

# Verplichtstellingsbesluiten: onduidelijke wetgeving is evident in strijd met de ook in het Europese recht geëiste rechtszekerheid

51

A. W. van Leeuwen\* en H. van Meerten\*\*

*Werkingsfeerbepalingen van verplichtstellingsbesluiten zijn vaak onleesbaar en bieden daarmee onvoldoende grondslag een werkgever te verplichten zich aan te sluiten bij het uitvoerende bedrijfstakpensioenfonds (ook wel: Bpf). Er wordt in dergelijke gevallen namelijk niet voldaan aan het in de ogen van de schrijvers toepasselijke bepaaldheidsgebod.<sup>1</sup>*

## I. Inleiding

De meeste tweedepijlerpensioenen zijn in Nederland ondergebracht bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. <sup>2</sup> Werkgevers (en werknemers) hebben geen keuze, zij zijn verplicht hun pensioen onder te brengen bij zo'n bedrijfstakpensioenfonds dat actief is in de bedrijfstak waarin die werkgevers opereren. De vraag of een werkgever actief is in zo'n bedrijfstak wordt beantwoord aan de hand van werkingsfeerbepalingen in verplichtstellingsbesluiten. <sup>3</sup>

Blijkens recente jurisprudentie gebeurt het nogal eens dat werkgevers en bedrijfstakpensioenfonds het niet eens zijn over het antwoord op de vraag of de werkgever valt onder de volgens het pensioenfonds toepasselijke werkingsfeerbepaling. <sup>4</sup> De discussies tussen werkgevers en bedrijfstakpensioenfonds, die gevoerd worden in civielrechtelijke procedures, gaan in die gevallen over de uitleg (de betekenis) van die werkingsfeerbepaling. <sup>5</sup> In dit artikel bespreken wij de wijze waarop een werkingsfeerbepaling in onze ogen moet worden

uitgelegd. Eerst gaan wij in op de tekortkomingen die wij signaleren in de wijze waarop dit onderwerp wordt aangevlogen door de Hoge Raad. Wij komen tot de tussenconclusie dat de huidige gang van zaken om tal van redenen strijdig is met het nationaalrechtelijke rechtzekerheidsbeginsel.

Daarna staan wij stil bij de Europeesrechtelijke dimensie. Niet alleen het nationale, maar ook het Europese recht is in dit geval namelijk relevant. Verplichtstellingsbesluiten zijn wetgeving in materiële zin. Deze besluiten maken naar onze mening een inbreuk op Europese grondrechten en EU-Verdragsvrijheden. Dat is EU-rechte(r)lijk alleen toegestaan onder zeer strikte omstandigheden.

Volgens Europeesrechtelijke jurisprudentie en wetgeving mag alleen inbreuk gemaakt worden op Europese grondrechten door een orgaan van de staat (en dat zijn pensioenfonds onder omstandigheden) als deze inbreuk duidelijk en kenbaar is. Niet alleen nationaal, ook EU-rechte(r)lijk zijn bepaalde verplichtstellingsbesluiten in strijd met EU-recht, zo betogen wij.

## A. Nationale dimensie

### 2. Cao-norm

#### 2.1. Algemeen

Als een werkgever valt onder de werkingsfeerbepaling van een verplichtstellingsbesluit, ontstaat de verplichting voor die werkgever zich aan te sluiten bij het bedrijfstak-

\* Mr. Anton van Leeuwen is advocaat bij SteensmaEven.

\*\* Prof. mr. Hans van Meerten is advocaat bij GMW en hoogleraar Europees Pensioenrecht aan de Universiteit Utrecht. Van Meerten en Van Leeuwen zijn beiden als advocaat betrokken bij procedures waarin sommige van de in dit artikel beschreven argumenten naar voren worden gebracht.

1 Dit wordt ook wel genoemd het *Bestimmtheitsgebot* of het *lex certa*-beginsel. In dit artikel hanteren wij de term 'bepaaldheidsgebod'.

2 <https://www.dnb.nl/statistieken/data-zoeken/#/details/aantallen-deelnemers-pensioenfonds/dataset/d2f52a5d-130b-45c0-b3b5-3b148b3a034c/resource/413834a3-cc63-44ef-a8d2-40ae4bcfadre>.

3 Zie de artikelen 2 en 3 Wet verplichtte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000).

4 Zonder volledigheid te pretenderen noemen wij een aantal recente arresten: HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622; HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298; concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225; HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (Booking.com; in die conclusie wordt onder meer opgemerkt dat sprake is van 'een schier oneindige stroom rechtspraak over de uitleg daarvan'); Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, *PJ* 2022/12, m.nt. T. Huijg.

5 Per 1 juli 2023 is de Pensioenwet gewijzigd. De Wet toekomst pensioenen (WTP) is ingevoerd. Deze wijziging heeft geen invloed op het in dit artikel aangesneden onderwerp. De 'grote' verplichtstelling blijft gehandhaafd en de geschillen tussen werkgevers en bedrijfstakpensioenfonds over de betekenis van werkingsfeerbepalingen zullen zich naar onze verwachting onverminderd blijven voordoen.

pensioenfonds dat het verplichtstellingsbesluit uitvoert. Krachtens artikel 3 Wet Bpf 2000 is een werkgever dan verplicht de statuten en reglementen van dat pensioenfonds na te leven. Voorts wordt een dergelijke verplichte deelneming op de voet van artikel 2 lid 2 aanhef en onder a Pensioenwet (Pw) gelijkgesteld met een pensioenovereenkomst.<sup>6</sup>

De uitleg door het bedrijfstakpensioenfonds van het verplichtstellingsbesluit in combinatie met de beschrijving door datzelfde pensioenfonds van de activiteiten van de werkgever leiden er dus toe dat die werkgever al of niet verplicht wordt aangesloten. Als de werkgever het daar niet mee eens is, dient deze daarover een civielrechtelijke procedure te voeren tegen het bedrijfstakpensioenfonds.<sup>7</sup> Wij komen nog terug op dit punt.

Volgens de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad dient de tekst van werkingssfeerbepalingen in verplichtstellingsbesluiten op basis van de cao-norm te worden uitgelegd.<sup>8</sup>

De jurisprudentie zit daarmee volgens ons op een verkeerd spoor. De cao-norm kan bij dit soort uitlegdiscussies in onze ogen niet (zonder meer) worden toegepast.<sup>9</sup> Wij leggen aan deze opvatting de volgende argumenten ten grondslag:

- (i) Het gaat in dit soort procedures over geschillen betreffende de uitleg van *wetgeving* tussen een als overheidsorgaan optredend bedrijfstakpensioenfonds enerzijds en een particuliere werkgever anderzijds. Het betreft dus niet geschillen tussen twee min of meer gelijkwaardige, particuliere partijen die het oneens zijn over de betekenis van een cao-bepaling.
- (ii) Voorts betreft het uitleg van wetgeving die de contractsvrijheid van werkgevers (en de werknemers die overigens doorgaans geen partij zijn in dergelijke procedures) beknod.

Het eerste punt bespreken wij hierna. Bij de bespreking van de Europeesrechtelijke dimensie behandelen wij het tweede punt.

## 2.2. *De civielrechtelijke jas past niet*

Wij menen dat het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel toegepast moet worden op dit soort wetgeving.<sup>10</sup> De verplichtstelling is weliswaar in een civielrechtelijke jas gestoken, maar de feitelijke gang van zaken rond

de uitvoering van verplichtstellingsbesluiten is puur bestuursrechtelijk.

Het bedrijfstakpensioenfonds voert een controle- en handhavingstaak uit die vergelijkbaar is met taken die bestuursorganen hebben. Dat vond de wetgever destijds ook. In de nota naar aanleiding van het verslag merkt de minister hierover op dat '[o]ok de vraag of een bedrijf behoort tot de bedrijfstak waarvoor een bedrijfstakpensioenfonds is opgericht en derhalve valt onder de verplichtstelling van deelname in dat fonds, (...) een vraag is die mijns inziens thuishoort bij de bestuursrechter'.<sup>11</sup> In de memorie van antwoord gaat de minister wederom in op dit punt (cursivering AvL & HvM):

'Net als in de situatie waarin door een bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling van een verplichte deelname aan dat fonds wordt verleend, menen wij dat aan een bedrijfstakpensioenfonds een *bestuursrechtelijke* taak wordt toegekend bij besluiten omtrent de vraag of een bedrijf behoort tot de bedrijfstak van het bedrijfstakpensioenfonds en of een bedrijf verplicht is tot deelname aan dat bedrijfstakpensioenfonds'.<sup>12</sup>

De minister is volgens ons terecht van oordeel dat de vaststelling of een werkgever al of niet onder de verplichtstelling valt, is aan te merken als een 'bestuursrechtelijke taak'. De berechting van het besluit van een Bpf of een werkgever al of niet onder het door dat Bpf uitgevoerde verplichtstellingsbesluit valt, heeft de wetgever echter opgedragen aan de civiele rechter.<sup>13</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft er in twee uitspraken<sup>14</sup> op gewezen dat de wetgever in artikel 25 Wet Bpf 2000 heeft bepaald dat de kantonrechter moet kennismaken van burgerlijke rechtsvorderingen ter zake van deelneming in en uitkering uit een bedrijfstakpensioenfonds. Daar heeft de rechter zich gezien de onschendbaarheid van de wet aan te houden. Deze oordelen bouwen slechts voort op de formele door de wetgever gekozen rechtsmachtverdeling. Ze doen niets af aan het feit dat een pensioenfonds bij de beantwoording van de vraag of een werkgever al dan niet valt onder de verplichtstelling een bestuursrechtelijke of publieke taak vervult. De minister is daar in de zojuist geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis duidelijk over. De rol van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds lijkt bijvoorbeeld op die van de Belastingdienst die de wet toepast.

<sup>6</sup> De pensioenovereenkomst geldt de tussen de werkgever en werknemer.

<sup>7</sup> Zie CBB 13 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:113, *PJ* 2015/102 en CBB 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:106, *PJ* 2015/86, waarin de bestuursrechter onder verwijzing naar artikel 25 Wet Bpf 2000 uitmaakte dat dergelijke kwesties door de civiele rechter berecht moeten worden.

<sup>8</sup> Kort gezegd houdt dit in dat de bewoordingen van een cao, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn, zie HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363.

<sup>9</sup> Zie hierover ook Schelhaar & Valk, *Uitleg van Rechtshandelingen in nationaal en internationaal perspectief (Mon.Pr.Nr.20)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/2.2.6. Zie verder T. Huijg, *Naar een nieuwe uitlegnorm bij verplichtstellingsbeschikkingen*, Tijdschrift Arbeid & Onderneming, Nr. 1 maart 2018, p. 28 e.v.

<sup>10</sup> A.W. van Leeuwen, 'Ondoordachte, geprivatiseerde (uitvoering van) wetgeving', *TAC* 2022, afl. 3 (hierna: Van Leeuwen 2022).

<sup>11</sup> Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, nr. 6, p. 28.

<sup>12</sup> Zie *Kamerstukken I* 2000/01, 27073, nr. 24b.

<sup>13</sup> Zie artikel 25 Wet Bpf 2000.

<sup>14</sup> CBB 13 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:113, *PJ* 2015/102 en CBB 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:106, *PJ* 2015/86.

De constatering dat het hier gaat om een bestuurstaak impliceert in onze ogen onder meer dat de werkingssfeerbepaling dient te voldoen aan het *bepaaldheidsgebod*. De tekst van de wet moet, kort gezegd, duidelijk zijn.<sup>15</sup> Deze aan het legaliteitsbeginsel ontleende eis 'strekt ertoe het bestuursrechtelijk overheidshandelen te onttrekken aan onvoorspelbaarheid, ongelijke behandeling en willekeur en belichaamt daarom fundamentele rechtsbeginselen: het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel'.<sup>16</sup>

### 2.3. Ook besluitvorming van Bpf heeft in feite bestuursrechtelijk karakter

Het besluit van een verplichtgesteld Bpf dat een werkgever onder de werkingssfeerbepaling van een verplichtstellingsbesluit valt, moet dus op één lijn gesteld worden met overheidshandelen. De Hoge Raad geeft er blijk van hier geen oog voor te hebben, waar hij onverkort de cao-norm toepast op de uitleg van werkingssfeerbepalingen van verplichtstellingsbesluiten.

De uitleg van een cao-bepaling die de rechtsbetrekking tussen werknemers enerzijds en werkgevers anderzijds beheerst, is niet te vergelijken met het interpreteren van een werkingssfeerbepaling van een verplichtstellingsbesluit op basis waarvan wordt bepaald of dit besluit al of niet toepasselijk is op een werkgever.<sup>17</sup>

In het eerstgenoemde geval beoordeelt de rechter de civielrechtelijke rechtsbetrekking (overeenkomst) tussen civielrechtelijke partijen. Dat is anders bij de beantwoording van de vraag of een werkgever onder de werkingssfeerbepaling van een verplichtstellingsbesluit valt. In dergelijke gevallen wordt aan de hand van de uitleg van de werkingssfeerbepaling door een feitelijk als bestuursorgaan optredend Bpf bepaald of een verplichtstellingsbesluit toepasselijk is.

De civiele rechter dient in onze ogen in een procedure tussen de werkgever en het pensioenfonds te beoordelen of een verplichtstellingsbesluit voldoende bepaald is (voldoet aan het *Bestimmtheitsgebot*) en als dat niet het geval is, dient het buiten toepassing te blijven. Artikel 3:12 BW biedt daarvoor een voldoende kapstok. Het *Bestimmtheitsgebot* is immers een 'algemeen erkend rechtsbeginsel' en/of een 'in Nederland levende rechts-overtuiging' als bedoeld in artikel 3:12 BW. Het toepassen van deze rechtsbeginselen is hier zonder meer op zijn plaats, zeker als bedacht wordt dat bedrijfstakpensioenfonds bij het bepalen of een werkgever onder een

verplichtstellingsbesluit valt, als gezegd, als een 'soort' bestuursorgaan optreden.<sup>18</sup>

Als de werkingssfeerbepaling onduidelijk is, dient het verplichtstellingsbesluit niet toegepast te worden op de werkgever. De rechter moet in zo'n geval oordelen dat de werkgever er niet onder valt. Een eventuele tussenweg zou in een voorkomend geval kunnen zijn dat de aldus ingevulde redelijkheid en billijkheid zich in ieder geval verzet tegen toepassing met terugwerkende kracht.

Werkgevers moeten hier de bescherming krijgen die wordt geboden tegen het optreden van bestuursorganen jegens particuliere(n) (organisaties). Dit kan ertoe leiden dat werknemers in sommige gevallen geen pensioenvoorziening hebben, dat er zogenoemde witte vlekken optreden. Op dat punt komen wij nog terug.

Het is dit eenzijdige (bestuursrechtelijke) karakter van het besluit van een bedrijfstakpensioenfonds dat een werkgever al of niet onder een verplichtstellingsbesluit valt dat in de rechtspraak wordt genegeerd. Als dit soort zaken in het feitelijk juiste (bestuursrechtelijke) perspectief wordt geplaatst, wordt duidelijk dat de cao-norm geen goede maatstaf biedt.

### 2.4. Legaliteitsbeginsel en het bepaaldheidsgebod

Versillende bestuursrechters hebben overwogen dat het legaliteitsbeginsel inclusief het *bepaaldheidsgebod* ook geldt in het bestuursrecht.<sup>19</sup> Het betreft uitspraken die betrekking hebben op zogenoemde punitieve sancties in het bestuursrecht.<sup>20</sup>

Het gevolg van de toepasselijkheid van een verplichtstellingsbesluit heeft voorts onmiskenbaar punitieve elementen. Het (niet bewust) achterwege laten van een melding aan een bedrijfstakpensioenfonds door een werkgever dat hij verplicht aangesloten dient te worden, omdat hij onder de werkingssfeerbepaling valt, kan leiden tot een aanzienlijke vordering van een pensioenfonds op die werkgever. Dat is weliswaar geen 'straf,' maar het zal wel zo ervaren worden. Een te goeder trouw opererende werkgever die tot de begrijpelijke, maar zoals later blijkt volgens het pensioenfonds onjuiste, conclusie komt dat hij niet onder de werkingssfeerbepaling valt, zal zich vrij voelen zelf een (misschien wel betere en meer op zijn personeelsbestand aansluitende) pensioenregeling te treffen. In dat geval loopt hij echter het risico, als een Bpf de door hem uitgevoerde werkingssfeerbepaling anders uitlegt, ineens geconfronteerd te worden met een (forse) premienota van

15 Van Leeuwen 2022 en W.P.M. Thijssen, 'Bestuursrechtelijke toetsing van verplichtstellingsbesluiten', *TPV* 2021/44, afl. 6 (hierna: Thijssen 2021).

16 R.M. van Male, 'Bestuursrechtspraak bij erosie van het legaliteitsbeginsel', *NTB* 2019/5, afl. 2.

17 Die situatie lijkt mogelijk wel op de beoordeling of een ge-av'de cao toepasselijk is voor een werkgever. Dat punt laten wij verder rusten.

18 Wij zeggen bewust een 'soort bestuursorgaan'. Bij het bepalen of een werkgever al of niet onder de werkingssfeerbepaling van een verplichtstellingsbesluit valt, handelt een bedrijfstakpensioenfonds volgens de Wet Bpf 2000 niet als bestuursorgaan. Dat is anders bij het bepalen of een werkgever voor vrijstelling in aanmerking komt. Dan wordt een bedrijfstakpensioenfonds expliciet belast met een bestuurstaak en zijn besluiten van pensioenfonds met betrekking tot het al of niet verlenen van vrijstelling onderworpen aan een bestuursrechtelijke procedure (zie artikel 13 Wet Bpf 2000 en de daarop voortbouwende regeling vastgelegd in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000).

19 CBB 22 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6713, r.o. 4.3 en ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7836, r.o. 2.3.1. Zie ook het standaardarrest van de Hoge Raad: HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, r.o. 3.4, *NJ* 2001/14.

20 Punitieve sancties hebben de bedoeling de overtreder te straffen.

dat pensioenfondsen, naast de kosten die de werkgever in een voorkomend geval heeft gemaakt voor de door hem gesloten pensioenregeling. Verder kan de werkgever in veel gevallen het werknemersdeel van de premie niet meer verhalen op (oud-)werknemers.

Daarbij komt dat een Bpf zonder rechterlijke tussenkomst een dwangbevel aan de werkgever op kan leggen.<sup>21</sup> Voorts kunnen bestuurders van een werkgever geconfronteerd worden met hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>22</sup> Reeds hierom menen wij dat de hiervoor genoemde bestuursrechtelijke jurisprudentie relevant is voor de beoordeling en met name interpretatie van werkingssfeerbepalingen.

De kern is dus dat het rechtzekerheidsbeginsel en de rechtzekerheid slechts worden gediend met duidelijke wetgeving. Met die gedachte in het achterhoofd is de opvatting van advocaat-generaal (A-G) De Bock<sup>23</sup> dat '[i]n het kader van de cao-norm (...) niet beslissend [is] of deze uitleg van de werkingssfeerbepaling ook op voorhand duidelijk was voor de (gemiddelde) werkgever of werknemer in de bedrijfstak waarop de verplichtstelling ziet'<sup>24</sup> opmerkelijk. In veel zaken die de reikwijdte van een verplichtstellingsbesluit betreffen, behoort die duidelijkheid voor de gemiddelde werkgever wél beslissend te zijn.

Verder is het voor A-G De Bock kennelijk niet problematisch dat werkingssfeerbepalingen 'haast per definitie grenzen aan het onleesbare'. Zij citeert deze constatering in haar conclusie bij de *Deliveroo*-zaak immers met instemming.<sup>25</sup> 'Daarom verschijnt er een schier oneindige stroom rechtspraak over de uitleg daarvan.'<sup>26</sup> Wij vinden het opmerkelijk dat de A-G hier klaarblijkelijk geen fundamenteel probleem ziet. Wij achten het gezien het *legaliteitsbeginsel* en het *bepaaldheidsgebod* eenvoudig onacceptabel werkgevers met onverwachte gevolgen van dit soort onleesbare wetgeving op te zadelen. Verder worden werkgevers als gevolg hiervan gedwongen kostbare procedures te voeren.

Een bedrijfstakpensioenfonds is, als gezegd, in dezen te vergelijken met een handhavende autoriteit. Het stelt een (grote) premievordering op de werkgever te hebben – vaak ook nog eens met terugwerkende kracht – waar de werkgever het niet mee eens is en waarmee hij veelal geen rekening behoeft te houden (al is het maar omdat de werkingssfeerbepaling onbegrijpelijk is). In zo'n situatie moet de werkgever niet geconfronteerd worden

met verrassingen. De werkgever moet weten waar deze aan toe is; dat eist de rechtzekerheid.

### 3. Wijze van totstandkoming verplichtstellingsbesluiten

Volgens het in Nederland gangbare systeem heeft de minister 'geen bemoeienis'<sup>27</sup> met de tekst van de werkingssfeerbepaling. De sociale partners die actief zijn in de desbetreffende bedrijfstak bepalen de formulering van de werkingssfeerbepaling. De minister voert slechts een formele check uit (deze beoordeelt de representativiteit van de sociale partners, daar zullen wij hierna nog wat over zeggen) en verheft het voorstel van de sociale partners vervolgens tot wetgeving. Of de tekst nu leesbaar is of niet. De minister heeft hier als 'zorgvuldig wetgever' echter wel degelijk een taak.<sup>28</sup> Een onduidelijke bepaling behoort geen wetgeving te worden. Zij behoort in ieder geval niet ten nadele van werkgevers die het aangaat te worden uitgelegd. Het is uit den boze als een wet onduidelijk is en een ruime interpretatie daarvan tot voor (gemiddelde) werkgevers onverwachte gevolgen leidt.

### 4. Rechtspraak beperkt zich niet tot tekstinterpretatie

De interpretatie van wetgeving door de rechter gaat in beginsel om de betekenis van de woorden die in de bepaling zijn opgenomen. In het *Landbouwwliegers*-arrest is overwogen dat 'de rechter niet tot taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moeten worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen'.<sup>29</sup> En dat is nu juist precies wat de A-G wel doet in haar conclusie in de *Deliveroo*-zaak. Zij hecht wel 'maatschappelijk gewicht' aan de betrokken belangen, waar zij opmerkt dat bij 'de benadering van het Hof 's-Hertogenbosch (...) een aanzienlijk aantal verplichtstellingsbesluiten de prullenbak in kan'.<sup>30</sup> De A-G vindt het met het oog op de maatschappelijke belangen kennelijk noodzakelijk een werkingssfeerbepaling ruim, althans niet terughoudend, te interpreteren. Dat strookt

21 Zie artikel 21 Wet Bpf 2000.

22 Zie artikel 23 Wet Bpf 2000.

23 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225 (*Deliveroo*).

24 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.74 (*Deliveroo*).

25 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.73 (*Deliveroo*). Een onleesbare werkingssfeerbepaling is vanzelfsprekend ook strijdig met de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 (*Stcrt.* 2011, 22535). De A-G lijkt zich vooral zorgen te maken over het feit dat een 'aanzienlijk aantal verplichtstellingsbesluiten de prullenbak in kan' wegens de onleesbaarheid ervan.

26 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.73 en 5.74 (*Deliveroo*).

27 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 4.13 (*Deliveroo*). Zie voorts J.R. Wirschell & T. Huijg, *T&C Pensioenrecht*, art. 2 Wet Bpf 2000, aant. 1.

28 Zie ook de 'Aanwijzingen voor de regelgeving', het handboek voor iedere wetgevingsjurist. Van Leeuwen 2022 ging daar al uitgebreid op in.

29 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.66 (*Deliveroo*).

30 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.73 (*Deliveroo*). Naar aanleiding van Hof 's-Hertogenbosch 17 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 (*Bpf Vervoer/Lotra*). Zie ook Thijssen 2021.

echter niet met het karakter en de rechtsbescherming van wetgeving.

De benadering van het Hof 's-Hertogenbosch<sup>31</sup> doet, anders dan die van A-G De Bock, recht aan het feit dat een verplichtstelling wetgeving is die inbreuk maakt op de contractsvrijheid van partijen, die grote gevolgen kan hebben voor de werkgever die het betreft. Om het anders te zeggen: zij doet recht aan het rechtszekerheidsbeginsel.

In een recent arrest van de Hoge Raad en in conclusies van diverse advocaten-generaal en rechterlijke uitspraken in feitelijke instanties speelt verder veelal, al dan niet op de achtergrond, de gedachte mee dat witte (door de Hoge Raad blinde vlekken genoemd) of grijze vlekken<sup>32</sup> moeten worden bestreden. Daar moet het bij discussies over de uitleg van werkingssfeerbepalingen in onze ogen echter niet over gaan. Het moet bij dergelijke discussies uitsluitend gaan om de uitleg (de betekenis) van een werkingssfeerbepaling. Met de wens witte vlekken te bestrijden wordt bij de uitleg van een werkingssfeerbepaling een *maatschappelijk gewicht* toegekend aan een betrokken belang (het bestrijden van witte of grijze vlekken). Een belang dat sociale partners buiten de grenzen van de bedrijfstak waarin zij opereren overigens niet aangaat. Bij de uitleg van een werkingssfeerbepaling is het dus wel degelijk relevant te beoordelen welke werkgevers vertegenwoordigd werden bij de opstelling van het verplichtstellingsbesluit. Voorts is het bestrijden van witte vlekken heel eenvoudig. Dat kan bewerkstelligd worden door in de (Pensioen)wet een algemene pensioenplicht op te nemen. Daarvan heeft de wetgever (ook in het kader van de WTP) afgezien. Het is in ieder geval niet aan sociale partners die actief zijn in een bepaalde bedrijfstak om, met hulp van de rechterlijke macht, zoveel mogelijk ongeorganiseerde werkgevers die niet evident deel uitmaken van de desbetreffende bedrijfstak, te brengen onder de verplichtgestelde pensioenregeling.

## 5. Representativiteit sociale partners

De A-G gaat in haar conclusie in de *Deliveroo*-zaak ook in op het punt dat de representativiteit van de sociale partners kan vervallen als werkgevers plotseling onder de verplichtstelling worden gebracht terwijl zij niet zijn 'meegerekend' bij het bepalen van de representativiteit

toen de verplichtstelling wet werd. Dat gebeurt als de werkingssfeer ruim wordt uitgelegd. Zij vindt dat irrelevant.<sup>33</sup> Dat begrijpen wij niet. Het lijkt ons zeer relevant. Het representativiteitsvereiste is een wettelijk vereiste.<sup>34</sup> Wij wijzen er in dit verband op dat een verplichtstelling inbreuk vormt op contractsvrijheid en daarmee op het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap, welke inbreuk ingevolge de Wet Bpf 2000 – voornamelijk, dunkt ons – door de representativiteit van de sociale partners in beginsel kan worden gerechtvaardigd (zie hierna deel B over het EU-recht). In feite wordt op die manier wetgevende bevoegdheid gedelegeerd aan sociale partners. Dat sociale partners bevoegdheden hebben ten aanzien van werkgevers die zij vertegenwoordigen, is alleszins voorstelbaar. Dat geldt echter niet voor de werkgevers die zij niet vertegenwoordigen, althans niet zonder meer. Daarvoor is een rechtvaardiging nodig, die onder meer te vinden is in de representativiteitseis.

## 6. Redelijkheid en billijkheid

Daar komt nog iets bij. Pensioenfondsen moeten zich bij hun handelen houden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>35</sup> Die eis geldt ook ten aanzien van de besluiten die pensioenfondsen nemen omtrent het aansluiten van werkgevers bij de pensioenregeling. Het is niet redelijk te noemen dat werkgevers – ook al ondernemen zij nauwelijks activiteiten die in het besluit staan – geheel onder een verplichtstelling vallen. Dat vond ook – indirect – de rechtbank Den Haag.<sup>36</sup>

'In het kader van het voorgaande is de kantonrechter dus van oordeel dat ook in het geval een verplichtstellingsbesluit geen hoofdzaakcriterium kent er sprake kan zijn van een zekere ondergrens, waarbij, zoals ook uit de beslissing van de kantonrechter in Alkmaar en uit deze beslissing blijkt dat het aandeel van de betreffende activiteit ten opzichte van het totaal en of de betreffende activiteit tot de hoofdactiviteiten van de onderneming behoren of niet van invloed kunnen zijn op de beoordeling. Daarmee is in algemene zin de stelling van MITT dat ook bij een verwaarloosbaar percentage van minder dan 1% de betreffende onderneming zich verplicht dient aan te sluiten bij MITT onhoudbaar.'

31 Het betreft hier Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 (*Bpf Vervoer/Lotra*). Zie hierover voorts T. Huijg, 'Naar een nieuwe uitlegnorm bij verplichtstellingsbeschikkingen?', *A&O* 2018, afl. 1, p. 28 e.v.

32 Onder witte of grijze vlekken wordt verstaan de situatie dat een werkgever geen of een slechte pensioenvoorziening heeft getroffen voor zijn werknemers. Het bestrijden van die witte of grijze vlekken speelt in onze ogen ten onrechte een rol in het oordeel omtrent de uitleg van een werkingssfeerbepaling, zie HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:847, *Pf* 2023/69 en zie verder bijvoorbeeld de conclusie bij dit arrest: concl. A-G Lindenberg 28 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:976, par. 4.5.

33 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.8 (*Deliveroo*).

34 Zie artikel 2 lid 1 Wet Bpf 2000.

35 Artikel 3:12 BW. Overigens menen wij dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid in dit soort zaken nader moeten worden ingevuld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

36 Rb. Den Haag 10 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3046, r.o. 4.7.

## 7. Tussenconclusie

Onze tussenconclusie is dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op verzoek van de sociale partners werkgevers opzadelt met doorgaans<sup>37</sup> onleesbare wetgeving die is opgesteld door sociale partners en die ook toepasselijk wordt geacht jegens werkgevers waar die sociale partners niets mee te maken hebben. Het wordt zelfs niet van belang geacht of werkgevers de werkingssfeerbepaling kunnen begrijpen.<sup>38</sup> Wetgeving die vervolgens door de Nederlandse rechter wordt geïnterpreteerd op een wijze die geen recht doet aan het rechtzekerheidsbeginsel. Dit is wat ons betreft een onacceptabele gang van zaken. Het is onacceptabel, althans in strijd met het rechtzekerheidsbeginsel, werkgevers met de onverwachte gevolgen van onleesbare wetgeving op te zadelen. Het is echter ook strijdig met het Europese recht en daar komen we nu aan toe.

## B. Europese dimensie

### 8. EU-recht belangrijk?

In de inleiding werd al aangestipt dat het Europese recht een belangrijke rol speelt in de beoordeling of Nederlandse verplichtstellingsbesluiten geoorloofd zijn. Dit werken we hier verder uit.

Het (strafrechtelijke) legaliteitsbeginsel en het daarmee samenhangende bepaaldheidsgebod, is de ruggengraat van onze rechtsstaat. Het is neergelegd in onze Grondwet, diverse nationale wetten en ook – voor dit deel relevant – in Europese verdragen, bijvoorbeeld artikel 7 EVRM<sup>39</sup> en artikel 49 EU-Handvest.<sup>40</sup> De cruciale rol van dit beginsel in het strafrecht is onomstreden en ook veelvuldig bevestigd door het EHRM.<sup>41</sup>

EU-recht vormt een autonome rechtsorde en heeft voorrang op nationaal recht.<sup>42</sup> Indien nationale wet- of regelgeving de mogelijkheid opent inbreuk te maken op Europese grondrechten, moet deze wet- of regelgeving – terecht – aan strenge eisen wat betreft duidelijkheid en kenbaarheid voldoen.

Verplichtstellingsbesluiten zijn zoals gezegd wetgeving in materiële zin. Het nationaalrechtelijke onderscheid tussen ‘bestuursrecht’ en ‘civiel recht’ is beginsel niet

van belang voor de toets of deze besluiten in overeenstemming zijn met het Europese recht. Relevant is: maakt een nationale bepaling inbreuk op een Europees grondrecht zoals neergelegd in het EVRM en het EU-Handvest?

Om te betogen dat verplichtstellingsbesluiten inbreuk maken op EU-grondrechten (specifiek artikel 21 EU-Handvest (non-discriminatie) en artikel 16 EU-Handvest (de vrijheid van ondernemerschap)) wordt het volgende stappenplan gehanteerd. In paragraaf 9 gaan wij in op de rol van het bepaaldheidsbeginsel bij regelgeving die inbreuk maakt op Europese grondrechten. Wij betogen dat verplichtstellingsbesluiten een inbreuk maken op het EU-Handvest. Maar dan moet het Handvest wel van toepassing zijn. In paragraaf 10 geven wij aan in welke gevallen het Handvest toepasselijk is. Vervolgens bespreken wij dat pensioenfondsen ‘organen van de staat’ zijn, en dus ook het EU-Handvest moeten eerbiedigen. Grondrechten hebben echter – zoals bekend – geen absolute gelding. De uitoefening van economische activiteiten kan onder voorwaarden worden beperkt. In paragraaf 11 bespreken we kort welke voorwaarden dit zijn.

### 9. Bepaaldheidsvereiste bij inbreuk op Europese grondrechten

We beginnen dit Europeesrechtelijke betoog met de zaak *Maestri/Italië*.<sup>43</sup> De klager in deze zaak was rechter en lid van een vrijmetselaarsloge. Vanwege dit lidmaatschap werd eind 1993 een disciplinaire procedure tegen hem gestart door de Italiaanse staat. In 1995 volgde een berisping door de *Consiglio Superiore della Magistratura*, vanwege de onverenigbaarheid van de functie van rechter met het lidmaatschap van de loge. Die maatregel was gebaseerd op een besluit van 1946.<sup>44</sup> De klager procedeerde tot aan het Europese Hof in Straatsburg tegen deze maatregel.

Het EHRM overwoog dat het besluit waarop de berisping was gebaseerd niet voldeed aan het ‘voorzienbaarheidsvereiste’: de maatregel (de berisping) was aldus gebaseerd op vage regelgeving en dat leidde tot een ontoelaatbare inbreuk op artikel 11 EVRM (‘Freedom of assembly and association’).<sup>45</sup>

37 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 5.73 (*Deliveroo*).

38 Zie concl. A-G R.H. de Bock 24 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:225, par. 4.13 (*Deliveroo*). Dat is ook strijdig met de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 (*Start*, 2011, 225350). Uit deze beleidsregels volgt dat werkgevers en werknemers op grond van de tekst van het verplichtstellingsbesluit moeten kunnen begrijpen of zij al dan niet onder de verplichtstelling vallen.

39 Het eerste deel luidt: ‘Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde.’

40 Vrijwel identiek aan artikel 7 EVRM.

41 Zie hierover bijvoorbeeld de volgende Europeesrechtelijke uitspraken: EHRM 11 november 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD001786291, par. 29 en 25 (*Cantoni/Frankrijk*); EHRM 25 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0625JUD001215705, par. 101 (*Livivik/Estland*).

42 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 ECLI:EU:C:1963:1 en HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

43 EHRM 17 februari 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0217JUD003974898, par. 32, 34, 37 en 42 (*Maestri/Italië*).

44 L. van Lent, J. Lindeman & M. Luchtman, ‘Kroniek jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Eerste kwartaal 2004: januari-maart’, *NJCM* 2004, afl. 8.

45 EHRM 17 februari 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0217JUD003974898 (*Maestri/Italië*).

Uit deze EHRM-uitspraak leiden wij af dat als, ook buiten het strafrecht, op basis van een wettelijke bepaling inbreuk wordt gemaakt op een Europees grondrecht van een rechtssubject, die wettelijke bepaling aan het bepaaldheidsvereiste dient te voldoen. De wet moet in de woorden van het EHRM ‘indicate with sufficient clarity the scope of any discretion’ om inbreuk te kunnen maken op dat grondrecht. Het EHRM oordeelde dit in een latere zaak eveneens.<sup>46</sup>

Wij zien hier overigens een parallel met de eisen die gesteld worden aan nationale wet- en regelgeving ter implementatie van EU-richtlijnen. Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat dergelijke implementatiewetten, ‘indien daarmee wordt beoogd rechten voor particulieren in het leven te roepen, ten uitvoer moeten worden gelegd met een onbetwistbare dwingende kracht en met de vereiste specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid opdat wordt voldaan aan het vereiste van rechtszekerheid, dat met zich meebrengt dat de begunstigden hun rechten in volle omvang moeten kunnen kennen’.<sup>47</sup> De ratio hierachter is om het *effet utile* van het EU-recht te waarborgen. De ‘nuttig-effectnorm’ houdt in dat overheden niet het effect van het EU-recht mogen ontnemen.<sup>48</sup>

De hier besproken kwestie ligt uiteraard *prima facie* anders. Het gaat hier immers niet om implementatie van EU-wetgeving. Wij menen echter wel dat op basis van dezelfde argumenten – die geleid hebben tot de *effet utile*-doctrine – betoogd kan worden dat EU-grondrechten niet ‘zomaar’ door nationaal recht opzijgeschoven kunnen worden. Nationale wetgeving die inbreuk op een EU-grondrecht mogelijk maakt, vormt dus als het ware de spiegelbeeldige situatie van die welke aan de orde is als EU-richtlijnen worden omgezet in nationale wetgeving. De ‘begunstigde’ van grondrechten moet op basis van nationale wetgeving die een beperking van een EU-grondrecht mogelijk maakt nauwkeurig kunnen weten wanneer die beperking aan de orde kan zijn. Als geen eisen aan dergelijke wetgeving zou worden gesteld zouden grondrechten te gemakkelijk opzijgeschoven kunnen worden door wetgeving van nationale staten.

## 10. EU-Handvest van toepassing?

De vraag die nu moet worden beantwoord is: wanneer is het Handvest van toepassing? Nederlandse rechters hebben een moeizame verhouding met het Handvest.<sup>49</sup>

Vooraf: artikel 6 VEU haalt alle grondrechten van het EVRM binnen haar toepassingsbereik. Het EU-Hand-

vest bepaalt dat, voor zover de daarin opgenomen grondrechten corresponderen met die van het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn.<sup>50</sup> Het Handvest kan een ruimere bescherming bieden. Oftewel, de bescherming die het EVRM biedt, is slechts de minimale bescherming die aan EU-particulieren (en dus ook werkgevers) moet worden geboden.

De uit de *Maestri*-jurisprudentie af te leiden regel (nationale wetgeving die een inbreuk maakt op een grondrecht moet voorzienbaar zijn) geldt ook in het EU-recht. Als op basis van nationale wetgeving EU-grondrechten beknót kunnen worden, dient die regelgeving te voldoen aan het *lex certa*-beginsel. Omdat het EVRM als minimumwaarborg geldt, geldt dit uitgangspunt ook in het EU-recht. Verplichtstellingsbesluiten grijpen in op EU-grondrechten én op de primaire Verdragsvrijheid, namelijk het vrij verkeer van diensten en het daarin besloten vereiste van non-discriminatie (artikel 56 VWEU), en activeren daarmee het EU-Handvest. Hoe werkt dit?

### 10.1. Connexiteit

Om te beginnen: het EU-Handvest kan nooit op zichzelf worden ingeroepen: er moet sprake zijn van een regel van Unierecht die op de situatie van toepassing is, dit noemen we het ‘connexiteitsvereiste’. Wanneer is hier sprake van?

Artikel 51 EU-Handvest luidt:

‘1. De bepalingen van [het] Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.

2. Dit Handvest breidt het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, scheidt geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken.’

Het Handvest is dus ook van toepassing op de lidstaten. Dan moet er wel sprake zijn van het ‘uitvoeren van EU-recht’. Twee criteria zijn relevant – mede voortvloeiend uit EU-rechtspraak – om te bepalen of voldaan wordt aan het connexiteitsvereiste: 1) de lidstaat voert EU-recht uit of – slechts incidenteel voorkomend – 2) er wordt anderszins bij dit recht ‘aangeknoopt’.<sup>51</sup>

46 EHRM 15 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1115JUD002958012 (*Navalnyy/Rusland*). Zie de ‘Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights’, te raadplegen op: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_11\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_11_eng.pdf).

47 Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 24 maart 2022, C-125/21 ECLI:EU:C:2022:213 (*Commissie/Ierland*); HvJ EU 17 december 2020, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029 (*Commissie/Hongarije*); HvJ EG 13 maart 1997, C-197/96, ECLI:EU:C:1997:155 (*Commissie/Frankrijk*).

48 Reeds neergelegd in HvJ EG 16 november 1977, C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*INNO/ATAB*).

49 Hof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2301.

50 Artikel 53 Handvest.

51 Reeds geformuleerd in HvJ EU 7 juni 2012, C-27/11, ECLI:EU:C:2012:326 (*Vinkov*). Dit criterium speelt in deze kwestie geen rol.

In het arrest *Fransson*<sup>52</sup> werd overwogen:

‘De door het Handvest gewaarborgde grondrechten moeten dus worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, zodat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat die grondrechten toepassing vinden. Wanneer het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden.’<sup>53</sup>

Heemskerk schrijft:<sup>54</sup>

*‘Ten eerste blijft het connexiteitsvereiste een kwestie van uitleg en staat het HvJ EU een ruime uitleg voor. Er kan altijd discussie zijn of er voldoende verband is met het Unierecht, zoals het mededingingsrecht of de Pensioenfondsenrichtlijn, terwijl de rechtspraak over connexiteit nog niet is uitgekristalliseerd.’*

Een prejudiciële vraag hierover aan het HvJ EU zou de ‘pensioen-rechtspraak’ wellicht uitkomst kunnen bieden.

## 10.2. Non-discriminatie

Hier is het volgende relevant waardoor wij menen dat het EU-Handvest van toepassing is. Inbreuk maken op een grondrecht in het Handvest is op zichzelf niet voldoende om het Handvest te activeren. Er is meer nodig (EU-recht ‘uitvoeren’) en dat ligt in het volgende. Bij de toepassing van verplichtstellingsbesluiten door verplichte pensioenfondsen is sprake van uitvoering en handhaving van de verplichtstelling. De verplichtstelling is al eind jaren negentig van de vorige eeuw aan het mededingingsrecht getoetst.<sup>55</sup> Kort gezegd: de verplichtstelling betekent dat een werknemer verplicht bij een Nederlands pensioenfonds is aangesloten. Deze verplichting – die een inbreuk op het mededingingsrecht is – wordt door het HvJ EU als uitzondering (artikel 106 VWEU) op het kartelverbod (artikel 101 VWEU) gerechtvaardigd zolang het pensioenfonds een ‘solidaire’ pensioenregeling uitvoert. De precieze contouren van

het begrip ‘solidariteit’ zijn onder de EU-jurisprudentie overigens niet heel scherp te trekken.<sup>56</sup>

De vrijheid van ondernemingen om de uitvoering van (Europese) pensioenregelingen te kiezen is hierdoor niet of niet volledig mogelijk bij toepassing van de verplichtstelling. Een bedrijfstakpensioenfonds krijgt door het verplichtstellingsbesluit een deel van de markt toegewezen waarop het vrijwel<sup>57</sup> als monopolist kan opereren en pensioenregelingen in de tweede pijler kan aanbieden. Buitenlandse aanbieders zijn niet toegestaan.<sup>58</sup> EU-rechtexperts menen dat er bij de verplichtstelling sprake is van (in)directe discriminatie naar nationaliteit. Buitenlandse uitvoerders kunnen immers geen Nederlandse verplichtgestelde regelingen uitvoeren.<sup>59</sup> Zoals gezegd, het EU-recht kent het anti-discriminatieverbod. Dit is onder andere neergelegd in het EU-Handvest. Artikel 21 EU-Handvest luidt:

‘1. Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.

2. Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden.’

Het verbod van discriminatie naar nationaliteit is de hoeksteen van de Europese integratie en een algemeen beginsel van EU-recht.<sup>60</sup> Discriminatie naar nationaliteit kan ook de nationaliteit van een rechtspersoon betreffen.<sup>61</sup>

Volgens het HvJ EU vormt artikel 21 EU-Handvest een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling en dat dit beginsel en het verbod van iedere discriminatie twee benamingen zijn van eenzelfde algemeen rechtsbeginsel, dat enerzijds verbiedt om vergelijkbare situaties verschillend te behandelen en anderzijds om verschillende situaties op gelijke wijze te behandelen, tenzij objectieve redenen een dergelijke behandeling rechtvaardigen.<sup>62</sup>

52 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punt 21 (*Åkerberg Fransson*).

53 Zie ook: M.A. Fierstra, ‘Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten’, *NtER* 2013, afl. 6.

54 Hof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA, *JAR* 2024/10, m.nt. M. Heemskerk.

55 Onder andere in HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

56 Zie voor de details van deze discussie: P. Borsjé & H. van Meerten, ‘Voorstel IORP II richtlijn: aanzet tot hervorming van het Nederlands pensioenstelsel’, *NtER* 2014, afl. 8.

57 Zie de uitzonderingsgronden in Vrijstellings- en boetesluit Wet Bpf 2000.

58 *Kamerstukken II* 2006/07, 28294, nr. 29.

59 Zie het verslag van een bijeenkomst op de Universiteit Utrecht met EU-rechtexperts: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4084777](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4084777).

60 *Het Hof van Justitie en gelijke behandeling*, juni 2020, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-10/qd-02-20-588-nl-n.pdf>.

61 Zie de HvJ EU-zaken over vestiging van rechtspersonen, bijvoorbeeld HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (*Centros*). In punt 20 van dit arrest staat: ‘Hieruit volgt rechtstreeks, dat deze vennootschappen het recht hebben om in een andere lidstaat hun activiteit uit te oefenen door middel van een agentschap, filiaal of dochtervennootschap, daar hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een lidstaat (zie in die zin arrest Segers, reeds aangehaald, punt 13; arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18; 13 juli 1993, Commerzbank, C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punt 13, en 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 20).’

62 Bijvoorbeeld *Gerechtd EU* 20 november 2017, T-618/15, ECLI:EU:T:2017:821 (*Voigt/Parlement*).



Dat gezegd zijnde, Lutjens meent dat indien de verplichtstelling mededingingsrechtelijk toegestaan is – en dat is zo op grond van het *Albany*-arrest<sup>63</sup> – dit ook voor andere Verdragsvrijheden geldt (diensten, werknemers, kapitaal, goederen). Zo stelt Lutjens dat de toets in artikel 106 lid 2 VWEU ‘bijna 1:1 uitwisselbaar’ is met de argumentatie over de vrije dienstverrichting in de jurisprudentie van het Hof en dat er geen aparte toetsing aan het vrije verkeer van diensten dient plaats te vinden.<sup>64</sup> A-G Drijber meent soortgelijks. In een conclusie in de zaak *Presta Meat* schrijft hij:<sup>65</sup>

‘Ik denk dat er vandaag de dag een vrij grote consensus bestaat dat de mededingingsrechtelijke beoordeling niet zonder meer impliceert dat daarnaast niet ook aan andere bepalingen uit het VWEU moet worden getoetst, in het bijzonder aan art. 56 VWEU. Of dat tot een andere uitkomst leidt (in de zin dat wat in *Albany* mededingingsrechtelijk is toegestaan, onder het vrij verkeer verboden zou zijn) acht ik niettemin onwaarschijnlijk. Verschillende verdragsnormen worden door het Hof in de regel “convergerend” toegepast. De zaak *Wouters/NOvA* geeft een voorbeeld van convergerende toepassing van de mededingingsregels en het vrij verkeer van diensten.’

Of het HvJ EU deze lijn volgt is de vraag.<sup>66</sup> Drijber maar ook Lutjens lijken in onze ogen te makkelijk voorbij te gaan aan het anti-discriminatieverbod voortvloeiend uit het vrij verkeer van diensten ex artikel 56 VWEU. Artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten) bevat namelijk ook een verbod op discriminatie naar nationaliteit.<sup>67</sup> Nederlandse werkgevers zijn als gevolg van de verplichtstelling niet gerechtigd de pensioenregeling elders onder te brengen. Deze systematiek van verplichtstellingen raakt aan de fundamentele van de interne markt van de EU. Want omgekeerd kunnen buitenlandse pensioenaanbieders geen Nederlandse verplichtgestelde

regelingen uitvoeren, zoals hiervoor genoegzaam uiteen is gezet.<sup>68</sup>

En dan worden het algemene rechtsbeginsel van non-discriminatie en artikel 21 EU-Handvest relevant.<sup>69</sup> De rechtvaardiging van discriminatoire maatregelen kennen een heel ander toetsingskader dan maatregelen die een inbreuk op het mededingingsrecht vormen of inbreuken op het reguliere vrij verkeer kunnen rechtvaardigen.<sup>70</sup> Kort gezegd zijn inbreuken op EU-rechten in beginsel toelaatbaar, maar daarbij moet een verschil gemaakt worden tussen a) nationale maatregelen die direct discrimineren naar nationaliteit (bijvoorbeeld een Nederlands pensioenfonds wordt gunstiger behandeld dan een buitenlands pensioenfonds) en b) nationale maatregelen die dat niet direct doen maar indirect een onderscheid naar nationaliteit effectueren en/of een belemmerend effect hebben op de intracommunautaire handel.<sup>71</sup> Met betrekking tot de grond onder a) bepaalt artikel 45 VWEU (vrij verkeer van werknemers) in lid 3 dat beperkingen gerechtvaardigd zijn ‘uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid’. In artikel 52 VWEU worden dezelfde beperkingen geformuleerd voor de vrijheid van vestiging, die blijkens artikel 62 VWEU ook van toepassing zijn op de vrijheid van dienstverlening. Openbaar gezag ex artikel 51 VWEU valt ook onder de rechtvaardigheidsgronden genoemd onder a).

De verplichtstelling – en dus ook de verplichtstellingsbesluiten die daarop gebaseerd zijn – is mogelijk directe of indirecte discriminatie (al dan niet gerechtvaardigd) en in strijd met artikel 21 EU-Handvest. Daarmee is de verplichtstelling dus mogelijk ook in strijd met het primaire Verdragsrecht, te weten het vrij verkeer van diensten.<sup>72</sup> Dat gegeven is afdoende om het Handvest van toepassing te laten zijn. Uit de EU-jurisprudentie<sup>73</sup> – met name het arrest *Pfleger*<sup>74</sup> – kunnen wij afleiden dat wanneer individuen artikel 56 VWEU kunnen inroepen (en dat

63 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

64 E. Lutjens, *Analyse verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2020.

65 Concl. A-G B.J. Drijber 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1157, par. 4.45.

66 Op het moment van schrijven is er een verwijzingsverzoek van een Franse rechter aanhangig bij het HvJ EU waarbij verplichte deelname aan een pensioenuitvoerder wordt getoetst aan artikel 56 VWEU: C-401/23, n.n.g. Pb. EU, 9 oktober 2023, C/2023/10.

Eleveld is kritisch op de uitspraak van de Hoge Raad. Zij schrijft: ‘Het zou mooi zijn wanneer de “convergerende toepassing van de mededingingsregels en het vrij verkeer van diensten” (zie Conclusie r.o. 4.45) in een toekomstige zaak aan het Hof van Justitie kan worden voorgelegd, zodat duidelijker wordt hoe deze Europese regels zich tot elkaar verhouden.’ Zie HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:969, PJ 2023/92, m.nt. A. Eleveld.

67 H. van Meerten, ‘Vrij verkeer van diensten voor verzekeraars en pensioeninstellingen: Solvency II basic en de verplichtstelling’, *TFR* 2012, afl. 7/8, p. 290-296; H. van Meerten & E. Schmidt, ‘Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU’, *European Journal of Social Security* (19) 2017, afl. 2, p. 127 (hierna: Van Meerten & Schmidt 2017); en H. van Meerten & S.L. Vlastuin, ‘Is de verplichtstelling nog houdbaar?’, *PensioenActualiteiten 2021 (Pensioenakkoord – feiten en meningen)*, par. 8.3, toegankelijk op <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=3791227>.

68 Zie ook: *Kamerstukken II* 2006/07, 28294, nr. 29: ‘Een buitenlands pensioenfonds kan in Nederland niet verplicht gesteld worden.’

69 Overigens, Richtlijn 2000/78/EG (gelijke behandeling arbeid en beroep) bestrijkt geen discriminatie op basis van nationaliteit.

70 Zie uitgebreid: Van Meerten & Schmidt 2017.

71 H. van Meerten, ‘Directe horizontale werking van het vrije dienstenverkeer’, in: B. Starink & M.R. Visser (red.), *Ondernemend met pensioen: Dietvorstbundel. Opstellen aangeboden aan Gerrie Dietvorst*, Deventer: Kluwer 2015. Online: <https://ssrn.com/abstract=3211929>.

72 Zo ook Drijber in zijn conclusie: ‘Ik acht art. 56 VWEU in deze zaak van toepassing. *Presta* biedt vanuit Luxemburg diensten aan Nederlandse slachterijen aan. Er is sprake van een dienst (in de zin van art. 57 VWEU) en van een grensoverschrijdende situatie (althans niet van een “interne situatie”).’ Zie concl. A-G B.J. Drijber 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1157, par. 4.55.

73 Een mooi overzicht maakte het HvJ EU zelf: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche\\_thematique\\_-\\_charte\\_-\\_nl.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche_thematique_-_charte_-_nl.pdf)

74 HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger e.a.*).

kunnen ze),<sup>75</sup> omdat dit duidelijke en onvoorwaardelijke rechten bevat, het Handvest van toepassing is. Ook speelt – ten slotte – nog een ander grondrecht uit het Handvest waarop mogelijk een inbreuk wordt gemaakt. Vrijheid van ondernemerschap is ook een EU-grondrecht. Het is vastgelegd in artikel 16 EU-Handvest, dat luidt:<sup>76</sup>

‘De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken.’

Verplichtstellingsbesluiten – behoudens rechtvaardigingsgronden – beknotten *in se* de vrijheid van ondernemerschap, zoals hiervoor uiteengezet is. Concluderend, terug naar de hoofdvraag van deze paragraaf: is het Handvest van toepassing in deze casus? Het ‘thema-fiche’<sup>77</sup> van het HvJ EU inzake de zaak *Pfleger* stelt:

‘Het Handvest was in casu dus van toepassing. Het in Oostenrijk ingevoerde stelsel inzake kansspelen vormde namelijk een beperking van de in artikel 56 VWEU gewaarborgde vrijheid van dienstverlening.’

Het antwoord op de hiervoor gestelde vraag (is het Handvest van toepassing op verplichtstellingsbesluiten?) is dus ja, dunkt ons. Overigens is deze materie onderdeel van een klacht die bij de Europese Commissie is ingediend.<sup>78</sup> Op het moment van schrijven is de uitkomst niet bekend.

## II. Zijn pensioenfondsen organen van de staat?

De volgende horde die genomen moet worden is: kan het Handvest tegen pensioenfondsen ingeroepen worden? Bijna alle grondrechten uit het Handvest – met uitzondering van artikel 21, 31 en 47 – missen vooralsnog<sup>79</sup> zogenoemde ‘horizontale directe werking’.<sup>80</sup> Dat betekent dat het Handvest slechts in bepaalde gevallen tussen particulieren ingeroepen kan worden. De term ‘particulieren’ ziet op alle actoren die niet tot de overheid

gerekend kunnen worden en omvat dus naast natuurlijke personen ook rechtspersonen (ondernemingen).<sup>81</sup> Is een verplicht pensioenfonds echter ook een ‘particulier’? Hiervoor werd al gesteld dat het handelen van een Bpf wat betreft de handhaving van de verplichtstelling, op één lijn gesteld kan worden met overheidshandelen. Een bedrijfstakpensioenfonds is – zoals hiervoor uiteengezet – te vergelijken met een handhavende autoriteit. Het stelt een (grote) premievordering op de werkgever te hebben – vaak ook nog eens met terugwerkende kracht – waar de werkgever het niet mee eens is en waarmee hij veelal geen rekening behoefde te houden (gezien de vaak onduidelijke tekst van werkingssfeerbepalingen). In zo’n situatie moet de werkgever niet geconfronteerd worden met verrassingen. De werkgever moet weten waar deze aan toe is; dat eist de rechtszekerheid.

EU-rechtelijk ligt de zaak – zo mogelijk – nog eenduidiger dan in het nationale bestuursrecht. Dat verplichtgestelde pensioenfondsen gelijk te stellen zijn met het EU-begrip ‘staat’ is overtuigend uiteengezet door Tangelder.<sup>82</sup> Het EU-begrip ‘staat’ is *in casu* – nogmaals – niet afhankelijk van de nationale invulling ervan.<sup>83</sup> Tangelder toetst het handelen van een Bpf aan de klassieke EU-arresten *Foster*,<sup>84</sup> *Farrell*<sup>85</sup> en *Marshall*.<sup>86</sup> Een entiteit wordt aan de staat gelijkgesteld als zij: (1) onder gezag of toezicht staat van de staat of (en dus niet ‘en’) (2) een taak van algemeen belang dient te vervullen en zij daartoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in betrekkingen tussen particulieren gelden. Aan dat laatste criterium is – zo menen wij met Tangelder – voldaan wanneer een Bpf verplichtstellingsbesluiten uitvoert.

Overigens geeft het HvJ EU in punt 29 van het *Farrell*-arrest ruimte voor de uitkomst dat ook indien een entiteit niet aan een van de hiervoor genoemde criteria voldoet, zij alsnog aan de staat gelijkgesteld kan zijn.<sup>87</sup> Uitvoeren van wetgeving door een pensioenfonds is hier een belangrijk criterium!

Waarom is dit relevant? Tangelder schrijft:

‘Bij alle uitoefening van openbaar gezag moeten de grondrechten uit het Handvest gewaarborgd zijn – aldus het Hof. Voorts overweegt het Hof dat het irrelevant is in welke hoedanigheid de privaatrechtelijke rechtspersoon

75 Al sinds het arrest *Walrave/Koch* (HvJ EG 12 december 1974, 36-74, ECLI:EU:C:1974:140). Zie nader: W. Devroe & J. Stuyck, ‘De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Belgische vermogensrecht’, *PVVR* 2011, p. 241-303.

76 Zie voor een uitgebreide bespreking: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary*, Oxford/München/Baden-Baden: Hart Publishing/C.H.Beck/Nomos 2021.

77 [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche\\_thematique\\_-\\_charte\\_-\\_nl.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche_thematique_-_charte_-_nl.pdf)

78 Deze klacht is ingediend door H. van Meerten en richt zich tot de Nederlandse staat. Door bij wetgeving buitenlandse uitvoerders uit te sluiten, handelt de staat in strijd met EU-recht, zo luidt de klacht.

79 M. van der Woude, S. Prechal & S. de Vries, ‘In gesprek met René Barents’, *SEW* 2022, afl. 9.

80 A. Eleveld, ‘Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie’, *NtER* 2019, afl. 3/4.

81 Zie concl. A-G B.J. Drijber 2 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:118, voetnoot 26.

82 J. Tangelder, ‘Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bij transitie aansprakelijk voor schending eigendomsrecht?’, *TPV* 2022/3, afl. 1.

83 Dat geldt overigens voor nagenoeg alle communautaire EU-begrippen, zoals ‘btw’ of ‘werknemer’.

84 HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313 (*Foster*).

85 HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (*Farrell*).

86 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall*).

87 Zie nader onder verwijzing naar de conclusie bij dit arrest: HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745, AB 2017/419, m.nt. N. Jak (*Farrell*).

met openbaar gezag optreedt. Het enkele feit dat een privaatrechtelijke rechtspersoon met openbaar gezag is bekleed, maakt dat zij – ook in volledig privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen – aan de staat gelijkgesteld is.’

Daarmee is het EU-recht (en de grondrechten zoals neergelegd in het EU-Handvest) van toepassing in deze casus. Hier is sprake van het EU-rechtleerstuk van ‘verticale werking’ (burger tegen staat) en niet van ‘horizontale werking’ (burgers of ondernemingen onderling).<sup>88</sup>

## 12. Rechtvaardiging

Grondrechten hebben – zoals bekend – geen absolute gelding. De uitoefening van economische activiteiten kan onder voorwaarden worden beperkt. In het EU-arrest *YS* werd overwogen:

‘De vrijheid van ondernemerschap heeft echter geen absolute gelding, maar moet in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd en kan worden onderworpen aan overheidsmaatregelen waarmee in het algemeen belang beperkingen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van de economische activiteit. Bovendien moet volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest elke beperking op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld alsook de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen, en moet zij met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Europese Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (zie in die zin arrest van 4 mei 2016, *Pillbox* 38, C-477/14, EU:C:2016:324, punten 157-160).’<sup>89</sup>

Per geval moet worden besloten of hieraan is voldaan. In deze bijdrage staat centraal de – uit het vorenstaande voortvloeiende (en dus ook uit de *Maestri*-EVRM-rechtspraak voortvloeiende) – eis dat wetgeving duidelijk en kenbaar moet zijn. Een onleesbare werkingssfeerbepaling die naar eigen inzicht van een pensioenfonds wordt toegepast en dus een onvoorspelbare inbreuk

op EU-grondrechten impliceert, voldoet niet aan die voorwaarden. Zij is kenbaar noch nauwkeurig.

## 13. Conclusie

‘Nullum crimen nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta’, zo luidt het adagium voluit. Een fundamenteel uitgangspunt van onze rechtsstaat.

Dit uitgangspunt geldt ook voor verplichtstellingsbesluiten. Zowel langs de door het nationale bestuursrecht uitgestippelde weg als via de band van het Europese recht.

Voor werkgevers moet glashelder zijn of zij al of niet onder de verplichtstelling vallen. Het gaat om wetgeving die aan strikte eisen moet voldoen. Als een werkingssfeerbepaling de nauwkeurigheid en duidelijkheid niet biedt, of de door het pensioenfonds voorgestane interpretatie van een werkingssfeerbepaling niet naadloos past op de tekst ervan, kan deze niet toegepast worden. De Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen, minister Schouten, heeft beterschap ten aanzien van de verplichtstellingenbesluiten beloofd. Zij schreef daarover op 15 juli 2022 nog aan de Tweede Kamer:<sup>90</sup>

‘Daarnaast heb ik sociale partners opgeroepen ervoor te zorgen dat de omschrijving van de bedrijfsactiviteiten in de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds duidelijk is, en actueel blijft waardoor deze niet overlapt met andere verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De Stichting van de Arbeid heeft in de voortgangsrapportage van het aanvalsplan aangegeven dat zij cao-partijen heeft aanbevolen om te komen tot een heldere afbakening van de omschrijving van de werkingssfeer van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.’

Tot op heden is dit niet gebeurd.

Wij denken dat de – vaak onleesbare – verplichtstellingsbesluiten in strijd zijn met het nationale en Europese rechtszekerheidsbeginsel. Voorts maken ze mogelijk een inbreuk op het in het EU-Handvest gegarandeerde recht van ondernemerschap en non-discriminatie. Het wordt tijd deze praktijk te veranderen.

88 H. van Meerten & J.K. Sluijs, ‘Nederlandse pensioenhervorming niet zonder Unierechtelijke risico’s’, *SEW* 2021, afl. 5.

89 HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753, punt 88 (*YS*).

90 Brief van de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen van 15 juli 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, 32043, nr. 592).