

# Intrekking van de verplichtstelling: wanneer mag of moet het?

TPV 2023/12

## 1. Inleiding

Ruim 75% van de werknemers met een pensioenovereenkomst neemt deel in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.<sup>2</sup> In deze bijdrage gaan wij in op de wijze waarop de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (verplichtstelling) kan eindigen door intrekking. Wij bespreken onder meer wanneer de minister ambtshalve of op verzoek de verplichtstelling kan of moet beëindigen wegens onvoldoende representativiteit in de bedrijfstak. Daarnaast schetsen wij de intrekkingprocedure en de gevolgen van de intrekking. Tot slot presenteren wij onze bevindingen en doen wij enkele aanbevelingen.<sup>3</sup>

## 2. Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

### 2.1 Verplichtstelling op verzoek belangrijke meerderheid sociale partners

Om te begrijpen hoe de verplichtstelling kan eindigen, is het noodzakelijk om te analyseren hoe de verplichtstelling tot stand komt. De verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds gebeurt uitsluitend op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven dat naar het oordeel van de minister een 'belangrijke meerderheid' van de in de bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt.<sup>4</sup> Feitelijk betekent dit dat sociale partners – werkgevers- en werknemersorganisaties – voldoende representatief moeten zijn en gezamenlijk moeten verzoeken om de verplichtstelling.<sup>5</sup>

2.1.1 *Toetsing representativiteit werkgeversorganisaties*  
Wanneer er voldoende representativiteit is aan de zijde van werkgeversorganisaties, blijkt uit tabel 1. Bij verplichtstelling in meerdere bedrijfstakken moet de representativiteit per bedrijfstak afzonderlijk worden beoordeeld.

Tabel 1 Representativiteitseis verplichtstellingsaanvraag<sup>6</sup>

Vertegenwoordigingsgraad	Belangrijke meerderheid
> 60% werknemers	Ja
55-60% werknemers	Ja, tenzij
50-55% werknemers	Nee, tenzij
< 50% werknemers	Nee

Werkgeversorganisaties zijn representatief indien zij (a) ten minste 60% van de werknemers in de bedrijfstak vertegenwoordigen en (b) statutair bevoegd zijn arbeidsvoorwaarden af te spreken voor de bedrijfstak. De eisen aan de opgave van de representativiteit zijn vastgelegd in een afzonderlijke regeling.<sup>7</sup> Het is niet mogelijk om succesvol zienswijzen (bedenkingen) in te dienen tegen de vaststelling dat werkgeversorganisaties ten minste 60% van de werknemers in de bedrijfstak vertegenwoordigen. Een meerderheid van 55 tot 60% is aanvaardbaar, tenzij uit ingediende bedenkingen blijkt dat het draagvlak binnen de werkingsfeer van het bedrijfstakpensioenfonds klein is of dat sprake is van een scheve verdeling van de meerderheid (over- of ondervetegenwoordiging grote bedrijven of deelsectoren).<sup>8</sup> Of sprake is van een scheve verdeling is een discretionaire bevoegdheid van de minister.<sup>9</sup> De minister kan aanvullende rapportage verlangen van een (gecertificeerde) accountant over de juistheid van de opgave. Bij een meerderheid van 50 tot 55% komt er geen verplichtstelling, tenzij de minister oordeelt dat er bijzondere omstandigheden zijn.<sup>10</sup> De beoordeling wat kwalificeert als bijzondere omstandigheden is maatwerk en hangt af van alle omstandigheden van het geval.<sup>11</sup> De representativiteit wordt – bij het verzoek van de minister – periodiek getoetst om te beoordelen of er nog steeds voldoende draagvlak is (art. 12 Wet Bpf 2000).

2.1.2 *Toetsing representativiteit werknemersorganisaties*  
De toetsing van de representativiteit van werknemersorganisaties strekt zich in beginsel niet verder uit dan de vraag of de betrokken werknemersorganisaties op grond van hun statuten bevoegd zijn tot het maken van afspraken over de arbeidsvoorwaarden in de bedrijfstak die het betreft.<sup>12</sup> Dan worden zij geacht voldoende representatief te zijn. Indiening van een aanvraag door representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties maakt dat in eer-

1 Prof. mr. drs. Mark Heemskerk EPP CFP is hoogleraar Pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner bij heldlaw en raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Bosch. Mr. Ramon van Lieshout is promovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij bereidt een proefschrift voor over beëindiging van de verplichtstelling.

2 CBS, 'Arbeidsgerelateerd ouderdomspensioen; aanspraken, uitvoerders, regelingen', 31 december 2021, cbs.nl.

3 Omwille van de afbakening van het onderwerp zal er in dit artikel geen aandacht worden besteed aan de houdbaarheid van de verplichtstelling met Europees recht. Evenmin gaan wij in op beëindiging van de verplichtstelling via eindigen van de werkingsfeer, vrijstelling en/of ontheffing.

4 Art. 2 lid 1 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf), par. 3.1. Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf.

5 Bij de aanvraag tot verplichtstelling moet een representativiteitsverklaring zijn gevoegd (art. 2 lid 2, onder a, Wet Bpf 2000).

6 M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, 2020, p. 310.

7 Regeling betreffende aanvragen op grond van de wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, *Strct.* 2000, 251.

8 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, 3, p. 6.

9 Par. 3.1.a. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000; zie voor een vergelijkbare conclusie par. 4.1 Toetsingskader AVV en Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:224, par. 4.69 (*Deliveroo*).

10 *Asser-Lutjens 7-XI* 2019/319-321.

11 Par. 3.1.a. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

12 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, 3, p. 6.

ste instantie voldoende duidelijk is dat ook steun voor de aanvraag bestaat bij werknemers.<sup>13</sup> Tegen de representativiteit van de werknemersorganisatie(s) kunnen zienswijzen (bedenkingen) worden ingebracht. SZW toetst dan of de betreffende werknemersorganisaties representatief zijn in relatie tot de overige werknemersorganisaties die actief zijn binnen de bedrijfstak.<sup>14</sup>

## 2.2 Gevolgen verplichtstelling

Besluit de minister tot verplichtstelling, dan wordt het verplichtstellingsbesluit gepubliceerd in de *Staatscourant*.<sup>15</sup> Een van de belangrijkste rechtsgevolgen is dat iedere werkgever en werknemer die onder de werkingssfeerbepaling valt (inclusief ongeorganiseerden), verplicht deelneemt. Voor werknemers betekent dit samengevat dat zij pensioen verwerven bij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. Voor werkgevers betekent het dat zij premieplichtig zijn. Zij zijn gehouden tot naleving van de statuten, reglementen en daarop gebaseerde besluiten (art. 4 Wet Bpf 2000).

De door sociale partners opgestelde werkingssfeer bepaalt de reikwijdte van de verplichtstelling. De werkingssfeer kan één<sup>16</sup> of meerdere<sup>17</sup> bedrijfstakken beslaan. Een bedrijfstakpensioenfonds kan verschillende subsectoren omvatten.<sup>18</sup> Wettelijk uitgangspunt is dat werkingssfeerbepalingen voldoende duidelijk moeten zijn.<sup>19</sup> De praktijk laat zien dat geschillen over de werkingssfeerbepaling het meest voorkomende specifieke pensioengeschil is.<sup>20</sup> Hoge Raad-arresten zoals *Vector*,<sup>21</sup> *Adimec*,<sup>22</sup> *Unis*,<sup>23</sup> *Booking*<sup>24</sup> en *Care 4 Care*<sup>25</sup> zijn klassiekers. Vaak wordt in de werkingssfeerbepaling omschreven dat de bedrijfsactiviteiten 'uitsluitend' of 'in hoofdzaak' moeten zijn verricht.<sup>26</sup> Het ontbreken van een hoofdzakelijkheids criterium (zoals bij *MITT*)<sup>27</sup> leidt tot de vraag of er voldoende representativiteit is van de sociale partners en/of een scheve verdeling. Twijfelachtig is of werkgevers die slechts beperkte werkzaamheden verrichten zijn meegeteld voor de representativiteit. Werkgevers zullen bepleiten dat het een onaanneemelijk rechtsgevolg is dat zij onder de werkingssfeer vallen, ondanks dat zij niet vertegenwoordigd zijn of er zelfs onvoldoende representativiteit is.<sup>28</sup> Onvoldoende re-

presentativiteit wordt eveneens ingezet als argument om het verplichtstellingsbesluit onverbindend te laten verklaren, tot op heden met weinig succes.<sup>29</sup> Toch is een verzoek om het verplichtstellingsbesluit onverbindend/onrechtmatig te laten verklaren niet op voorhand geheel kansloos indien *vaststaat* dat de representativiteit onjuist is vastgesteld.<sup>30</sup>

Sociale partners dienen werkingssferen uiterlijk in 2024 te actualiseren zodat onduidelijkheden in de werkingssfeerbepalingen tot het verleden zullen behoren.<sup>31</sup> Zo'n wijziging van de werkingssfeerbepaling biedt werkgevers de mogelijkheid om zienswijzen en bedenkingen in te dienen, bijvoorbeeld tegen de representativiteit.<sup>32</sup> Een WOO-verzoek kan helpen om inzage te krijgen in representativiteitscijfers.

## 3. Beëindiging van de verplichtstelling

De verplichtstelling kan eindigen door intrekking van het verplichtstellingsbesluit. De wet voorziet in de mogelijkheid van ambtshalve intrekking door de minister en intrekking op aanvraag van sociale partners (art. 11 Wet Bpf 2000). De wijze waarop de intrekking verloopt, is gereguleerd in de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

### 3.1 Ambtshalve intrekking door de minister

Ambtshalve intrekking is gecreëerd voor het geval het bedrijfstakpensioenfonds in strijd handelt met de wet, bijvoorbeeld indien statuten en reglementen in strijd zijn met de wetgeving.<sup>33</sup> Van dit paardenmiddel wordt niet snel gebruik gemaakt.

Een andere reden voor ambtshalve intrekking is onvoldoende draagvlak. Is niet aan de representativiteitscriteria voldaan, dan wordt de wijzigingsaanvraag niet gehonoreerd. De representativiteit wordt periodiek – vijfjaarlijks – getoetst (art. 12 lid 2 Wet Bpf 2000). Die peildatum-systematiek betekent dat de representativiteit vijf jaar onvoldoende kan zijn. Volgens de wetsgeschiedenis dient bij een aanvraag van wijziging van de verplichtstelling de representativiteit *gedurende* die vijf jaar te worden getoetst. Is er dan nog steeds onvoldoende representativiteit dan wordt de verplichtstelling niet automatisch ingetrokken.<sup>34</sup> Volgens de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 kan de minister ambtshalve (of op verzoek van belanghebbenden) intrekken bij onvoldoende representativiteit.<sup>35</sup>

13 *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, 3, p. 6-7.  
 14 *Asser-Lutjens 7-XI 2019/320*; zie ook par. 3.1.a. Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000.  
 15 Art. 16 lid 2 sub b Wet Bpf 2000.  
 16 Vgl. bedrijfstakpensioenfonds voor de woningcorporaties.  
 17 Vgl. bedrijfstakpensioenfonds voor de Groothandel in Vlakglas, de Groothandel in Verf, het Glasbewerkings- en het Glazeniersbedrijf.  
 18 *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, 6, p. 9.  
 19 Par. 2. Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000; vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:472, *PJ 2021/24*.  
 20 M. Heemskerck, 'Kroniek pensioenrechtspraak 2021', *PensioenMagazine* 2022/68.  
 21 HR 21 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, *PJ 2012/65*.  
 22 HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:215, *PJ 2014/69*, m.nt. E. Lutjens.  
 23 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363, *NJ 2019/29*.  
 24 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, *JAR 2021/122*, m.nt. M. Heemskerck en *PJ 2021/65*, m.nt. E. Lutjens (*Booking*).  
 25 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *PJ 2017/6*, m.nt. B. Degelink.  
 26 *Asser/Lutjens 7-XI 2019/349*.  
 27 Zie onder meer Rb. Noord-Holland 8 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11361, *PJ 2022/11 (Woltex)*; Rb. Den Haag 10 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3046.  
 28 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.35 (*Deliveroo*).

29 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.66-5.68 (*Deliveroo*); ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:501; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 7.5.1-7.5.2; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2017; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018; en CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2019.  
 30 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2023:224, par. 4.70 (*Deliveroo*).  
 31 Brief naar aanleiding van WGO Wetsvoorstel toekomst pensioenen 10 oktober 2022, p. 14-15.  
 32 Art. 16 lid 2 Wet Bpf 2000; zie ook par. 3.1.a. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.  
 33 *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, 6, p. 19-20.  
 34 *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, 3, p. 7.  
 35 Par.4.e. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

### 3.1.1 *Intrekkingsprocedure*

Intrekking wegens onvoldoende representativiteit deed zich ambtshalve recent voor bij het bedrijfstakpensioenfondsen voor de Rijn- en Binnenvaart (*Stcrt.* 2021, 39122) en het bedrijfstakpensioenfondsen voor de Bouwnijverheid voor zover het de bedrijfstak Mortel- en Morteltransportondernemingen betrof (*Stcrt.* 2022, 24429). Bij onvoldoende representativiteit wordt de verplichtstelling niet meteen ingetrokken. In de *Staatscourant* wordt gepubliceerd dat er onvoldoende draagvlak is (art. 12 lid 4 Wet Bpf 2000). Sociale partners hebben – door het aangenomen amendement Schimmel c.s.<sup>36</sup> – recht op een herkansingstoets na twee jaar. Is er dan nog steeds onvoldoende representativiteit, dan vindt volgens de letter van de wet direct intrekking plaats. De verplichtstelling kan ondanks onvoldoende representativiteit minimaal zeven jaar blijven gelden. Een grote werkgever binnen de bedrijfstak kan zijn lidmaatschap met de werkgeversorganisatie opzeggen enkele weken nadat de periodieke representativiteitstoets heeft plaatsgevonden. De periode waarin geen representativiteit aanwezig is kan zelfs na die zeven jaar door de minister worden verlengd wegens overwegende bezwaren in verband met de bescherming van de rechten van deelnemers en gewezen deelnemers (art. 12 lid 6 Wet Bpf 2000). De wetsgeschiedenis noemt als voorbeeld van overwegende bezwaren wanneer door verdwijning van de verplichtstelling de financiële positie van het bedrijfstakpensioenfondsen ernstig onder druk zou komen te staan en daardoor de rechten van de deelnemers en gewezen deelnemers rechtstreeks worden bedreigd.<sup>37</sup> De wetsgeschiedenis laat discretionaire bevoegdheid aan de minister om te oordelen of er sprake is van overwegende bezwaren. Daarbij dient de minister De Nederlandse Bank (hierna: DNB) om haar opvatting te vragen.<sup>38</sup> De minister heeft met een beroep op art. 12 lid 6 Wet Bpf 2000 besloten om de intrekking van de verplichtstelling in de Rijn- en Binnenvaart niet eerder dan per 1 januari 2025 te effectueren. Dit geeft sociale partners voldoende tijd om een besluit te nemen over rechten van de deelnemers en gewezen deelnemers waarbij ook rekening wordt gehouden met de samenloop met de herziening van het pensioenstelsel.<sup>39</sup> Sociale partners zijn momenteel op zoek naar een pensioenuitvoerder nu het Bedrijfstakpensioenfondsen Rijn- en Binnenvaart geen vrijwillige regeling zal uitvoeren.<sup>40</sup>

### 3.1.2 *Verplichtstelling zonder representativiteit*

De minister kan de verplichtstelling ondanks onvoldoende representativiteit voor onbepaalde duur verlengen. Dat staat op gespannen voet met het wettelijk uitgangspunt van ambtshalve intrekking bij onvoldoende representativiteit.

Het besluit van de minister tot volledige intrekking van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpen-

sioenfondsen voor de Rijn- en Binnenvaart dateert van 19 augustus 2021. Hierdoor wordt de intrekking meer dan drie jaar en vier maanden uitgesteld tot 1 januari 2025. Dat is langer dan de termijn van de herkansingstoets. Ongeorganiseerde werkgevers en werknemers zijn dan gebonden ondanks onvoldoende representativiteit. Zijn de rechten van (gewezen) deelnemers en de herziening van het pensioenstelsel overwegende bezwaren tegen intrekking? Onduidelijk is hoe de minister tot zijn oordeel komt. Dit leidt tot onwenselijke rechtsonzekerheid, zeker voor ongeorganiseerde werkgevers en werknemers die zonder voldoende representativiteit gebonden blijven aan de verplichtstelling. Deze rechtsonzekerheid kan een motiveringsplicht zijn voor “overwegende bezwaren” en concretisering daarvan, inclusief termijnen, in de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000. Is het verlies van een pensioenvoorziening en concurrentie in de bedrijfstak op de arbeidsvoorwaarde pensioen reden om een verplichtstelling op te blijven leggen zonder belangrijke meerderheid in de bedrijfstak? Argumentatie draagt bij aan de legitimatie van een verlenging van de verplichtstelling zonder onvoldoende representativiteit. De beleidsvraag is of het uitgangspunt niet zou moeten zijn dat er zonder voldoende representativiteit geen verplichtstelling moet zijn, tenzij daar goede controleerbare redenen voor zijn. De huidige regelgeving met meer dan zeven jaar ‘uitstel’ staat haaks op de democratische gedachte in de wet dat er een belangrijke meerderheid moet zijn voor een verplichtstelling.

### 3.2 *Intrekking op verzoek sociale partners*

Intrekking van de verplichtstelling is eveneens mogelijk op verzoek van representatieve sociale partners. Zo'n intrekkingaanvraag kan betrekking hebben op de gehele verplichtstelling of een gedeelte daarvan. Formeel moeten sociale partners de aanvraag indienen.<sup>41</sup> De praktijk laat zien dat de aanvraag namens sociale partners gedaan wordt door een derde partij, zoals het pensioenfondsen.<sup>42</sup> Zolang controleerbaar is dat sociale partners instemmen, lijkt dit geen materieel probleem. De intrekkingprocedure vindt op gelijke wijze plaats als de verplichtstellingsaanvraag. Bij de intrekkingaanvraag wordt onderzocht of sociale partners binnen de bedrijfstak nog voldoende representatief zijn. Wanneer het intrekkingverzoek meerdere bedrijfstakken omvat, moet per bedrijfstak afzonderlijk getoetst worden of sociale partners nog voldoende representatief zijn.<sup>43</sup> Dit waarborgt dat de grote bedrijfstakken niet de intrekking van de verplichtstelling opleggen aan kleinere bedrijfstakken die handhaving van de verplichtstelling wensen. De intrekkingaanvraag wordt gepubliceerd in de *Staatscourant*, zodat daartegen zienswijzen kunnen worden ingediend. De minister vraagt vooraf het oordeel van DNB over de financiële opzet. De minister kan voorschriften verbinden aan het intrekking-

36 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, 18, p. 1-2.*

37 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, 3, p. 7.*

38 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, 3, p. 7; zie ook par 3.2. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.*

39 *Stcrt.* 2021, 39122.

40 Binnenvaartbranchevereniging Koninklijke Binnenvaart Nederland, [www.binnenvaart.nl/nieuws/487-kbn-en-nautilus-tekenen-voor-nieuwe-pensioenregeling](http://www.binnenvaart.nl/nieuws/487-kbn-en-nautilus-tekenen-voor-nieuwe-pensioenregeling).

41 *Stcrt.* 2000, 251, p. 57.

42 Zie onder meer: *Stcrt.* 2017, 70746; *Stcrt.* 2018, 50679; *Stcrt.* 2018, 68280; *Stcrt.* 2019, 55840; *Stcrt.* 2020, 35068; *Stcrt.* 2020, 54893; *Stcrt.* 2022, 7372; *Stcrt.* 2022, 25840.

43 T. Huijg, in: *T&C Pensioenrecht 2021*, art. 2 Wet Bpf 2000, aant. g.

besluit met als doel bescherming van de rechten van (ge-  
wezen) deelnemers.

### 3.3 Intrekking op verzoek belanghebbenden

Sociale partners kunnen niet langer representatief zijn in de betreffende bedrijfstak en daarmee niet bevoegd tot intrekking op grond van art. 11 lid 2 Wet Bpf 2000. Het kan wenselijk zijn om de verplichtstelling in te trekken vóór de periodieke – vijfjaarlijkse – toets en de herkansingstoets na twee jaar. Anders kunnen ongebonden werkgevers en werknemers jarenlang aan de verplichtstelling gebonden blijven, terwijl op voorhand duidelijk is dat de representativiteit niet hersteld gaat worden. De minister heeft zowel ambtshalve als op verzoek van belanghebbenden intrekking-bevoegdheid bij onvoldoende representativiteit in een bedrijfstak.<sup>44</sup> Belanghebbenden zijn onder meer niet-representatieve partijen in de bedrijfstak of het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds.<sup>45</sup> Wij hebben twee intrekkingbesluiten achterhaald waarbij de minister van de mogelijkheid tot ambtshalve intrekking gebruik heeft gemaakt op verzoek van een belanghebbende. De minister merkte het bedrijfstakpensioenfonds voor het Melk- en Zuiveldetailhandelsbedrijf aan als belanghebbende bij ontstentenis van representatieve partijen in de bedrijfstak.<sup>46</sup> Het tweede intrekkingbesluit op verzoek van een belanghebbende wegens het ontbreken van sociale partner in de branche betrof de verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds Zorg en Welzijn voor werkgevers in de amateurkunst.<sup>47</sup>

Onduidelijk is of individuele werkgevers of (ex-)werknemers kwalificeren als belanghebbende om een intrekkingverzoek te doen. Het begrip belanghebbende wordt niet nader gedefinieerd in de Pensioenwet, de Wet Bpf 2000 of de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000. Het belanghebbendenbegrip suggereert dat art. 1:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing is op een intrekkingverzoek. Het verplichtstellingsbesluit is geen individueel besluit in de zin van de Awb. Het is een besluit van algemene strekking; een algemeen verbindend voorschrift en een daad van wetgeving.<sup>48</sup> Op grond van de Awb staat tegen een besluit van algemene strekking geen bezwaar of beroep open.<sup>49</sup> Een werkgever dient zich op grond van de wetgeschiedenis van de Awb tot de civiele rechter te wenden.<sup>50</sup> Normaliter is indiening van zienswijzen dan een gepasseerd station. Verweer tegen de wijze waarop de representativiteit *tot stand is gekomen* heeft bij de civiele rechter weinig kans van slagen. De werkgever vangt bot tenzij aantoonbaar sprake is van een onaanne-

melijk rechtsgevolg afgezet tegen het doel (van het hoofdzakelijkheids criterium) van de verplichtstelling.<sup>51</sup> Feitelijk gaat het om de objectieve uitleg van de rechter of de werkgever onder de werkingssfeer van de verplichtstelling valt.<sup>52</sup> Eerder noemden wij al de mogelijkheid om het verplichtstellingsbesluit onverbindend of onrechtmatig te laten verklaren, bijvoorbeeld wegens onvoldoende representativiteit.

## 4. Gevolgen intrekking verplichtstelling

### 4.1 Verplichte aansluiting op grond van Wet Bpf eindigt

Eindigt de verplichtstelling op grond van de Wet Bpf, dan eindigt de verplichte deelneming. Toch kunnen er andere verplichtingen zijn. Wij maken daarbij onderscheid tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werkgevers- en werknemers en het pensioenfonds.

#### 4.1.1 Ongeorganiseerde werkgevers

Ongeorganiseerde werkgevers zijn na de intrekking niet langer gebonden op grond van de verplichtstellingsbeschikking en/of art. 4 Wet Bpf 2000. Zij zijn op die grond niet langer premieplichtig voor toekomstige pensioenopbouw. Er is niet langer een gelijkgestelde pensioenovereenkomst. De pensioenopbouw bij het voorheen verplichte Bpf stopt. Aandachtspunt is dat de dekking van risico's zoals nabestaandenpensioen of arbeidsongeschiktheidspensioen in beginsel eindigt. Dit betekent niet automatisch dat de zieke of arbeidsongeschikte werknemer zijn reeds bestaande rechten op basis van zijn arbeidsongeschiktheidspensioen of premievrijstelling verliest.<sup>53</sup> Bij voortzetting van pensioenverwerving elders geldt voor in- en uitloopriscos een convenant.<sup>54</sup>

4.1.1.1 Nawerking algemeen verbindend verklaarde cao  
Voorstelbaar is dat werknemers een beroep doen op nawerking van de verplichtstelling. Een beroep op nawerking van een algemeen verbindend verklaarde cao ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen lijkt weinig kansrijk. Volgens het toetsingskader AVV worden pensioenbepalingen niet algemeen verbindend verklaard.<sup>55</sup> Desalniettemin is er voor de verplichtstelling op grond van de Wet Bpf 2000 aansluiting gezocht bij de Wet AVV en het daarbij behorende toetsingskader.<sup>56</sup> Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen is vol-

44 Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, 3, p. 10; Par. 4.e. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000; W.P.M. Thijssen, 'Bestuursrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten', *TPV* 2021/44; Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, par. 4.e.

45 Par. 4.e. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

46 *Stcrt.* 2008, 50, p. 22. De minister baseerde dat op art. 11 lid 2 Wet Bpf 2000. Ambtshalve intrekking zou gebaseerd dienen te zijn op art. 11 lid 1 Wet Bpf 2000.

47 *Stcrt.* 2013, 24005; *Stcrt.* 2013, 30471. De minister merkte het pensioenfonds niet met zoveel woorden aan als belanghebbende.

48 E. Lutjens, *De Wet Bpf 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfonds*, p. 82; *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, 3, p. 18-19.

49 Art 8:3, eerste lid, onder a jo. art. 7:1, eerste lid Awb.

50 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, 3, p. 100.

51 Concl. A-G G.R.B. van Peurseem 11 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1041 (*Greenpeace*); Concl. A-G D.B. Drijber 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1157 (*Presta*).

52 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 (*Lotra*); W.P.M. Thijssen, 'Privaatrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten', *TPV* 2021/36.

53 M. Heemskerck, *Pensioenrecht 2020*, p. 603.

54 R.M.J.M. de Greef, 'Convenant in- en uitloopriscos bij arbeidsongeschiktheid per januari 2014', *TPV* 2014/5; [www.pensioenfederatie.nl/Document/Themas/Convenant\\_Harmonisatie\\_inloopriscos.pdf](http://www.pensioenfederatie.nl/Document/Themas/Convenant_Harmonisatie_inloopriscos.pdf).

55 Par. 4.3 onder 4 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring CAO-bepalingen.

56 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, A, p. 3.

gens de Hoge Raad in beginsel niet mogelijk.<sup>57</sup> Degenen die door de algemeenverbindendverklaring gebonden zijn aan de cao-bepalingen vallen terug op de door hen zelf overeengekomen arbeidsvoorwaarden. De rechtszekerheid en de contractsvrijheid van de werkgever verzetten zich tegen het verlaten van dit uitgangspunt.<sup>58</sup> Nawerking is toch mogelijk op grond van redelijkheid en billijkheid en verkregen rechten.<sup>59</sup> Een werknemer die tijdens de periode van de algemeenverbindendverklaring recht had op loondoorbetaling hield dat recht ook nadat de algemeenverbindendverklaring was geëindigd. Sommige controle- en boetevoorschriften uit een algemeen verbindend verklaarde cao komen nawerking toe.<sup>60</sup> Deze “nawerking” is gerechtvaardigd want leidt ertoe dat de door en tijdens de algemeenverbindendverklaring opgelegde beperking van de contractsvrijheid ook enig effect sorteert.<sup>61</sup> Zonder deze vorm van “nawerking” zou een controlebevoegdheid deels illusoir zijn.<sup>62</sup>

#### 4.1.1.2 Nawerking verplichtstelling

Anders dan bij de algemeenverbindendverklaring geldt de verplichtstelling uit hoofde van de Wet Bpf voor onbepaalde tijd totdat deze wordt ingetrokken. Toepassing van nawerking bij AVV verklaarde cao's naar analogie op de verplichtstelling leidt ertoe dat er geen nawerking is, tenzij dat op grond van redelijkheid en billijkheid of verkregen rechten anders moet zijn. Er zijn verschillen t.o.v. AVV verklaarde cao's. Zo verwerft een werknemer geen aanspraak jegens zijn werkgever, maar jegens het bedrijfstakpensioenfonds. Deze aanspraak ontstaat ongeacht of er door de werkgever en/of werknemer premies zijn afgedragen.<sup>63</sup> Art. 3 lid 2 Wet Bpf 2000 vormt voor een limitatief aantal artikelen een separate regeling voor nawerking voor zover deze artikelen betrekking hebben op de periode van de verplichtstelling.<sup>64</sup> Deze artikelen bevatten met name voorschriften en bevoegdheden. Het ligt – net zoals bij sommige controle- en boetevoorschriften uit een algemeen verbindend verklaarde cao – voor de hand dat deze artikelen nawerking toekomt. Zij bieden aan ongeorganiseerde werkgevers en werknemers geen arbeidsvoorwaardelijke rechten.

#### 4.1.1.3 Vrijwillige aansluiting na einde verplichting

Een ongebonden werkgever kan zich na intrekking van de verplichtstelling vrijwillig aansluiten bij het bedrijfstak-

pensioenfonds en zo de pensioenregeling voortzetten. Art. 121 lid 3 PW maakt vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds mogelijk wegens de historische band met het bedrijfstakpensioenfonds. Soms is deze “vrijwillige aansluiting” minder vrijwillig. Dat is bijvoorbeeld zo indien de ongebonden werkgever is overeengekomen de cao te volgen en daarin de verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds staat. Zo verplicht de CAO Metalektro de werknemer om deel te nemen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds van de Metalektro (PME).<sup>65</sup> Ondanks het wegvallen van de verplichtstelling blijft de werkgever bij incorporatie gehouden om deze pensioenafpraak na te blijven komen. Dan dient een uitvoeringsovereenkomst te worden gesloten.

#### 4.1.2 Georganiseerde werkgevers

Georganiseerde werkgevers en -werknemers zijn lid van de vakbond. Eindigt de verplichtstelling dan kan de verplichting om deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds voortvloeien uit de cao. De werkgever heeft een aanbiedingsplicht op grond van de Wet CAO.<sup>66</sup> Is de cao geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst van ongebonden werknemers dan is er een contractuele binding. In sommige cao's staat een verwijzing naar de pensioenregeling van de specifieke pensioenuitvoerder (bijvoorbeeld PME). In andere cao's staat de inhoud van de pensioenregeling omschreven (bijvoorbeeld CAO Verzekeringbedrijf). Door de incorporatie kan voor die gevallen deelname aan de pensioenregeling voortduren nadat de verplichtstelling eindigt.

Zijn zowel werkgever als werknemer gebonden dan is de cao van rechtswege van toepassing op de werknemer.<sup>67</sup> Het strookt met het systeem van de Wet CAO dat de doorwerking van de cao-bepalingen die plaatsvindt wanneer zowel de werkgever als de werknemer aan de cao gebonden zijn, voortduurt na het einde van de periode waarvoor de cao is aangegaan.<sup>68</sup>

#### 4.1.3 Pensioenfonds

Het pensioenfonds dient de deelnemers c.s. over de gevolgen van de beëindiging te informeren in de stopbrief.<sup>69</sup> Positief geformuleerd herleeft de contractsvrijheid voor toekomstige pensioenafspraken. Het bedrijfstakpensioenfonds wordt een ‘gesloten pensioenfonds’. Normaliter zal het pensioenfonds de pensioenuitkeringen, de administratie en de uitvoering blijven verzorgen. Afhankelijk van de beleidsdekkingsgraad heeft het bedrijfstakpensioenfonds de mogelijkheid om de hoogte van de (toekomstige) uitkering te indexeren of te verlagen. Bij onderdekking kunnen liquidatie en collectieve waardeoverdracht aan de orde komen.<sup>70</sup>

57 HR 18 januari 1980, ECLI:NL:PHR:1980:AC6786, NJ 1980, 348, m.nt. P.A. Stein (*Hop/Hom*); HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3458, r.o. 3.4, NJ 2016/499 (*Tido Vesta/SNCU*).

58 Rb. Amsterdam 3 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5657; HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386, NJ 2006, 516, m.nt. F.B.J. Grapperhaus.

59 HR 2 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0920, NJ 1993, 612, m.nt. P.A. Stein (*Bongers/KSB*); HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420, m.nt. P.A. Stein (*Beenen/Vanduh*).

60 Hof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7262; Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:614 en ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7262; Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:615.

61 Hof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7262.

62 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN5884.

63 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, 3, p. 63.

64 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, 3, p. 16.

65 Art. 3.10.1 Cao Metalektro (2022-2024).

66 Art. 14 WCAO; HR 7 juni 1957, NJ 1957, 527 (*Suk/Brittania*).

67 HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749, NJ 1988, 70.

68 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386, NJ 2006, 516, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Stichting Rode Kruis Ziekenhuis*).

69 Art. 39 PW.

70 Vgl. art. 150 PW.

In de arresten Alcatel<sup>71</sup> en Friesland Campina<sup>72</sup> oordeelde de Hoge Raad dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst mee kunnen brengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat, dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen, of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. Opzegging van de uitvoeringsovereenkomst leidt niet automatisch tot een schadevergoedingsplicht.<sup>73</sup> Een beëindiging na een intrekkingverzoek wegens onvoldoende representativiteit doet dat evenmin. Daarbij is onder meer van belang wie het intrekkingverzoek doet en wat de gevolgen zijn. Niet uit te sluiten valt dat sociale partners op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid jegens het bedrijfstakpensioenfonds schadeplichtig zijn.

## 5. Conclusies en aanbevelingen

De verplichtstelling is gebaseerd op een verzoek van een belangrijke meerderheid van representatieve sociale partners. De minister dient periodiek – vijfjaarlijks – te toetsen of sociale partners nog voldoende representatief zijn. Bij onvoldoende representativiteit eindigt de verplichtstelling niet automatisch, maar volgt een herkansingstoets na twee jaar. Is er bij de herkansingstoets nog steeds onvoldoende representativiteit dan is het uitgangspunt intrekking van de verplichtstelling. De minister heeft echter de discretionaire bevoegdheid om de verplichtstelling te verlengen wegens “overwegende bezwaren”. Zo kan de verplichtstelling lang voortduren ondanks onvoldoende representativiteit.

Voortzetting van de verplichtstelling zonder voldoende representativiteit is in strijd met de democratische gedachte van de wet dat er een belangrijke meerderheid moet zijn voor een verplichtstelling. In het licht van de bedoeling van de wet achten wij het raadzaam om bij onvoldoende representativiteit de regels aan te scherpen. Dat kan door te legitimeren in welke gevallen de verplichtstelling gehandhaafd kan worden ondanks onvoldoende representativiteit. De wetgever kan “overwegende bezwaren” tegen intrekking verduidelijken. Een motiveringsplicht helpt. Uitlegbaar moet zijn waarom ongeorganiseerde werkgevers en werknemers gebonden blijven aan een verplichtstelling ondanks onvoldoende representativiteit.

Wij zien in de rechtspraak over werkingssfeerbepalingen een ontwikkeling waarbij werkgevers onvoldoende representativiteit aanvoeren als argument waarom verplichte deelneming een onaannemelijk rechtsgevolg is en een onredelijke uitleg is. Voorzienbaar zijn meer geschillen en verzoeken om de verplichtstelling om die reden onverbindend of onrechtmatig te verklaren.

De verplichtstelling kan eindigen door ambtshalve intrekking of op verzoek van sociale partners. Sociale partners kunnen een intrekkingverzoek doen. Ook belanghebbenden – waaronder niet representatieve bonden of pensioenfondsbesturen – kunnen de minister verzoeken de verplichtstelling in te trekken. Verduidelijking is gewenst of individuele werkgevers of (ex-) werknemers belanghebbenden zijn die een intrekkingverzoek mogen doen.

Eindigt de verplichtstelling, dan eindigt normaliter de verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds. Er is in beginsel geen nawerking. Uitgangspunt is dat de contractsvrijheid herleeft. Deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds kan vrijwillig of verplicht worden voortgezet. Verplichte voortzetting is er indien de deelneming door werkgevers en/of werknemers verplicht is op grond van de cao. Bij intrekking van de verplichtstelling wordt het bedrijfstakpensioenfonds in beginsel een ‘gesloten pensioenfonds’, tenzij er vrijwillige aansluitingen zijn of komen. Het nadeel van het wegvallen van de verplichtstelling is dat er geen pensioenvoorziening meer is en dat concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen mogelijk is. Daar staat tegenover dat er blijkbaar onvoldoende draagvlak is voor de verplichtstelling in die bedrijfstak.

71 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *Pf* 2016/101, m.nt. E. Lutjens (*Alcatel*).

72 HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*Friesland Campina*).

73 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *Pf* 2016/101, m.nt. E. Lutjens (*Alcatel*).