naar aanbidders op de vrije markt (kunnen) vertrekken. Dit veronderstelt zoals eerder aangegeven dat er een mate van solidariteit moet zijn. Daarbij zijn in de rechtspraak wel voorbeelden genoemd, maar er is geen sprake van een vaststaand lijstje.

ACCEPTATIEPLICHT OP ZICH AL ONVERGELIJKBAAR

Lutjens geeft aan dat de bedrijfstakbrede acceptatieplicht in zijn ogen een belangrijk aanknopingspunt is. Hij geeft aan de acceptatieplicht voor alle werknemers en hun werkgevers in de gehele bedrijfstak op zich al onvergelijkbaar is met de acceptatieplicht die een andere aanbieder binnen het contract met een enkele werkgever kan hebben⁸.

Daarnaast bekijkt hij de solidariteitsaspecten van de twee mogelijke contracten en hij geeft aan dat het een actuariële en economische onderbouwing vergt of zonder verplichtstelling deze elementen niet meer tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers aangeboden kan worden.

Ten aanzien van de solidaire premieregeling geeft hij aan dat gelet op het belang van solidariteit tussen generaties en de voorlopige aanname dat dit alleen bij een verplichtstelling is te realiseren, het aannemelijk is dat dit element voldoende is voor rechtvaardiging van de verplichtstelling.

Ten aanzien van de flexibele premieregeling betoogt hij dat wanneer binnen die regeling de enige vorm van solidariteit binnen generaties plaatsvindt, er rechtvaardiging van de verplichtstelling gevonden moet worden in de bedrijfstakbrede acceptatieplicht en onderbouwd moeten kunnen worden dat zonder deze verplichtstelling het fonds bij (mogelijke) uittreding van werkgevers (met goede risico's) de pensioenregeling voor andere werkgevers niet meer tegen aanvaardbare kosten kan uitvoeren.

Indien vastgesteld is dat de pensioenregeling zonder de verplichtstelling niet tegen aanvaardbare kosten voor alle werknemers is uit te voeren, kan aangenomen worden dat hiermee vaststaat dat de verplichtstelling voor het beoogde doel ook noodzakelijk is. Lutjens geeft daarbij het advies dat een periodieke toets op de noodzakelijkheid de houdbaarheid van de verplichtstelling kan versterken⁹.

In deze analyse van Lutjens lees ik meer twijfels ten aanzien van de houdbaarheid van de verplichtstelling ten aanzien van de flexibele premieregeling dan die van de solidaire premieregeling. Daarnaast is de analyse opgesteld in januari 2020, dat is al weer enige tijd geleden. Inmiddels wordt steeds duidelijker hoe de wetgeving er uit komt te zien. Het zou daarom in mijn ogen een goede zaak zijn om een aanvullende analyse te laten verrichten. Deze analyse zou dan mijns inziens gevolgd moeten worden door een actuariële en economische analyse zoals ook Lutjens aangeeft¹⁰.

Ook Van Meerten heeft, samen met Vlastuin, gekeken naar de houdbaarheid van de verplichtstelling¹¹. Zij geven aan dat de houdbaarheid van de verplichtstelling bezien vanuit het Europese mededingingsrecht afhangt van de mate waarin het nieuwe pensioenstelsel gezien kan worden als een solidair systeem. Omdat het begrip solidariteit verschillend wordt verstaan in de literatuur en het Hof hier ook geen harde uitspraken over heeft gedaan vinden ze het lastig een oordeel te geven over in hoeverre de beoogde premieregelingen solidair zijn. Over één ding lijken Lutjens en Van Meerten c.q. Vlastuin het eens te zijn, namelijk dat de solidaire premieregeling met uitgebreide risicodeling eerder houdbaar lijkt te zijn dan de flexibele premieregeling met beperkte risicodeling.

Naast het mededingingsrecht zien van Meerten en Vlastuin nog een obstakel voor de verplichtstelling, namelijk het vrij verkeer van diensten. Een verplichtstelling kan alleen worden opgelegd aan een bedrijfstakpensioenfonds en dit moet een Nederlandse stichting zijn. Hierdoor komen buitenlandse pensioenuitvoerders niet in aanmerking voor een verplichtstelling. De vraag is of deze inbreuk gerechtvaardigd kan worden. Dit element is echter niet nieuw voor het nieuwe pensioenstelsel, maar dit is iets dat nu ook al speelt. Van Meerten en Vlastuin zijn van mening dat de inbreuk niet gerechtvaardigd kan worden, anderen menen dat hier wel sprake kan zijn van rechtvaardiging¹². In de Memorie van Toelichting is over dit vraagstuk niets opgenomen, hetgeen verklaard kan worden uit het feit dat er geen sprake is van een nieuwe situatie.

VOORZICHTIGE CONCLUSIE

Op basis van de jurisprudentie en de verschillende analyses die voorhanden zijn trek ik de voorzichtige conclusie dat verplichtstelling van de solidaire premieregeling houdbaar lijkt te zijn. Ten aanzien van de flexibele premieregeling zijn er meer twijfels, zeker zonder de extra optionele solidariteitselementen. Gezien het belang dat de regering en alle andere partijen van het pensioenakkoord hechten aan de verplichtstelling is het noodzakelijk dat de regering zorgt dat de houdbaarheid middels de nodige wetgeving wordt geborgd en deze onderbouwt in de Memorie van Toelichting. ■

1 – HvJEU 21 september 1999 (Albany); HvJEU 21 september 1999 (Brentjens); HvJEU 21 september 1999 (Drijvende Bokken).

2 – Ser-advies 19/05 | Juni 2019 Naar een nieuw pensioenstelsel.

3 – Memorie van Toelichting Wet toekomst pensioenen – versie internetconsultatie, blz. 122.

4 – Memorie van Toelichting Wet toekomst pensioenen – versie internetconsultatie, blz. 122.

5 – Memorie van Toelichting Wet toekomst pensioenen – versie internetconsultatie, blz. 122.

6 – Prof. Dr. E. Lutjens, Analyse: verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar, 7 januari 2020.

7 – Prof. Dr. E. Lutjens, Analyse: verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar, 7 januari 2020, blz. 53/54.

8 – Prof. Dr. E. Lutjens, Analyse: verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar, 7 januari 2020, blz. 55.

9 – Prof. Dr. E. Lutjens, ANALYSE: verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar, 7 januari 2020, blz. 57.

10 – Prof. Dr. E. Lutjens, ANALYSE: verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar, 7 januari 2020, blz. 56.

11 – H. van Meerten & S.L. Vlastuin, 'Is de verplichtstelling nog houdbaar?', PensioenActualiteiten 21 januari 2021

12 – Zie bijvoorbeeld M.J.C.M van der Poel, De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging, 2013, blz. 62.